



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 5 Sayı: 2 Yıl: 2022

e-ISSN: 2667-4076





HUKUK FAKÜLTESİ

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

YIL (YEAR): 2022

CİLT (VOLUME): 5 SAYI (ISSUE): 2

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2022

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 5 Sayı/Number: 2 Yıl/Year: 2022

Sahibi / Owner

Necmettin Erbakan Üniversitesi/Necmettin Erbakan University

Baş Editör / Editor in Chief

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

Alan Editörleri / Issue Editors

(Kamu Hukuku/Public Law)

Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK
Arş. Grv. Enes ERSÖZ

(Özel Hukuk/Private Law)

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL
Arş. Grv. Abdurrahim ALTUN

Yazım ve Dil Editörleri/ Writing and Language Editors

İngilizce/English

Arş. Grv. Begüm KAYA

Fransızca/ French

Arş. Grv. Kübra İmran DİLER

Almanca/German

Arş. Grv. Bekir BOGA

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> & <https://dergipark.org.tr/tr/pub/neuhfd>

Kısaltma

Dergiye yapılan atıflarda NEÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

E-ISSN: 2667-4076

Aralık 2022

İÇİNDEKİLER
ARAŞTIRMA MAKALELERİ
(RESEARCH ARTICLES)

7394 Sayılı Kanun Bağlamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Müessesesi Üzerine Bir Değerlendirme <i>Elif YILMAZ FURTUNA, Arzu LALOĞLU</i>	347	An Evaluation on Effective Remorse in Tax Evasion in the Context of the Act No: 7394 <i>Elif YILMAZ FURTUNA, Arzu LALOĞLU</i>
Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre İcra Takibi <i>Emel Şeyda ELGÜN TOĞRUL</i>	373	Enforcement Proceedings Pursuant To The Law On Movable Pledge In Commercial Transactions <i>Emel Şeyda ELGÜN TOĞRUL</i>
7392 Sayılı Kanun'un Ön Ödemeli Konut Satışı ve Mesafeli Sözleşmeler Bakımından Getirdiği Değişiklikler <i>Mehmet DOĞAR</i>	413	Changes In Prepaid Housing Sales And Distance Agreements With The Law No. 7392 <i>Mehmet DOĞAR</i>
Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi <i>Ozan Emin HALHALLI</i>	442	A Brief Analysis Of The Russian Federation And Ukraine Conflict In Terms Of International Law <i>Ozan Emin HALHALLI</i>
'The Stabilization Clause' of The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Agreements: A Legal Review <i>Samet TATAR</i>	465	Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamında İmzalanan Anlaşmalardaki 'İstikrar Şartı': Hukuki Bir Değerlendirme <i>Samet TATAR</i>
7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması <i>Aydın Alber YÜCE</i>	482	Sport Joint Stock Companies and a Comparison with Alternate Joint Stock Companies According to the Code of Sports Clubs and Sports Federations Nr. 7405 <i>Aydın Alber YÜCE</i>

Eski Türklerde ve Osmanlı Devletinde Meşruiyet İnancı Bağlamında Devlet Başkanının Belirlenmesi <i>Süleyman Emre ZORLU</i>	501	Determination of the Head of State in the Context of Legality Belief in Old Turks and Ottoman Empire <i>Süleyman Emre ZORLU</i>
Türk Hukukunda Korunmalı İşyeri Uygulaması ve Engellilerin Korunmalı İşyerlerinde İstihdam Edilmesinin Esasları <i>Burcu EZER</i>	534	Sheltered Workplace Practice in Turkish Law and The Principles of Disabled Employment in Sheltered Workplaces <i>Burcu EZER</i>
Dar Mükellef Kurumların Sahibi Olduğu Taşınmazların Satışlarından Elde Edilen Kazancın Vergilendirilmesi <i>Ali SAKLAN</i>	566	Taxation Of Income Obtained From The Sales Of Immovable Properties Owned By Institutions That Have Limited Liability To Tax <i>Ali SAKLAN</i>
Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi <i>Mesut KÖKSOY</i>	585	The Payment of Debt Arising Before Temporary Respite Decided by Debtor During the Respite <i>Mesut KÖKSOY</i>
Kur ve Fiyat Farkı Korunmalı Banka Hesapları ile Fiziki Altınların Kaydileştirilmesine İlişkin Düzenlemelerin Hukuki Açından Değerlendirilmesi <i>Altan Fahri GÜLERCİ</i>	603	A Legal Evaluation Of The Regulations Regarding Foreign Currency And Value-Based Protected Bank Deposits And System Of Dematerializing The Physical Gold <i>Altan Fahri GÜLERCİ</i>
Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri ve “Non Bis In Idem” İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi <i>Ahmet KILIÇ</i>	629	Assessment of Misdemeanor of Abandoning a Dangerous Animal on The Street In Terms of Aggregation and “Non Bis In Idem” Principle <i>Ahmet KILIÇ</i>
Anonim Ortaklıklar Özelinde Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkının Korunması <i>Gamze ÇAKI ÇİFCİ</i>	647	Protection of the Personal Rights of Legal Persons in Terms of Joint Stock Companies <i>Gamze ÇAKI ÇİFCİ</i>
Osmanlı Son Dönem Hukuk Literatüründe Doğal Hukuk-Pozitif Hukuk Ayrımı: Mehmet Servet'in Mukaddime-i İlm-i Hukuk Adlı Eseri <i>Ömer Can BAŞ, Abdullah ÖZÇELİK</i>	675	The Natural Law - Positive Law Distinction in the Late Ottoman Legal Literature: Mehmed Servet's Mukaddime-i İlm-i Hukuk <i>Ömer Can BAŞ, Abdullah ÖZÇELİK</i>
Yargıtay Kararları ve Doktrin Tartışmaları Işığında Ölüme Bağlı Tasarrufların İptal Sebeplerinin Değerlendirilmesi <i>Merve ARSLAN</i>	693	Evaluation Of Reasons For Annulment Of Testamentary Dispositions In The Light Of Jurisdiction Decisions And Doctrinal Discussions <i>Merve ARSLAN</i>

**Mülteci Hukuku Açısından İslâm
Hukuku ile Birleşmiş Milletler
Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin
(BMMYK/UNHCR) Koruyuculuğunu
Yaptığı 1951 Cenevre Sözleşmesi ve
1967 Protokolü Arasında Metodolojik
Bir Mukayese**

Mehmet CENGİZ

718

**A Methodological Comparison
Between The Islamic Law And The
1951 Geneva Convention And The
1967 Protocol Relating To The Status
Of Refugees Under The Aegis Of The
United Nations High Commissioner
For Refugees (UNHCR) In Terms Of
Refugee Law**

Mehmet CENGİZ

**“Hukukun Bir Dalı Bakımından
Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun
Diğer Dalları Bakımından da Hukuka
Aykırıdır” Önermesinin Doğruluk
Değeri**

Hasan İBA

762

**The Truth Value of the Proposition of
“Unlawful Act in terms of One Branch
of Law is Also Illegal in terms of All
Other Branches of Law**

Hasan İBA

**Mandamus Emirnamesi ve Kıbrıs
Türk Hukukundaki Yeri**

Emete GÖZÜGÜZELLİ

788

**Mandamus Ordinance and Its Place in
Turkish Cypriot Law**

Emete GÖZÜGÜZELLİ

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bernd HEINRICH (Eberhard Karls Universität Tübingen Juristische Fakultät/Almanya)
Prof. Ass. Dr. Sc Mensur MORİNA (University of Peja - Universiteti Haxhi Zeka/ Kosova)
Prof. Dr. Besa ARİFİ (South East European University/Kuzey Makedonya)
Prof. Ass. Dr.sc Sevdai MORİNA (University for Business and Technology (UBT)/ Kosova)
Prof. Asoc. Idriz HAXHIAJ (Defense Academy “Akademia e Mbrojtjes”, Albanian University/Arnavutluk)
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. Aytekin ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Selçuk 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. 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. Sinan OKUR (Sakarya 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)
Doç. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM (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 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 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)

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

7394 Sayılı Kanun Bağlamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Müessesesi Üzerine Bir Değerlendirme*

Elif YILMAZ FURTUNA 

Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye,
elif.yilmaz@hbv.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Arzu LALOĞLU 

Arş. Gör., Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye,
aythemis@gmail.com

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 20.05.2022 Kabul: 04.07.2022 Yayın: 28.07.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Vergi kaçakçılığı, etkin pişmanlık, pişmanlık ve ıslah, adil yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, hak arama hürriyeti, hukuk devleti.</p>	<p>Vergi kaçakçılığı suçunda, suçun vergi idaresi tarafından öğrenilmesinden önce pişmanlık ve ıslah hükümleri ile ceza almaktan kurtulmak mümkün iken; suçun vergi idaresince öğrenilmesinden sonra bu hükümlerden yararlanılamamaktaydı. Sanıkların vergi kaçakçılığı suçundan aldıkları cezaların yüksekliği noktasında yoğun eleştiriler mevcuttu. Bu eleştirilerin de etkisiyle 7394 sayılı Kanunla Vergi Usul Kanunu(VUK)'nun vergi kaçakçılığını düzenleyen 359'uncu maddesine etkin pişmanlığa ilişkin hükümler eklenmiştir. Bu yolla hem eleştirilere maruz kalan ağır cezaların bir nebze önüne geçilmiş hem de vergi kaçakçılığına konu fiil nedeniyle ziyaa uğrayan vergi ile bağlantılı cezalar ve diğer ferî borçların kanuni düzenlemede belirlenen kısmının ödenmesi öngörülerek vergi gelirlerinin kamu hazinesine geçişine katkı sağlanmış olunacaktır. Düzenleme bu yönü itibarıyla olumlu izlenim vermektedir. Ancak, etkin pişmanlıktan yararlanmak için vergi kaçakçılığı fiiliyle ziyana sebep olunan vergi ile bağlantılı cezalar ve diğer ferî alacakların ödenmesi yeterli gelmemekte aynı zamanda ödenen söz konusu alacaklara ilişkin "vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi" gerekmektedir. Etkin pişmanlığın böyle bir şarta bağlanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHS)'nin adil yargılanmaya ilişkin 6'ncı maddesinin temel gereklerinden biri kabul edilen mahkemeye erişim hakkına, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36'ncı maddesine ve idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin 125'inci maddesine aykırılık teşkil etmektedir.</p> <p>Açıklanan sebeplerle çalışmamızda öncelikle etkin pişmanlığın tanımına ilişkin görüşlere yer verilmiş, hukuki niteliğine değinilmiş ve etkin pişmanlık müessesesi benzer mahiyetteki diğer müesseselerle mukayese edilmiştir. Daha sonra 7394 sayılı Kanunla Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesine eklenen etkin pişmanlık hükümleri açıklanmıştır. Son olarak etkin pişmanlık müessesesinden yararlanabilmek için öngörülen vergi mahkemelerinde dava açamama şartının, AİHS'nin adil yargılanmaya ilişkin 6'ncı maddesine, Anayasanın hak arama hürriyetine ilişkin 36'ncı maddesine ve idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair 125'inci maddesine uygun olup olmadığı çeşitli mahkeme kararları ve doktrin görüşleriyle birlikte değerlendirilmiştir.</p>

An Evaluation on Effective Remorse in Tax Evasion in the Context of the Act No: 7394

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 20.05.2022 Accepted: 04.07.2022 Published: 28.07.2022</p>	<p>In the tax evasion crime, it is possible to avoid being punished with the provisions of remorse and correction before the tax administration learns the crime; but these provisions could not be used after the tax administration learned the crime. The crime of tax evasion was subject to criticism at the point of the high penalties received by the defendants for the</p>

* Bu makale Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 2022'de sunulan bildirinin geliştirilmiş halidir.

Keywords: Tax evasion, effective remorse, remorse and correction, right to fair trial, right of access to court, right to seek justice, rule of law.

crime of tax evasion. With the influence of these criticisms, with the Law No. 7394, provisions regarding effective remorse were added to Article 359 of the Tax Procedure Law, which regulates tax evasion. In this way, heavy penalties are prevented as well as contributing to the transfer of tax revenues to the public treasury by foreseeing the payment of the tax incurred due to the act subject to tax evasion, related penalties and other secondary debts determined in the legal regulation. The arrangement gives a positive impression in this respect. However, in order to benefit from effective remorse, it is not sufficient to pay the taxes and related penalties and other ancillary receivables which is caused with the tax evasion acts. Further more it is necessary to "not file a lawsuit in the tax court, waive if it has been filed, not resort to legal remedies, and abandon it if legal action has been taken". Putting such a condition for effective remorse is illegal in terms of the right of access to a court, which is considered one of the basic requirements of Article 6 of the ECHR regarding fair trial, also constitutes a violation of Articles such as Article 36 of the Constitution of the Republic of Turkey, entitled freedom of seeking rights, and Article 125 on the openness of judicial remedy against any action of the administration.

For the reasons explained, in our study, first of all, opinions on the definition of effective remorse are given, its legal nature is mentioned and the institution of effective remorse is compared with other institutions of similar nature. Then, the effective remorse provisions added to Article 359 of the Tax Procedure Law with the Law No. 7394 were explained. Finally, the condition of not being able to file a lawsuit in tax courts, which is stipulated in order to benefit from the effective remorse system, has been evaluated together with various court decisions and doctrinal views, whether it is in compliance with Article 6 of the ECHR on fair trial, Article 36 of the Constitution on the freedom of seeking justice and Article 125 stating that the judicial remedy is open against all kinds of actions of the administration.

Atıf/Citation: Yılmaz Furtuna, E./ Laloğlu, A (2022). 7394 Sayılı Kanun Bağlamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Müessesesi Üzerine Bir Değerlendirme, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s.347-372.

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

Tüm unsurlarını içeren bir tanım yapmak mümkün olmasa da hukuk devleti, özünde, hukukun üstünlüğünün temin edildiği, devlet organlarının hukuki gereklere uygun hareket ettiği, idarenin eylem veya işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu devlettir. Hukuk devletinin ilkesinin temelinde yer alan insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla, 2 Mart 2021 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı tarafından İnsan Hakları Eylem Planı açıklanmıştır. Söz konusu eylem planında, etkin pişmanlık hükümlerinin vergi kaçakçılığı suçu açısından düzenlenmesine yer verilmiş ve diğer değişiklik teklifleriyle birlikte, vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık düzenlemesini de içeren bir yasa tasarısı meclise sunulmuştur. Akabinde 8 Nisan 2022 tarihinde yasalaşan Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi Ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 7394 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi ile Vergi Usul Kanunu'nun vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin 359'uncu maddesine etkin pişmanlık hükümleri eklenmiştir.

Bahsi geçen 7394 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, vergi kaçakçılığına konu “*füllerle verginin ziyaa uğratıldığıнын tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında*” indirilmesi öngörülmüştür. Ancak vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlıktan yararlanmak bakımından dikkat çeken nokta, söz konusu alacaklara ilişkin “*vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi*” şartına bağlanmış olmasıdır. Zira bu düzenleme, evrensel ve anayasal ilkeler ile temel hak ve hürriyetler açısından eleştiriye açık bir alan yaratmaktadır.

Bu çalışmada vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlığın bağlanmış olduğu bu şart, hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere, adil yargılanma hakkı ve bu hakkın temel gereklerinden biri kabul edilen mahkemeye erişim hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36'ncı maddesi ve idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin 125'inci maddesi bakımından değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

I. Etkin Pişmanlığın Tanımı, Hukuki Niteliği ve Benzer Müesseselerle Mukayesesi

A. Etkin Pişmanlığın Tanımı

Etkin, sözlük anlamı itibariyle; işleyen, çalışan, etkili, faal, aktif, dinamik sözcüklerine karşılık gelmektedir¹. Pişmanlık, pişman olma durumu, nedamete karşılık gelmekte iken; pişman ise yaptığı bir işin veya davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülen olarak tanımlanmaktadır². Genel manada etkin pişmanlık, kişi tarafından gerçekleştirilen menfi bir davranış nedeniyle kendisinde oluşan pişmanlığı etkin hareketlerle ve içtenlikle dışa vurulması olarak anlaşılmaktadır.³ Türk hukukunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'da etkin pişmanlık terimi

¹ TDK Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>, E.T. 17.05.2022.

² TDK Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>, E.T. 17.05.2022.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gödekli, Mehmet. “Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Sayı:29, Yıl:7, Ocak 2017, s. 279.

kullanılırken; öğretide “faal nedamet”⁴, “faal pişmanlık”⁵ ya da “eylemli pişmanlık”⁶ kavramları kullanılmış ve etkin pişmanlık kavramına ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Tanımları konumuzla sınırlamak adına 765 sayılı Kanun öncesinde yapılan tanımlamalara⁷ girmeden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) sonrası yapılan tanımlamalara değinilecektir.

Özgenç’e göre 5237 sayılı TCK’da etkin pişmanlık; suçun tamamlanmasından sonra kanunda belirtilen suçlar açısından cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını sağlayan bir şahsi sebeptir⁸.

Toroslu’ya göre, etkin pişmanlık bazı durumlarda cezayı tamamen ortadan kaldıran bazı durumlarda ise azaltan bir sebeptir. Suçun tamamlanmasından sonra söz konusu suç nedeniyle oluşan zararlı veya tehlikeli etkileri gidermeye veya azaltmaya yönelmiş gösterilen etkili gayreti ifade etmektedir⁹.

Hakeri’ye göre, etkin pişmanlık; tüm unsurlarıyla tamamlanan suçun akabinde failin yaptığı davranışlar ile pişmanlık duyduğuna göstermesi halinde, bu davranışları sebebiyle failin hiç ceza almamasını veya cezasında indirim yapılmasını gerektiren bir kurumdur¹⁰.

Zafer’e göre, suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmasın sonrasında failin pişmanlık duyması dolayısıyla vermiş olduğu zararları eşyanın geri verilmesi, aynıyla veya nakdi olarak tazmin edilmesi veya hürriyetinden yoksun bırakılan kimsenin salıverilmesi örneklerinde olduğu gibi kişinin işlediği suç nedeniyle duyduğu pişmanlığı gözler önüne seren hareketler yapması etkin pişmanlıktır¹¹.

Koca/Üzülmez, etkin pişmanlığı gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak değerlendirmektedir. Suçun tamamlanmasından sonra failin gönüllü olarak suçun işlenmesiyle oluşan neticeyi telafi etmeye yönelik davranışları etkin pişmanlık olarak değerlendirmektedir¹².

Öztürk/Erdem, etkin pişmanlığı suçun tamamlanmış olması halinde, failin bazı suçlar bakımından şahsi cezasızlık nedeni olarak bazı suçlar bakımından ise ceza indirimi olarak öngörülen hükümlerden faydalanmasını sağlayan bir kurumdur¹³.

⁴ Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 206.

⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E: 2004/5-167, K: 2004/187, 28.9.2004; YCGK, E: 2004/5-118, K: 2004/168, 21.9.2004. Şener, Esat. *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 213.

⁶ Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayınları, Ankara, 2011, s. 344.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gödekli, s. 280 vd.

⁸ Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 746.

⁹ Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 269. Aynı yönde bkz. Aydın, Devrim. “Suça Teşebbüs”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 55, Sayı: 1, Yıl:2006, s. 107.

¹⁰ Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 517.

¹¹ Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 425-426.

¹² Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 444.

¹³ Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 301. Bkz. Özen, Mustafa. “Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 3-4, 2009, s. 48

Artuk/Gökçen/Yenidünya, 5237 sayılı TCK'ya göre etkin pişmanlığı suçun tamamlanmasından sonra pişmanlığa uygun nitelikli bazı suç tipleri için öngörülen, cezayı ortadan kaldıran veya cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebeptir¹⁴.

Tüm bu tanımlamalardan yola çıkarak, 5237 sayılı TCK'ya göre etkin pişmanlığı suçun tamamlanmasından sonra failin pişman olma haliyle suç nedeniyle oluşan neticeyi veya dış dünyaya yansıyan etkileri mümkün olduğunca ortadan kaldırmaya yönelik aktif davranışlar sergilemesinden dolayı faile ceza verilmemesini veya cezanın hafifletilmesini sağlayan bir şahsi sebep olarak ifade etmek mümkündür.

B. Etkin Pişmanlığın Hukuki Niteliği

5237 sayılı TCK'nın malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlığı düzenleyen 168'inci maddesinin gerekçesinde etkin pişmanlığın hukuki vasfına ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu açıklamada kişinin işlediği fiiller nedeniyle suçun tamamlanmasından sonra suçun işlenmediği eski hale geri dönmek mümkün değilse de kişinin duyduğu pişmanlık neticesinde suç nedeniyle oluşan zararlı durumun sonuçları mümkün mertebe giderilmeye çalışılabilir. Bu saikle, dolandırıcılık, hırsızlık, güveni kötüye kullanma gibi bir takım suçlarda “*cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep olarak*” etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür¹⁵. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, öğretide olduğu gibi¹⁶ etkin pişmanlığı cezayı etkileyen şahsi sebep olarak değerlendirmiştir.

Etkin pişmanlık 5237 sayılı TCK'da genel hükümler kısmında yer almadığı için tüm suçlar bakımından uygulanmamakta ancak özel olarak bir suça ilişkin düzenleme yapılmışsa o suç açısından uygulanmaktadır. Bir suç açısından etkin pişmanlık dolayısıyla cezada azaltıcı bir etki doğurabilmesi için bunun söz konusu suça ilişkin maddede düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, her suç açısından getirilen etkin pişmanlık hükümleri o suça özgülenmekte ve şartları farklılaşabilmektedir.

C. Diğer Kurumlarla Benzerliği

1. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme, TCK'nın genel hükümler başlıklı birinci kitabının 36'ıncı maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre gönüllü vazgeçme, kişinin suçun icra hareketlerinden vazgeçmesi veya suçun tamamlanmasını ve neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlemesi halinde suçun teşebbüse ilişkin hükümlerine göre cezalandırılmamasını sağlayan bir hukuki müessesedir. Ancak icra hareketleri neticesinde başka bir suçun tamamlanmış olması durumunda fail yalnız bu suç açısından sorumlu tutulmaktadır.

¹⁴ Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 624.

¹⁵ TBMM, Dönem: 22 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı, 664.

¹⁶ Cezanın kaldırılmasını veya azaltılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak nitelendirilmesine ilişkin bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 624; Özgeç, *Türk Ceza Hukuku*, s. 746; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 445; Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 246; Özbek, Veli Özer /Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, 2021 Ankara, s. 475; Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. “Hırsızlık”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Yıl:2008, s. 786.

Gönüllü vazgeçme, suçun tamamlanmasından veya neticenin gerçekleşmesinden önceki aşamada geçerli olan bir kurumdur. Etkin pişmanlık ise suçun tamamlanmasından sonra söz konusu olmaktadır. Bu açıdan gönüllü vazgeçme ile fail tarafından suç tamamlanmadan önce gerçekleşen suç işlemekten vazgeçme söz konusu iken; etkin pişmanlıkta suçun tamamlanmasından sonraki pişmanlık söz konusu olmaktadır¹⁷.

Gönüllü vazgeçme, 5237 sayılı TCK'nın "Genel Hükümler" başlıklı birinci kitabında düzenlenmiştir. Bundan dolayı diğer genel hükümler gibi, TCK'nın özel hükümler başlıklı ikinci kitabında geçen tüm suç tipleri bakımından uygulanma olanağı bulunmaktadır. Ancak TCK'nın genel hükümler kitabında etkin pişmanlığa yer verilmemiştir. Etkin pişmanlık müessesesi, bazı suç tiplerine ilişkin olarak özel bir hüküm ihdasıyla düzenlenmektedir. Bu nedenle gönüllü vazgeçme tüm suçlar açısından geçerli iken; etkin pişmanlık bir suçla ilişkin özel olarak düzenlenmesi halinde uygulanabilmektedir.

Gönüllü vazgeçmenin diğer şartlarının oluşması halinde fail, vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiiller başlı başına bir suç oluşturmadığı takdirde, cezalandırılmamakta, bu nedenle gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran şahsi sebep niteliği taşımaktadır¹⁸. Etkin pişmanlık ise, bazı suç tipleri açısından cezayı ortadan kaldıran; bazı suç tipleri açısından ise cezadan indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi neden niteliğindedir¹⁹. Bir diğer anlatımla, etkin pişmanlık bazı durumlarda cezanın tümüyle ortadan kalkmasını sağlamaktayken; bazı durumlarda verilecek cezayı kanundaki oranlar dâhilinde hafifletmektedir²⁰.

2. Pişmanlık ve İslah

Pişmanlık ve ıslah, mükellefin işlemiş olduğu fiillerin kötülüğünü anlayarak işlemiş olduğu vergi ziyayı kabahati ve vergi kaçakçılığı suçu fiilini henüz yetkililerin bilgisi olmadan duyduğu pişmanlıktan ötürü yazılı olarak bildirmesidir²¹. Pişmanlık ve ıslah kurumu, VUK'un 371'inci maddesinde yalnızca vergi ziyasına sebebiyet verilmesi hali için düzenlenmiştir. Fakat VUK'un vergi kaçakçılığına ilişkin 359'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında pişmanlık ve ıslah hükümlerine göre durumu yetki makamlara bildirenler hakkında vergi kaçakçılığına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir²². Dolayısıyla gerek vergi ziyayı kabahati gerekse vergi kaçakçılığı

¹⁷ YCGK, 28.2.2012, E: 2011/1-692, K: 2012/60.

¹⁸ Özgenç, s. 569; Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 477; s. Zafer, s. 415.

¹⁹ Şenyüz, Doğan. *Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları*, 10. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2017, s. 474.

²⁰ Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, 2018 Ankara, S. 321; Zafer, s. 414.

²¹ Bayraklı, Hasan Hüseyin. "Pişmanlık Ve İslah Hükümleri Karşısında Vergi Kaçakçılık Suçlarının Konumu", *TAAD*, Sayı:31, Yıl:8, (Temmuz 2017), s. 49.

²² Ancak vergi ziyasına sebebiyet verilmeden vergi kaçakçılığı suçunun işlenmiş olması halinde pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanılıp yararlanılamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Şenyüz, pişmanlık ve ıslahın düzenlenme amacından hareketle vergi ziyasının oluşmadığı durumlarda vergi kaçakçılığı fiilleri için pişmanlık ve ıslah müessesesinin uygun olmayacağı görüşündedir. Bkz. Şenyüz, s. 487-488. Karakoç göre ise, vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için VUK'un 371'inci maddesindeki bütün şartların aranması gerekmemektedir. Bu açıdan, vergi ziyayı oluşmasa da yetkililerin öğrenmesinden önce failin haber vermesi durumunda vergi ziyasına sebep olmadan gerçekleştirilen vergi kaçakçılığı suçları için de pişmanlık ve ıslah geçerlidir. Bkz. Karakoç, Yusuf. *Vergi Ceza Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, 338. Aynı yönde bkz. Donay, Süheyl. *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, Beta Yayıncılık 2008, s. 211; Erdem, Tahir. "Kaçakçılık Suçunda Pişmanlık", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı:189, Yıl: 2004, s. 110-115; Bozdoğanoglu, Burçin. "Vergi Hukuku ve Ceza Hukuku Normları Açısından Pişmanlık: Sorunlar- Yaklaşımlar- Çözüm Önerileri" *International Journal of Public Finance*, Cilt: 1, Sayı:2, Yıl: 2016, s. 161; Ciddi, Onur. "Türk Hukuku ve Kuzey Kıbrıs Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçu" *Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Lefkoşa*, 2021, s. 225.

suçu açısından pişmanlık ve ıslah müessesesinden yararlanabilmek için failin vergi kaçakçılığı veya vergi ziyasına ilişkin fiillerinden henüz yetkililer haberdar olmadan önce durumu yazılı olarak bildirmesi ve başvuru anında madde metninde gerekli şartları yerine getirmesi gerekmektedir²³.

Pişmanlık ve ıslahta fail beyana dayanan vergilerde vergi ziyasına veya vergi kaçakçılığı suçuna konu olan fiilleri işlemiş ve suç tamamlanmıştır. Yalnız bundan ilgililer haberdar değildir. Etkin pişmanlıkta ise suç fiiline ilişkin yetkililerin bilgisi bulunmakta, buna ilişkin vergi tarh edilmiş ve cezalar kesilmiş bulunmaktadır.

Etkin pişmanlık yalnızca vergi kaçakçılığı suçu için getirilmiş bir hükümdür. Vergi ziyayı kabahatine ilişkin olarak düzenlenmediği için vergi ziyasında etkin pişmanlık dolayısıyla cezadan indirim söz konusu değildir. Pişmanlık ve ıslah ise, hem vergi ziyasına ilişkin kesilecek cezaya hem de vergi kaçakçılığına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olmaktadır.

Pişmanlık ve ıslahta failin vergi kaçakçılığı ve vergi ziyasına ilişkin fiilleri ilgililer haberdar olmadan yetkililere bildirmesi ve madde metninde yer alan şartları yerine getirmesiyle faile vergi ziyayı cezası kesilmemekte ve kaçakçılık hükümleri uygulanmamaktadır. Bir diğer anlatımla, failin gerekli şartları yerine getirmesiyle faile hiç ceza verilmemektedir. Etkin pişmanlıkta ise faile vergi kaçakçılığı suçu açısından yapılacak yargılama sonucunda verilecek cezadan kanunda belirlenen oranlarda indirim yapılmaktadır. Bu açıdan vergi kaçakçılığı suçu özelinde pişmanlık ve ıslah, ceza kesilmesini önleyen bir şahsi sebep iken; etkin pişmanlık, cezadan indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeptir.

3. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Şahsi cezasızlık sebepleri ile cezadan indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, suçun unsurlarında olmayan ve fail hakkında uygulanacak yaptırımını etkileyen sebeplerdir. Şahsi cezasızlık sebepleri, failin şahsından kaynaklanan bazı şartların varlığı halinde, failin ceza almasını engellemektedir²⁴. Bu sebepler açısından failin herhangi bir eylemde bulunması veya bu sebepleri bilmesi gerekmemektedir. Öğretide etkin pişmanlık da cezaya etki eden şahsi sebep olarak nitelendirilmektedir. Ancak suç fiilinin icrasına başlanmasında itibaren kişinin şahsında bulunan şahsi cezasızlık sebepleri²⁵ ile failin sonradan sergilediği aktif davranışlar neticesinde uygulanan etkin pişmanlığın tam olarak aynı nitelikte olduğu söylenemez.

²³ VUK m. 371'de düzenlenen diğer şartlar şunlardır: Dilekçe ile ilgili makama haber verilen davranış hakkında önceden bir ihbarda bulunulmamış olmalıdır. Hukuka aykırı davranışa ilişkin dilekçe verilmeden evvel, yükümlü nezdinde vergi incelemesine başlanmamış veya defter, kayıt ve belgeler takdir komisyonuna sevk edilmemiş (vergi kaçakçılığı fiillerinin işlenmiş olduğu tespit edilmemiş) olmalıdır. Dilekçenin verildiği tarihten başlayarak on beş gün içerisinde verilmemiş vergi beyanname söz konusu ise bunun verilmesi, eksik veya yanlış yapılan beyanın varlığı durumunda ise bu beyanların tamamlanması veya düzeltilmesi gerekmektedir. İlgili makama dilekçe ile haberi verilen ödeme süresi geçmiş olan vergilerin, gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanunda gecikme zammı için ön görülen bir zam oranıyla haber verilen tarihten başlayarak on beş gün içinde ödenmesi gerekmektedir.

²⁴ Özgenç, 730; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 377.

²⁵ Bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, s. 732 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 576 vd.; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 377; Zafer, s. 386.

4. Suçun Nitelikli Hali

Suçun nitelikli hali, kanunda suçun temel şekline nazaran cezanın azaltılmasına veya artırılmasına neden olan unsurlardır²⁶. Öğretide kabul edilen genel görüş ve Yargıtay'ın görüşü, suçun nitelikli halinin suçun unsuru olmadığı yönündedir²⁷. Suçun nitelikli halleri gibi etkin pişmanlık da suçun unsuru olmadığı için işlenen fiil dolayısıyla suçun mahiyeti açısından herhangi bir tesiri bulunmamaktadır.

7394 sayılı Kanununun 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasıyla VUK'a eklenen madde hükmüne göre, "*tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir.*" Kanımızca bu hüküm daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak nitelendirilebilir. Kanun hükmüne göre, bu hükümden yararlanmak için failin herhangi bir davranış sergilemesi gerekmemekte, suçun oluşmasına sebebiyet veren fiil ile herhangi bir vergi ziyana sebep olmamak yeterli olmaktadır.

Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller ile etkin pişmanlık arasındaki farklardan biri failin şahsına ilişkindir. Suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri kimi zaman failin şahsından kaynaklanmakta iken; çoğu kez failin şahsından kaynaklanmayan bazı etkenlere bağlıdır. Etkin pişmanlık ise failin pişmanlığını gösteren iradi davranışlar ortaya koymasına bağlıdır. Bu nedenle, daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerde failin hangi duyguyla hareket ettiğinin bir önemi bulunmamakta iken; etkin pişmanlıkta failin işlediği fiil nedeniyle pişmanlık duyması aranmaktadır²⁸.

II. Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlığın Vergi Usul Kanununda Düzenlenişi

A. Genel Olarak

Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen İnsan Hakları Eylem Planının "adli süreçlerde hukuki öngörülebilirlik ve şeffaflığın güçlendirilmesi" başlıklı 3/2 nolu hedefte vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin etkin pişmanlığa yer verilmiştir. Etkin pişmanlığa ilişkin düzenleme için hedeflenen süre ise eylem planında 3 ay olarak belirlenmiştir. Etkin pişmanlığın da dâhil olduğu yasa tasarısı 25 Mart 2022 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuş²⁹ ve 8 Nisan 2022 tarihinde 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda

²⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 205; Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Adalet, 2011 Ankara, s. 120.

²⁷ Dönmezer Sulhi,/ Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt: II, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 339. Bazı yazarlarca "suça etki eden nedenler" olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Ersoy, Yüksel. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002, s. 128-129; YCGK, 28.9.2004, E. 2004/5-147, K. 2004/176. Aksi görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre *Genel Hükümler*, s. 236, "... suçun maddi unsurları hareket, netice ve nedensellik bağlantısından teşekkül etmemektedir. Yazar, fail, mağdur, konu ve nitelikli unsurları da maddi unsurlar arasında kabul etmektedir".

²⁸ Gödekli, s. 345.

²⁹ TBMM, Dönemi ve Yılı:27/5, Esas No:2/4336, Başkanlığı Geliş Tarihi:25.03.2022, Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4336.pdf>

Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ismiyle yasalaşmıştır³⁰.

7394 sayılı Kanunun genel gerekçesinde kanun teklifinin amacı, vatandaşların yaşayabileceği hak mağduriyetlerinin önüne geçmek, ödeme kolaylığı sağlamak, kamu kurum ve kuruluşlarının çeşitli konularda ihtiyaç duyduğu kanuni düzenlemelerin hayata geçirilmesi olarak belirtilmiştir.

Etkin pişmanlığı düzenleyen 4'üncü maddenin gerekçesinde ise, VUK hükümleri uyarınca soruşturma ve kovuşturma evresinde pişmanlık ve ıslah müessesesine başvurulması mümkün olmadığından, soruşturma ve kovuşturma aşamasında faile etkin pişmanlıktan yararlanma yolu açıldığı belirtilmiştir.

7394 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin 2 ve 4'üncü fıkralarıyla VUK m. 359 kapsamında vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükümleri getirilmiştir. 7394 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasıyla ise etkin pişmanlık değil; daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hale yer verilmiştir. Söz konusu Kanun hükümlerine göre; *"Bu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığına tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verileceğe kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilir.*

Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır."

B. Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlığın Unsurları

1. Maddi Unsurlar

Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlığın fiile ilişkin olan ve fiiliden kaynaklanan ve somut olayda kanunilik ilkesine uygun biçimde dışa yansıyan unsurlar maddi şartlardır³¹. Maddi unsurlar tamamlanmış bir vergi kaçakçılığı suçunun gerçekleştirilmesi, failin duyduğu pişmanlığın etkin olması ve pişmanlığın yasal süre içinde gösterilmesi olarak sıralanabilir.

a. Tamamlanmış Bir Vergi Kaçakçılığı Suçunun Gerçekleştirilmesi

Vergi kaçakçılığına suçunda etkin pişmanlık müessesesinden yararlanmak için suçun tamamlanmış olması gerekmektedir³². Tamamlanmış suç, kanunda öngörülmüş olan en son

³⁰ Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi Ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete Tarih: 15.04.2022, Sayı: 31810.

³¹ Gödekli, s. 295.

³² Etkin pişmanlığın öğretilde yapılan tanımlarından da anlaşılacağı etkin pişmanlık 5237 sayılı TCK'da suçun tamamlanmasından sonra yararlanılabilen bir kurumdur. Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesinde ve gerekçesinde bu genel kabulden farklı bir tutum gözlemlenmediğinden vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için suçun tamamlanmış olması gerekmektedir. Ancak bir görüşe göre genel olarak etkin pişmanlık hükümleri teşebbüs aşamasında da bir zarar doğması durumunda uygulanabilmelidir. Bkz.

unsurun gerçekleştiği anı ifade etmektedir³³. Kanuni tipte yer alan tüm unsurların (hareket, netice, nedensellik bağı, manevi unsur) oluşmasından sonra suç tamamlanmış olmaktadır³⁴.

Vergi kaçakçılığı suçunun oluşması açısından genel olarak bir neticenin meydana gelmesi gerekmektedir. Bu nedenle, öğretilerde vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin fiillerden “*defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetme*” fiili haricinde yer alan diğer fiillerle meydana getirilen vergi kaçakçılığı suçu, sırf hareket suçu-tehlike suçu olarak nitelendirilmektedir³⁵. Dolayısıyla kanuni tipte yer alan fiillere ilişkin hareket, failin kastı ve nedensellik bağının bulunması halinde vergi kaçakçılığı suçu tamamlanmış olmaktadır³⁶.

b. Failin Duyduğu Pişmanlık Etkin Olması

Etkin pişmanlık, duygusal bir durumun ötesinde, pişmanlığın etkili ve aktif ve olarak gösterilmesini gerektirmektedir³⁷. Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak failin pişman olduğunu göstermek adına kaçakçılık fiili nedeniyle ortaya çıkan vergi ziyayı nedeniyle tarh edilen vergi ve kesilen ceza ve diğer ferî alacaklara ilişkin 7394 sayılı Kanunda belirlenen kısımların, ilgili vergi idaresine ödenmesi gerekmektedir³⁸. Fail pişmanlığını maddede belirtilen koşulları yerine getirerek göstermektedir.

Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık nedeniyle gerçekleşecek “*ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır.*” Failin pişmanlığını gösterebilmesi için gerçekleştirmesi gereken diğer şart ise, ödediği vergi ve diğer ferî alacaklar açısından vergi mahkemelerinde yargı yolunu kullanmamasıdır. Bu hükmün anayasal ve evrensel ilkeler bakımından incelenmesi gereken sorunlu bir düzenleme olduğu kanısındayız. Bu hükme ilişkin değerlendirmelerimiz ileriki başlıklarda ayrıntılı olarak yapılacaktır.

c. Pişmanlığını Yasal Süresi İçinde Gösterilmesi

Etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için failin kanunda öngörülen zaman zarfında pişmanlığını gösteren aktif davranışlarda bulunması gerekmektedir³⁹. Aksi halde failin pişmanlığına ilişkin gösterdiği davranışların cezanın kaldırılmasına veya azaltılmasına bir etkisi bulunmayacaktır⁴⁰.

Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık düzenlemesine göre; pişmanlığın, ya soruşturma evresinde ya da kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar gerçekleşmesi gerekmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nın 2’nci maddesinin 1-e bendine göre soruşturma evresi,

Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 4. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 3784.

³³ Hafizoğulları/Özen, *Türk Ceza Hukuku*, s. 328

³⁴ Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 248; Soyaslan, Doğan. *Teşebbüs Suçu*, Kazancı Yayınları, Ankara, 1994, s. 17.

³⁵ Şenyüz, aynı anlama gelen tehlike suçu kavramını kullanmıştır. Bkz. Şenyüz, s. 405; Karakoç, 277.

³⁶ Şenyüz, s. 405; Karakoç, s. 277.

³⁷ Gödekli, s. 303.

³⁸ Failin ödemesi gereken kısım düzenlemeye göre; tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammıdır.

³⁹ Gödekli, s. 315.

⁴⁰ Y15CD., 18.9.2014, E. 2013/538, K. 2014/15064. Aynı yönde bkz. Y2CD., 9.9.2014, E. 2013/30341, K. 2014/2020.

“kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi” ifade etmektedir.

Kovuşturma evresi ise, CMK'nın 2'nci maddesinin 1-f bendinde, “iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre” olarak düzenlenmiştir. Hüküm, mahkeme tarafından yargılama sonucunda yargılamanın konusuna ilişkin olarak verilen ve yargılamayı sona erdiren karardır⁴¹. Hükmün verilmesi ve hükmün kesinleşmesi farklı kurumlardır. Kovuşturma evresinde “hüküm verilinceye kadar” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tam olarak anlaşılammaktadır. “Hüküm verilinceye kadar” ifadesinin ilk hüküm olarak anlaşılması durumunda, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükme karşı yargı yoluna gidilmesi durumunda, bu aşamada vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlığa başvurmak mümkün olmamaktadır. CMK m. 223/1 uyarınca beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbiri, davanın reddi ve davanın düşmesi kararları hükümdür. Özgenc'e göre; mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda verilecek hüküm “ilk kez” verilen hüküm olmalıdır⁴².

Yargıtay'ın bu konuda farklı kararları bulunmaktadır. İlk derece mahkemesince verilen karardan sonra bozma üzerine mahkemeye gelen dosyalarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmayacağını kabul ettiği kararları⁴³ olmakla beraber, bozma üzerine ilk derece mahkemesine dönmelerinden sonra da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğine hükmettiği kararları⁴⁴ da bulunmaktadır. Doktrinde ise, ilk derece mahkemesince karar verilinceye kadar ya da kararın Yargıtay'dan bozma üzerine gelmesi üzerine ilk derece mahkemesince bozma üzerine yapılan yargılama süresince etkin pişmanlıktan yararlanılabileceği kanaati bulunmaktadır⁴⁵. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

2. Manevi Unsur

Etkin pişmanlıkta dış dünyaya yansıyan objektif koşulların yanı sıra faile ilişkin subjektif koşul olan iç dünyasında yaşadığı pişmanlığın da dışa vurulması gerekir⁴⁶. Pişmanlık, yaptığı davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülen kişinin⁴⁷ öznel durumunu ifade etmektedir. Pişmanlık iradi olarak belirtilmese de failin hareketlerinden pişman olduğunun anlaşılması gerekmektedir⁴⁸. TCK'da bazı suçlar açısından getirilen etkin pişmanlık hükümlerinde “bizzat

⁴¹ Bkz. Yerdelen, Erdal. *Hükmün Gerekçesi*, Ankara, 2015, 9 vd.

⁴² Özgenc, İzzet. *Zimmet Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 72. Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu*, s. 3785.

⁴³ Y15CD., 10.04.2013, E. 2011/23129, K. 2013/6616.

⁴⁴ Bkz. Y6CD., 4.07.2006, E. 2005/16954, K. 2006/7164.

⁴⁵ Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/ Artuç Mustafa, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.IV, Ankara, 2010, s.4810; Babayiğit, Mustafa. “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçlarında Etkin Pişmanlık”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 6, Yıl:2015, 63-78, s. 66. Aksi yönde bkz., Malkoç, İsmail. *Türk Ceza Kanunu*, 2. Bası, C.1, 2006, s.1136. Tezcan, Durmuş/Erdem, Ruhan Mustafa/ Önak, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Baskı 6, Ankara, 2008, , s. 589, Tezcan/Erdem/Önak'a göre, etkin pişmanlık hükümleri kararın kesinleştiği ana kadar uygulanabilir

⁴⁶ Gödekli, s.325.

⁴⁷ Tekin, s. 227.

⁴⁸ Bkz. YCGK, 22.5.2012, E. 2011/1-430, K. 2012/203. Benzer yönde bkz. YCGK, E: 2010/6-173, K: 2010/208, 26.10.2010. Hafızoğulları/Özen'e göre ise (Topluma Karşı Suçlar, s. 152), failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması için pişmanlığını ifade etmesi gerekmektedir. Failin etkin pişmanlıktan yararlanma şartlarını gerçekleştirmesi durumunda mahkemenin failin pişmanlık duyup duymadığını araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

pişmanlık göstererek” gibi ifadeler kullanmaktadır⁴⁹. Her ne kadar söz konusu hükümler gereği failin bu pişmanlığı belirginleştirmesi gerekse de kanımızca vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin getirilen etkin pişmanlık hükümleri açısından böyle bir durum söz konusu değildir.

Yargıtay’a göre, “5237 sayılı TCK’ nın 168’ inci maddesi 765 sayılı yasanın 523’ üncü maddesinden farklı olarak pişmanlıktan kaynaklanan iade ya da tazmini esas aldığından tazminatın cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi, zararın failin rızası hilafına ya da ondan habersiz olarak üçüncü kişilerce giderilmesi, failin yakalanmamak için kaçarken atması sonucu eşyanın ele geçirilmesi, arama neticesinde saklanan şeyin bulunması gibi hallerde 765 sayılı Yasanın 523’üncü maddesinin uygulama alanı olabileceken bu durumda failin gerçek bir pişmanlığından söz edilemeyeceğinden 5237 sayılı Yasanın 168’ inci maddesi uyarınca uygulama yapılamayacaktır”⁵⁰. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı fiilleri nedeniyle tarh edilen vergi, kesilen ceza ve diğer ferî borçlar açısından failin kendi iradesiyle bir ödeme yapmaması, kamu alacağının cebri icra sonucunda tahsil edilmesi durumunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılamaz.

C. Cezada İndirim

Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümlerine göre pişmanlığını göstermek adına gerekli şartları yerine getiren failin cezasından indirim yapılmaktadır. Etkin pişmanlığa ilişkin şartların yerine getirildiği evreye göre failin alacağı indirim miktarı değişmektedir. Buna göre; fail, soruşturma evresinde pişmanlığını gösterir ve kanun hükmünde öngörülen ödemeyi soruşturma evresinde yaparsa, yargılama sonucu öngörülecek cezadan yarı oranında indirim yapılması gerekmektedir. Kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar ödenmesi halinde ise, yargılama sonucu verilecek ceza üçte bir oranında indirilecektir.

7394 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununun 359’uncu maddesine eklenen 7’nci fıkra hükmüne göre; vergi kaçakçılığına sebep olan fiillerle herhangi bir vergi ziyana neden olunmaması durumunda verilecek ceza yarı oranında indirilmektedir. Bu hükme göre ceza indiriminden yararlanmak için, failin işlemiş olduğu vergi kaçakçılığı fiilleri nedeniyle vergi ziyana sebep olmamış olması yeterli olup failin başkaca bir şey yapması gerekmemektedir. Bir diğer anlatımla, bu durumda etkin pişmanlık hükümleri uygulanmamakta, vergi ziyayı bulunmayan olaylarda doğrudan ceza indirimi uygulanmakta, şüpheli veya sanığın herhangi bir harekette bulunması gerekmemektedir. Kanımızca bu hükmün niteliği daha az cezayı gerektiren nitelikli haldir.

III. 7394 sayılı Kanunla Getirilen Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Anayasal ve Evrensel Haklar Açısından Değerlendirilmesi

7394 sayılı Kanunda etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmekle beraber etkin pişmanlık sebebiyle ceza indiriminden yararlanabilmek için kanunda öngörülen ödemeyi vergi idaresine yapmanın yanı sıra bir şart daha öngörülmüştür. Buna göre; vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümlerine göre ceza indiriminden yararlanabilmek için ödenen vergi ve diğer ferî alacaklar açısından “vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi” şarttır.

⁴⁹ Bkz. TCK md. 168.

⁵⁰ YCGK, 27.05.2008, E. 2008/11-127, K. 2008/147; Aynı yönde bkz. Hakeri, s. 519.

Kanunun vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlığı içeren 4'üncü maddesinde geçen “*vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi*” şartına ilişkin olarak, gerekçede uzlaşma müessesesine de değinilerek bu hükmün uzlaşmada uzlaşılan meblağ için kapalı olan yargılama yoluna benzer bir hüküm olduğu belirtilmiştir. Failin etkin pişmanlıktan yararlanmak adına bir tercih hakkının olduğu ve eğer bu yolu tercih ediyorsa vergi mahkemesinde etkin pişmanlıktan yararlanmak adına ödediği vergi ve cezalar için vergi mahkemelerinde yargı yoluna gidemeyeceği ifade edilmiştir. Failin bu cezaları ödemeyerek vergi mahkemesinde dava açma yolunu da tercih edebileceği vurgulanmıştır. Ancak bu durum, faili iki zorlayıcı tercihle baş başa bırakmasının yanı sıra çeşitli anayasal ve evrensel haklarla da bağdaşır görünmemektedir. Bu nedenle, bu başlık altında etkin pişmanlığa ilişkin indirimden yararlanmak için kanunda öngörülen miktarda ödemeyle birlikte ödenen vergi, vergi cezaları ve bu vergiye bağlı diğer ferî alacaklara ilişkin “*vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi*” şartının anayasal ve evrensel haklar karşısındaki durumu incelenecektir.

A. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti modern demokrasilerin temellerinden biri olarak kabul edilen⁵¹ tüm eylem ve işlemleri hukuk kurallarına tabi olan⁵², hukuka uygun davranan ve hukuka uygunluğun garanti altına alınması için karar ve işlemleri yargı yoluyla denetlenen⁵³ devlettir. Anayasa Mahkemesi’ne göre hukuk devleti, tüm eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, hukuksal güvenliği sağlayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukukun üstünlüğünü tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasaların da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin varlığının bilincinde olan devlettir⁵⁴.

Hukuk devleti ilkesi, bir yandan kişi hak ve hürriyetlerini diğer yandan da bireyleri yönetimin davranışlarına karşı korumayı amaçlamaktadır⁵⁵. Hukuk devleti ilkesi, devletin hukuk kurallarına bağlı olmasının yanında, bireylere yargısal denetim güvencesinin verilmesini de gerektirir⁵⁶. Hak arama hürriyetinin ve adil yargılanmanın doğal bir sonucu olan mahkemeye erişim hakkı, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır⁵⁷. Hukuk

⁵¹ Rumpf, Christian. *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Cev. Burak Oder, 1. Bası, Ankara 1995, s. 58; Doering, Karl. *Genel Devlet Kuramı, (Genel Kamu Hukuku)*, Çev. Ahmet Mumcu, 2. Bası, İnkılap Yayınları, İstanbul 2002, s. 208.

⁵² Akad, Mehmet / Vural Dinçkol, Bihterin. *Genel Kamu Hukuku*, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2004, s. 363.

⁵³ Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 90; Gözübüyük, A. Şeref / Tan, *Turgut. İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 3; Anayasa Mahkemesi, 1.10.1991, E. 990/40, K. 991/33, Resmi Gazete, Tarih: 7.2.1992, Sayı: 21135.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, 06.01.2005, E. 2001/379, K. 2005/3, Resmi Gazete Tarih: 17.05.2006.

⁵⁵ Özay, İl Han. *Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları*, İstanbul 2002, s. 101, 102.

⁵⁶ Çayan, Gökhan. *Adil Yargılanma Hakkı*, Legal Yayınları, İstanbul 2016, s. 49

⁵⁷ Geronne, Laubenbach. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights Libgen*, <https://global.oup.com/academic/product/the-concept-of-the-rule-of-law-and-the-european-court-of-human-rights-9780199671199?cc=us&lang=en&>, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2013, s. 128; Osce- Diegest, *Legal Digest Of International Fair Trial Rights*, Ohdır Yayınları, Varşova 2012, s. 39 (Aktaran Çayan, *İnsan Hakları...* s. 264).

devleti hukukun üstünlüğünü tanıyan devlettir. AİHM kararlarında, adil yargılanma hakkına ilişkin madde metninde açıkça yer verilmemesine rağmen mahkemeye erişim hakkının, adil yargılanma hakkının ön koşulu kabul edilmesinin sebebi olarak hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum düzeni gösterilmiştir⁵⁸.

Mahkemeye erişim hakkı ile bireylerin bir uyuşmazlığı hukuk kurallarına uygunluğunun denetiminin sağlanması; Anayasanın 125'inci maddesinde yerini alan idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması ile de idarenin eylem ve işlemlerinde hukuka uygun hareket etmesini sağlamak amaçlanmaktadır. Bahsi geçen iki ilke, bu nedenlerle hukuk devleti ilkesinin hukukun üstünlüğünü sağlama ve tüm devlet organlarının hukuka uygun davranması amaçlarına hizmet etmektedir. Bu açıdan mahkemeye erişim hakkı ve idarenin her türlü işlemine karşı yargı yoluna başvurulabilmesini garanti altına alan Anayasanın 125'inci maddesi hukuk devleti ilkesinin hayata geçmesine katkı sağlamaktadır.

Vergi idaresinin iş ve işlemlerinde hukukun üstünlüğünü egemen kılmak ve vergi idaresinin Anayasaya aykırı tutumlardan kaçınmasını sağlamak adına vergi mükelleflerinin vergi mahkemelerine erişim hakkının sınırlandırılmaması gerekmektedir. Bu aynı zamanda vergi idaresinin iş ve işlemlerinde insan haklarına saygılı hareket etmesini sağlamak adına gereklidir.

Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen sanık veya şüphelinin mahkemeye erişim hakkını kanunla sınırlandırmak, hem Anayasanın 125'inci maddesine hem de AİHM'nin adil yargılanmaya ilişkin kabullerine aykırı düşmektedir. Söz konusu kısıtlama ile, idarenin işlemlerinin yargı denetimine tabi tutularak hukuka uygunluğunun tespit edilmesi veya hukuka uygun hareket etmesi yönünde bir katkı sağlamanın önüne geçilmiş olmaktadır. Bu nevi kısıtlayıcı hükümler, içtihat oluşmasının önünde de bir engel oluşturmaktadır. Bu durumda idarenin hukuka uygun hareket edip etmediğinin belirlenemeyecek ve hukuk devleti ilkesi tüm yönleriyle sağlanamamış olacaktır. Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen sanık veya şüphelinin vergi idaresi tarafından yapılan işleme ilişkin vergi mahkemelerinde dava açmasını engellemek bu yönleriyle hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

B. Adil Yargılanma Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti Açısından Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık

1. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkının düzenlenmiş olduğu AİHS'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında göre; *"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılanmaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir."*

⁵⁸ AİHM, Ashingdane/ Birleşik Krallık, Başvuru No. 8225/78, 57. Paragraf; Golder kararı, 34. ve 35. Paragraf.

Hak arama hürriyeti ise Anayasanın 36'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 1'nci fıkrasında göre; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa Mahkemesi, Anayasada düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamının AİHM kararlarına göre belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁹. AİHM'nin adil yargılanma hakkı bakımından kabulleri Anayasanın 36'ncı maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin de kapsamını belirlemektedir.

AİHS'ye tabi devletlerin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda iç hukuklarında adil yargılanmanın gereklerini yerine getirip getirmediğine ilişkin belirlemede adil yargılanma hakkının unsurlarının sağlanıp sağlanmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır. Adil yargılanma hakkının unsurlarında birinin zedelenmesi adil yargılanma hakkının zedelendiği anlamına gelmektedir⁶⁰. Bu nedenle adil yargılanma hakkının gereklerine somut uyuşmazlıkta iç hukuk düzenince riayet edilmesi gerekmektedir. Adil yargılanma hakkının sağlanması adına somut olayda riayet edilmesi gereken unsurlardan biri⁶¹ de mahkemeye erişim hakkıdır.

2. Mahkemeye Erişim Hakkı

Mahkemeye erişim hakkı hem bir evrensel hak hem de anayasal bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM, mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkı için de değerlendirmektedir⁶². Hakkının ihlal edildiğini düşünen herkes mahkemeye erişim hakkına sahip olmalıdır⁶³. AİHM, sözleşmeyi geniş yorumlayarak⁶⁴ mahkemeye erişim hakkını hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsurlarından kabul etmektedir⁶⁵. Mahkemeye erişim hakkı AİHM kurucu unsuru olarak görmektedir⁶⁶. Anayasa Mahkemesi'ne göre ise mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının ön koşuludur⁶⁷.

Mahkemeye erişim hakkı, kişinin herhangi bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve bu uyuşmazlığa ilişkin etkili bir karar verilmesini talep edebilmeyi ifade etmektedir. Kişiyi iddia ve savunmasını bir yargı merci önünde ileri sürebilmesine olanak tanınmasıdır⁶⁸. Aynı

⁵⁹ Çayan, Gökhan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *TAAD*, Yıl:7, Sayı:28 (Ekim 2016), s. 264.

⁶⁰ Karakehya, Hakan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma”, Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora tezi, 2007, s. 21.

⁶¹ Bkz. Gözübüyük, A. Şeref / Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, 2013 Ankara, s. 276; Kaşıkara, Serhat. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınları, 2009 Ankara, s. 111 vd.

⁶² AİHM, Golder v. Birleşik Krallık, 21.02.1975, Başvuru No: 4451/70, 25, 35. paragraflar.

⁶³ Aydın, Bihter. *Türk İdari Yargı Düzeninde Adil Yargılanma Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 49.

⁶⁴ Alston, Philip/ Bustelo, Maro/ Heenan, James. *The EU And Human Rights*, Oxford University Press, New York 1999, s. 202.

⁶⁵ AİHM, Geffre/Fransa, 23.01.2003, Başvuru No: 51307/99, 34. paragraf.

⁶⁶ AİHM, Golder/Birleşik Krallık, 35. paragraf.

⁶⁷ AYM, 28.03.2002, E. 2001/5, K. 2002/42, Resmi Gazete: 05.09.2002-24867.

⁶⁸ Ekinci, Ahmet. “Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 3-4, Yıl: 2014, s. 823; Aydın, Bihter. “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”, *TAAD*, Sayı: 15, Yıl: 4, (Ekim 2013), s. 272; Aydın, Alper. “Mahkemeye Erişim Hakkı Işığında Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri”, *TAAD*, Sayı: 34, Yıl: 2018, s. 539.

zamanda kişinin bir konu hakkında mahkeme kararı elde edebilmesini sağlayan bir hak olarak da tanımlanabilir⁶⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre herkes, kişisel hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanması talebiyle mahkemeye erişim ve dava açma hakkına sahiptir. Suç isnadı altında olan veya medeni haklarını kullanmasının keyfi biçimde engellendiğini iddia eden kimse, bu iddiasını AİHS'nin yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin 6'ncı maddesinin 1'nci fıkrasında sağlanan güvencelere sahip bir mahkeme önüne getiremediğinden hareketle mahkemeye erişim hakkının zedelendiğine yönelik talepte bulunma hakkına sahiptir⁷⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkının kaynağını adaletin reddini yasaklayan uluslararası hukuk prensibinden aldığını ifade etmiştir⁷¹. Ayrıca adil yargılanmaya ilişkin 6'ncı madde metninde açıkça yer verilmemesine karşın hukukun üstünlüğü ve demokratik toplum düzeni gereği adil yargılanmanın bir şartı olarak kabul edilmektedir⁷².

AİHS'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6'ncı maddesine ilişkin AİHM kararlarında da, dava yoksa adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği⁷³, mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkânsız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği⁷⁴ belirtmektedir⁷⁵.

Adil yargılanma hakkının ön koşulu kabul edilen mahkemeye erişim hakkı, medeni hak ve yükümlülüklerden doğan uyumsuzluklara uygulanmaktadır. Suç isnadına ilişkin uyumsuzluklar açısından mahkemeye erişim tanınmaktadır⁷⁶. Ceza davasında mahkemeye erişim hakkı, sanığın dava açmasından ziyade bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden hakkında karar verilmesini isteme hakkını korumaktadır⁷⁷.

Kişinin mahkemeye başvurmasına engel olan sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir. Aynı zamanda bir mahkeme kararını anlamsız kılan veya kararı önemi önemli ölçüde etkisiz hale getiren sınırlamalar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Kanunlarda mahkemeye erişim hakkının sağlanmış olması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda fiili olarak mahkemeye erişebilmeli ve bunun önünde herhangi bir engel olmamalıdır. Mahkemeye erişim hakkının etkinliğinin sağlanması gerekmektedir⁷⁸. AİHS'ye tabi devletler, mahkemeye erişim hakkını zor ve çetrefilli şartlara tabi tutmaktan, adil yargılanma hakkının özünü anlamsız kılacak

⁶⁹ Francioni, Francesco: "The Rights of Access to Justice under Customary International Law", s.1, (Editör: Francesco Francioni) Access to Justice as a Human Right, New York, 2007.

⁷⁰ AİHM, Roche/Birleşik Krallık, 19.10.2005, Başvuru No: 32555/96, 117. paragraf; AİHM, Stanev/Bulgaristan, 17.01.2012, Başvuru No: 36760/06, 229 paragraf.

⁷¹ AİHM, Golder v. Birleşik Krallık, 21.02.1975, Başvuru No: 4451/70, 35. paragraf.

⁷² "Ulusal mevzuat kapsamında sağlanan erişim derecesinin, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü göz önünde bulundurularak, bireyin "mahkeme hakkını" güvence altına almak için yeterli olduğu tespit edilmelidir." AİHM, Golder/Birleşik Krallık, 16-18. paragraflar; AİHM, Ashingdane/ Birleşik Krallık, Başvuru No. 8225/78, 57. Paragraf; Ayrıca bkz. AİHM, Geffre/Fransa, 34. paragraf.

⁷³ AİHM, Golder/Birleşik Krallık, 37. paragraf.

⁷⁴ AİHM, Airey/İrlanda, 9.10.1979, Başvuru No: 6289/73, 32. paragraf.

⁷⁵ Gölcüklü, Feyyaz. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde "Adil Yargılama Hakkı"", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, İlhan Öztrak'a Armağan*, Cilt: 49, Sayı: 1-2, s. 208.

⁷⁶ Ramazan Yılmaz Başvurusu, § § 28, 29.

⁷⁷ AİHM, Deweer/Belçika. 27.02.1980, Başvuru No: 6903/75, 35, 48. Paragraflar.

⁷⁸ Laubenbach, s. 155.

düzenlemelerden ve mahkemeleri kapatma veya sayısını azaltmaya ilişkin tutumlardan kaçınmalıdır⁷⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gorou v. Yunanistan⁸⁰ başvurusunda başvuran temyiz yolu kapatılmış olan bir uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak yaptığı başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Yine Bayar ve Gürbüz v. Türkiye başvurusunda, idari para cezasının iptaline ilişkin yapılan yargılama sonucunda miktar temyiz sınırının altında kaldığı için temyiz başvurusu reddedilmiştir. Bu başvuruda AİHM mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Devletin mahkemeye erişim hakkını ihlal eden düzenleme ve uygulamalar yapmama yükümlülüğünün yanında hakkın kullanımının önündeki engelleri kaldırma gibi pozitif bir yükümlülüğü de bulunmaktadır⁸¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne tabi olan devletlerde, idarenin bazı eylem ve işlemleri yargı denetimi dışında tutulabilmektedir. Ancak idarenin eylem ve işlemlerini yargı denetimi dışına iten kanuni düzenlemeler, AİHM tarafından mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir⁸².

Öte yandan, AİHM'ye göre mahkemeye erişim hakkının sınırlanması mümkündür⁸³. Belli koşullarda hakkın özüne dokunmamak kaydıyla devletler bazı alanlarda mahkemeye erişim hakkına kısıtlama getirebilir⁸⁴. Ancak uygulanan sınırlamalar, bireye bırakılan erişimi, hakkın özünü zedeleyecek şekilde veya ölçüde kısıtlamamalı veya azaltmamalıdır, bir sınırlama eğer meşru bir amaç gütmüyorsa ve kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa madde 6/1 paragrafı ile uyumlu olmayacaktır⁸⁵.

Anayasa Mahkemesi'ne göre mahkemeye erişim hakkının sınırları bulunmaktadır. Ancak Anayasanın 36'ncı maddesinde geçen hak arama hürriyetine ilişkin olarak madde metninde bir kısıtlama getirilmemiştir. Anayasanın "temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13'üncü maddesine göre; "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar,*

⁷⁹ Çayan, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 51.

⁸⁰ AİHM, Gorou v. Yunanistan, 20.03.2009, Başvuru No:12686/03.

⁸¹ AİHM, Airey/İrlanda, 32. paragraf; AİHM, Winterwerb/Hollanda. 24.10.1979, Başvuru No: 6301/73, 33.75. paragraf; Gölcüklü, s. 209.

⁸² AİHM, Pudas/İsviçre, 27. 10. 1987, Başvuru No: 10426/83.

⁸³ Mahkemelere erişim hakkı mutlak değildir, ancak sınırlamalara tabi olabilir; erişim hakkı, "doğası gereği, toplumun ve bireylerin ihtiyaçlarına ve kaynaklarına göre zaman ve yerde değişebilen düzenlemenin Devlet tarafından düzenlenmesini gerektirdiğinden" (yukarıda belirtilenlere bakınız) zımnen bunlara izin verilmektedir. AİHM, Golder kararı, 38. paragraf; 23 Temmuz 1968 tarihli "Belgian Linguistic" kararından alıntı, Seri A no 6, sayfa 32, paragraf 5; AİHM, Ashingdane/Birleşik Krallık, Başvuru No: 8225/78, 28.05.1985, 57. Paragraf.

⁸⁴ AİHM, Golder/Birleşik Krallık, 37-38; Ashingdane/ Birleşik Krallık, 57. paragraf; Monnell ve Morris Birleşik Krallık, 02.03.1987, Başvuru No: 9562/81; 9818/82, 59. paragraf; Lithgow ve diğerleri/ Birleşik Krallık, 08.07.1986, Başvuru No: 9006/80; 9262/81; 9263/81;9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 93 ve sonuncu paragraflar; Geouffre de la Pradelle/Fransa, 16.12.1992, Başvuru No: 12964/87, 28. paragraf; Philis/Yunanistan, 27.08.1991. Başvuru No: 12750/87; 13780/88; 14003/88, 59. paragraf; Kom. K. Wallen/İsveç, 16.05.1985, Başvuru No: 10877/84. DR 43, s. 184; Airey/İrlanda, 22 ve 26. paragraflar; Gölcüklü, s. 209; Launbech, s. 137; Çayan, s.247; Çakan, Seher/Avcı, Orçun. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mükellef Hakları: Mülkiyet Hakkı Ve Adil Yargılanma Hakkı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 639-678, s. 659; Ekinci, s. 830.

⁸⁵ Golder v. Birleşik Krallık, paragraf 38; Jones ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Türkçe çeviri, 02.06.2014, Başvuru No: 34356/06; 40528/06, b paragrafı; Ashingdane/Birleşik Krallık, 57. Paragraf.

Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Hükümden anlaşılacağı üzere, temel hakkın düzenlendiği maddede herhangi bir sınırlama sebebi bulunmuyorsa hakkın sınırlandırılması söz konusu değildir. Bu nedenle, hak arama hürriyetinin temelinde yer alan mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması mümkün gözükmemektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre anayasal hak olan hak arama hürriyeti açısından ise sınırlama mümkün değildir. Anayasanın 13’ üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetler yalnızca temel hakkın düzenlendiği maddede geçen sınırlama sebeplerine dayanılarak sınırlandırılabilir. Ancak hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36’ncı maddede herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Bu nedenle hak arama hürriyetinin sınırlandırılması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi de idari yargı alanında iptal davası açmanın, kişisel hak ihlaline bağlanmasına ilişkin yaptığı değerlendirmede, Anayasanın hak arama hürriyetinin gereği olan mahkemeye erişim hakkına aykırı bularak hükmü iptal etmiştir⁸⁶. Kararda Anayasa Mahkemesi, yargı denetiminin kısıtlanmasının hak arama hürriyetini zedelediğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin hak arama hürriyetine ilişkin verdiği kararlara bakıldığında, dava açmanın bir şarta bağlandığı durumlarda mahkemeye erişim hakkı kısıtlanmış olmaktadır. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bir davada harcamalara katılma payına ilişkin dava açmak için öncelikle bu yükümlülüğün ödenmesinin şart koşulmasının mahkemeye erişim hakkını dolayısıyla hak arama hürriyetini ihlal ettiğine hükmetmiş ve söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.⁸⁷

3. Vergi kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Mahkemeye Erişim Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiği 7394 sayılı Kanunla etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için gereken şartlar kapsamında, süresi içinde vergi kaçakçılığına sebebiyet verilen fiillerle ziyaa uğratıldığı tespitine dayanarak tarh edilen vergi, gecikme zammı ve faizinin tamamı ile bu vergiye ilişkin kesilen cezaların yarısının ödenmesi icap etmektedir. Aynı zamanda bu ödenen vergi, gecikme zammı, gecikme faizi ve cezalar açısından vergi mahkemelerinde dava yoluna gitmemek gerekmektedir. Bu durumda şüpheli veya sanığın iki seçenekten birini tercih etmesi kanuni olarak dayatılmaktadır. Vergi suçlusu ya etkin pişmanlıktan yararlanıp ödediği vergilerin hukuka aykırılığını vergi mahkemeleri nezdinde öne süremeyecek ya da tarh edilen vergi ve bu vergiye bağlı ferî borçlar açısından bir hukuka aykırılık iddiasını vergi mahkemelerine taşıyarak etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır.

Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için ödenen vergi cezaları açısından “vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi” şartına ilişkin gerekçede uzlaşma müessesesinde de aynı durumun varlığı örnek gösterilmiştir. Mükellef ile vergi dairesi tarafından uzlaşmanın sağlanması halinde vergi mahkemelerinde uzlaşılan tutara ilişkin dava açılmaması, başka bir tartışma konusu olmakla birlikte, çalışmamızda yalnızca iki kurumun amaç, sebep ve sonuçlarının birbirine benzemez iken gerekçede uzlaşmadan örnek verilmesinin hatalı olması

⁸⁶ AYM, 21.09.1995, E. 95/27, K. 95/47, Resmi Gazete, 10.04.1996-2267.

⁸⁷ AYM, 28.03.2002, E. 200115, K. 2002/42 K.

kanaati üzerinde durulacaktır. Uzlaşma müessesesinde bir anlaşma söz konusudur⁸⁸. Uzlaşmaya konu vergi ve cezalar, vergi idaresi ve mükellef arasında karşılık teati edilmekte ve sonucunda iki tarafın da anlaştığı bir meblağ ortaya çıkmaktadır. Etkin pişmanlık ise ancak madde metninde yer verilen ödeme şartının gerçekleşmesiyle mümkündür. Etkin pişmanlık ve uzlaşma kurumları birbirinden farklı kurumlardır. Etkin pişmanlıktan yararlanmak için ödenen meblağın anlaşma sonucu ödenmiş kabul edilmesi hukuka uygun görünmemektedir.

Uzlaşma müessesesinde taraflar arasında karşılıklı bir anlaşma yapılmasına rağmen; uzlaşma halinde kanun hükmüne göre uzlaşılan tutara ilişkin dava açılmaması şartı bazı yönlerden doktrinde adil yargılanma hakkının ön koşulu olan mahkemeye erişim hakkını kısıtlamasından ötürü eleştirilmektedir⁸⁹. Nitekim Danıştay da bazı durumlarda uzlaşma sağlanmış olsa da uzlaşılan vergi ve cezalara karşı dava açılabilceğini kabul etmektedir⁹⁰.

Sanık veya şüphelinin etkin pişmanlıktan yararlanması, suçu kabul ettiği anlamına gelmemektedir⁹¹. Şüpheli veya sanık, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için gerekli ödemeye gerçekleştirdiğinde aslında yargılaması halen devam etmekte ve mahkûmiyeti söz konusu değildir. Dolayısıyla masumiyet karinesinden yararlanmaktadır. Yargılamanın mahkûmiyetle sonuçlanması riskine karşı kendisini güvence altına almaktadır⁹². Bu açıdan fail, etkin pişmanlıktan yararlanmak istemekle birlikte vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet vermediği kanaatinde olabilir. Etkin pişmanlıktan yararlanarak ceza indiriminden yararlanmak isteyen fail, vergi ziyanına sebebiyet vermediğinden tarh edilen vergi, vergi ziyayı cezası ve diğer ferî borçları kabul etmiyor olabilir. Etkin pişmanlıktan yararlanmak için ödediği vergi, vergi ziyayı cezası ve diğer ferî borçlar açısından fail tarafından hem suçun hem de vergi ziyanının kabul edildiği varsayılarak vergi yargısı yolunu kapatmak hukuka uygun görünmemektedir.

Vergi kaçakçılığı suçu tehlike suçu olarak nitelendirilmektedir⁹³. Tehlike suçu genel olarak failin suç teşkil eden fiili ifa etmesiyle tamamlanmakta ve herhangi bir neticenin oluşması aranmamaktadır. Bu nedenle, vergi kaçakçılığı suçu failinin etkin pişmanlık hükümlerinden

⁸⁸ Gerek öğretide gerek Danıştay kararlarında uzlaşmanın mükellef ile vergi idaresi arasında bir anlaşma olarak nitelendirildiğine dair bkz. Yılmaz, Elif. "Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği Ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2009, s. 326.

⁸⁹ "...Mükellef ise, eşitlik ilkesine aykırı şekilde -tarhiyat öncesi uzlaşmadan farklı olarak tarhiyat sonrası uzlaşmada-, tarhiyat sonrası uzlaşma yalnızca vergi ya da ceza üzerinde sağlanmış olsa dahi, hem vergi hem de cezaya karşı dava açma hakkını kaybeder(VUK ek md. 7 f. 3). Uzlaşmanın bütünlüğü ilkesi olarak isimlendirilen bu husus, hem idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu öngören AY md. 125, 1'e, hem de hak arama özgürlüğünü düzenleyen AY md. 36'ya aykırıdır. Mükellefin özgür iradesiyle onaylamadığı ve dava açma hakkından vazgeçmediği bir idari işleme karşı dava açma hakkı elinden alınmaktadır." Başaran Yavaşlar, Funda. "Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma", *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2008, s. 329. Karşı görüş için bkz. Candan, Turgut. *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, Maliye Ve Hukuk Yayınları, 2016, s. 361-362. Aynı yönde Dan4D., 25.01.1989, E. 1988/ 1461, K. 1989/386.

⁹⁰ "...Vergilendirilmesinin kanuna uygun olmaması ve mükellefiyette hata yapıldığının açık olması karşısında davacının, düzeltme ve şikayet başvurusu yolunu ve idarenin düzeltme yapmaması halinde ise dava hakkını kullanabilmesi gerekmektedir. Zira vergilendirilmeyecek bir konu hakkında hataen uzlaşmaya varılmış olması halinde dava açılmayacağı kabulü, aynı Kanunun ek 1. Maddesi gereğince mükellefler için getirilmiş bulunan uzlaşma hükümlerinin mükellef olmayanlara da uygulanabilmesi ve böylece kanunsuz vergi alınması sonucunu doğurur. Bu durumda davanın esasının incelenerek karar verilmesi gerekirken incelenmeksizin reddi yönündeki kararda isabet bulunmamaktadır..." Dan4D., 24.9.2002, E. 2002/795, K. 2002/2.

⁹¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4811; Babayiğit, s. 63.

⁹² Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa. s. 4809, 4811.

⁹³ Şenyüz, s. 405; Karakoç, 277.

yararlanması, vergi ziyasına sebep olduğu anlamına gelmemektedir. Failin vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin fiilin aynı zamanda vergi ziyayı oluşturmadığı kanaatinde olabilir. Nitekim ceza mahkemesince de vergi ziyasına ilişkin bir araştırma yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu bağlamda vergi ziyasının oluşup oluşmadığı ceza mahkemesince de yargısal denetimden geçmemiş olmaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçunun faili, işlemiş olduğu vergi kaçakçılığı fiiliyle bir vergi ziyasına sebep olduğunu düşünmekle birlikte ödemek zorunda olduğu vergi ve vergi ziyası cezasının miktarının idarenin belirlediğinden daha az olduğu kanaatinde de olabilir. Etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen fail açısından bu fiili nedeniyle tarh edilen vergi, kesilen ceza ve buna ilişkin diğer ferî borçlara ilişkin vergi mahkemesine başvurmasının engellenmesi bu açıdan da mahkemeye erişim hakkını zedeler görünmektedir.

AİHM'nin Deweer kararında mahkemeye erişim hakkı ele alınmıştır. Kararında AİHM, iş yerinin geçici olarak kapatılması tehlikesiyle karşı karşıya kalan sanığın uzlaşmaya gitmesinin işyerinin kapanma tehlikesinin baskısıyla verildiği ve bu nedenle de adil yargılanma hakkının zedelendiğine kanaat getirmiştir⁹⁴. Kanımızca vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık açısından failin ceza mahkemesinde daha fazla ceza almama baskısıyla vergi mahkemelerinde dava açmaktan vazgeçmek zorunda bırakılması, adil yargılanma hakkının ön koşulu kabul edilen mahkemeye erişim hakkını zedeleyecektir.

B. İdarenin Her Türü Eylem ve İşlemine Karşı Yargı Yolunun Açık Olması İlkesi

İnsanların huzur ve güvenliğini sağlamak, insan topluluklarının oluşturduğu en üst organizasyon olarak devletin başlıca görevleri arasında yer almaktadır. Ancak kimi zaman yönetilenleri, devlet karşısında korumak gereği de hâsıl olabilmektedir⁹⁵. Bu sebeple, binlerce hatta milyonlarca insanı etkileyecek kararlar alabilme ve bu kararları uygulayabilme gücüne sahip olan devletin ve idarenin hukuka uygun olarak hareket etmesi insanların huzur ve güveni için büyük önem taşımaktadır. Bu noktada idari faaliyetlerin yargısal denetime sahip olması büyük önem taşımaktadır⁹⁶. İdarenin yargısal denetiminde güçlü olan idareye karşı bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması ile yargı kararlarıyla idarenin hukuka bağlılığının sağlanması amaçlanmaktadır. Yargı denetimi hukukun üstünlüğünün sağlanması adına şart olarak kabul edilmektedir⁹⁷. İdarenin Anayasa ve kanunla çizilen sınırlar içinde hareket etmesini sağlayan, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini koruyan yargı vasıtasıyla denetim yolunun kapanmaması, idarenin hukuka uygun hareket etmesinin güvencesini sağlamaktadır.

İdarenin eylem ve işlemlerinin denetlenmesinin gerekliliği konusunda fikir birliği bulunsa da denetimin kapsamı ve hangi organ tarafından yapılması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁹⁸. Ancak denetim yolları içinde idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak

⁹⁴ AİHM, Deweer /Belçika, 27.02.1980, Başvuru No: 6903/75.

⁹⁵ Özkaya, Ömer. *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İdarenin Bütünlüğü İlkesi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 152.

⁹⁶ Ayaydın, Cem. "İdari Yargı'nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXIX (1-2), s. 511.

⁹⁷ Rubenstein, David S. "Relative Checks: Towards Optimal Control of Administrative Power" , *William & Mary Law Review*, Vol. 51, No. 6, 2010, s. 2187, 88.

⁹⁸ Şen, Mahmut. "İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: XVII, , Sayı: 1-2, Yıl: 2013 s. 1624.

açısından en etkili yol yargı denetimidir⁹⁹. Bu konuda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, yargı yolu başlıklı 125'inci maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair hükmüyle, idarenin tüm işlem ve eylemlere yönelik olarak ve yargı yoluyla denetim yönünde tavrını ortaya koymuştur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125'inci maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu hüküm altına alındıktan sonra aynı maddenin 2'inci fıkrasında bu hükme istisna teşkil edecek durumlar düzenlenmiştir. Buna göre 125'inci maddenin istisnaları “*Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma*” işlemleri, ve “*Hakimler ve Savcılar Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları*”dır. Anayasaya göre idarenin söz konusu işlemleri haricindeki tüm işlemlerine karşı idari yargı yolu açıktır. Bu nedenle kanunla dahi Anayasanın söz konusu hükmüne aykırı sınırlandırma getirilememektedir.

Vergi kaçakçılığı suçuna 7394 sayılı Kanunla eklenen etkin pişmanlık hükümlerine göre vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlıktan yararlanmak için vergi mahkemelerinde dava açmama şartının getirilmesi, vergi idaresi tarafından yapılan tarh ve ceza kesme işlemlerinin denetimini engellemektedir. Denetimi engellenen bir idari işlem açısından idarenin hukuka uygun hareket edip etmediği müphem kalacak, idarenin keyfi hareket etme sakıncası doğacaktır. Söz konusu hüküm Anayasanın 125'inci maddesi karşısında anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.

Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin 7394 sayılı kanunla getirilen diğer bir hüküm vergi kaçakçılığı fiili neticesinde tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda fail açısından ceza mahkemelerince hükmedilecek cezanın yarısı oranında indirilmesidir. Vergi idaresince tarh edilen vergi ve buna bağlı ferî borçlar “*idari işlemin hukuka uygunluk karinesi*”¹⁰⁰nden yararlanmaktadır. Ancak bu karinenin aksinin ispatı mümkündür¹⁰¹. Tarh edilen vergi, ceza ve diğer ferî borçların idari işlemin unsurları yönünden sakat olması hasebiyle vergi mahkemelerinde dava edilmesi, idarenin hukuka uygunluğunu da sağlamaktadır. Hukuka aykırı bir vergi tarhı ve ceza kesilmesinin söz konusu olduğu durumlarda fail haksız bir ödemeye karşı karşıya kalacaktır. Bu açıdan bakıldığında da idari bir işlem olan vergi tarhı ve ceza kesilmesinin vergi yargısınca denetiminin sağlanmasının önünün tıkanması, vergi idaresinin işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair Anayasa hükmüne aykırı görünmektedir.

⁹⁹ Gözübüyük/ Tan, s. 3.

¹⁰⁰ İdari İşlemin hukuka Uygunluk karinesi; işlemin anayasa, kanunlar ve diğer üst normlar gibi hukuk kurallarına uygun olmasının aksi ispat edilinceye kadar geçerli kabul edilmesidir. Bkz. Özay, İl Han. *Gün Işığında Yönetim*, Filiz Yayınları, İstanbul 2004, s. 407; Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 224; Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare hukuku*, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 392; Atay, Ender Ethem. *İdare hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 451; Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10 Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s. 125; Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2017, s. 296; Yaşar, Hasan Nuri. *İdare Hukuku*, Der yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 331. Erdoğan Bülbül, İdari İşlemin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 2.

¹⁰¹ Özay, s. 407. Aynı yönde bkz. Tan, s. 224; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 392; Atay, s. 451; Günday, s. 125; Çağlayan, s. 296.

Sonuç

Vergi kaçakçılığı suçu dolayısıyla yapılan yargılamalarda sanıkların ağır hürriyeti bağlayıcı cezalar karşı karşıya kaldığı, bunun önüne geçmeye yönelik yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu, gerek doktrinde gerekse yargı çevrelerinde uzun süredir çeşitli vesilelerle dillendirilmektedir. Soruna ilişkin çözüm arayışları kapsamında 7394 sayılı Kanunla etkin pişmanlık hükümleri öngörülerek, vergi kaçakçılığı suçu bakımından ağır sayılabilecek cezalardan indirim yoluna gidilmesi, ceza adaleti açısından son derece olumlu bir adım olmuştur.

7394 sayılı Kanunla getirilen bu düzenlemede, etkin pişmanlığın, vergi kaçakçılığı fiiliyle ziyana neden olunan vergi ile bu vergiye bağlı ceza ve diğer ferî alacakların kanunda öngörülen kısmının ödenmesi şartına bağlanması, vergi kayıp ve kaçağının azalması bakımından da katkı sağlayabilecek mahiyettedir. Ancak vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için şüpheli veya sanığın, vergi kaçakçılığı suçunu oluşturan fiil nedeniyle tarh edilen vergiyi kanunda belirlenen ferileri ile birlikte ödemesi, bunun yanı sıra ödenen vergi ve diğer ferî alacaklar hakkında vergi mahkemelerinde dava açmaması, açmışsa feragat etmesi şartı da öngörülmüştür. Kanımızca etkin pişmanlık hükümlerinin Vergi Usul Kanunu'na eklenmesi olumlu bir gelişme iken; vergi kaçakçılığına sebep olan fiiller hasebiyle tarh edilen vergi ve buna bağlı ferî alacakların bir kısmının ödendikten sonra bunların vergi mahkemelerinde dava konusu edilememesine ilişkin hüküm, hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere, evrensel ve anayasal hak ve ilkelere aykırılık teşkil etmektedir.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğünün sağlandığı, kanunların, diğer düzenleyici işlemlerinin anayasaya ve bir üst normuna uygun olduğu, tüm devlet organlarının anayasa, kanun ve diğer düzenleyici işlemlere uygun hareket ettiği, Anayasa ve kanunlara uygun davranmanın yargı denetimi ile garanti altına alındığı, idarenin her türlü işleminin yargı yoluyla denetlenebildiği devlettir. Bu açıdan hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkının kurucu unsurlarından olan mahkemeye erişim hakkının, hak arama hürriyetinin ve idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olmasını gerektirmektedir. Şüpheli veya sanığın vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için ödediği vergi ve diğer ferî alacaklara ilişkin vergi mahkemesinde dava açmasının kanunla engellenmesi mahkemeye erişim hakkını ve idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin Anayasa hükmünü zedelemek suretiyle hukuk devleti olma önünde engel oluşturmaktadır. Altını çizmek gerekir ki; idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetiminin sağlanması, hukukun üstünlüğünün gerçekleştirilmesinin yanı sıra içtihat oluşmasına da katkı sağlayacaktır.

Bu noktada Yargıtay tarafından yapılan istatistikî değerlendirmelere göre 2021 itibariyle vergi suçlarından 38.234 dava açılmıştır. Açılan bu davalarda 2017 yılında %70, 2018 yılında %77, 2019 yılında %67, 2020 yılında %70 oranında bozma kararı verilmiştir¹⁰². Verilen bu istatistik de yargısal denetimin önemini göstermek bakımından son derece anlamlıdır.

Adil yargılanma hakkı, AİHS ile kabul edilmiş evrensel bir haktır. Bu hakkın unsurlarından biri de mahkemeye erişim hakkıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında düzenlenmiş hak arama hürriyeti de adil yargılanma hakkı ile aynı amaca hizmet etmekte ve gerekleri adil yargılanma

¹⁰² Yargıtay, Vergi Suçlarında Uygulama Sorunları Konulu Sempozyum, Ankara, 20 Ekim 2021.

hakkı çerçevesinde şekillenmektedir. Zira bir kimsenin mahkemeye erişemediği bir ortamda adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyetinin varlığından da söz edilemez. Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için kişinin vergi mahkemelerinde dava açma yolunun kanunla engellenmesi, adil yargılanma hakkının kurucu unsuru olan mahkemeye erişim hakkını ve hak arama hürriyetini zedelemektedir.

Etkin pişmanlık düzenlemesinin böyle bir şarta bağlanması, her ne kadar gerekçede uzlaşma müessesesinde yer alan “uzlaşılan tutara ilişkin dava açılmayacağı” yönündeki hükümle benzer bir hüküm olarak nitelendirilmiş olsa da bu yaklaşım kanımızca doğru bir yaklaşım değildir. Zira uzlaşmada mükellef ile vergi idaresi arasında karşılıklı bir görüşme sürdürülmekte ve taraflar anlaşamaz ise mükellefin vergi mahkemelerinde dava açma hakkı devam etmektedir. Vergi kaçakçılığı suçu bakımından getirilen etkin pişmanlık düzenlemesinde ise, şüpheli veya sanık ile vergi idaresi arasında herhangi bir görüşme ve görüşmeler neticesinde gerçekleşmiş bir anlaşma mevcut değildir. Şüpheli veya sanık daha fazla ceza almama baskısıyla ve vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlıktan yararlanmak adına vergi mahkemelerinde dava açmaktan vazgeçmek zorunda bırakılmaktadır.

Anayasanın 125’inci maddesinde düzenlenen idarenin her türlü işleminin yargı denetimine tabi olduğuna dair hükme göre, idari işlem ve eylemlere ilişkin yargı yolunun kapatılması mümkün değildir. İdarenin eylem ve işlemlerinde keyfi davranmasını önlemek ve hukuka uygun davranmasını sağlamak bu şekilde mümkündür. Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için öngörülen vergi mahkemelerinde dava yoluna gidememe şartı, idarenin işleminin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin önüne geçmektedir.

Şüpheli veya sanığın etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istemesi, suçu işlediğini kabul etmesi anlamına da gelmemektedir. Suçu işlediğini kabul etmiş olmayan şüpheli veya sanığın, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istemesi hasebiyle, ödemiş olduğu vergi ve diğer ferî alacaklara ilişkin dava hakkını elinden almak, etkin pişmanlığın suçu kabul etmekle aynı anlamda anlaşılması gibi görünmekte ve bu açıdan sorunlu bir izlenim oluşturmaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçu, genel olarak bir zarar suçu olarak değil tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir kimsenin vergi kaçakçılığı suçunu işlemesiyle vergi ziyana sebep olduğu anlamı çıkarılamamaktadır. Zira kişi vergi kaçakçılığına sebebiyet veren fiilleri işlemekle birlikte vergi ziyana neden olmayabilir. Bu açıdan bakıldığında, vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlıktan yararlanmak için ödenen vergi ve buna ilişkin diğer ferî alacakların kanunda öngörülen kısmına karşı vergi mahkemesinde dava açılmamasını şart koşturmak, vergi kaçakçılığı suçunun genel olarak tehlike suçu olarak düzenlenmiş olması gerçeğiyle de bağdaşmamaktadır.

Üzerinde durulması gereken diğer sorunlu nokta ise, şüpheli veya sanığın vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet verdiğini ve bu fiilleri nedeniyle vergi ziyana da sebep olduğunu kabul etmesi halinde karşımıza çıkmaktadır. Zira kişi, bu durumda dahi hakkında tarh edilen vergi ve buna ilişkin kesilen ceza ve diğer ferî alacakların miktarının doğru olmadığı kanısında olabilir. Unutulmamalıdır ki; vergi dairesince hatalı veya hukuka aykırı bir işlem yapılmış olma ihtimali her zaman bulunmaktadır.

Son zamanlarda mükellef lehine getirilen kanun yolundan vazgeçme müessesesi örneğinde de olduğu gibi yargının iş yükünü azaltmayı hedefleyen düzenlemelerde genel eğilim, dava yolunu

kapatmak ve /veya davadan feragat etmek yönündedir. Ancak bu gibi düzenlemelerle yargının iş yükü azaltılması hedeflenirken; hukuk devleti ilkesi ve bu ilkenin gereklerinden taviz verilmemelidir. Sonuç olarak, vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık müessesesinin getirilmesi, ceza adaleti açısından son derece olumludur. Ancak bu olumlu düzenlemeden yararlanmanın yolu, dava açma hakkının kanun yoluyla kapatılması olmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin. *Genel Kamu Hukuku*, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2004.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil. *Türk İdare hukuku*, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Alston, Philip/ Bustelo, Maro/ Heenan, James. *The Eu And Human Rights*, Oxford University Press, New York 1999.
- Artuk Mehmet Emin /Gökçen Ahmet/Yenidünya, A. Caner. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Atay, Ender Ethem. *İdare hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Ayaydın, Cem. “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXIX (1-2), 2011.
- Aydın, Alper: “Mahkemeye Erişim Hakkı Işığında Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (34), 2018.
- Aydın, Bihter. “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”, *TAAD*, Yıl: 4, Sayı: 15 (Ekim 2013).
- Aydın, Devrim. “Suça Teşebbüs”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 55, Sayı: 1, Ankara, 2006.
- Babayiğit, Mustafa. “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçlarında Etkin Pişmanlık”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 6, Yıl:2015.
- Başaran Yavaşlar, Funda. “Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma”, *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2008.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin. “Pişmanlık Ve Islah Hükümleri Karşısında Vergi Kaçakçılık Suçlarının Konumu”, *TAAD*, Sayı:31, Yıl:8, (Temmuz 2017).
- Bihter, Aydın. *Türk İdari Yargı Düzeninde Adil Yargılanma Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.
- Bozdoğanoglu, Burçin. “Vergi Hukuku ve Ceza Hukuku Normları Açısından Pişmanlık: Sorunlar-Yaklaşımlar- Çözüm Önerileri”, *International Journal of Public Finance*, Cilt:1, Sayı:2, Yıl: 2016.
- Candan, Turgut. *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, Maliye Ve Hukuk Yayınları, 2016.
- Ciddi, Onur. “Türk Hukuku ve Kuzey Kıbrıs Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçu”, (2021) Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Lefkoşa.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2017.
- Çakan, Seher/Avacı, Orçun. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mükellef Hakları: Mülkiyet Hakkı Ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 1, Yıl:2021.
- Çayan Gökhan. *Adil Yargılanma Hakkı*, Legal Yayınları, İstanbul 2016.

Çayan, Gökhan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *TAAD*, Sayı:28, Yıl:7, (Ekim 2016).

Doering, Karl. *Genel Devlet Kuramı, (Genel Kamu Hukuku)*, Çev. Ahmet Mumcu, 2. Bası, İnkılap Yayınları, İstanbul 2002.

Donay, Süheyl, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçlar*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt: II, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.

Ekinci, Ahmet. “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:18, Sayı:3-4, Yıl:2014.

Erdem, Tahir. “Kaçakçılık Suçunda Pişmanlık”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı:189, Yıl: 2004, (110-115).

Ersoy, Yüksel. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002.

Francioni, Francesco: “The Rights of Access to Justice under Customary International Law”, (Editör: Francesco Francioni), New York 2007.

Gödekli, Mehmet. “Türk Ceza Öğretisi Ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, *TAAD*, Yıl:7, Sayı:29, Ocak 2017.

Gölcüklü, Feyyaz. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama Hakkı””, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, İlhan Öztrak’a Armağan*, Cilt: 49, Sayı: 1-2.

Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi)*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut. *İdare Hukuku (İdari Yargılama Hukuku)*, Cilt II, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10 Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2015.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. “Hırsızlık”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Yıl: 2008.

Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Karakehya, Hakan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılama Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora tezi, 2007.

Karakoç, Yusuf. *Vergi Ceza Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Kaşıkkara, Serhat. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılama Hakkı*, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Malkoç, İsmail. *Türk Ceza Kanunu*, 2. Bası, C.1, 2006.

Özay, İlhan. *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

Özen, Mustafa. “Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 3-4.

Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Özgenç, İzzet. *Zimmet Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Özkaya, Ömer. *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İdarenin Bütünlüğü İlkesi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Rubenstein, David S. “Relative Checks: Towards Optimal Control of Administrative Power”, *William & Mary Law Review*, Vol. 51, No. 6, 2010.
- Rumpf, Christian. *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Çev. Burak Oder, 1. Bası, Ankara 1995.
- Soyaslan, Doğan. *Teşebbüs Suçu*, Kazancı Yayınları, Ankara, 1994.
- Şen, Mahmut. “İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVII, Sayı: 1-2, Yıl: 2013.
- Şener, Esat. *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Şenyüz, Doğan. *Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları*, 10. Bası, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2017.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- Tezcan Durmuş/Erdem Ruhan Mustafa/ Önak Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Baskı 6, Ankara, 2008.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.IV, Ankara, 2010.
- Yerdelen, Erdal. *Hükmün Gereçesi*, Ankara, 2015.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Yılmaz, Elif. “Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği Ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2009.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre İcra Takibi

Emel Şeyda ELGÜN TOĞRUL 

Dr. , Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye,
emel.elgun@hacettepe.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
Makale Geçmişi Geliş: 16.05.2022 Kabul: 30.07.2022 Yayın: 25.08.2022	1447 sayılı Ticarî İşletme Rehni Kanunu (TİRK) ticarî hayatın gereksinimlerini karşılayamaması nedeniyle 6750 sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) ile yürürlükten kaldırılmıştır. TİTRK m. 1, 1'e göre, bu kanunun amacı teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi, taşınır rehni aleniyetin sağlanması ile rehni paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır.
Anahtar Kelimeler: Ticarî işlemlerde taşınır rehni, rehni paraya çevrilmesi, temerrüt sonrası haklar, icra takibi.	Çalışmamızda inceleyeceğimiz, borçlunun temerrüde düşmesi üzerine TİTRK'nın öngördüğü, rehni alacaklının alacağına kavuşma yolu, İcra ve İflâs Kanunu'nda (İİK) düzenlenen rehni paraya çevrilmesi hükümlerinden farklıdır. TİTRK m. 14 alacaklının, borçlunun temerrüde düşmesi halinde kullanabileceği hakları düzenlemiştir. Özellikle birinci derecedeki rehin alacaklının icra dairesinden İİK m. 24 uyarınca rehni taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilmesi çeşitli açılardan üzerinde durulması gereken bir yeniliktir. TİTRK m. 14'te temerrüt sonrası hakların neler olduğu ana hatlarıyla ortaya konulmuştur. İİK'da düzenlenen rehni paraya çevrilmesi yolundan ayrılan bu takip usulünün hükümleri ise esasen TİTRK m. 14, 3'e dayanılarak çıkarılan Ticarî İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik (TSHY) ile belirlenmiştir. Bu makalede sui generis niteliği haiz bu takip usulünün aşamaları ve özellikleri değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Enforcement Proceedings Pursuant To The Law On Movable Pledge In Commercial Transactions

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 16.05.2022 Accepted: 30.07.2022 Published: 25.08.2022	As the Commercial Enterprise Pledge Law numbered 1447 did not meet requirements of commercial life, it was abolished with the Law on Movable Pledge in Commercial Transactions numbered 6750. According to Article 1 of Law No. 6750, the aim of this law is to use the right of movable pledge without transfer of possession as assurance, to widen the scope of movables subject to the pledge, to enable the publicity of movable pledge and to facilitate access to financing by offering alternative ways of foreclosure of pledged property.
Keywords: Movable pledge in commercial transactions, debt enforcement on the pledge, post default rights, enforcement proceedings.	As it is examined in our study, the way of collection of debts by pledgee upon the default of debtor, prescribed in Law No. 6750, is different from provisions on debt enforcement on the pledge, enacted in Enforcement and Bankruptcy Law. In Article 14 of Law No. 6750, the rights, which can be used by creditor in case of default of the debtor, are prescribed. Especially, the fact that the first-degree pledgee may demand transfer of property ownership related with pledged movable from enforcement office in accordance with Article 24 of Enforcement and Bankruptcy Law, is an amendment, which must be emphasized from various perspectives. In Article 14 of Law No. 6750, the post default rights are explained in general terms. The provisions of this enforcement procedure, as different from debt enforcement on the pledge in Enforcement and Bankruptcy Law, were mainly determined with Regulation on Establishment of Right of Pledge and Use of Post Default Rights in Commercial Transactions, issued based on Article 14, 3 of Law No. 6750. In this article, the stages and features of this enforcement procedure are tried to be evaluated with its sui generis characteristics.

Atıf/Citation: Elgün Toğrul, E. Ş. (2022). Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre İcra Takibi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s. 373-412.

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

Ticarî işletmeler büyümek, yeni girişimlerde bulunmak, zaman zaman ise mevcut borçlarını ödeyerek ekonomik faaliyetlerini sürdürebilmek için kredi desteğine gerek duymaktadırlar. Kredi ilişkisinde kredi veren tarafın, alacağını güvence altına almak amacıyla, borçludan rehin göstermesini (teminat vermesini) istemesi doğaldır. Rehni kurumu esasen Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) eşya hukuku kitabında düzenlenmektedir ve taşınırlar bakımından rehin kural olarak ancak zilyetliğin alacaklıya devri ile mümkündür; yani taşınır malın alacaklıya teslimi gerekir. Ancak ticarî işletmenin faaliyetlerini, üretimini sürdürebilmesi için, ticarî işletmenin rehinli malları rehin alacaklısına teslim edilmeyip, bilakis borçlunun elinde bırakılarak krediyi ödemesi için onun çalışmasına tahsis edilir. Hem ticarî işletmelerin kredi gereksinimi karşılama hem de teslimsiz bir taşınır rehni sistemi öngörerek, işletmelerin ticarî faaliyetlerini sürdürebilmesi için TİRK, 21.07.1971 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Zaman içinde bu kanun ticarî hayatın değişen gereksinimlerini karşılayamaması nedeniyle¹ yürürlükten kaldırılmış; yerine 01.01.2017 tarihinde TİTRK² getirilmiştir.

TİRK m. 14'teki rehni paraya çevrilmesi hükmünün aksine TİTRK ve bu kanuna dayanarak çıkarılan TSHY, *sui generis* denilebilecek bir icra takibini düzenlemektedir. Öyle ki İİK'nın temel prensiplerinden uzaklaşmakta ve rehinli malın mülkiyetinin rehin alacaklısına geçmesini hedefleyen bir sistem öngörülmektedir. Zira TİTRK m. 1, 1'de bu kanunun amaçlarından biri de “*rehni paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması*” olarak belirlenmiştir. Takip yöntemi, bu boyutuyla *lex commisorio* yasağı bakımından da tartışmaya açık bir düzenlemedir.

TİTRK, esasen “*Uncitral Model Law on Secured Transactions*” (*Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu Teminatlı İşlemler Hakkında Model Kanun*)³ göz önünde tutularak kaleme alınmıştır. Model Kanunun 7. bölümü “*Enforcement of a security right*” başlığını taşımaktadır ve bu başlık altında temerrüt sonrası hakların nelerden ibaret olduğuna ve bu hakların nasıl kullanılacağına ilişkin hükümler mevcuttur.

¹ TİRK'nın yürürlükte kaldığı 45 yıllık süre boyunca yalnızca 4.927 adet ticarî işletme rehni kurulabilmiştir (Yılmaz, Ejder. “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Rehni Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları”, *Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu* (Editörler: Prof. Dr. A. Lale SİRMEN, Doç. Dr. A. Barış ÖZBİLEN), 1. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 230; Göle, Celal/ Aydoğan, Gökhan “ “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 33, S. 1, 2017, s. 8-9; Arkan, Sabih. *Ticarî İşletme Hukuku*, 27 Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 49). TİTRK'nın yürürlüğe girdiği tarihten 8 Kasım 2019'a kadar TARES'e 23.569 adet rehin sözleşmesi tescil edilmiştir (Akipek Öcal, Şebnem. “Taşınır Rehininde Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu* (Editörler: Dr. Öğr. Üyesi İlknur Serdar, Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Fırat Şimşek), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 189).

² “ ... KOBİ'lerin finansmana erişiminin kolaylaştırılması, rekabet güçlerinin artırılması ve dolayısıyla ülkemiz ekonomisinin dengeli ve istikrarlı büyümesine katkı sağlanması amacıyla bu Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Tasarı ile; işletmelerin finansmana erişimini kolaylaştırmayı amaçlayan düzenlemeler hayata geçirilecektir. Bu işletmelerin finansmana erişiminde güvence olarak kullanabilecekleri alternatif unsurlar getirilmektedir. İşletmeler tarafından temin edilmesi planlanan müstakbel varlıklar ile taşınır varlıkların getirileri de rehin edilebilecek unsurlar arasında alınmıştır. Oluşturulan Rehni Taşınır Sicili ile taşınır rehinlerinin aleniyeti ve takibi sağlanmıştır. Yine, rehin alacaklılarının rehin haklarını güvence altına almak amacıyla rehni paraya çevrilmesinde etkin bir mekanizma öngörülmüştür... ” TİTRK'nın Genel Gereğesinden.

³ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf.

TİTRK m. 14'ün başlığı “*Rehnin Paraya Çevrilmesi*” şeklindeydi ve “*Borçlu borcunu ödemediği takdirde, alacaklıya; ticari işletmeyi veya münferit bir unsurunu temellük etmek hakkını veren her türlü mukavele hükümsüzdür. Borçlu borcunu vadesinde ödemezse, alacaklı merhumun satış bedelinden alacağını istifa eder*” düzenlenmesi maddede yer almaktaydı. Görüldüğü üzere, eski hüküm *lex commisorio* yasağını öngörüyordu ve alacaklının alacağına kavuşmasını rehinli malın satışına bağlıyordu. Ancak temerrüt sonrası hakları düzenleyen TİTRK m. 14 ise, rehinli taşınırın paraya çevrilip alacaklının alacağına kavuşmasının ötesinde alacaklıya farklı (alternatif) yollara başvuru hakkı vermiştir. Bu maddeye göre, borçların süresinde ifa edilmemesi⁴ hâlinde alacaklı, birinci derece alacaklı ise, ilk olasılıkta icra dairesinden İİK m. 24 uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir. İkinci bir olasılık ise, alacaklının alacağını, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilmesidir. Bir diğer olasılık ise alacaklının zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilmesi, son olasılık ise alacaklının genel hükümler çerçevesinde takip yapabilemesidir. Rehin alacaklısı isterse TİTRK'nın getirmiş olduğu bu alternatif yollardan birini seçebileceği gibi isterse İİK'da düzenlenen genel hükümlere başvurmak suretiyle de alacağına kavuşma imkânına sahiptir⁵.

TİTRK m. 14'te temerrüt sonrası hakların kullanımı ana hatlarıyla ortaya konulmuş, İİK'da var olan rehlin paraya çevrilmesi yolunun kurallarından ayrılan takip usulü, bu maddeye dayanılarak çıkarılan TSHY ile belirlenmiştir.

⁴ “*Borçların süresinde ifa edilmemesi*” ile kastedilen “*ifada temerrüt*” durumudur. Haklı nedene dayalı ifa gecikmesi, alacaklıya rehni paraya çevirme yetkisi vermez (Antalya, Gökhan/ Acar, Faruk. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, 3. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 193).

⁵ 7099 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce TİTRK'nın temerrüt sonrası hakları düzenleyen 14. maddesi şu şekildeydi: “(1) *Bu Kanun kapsamındaki borçların süresinde ifa edilmemesi halinde alacaklı, şu yollara başvurabilir: a) Birinci derece alacaklı ise icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Bu halde icra dairesi, bu devri Sicile bildirir. Rehinli taşınırın, Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belirlenen değerinin, birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olması durumunda, aradaki fark miktarından, diğer derecelerdeki alacaklılara karşı, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur. b) Alacağını, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir. Bu halde, varlık yönetim şirketleri, alacaklının rehin sırasına sahip olur. Öncelik hakkı bu Kanununun 11 inci maddesine göre belirlenir. c) Zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir. (2) Alacağın yukarıda belirtilen yollarla tahsil edilememesi halinde takip, genel hükümler çerçevesinde yapılır*”. Bu hüküm doktrinde iki ayrı görüşün doğmasına yol açmıştı. Bu görüşlerden biri, burada alacaklıya tanınmış bir seçimlik hakkın olduğunu savunmakta; alacaklının dilerse İİK'daki taşınır rehminin paraya çevrilmesi yoluyla takip hükümlerine; dilerse TİTRK'da öngörülen diğer alternatif yollara başvurabileceğini belirtmekteydi (Antalya/ Acar, s. 195 vd.). Diğer görüş ise, birinci fıkrada düzenlenen yollardan birine başvurulmadan; ikinci fıkrada öngörülen genel hükümler çerçevesinde takip yapılmayacağı; yani bu yollara başvurunun bir takip şartı olduğu yönündeydi (Şit İmamoğlu, Başak. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 40, 43; Hasırcı, Hakan. “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 33, S. 2, 2017, 223; Bilgin, Hikmet. “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İcra-İflâs Hukuku Açısından Genel Bir Bakış”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 8, S. 31, 2017, s. 652; Gümüş, Mustafa Alper. “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar”, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu* (Editörler: Prof. Dr. A. Lale SİRMEN, Doç. Dr. A. Barış ÖZBİLEN), 1. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018), s. 203. 7099 sayılı Kanunun TİTRK'nın 14. maddesini değiştirmesi üzerine TSHY m. 41, 3'teki “*Alacağın Kanun ve bu Yönetmelik hükümlerine göre tahsil edilememesi halinde takip genel hükümler çerçevesinde yapılır*” hükmü de “*Birinci ve ikinci fıkra hükümlerindeki seçimlik yetkiler genel hükümler çerçevesinde takip yapılmasına engel değildir*” şeklinde Kanuna paralel değişime uğramıştır.

Bu şekilde yeni bir takip usulünün yaratılması, icra hukuku bakımından geçerli kanunilik ilkesi bakımından tartışılmalıdır. Bu ilkeye göre, cebrî icrada, başvurulacak takip yolları sınırlı sayıda olup; bu yolların kapsamı ve izlenecek yöntemler belirlidir⁶. Zira kanunda belirtilen takip yolları ve bu yolların kapsamı dışında, bir talepte bulunulamaz, mevcut yollar arasında karma bir yöntem oluşturulmaz⁷. Kanunilik ilkesinin gereği, bir takip yolunun ancak kanunla düzenlenmesi şart olup, yönetmelik hükümleriyle yeni bir takip yolu yaratılamaz⁸. Kanun koyucu, İİK'daki takip yollarının dışında yeni ve farklı takip usulleri öngörebilir. Ancak yaratılan takip usullerinin kanunla getirilmesi gerekir. Örneğin, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, İİK'daki takip yollarının dışında farklı bir takip usulü getirmektedir. Ancak TİTRK m. 14'te temerrüt sonrası hakların neler olduğu sayılmış; özellikle maddenin birinci fıkrasında birinci derecedeki rehin alacaklısının İİK m. 24 uyarınca rehinli malın mülkiyetinin kendisine devredilebilmesini talep edebileceği düzenlenmiş; son fıkrada ise bu ve diğer hakların kullanımına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. TİTRK, İİK'nın öngördüğü rehlin paraya çevrilmesi yolundan sapan bir düzenleme getirdiği (rehinli malın mülkiyetinin devri) için buna yönelik bir takip usulü oluşturulması gerekmiştir. Ancak bu takip usulü hakkında TİTRK ayrıntılı bir düzenleme getirmemekte, sadece bu konuda yönetmeliği işaret etmektedir. Olması gereken hukuk bakımından, getirilen bu yeni takip usulünün kanunla düzenlenmesi esastır.

I. Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesi

A. Genel Olarak

Ticarî işletme rehni, İİK'nın "Kanundaki İstihlalar" başlığını taşıyan 23. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde bir *taşınır rehni* türü olarak sayılmıştır. 1447 sayılı Kanun Ticarî İşletme Rehni; 6750 sayılı Kanun Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni adını taşımaktadır. Her ne kadar TİTRK, TİRK'yi yürürlükten kaldırırken TİRK'ya yapılan atıfların artık TİTRK'a yapılmış sayılacağı hakkında bir hüküm getirmemişse de İİK'daki ticarî işletme rehni tabiri ticarî işlemlerde taşınır rehni olarak anlaşılmalıdır. Zira TİTRK m. 17'de, bu kanunla TİRK'nın yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiştir⁹.

TİTRK m. 18'te¹⁰ bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde TMK'nın *taşınmaz rehnine* ilişkin hükümleri uygulanır düzenlemesi yer almaktadır. Bunun yanı sıra TSHY m. 41, 4'te ise temerrüt sonrası hakların kullanımı hakkında hüküm bulunmayan hallerde İİK'nın *ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip hükümlerinin* kıyasen uygulanacağı ve ayrıca TSHY m. 42'de gerek kanunda gerek yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde *TMK'nın taşınmaz rehnine ilişkin*

⁶ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 98; Şenocak, Kemal/ Kahraman, Zafer/ Tuncer Kazancı, İdil/ Öcal Apaydın, Bahar *Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni*. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 156.

⁷ Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 98-99.

⁸ Seven, Vural. *Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Taşınır (Varlık) Rehni*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 187.

⁹ Aynı yönde, Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *Notlu- Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 7. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2021, s. 35, dn. 30.

¹⁰ 15.02.2018 tarihli ve 7099 sayılı Kanununun 33'üncü maddesi ile bu fıkrada yer alan "4721 sayılı Kanununun *taşınır*" ibaresi "4721 sayılı Kanunun *taşınmaz*" şeklinde değiştirilmiştir.

hükümleri ile İİK'nın ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

TİTRK, adından anlaşıldığı üzere taşınır varlıkların rehnini konu almaktadır; rehinli taşınır malın, rehinli taşınmaz gibi paraya çevrilmesi ayrıksı bir durumdur. Görüldüğü üzere, her ne kadar İİK ticarî işletme¹¹ rehnini bir taşınır rehni olarak saymaktaysa da gerek TİTRK gerekse TSHY, taşınmaz rehnine ve taşınmazın rehninin (ipoteğin) paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını tercih etmiştir. TİTRK, İİK'ya göre, hem yeni tarihli hem de özel kanun niteliğindedir. TİTRK'da, hüküm bulunmayan hallerde TMK'nın taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerinin ve İİK'nın ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı hususu, kanunda değil yönetmelikte belirtilmiştir. Burada olması gereken hukuk bakımından, ya TİTRK'da açıkça ticarî işlemlerde taşınır rehni hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi kurallarının uygulanacağı belirtilmeli ya da İİK m. 23'te taşınır rehni olarak değil; taşınmaz rehni olarak kabul edilmelidir.

TİTRK m. 14, 1/a ile TSHY m. 29'un atfı yaptığı İİK m. 24 hükmü, para ve teminattan başka borçlar hakkında ilâmların icrası başlığı altında taşınır teslimine ilişkin ilâmların icrasını düzenlemektedir. Taşınır teslimi için ilâmsız takibe başvurulamaz (İİK m. 42); taşınır teslimi ancak ilâmlı icraya konu edilebilir. O halde bir taşınırın teslimini talep eden alacaklının elinde bir ilâm olmalı, bu ilâma dayanarak takip talebinde bulunmalıdır. Takip talebini alan icra dairesi borçluya icra emri göndererek, ilâmda belirtilen taşınırın teslimini emreder; mal borçlunun elinde değilse, ilâmda yazılı değerinin, taşınır malın değeri ilâmda yazılı olmadığı halde veya uyumsuzluk halinde, icra müdürü tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunan değerinin alınacağı, bu değer de ödenmediği takdirde ayrıca icra emri tebliğine gerek kalmaksızın haciz yolu ile icra olunacağı bildirir (İİK m. 24).

Görüldüğü üzere İİK m. 24'ün uygulanabilmesi için alacaklının elinde ilâmın olması şarttır. Ancak TİTRK m. 14, 1/a hükmünde herhangi bir şekilde ilâmın bahsi söz konusu olmayıp, alacaklının icra dairesine başvurarak borçlunun temerrüde düştüğü gerekçesiyle rehinli taşınır

¹¹ 1447 sayılı Kanun "Ticarî İşletme" tabirini kullanmışken; 6750 sayılı Kanun ise, "Ticarî İşlemler" tabirini kullanmayı tercih etmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 3. maddesinde "ticarî iş"; 11. maddesinde ise, "ticarî işletme"; 19. maddesinde ise "ticarî iş karinesi" kavramı düzenlenmiştir. Ancak burada Kanunun adındaki "ticarî işlem" ile kastedilen işletme ve meslekî faaliyet kapsamında veya ilgili olarak kazanç elde etmek üzere girişilen her türlü "iş" (işlem ve fiiller) olduğu yönündeki tartışmalar için bkz.: Antalya/ Acar, s. 19 vd.; Kayıklık, Abdurrahman. "Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun "Ticarî İşlem" Kıstası ve Taraf Bakımından Uygulama Alanı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 2, 2021, s. 1518-1522; Karakuş Erbaş, Burcu. Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 39; Gürpınar, Damla. "Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehninin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, 2017, s. 124.

"Ticarî işlemler"i bütünüyle kapsar şekilde hangi işlerin "ticarî iş" olarak nitelendirilmesi gerektiği Türk Ticaret Kanunu'nun 3. ve 19. maddelerine göre belirlenir. Ancak, "Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu" incelendiğinde, kanun koyucunun, işlemin ticarî nitelikte olmadığını değil rehin sözleşmesinin taraflarını ve konusunu esas alarak bu Kanunun uygulama alanını belirlediği görülmektedir. Esnaf arasında kurulan taşınır rehni de ticarî iş ve ticarî işlem olmamakla birlikte bu Kanunun kapsamı içindedir. Dolayısıyla Kanunun adında "ticarî işlem" kavramının kullanılmasının isabetli olmadığı yönünde bkz.: Bozer, Ali/ Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 51-52; Göle/ Aydoğan, s. 11-12; Arkan, s. 51.

Ticarî iş- ticarî işlem kavramları hakkındaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. Yurtman, Hazalcan. *6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar*, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 9 vd.; Kayıklık, s. 1518 vd.; Hamamcıoğlu, Esra/ Karamanlıoğlu, Argun. "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İlişkin Bazı Tespitler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 2, 2016, s. 98 vd.

malın mülkiyetinin kendisine devrini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan İİK m. 24'e yapılan atıf düşündürücüdür. Özellikle icra hukuku sistematığı içinde değerlendirildiğinde, elinde ilâm (ya da ilâm niteliğinde belge) olmayan bir alacaklının ilâmlı icraya başvurabilmesinin TİTRK m. 14, 1/a ile öngörülmesi bir istisnadır. Borçlunun temerrüde düşmesiyle birlikte, alacaklı rehinli taşınır malın mülkiyetinin kendisine geçmesini talep etmektedir; bu taleple elinde ilâm niteliğinde bir belge dahi bulunmayan alacaklının taşınır teslimine ilişkin ilâmların icrası yolu ile sadece malın teslimini değil, mülkiyetin devrini talep edebilmesi, Türk Hukuku açısından yadırgatıcı bir düzenlemedir.

Burada iki farklı soru akla gelebilir. Borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, malın mülkiyetinin kendisine devrini taşınırın teslimine ilişkin ilâmların icrasına göre isteyebilecekse birinci derecedeki rehin alacaklısının, taşınır varlık üzerindeki hakkı bu şekilde ilâm niteliğinde belgeye bağlanmış mı sayılır soruların ilkidir¹².

Ticarî işlemlerde taşınır rehninin kurulabilmesi için rehin sözleşmesinin noterler nezdinde tutulan sicile tescil edilmesi gerekir (TİTRK m. 4, 4). Tescil şartı resmî şekli öngördüğüne göre, imzaları noterlikçe onaylı bir sözleşme ilâm niteliğinde belge mi sayılır; bu olasılık da akla gelen bir diğer sorudur¹³. Kanaatimizce de bu iki sorunun yanıtı da olumsuzdur. Zira ilâm niteliğindeki belgelerin nelerden ibaret olduğu esasen İİK m. 38¹⁴'de ya da bazı özel kanunlarda¹⁵ açıkça belirtilmiştir. Kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içeren düzenleme şeklindeki noter senetleri ilâm niteliğinde belgedir. İlâm niteliğinde bir belgeye bağlanmış rehin hakkında bahsedebilmek için, rehnin anapara ipoteği şeklinde kurulması¹⁶ ve ipotek akit tablosunda tek taraflı kayıtsız şartsız para borcu ikrarında bulunulması gerekir¹⁷.

Temerrüt sonrası hakların kullanımı bakımından TSHY m. 29, 1'de; Kanun ve bu Yönetmelik kapsamındaki rehinle güvence altına alınan borçların süresinde ifa edilmemesi hâlinde rehin alacaklısının, bu Yönetmelikte belirtilen usulün tamamlanması üzerine, İİK m. 24, 3 hükmünün uygulaması suretiyle (yani borçlu ilâmda belirtilen emri hiç yerine getirmez veya eksik bırakır ve hükmolunan taşınır mal elinde bulunursa elinden zorla alınıp alacaklıya verilir) malın

¹² Bilgin, s. 626.

¹³ Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 157; Karakuş Erbaş, s. 206-207.

¹⁴ İİK m. 38- İlâm mahiyetini haiz belgeler: "Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir".

¹⁵ Avukatlık Kanunu m. 35/A'ya göre düzenlenen uzlaştırma tutanağı; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18'deki şartları taşıyan anlaşma belgesi; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 70, 2'ye göre tüketici hakem heyetlerinin verdiği kararlar ilâm niteliğinde belgedir.

¹⁶ "...Alacaklı tarafından ticari işletme rehni sözleşmesi dayanak yapılarak taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmlı takipte borçluya 44 örnek icra emri gönderilmiştir. İncelenen ticari işletme rehni 33.217.500.-YTL limitli olup alacaklı banka doğmuş doğacak tüm alacakları için bu rehne dayalı olarak 33.217.500.-YTL üzerinden talepte bulunabilir. Rehin sözleşmesi niteliği itibarıyla kesin borç ikrarını içermediğinden İİK'nun 38. maddesinde yazılı ilâm niteliğindeki belgelerden değildir. Bu durumda İİK'nun 150/h maddesi doğrultusunda borçluya icra emri çıkarılamaz. Alacaklı sözü edilen belge için İİK'nun 145 ve 147. maddeleri uyarınca icra takibinde bulunabilir. Mahkemece şikayetini bu nedenle kabulü ile İcra emrinin iptaline karar verilmesi gerekirken reddi yönünde hüküm tesisi doğru görülmüştür..." Yargıtay 12. HD, E. 2006/11792, K. 2006/14643, T. 04.07.2006 (HukukTürk).

¹⁷ "...İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte kesin borç ipoteğine dayanılmış ise; eş söyleyişle, doğmuş bir alacağın temini için düzenlenen ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcunu ihtiva ediyorsa başvurulacak yol, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmlı takiptir ve bu durumda 2004 Sayılı İİK'nun 149. maddesi gereği borçluya ve taşınmaz sahibi üçüncü şahsa birer icra emri gönderilir..." Yargıtay HGK, E. 2012/708, K. 2012/579, T. 19.09.2012; Aynı yönde Yargıtay 12. HD, E. 2016/2671, K. 2016/16849, T. 14.06.2016 (HukukTürk).

mülkiyetinin kendisine devrini icra dairesinden isteyebileceği düzenlenmiştir. TSHY m. 29, 2'de ise rehin sözleşmesinin ilâm niteliğinde bir belgeye bağlanmış olması durumunda, İİK m. 24'ün bütün olarak kıyasen¹⁸ uygulanacağı belirtilmiştir. Buradan çıkarabileceğimiz sonuç, rehin sözleşmesi ilâm niteliğinde bir belgeyse, takip talebi üzerinde icra dairesi, TSHY m. 37'e göre, borçluya icra emri gönderecek; rehin sözleşmesi ilâm niteliğinde bir belge değilse, TSHY'de öngörülen takip talebi, sıra cetveli, sıra cetveline itiraz ve şikâyet, ödeme emri, ödeme emrine itiraz, icra emri ve mülkiyetin devri sonrası yükümlülükler gibi kendine özgü aşamaları olan takip usulü uygulanacaktır.

B. Genel Hükümlerden Anlaşılması Gereken

Yukarıda belirtilen ve alacaklının borçlunun temerrüdü üzerine TİTRK m. 14, 1/ç'deki "Genel hükümler çerçevesinde takip yapılabilir" düzenlemesindeki, genel hükümlerden kastın, genel haciz veya iflâs yolu mu ya da rehlin paraya çevrilmesi yolu mu olduğu değerlendirilmelidir.

Genel haciz yolu ile takip, kambiyo senedine dayanmayan, abonelik sözleşmesinden kaynaklanmayan ve **rehinle temin edilmemiş** bütün para ve teminat alacakları için başvurulabilen bir ilâmsız icra yoludur¹⁹. Burada söz konusu olan ticari işlemlerde taşınır rehinde alacak rehinle temin edilmiş olmasına rağmen kanun tarafından öncelikli tercih edilen yöntem, birinci derecedeki alacaklı bakımından rehlin paraya çevrilmesi değil; malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesidir. Alacaklı, taşınır varlığın mülkiyetinin kendisine geçmesini istemiyorsa alacağını 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir; bu olasılık da alacaklıya alacağına kavuşabilmesi için sunulmuş bir seçenektir. Kısaca bu yolları tercih etmek istemeyen alacaklı İİK hükümleri doğrultusunda rehlin paraya çevrilmesini²⁰ talep edebilir²¹; genel hükümler ile kastedilen rehlin paraya çevrilmesi yoludur.

TİTRK m. 14'ün düzenlemesi karşısında Roma Hukukundan günümüze kadar gelen iki ilkenin değerlendirilmesi gerekir. Bu ilkelerden ilki rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini yasaklayan "lex commissoria"; bir diğeri ise önce rehne başvuru kuralı olarak adlandırılan "beneficium excussionis realis"tir.

1. Lex Commissoria Yasağı

Roma Hukukundan günümüze kadar gelmiş olan *lex commissoria* yasağı (TMK m. 949), rehin sözleşmesi kurulurken yani henüz borcun muaccel olmadığı dönemde, borç vadesinde ödenmediği takdirde, rehne konu malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği hususunda yapılan

¹⁸ Burada kullanılan "kıyasen" sözü, tereddüt yaratmakta, bu kıyasen uygulamanın mülkiyetin devrini içerip içermediği konusu gündeme gelmektedir (Yılmaz, s. 238).

¹⁹ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 139. Benzer yönde tanımlar: Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 88; Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 188; Görgün, Şanal/ Börü, Levent/ Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 101; Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 254-255.

²⁰ Yılmaz, s. 254; Kazancı, İdil Tuncer. "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2019, s. 76.

²¹ Rehlin paraya çevrilmesinden sonra alacağına tamamen kavuşmayan alacaklı, genel haciz (veya iflâs) yoluna başvurmak suretiyle alacağının kalan kısmını tahsil edebilir.

anlaşmaların geçersiz olmasını ifade eder²². Bu kapsamda TİTRK m. 14, 1/a'daki temerrüt sonrası malın mülkiyetinin talebi üzerine alacaklıya geçmesi hükmü *lex commissoria* yasağı açısından tartışmalara yol açmıştır²³.

Bir görüşe göre; bu düzenleme ***lex commissoria* yasağına aykırıdır**. Zira borcun muaccel olmasından önceki dönemde yapılan rehin sözleşmesinde öngörülmemişse de, borcun vadesinde ödenmemesi olasılığına dayanarak rehinli taşınırın mülkiyetinin özel bir cebrî icra yöntemiyle rehin hakkı sahibi alacaklıya devredilmesi TİTRK ile mümkün kılınmıştır²⁴.

Bu hükmün *lex commissoria* yasağına aykırı olduğunu savunan bir başka görüşe göre ise kanun koyucunun genel hükümler çerçevesinde kesin geçersizlik yaptırımına tâbi tuttuğu bir anlaşmanın, TİTRK bakımından geçerli olduğunu açıkça ortaya koyması gerekirdi. Aksi durum temel hak ve hürriyetlerin ölçülülük ilkesine aykırı şekilde sınırlanamayacağını öngören Anayasa m. 13'e aykırılık oluşturur²⁵.

Benzer yönde bir görüşe göre de alacaklının rehinli malın mülkiyetini devralmasına izin verilmesi *lex commissoria* yasağı ile korunmak istenen menfaatleri ihlal etmektedir. Bu şekilde bir yaptırım, hakkaniyete uygun değildir ve borçlu aleyhinedir. Teminat değerinin genelde alacak miktarından yüksek olması nedeniyle rehin verenin korunması gerekir. Alacaklı karşısında zayıf konumda bulunan borçlunun durumu bu yasağın bertarafı ile daha da güçleşmektedir ve ekonomik kamu düzenine zarar verici niteliktedir. TİTRK kapsamında kurulacak rehinlerde değer tespiti yaptırılması zorunlu değildir; değer tespiti yapılsa dahi enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde bu önlem de yeterli korumayı sağlayamayabilir²⁶.

²² Helvacı, İlhan. *Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, s. 81; Kuntalp, Erden. "Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı" *İnan KIRAC'a Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1994, s. 153; Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 633; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 432; Yılmaz, s. 234; Budak, Ali Cem. *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 3. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 51; Tunç Yücel, Müjgan. *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010) s. 67; Kurt, Fatma. "Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehlinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi İle İlişkisi) -Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi-", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S. 1, 2008, s. 132; Seven, s. 170- 171; Dereli, Zeliha. *Lex Commissoria Yasağı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 15; Koç, Kenan. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kapsamında Rehlin Alacaklısının Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 106; Bayezit, Fırat. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehlin Sözleşmesi ve Hükümleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 84-85; Boztaş, Nevzat. "Lex Commissoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, 2017, s. 219; Eker, Ayça Ece. "Lex Commissoria Yasağı ve Uygulama Alanı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C. 29, S. 1, 2021, s. 138; Şit İmamoğlu, s. 39-40; Acar, Faruk. *Rehin Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 82 vd.; Cansel, Erol. *Türk Menkul Rehni Hukuku C. I Teslim Şartlı Menkul Rehni*, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s. 188 vd.; Oral, Bahar. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 27; Yurtman, s. 66.

²³ TSHY'nin rehin sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu unsurlarda m. 9, 1/1'da yer alan ve daha sonra mülga edilen "*temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı*" kaydının alacak muaccel olmadan önce sözleşmeye yazıldığı için *lex commissoria* yasağına aykırılık teşkil ettiği belirtilmekteydi.

²⁴ Bilgin, s. 624.

²⁵ Şit İmamoğlu, s. 40.

²⁶ Göle/ Aydoğan, s. 45.

Konuyla ilgili bir diğer görüşe göre ise *lex commissoria* yasağına getirilmiş bir istisna söz konusudur²⁷. Özel kanun niteliğindeki TİTRK genel yasağı bir istisna getirmiştir. Özel hükmün genel hükme önceliği vardır ve ekspertiz yoluyla objektif olarak taşınırın değeri de belirlendiğinden borçlunun sömürülmesi pek de olası değildir. Ayrıca *lex commissoria* yasağı, alacağın muaccel olmasından önceki anlaşmalar bakımından söz konusudur; alacak doğduktan ve muaccel olduktan sonra tarafların bu yönde anlaşma yapması yasak değildir²⁸.

Farklı bir görüşe göre ise, bu düzenleme *lex commissoria* yasağına aykırı değildir. Bu yasak, alacaklı ile malik arasında vadeden önce yapılan anlaşmalara ilişkindir²⁹.

Aynı yönde bir diğer görüşe göre ise, *lex commissoria* yasağı ilkesi sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirdiğinden dar yorumlanmalıdır. Ayrıca bu ilkenin borçluyu koruyan fonksiyonlarının yerini tutan düzenlemeler yapılması halinde rehin konusunun devralınmasının bu ilkeye aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir. TİTRK hükümlerinde *lex commissoria* yasağının yerini tutan ve rehin verenin haklarını koruyan düzenlemelere yer verilmiştir. Rehin konusunun tarafsız ve objektif olarak tespitini sağlayan bir yöntemin benimsenmiş (TİTRK m. 13) ve kullanılan kredi tutarından daha yüksek tutarda taşınırın rehin alınması yasaklanmıştır (TİTRK m. 5, 2, son cümle). Ayrıca rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devri ancak borçlunun temerrüde düşmesinden sonra istenebilmektedir (TİTRK m. 14, 1). Bunun yanı sıra rehin, mülkiyeti devir amacıyla değil; alacağın teminatını oluşturmak için alınmaktadır³⁰.

Aynı yönde bu düzenlemenin *lex commissoria* yasağını ihlal etmediğini savunan bir görüşe göre; mülkiyet hakkını düzenleyen Anayasa m. 35, mülkiyet hakkına yönelik sınırlandırmanın ancak kamu yararı amacıyla, kanunla yapılabileceğini belirtmektedir. Buna göre, TİTRK m. 14, 1 kanunî bir düzenlemedir ve dolayısıyla bir kanun hükmüyle rehin alacaklısına rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilme hakkı verilmesi *lex commissoria* yasağına aykırı değildir³¹.

²⁷ Hamamcıoğlu/ Karamanlioğlu, s. 131; Gümüş, s. 205; Atakan Murat Can. "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, 2018, s. 413; Yılmaz, s. 235.

²⁸Antalya/ Acar, s. 200-201. Aynı yönde, Yurtman, s. 72. Benzer yöndeki görüşe göre de, TİTRK m. 14'te açıkça rehinli malın değerinin alacak miktarından fazla olması durumunda alacaklının bu miktarı iade etmesi gerektiği düzenlendiğinden ve rehinli mala değer tespiti yaptırabilme imkânı da verildiğinden *lex commissoria* yasağının ihlal edilmemektedir (Eker, s. 149).

²⁹ Gürpınar, s. 146.

³⁰ Oğuz, Sefer. "Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni", *Bankacılar Dergisi*, S. 100, 2017, s. 25. Teminata konu varlığın değeri, çoğunlukla alacaktan fazla olduğundan, borçlu borçlandığında daha fazla bir miktarı alacaklıya vermek durumunda kalacaktır. Bu da nakit sıkıntısı içindeki rehin verenin daha da güç bir durumda kalmasına, alacaklının ise aşırı bir menfaat elde etmesine sebebiyet verecektir. Bu sakıncayı öngören TİTRK ve TSHY, alacak miktarı ile rehinli varlığın değeri arasında fark bulunması hâlinde mülkiyetin devrinin nasıl gerçekleşeceğini de düzenlemiştir. TSHY m. 38, 2'ye göre; "Rehinli varlığın tespit edilen değeri, alacaktan fazla ise, rehinli alacaklı aradaki farkı icra dairesine yatırmak suretiyle rehinli taşınırın mülkiyetini devralabilir". İcra dairesine yatırılan fark, sonra gelen rehinli alacaklılar ve adi alacaklılara paylaşılacaktır. Bu paylaştırmada da, icra dairesince yapılan sıra cetveli dikkate alınacaktır (Tuncer Kazancı, s. 76).

³¹ Narbay, Şafak/ Yıldız, M. Enes. "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde "Rehinli Taşınır Sicili"nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 34, S. 4, 2018, s. 44, dn. 19.

Bir diğer görüşe göre ise, mülkiyetin devri, alacaklıya TİTRK ile tanınmış bir hak olup; taraflar arasında buna yönelik bir anlaşma yapılmamaktadır; kısaca mülkiyeti talep hakkı sözleşmeden değil kanundan kaynaklanmaktadır³².

Roma Hukukunda ortaya çıkmış; modern medenî kanunlarda da kendisine yer edinmiş bir ilke olan *lex commissoria* yasağının, çok katı bir şekilde uygulanmasından günümüzde vazgeçilmiştir. Özellikle borcun muaccel olmasından sonra yapılan anlaşmalar geçerli kabul edilmekte ve rehinli mal ile alacak arasında bir oransızlık bulunmuyorsa aşırı yararlanmanın söz konusu olmayacağı belirtilmektedir³³.

Maddî açıdan zor durumda olan ya da işlerini büyütme amacıyla krediye ihtiyaç duyan borçlu, malı üzerinde rehin tesis ederken, borcunu zamanında ifa edebileceği kanaatini taşıyabilir. Bu nedenle malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini de peşinen kabul edebilir; ancak bu durum rehin verenin zararına (aleyhine) sonuç doğurmaya müsaittir. Zira borcun az, malın değerinin çok yüksek olması alacaklının aşırı yararlanması sonucunu doğurur. Ancak borç muaccel olduktan sonra borçlu daha sağlıklı düşünebilir ve isterse malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini kabul eder; aksi halde yani borç muaccel olduktan sonraki dönemde de borçlu, malın mülkiyetinin borcu karşılığında alacaklıya geçmesine rıza göstermezse, rehinli mal paraya çevrilir ve alacaklı satış bedelinden alacağına kısmen ya da tamamen kavuşur. TİTRK m. 14 düzenlemesinde ise borçlu temerrüde düşmüşse alacaklı malın mülkiyetinin devrini talep edebilecek, borçlunun rızası aranmayacaktır. Bu durum, kanunla yaratılmış istisnadır. TMK, genel nitelikte bir kanundur; taşınır rehni, taşınır rehninde taşınır malın rehin alacaklısına teslimi kuralı, *lex commissoria* yasağı gibi konular TMK'da düzenlenmektedir. Ancak TİTRK özel kanundur ve ticari işlemlerde taşınır rehni gibi sınırlı bir ilişkiyi kapsamaktadır; dolayısıyla TMK'dan ayrılan yönlerinin olması kaçınılmazdır. Örneğin, bu kanunda teslimsiz taşınır rehni söz konusudur; hakeza borçlunun temerrüdü hali için de özel bir takip usulü öngörülmüştür. Özel kanun niteliğindeki TİTRK, alacaklının malın mülkiyetini talep edebilmesi için borçlunun temerrüde düşmesini esas almıştır; borç muaccel olmadan alacaklı rehinli malın mülkiyetinin devrini talep edemez. Bu açıdan bakıldığında kanaatimizce kanunla getirilmiş bu istisnaî düzenlemeler *lex commissoria* yasağına ters düşmemektedir.

2. Önce Rehne Başvuru Zorunluluğu

TMK m. 949'da taşınmazlar ve TMK m. 873'te taşınırlar için getirilen *lex commissoria* yasağı düzenlemesi ile İİK m. 145 vd. hükümlerindeki rehinin paraya çevrilmesi kuralları birbirinin tamamlayıcısı niteliğindedir.

Borçlu borcunu ödemezse alacaklı, alacağını rehin konusu malın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir (TMK m. 873, I ve TMK m. 946, I).

³² Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 433, dn. 4; Yılmaz, s. 235; Köroğlu Ölmez, Belin. "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129, 2017, s. 279; Makaracı Başak, Aslı. "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Lex Commissoria Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediği Konusu Üzerine Bir Değerlendirme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2019, s. 753.

³³ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 432, dn. 3.

İİK m. 45, 1'deki “Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir” şeklindeki düzenlemenin yani önce rehne başvuru kuralının “*beneficium excussionis realis*³⁴” emredici bir hüküm olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir ki; bu husus doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, önce rehne başvuru kuralı, usulî değil, maddî hukuk karakterlidir³⁵ ve sorumluluk hukukuna ait bir kural olduğu için emredici değil; tamamlayıcı niteliktedir; taraflar sözleşmede açıkça belirtmek şartıyla önce rehne başvurudan vazgeçebilir³⁶.

Bir diğer görüşe göre ise, önce rehne başvurma kuralı salt kamu düzenine ilişkin bir kural olarak değerlendirilmemeli; kendisine genel haciz veya iflâs yoluyla takip başlatılmış olan rehin borçlusu, ödeme emrini aldığı anda, önce ticarî işlemlerde taşınır rehnine başvurulması gerektiğini süresi içinde şikâyete başvurmak suretiyle ileri sürmezse, takibe devam edilmelidir. Aksi halde rehin borçlusu öncelikle kendisini korumayı amaçlayan bu kuraldan feragat etmiş sayılır³⁷.

Benzer yöndeki bir görüşe göre, alacaklı rehni paraya çevrilmesi yoluna gitmek yerine diğer takip yollarına (haciz yoluna) başvurmuşsa, borçlu gönderilen ödeme emrine karşı şikâyet yolunu işleterek; alacaklıyı rehni paraya çevrilmesi yoluyla takibe zorlayabilir. Borçlu, şikâyetinde *beneficium excussionis realis* ilkesine dayanacaktır. Borçlu bu şikâyet hakkından açıkça veya zımnen feragat ederse, alacaklının başvurduğu takip yolu, geçerlilik kazanır ve hükümlerini devam ettirir³⁸.

Benzer yöndeki bir başka görüş ise, rehni paraya çevrilmesi yoluyla takipte önce rehne başvuru kuralının borçlunun şikâyette bulunmadığı hallerde veya alacaklı ve borçlunun anlaşarak rehinli malın cebri satış dışında serbest yolla satışını da sağlayabilmeleri nedeniyle etkisiz kaldığını vurgulayarak, kuralın emredici olmadığı sonucuna varılabileceğini belirtmiştir³⁹.

Başka bir görüşe göre ise, rehni paraya çevrilmesi yolu alacaklının istek ve seçimine bırakılmamıştır. Rehin alacaklısı isterse haciz veya iflâs yolunda borçlusunu takip etme hakkına sahip değildir. Borçlu, alacağını rehinle temin etmiş alacaklıyı en önce rehni paraya çevirmeye zorlar. Bunun aksine alacaklı, haciz veya iflâs yoluna başvurmuşsa, borçlu şikâyet edebilir; ancak bu iddiasını kendisine haciz veya iflâs yoluyla takip başlatılıp ödeme emri gönderildiğinde ileri sürmelidir; aksi halde borçlu önce rehne başvurulması gerektiği şeklindeki iddiasını şikâyete konu edemez⁴⁰.

³⁴ Bunun yerine “*exceptio excussionis realis*” terimi de kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Budak, Ali Cem. “Önce Rehne Başvurma Kuralının Tarihi Kökeni”, *Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 404 vd.

³⁵ Gusian, François. “Alacağın Rehinle Temin Edilmiş Olmasının Takip Tarzına Tesirleri”, (Çev. Burhan Gürdoğan) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 3, 1964, s. 466; Postacıoğlu, İlhan E. *İcra Hukuku Esasları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 550; Gürdoğan, Burhan. *İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*. Türkiye Bankalar Birliği, Ankara, 1979, s. 6.

³⁶ Gusian, s. 466 vd. Aynı yönde, Cansel, s. 220; s. 223-225.

³⁷ Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 169.

³⁸ Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul, 2004, s. 309-310.

³⁹ Yıldırım Kamil/ Deren Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 286.

⁴⁰ Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Bası, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960, s. 176.

Bir başka görüşe ise, bu hüküm kamu düzenine ilişkin olup; emredicidir⁴¹.

Bu görüşe paralel bir başka görüşe göre ise alacaklı önce rehne başvurmak zorundadır; aksi halde yani rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidilmeksizin genel haciz veya iflâs yoluna başvurulmuşsa, icra müdürü bunu kendiliğinden gözeterek talebi reddetmek zorundadır⁴². Bu görüşü savunan yazarların bazılarına göre; önce rehne başvurulmamışsa, bu durumda süresiz şikâyete gidilebilir⁴³; bazılarına göre ise, borçlunun önce rehne başvurma kuralına dayanan şikâyeti süreye tâbi olmalıdır⁴⁴.

Önce rehne başvurunun zorunlu olduğunu savunan diğer bir görüşe göre de; bu kural borçlunun diğer alacaklılarını korumak için getirilmiştir. Zira rehin alacaklısının alacağına kavuşabileceği mal, aynı bir hak ile güvence altına alınmıştır; diğer alacaklıların alacakları ise borçlunun malvarlığında yer alan diğer mallardan karşılanır. Zaten genellikle rehinli malın bedeli, rehin alacaklısının alacağına denk gelmektedir; kalan diğer alacaklılar ise, borçlunun rehin konusu edilmemiş malvarlığından tatmin edilir. Rehinli alacaklının adeta çifte teminata kavuşması, menfaatler dengesine ve borçlunun malvarlığının bütün alacaklıların ortak güvencesi olması kuralına aykırıdır⁴⁵.

Diğer bir görüşe göre de önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma zorunluluğu hem alacaklının hem borçlunun menfaatlerini korumaya yöneliktir. Alacaklı öncelikle rehinli malı sattırmadan kural olarak borçlunun diğer malvarlığı değerlerine başvuramaz ki bu durum borçlu açısından öngörülebilirliği ifade eder; diğer taraftan önce rehne başvuru zorunluluğu borçlunun adı alacaklılarının da lehinedir. Rehinli alacaklı rehne rağmen borçlunun diğer mallarını haczettirebilirse, diğer alacaklıların haczine iştirak edebilir, malın satış bedelinden pay alabilir; bu yüzden borçlunun diğer alacaklıları alacaklarına daha az kavuşmuş olabilir⁴⁶.

Doktrinde İİK m. 45, 1'in emredici bir hüküm olmadığı; yani taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği ve borçlunun bu düzenleme ile güvence altına alınan hakkından feragat edebileceği belirtilmiştir⁴⁷.

⁴¹ Martin, Alfred. "Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip", (Çev. Necmeddin Berkin) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 22, S. 1- 4, 1957, s. 330; Kuru, s. 985; Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 429; Deyneklî, Adnan. *İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 67; Yılmaz, s. 233; Aşık, İbrahim. *İcra Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 136; Kaplan, İbrahim. "Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 2, 1991, s. 85, dn. 91.

⁴² Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 433; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 311; Pekcanitez, Hakan. "İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, S. 33, 2000, 44; Budak, s. 47.

⁴³ Kuru, s. 986; Deyneklî, s. 68; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 311; Seven, s. 181.

⁴⁴ Budak, s. 48.

⁴⁵ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 432, dn. 2. Aynı yönde, Tunç Yücel, s. 121-122; Budak, s. 17; Makaracı Başak, Aslı. *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 268; Hasırcı, s. 225.

⁴⁶ Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 452-453.

⁴⁷ Postacıoğlu, s. 51 vd.; Gürdoğan, Burhan. *Türk- İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, 1. Baskı, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1967, s. 14 vd.; Berkin, Necmeddin M. *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1980, s. 375.

Bir görüşe göre, İİK m. 45, 1 emredici bir hüküm değildir. Alacaklı ile borçlu, rehin sözleşmesine özel bir şart koyarak, bu rehinele temin edilmiş alacağın takibinin alacaklının rehni paraya çevrilmesi yoluna gitmesine gerek olmaksızın haciz veya iflâs yoluyla yapabileceğini kararlaştırabilirler. Bu nedenle rehin teminatına bağlanmış olan alacağın haciz veya iflâs yolu ile takibinde, icra müdürünün İİK m. 45, 1'e dayanarak haciz veya iflâs takibini kendiliğinden reddetmesi mümkün değildir. Rehni kurulmasından sonra alacaklı tek taraflı olarak rehin hakkından feragat edebileceğine göre, buna dayanan alacağın önce rehni paraya çevrilmesi yolu ile takibi zorunluluğu ortadan kalkar; bu doğrultuda önce rehne başvurma zorunluluğunu kaldıran sözleşmeler de kabul edilmelidir⁴⁸.

Bu görüşe yakın bir başka görüş de, rehni kurulması esnasında alacaklı ve borçlu anlaşarak alacaklıyı tercihine göre, öncelikle haciz yoluyla takibe başvurusu noktasında yetkili kılabilirler⁴⁹.

Yargıtay eski tarihli kararlarında İİK m. 45 hükmünün emredici nitelikte olmadığını içtihat etmiş⁵⁰; 11. HD 2002 yılında verdiği bir kararında da rehinele temin edilmiş bir alacağın yalnız rehni paraya çevrilmesi yoluyla takibin konusunu oluşturabileceğini düzenleyen İİK m. 45'in, aksine bir sözleşme yoksa herkes gibi tarafları da bağlayacağını belirtmiş; ilk derece mahkemesinin bu hükmün tamamlayıcı mahiyette olduğundan söz ederek davanın reddine karar vermesini doğru bulmamıştır; davalı tarafça İİK m. 45'in sözü edilen hükmünün aksine bir sözleşmenin varlığı iddia ve ispat edilmediğinden somut olayda anılan hükmün emredici olup olmadığının öneminin bulunmadığını; zira aksine bir sözleşme bulunmadığına göre, ister emredici, ister tamamlayıcı olsun, halen mer'î olan bu hükmün herkes gibi tarafları da bağlayıcı olduğu sonucuna varmıştır⁵¹. Bu karardan, önce rehne başvurma kuralından tarafların aralarında anlaşmak suretiyle vazgeçebilecekleri sonucu ortaya çıkmaktadır. 12. HD ise, yine 2002 tarihli bir kararda alacaklının öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna başvurusunun zorunlu ve bu hususun kamu düzenine ilişkin olduğunu belirtmiştir⁵². Özellikle 12. HD'nin kararlarında, önce rehne başvurusunun zorunlu olduğu ve eğer önce rehne başvurulmamışsa; bu durumun kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyete konu edilebileceği öngörülmüştür⁵³.

İsviçre Federal Mahkemesi ise konuyla ilgili verdiği kararda, önce rehne başvurma kuralını kamu düzeni ile ilgili görmemiş; bu kuralın maddî hukuka ilişkin özel hukuk karakterli

⁴⁸ Berkin, s. 375-376.

⁴⁹ Postacıoğlu, s. 552; Aynı yönde, Gürdoğan, s. 16.

⁵⁰ "...Rehinele temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile, alacaklı yalnız rehni paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak rehni tutarı borcu ödemeye yetmezse, alacaklı kalan alacağın iflas veya haciz yoluyla takip edebilir" yolundaki anılan yasa hükmünün buyurucu nitelikte bir kural olup olmadığının belirlenmesi; tamamlayıcı nitelikli bir kural olduğu sonucuna varılırsa, bu niteliği uyarınca da bir kısım ayrıcalıkların bulunacağı yönünden önem kazanmaktadır. Bilimsel öğretilerde de baskın biçimde kabul edildiği gibi; kişisel borçlar konusunda sözleşme özgürlüğünün asıl olması (Bk. 19) ve borçlunun mal varlığının genel sorumluluğunu sınırlayan anlaşmalar yapılmasını yasaklayan yasal bir hüküm bulunmadığına göre; borçlunun sorumluluğunun kapsamını belirleyen ve bu nedenle maddî hukuk kuralı niteliği taşıyan sözkonusu hükmün, buyurucu (emredici) değil, tamamlayıcı nitelikte olduğunun kabulü gerekir..." Yargıtay 11. HD, E. 1982/619, K. 1982/1108, T. 10.03.1982 (HukukTürk).

⁵¹ Yargıtay 11. HD, E. 2002/7191, K. 2002/11047, T. 29.11.2002 (HukukTürk).

⁵² Yargıtay 12. HD, E. 2002/5233, K. 2002/6166, T. 26.03.2002 (HukukTürk).

⁵³ Yargıtay 12 HD, E. 2009/11706, K. 2009/20653, T. 27.10.2009 (Yargıtay); Yargıtay 12. HD, E. 2002/5233, K. 2002/6166, T. 26.03.2002; Yargıtay 12. HD, E. 2001/9216, K. 2001/10254, T. 08.06.2001 (Kazancı).

bir düzenleme getirdiği sonucuna varmıştır. Bu karara göre borçlunun, alacaklının önce rehne başvurmasını talep hakkı rehinle teminat altına alınmış alacağın borçlusuna tanınmış bir hak olup; kamu yararını ya da rehin sözleşmesinin ve borç ilişkisinin kapsamında olmayan üçüncü kişilerin yararlarını korumak amacıyla getirilmemiştir. Zaten alacaklının, önce rehne başvurmasının gerekip gerekmediği ya da alacaklının rehin teminatından önce borçlunun malvarlığıyla olan genel sorumluluğuna başvuru hakkı sadece alacaklıyı, borçluyu ve varsa rehinli malın malikini ilgilendirir. Nasıl ki tarafların rehin sözleşmesini kurup kurmamakta serbest iradeleri söz konusu ise; aynı şekilde rehin ile sorumluluğun borçlunun bütün malvarlığı ile olan sorumluluğu arasındaki ilişki bakımından da serbest iradeleri ön plandadır. Önce rehne başvuru kuralı mutlak değildir. Borçlu bu haktan öncesinde feragat edebileceği gibi, rehinli malın malikinin üçüncü kişi olması durumunda, alacaklının borçlunun rızasının olup olmadığını dikkate almaksızın, borçlunun malvarlığından sonra yani rehne ancak ikinci derecede başvurulabileceği hususunda anlaşma yapılması mümkündür⁵⁴. İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir diğer karara göre de, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu (SchKG) Art. 41, 1 hükmü emredici değil tamamlayıcı niteliktedir ve borçlunun önce rehne başvurulması gerektiği açısından şikâyette bulunup bulunmayacağı onun takdirine bırakılmıştır. Alacaklı genel haciz veya rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipten birini seçebilir; zira bu seçim kamu yararını ilgilendirmemektedir. *Beneficium excussionis realis* ilkesi kamu yararını ya da rehin sözleşmesinin ve borç ilişkisinin kapsamında olmayan üçüncü kişilerin yararlarını korumak amacıyla getirilmemiştir⁵⁵. Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği karar bir bakıma SchKG Art. 41, 1bis “*rehinle temin edilen bir alacak için haciz veya iflâs yoluyla takip yapılırsa, borçlu şikâyet yoluyla alacaklının önce rehne başvurmasını talep edebilir*” şeklindeki düzenlemenin bir sonucudur⁵⁶.

Kanaatimizce, önce rehne başvurulması kuralı emredici niteliktedir. İİK m. 45 hükmünün lafzındaki “*yalnız rehinin paraya çevrilmesi yolile takip yapılabilir*” ifadesi bu sonucu doğurmaya elverişlidir. Rehin alacaklısının alacağına kavuşma bakımından eli, adî alacaklılara göre daha güçlüdür. Zira rehin alacaklısı alacağını, rehinli malın paraya çevrilmesi suretiyle tahsil edebilecektir. Aksinin kabulü (yani rehin alacaklısının önce rehne başvurmaksızın genel haciz ya da şartları taşıması halinde iflâs yoluna gidebilmesi) rehinli alacaklının karşısında, adî alacaklıların alacaklarına kavuşmalarının daha da güçleşeceği anlamını taşır. Rehin alacaklısı, önce rehne başvurma zorunluluğunu yerine getirmemişse, diğer alacaklıların bundan zarar görmesi kuvvetle muhtemeldir; bu nedenle hukukî yarar doğrultusunda diğer alacaklılar kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyet yolunu işletebilirler.

3. Özel Yoldan Paraya Çevirme

TİTRK, borçlunun temerrüde düşmesiyle birlikte birinci derecedeki rehinli alacaklının alacağına kavuşması bakımından değişik bir sistem öngörmüş; borçlunun borcunu zamanında ifa edememesi üzerine, alacaklının icra dairesinden malın mülkiyetinin kendisine devredilmesini istemesi ilk seçenek olarak alacaklıya sunulmuş; bunu tercih etmeyen alacaklının alacağını, 5411

⁵⁴ BGE 84 III 69 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F84-III-67%3Afr&lang=fr&type=show_document&zoom=IN).

⁵⁵ BGE 97 III 49 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F97-III-49%3Ade&lang=de&type=show_document).

⁵⁶ Deynekli, s. 66.

sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebileceğini ya da alacaklının genel hükümler dairesinde takip yapabileceğini belirtmiştir. Genel hükümlerden kastın, rehinin paraya çevrilmesi yolu olduğu sonucunu çıkardıktan sonra alacaklıya, rehin verilen malı, özel yollardan paraya çevirme yetkisi tanınabilir mi sorusu da yanıtlanmalıdır.

Rehinle güvence altına alınmış bir alacak muaccel olmasına rağmen ödenmezse; alacaklının alacağına kavuşmasının normal yöntemi; rehinli malın, İİK'nın öngördüğü kurallar içinde, icra dairesi tarafından paraya çevrilmesi ve satış sonucunda elde edilen paradan alacaklının alacağına ödenmesidir. Kural, icra dairesinin malı paraya çevirmesiyken; rehin sözleşmesinde tarafların, rehinli malın özel yollardan paraya çevrilmesini kararlaştırıp kararlaştıramayacakları ele alınmalıdır. Kısaca rehin hakkı sahibi alacaklının, alacağına kavuşmak için İİK'da düzenlenmiş rehinin paraya çevrilmesi yollarına başvurmak zorunda olup olmadığı değerlendirilmelidir.

TİTRK m. 2, 1/i'ye göre; “*Rehin sözleşmesi: Rehin hakkını tesis etmek amacıyla rehin veren ile alacaklı arasında imzalanan sözleşmeyi*” ifade eder. TSHY m. 9'da rehin sözleşmesinin ihtiva etmesi gereken zorunlu unsurlar düzenlemiş ve “*kanuna ve bu yönetmeliğe aykırı olmayan diğer hak ve yükümlülükler ile diğer hususlar taraflarca sözleşmede belirtilebilir*” hükmüne yer verilmiştir.

Doktrinde alacaklının rehinli malı özel yollardan paraya çevirip çeviremeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, İİK'nın rehinin paraya çevrilmesi hususunu düzenleyen hükümleri emredicidir ve dolayısıyla bunlar dışında rehinin paraya çevrilmesi yöntemi kararlaştırılmaz⁵⁷. Aynı yöndeki bir başka görüşe göre, eşya hukukuna egemen olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri ile bu ilkelere göre yorumlanması gereken TMK hükümleri göz önüne alındığında, rehinin paraya çevrilmesi açısından rehin hakkının içeriğinin değiştirilmesi ve böylelikle alacaklıya herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte kendi eliyle rehni paraya çevirme yetkisinin verilmesi imkân dâhilinde gözükmemektedir⁵⁸. Bir diğer görüşe göre ise, rehinin paraya çevrilmesinin mutlaka İİK hükümleri doğrultusunda yapılması zorunlu değildir; rehin sözleşmesinin tarafları, rehin alacaklısının, rehni özel yollardan paraya çevrilebileceğini aralarında kararlaştırabilirler⁵⁹.

Kanaatimizce de rehin sözleşmesinin tarafları, rehinli malın satışının İİK'da öngörülen hükümlerin dışında, sözleşme özgürlüğü kapsamında farklı yoldan gerçekleştirilebileceğini aralarında serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflar icra sistemindeki sürecin uzunluğunu, malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisi gibi düşük bir bedelle paraya çevrilmesi tehlikesini, takip

⁵⁷ Kaplan, s. 85; Kurt, s. 151. Paraya çevirmenin ancak icra organları tarafından yerine getirilmesi gerekir. Alacaklının Ortak Hukuk (Common Law) sistemlerinde geçerli olan rehinli eşyayı şahsen paraya çevirme yetkisi de yoktur. Alacaklı İİK m. 145-153 uyarınca rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunmalıdır (Seven, s. 170).

⁵⁸ Sarı, Suat. “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 50, 2007, s. 416.

⁵⁹ Kuru, s. 1025; Tunç Yücel, s. 98; Deynekli, s. 78; Cansel, s. 236; Helvacı, s. 134; Üstündağ, s. 312; Postacıoğlu İlhan E./ Altay, Sümer. *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 654; Gürdoğan, s. 19; Gürdoğan, İpotek, s. 7; Ansay, s. 177; Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 286; Makaracı Başak, s. 290; Konuralp, Orhan Emre. “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, 2015, s. 2858. Alacaklıya gerek taşınırlarda gerek taşınmazlarda rehni bizzat satma yetkisinin anlaşma ile verilmesi durumunda, bu yetkinin dolambaçlı yoldan *lex commissoriana* yasağını ihlal sonucunu doğurması gerekir. Bu husus, her olayın özelliğine göre hâkim tarafından takdir edilecektir (Gürdoğan, s. 19; Cansel, s. 235). Ticari işlemlerde özel yolla paraya çevirme yetkisini tanımak daha pratik bir yol olarak gözükebilir (Antalya/ Acar, s. 182).

masraflarını bertaraf ederek hem daha kısa yoldan hem de daha yüksek bir bedelle rehni paraya çevirmek suretiyle alacaklının daha kısa sürede alacağını tamamına (ya da tamamına yakınına) kavuşmasını, borçlunun ise borcunun tamamından (ya da tamamına yakınından) kurtulmasını sağlayabilirler.

7343 sayılı Kanun ile İİK'da yapılan en önemli değişikliklerden biri de icra ve iflâs hukukumuz için yeni bir kavram olan borçluya satış yetkisi verilmesidir. İİK m. 111/a hükmüne göre, hacizli mal icra dairesi tarafından açık arttırmayla ya da pazarlık usulü ile satılmamakta; borçlu aldığı satış yetkisi ile kendisi hacizli mala bir alıcı bulmakta ve İİK'da öngörülen şartları yerine getirebilirse icra mahkemesinin de onayıyla malın devrini ve teslimini gerçekleştirebilmektedir. İİK m. 111/a, 1 düzenlemesinin ilk cümlesinde haczedilen ifadesinin kullanılması borçluya satış yetkisinin verilmesini sadece haczedilen mallar bakımından öngörüldüğü sonucuna götürür. Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde müşterek hükümlerden olan paraya çevirme usulünü düzenleyen İİK m. 150/g'deki "*Satılması istenen rehin hakkında 92 nci maddenin üçüncü fıkrası ve 93, 96, 97, 97/a, 98 ve 99 uncu maddeler ile 112'den 137 nci maddeye kadar olan hükümler kıyas yolu ile uygulanır*" hükmü görüldüğü üzere İİK m. 111/a'ya atıf yapmamaktadır. Ancak 111/a, 4 hükmünde ise, "*Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır*" denilmiştir. Ancak İİK m. 150/g hükmünün açıkça İİK m. 111/a hükmüne atıf yapmaması yani rehinli malların paraya çevrilmesinde, borçluya satış yetkisinin verilmemesi kanun koyucunun tercihidir. Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda rehnin paraya çevrilmesinin mutlaka İİK hükümleri doğrultusunda icra dairesince yapılması gerekmez; sözleşme özgürlüğü çerçevesinde rehin sözleşmesinin tarafları, rehin alacaklısının, rehni özel yollardan paraya çevrilebileceğini zaten aralarında kararlaştırabilirler. Ancak rehin borçlusuna (hacizli malı olduğu gibi) rehinli malı da paraya çevirebilmesi için kanunla açıkça yetki verilmesi doğru bir yaklaşım olur. Rehin borçlusunun rehinli malı daha yüksek bir bedelle paraya çevirebilmesi hem kendisinin hem de alacaklının menfaatinedir.

II. Takibin Aşamaları

A. Takip Talebi

Bütün takiplerde olduğu gibi, TİTRK kapsamında da borçlunun temerrüde düşmesi üzerine birinci derecedeki alacaklı, rehinli malın mülkiyetinin devrini istiyorsa, yetkili icra dairesine başvurarak takip talebinde (İİK m. 58) bulunmalıdır⁶⁰. Rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devrinin talebi sözlü, yazılı veya elektronik ortamda yapılabilir (TSHY m. 31, 3; karşı. İİK m. 58, 1).

Takip talebi bakımından farklı örneğin kullanılması gerektiği belirtilmemiştir⁶¹. Bu kapsamda İİK Yönetmeliği Örnek No: 1'deki takip talebi kullanılacaktır.

⁶⁰ Zira özel hukuk uyuşmazlıklarında, ilgili makamların (gerek mahkemelerin gerekse icra dairelerinin) kendiliğinden harekete geçmeleri mümkün olmayıp; ancak tarafların talepleri doğrultusunda işlem yapabilmeleri yani tasarruf ilkesi (HMK m. 24) söz konusudur (Yılmaz, s. 239; Özekes, 71-72; Kılıçoğlu, Evren. *İcra Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005, s. 43; Aşık, s. 29-30).

⁶¹ Yılmaz, s. 240.

Rehlinli taşınır varlığın mülkiyetinin devri talebi bakımından, *bu varlığın bulunduğu yer veya rehin alacaklısının yerleşim yeri* icra dairesi yetkilidir (TSHY m. 31, 2). TSHY, İİK m. 50'de belirlenen yetkili icra dairesinden farklı bir düzenleme getirmiştir. Ancak icra dairesinin yetkisi kesin ve kamu düzenine ilişkin olmadığından⁶²; rehin alacaklısı TSHY'de belirtilen yerler dışında da takip başlatabilir ve rehin borçlusu yetki itirazında bulunabilir. Ayrıca HMK m. 17 vd. doğrultusunda gerekli şartların sağlanması halinde yetkili icra dairesinin sözleşmeyle de belirlenmesi mümkündür. Rehin borçlusunun temerrüde düşmesi üzerine rehin alacaklısı, rehlinli taşınır varlığın mülkiyetinin devrini İİK m. 24'e göre taşınırlara ilişkin ilâmların icrasına göre isteyebiliyorsa, ilâmların icrası bakımından takip talebi herhangi bir icra dairesine de verilebilir (İİK m. 34).

TSHY m. 30, 2'de takip talebinin temerrüdün⁶³ gerçekleşmesini izleyen *yedi gün*⁶⁴ içinde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Yedi günlük sürenin hak düşürücü nitelikte olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, bu süre hak düşürücü değildir; zira TİTRK'da öngörülen özel takip usulünün amacı rehlinli taşınırın mülkiyetinin rehin alacaklısına devridir ve bu takibin uygulanmasıyla ilgili atf İİK m. 24'e yani ilâmların icrasında taşınır teslimine yapılmıştır ve ilâmların icraya konulması bakımından İİK'da herhangi bir hak düşürücü süre belirlenmediğinden TSHY'deki bu sürenin de hak düşürücü olduğu söylenemez. Bu sürenin hak düşürücü olduğu kabul edilirse, rehin alacaklısı TİTRK'daki özel takip usulüne başvurma hakkını kaybeder ki; bu böyle bir yaptırımın yönetmelik ile getirilmesi, TİTRK'nın amacına aykırıdır⁶⁵.

Diğer bir görüşe göre ise, bu süre hak düşürücüdür⁶⁶. TSHY m. 30, 2'e göre, alacaklı temerrüdün gerçekleşmesini izleyen yedi gün içinde takip yapılmalı; yine TSHY m. 40'a göre öncelik hakkına sahip rehin alacaklısının *bir hafta* içerisinde mülkiyetin devri talebinde bulunmaması halinde sonraki sırada bulunan rehin alacaklıları sırasıyla bu TSHY'de belirtilen usule göre icra müdürlüğünden⁶⁷ mülkiyetin devri talebinde bulunabilir. TİTRK m. 14 kapsamında, TSHY m. 30, 2 ile TSHY m. 40 birlikte değerlendirildiğinde alacaklıya yedi günlük veya bir haftalık hak düşürücü bir süre tanınmıştır; ancak bu hüküm gerek TİTRK'ya gerekse tasarruf ilkesine aykırıdır⁶⁸.

⁶² Kuru, s. 179; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 131; Oral, s. 128.

⁶³ Rehlinli alacaklı TİTRK m. 14'deki hakları alacağın muaccel olmasıyla kullanabilir. Bu bakımından hükmün başlığı olan "temerrüt sonrası haklar" ifadesi yanıltıcıdır. Çünkü rehlinli alacaklının rehin verene başvurabilmesi için temerrüdün gerçekleşmesi şart olmayıp; alacağın muaccel olması yeterlidir. Temerrüdün gerçekleşmesi için temerrüt ihtarı gerektiren; örneğin belirsiz vade kararlaştırılması gibi bir durum söz konusu ise borçluya yönelik bir temerrüt ihtarı olmasa dahi rehlinli alacaklı TİTRK m. 14 uyarınca rehin verene karşı takibe girişebilir. İİK m. 149, 1 hükmünün lafzından da aynı sonuç çıkmaktadır (Gümüş, s. 200).

⁶⁴ Eğer muacceliyet ilk sıradaki rehlinli alacaklının ihbarına bağlı ise ve ilk sıradaki rehlinli alacaklı muacceliyet ihbarından kaçınıyorsa, kendisinin dürüstlük kuralı gereğince ihbarda bulunmasının beklenebileceği uygun sürenin sonundan itibaren, yedi günlük süre işlemeye başlar (Gümüş, s. 208).

⁶⁵ Bilgin, s. 630.

⁶⁶ Yılmaz, s. 239; Hasırcı, s. 231.

⁶⁷ Bu maddede olduğu gibi TSHY'nin başka maddelerinde de "icra müdürlüğü" ifadesi tercih edilmiştir. Ancak burada "icra müdürlüğü" yerine "icra dairesi" teriminin kullanılması İİK m. 1 kapsamında daha isabetli olacaktır.

⁶⁸ Hasırcı, s. 231.

Başka bir görüşe göre de buradaki süre, hak düşürücü nitelikte değildir; ancak bu süre içinde takip yapılmaması rehin hakkının düşmesi sonucunu doğurmaz; rehin alacaklısı sadece rehin hakkının tanıdığı mülkiyetin devrini isteme hakkını kaybeder⁶⁹.

Kanaatimizce de hükmün lafzına bakıldığında, yedi günlük süre içinde takip yapılmaması halinde, rehin alacaklısının, rehinli taşınır malın mülkiyetinin kendisine devrini talep hakkı ortadan kalkar; yani buradaki süre takibe başvuru bakımından hak düşürücüdür; maddî hukuk açısından rehin hakkının kaybına yol açmaz. Ancak bu sürenin niteliğini tartışan görüşlerce ortaya konulan gerekçelere de katılmamak mümkün değildir. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, icra hukukunda tasarruf ilkesi geçerlidir ve bu ilkenin doğal bir uzantısı da alacaklının takip yapmaya zorlanmaması, alacaklının kendi iradesiyle cibrî icrayı başlatmasıdır. Ancak TSHY m. 30, 2 hükmü mülkiyetin devrini talep eden birinci derecedeki alacaklının temerrüden sonra yedi gün içinde takip yapması gerektiğini belirtmiştir. Aksi halde, birinci derecedeki alacaklı TSHY m. 40 uyarınca devir talebinin sonraki alacaklıya geçmesi sonucuyla karşılaşabilir ki; bu da bir nevi alacaklıyı takip yapmaya zorlamaz. Kaldı ki bu hak düşürücü süre düzenlemesi kanunla da değil bir yönetmelikle getirilmiştir.

Öncelik hakkına sahip rehin alacaklısı, bir hafta içinde mülkiyetin devrini talep etmezse, bu hak sonraki sırada bulunan rehin alacaklılarına geçer (TSHY m. 40). Ancak bu aşamada muallakta kalan husus, sonra gelen alacaklı bakımından TSHY m. 30, 2'deki yedi günlük sürenin başlangıç anıdır. Öncelik hakkına sahip alacaklı hiç ya da belirtilen süre içinde mülkiyetin kendisine devri için takibe başlamamışsa; daha sonraki sıradaki alacaklılar bakımından mülkiyetin devrini istemek için yedi günlük takip talebi verme süresi ne zaman başlayacaktır sorusu yanıtızsızdır⁷⁰.

Bir diğer değinilmesi gereken husus ise, sürelerin belirlenme şeklidir. TSHY m. 30, 2'de takibin temerrüdü izleyen **yedi günlük** süre içinde yapılması gerektiği öngörülmüşken; TSHY m. 40'ta öncelik hakkına sahip rehin alacaklısının **bir hafta** içerisinde mülkiyetin devri talebinde bulunmamasından söz edilmiştir. Bilindiği üzere süreler gün, hafta, ay, yıl şeklinde tayin edilmiş olabilir (HMK m. 92; İİK m. 19). Ancak birbiriyle bağlantılı iki hükmün birinde sürenin gün; diğerinde ise hafta şeklinde belirlenmesi isabetli olmamıştır. TSHY'deki sürelerin (gün ya da hafta olarak) yeknesaklaştırılmaya ihtiyacı vardır.

1. Takibin Tarafları

Rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep etme yetkisine sahip olan birinci derecedeki rehinli alacaklı rehin sözleşmesinde hangi sistemin belirlendiğine göre değişiklik arz eder. Birinci olasılık, rehin sözleşmesinde *ilerleme sisteminin* belirlenmiş olmasıdır ve bu durumda *tescil anına* göre belirlenen *ilk rehin alacaklısı* veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi; ikinci olasılık ise, rehin sözleşmesinde *sabit derece sisteminin* belirlenmiş olmasıdır ve bu durumda *derece ve sıra olarak en önde bulunan rehin alacaklısı* veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi mülkiyeti devir talebinde bulunabilir (TSHY m. 31, 1)⁷¹.

⁶⁹ Gümüş, s. 208-209; Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 166-167.

⁷⁰ Yılmaz, s. 239.

⁷¹ "Aynı taşınır varlık üzerinde derece sırası belirtilmeksizin birden fazla rehin hakkı tesis edilmesi hâlinde alacaklıların öncelik hakkı, rehinin kurulma anına göre belirlenir. Derece belirtilmesi hâlinde ise derece sırası esas

Takibin borçlu tarafında kimin olacağının belirlenmesinde bir ayırım yapmak gerekir. Rehin borçlusu aynı zamanda rehinli malın maliki ise bu durumda takibin borçlu tarafında rehin borçlusu malik yer alır. Ancak rehin borçlusu ile rehin veren aynı kişi değilse yani üçüncü kişi, borçlu lehine malını rehin göstermişse, bu durumda takip talebinde borçlu konumda kimin yer alacağının tespiti gerekir. Zira rehin verenin borçlu değil de; üçüncü kişi olması⁷² hali TSHY m. 31 hükmünde takip talebi bakımından düzenlenmemiştir. Bu durumda, rehinli taşınır malın maliki ile rehin borçlusu rehin konusu malın mülkiyetinin devrine ilişkin icra takibinde zorunlu takip arkadaşı olacaklardır⁷³.

Ayrıca birden fazla taşınır üzerinde rehin kurulması mümkündür. Örneğin, TİTRK m. 5'te sayılan taşınır varlıkların birden fazlası, aynı alacağın teminatı için rehin gösterilebilir⁷⁴. Toplu rehlin kurulabilmesi için, rehin konusu mallar ya aynı malike ya da borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olmalıdır (TMK m. 855, 1). Borçtan müteselsilen sorumlu olanlara ait birden fazla mal üzerinde rehin kurulmuşsa, borçlular arasında zorunlu takip arkadaşlığı doğar; zira ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip ancak taşınmazların tamamı hakkında yapılabilir (TMK m. 873, 3)⁷⁵.

İİK m. 149/b hükmüne göre de, rehinli malın maliki üçüncü kişi ise, üçüncü kişinin adının da takip talebinde yer alması gerekir. TSHY m. 41, 4'ün, temerrüt sonrası hakların kullanımında hakkında hüküm bulunmayan hallerde İİK'nın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip hükümlerinin kıyasen uygulanacağına yönelik düzenlemesi uyarınca rehin veren üçüncü kişinin bilgileri de takip talebinde yer almalıdır⁷⁶.

2. Takip Talebinin İçeriği

TSHY'nin m. 31, 4 hükmünde takip talebinde “a) Rehin alacaklısının 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen bilgileri⁷⁷ b) Borçlunun 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen bilgileri⁷⁸ c) Rehnin güvence oluşturduğu borç bilgileri”

alınır” (TİTRK m. 11, 1). “(1) Taşınır varlık üzerinde aşağıdaki rehin sistemleri ile rehin kurulabilir: a) İlerleme sistemi b) Sabit derece sistemi (2) Taraflarca herhangi bir rehin sisteminin belirlenmemesi halinde rehin, ilerleme sistemine göre kurulmuş sayılır” (TSHY m. 24).

⁷² TSHY m. 9, 1/c “Üçüncü kişinin borçlu lehine taşınır varlığını rehin göstermesi halinde üçüncü kişinin kimlik numarası, adı, soyadı, imzası ve adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası”.

⁷³ Rehinli malın maliki (yani rehin veren) ile borçlunun farklı kişiler olması durumunda, borçlu tarafta zorunlu takip arkadaşlığından söz edilir (Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 436, dn. 6; Pekcanitez, s. 44; Kuru, s. 991-992; Kuru, 2016, s. 436; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 458; Budak, s. 103-104; Koç, s. 94; Hasırcı, s. 233; Oral, s. 129; Dişel, Buse. *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı*, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2014, s. 101-102).

⁷⁴ Tuncer Kazancı, s. 77; Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 185-186.

⁷⁵ Budak, s. 98-99; Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 163.

⁷⁶ Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 163; Yılmaz, s. 241.

⁷⁷ “a) Rehin alacaklısının; 1) Tacir olması halinde ticaret unvanı, MERSİS numarası, adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin adı, soyadı, kimlik numarası ve imzası, 2) Kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşlar olması halinde kurum adı, adresi ve yetkili kişinin adı, soyadı, kimlik numarası ve imzası, n3) Esnaf olması halinde, kimlik numarası, adı, soyadı, imzası ve adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin adı, soyadı, kimlik numarası ve imzası”.

⁷⁸ “b) Rehin veren borçlu ise borçlunun; 1) Tacir olması halinde ticaret unvanı, MERSİS numarası, adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası, 2) Esnaf olması halinde, kimlik numarası, adı, soyadı, imzası ve adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası, 3) Çiftçi olması halinde kimlik numarası, ÇKS numarası, adı, soyadı, imzası, adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası, 4) Serbest meslek erbabı olması halinde kimlik numarası, adı,

hususlarının yer alması gerektiği düzenlenmiş; aynı maddenin devam eden fıkralarında ise takip talebine eklenmesi gereken belgeler belirtilmiştir.

Takip talebine eklenmesi gereken belgelerden biri değerlendirme raporudur. TSHY m. 31, 5'de yer alan, “*Takip talebinin ekinde Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik uyarınca düzenlenen ekspertiz/değerleme raporuna yer verilir*” hükmü gereğince takip talebi ile birlikte değerlendirme raporu da icra dairesine verilmelidir.

Konumuz açısından, değerlendirme raporunun bir takip şartı niteliğini taşıyıp taşımadığı üzerinde durulmalıdır. Değerleme raporu takip talebine eklenmeden, icra müdürünün bu takibe devam etmesi mümkün müdür; yoksa icra müdürü değerlendirme raporunun takip talebine eklenip eklenmediğini kendiliğinden gözetmeli midir sorusuna yanıt aramak gerekir. Zira doktrinde takip talebine değerlendirme raporunun eklenmesi özel bir takip şartı olarak nitelendirilmiştir⁷⁹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 114. maddesinde dava şartlarını; 115. maddesinde ise dava şartlarının incelenmesini düzenlemiştir. İİK'da takip şartlarının neler olduğu; bu şartların kimin tarafından, ne zaman ve şekilde inceleneceği hususunda ayrı bir düzenleme mevcut değildir. Ancak kanaatimizce niteliğine uygun düştüğü ölçüde, icra hukukunda da HMK'da öngörülen dava şartları uygulanabilir⁸⁰.

Bütün takipler, takip talebi ile başlar ve kural olarak takip talebi icra dairesine verilir. İcra daireleri her ne kadar yargısal bir işlem yapmasalar dahi, tipik bir idarî organ olarak da nitelendirilemezler⁸¹. İcra işlerinde asli görevli olan icra müdürünün, takip talebini alınca bazı hususları kendiliğinden gözetmesi gerektiği kabul edilmektedir. İcra müdürünün kendiliğinden gözetmesi gereken hususların bazıları açıkça kanun hükmüne dayanmaktadır. Örneğin, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte, alacaklı kambiyo senedinin aslını takip talebine eklemek zorundadır (İİK m. 167, 2) ve icra müdürü, senedin kambiyo senedi vasfını taşıdığını ve vadesinin geldiğini görürse ödeme emri gönderir (İİK m. 168, 1). Ancak bazı hallerde kanunda açıkça hüküm bulunmamasına rağmen icra müdürünün kendiliğinden dikkate alması gereken hususların varlığı kabul edilmektedir. Örneğin, takibin taraflarının takip ehliyetine sahip olup olmadıklarını icra müdürü kendiliğinden dikkate almalıdır⁸²; aksi halde kamu düzenine aykırılık nedeniyle yapılan işlem süresiz şikâyete tâbidir⁸³.

Değerleme raporu, herhangi bir belge olmayıp takip sürecinin seyri açısından önem taşımaktadır. Taraflar rehin sözleşmesi kurulurken malın değeri üzerinde serbestçe anlaşmamışsa, temerrüt sonrası hakların kullanımında taşınır varlığın değer tespiti için alacaklı tarafından rehin

soyadı, imzası ve adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası, 5) Sebze ve Meyve Üretici Örgütleri Hakkında Yönetmelik kapsamında yer alan üretici örgütü belgesine sahip üretici örgütü olması halinde üretici örgütü belge numarası, adresi ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcinin kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası”.

⁷⁹ Hasırcı, s. 236.

⁸⁰ Aynı yönde, Yılmaz, Ejder. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflâs Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği”, *Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1847-1848; s. 1855-1856.

⁸¹ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 53.

⁸² Muşul, s. 204; Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 103; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 123; Postacıoğlu, s. 118; Postacıoğlu/Altay, s. 143, 145.

⁸³ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 81; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 67.

veren yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesine başvurulması ve sulh hukuk mahkemesinin de bu tespiti yetkilendirilmiş ekspertizlere yaptırması gerekmektedir (TİTRK m. 13). Görüldüğü üzere değerlendirme raporunun alınması için belli bir prosedürün işletilmesi şarttır. Rehinli taşınırın mülkiyetinin borçluya geçmesi ve malın değerinin belirlenmesi alacaklının alacağına tamamen kavuşup kavuşamayacağı (ya da borçlunun borcuna tamamen yetip yetmeyeceği) noktasında yol göstericidir. Bu nedenlerden ötürü değerlendirme raporunun takip talebine eklenmesi gerekir. İcra müdürü değerlendirme raporunun takip talebine eklenip eklenmediğini kendiliğinden incelemekle yükümlü müdür? Böyle bir inceleme yapmak suretiyle değerlendirme raporunun eklenmediği gerekçesi ile sıra cetvelini hazırlamaktan çekinebilir mi? TSHY m. 32'de, takip talebini alan ilgili icra dairesinin, değerlendirme raporunda belirlenen rehinli taşınır varlığının değerini esas alarak rehin alacaklılarının öncelik sırasını ve alacak miktarlarını gösteren bir cetvel hazırlaması gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda takip talebine değerlendirme raporunun eklenmesi bir takip şartı olarak mı kabul edilmelidir sorusuna olumsuz bir yanıt vermek gerekir. İcra müdürünün takibe devam edebilmesi için kanun ya da yönetmelik tarafından öngörülen her husus takip şartı olarak nitelendirilmez. Zira icra müdürü icra takibinin yürütülmesi esnasında birbiriyle bağlantılı her birisi sürecin halkası niteliğinde pek çok işlemi yapmak zorundadır. İcra müdürünün yapması/kaçınması gereken her işlemi takip şartı olarak kabul etmek mümkün değildir. İİK'da ayrıca ve açıkça takip şartlarının belirlenmemiş olması yani hangi hususların icra müdürü tarafından gözetilmesi gerektiğinin düzenlenmemesinin olumsuz sayılabilecek etkisi süresiz şikâyet ile bertaraf edilebilir niteliktedir.

Kanaatimizce, değerlendirme raporunun takip talebine eklenmesi bir takip şartı olarak nitelendirilmemelidir. Zira takip şartlarının nelerden ibaret olduğu hususunda İİK'da açık bir belirleme yoktur. TSHY m. 31, 5'te, takip talebinin ekinde ekspertiz/değerlendirme raporuna yer verileceği belirtilmiştir. Değerlendirme raporu takip talebine eklenmemişse, icra müdürü sıra cetvelini hazırlayamaz. Zira değerlendirme raporu olmaksızın icra müdürü malın değerini tayin edemez. Değerlendirme raporu takip talebi ile birlikte icra dairesine verilmemişse; icra müdürü sıra cetvelini hazırlamaktan kaçınır. Alacaklı, takip talebine değerlendirme raporunun eklenmesini zorunlu görmeyip sıra cetvelinin hazırlanması gerektiğini düşünüyorsa; icra müdürünün sıra cetvelini hazırlamaktan kaçınmasını şikâyet yoluyla ileri sürebilir.

Taraflar rehin hakkı kurulurken aralarında serbestçe anlaşmamışlarsa; değerlendirme raporu, ancak rehin alacaklısının rehin veren yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesine başvurmak suretiyle alabileceği bir belgedir ve bu bir çekişmesiz yargı işidir⁸⁴. HMK m. 382 vd. çekişmesiz yargı için ölçütler düzenlenmiş ve hangi işlerin çekişmesiz yargı işi olduğu tadadî şekilde sayılmıştır. Rehin borçlusunun temerrüde düşmesi üzerine rehin alacaklısı sulh hukuk mahkemesinden değerlendirme raporu talep edebilir. Burada rehin alacaklısı davacı değildir ve rehin alacaklısı ile rehin borçlusu arasında bir uyuşmazlık yoktur; sadece rehin konusu taşınır varlığının değerinin tespit edilmesi talebi söz konusudur.

TİTRK m. 13'te değer tespiti düzenlenmiş; maddenin ilk fıkrasında "*Taraflar, rehin hakkının kurulması öncesinde rehne konu taşınırın değerinin tespiti amacıyla ikinci fıkra*

⁸⁴ Değer tespitinin hukukî niteliğinin çekişmesiz yargı işi olduğu hakkında bkz.: Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 165.

belirtilen usulle değer tespiti yaptırabilir” hükmü zorunlu olmamakla beraber, rehin kurulmadan önce de değer tespitinin yapılmasının mümkün olduğunu göstermiştir⁸⁵. Her ne kadar zorunluluk arz etmese dahi, hem teminat miktarının sağlıklı belirlenebilmesi hem de borcun ifa edilmemesi durumunda söz konusu olacak yaptırımlarda rehin borçlusunun ve rehin alacaklısının korunabilmesi için rehinli malların değerinin doğru şekilde tespit edilmesi önem taşır⁸⁶. Ancak maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde ise “Rehinli taşınır varlığın birleşmesi veya karışması durumunda ya da temerrüt sonrası hakların kullanımında, alacaklının başvurusu üzerine rehin verenin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesince taşınırın değeri ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişilere üç gün içerisinde tespit ettirilir. Bu değer tespitine itiraz edilmesi hâlinde, mahkemece üç gün içerisinde yeni bir değer tespiti yaptırılır. İtiraz üzerine ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişiler üç gün içerisinde değer tespiti yapar. İtiraz üzerine yapılan değer tespiti kesindir. Bu tespit yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden değer tespiti istenemez. Değer tespitine ilişkin rapor rehin verene ve rehin alacaklılarına tebliğ edilir” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, konumuz açısından bakıldığında temerrüt gerçekleşmişse ve buna bağlı olarak rehin alacaklısı haklarını kullanmak istiyorsa, değer tespiti yaptırılması zorunludur⁸⁷. Rehin kurulmadan önce taraflar herhangi bir değerlendirme hizmeti almaksızın aralarında serbestçe rehin konusu varlığın değerini tespit edebilirken; temerrüt sonrasında bu tespit sulh hukuk mahkemesince, üç gün içerisinde ekspertiz hizmeti sunan kişilere yaptırılacak; bu yapılan tespite itiraz halinde üç gün içerisinde yeni bir değer tespiti gerçekleştirilecek; itiraz üzerine yapılan bu değer tespiti kesin olup iki yıl geçmedikçe yeni tespit yapılamayacaktır (TİTRK m. 13, 2).

Bu değerlendirme raporu Ticarî İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik (TDTY) hükümleri doğrultusunda hazırlanır. TDTY m. 7 “Rehne konu taşınır varlığın değer tespiti, rehin hakkının kurulması öncesinde rehin alacaklısı ile rehin veren arasında herhangi bir değerlendirme hizmeti alınmaksızın serbestçe kararlaştırılabilir veya yetkili mahkemeden rehne konu taşınır varlığın değerini bu Yönetmelik hükümlerine göre tespit ettirmek üzere talepte bulunulur. Rehin alacaklısı, borçlunun temerrüde düşmesini müteakip rehne konu taşınır varlığın değerini bu Yönetmelik hükümlerine göre tespit ettirir” hükmüyle değer tespit zamanını düzenlemektedir.

Malın değerini önemli ölçüde etkileyen bir neden ortaya çıkmışsa; örneğin doğal afet nedeniyle mal zarar görmüşse iki yıllık süre içinde yeniden değer tespiti yapıp yapılamayacağı sorusunu TİTRK ve TDTY yanıtsız bırakmıştır. Örneğin değer tespitinin kesinleşmesinden üç ay sonra sel, deprem, yangın gibi bir doğal afet neticesinde mal hasar görmüş, değeri düşmüşse; iki yıllık süre dolmadan da yeniden değer tespiti istenebilmelidir⁸⁸.

Kanaatimizce iki yıllık kesinlik süresinin öngörülmesinin sebebi, sürekli değer tespiti talebinde bulunarak sürecin iyiniyetten uzak şekilde sürüncemede bırakılmasının, uzatılmasının önüne geçmektir. Ancak rehin kurulmadan önce değer tespiti yapılmış ve iki yıllık süre dolmadan

⁸⁵ Göle/ Aydoğan, s. 36; Hasırcı, s. 235.

⁸⁶ Göle/ Aydoğan, s. 36.

⁸⁷ Hasırcı, s. 236.

⁸⁸ İİK m. 128/a, 2 “Kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez. Ancak, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hallerde yeniden kıymet takdiri istenebilir”.

borçlu temerrüde düşmüşse; artık yeni bir değer tespiti istenemeyeceğinden, taşınır varlığın o günkü gerçek değerinin tespit edilememesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınması muhtemeldir ki bu durum hem alacaklının hem de borçlunun aleyhine sonuç doğurabilecek niteliktedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, rehne konu taşınır varlığın değeri 500.000 TL olarak tespit edilmiş; on beş ay sonra borçlu temerrüde düşmüşse; bu taşınır varlığın değeri özellikle enflasyon, döviz kuru gibi etmenlerden dolayı bu kısa gibi görünen süre içinde 700.000 TL'ye çıkmış olabilir. Diğer taraftan teslimsiz taşınır rehin sözleşmesi söz konusu olup taşınır varlık borçlunun elinde kalmaktadır ve borçlu bu taşınırı kullanmaya devam etmektedir ve bu kullanıma bağlı olarak malın değeri 400.000 TL'ye de düşmüş olabilir. Taşınır varlığın takibin yapıldığı sıradaki gerçek değerinin tespiti alacaklı ve borçlunun menfaatine ve hakkaniyete daha uygundur.

Takip talebine, değerlendirme raporunun dışında rehin sözleşmesinin aslının veya borçlu sayısından bir fazla olacak şekilde rehin alacaklısı veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi tarafından onaylanmış örneğinin eklenmesi zorunludur (TSHY m. 31, 6). Bu hükme göre, rehin sözleşmesinin aslı veya usulüne uygun şekilde onaylanmış örneği, takip talebinin ekinde yer almazsa, icra müdürünün bir sonraki aşamaya geçmemesi yani sıra cetvelini hazırlamaması gerekir. Rehin sözleşmesinin takip talebine eklenmesinin bir takip şartı olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Daha önce de belirttiğimiz üzere her hususun takip şartı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir; zira İİK'da dahi açıkça düzenlenmemiş bir kavram olan takip şartını dar yorumlamak gerekir. Örneğin, İİK'ya göre, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte icra müdürünün ödeme emri gönderebilmesi için kambiyo senedinin aslının icra dairesine verilmiş olması şarttır ve icra müdürü bu hususu kendiliğinden gözetmelidir. Bun rağmen icra müdürü, kambiyo senedinin aslı olmaksızın borçluya ödeme emri göndermişse, borçlu şikâyet yoluyla icra mahkemesinden ödeme emrinin iptalini isteyebilir. Burada da rehin sözleşmesinin yokluğuna rağmen icra müdürü sıra cetvelini hazırlayıp ilgililere tebliğ etmişse, bundan dolayı menfaati zarar gören ilgililer, şikâyet yolunu işletebilir.

Takip talebini düzenleyen TSHY m. 31'in üç fıkrası birlikte değerlendirildiğinde farklı sonuçlara varmak mümkündür.

TSHY m. 31, 5 "*Takip talebinin ekinde Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik uyarınca düzenlenen ekspertiz/değerleme raporuna yer verilir*".

TSHY m. 31, 6 "*Rehin sözleşmesinin aslının veya borçlu sayısından bir fazla olacak şekilde rehin alacaklısı veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi tarafından onaylanmış örneğinin takip talebi ekinde icra müdürlüğüne verilmesi zorunludur*".

TSHY m. 31, 7'de ise "*İcra müdürlüğüne, Sicilden⁸⁹ alınmış rehin verenin, rehinli taşınır varlığın zilyedinin, sonraki sırada yer alan rehin alacaklılarına ve rehinli taşınır varlığa ait bilgileri gösterir belge verilir*" hükmü yer almaktadır.

TSHY, değerlendirme raporuna takip talebinde yer verilmesini ve rehin sözleşmesinin takip talebine eklenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca sicilden alınan rehin verenin, rehinli taşınır varlığın zilyedinin, sonraki sırada yer alan rehin alacaklılarına ve rehinli taşınır varlığa ait bilgileri gösterir belgenin icra dairesine verilmesi gerektiğini belirtmiştir. TSHY'nin lafzından hareketle,

⁸⁹ Rehinli Taşınır Sicili noterler nezdinde tutulmaktadır.

değerleme raporu, takip talebi ile verilmesi gereken ancak verilmese bile sürecin devamını engellemeyecek nitelikte bir belgedir. Rehin sözleşmesinin ise takip talebine eklenmesi zorunludur; aksi halde icra müdürü bir sonraki aşamaya geçerek işlem yapamaz. Sicilden alınmış belgenin ise muhakkak takip talebine eklenmesi gerekmez; daha sonra da getirilebilecek bir belgedir; zira bu belge için takip talebine eklenir denilmemiştir; yani takip talebi ile verilmesi gerektiği yönünde zamansal bir düzenleme getirilmemiştir. Esasen TSHY bu maddesinde takip talebini düzenlerken takip talebi ile nelerin icra dairesine verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak görüldüğü üzere maddenin kaleme alınış biçiminden ötürü farklı anlamların çıkarılması mümkündür.

B. Sıra Cetveli

Sıra cetveli, takibin son aşaması olan paraların paylaşılmasından önce hazırlanır ve kesinleşen cetvele göre paralar alacaklılara dağıtılır.

Tamamlama haczi neticesinde haczedilen malların satış tutarıyla daha önce haczedilmiş ve satılmış malların satış bedelleri toplamı, aynı derecede hacze iştirak eden tüm alacaklıların alacaklarının tamamına kavuşmasına yetmezse, icra dairesi tarafından sıra cetveli düzenlenir. (İİK m. 140)⁹⁰.

Tek bir alacaklının olduğu ya da satış bedelinin alacaklıların alacağına tamamını karşılamaya yettiği hallerde sıra cetveline ihtiyaç yoktur⁹¹. Bu kapsamda, rehinli taşınır varlığın üzerinde sadece bir rehin hakkı varsa, sıra cetveli düzenlenmesi gerekli değildir⁹².

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TSHY temerrüt sonrası hakların kullanımı ile ilgili *sui generis* bir takip usulü benimsemiştir. Sıra cetvelinin hazırlanma aşaması da değişiklik göstermekte, takip talebinin verilmesinden sonra sıra cetveli düzenlenmektedir.

Takip talebini alan ilgili icra dairesi, değerlendirme raporunda belirlenen rehinli taşınır varlığın değerini esas almak üzere rehin alacaklılarının öncelik sırasını ve alacak miktarlarını gösteren bir sıra cetveli hazırlar (TSHY m. 32). Buradaki sıra cetveli takip talebinin verilmesinden sonra, ancak ödeme emrinin gönderilmesinden önce düzenlenen özel bir sıra cetvelidir⁹³.

Ticarî işlemlerde taşınır rehni, borçlu temerrüde düşmüşse, esasen birinci derecedeki (öncelikli) alacaklının⁹⁴ taşınır varlığın mülkiyetinin kendisine devrini talep etmesi benimsenmiştir. Alacaklı, bu yola başvurarak alacağını tahsil etmeyi tercih ederse, rehlin paraya

⁹⁰ Kuru, s. 732; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 356-357; Üstündağ, s. 296; Muşul, s. 758; Yılmaz, s. 242; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 238; Görgün/ Börü/ Kodakoğlu, s. 249; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 329; Karakaş, Cemal Fazıl. *İcra ve İflâs Hukukunda Sıra Cetveli*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1996, s. 5-6. Daha ayrıntılı tanım hususunda bkz.: Meriç, Nedim. *Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 112 vd.

⁹¹ Görgün/ Börü/ Kodakoğlu, s. 249; Üstündağ, s. 296-297.

⁹² Bilgin, s. 633; Karakaş Erbaş, s. 209.

⁹³ Yılmaz, s. 242.

⁹⁴ Sıra cetvelinin düzenlenmesinde, öncelik hakkının tespiti sabit derece veya ilerleme sisteminin tercih edilmesine göre değişecektir. Rehin sözleşmesinde *ilerleme sisteminin* belirlenmiş olması halinde *tescil anına* göre belirlenen *ilk rehin alacaklısı* veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi; rehin sözleşmesinde *sabit derece sisteminin* belirlenmiş olması halinde *derECE ve sıra olarak en önde bulunan rehin alacaklısı* veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi borçlunun temerrütünün gerçekleşmesi halinde rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devrini talep etmeye yetkilidir (TSHY m. 31, 1).

çevrilmesi ve paraların paylaşılması aşamaları söz konusu olmaz. Rehin konusu taşınır varlık üzerinde bir alacaklının rehin hakkı varsa sıra cetveline gerek kalmaz. Ancak birden fazla rehin alacaklısı varsa ve öncelikli alacaklı malın mülkiyetinin devrini talep ederse, diğer alacaklıların sırasının ve alacak miktarının tespiti için sıra cetveli gerekir.

Birden fazla rehin alacaklısı söz konusu olup, öncelik hakkına sahip rehin alacaklısı malın mülkiyetinin kendisine devrini talep etmişse; ancak malın değeri alacak miktarından fazla ise, öncelik hakkı olan rehin alacaklısı fazla kısmı icra dairesinin hesabına yatırır; işte bu fazla kısım üzerinde diğer alacaklılarının alacağı sıralarına ve paylarına göre dağıtılır. Bu olasılık bakımından da sıra cetveli yapılması gerekir⁹⁵.

Sıra cetveli TSHY m. 33 uyarınca hazırlanır. Bu düzenlemeye göre, öncelik hakkı değişik olasılıklara göre şekillenmektedir. Aynı taşınır varlık üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulmuş olması halinde Kanun ve bu Yönetmelik hükümlerine göre öncelik hakkı derece belirtilmeksizin kurulmuş rehinlerde rehlin kuruluş anına göre, sabit derece sistemine göre kurulmuş rehinlerde derecenin sırasına göre belirlenir. İlerleme sisteminde sonraki sırada yer alan rehin alacaklısına diğer alacaklıların muvafakati ile verilen boşalan dereceye geçme hakkı, diğer alacaklılara göre öncelik hakkına da muvafakat edildiği anlamına gelir. Bu halde önceki sırada yer alan rehin alacaklısı alacağını tamamen almadan bir sonraki rehin alacaklısına ödeme yapılmaz. Sabit derece sisteminde boşalan dereceye geçme hakkı verilen sonraki derecede bir rehin alacaklısına o derecenin sağladığı güvence kadar ödeme yapılır. Belirlenen bu esaslar dairesinde hazırlanan sıra cetveli, icra dairesi tarafından ilgililere (TSHY m. 4, 1/e); yani rehin alacaklısına, rehin veren borçluya veya borçlu lehine rehin veren üçüncü kişiye, tebliğ edilir (TSHY m. 32, 2).

Her rehin alacaklısı sıra cetveli örneğinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde rehinli taşınır varlığın bulunduğu yer veya rehin alacaklısının yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinde ilgililer aleyhine dava açarak cetvel içeriğine itiraz edebilir. İtiraz alacağın esas ve miktarına ilişkin olmayıp yalnızca sıraya ilişkin ise icra mahkemesine şikâyet edilebilir (TSHY m. 34). Bu düzenleme esasen İİK m. 142'deki hükümlerle paraleldir.

1. Sıra Cetveline Karşı İtiraz Davası

Alacaklı, sıra cetveline kabul edilmiş başka bir alacaklının alacağına veya onun sırasına itiraz etmek istiyorsa, sıra cetveline karşı mahkemede itiraz yoluna başvurulmalı; o alacaklıya karşı genel mahkemede dava açmalıdır⁹⁶. Bir taşınır varlığın üzerinde birden fazla rehin kurulması mümkündür. Bu durumda bir rehin alacaklısı, başka bir rehin alacaklısının aslında rehin hakkına sahip olmadığını, belirtilen miktarda alacağının bulunmadığını ya da belirtilen derecede rehin alacaklısı olmadığını ileri sürebilir. Görüldüğü üzere bunlar maddî hukuka, hakkın özüne ilişkin iddialardır ve genel mahkemede görülerek karara bağlanır⁹⁷.

⁹⁵ Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 172.

⁹⁶ Kuru, s. 736; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 358; Pekcantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 241; Görgün/ Börtü/ Kodakoğlu, s. 253; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 334-335; Meriç, s. 174-175; Karakaş, s. 202.

⁹⁷ Bilgin, s. 637.

Her ne kadar sıra cetvelinin ilgililere tebliği öngörülmüşse de (İİK m. 141); sıra cetveline itiraz hakkına sadece alacaklılar sahiptir (İİK m. 142); sıra cetveli ile ilgisi olsa bile alacaklı olmayan kişilerin itiraz hakkı bulunmamaktadır⁹⁸.

TİTRK'da, bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar bakımından herhangi bir mahkeme görevli kılınmadığı gibi; sıra cetveline itirazda da görevli mahkeme hususunda bir düzenleme yapılmamıştır.

TSHY m. 34, 1'de sıra cetveline itiraz için asliye hukuk mahkemesi görevli olarak gösterilmiştir. Ancak yönetmelikle görevli mahkeme belirlenmesi, Anayasa m. 142'deki "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*" ilkesine aykırıdır⁹⁹.

TİTRK'da bu hususta (gerek bu kanundan doğan uyuşmazlıklar açısından gerekse sıra cetveline itiraz açısından) görevli mahkemenin tayin edilmemiş olması bir eksiklik değildir ve bu nedenle yönetmelikle görevli mahkemenin belirtilmesi düşünülemez. Zira TİTRK bir düzenleme yapmamış ise, genel hükümler çerçevesinde görevli mahkemenin tespit edilmesi mümkünken; düzenleyici idarî işlemle görevli mahkeme tayini Anayasaya aykırıdır. Kaldı ki, burada genel hükümlere göre görevli mahkemenin tespiti daha uygundur. TİTRK kapsamında doğan uyuşmazlıklar esas itibarıyla ticarî niteliktedir; ki zaten kanunun adı ticarî işlemlerden kaynaklanan taşınır rehnidir. Özellikle kredi veren tarafta banka veya finans kuruluşlarının bulunduğu düşünülürse, TTK m. 4 hükmü gereğince asliye ticaret mahkemesinin görevli olması gerektiği düşünülebilir¹⁰⁰. Eğer iki esnaf arasında TİTRK kapsamında yapılmış bir taşınır rehni sözleşmesi varsa; çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme asliye hukuk olmalıdır¹⁰¹.

2. Sıra Cetveline Karşı Şikâyet

İcra müdürünün sıra cetvelini hazırlarken takip hukuku hükümlerine aykırı hareket ettiği iddia ediliyorsa, sıra cetveline karşı şikâyet yoluna gidilebilir. İİK m. 16 çerçevesinde bütün hususlardan ötürü sıra cetveline karşı şikâyet yoluna gidilebilir. Ancak genellikle alacaklının istediği sıraya kabul edilmemesi şikâyete konu edilir¹⁰² ve İİK m. 142, 3 ile TSHY m. 34, 2 hükmü birbirine paraleldir. TİTRK ve TSHY kapsamında, İİK'dan farklı bir takip usulü benimsenmiş olsa dahi icra dairesinin yapmış olduğu işlemlere karşı İİK m. 16 uyarınca şikâyet yolu işlerlik kazanır.

⁹⁸ Muşul, s. 776; Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 173.

⁹⁹ Aynı yönde; Yılmaz, s. 244; Hasırcı, s. 242.

¹⁰⁰ TİTRK m. 22 "*Bu kanunun uygulanmasından çıkacak anlaşmazlıkların halli ticari sicilin bulunduğu mahallin Ticaret Mahkemelerinin görevi dahilindedir*".

¹⁰¹ TİTRK, göreve ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle bu kanundan doğan uyuşmazlıklarda genel hükümlere göre hareket edilmesi gerekir. Örneğin, rehin sözleşmesinin her iki tarafı da tacirse ticarî dava söz konusu olur (Börü, Levent/ Koçyiğit, İlker. *Ticari Dava*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 52-53).

¹⁰² Kuru, s. 734; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 358; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 240; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 333- 334; Karakaş, s. 196-197.

Sıra cetvelindeki bir alacaklı, sıra cetvelinde daha önceki bir sıraya alınan alacaklının alacağına varlığına ya da miktarına değil de sadece rehin hakkının varlığına karşı çıkmak isterse (rehin, rehinli alacaklının sırasını belirleyeceğinden) şikâyet yoluna gidilebilir¹⁰³.

İcra mahkemesi, şikâyeti kabul eder ve sıra cetvelinin tekrar düzenlenmesine karar verirse, icra müdürü sıra cetvelini icra mahkemesinin kararı doğrultusunda düzenleyerek, ilgililere tebliğ eder; zira sıra cetvelindeki değişiklik sadece şikâyet eden rehin alacaklısını değil; sıra cetvelinde yer alan tüm alacaklıları etkileyebilir. İcra mahkemesinin kararı ile değişen sıra cetveline karşı tekrar şikâyet yolunun işletilmesi mümkündür.

C. Ödeme Emri ve Ödeme Emrine İtiraz

Genel haciz yoluyla takipte, takip talebini (İİK m. 58) alan icra müdürü, ödeme emri hazırlayarak borçluya tebliğ eder (İİK m. 61). Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte de takip talebinden sonra, borçluya (ve varsa rehinli malın sahibi üçüncü kişiye) ödeme emri düzenlenerek gönderilir (İİK m. 146; İİK m. 149/b). Ancak TİTRK'e ve TSHY'e göre işlerlik kazanan bu takipte, takip talebinin ardından hazırlanan sıra cetveline karşı itiraz veya şikâyet yoluna başvurulmaz veya bu yollara başvurulmasına rağmen bunlar reddedilirse; icra müdürü, borçluya ve rehni veren üçüncü kişi ise taşınır varlığın maliki üçüncü kişiye ödeme emri gönderir; durumu rehinli taşınır varlık üzerindeki sonra gelen rehin hakkı sahiplerine bir ihbarname ile bildirir (TSHY m. 35, 1). Ödeme emrinde, ödeme süresinin on beş gün olduğu; borcun yedi gün içinde ödenmemesi halinde rehinli taşınır malın mülkiyetinin alacaklıya devredileceği ihtar edilir (TSHY m. 35, 2).

Ödeme emrine itiraz ise TSHY m. 36'da düzenlenmiş; itiraz hakkında İİK m. 148 ile 150/d'nin kıyasen uygulanacağını belirtilmiştir. Bu hükümler ipoteğin paraya çevrilmesi yolunu göstermektedir¹⁰⁴. Ancak ödeme emrine itiraz bakımından İİK'ya yapılan atıf hükmü sınırlıdır¹⁰⁵. Burada ödeme emrine itiraz bakımından İİK m. 150/a'ya mı atıf yapılmak istendiği değerlendirilmelidir. Zira İİK m. 150/a hükmünde ipoteğin paraya çevrilmesi yolunda ödeme emrine itirazın usulü ve hükümleri düzenlenmiş ve ödeme emrine itiraz halinde kural olarak İİK m. 62 ile 72 hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Borçlunun temerrüde düşmesi üzerine rehin konusu taşınır varlığın mülkiyetinin devrini talep eden alacaklı takip talebinde bulunur, icra dairesi sıra cetveli hazırlayarak ilgililere tebliğ eder, sıra cetveline karşı itiraz veya şikâyet yolları işletilmezse veya bu yolların işletilmesi sonucunda mahkemece ret kararı verilirse, borçluya ödeme emri gönderilir; borçlu ise ödeme emrine itiraz edebilir. Burada da süresi içinde yapılan ödeme emrine itiraz takibi durdurmalıdır (İİK m. 66, 1). İtirazın hükümden düşürülmesini isteyen

¹⁰³ Muşul, s. 773. "...İcra ve İflas Kanunu'nun 142/son maddesi uyarınca sıra cetveline itiraz yalnız sıraya ilişkinse şikâyet yolu ile İcra Mahkemesi'ne arz olunur. Somut olayda davacı yan, davalının alacağına hiç ya da sıra cetvelinde gösterildiği miktarda olmadığı yolunda bir itirazda bulunmamış, davalı yanın üst sıraya alınmasına dayanak teşkil eden rehin sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmüştür. Rehnin geçerli olup olmaması, rehin hakkı sahibinin alacaklının sırasını belirleyen bir husus olup, davanın anılan yasa hükmü çerçevesinde İcra Mahkemesi'nce görülüp karara bağlanması gerekirken, yazılı şekilde hüküm oluşturulmasında isabet görülmemiştir..." Yargıtay 19. HD, E. 2006/11710, K. 2007/1958, T. 01.03.2007 (HukukTürk).

¹⁰⁴ İpoteğin paraya çevrilmesinde takip talebi (İİK m. 148); adres gösterme zorunluluğu (İİK m. 148/a); icra emri (İİK m. 149); icranın geri bırakılması (İİK m. 149/a); ödeme emri (İİK m. 149/b); ödeme emrine itiraz (İİK m. 150); itirazın incelenmesi usulü ve hükümleri (İİK m. 150/a); kiracılar haber verme (İİK m. 150/b); tapu idaresine haber verme (İİK m. 150/c); satış hazırlıkları (İİK m. 150/d).

¹⁰⁵ Aynı yönde, Yılmaz, s. 246; Yurtman, s. 98.

alacaklı ya genel mahkemede itirazın iptali davası açar ya da icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep edebilir¹⁰⁶.

İİK m. 150/a, 1, 1'e göre; "İpotek, bir cari hesap veya işleyecek kredi vesaire gibi bir mukavelenin teminatı olarak verilmişse, icra mahkemesi bu mukavele ve bununla ilgili sair belge ve makbuzları 68 inci maddedeki esaslara göre incelemek yetkisini haizdir". Ticarî işlemlerde taşınır rehninin, cari hesap veya işleyecek kredi gibi bir sözleşmenin teminatı olarak verilmesi durumunda, sözleşme ve bununla ilgili belge ve makbuzları, icra mahkemesi İİK m. 68'e göre inceleyebilir; itirazın kaldırılmasına karar verebilir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, ödeme emrine itiraz edilirken rehin hakkına itirazın söz konusu olup olamayacağıdır. TSHY m. 36, 2'de "Sırf rehin hakkına itiraz edilmesi halinde itiraz sonuçlanıncaya kadar mülkiyet alacaklıya devredilmez. Bu aşamada rehin hakkına itiraz edilmediyse bundan sonra yapılacak itirazlar dinlenmez" hükmü yer almaktadır.

Resmî bir makamın ya da memurun huzurunda düzenlenmiş veya resmî bir makam ya da memurun herhangi bir şekilde düzenlenmesine katıldığı senede resmî senet denir (NK m. 89, 90)¹⁰⁷. TİTRK m. 4, 1'in "Rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilmesiyle kurulur" hükmü doğrultusunda rehin hakkının resmî bir senetle tespit edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. İİK m. 150, 1'e göre; ipotek hakkı resmî bir senetle tespit edilmiş olduğundan rehin hakkına itiraz konusu edilemez; ancak menfî tespit davası açılabilir¹⁰⁸.

Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi kredileri ve gayri nakdi kredileri teminen alınan ipotekler başlığını taşıyan İİK m. 150/1 hükmü, elinde ilâm olmayan veya ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız borç ikrarını içermeyen bir kredi kuruluşunun, kredi ilişkisi doğrultusunda taşınmaz üzerine ipotek tesis etmesi durumunda, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip yapabileceğini öngörmektedir. Bu hükümlerle, her ne kadar taşınır rehninin değil, ipoteğin paraya çevrilmesini düzenlenmiş olsa da gerek TİTRK m. 18'te gerekse TSHY m. 42'te, hüküm bulunmayan hallerde TMK'nın taşınmaz rehnine ilişkin hükümleriyle İİK'nın ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda, kredi kuruluşları, TİTRK hükümleri doğrultusunda taşınır rehni karşılığında İİK m. 150/1 uyarınca bir kredi sözleşmesi yapmışsa ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip başlatabilir. Ancak burada alacaklı kredi kuruluşunun TSHY'e göre rehin borçlusuna karşı takip başlatması durumunda, iki olasılık ortaya çıkabilir. Birinci olasılık, sıra cetveli hazırlanıp, daha sonra borçluya ödeme emri gönderilmesi; ikinci olasılık ise borçluya doğrudan icra emri çıkarılmasıdır. TSHY m. 35, 3'te, İİK m. 150/1 hükmünün saklı olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda kredi kuruluşu ödeme emri yerine icra emri çıkarılmasını isteyebilir. TSYH m. 29, 2'de ise "Rehin sözleşmesinin ilâm niteliğinde bir belgeye bağlanmış olması halinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 24 üncü maddesi kıyasen uygulanır" hükmü yer almakta; rehin alacaklısının elinde ilâm niteliğinde bir

¹⁰⁶ Aynı yönde, Yılmaz, s. 246-247.

¹⁰⁷ Özbek, Mustafa Serdar. *Noter Senetlerinde Sahtelik*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 59; Deliduman, Seyithan. "Medenî Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasında İlişki", *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 423; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 432; Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1779.

¹⁰⁸ Kuru, 2016, s. 438, dn. 11; Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 177.

belge olması durumunda, rehin alacaklısının taşınır teslimi bakımından ilâmlı icraya başvurabilmesi mümkün kılınmaktadır. Her ne kadar kredi kuruluşunun elinde ilâm niteliğinde bir belge yoksa da; ödeme emrini düzenleyen TSHY m. 35, 3'te İİK m. 150/1 hükmünün saklı olduğu belirtildiğinden; icra emri gönderilmesi gerektiği dolaylı olarak söylenebilir.

D. İcra Emri

İİK m. 24 uyarınca, icra dairesinin borçluya icra emri gönderilebilmesi için alacaklının ilâm ya ilâm niteliğinde bir belgeye sahip olması gerekir. İlâm, taraflardan her birine verilen hüküm nüshasıdır (HMK m. 301, 2). İlâm niteliğindeki belgeler (İİK m. 38) ise, ilâmların icrasına ilişkin hükümlere tâbidirler; ancak ilâmlar gibi kesin hükmün etki ve sonucunu göstermez¹⁰⁹.

Alacak veya rehin hakkı ya da her ikisi birden ilâm ya da ilâm niteliğindeki bir belgeyle tespit edilmişse, ilâmların icrasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (İİK m. 150/h). Ancak TSHY m. 37'de bütün bu kuralların dışında bir icra emri öngörülmüştür. Buna göre, ödeme emrine itiraz edilmezse veya ödeme emrine itiraz edilmiş ve icra mahkemesi itirazı kaldırmışsa ya da asliye hukuk mahkemesinde itirazın iptali davası açılmış ve dava alacaklının lehine sonuçlanmışsa; alacaklı bu ilâmı icra dairesine verirse icra emri tebliğ etmek suretiyle borçluya veya taşınır varlığı zilyetliğinde bulundurana yedi gün içinde o varlığın teslimi emredilir.

Borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi üzerine alacaklının bu itirazı hükümden düşürmek için gidebileceği bir yol olan itirazın iptali davasının (İİK m. 67) asliye hukuk mahkemesinde açılması öngörülmüştür; zira TSHY m. 37'de asliye hukuk mahkemesinde açılan itirazın iptali davasının kabulü halinde borçluya icra emri gönderileceği düzenlenmiştir. İtirazın iptali davasında görevli mahkeme HMK'daki görev kurallarına göre tayin edilir. İtirazın iptali davasına konu edilen uyuşmazlık ticarî iş niteliğindeyse (kanunda ticarî işlemlerde taşınır rehni düzenlendiğine göre) esasen görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olmalıdır. Bu çerçevede TSHY'nin itirazın iptali davası için doğrudan asliye hukuk mahkemesine yer vermesi isabetli değildir. TSHY m. 37, 1'de "*asliye hukuk mahkemesinden alınacak karar*" yerine "*mahkemeden alınacak karar*" denilmesi yerinde olurdu; zira yönetmelikle itirazın iptali davası için asliye hukuk mahkemesinin görevli gösterilmesi mahkemelerin görevinin kanunla düzenlenmesi (Any. m. 142; HMK m. 1, 1) ilkesi ile bağdaşmaz ve ticarî nitelikteki davalar için asliye hukuk mahkemesi görevli değildir. Kanaatimizce, TİTRK'dan doğan ve aynı zamanda ticarî iş olan bir uyuşmazlıkta itirazın iptali davası asliye hukuk mahkemesinde açılmışsa; asliye hukuk mahkemesi, asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu belirterek görevsizlik kararı vermelidir.

Bu düzenlemede dikkat çeken bir diğer husus, ödeme emrine itiraz edilmemesi durumunda borçluya icra emri gönderilmesidir. İlâmsız icrada, takip talebini alan icra dairesi ödeme emri; ilâmlı icrada ise icra emri hazırlayarak borçluya gönderir. Alacaklının takip talebinden sonra, icra

¹⁰⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 291; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 403; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 425. "...yıllık aidatla ilgili kararların ilâm hükmünde olmasına bağlanan sonuç, ilâmlar gibi infaz edilmesini ve ilâmların yerine getirilmesi usulünün uygulanmasını göstermesinden ibarettir. Bu nedenle, kuralda, yönetim kurullarının yıllık aidat ile ilgili kararlarının ilâm hükmünde olduğunun belirtildiği, bu kararların maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşıdığı sonucunu doğurmaz. Kuralla getirilen düzenlemenin ilâmlı icra yoluyla alacağın tahsilini kolaylaştırmak dışında bir özellik içermediği açıktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla getirilen düzenleme, Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen yargı yetkisinin kullanılması anlamına gelmediğinden kuralda, Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır..." AYM E. 2013/53, K. 2013/81, T. 18.06.2013, RG T.22.11.2013, S. 28829.

dairesinin gönderdiği ödeme emriyle devam eden süreç, borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi sonucunda, sanki ilâmlı takibe dönüşmektedir; zira burada icra dairesinin borçluya icra emri çıkartması öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, TSHY'de öngörülen bu takip usulünde, ilâmlı takip ile ilâmsız takibe ait kavramlar iç içe geçmiş; kavram kargaşasına yol açılmıştır.

Ödeme emrinde (TSHY m. 35) ödeme süresinin on beş gün olduğu; yedi gün içinde itiraz olunmaz ve birinci on beş gün içinde borç ödenmezse rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin alacaklıya devredileceği rehin verene ihtar edilir. TSHY m. 37, 3'e göre ise; borçlu veya rehinli taşınır varlığı zilyetliğinde bulunduran üçüncü kişi **ödeme emrinin** gereğini yapmaz ise veya eksik yapar ve rehinli taşınır varlığı zilyetliğinde bulundurmaya devam ederse rehinli taşınır varlık elinden zorla alınıp rehin alacaklısına verilir ve bu husus sicile bildirilir.

Ödeme emrini alan rehin verenin ne yapması gerektiği TSHY m. 35'te belirtilmiş; m. 37 ise icra emri düzenlenmiştir. TSHY m. 37, 3'te borçlunun ya da rehinli taşınır varlığı zilyetliğinde bulunduran üçüncü kişinin **ödeme emrini** yerine getirmemesinin sonuçları düzenlenmiştir. Burada kastedilenin “ödeme emri” yerine; “icra emri” olduğu düşünülebilir. Kanaatimizce de bu ifadeyi ödeme emrinin değil icra emrinin gereğinin yerine getirilmemesi şeklinde anlamak gerekir¹¹⁰. Burada soru işareti uyandıran bir diğer husus icra emri ile borçluya ödeme için tekrar süre verilip verilmeyeceğidir. Zira ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takipte icra emrinde borcun otuz gün içinde ödenmesi ve bu süre içinde borç ödenmez veya icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasına ilişkin bir karar getirilmezse alacaklının taşınmazın satışını isteyebileceği yönünde ihtarda bulunulur (İİK m. 149, II). Görüldüğü üzere yönetmelikle getirilen, yer yer İİK'nın kurallarına atıf yapan yer yer ise kendine özgü çeşitli kurallar yaratan bu takip sistemi, sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

TSHY m. 37'e göre; borçluya veya taşınır varlığı zilyetliğinde bulundurana yedi gün içinde o varlığın teslimi emredilir; ancak teslimi gereken mal borçlunun veya üçüncü kişinin elinde bulunmazsa; İİK m. 24 uygulama alanı bulur. Esas olan malın aynen teslimidir; ancak teslim edilmezse bedelin ödenmesi gerekir, bedel de ödenmezse; bu bedeli karşılayacak miktarda borçlunun malları haczedilir.

Mal, teslimi istenildiği anda borçlunun elinde bulunmazsa; ilâmda yazılı değeri alınır. Bu değer borçlu tarafından ödenmezse; ayrıca icra emri tebliğine gerek kalmaksızın haciz yoluyla tahsil olunur. Taşınır malın değeri, ilâmda yazılı değilse veya çekişmeliyse; bu değer icra memuru tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur. Hükmolunan taşınırın değeri, borsa veya ticaret odalarından, olmayan yerlerde icra memuru tarafından seçilecek bilirkişiden sorulup alınacak yanıtı göre tayin edilir (İİK m. 24).

Rehin, sınırlı aynî haktır ve hacizde istihkak iddiasına konu edilebilir¹¹¹. Bu kapsamda rehin alacaklısı, haciz koyduran alacaklıya karşı istihkak iddiasında bulunabilir. TİTRK'ya göre rehnedilmiş bir malın, borçlunun alacaklısı olan üçüncü bir kişi tarafından haczettirilmesi durumu değerlendirilmelidir.

¹¹⁰ Aynı yönde Yılmaz, s. 248, dn. 23.

¹¹¹ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 300; Kuru, s. 543; Muşul, s. 596 Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 193-194; Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 180.

İİK m. 88, 4'e göre, "İcra dairesi üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları da muhafaza altına alabilir. Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırlar ise icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir". Bu hükme göre, TİTRK kapsamında rehinli bir mal haczedilirse, rehinli mal icra dairesinin satış kararından sonra muhafaza altına alınabilecektir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir; ancak bu rehinli malın kime verilmesi gerekeceği düşünülmelidir. Satılmayan rehinli malın rehin alacaklısına verilmesi düşünülebilir¹¹². Ancak TİTRK'da teslimsiz taşınır rehni kuralları geçerlidir ve rehinli mal alacaklının eline hiç geçmemekte; borçluda kalmaktadır. Kanaatimizce, burada satılmayan rehinli mal, rehin borçlusuna geri verilmelidir. Zira rehinli mal, rehin borçlusunun diğer bir alacaklısı tarafından haczedilmiş olsa da rehin borçlusu rehin sözleşmesi açısından henüz temerrüde düşmemiş olabilir. Teslimsiz taşınır rehininin amacı, borçlunun ticarî faaliyetine devam ederek, borcunu ödeyebilmesidir.

İstihkak iddiası bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, burada İİK m. 96'nın mı, yoksa İİK m. 99'un mu uygulama alanının bulacağına tespitidir. Yani haczedilen rehinli mal borçlunun elinde mi yoksa üçüncü kişinin elinde mi haczedilmiş sayılır?

TİTRK teslimsiz bir taşınır rehni öngördüğünden, taşınır mal haciz sırasında rehin borçlusunun elindedir. Bir görüşe göre, rehin alacaklısı, istihkak iddiasına neden olan haciz işleminde borçlu konumundadır ve ticarî işlemde doğan rehin sözleşmesinin borçlusu da bu takip bakımından üçüncü kişidir; dolayısıyla uygulanması gereken hüküm İİK m. 99'dur¹¹³. Diğer görüşe göre ise, İİK m. 99, haczedilen taşınırın istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunması durumuna ilişkin bir düzenlemedir. TİTRK kapsamında üzerinde rehin kurulmuş taşınırların üçüncü kişi tarafından haczinde rehinli taşınırlar rehin alacaklısının değil, rehin borçlusunun elindedir; zira teslim şartından bağımsız bir rehin söz konusudur. İİK m. 99'un son cümlesinde ise haczin üçüncü kişinin yokluğunda yapılması ve üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunulması durumunda da bu maddenin uygulanacağı belirtilmiştir. İİK m. 99'un başlığı üçüncü kişinin zilyetliğidir. TİTRK kapsamında kurulan rehinlerde, üçüncü kişi değil rehin borçlusu zilyettir. İİK m. 97'nin başlığı ise üçüncü şahsın istihkak iddiasıdır. Bu kapsamda İİK m. 99'un son cümlesinin mi yoksa İİK m. 97'nin mi uygulanacağı eleştiriyeye açıktır¹¹⁴.

Alacaklı, borçlunun malvarlığını haczettirirken; mülkiyeti üçüncü kişiye ait bulunan ve borçluya rehin olarak verilen ya da mülkiyeti borçluya ait olup da üçüncü kişiye rehin verilmiş fakat hâlâ borçlunun zilyetliğinde bulunan taşınır malları da haczettirmiş olabilir¹¹⁵. Borçlunun haczedilen taşınırın kendisine ait olmayıp üçüncü kişiye ait (üçüncü kişinin mülkü) olduğunu ya

¹¹²Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 259; Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın n, s. 180.

¹¹³Şenocak/ Kahraman/ Tuncer Kazancı/ Öcal Apaydın, s. 181.

¹¹⁴Karakuş Erbaş, s. 260.

¹¹⁵"...Rehinli malların borçlu elinde kalması nedeniyle borçluya ait ve üzerinde ticari işletme rehni bulunan malların rehinli alacaklı dışındaki alacaklılar tarafından haczedilmesi söz konusu olduğunda ticari işletme üzerinde rehin hakkına sahip üçüncü kişiler hacizli mallar hakkında istihkak davası açabilirler..." Yargıtay HGK, E. 2017/12-735, K. 2020/445, T. 23.06.2020 (Kazancı).

da haczedilen taşınır üzerinde üçüncü kişinin lehine rehin hakkı bulunduğunu ileri sürmesi istihkak iddiası sayılır¹¹⁶.

TMK m. 939, 2'de belirlenen kurala göre, taşınır fiilen yalnız rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmaz; ancak TMK m. 940, 2'deki, gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir, hükmü uyarınca teslimsiz taşınır rehninin de mümkün olduğu düzenlenmiştir. Ticarî işlemlerde taşınır rehni de rehin hakkının, rehin sözleşmesinin sicile tescil edilmesiyle kurulduğu (TİTRK m. 4, 1) teslimsiz taşınır rehnine örnektir ve rehin sözleşmesine rağmen zilyetlik borçludur. Kanaatimizce istihkak iddiası bakımından mal borçlunun elinde haczedilmiş sayılmalıdır. Malın mülkiyeti borçluya ait olmakla beraber, rehin alacaklısının mal üzerinde rehin hakkı bulunmaktadır. Borçlu (rehin borçlusu), haciz sırasında elinde bulunan malın, başkasının rehni olduğunu ve fakat teslimsiz taşınır rehni kapsamında malın zilyetliğinin kendisinde bulunduğunu istihkak iddiasıyla ileri sürebilmelidir.

Teslimsiz taşınır rehni söz konusu olduğuna göre, taşınır mal borçlunun zilyetliğindedir ve mal borçlunun elindeyken başkaca alacaklıları tarafından haczedilirse; rehin alacaklısının bu hakkını istihkak iddiasıyla mı yoksa şikâyet yoluyla mı ileri sürmesi gerektiği değerlendirilmelidir. Yargıtay HGK konuyla ilgili verdiği bir kararında isabetli olarak rehin hakkının istihkak davası kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹⁷.

İstihkak iddiası bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka husus da ticarî işlemlerde taşınır rehni hakkının, rehin sözleşmesinin sicile tescil edilmesiyle üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi (TİTRK m. 9, 1) ve bu sicilin alenî olmasıdır (TİTRK m. 2, 1/k). İstihkak davasında, takip bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan rehin alacaklısı, haczedilen mal üzerinde kendisinin rehin hakkının bulunduğunu iddia etmektedir. Rehin alacaklısı sicile dayanarak haczedilen malın üzerinde kendisinin rehin hakkının olduğunu iddia ederse; bunun aksini ispat davalı alacaklıya düşer. Örneğin; taşınır mallarda zilyetliğin mülkiyete karine olması trafik siciline tescil edilmiş araçlar için geçerli değildir. Çünkü tescil edilmiş araçların her çeşit satış, devir işlemleri noterler tarafından yapılır. Borçlunun elinde haczedilen araç trafik sicilinde üçüncü kişi adına tescilli ise, ispat yükü davalı alacaklıya düşer ve davalı alacaklı, aracın borçluya ait olduğunu ancak noter kayıtları ile ispat edebilir¹¹⁸. Bu çerçeveden bakıldığında, noterde tescil edilmiş rehin sözleşmesinde taşınır mal üzerinde rehin hakkı bulunan rehin alacaklısı istihkak iddiası bakımından gerekli ispatı yapmış sayılmalıdır.

¹¹⁶Uyar, Talih/ Uyar, Alper. (İcra Hukukunda) *İstihkak Davaları*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018, s. 2; Uyar, Talih. "Borçlu, "Haczedilen Malın/ Malların Kendisine Değil, Üçüncü Bir Kişiye Ait Olduğunu" Belirterek "Haczedilmezlik İddiası"nda Bulunabilir Mi?", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2017, s. 244-245; Muşul, s. 597.

¹¹⁷"...Dava, icra memuru işleminin kaldırılarak, ticari işletme rehni nedeniyle rüçhanlı alacaklı olduklarının kabulüne karar verilmesi istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, şikâyetçi (davalı) üçüncü kişinin icra mahkemesine başvurusunun şikâyet mi yoksa istihkak davası niteliğinde mi olduğu noktasındadır. Üçüncü kişinin icra mahkemesine başvurusu, icra müdürünün sebepsiz olarak yapmadığı İİK'nın 96. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında öngörülen işlemlerin yapılmasının sağlanması değil, ticari işletme rehni sebebiyle rüçhanlı alacaklı olduklarının kabulünün talep edilmesine ilişkin olup, başvuru bu hali ile İİK'nın 96 ve devamı maddelerine göre açılmış istihkak davası niteliğindedir. Şikâyet olarak icra mahkemesine gelmesi, HMK'nın 33. maddesinde yer alan hukuki nitelendirmenin hakime ait olduğu kuralı doğrultusunda sonuca etkili değildir..." Yargıtay HGK, E. 2017/12-735, K. 2020/445, T. 23.6.2020 (Kazancı).

¹¹⁸ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 306-307.

E. Mülkiyetin Devri Sonrası Yükümlülükler

TSHY m. 38 “*Mülkiyetin Devri Sonrası Yükümlülükler*” başlığı ile değişik bir düzenleme getirmiştir. Şöyle ki burada, borçlunun temerrüdü üzerine rehinli malın mülkiyetinin devrini talep eden alacaklının alacağına kavuşup kavuşmadığı ve kavuşamadığı durumda kendisine verilmesi gereken rehin açığı belgesi düzenlenmektedir.

TSHY m. 38, 1’de “*Rehinli taşınır varlığın mülkiyetini devralmaya hakkı olan rehin alacaklısı, eksper raporunda belirtilen tutardan fazla bir alacağa sahipse raporda belirtilen tutarın onda dokuzunu alacağına mahsup ederek varlığın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Alacaklının fark tutarı ile diğer alacaklıların öncelik hakkı ve alacak tutarına ilişkin rehin açığı belgesi düzenlenerek rehin alacaklılarına verilir*” denilmektedir. Bu olasılıkta rehinli alacaklının alacağı, rehinli varlık bakımından verilen eksper raporundaki değerden fazladır; yani malın değeri alacak miktarından azdır.

Birinci derece alacaklının alacağı 1.000.000 TL, rehinli varlığın değeri 900.000 TL ise; rehin alacaklısı alacağının 810.000 TL’lik kısmına kavuşur; 190.000 TL içinse rehin açığı belgesi alır. Bu durumda (birinci derece dışındaki) diğer rehin alacaklılarının alacaklarına kavuşmaları mümkün olmadığından onlara da alacakları tutarında rehin açığı belgesi verilir. Rehlin açığı belgesi ile alacağına kavuşamayan rehin alacaklıları, alacaklarını tahsil için genel haciz (ya da borçlunun sıfatı uygunsa iflâs) yoluna başvurabilir (İİK m. 152, 2).

Alacaklı, alacağının tamamına değil de ancak onda dokuzuna kavuşabilmektedir. TSYH neden bu yönde bir düzenleme getirmiştir ve alacaklının alacağı, neden eksper raporunda belirlenen değer üzerinden tamamen son bulmamaktadır soruları yanıtızsızdır. TİTRK m. 13’te ve TDTY’de değer tespitinin ne şekilde yapılması gerektiği hususu düzenlenmiş; değer tespit raporuna karşı itiraz yolunun işletilebileceği belirtilmiş; TSHY m. 38, 1’de öngörülen alacağın onda dokuzuna yönelik bir hüküm getirilmemiştir. Rehlin konusu taşınır varlığın değeri bu şekilde objektif olarak belirlenmişken; alacaklı alacağına neden bu rapor doğrultusunda tespit edilen tam değer üzerinden kavuşamamaktadır, TİTRK’da bu yönde sınırlama mevcut değilken; TSHY m. 38’in nasıl ve niçin böyle bir sınırlama getirdiğinin mantıklı bir açıklamasının yapılması şarttır¹¹⁹.

TSHY m. 38, 2’de “*Rehinli taşınır varlığın mülkiyetini devralmaya hakkı olan rehin alacaklısı, eksper raporunda belirtilen değerden az bir alacağa sahipse fazla olan tutarı icra müdürlüğü hesabına yatırarak mülkiyeti devralabilir. Bu fark tutarın icra müdürlüğü hesabına kaydedilmemesi halinde bu tutar kadar borçlu ile müteselsilen sorumludur. Fark tutar diğer rehin alacaklılarına öncelik sırasına ve hisselerine göre paylaşılır. Aynı sırada olan rehin alacaklıları arasında o sıraya düşen tutar rehin alacaklılarının alacakları oranında dağıtılır. Alacağının bir kısmını veya tamamını alamayan diğer rehin alacaklılarına rehin açığı belgesi düzenlenerek verilir*” hükmü yer almaktadır. Bu olasılıkta rehinli alacaklının alacağı, rehinli varlık bakımından verilen eksper raporunda belirtilen değerden azdır; yani malın değeri alacak miktarından fazladır.

Birinci derecedeki alacaklının alacağı 900.000 TL, rehinli varlığın değeri 1.000.000 TL ise ve rehin alacaklısı malı devralmakla birlikte alacağına tamamen kavuşmuş olur; aradaki 100.000

¹¹⁹ Bu sınırlamanın Any. m. 35 ile teminat altına alınan mülkiyet hakkına aykırılık oluşturduğu noktasında bkz. Hasırcı, s. 250 vd.

TL'lik farkı icra dairesinin banka hesabına ödemek zorundadır. İkinci fıkranın ilk cümlesinden sanki fark tutar yatırılmazsa, alacaklı mülkiyeti devralmayacakmış gibi bir sonuç çıkmaktadır; ancak daha sonraki cümlede fark tutarın yatırılmaması durumunda borçlu ile alacaklının diğer borçlulara karşı müteselsilen sorumlu olması düzenlemesi bu sonucu bertaraf etmektedir. Eğer rehin alacaklısı bu 100.000 TL'yi yatırmazsa, bu fark tutardan borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olur. Bu fark tutar diğer rehin alacaklılarına öncelik sırasına ve paylarına oranla ödenir. Aynı sırada olan rehin alacaklıları arasında o sıraya düşen tutar rehin alacaklılarının alacakları oranında dağıtılır. Alacağının bir kısmına veya tamamına kavuşamayan diğer rehin alacaklıları için de rehin açığı belgesi düzenlenir.

TSHY m. 38, 3'te bu madde çerçevesinde verilen rehin açığı belgesinin, İİK'daki rehin açığı belgesi ile aynı hukukî sonuçları doğuracağı belirtilmiştir. TİTRK'da belirlenen usul çerçevesinde takip yapan alacaklı, alacağının tamamına kavuşamazsa; geri kalan alacağı için haciz veya iflâs yoluna başvurabilir. İİK m. 152 "*Alacaklı, satış yapılmamışsa artırma gününden, satış yapılması halinde satışın kesinleşmesi tarihinden itibaren bir sene içinde haciz yolu ile takip talebinde bulunursa yeniden icra veya ödeme emri tebliğine lüzum yoktur*". Burada alacaklı genel hükümlere yani rehnin paraya çevrilmesi yoluna gitmemiş; mülkiyetin devri yolunu seçmişse; satış işlemi olmadığından artırma gününden ya da satışın kesinleşmesinden itibaren bir yıllık sürenin başlatılması mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, bir yıllık sürenin ne zaman başlayacağı üzerinde durulmalıdır. Rehlinli alacaklının mülkiyetin devrini talep için icra dairesine başvurduğu tarih mi, yoksa icra emrinin gönderildiği tarih mi ya da mülkiyetin devrinin alacaklıya geçtiği tarih mi sürenin başlangıcı olarak kabul edilmelidir sorusu gündeme gelebilir. Rehnin paraya çevrilmesi yolunda alacaklı satış talebinde bulunduktan sonra icra dairesi ihale sürecini başlatır ve araya başka bir takip aşaması girmez. Ancak burada mülkiyetin devri istenmişse; satış için ihale yapılmayacaktır. TİTRK m. 14'e göre, rehin alacaklısının mülkiyetin devrini istemesi esasen takibin ilk aşamasını oluşturur. Takip talebinden sonra sıra cetvelinin hazırlanması, sıra cetveline itiraz ve şikâyet, ödeme emrinin gönderilmesi, ödeme emrine itiraz ve icra emri aşamalarının işletilmesi söz konusudur. Her ne kadar satış yerine mülkiyetin devri isteniyormuş gibi gözükmekteyse de burada bir yıllık süre mülkiyetin devri talebinden itibaren değil; rehin alacaklısının mülkiyetin devri konusunda yaptığı takibinin sonuçlandığı andan itibaren başlamalıdır. Zira TSHY'de rehin açığı belgesinin hüküm ve sonuçları "*mülkiyetin devri sonrası yükümlülükler*" başlığı altında düzenlenmiştir.

SONUÇ

TİTRK'nın genel gerekçesinde belirtildiği üzere bu kanunun çıkarılmasındaki asıl amaç, ülke ekonomisi için büyük önem arz eden kısaca KOBİ olarak adlandırılan küçük ve orta ölçekli işletmelerin finansmana erişim sorunlarının çözülmesidir. Kanunun amaç maddesinde belirtildiği üzere teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmak hedeflenmektedir.

TİTRK ve TSHY öncelikle uygulanacak hükümler bakımından kafa karıştırıcıdır. Kanunun konusu taşınır rehndir. İİK m. 23'e göre de burada bir taşınır rehni söz konusudur.

Ancak TİTRK m. 18 bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde TMK'nın taşınmaz rehni; TSHY m. 42 ise bu yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde TMK'nın taşınmaz rehni ile İİK'nın ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki kuralların kıyasen uygulanacağını belirtmiştir.

TİTRK m. 14 temerrüt sonrası hakların kullanımına ilişkin düzenlemesinde, İİK'daki rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip hükümlerinden ayrılarak farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Özellikle rehin borçlusunun temerrüde düşmesi halinde, rehin alacaklısının rehin konusu malın mülkiyetinin kendisine devredilebilmesini isteyebilmesi *lex commissoria* yasağı açısından tartışmalara yol açmıştır.

TİTRK m. 14'te sadece temerrüt sonrası hakların kullanımına ilişkin genel bir düzenleme ile yapılmakla yetinilmiş; bu takip usulüne ilişkin kurallar ise esasen yönetmelikle belirlenmiştir. Bu hususun icra hukuku bakımından geçerli kanunilik ilkesi bakımından da eleştiri alması kaçınılmaz olmuştur. Zira TİTRK m. 14 ve dayanak olduğu TSHY *sui generis* bir takip usulü getirmektedir. Bu takip de bir takip talebi ile başlamakta birlikte, takip talebinin ardından icra dairesi ödeme emri göndermek yerine sıra cetveli hazırlar. Sıra cetveline karşı itiraz veya şikâyet yoluna başvurulmaz veya bu yollara başvurulmasına rağmen bunlar reddedilirse, borçluya ve rehni veren üçüncü kişi ise taşınır varlığın maliki üçüncü kişiye ödeme emri gönderilir. Ödeme emrine itiraz bakımından ise İİK'nın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna ilişkin düzenlemeleri içeren 148 ila 150/d maddelerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

Takibin bir sonraki aşaması ise icra emrinin gönderilmesidir. Normal şartlarda icra emrinin gönderilebilmesi için alacaklının elinde ilâm ya da ilâm niteliğinde bir belgenin olması gerekir. Ancak TSHY'e göre, ödeme emrine itiraz edilmezse veya ödeme emrine itiraz edilmiş ve icra mahkemesi itirazı kaldırmışsa ya da asliye hukuk mahkemesinde itirazın iptali davası açılmış ve bu dava alacaklının lehine sonuçlanmışsa; alacaklı bu ilâmı icra dairesine verirse icra emri tebliğ etmek suretiyle borçluya veya taşınır varlığı zilyetliğinde bulundurana yedi gün içinde o varlığın teslimi emredilir. TSHY, hem ilâmsız icraya hem de ilâmlı icraya ilişkin kavramları iç içe geçirmek suretiyle karma bir takip usulü oluşturmuştur.

Takibin son aşamasını ise, mülkiyetin devri sonrası yükümlülükler oluşturmaktadır. Rehlinli malın mülkiyetini devralan rehin alacaklısının, malın tayin edilen değerine göre, alacağına tamamen kavuşup kavuşmadığını dikkate almak suretiyle getirilmiş bir düzenlemedir. Bu aşamada TİTRK m. 13'te ve TDTY'de öngörülmemesine rağmen TSHY m. 38, 1'in getirdiği düzenleme ilgi çekicidir.

TİTRK, borçlunun temerrüde düşmesi halinde rehlinli taşınır varlığın birinci derece rehin alacaklısına mülkiyetin devri bakımından talep hakkı tanımıştır; bu düzenleme rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe göre oldukça farklı bir seçimdir. Belli durumlara özgü, İİK'dan farklı bir takip sistemi yaratmak kanun koyucunun tercihidir. Ancak bu düzenlemenin kanunla değil de yönetmelikle yapılması isabetli değildir. TİTRK 01.01.2107 tarihinde yürürlüğe girmiş; 15.02.2018 tarihli 7099 sayılı Kanunla bazı maddeleri değişikliğe uğramıştır. Ancak TİTRK m. 14, 3 bu değişikliklerden etkilenmemiş; takip sisteminin düzenlenmesi yine yönetmeliğe bırakılmıştır.

TSHY'nin şekli açıdan değişikliğe uğraması gereken hükümleri vardır. Zira TSHY'de daha ilk bakışta birtakım sıkıntılı düzenlemeleri tespit etmek mümkündür. Örneğin, TSHY m. 30, 2'de

takibin temerrüdü izleyen yedi günlük süre içinde yapılması gerektiği öngörülmüşken; TSHY m. 40'ta öncelik hakkına sahip rehin alacaklısının bir hafta içerisinde mülkiyetin devri talebinde bulunmamasından söz edilmiştir. Sürelerin ya hafta ya da gün şeklinde belirlenmesi gerekli olup; aynı takip usulü içinde sürelerin farklı şekilde tayin edilmesi isabetli bir tercih değildir. İcra dairesi kavramı yerine, icra müdürlüğü teriminin kullanılması da yerinde değildir. Ancak bu şekilsel sorunlar bir yana; TSYH'de görevli mahkeme tayini gibi kanuna ve Anayasaya aykırılık oluşturan düzenlemeler yer almaktadır.

Takip usulünün yönetmelikle düzenlenmesinden vazgeçilerek; kanunî bir zemine oturtulması gerekmektedir. Yapılması gereken kanunî düzenlemenin İİK'nın temel ilkeleriyle çelişmemesine özen gösterilmelidir. Özellikle ilâmlı icra- ilâmsız icra ayrımının gözetildiği, rehlin paraya çevrilmesi kurallarının bu takip usulü bakımından nasıl ve ne şekilde işlerlik kazanması gerektiği noktaları dikkatlice ve etraflıca değerlendirilerek kaleme alınacak bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç vardır.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. *Rehin Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Akipek Öcal, Şebnem. “Taşınır Rehninde Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”. *Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu* (Editörler: Dr. Öğr. Üyesi İlknur Serdar, Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Fırat Şimşek), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Ansary, Sabri Şakir. *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Bası, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960.
- Antalya, Gökhan/ Acar, Faruk. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, 3. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*, 27 Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021.
- Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *Notlu- Gerekeçeli İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 7. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2021 (“Mevzuat”).
- Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (“Medenî Usul Hukuku”).
- Aşık, İbrahim. *İcra Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Atakan, Murat Can. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, 2018, s. 397- 441.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Bayezit, Fırat. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Berkin, Necmeddin M. *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*. Filiz Kitabevi, İstanbul, 1980.
- Bilgin, Hikmet. “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İcra-İflâs Hukuku Açısından Genel Bir Bakış”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 8, S. 31, 2017, s. 619- 657.

Bozer, Ali/ Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021.

Boztaş, Nevzat. “Lex Commissoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, 2017, s. 209- 252.

Börü, Levent/ Koçyiğit, İlker. *Ticari Dava*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Budak, Ali Cem. “Önce Rehne Başvurma Kuralının Tarihi Kökeni”, Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 403- 417 (“Tarihi Kökeni”).

Budak, Ali Cem. *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 3. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Cansel, Erol. *Türk Menkul Rehni Hukuku C. I Teslim Şartlı Menkul Rehni*, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.

Deliduman, Seyithan. “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasında İlişki”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 413- 435.

Dereli, Zeliha. *Lex Commissoria Yasağı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.

Deyneki, Adnan. *İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Dişel, Buse. *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı*, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Eker, Ece Ayça. “Lex Commissoria Yasağı ve Uygulama Alanı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C. 29, S. 1, 2021, s. 133- 178.

Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Göle, Celal/ Aydoğan, Gökhan. ““Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 33, S. 1, 2017, s. 5- 54.

Görgün, Şanal/ Börü, Levent/ Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Gusian, François. “Alacağın Rehinle Temin Edilmiş Olmasının Takip Tarzına Tesirleri”, (Çev. Burhan Gürdoğan) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 3, 1964, s. 451- 472.

Gümüş, Mustafa Alper. “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar”. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu* (Editörler: Prof. Dr. A. Lale SİRMEN, Doç. Dr. A. Barış ÖZBİLEN), 1. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.

Gürdoğan, Burhan. *İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*, Türkiye Bankalar Birliği, Ankara, 1979 (“İpotek”).

Gürdoğan, Burhan. *Türk- İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, 1. Baskı, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1967.

Gürpınar, Damla. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, 2017, s. 111- 159.

Hamamcıoğlu, Esra/ Karamanlıoğlu, Argun. “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İlişkin Bazı Tespitler”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 2, 2016, s. 95- 138.

Hasırcı, Hakan. “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 33, S. 2, 2017, s. 205- 272.

Helvacı, İlhan. *Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997.

Kaplan, İbrahim. “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 2, 1991, s. 51- 90.

Karakaş, Cemal Fazıl. *İcra ve İflâs Hukukunda Sıra Cetveli*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1996.

Karakuş Erbaş, Burcu. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Kayıklık, Abdurrahman. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun “Ticari İşlem” Kıstası ve Taraf Bakımından Uygulama Alanı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 2, 2021, s. 1511- 1542.

Kılıçoğlu, Evren. *İcra Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005.

Koç, Kenan. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kapsamında Rehin Alacaklısının Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Konuralp, Orhan Emre. “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, 2015, s. 2855- 2880.

Köroğlu Ölmez, Belin. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129, 2017, s. 261- 286.

Kuntalp, Erden. “Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı”, *İnan Kıraç'a Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 1994, s. 151- 162.

Kurt, Fatma. “Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi İle İlişkisi) -Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi-”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S. 1, 2008, s. 129- 154.

Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016 (“2016”).

Makaracı Başak, Aslı. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Lex Commissoria Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediği Konusu Üzerine Bir Değerlendirme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2019, s. 745-757 (“Değerlendirme”).

Makaracı Başak, Aslı. *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Martin, Alfred. “Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip”, (Çev. Necmeddin Berkin) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 22, S. 1- 4, 1957, s. 329- 338.

Meriç, Nedim. *Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (“Şikâyet”).

Narbay, Şafak/ Yıldız, M. Enes. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde "Rehinli Taşınır Sicili"nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 34, S. 4, 2018, s. 37- 92.

Oğuz, Sefer. “Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni”, *Bankacılar Dergisi*, S. 100, 2017, s. 3- 31.

Oral, Bahar. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Özbek, Mustafa Serdar. *Noter Senetlerinde Sahtelik*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Pekcanitez, Hakan. “İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Bankacılar Dergisi*, S. 33, 2000, s. 40- 58.

Postacıoğlu, İlhan E. *İcra Hukuku Esasları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer. *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Sarı, Suat. “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 50, 2007, s. 405- 425.

Seven, Vural. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Taşınır (Varlık) Rehni*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Şenocak, Kemal/ Kahraman, Zafer/ Tuncer Kazancı, İdil/ Öcal Apaydın, Bahar Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Şit İmamoğlu, Başak. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.

Tuncer Kazancı, İdil. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2019, s. 73-86.

Tunç Yücel, Müjgan. *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Uyar, Talih/ Uyar, Alper. *(İcra Hukukunda) İstihkak Davaları*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018.

Uyar, Talih. “Borçlu, “Haczedilen Malın/ Malların Kendisine Değil, Üçüncü Bir Kişiye Ait Olduğunu” Belirterek “Haczedilmezlik İddiası”nda Bulunabilir Mi?”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2017, s. 233-253.

Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul, 2004.

Yıldırım, Kamil/ Deren Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Yılmaz, Ejder. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflâs Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği”, *Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1835- 1866 (“Uygulanabilirliği”).

Yılmaz, Ejder. “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Rehinli Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları”. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu* (Editörler: Prof. Dr. A. Lale SİRMEN, Doç. Dr. A. Barış ÖZBİLEN), 1. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.

Yurtman, Hazalcan. *6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar*, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Diğer Kaynaklar

<http://relevancy.bger.ch>.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Yargıtay).

<https://uncitral.un.org/>.

<https://www.hukukturk.com/> (HukukTürk).

<https://www.kazanci.com.tr/> (Kazancı).

7392 Sayılı Kanun'un Ön Ödemeli Konut Satışı ve Mesafeli Sözleşmeler Bakımından Getirdiği Değişiklikler*

Mehmet DOĞAR 

Dr. Öğretim Üyesi, Harran Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Şanlıurfa, Türkiye,
mdogar@harran.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 31.05.2022 Kabul: 08.08.2022 Yayın: 27.08.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Tüketici hukuku, 7392 sayılı kanun, mesafeli sözleşme, e-ticaret, ön ödemeli konut satışı.</p>	<p>Gelişen teknoloji ve Covid-19 pandemisi ile birlikte tüketicilerin satın alma alışkanlıkları değişmiştir. 2014 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) bazı hükümleri günümüzde tüketiciye istenilen düzeyde koruma sağlamadığı gibi, ticari hayatta yaşanan dijital değişim ve dönüşümün de gerisinde kalmıştır. Örneğin, ekonomik ömrünü tamamlayan bazı ürünlerin onarım, güncelleme ya da iyileştirme yapılarak tekrar satışa sunulması, yeni getirilen düzenlemelerden biri olarak göze çarpmaktadır. Yenilenmiş ürün olarak da adlandırılan bu tür malların hangi şartlarda, ne şekilde satışa sunulacağı, tüketicilerin satış sonrası nasıl korunacağı, üzerinde tartışılması gereken ve önem arz eden bir konudur. Bu nedenle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7392 sy. Kanun) ile bazı yeni düzenlemeler getirilmiş, bazı hükümlerde ise değişikliğe gidilmiştir.</p> <p>Tüketiciler günümüzde çoğunlukla ürün ya da hizmet satın alma kararını internet üzerinden yapmış oldukları araştırma ve yorumlara göre vermektedir. Özellikle sosyal medya etkileycilerinin (influencer/fenomen) sosyal medya hesaplarından yapmış oldukları tanıtım ve paylaşımlarından etkilenen tüketiciler, ilgili ürün veya hizmeti satın almak için üretici/satıcı/sağlayıcı ile umumiyetle mesafeli sözleşme kurmakta ve bunu genellikle e-ticaret siteleri aracılığı ile gerçekleştirmektedir. Korona virüs salgını ile beraber sayıları ve işlem hacimleri ciddi oranlarda artan e-ticaret siteleri ise üretici/satıcı/sağlayıcı ile tüketiciler arasında kurulan mesafeli sözleşmelere aracılık etmektedir. E-ticaret sitelerinde gözlenen hızlı büyüme dikkate alındığında tüketicilerin taraf olduğu mesafeli sözleşmeler bakımından bir takım yeni koruma önlemlerinin alınması gerekmekte ve buna bağlı olarak bahsi geçen mesafeli sözleşmelere aracılık eden platformlara yeni yükümlülükler getirilmektedir. Bununla beraber tüketicilerin özel olarak sipariş ettiği bir kısım ürünler bakımından teslim süresi konusunda istisna getirilmektedir.</p> <p>Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 40-46 arasında düzenlenen ön ödemeli konut satışlarında konutun teslim edilme süresi de değişikliğe uğramıştır. Buna göre, TKHK m. 44'te azami otuz altı ay olarak belirlenen konutun teslim süresi, yapılan değişiklikler beraber kırk sekiz aya çıkarılmaktadır. Bu çalışmada, 7392 sy. Kanun ile getirilen bir kısım düzenlemelerin amacı ve kapsamı açıklanarak, yukarıda kısaca değinilen değişikliklerin tüketici bakımından olumlu ve olumsuz tarafları değerlendirilmektedir.</p>

Changes In Prepaid Housing Sales And Distance Agreements With The Law No. 7392

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 31.05.2022 Accepted: 08.08.2022 Published: 27.08.2022</p>	<p>The purchasing habits of consumers have changed due to developing technology and the covid 19 pandemic. Some provisions of the Law on the Protection of the Consumer No 6502, cannot provide the consumer with the desired level of protection today and it has lagged behind the digital change and transformation in commercial life. For example, some</p>

* Bu makale 13-15 Mayıs 2022 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

Keywords: Consumer law, law no. 7392, distance contract, e-commerce, prepaid residence sales.

products that have completed their economic life are repaired, updated or improved and offered for sale again, which is one of the new regulations. This products are called refurbished products and under what conditions and in what way this products will be offered for sale, how consumers will be protected after sales is an important issue that needs to be discussed. As a matter of fact, with the Law on the Amendment of the Law on the Protection of the Consumer (Code no. 7392), some new regulations have been introduced, and some provisions have been amended.

Today, consumers mostly make their decision to purchase a product or service based on the research and comments they have made over the internet. Consumers, who are especially affected by the promotions and shares of social media influencers on their social media accounts, often establish distance contracts with the manufacturer/seller/provider to purchase the relevant product or service, and this is done through e-commerce sites. E-commerce sites, whose sales rates have increased significantly with the corona virus epidemic, brokerage the distance contracts established between the producer/seller/supplier and the consumers. Considering the rapid growth observed in e-commerce sites, some new protection measures need to be taken in terms of distance contracts to which consumers are a party, therefore some new obligations are imposed on the platforms that brokerage the mentioned distance contracts. However, an exception is made in terms of delivery time for some products specially ordered by consumers.

In prepaid housing sales, which regulated by art. 40-46 on Law No. 6502, the delivery time of the residences has changed. The delivery period of a residence, which was determined as a maximum of thirty six months in art. 44, was increased to forty eight months with the amendment made. In this study, the purpose and scope of the new regulations (according to Law No. 7392) will be explained and the positive and negative aspects of the changes briefly mentioned above will be evaluated for the consumer.

Atıf/Citation: Doğar, M. (2022). 7392 Sayılı Kanun'un Ön Ödemeli Konut Satışı ve Mesafeli Sözleşmeler Bakımından Getirdiği Değişiklikler, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s. 413-441.

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

İnternet kullanımının yaygınlaşması ve buna bağlı olarak tüketicilerin alışveriş alışkanlıkları ile birlikte satın alma tercihlerinin de değiştiği bilinen bir gerçektir. Dijital içerik ve hizmetlerin çoğalmasıyla beraber tüketiciler, genellikle, satın almak istedikleri ürünleri artık internet üzerinden e-ticaret platformları aracılığı ile satın almakta ve hatta günlük küçük ihtiyaçlarından, gayrimenkul satın almaya kadar birçok işlemi bu siteler vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Covid-19 pandemisinin de etkisiyle şekillenen böyle bir ortamda saldırgan ve yanıltıcı pazarlama yöntemlerine maruz kalan tüketicilerin korunması konusu gün geçtikçe daha da önem arz eder hale gelmiştir.

E-ticaret ve sosyal medya platformlarının gün geçtikçe popüler olması, sanal bir rekabetin oluşmasına yol açmakta ve bu rekabet ortamında e-ticaret siteleri daha fazla müşteri kazanmak adına farklı pazarlama stratejilerine başvurmaktadır. Böyle bir piyasada, tüketicinin daha ileri seviyede korunmasını sağlayacak tedbirlerin alınması ise artık ihtiyaçtan ziyade zorunluluktur. Ticari hayatta yaşanan ve yukarıda ifade edilen değişim ve gelişmeler nedeniyle yürürlükte bulunan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (TKHK) yapılan değişikliklerle yenilikler ve güncellemeler getirilmiştir.

Tüketicilerin mevcut düzenlemelere göre daha fazla korunabilmesi, hak arama özgürlüklerini daha hızlı kullanabilmeleri ve tüketicilerin ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi adına kanun koyucu 7392 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹ ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda tüketicilere yönelik bazı değişiklikler yapmıştır. Bahsi geçen Kanunla, TKHK’da düzenlenen taksitle satış (m.19), tüketici kredileri (m.24, 26, 29), konut finansmanı (m. 38), ön ödemeli konut satışı (m. 44), mesafeli sözleşmeler (m. 48), devre tatil sözleşmeleri (m. 50 vd.), tüketiciye satış sonrası sağlanan hizmetler (m. 58) ile 63, 66, 68, 70, 77 ve 78. maddelerde değişiklik yapılmıştır. Bunlarla beraber, “tüketicinin bilgilendirilmesi ve menfaatlerinin korunması” başlığı altında düzenlenen 57. maddeye yeni bir hüküm eklenerek TKHK m. 57/a ile “yenilenmiş ürünler” düzenlemesi getirilmiştir.

Bu çalışmada 7392 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile getirilen yeni düzenleme ve değişikliklerin tümünden ziyade ön ödemeli konut satışları ve mesafeli sözleşmelere dair değişiklikler incelenerek, değişikliklerin fayda ve zararları değerlendirilecek, Kanun metninde yer alan düzenlemelerde bazı eksiklikler tespit edilerek çözüm önerileri sunulacaktır.

1 RG. Sayı: 31796, Tarih: 01.04.2022.

I. Ön Ödemeli Konut Satışlarında Konutun Teslimi (TKHK m. 44)

A. Genel Olarak

Değişen ekonomik koşullar ve Covid-19 pandemisi ile birlikte bireyler, en fazla ihtiyaç duydukları barınma sorunun çözümü için yıllar geçtikçe daha fazla birikim yapmak zorunda kalmaktadır. Günümüzde konut fiyatlarının aşırı yükselmiş olması da ailelerin konut sahibi olmalarını zorlaştırmakta ve bireyler genellikle hem tasarruflarını değerlendirmek hem de barınma amaçlı konut sahibi olmak ve bunu daha ucuza mal etmek adına ucuz maliyetle konut satın almak istemektedir. Bu nedenle halk arasında “temelden girme” veya “topraktan-maketten satın alma” olarak tabir edilen ve diğer konut satışlarına göre nispeten daha düşük fiyatlı olan ön ödemeli konut satış yöntemine sıklıkla başvurulmaktadır².

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra anlaşılan taşınmazı tüketiciye devir ve teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir³. Ön ödemeli olarak barınma amaçlı konut satın alan tüketici, konutu teslim almadan önce satış bedelini peşin veya kısım kısım ödemekte, satışa konu olan konutu ileri bir tarihte teslim almaktadır⁴. Konutu inşa eden veya satışını yapan satıcı ise sözleşme ile belirlenen sürenin sonunda satmış olduğu konutu teslim etmekle yükümlüdür⁵. Nitekim özünde taşınmaz satış sözleşmesi niteliği taşıyan ön ödemeli konut satış sözleşmesinde satıcının asıl borcu satışa konu konutun zamanında tüketiciye devir ve teslim etmektir⁶.

² Özmen, E.Saba/ Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 3 vd.; Karakocalı, Ahmet/ Kurşun, Ali Suphi. *Tüketici Hukuku*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 128; İnal, Tamer. “Ön Ödemeli Konut Satışı”, *Milli Şerh* (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 624. Dalkılıç Demir, Müge. *Bağlı Kredi ile Ön Ödemeli Konut Satışı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 10 vd.

³ Çabri, Sezer. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi”, *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 206; Kara, İlhan. *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınevi, Ankara, 2015; s. 883; Gümüş, M. Alper. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 250 vd.; Atamer, Yeşim M. *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 221; Acar, Hakan. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi”, *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2015, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 13; Makaracı, Aslı. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı”, *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, (Der. İnceoğlu, Murat), On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 241.

⁴ Teslim, bağımsız bir bölümün kullanım amacına uygun biçimde hak sahibinin tasarrufuna bırakılması işlemidir. Bkz. Erman, Hasan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 33 vd.; İnal, Emrehan. *Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2011, s. 228. Ayrıca bkz. Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik (ÖÖKSHY) m. 10.

⁵ Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tanımlandığı TKHK m. 40’da sözü edilen, “devir veya teslim” ifadesinin hatalı olduğu ve düzeltilmiş yoruma tabi tutularak “devir ve teslim” olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 5-6; Gümüş, s. 250, 252. Doğan, Mehmet. *Ön Ödemeli Konut Satışı*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 62, 213.

⁶ TKHK m. 44’te ifade edilen “teslim” terimi yerine “zilyetliğin devri” işlemi olduğu eleştirisi hakkında bkz. Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. *Ön Ödemeli Konut Satışlarına İlişkin Kanun Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 23-24; Genç, Ahmet Ali. *Ön Ödemeli Konut Satışında Konutun Zamanında*

B. Ön Ödemeli Konut Satışlarında Satıcının Konutu Devir ve Teslim Borcu

Ön ödemeli konut satışlarında teslim süresini düzenleyen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 44'e göre,

Ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemez. Kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri halinde de devir ve teslim yapılmış sayılır.

İlgili hükmün ilk cümlesinden, ön ödemeli olarak satılan bir konutun devir ve teslimi için otuz altı aylık üst sınır getirildiği görülmektedir. Taraflar otuz altı aylık bu süreyi anlaşarak istedikleri gibi kısaltma imkanına sahip olsalar da hükmün nispi emredici olması gereği otuz altı aydan daha fazla teslim süresi kararlaştırmaları mümkün değildir⁷.

7392 sayılı Kanun m. 6 ile TKHK m. 44'te yapılan değişiklikle,

Ön ödemeli konutun sözleşmede taahhüt edilen süre içinde tüketiciye teslim edilmesi zorunludur. Bu süre her hâlükârda sözleşme tarihinden itibaren kırk sekiz ayı geçemez. Kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri hâlinde de devir ve teslim yapılmış sayılır.

7392 sy. Kanun m. 6 gerekçesinde, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri bakımından teslim süresinin ihlal edilmesi halinde herhangi bir yaptırımın bulunmadığı belirtilmektedir. Madde gerekçesinde tarafların üzerinde anlaşmış olduğu teslim tarihine uyulmasının zorunlu hale getirildiği ifade edilmekte ve yeni düzenlemenin ilk cümlesi, bu gerekçenin tezahürlerinden biri olarak ilgili maddeye eklenmiş görünmektedir. Sözü edilen maddenin gerekçesine göre,

Kanunda ön ödemeli konutların azami teslim süresi belirlenmesine karşın sözleşmede belirlenen teslim süresinin ihlal edilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumun, tüketicinin ekonomik çıkarını zedelediği, tüketicinin satın alma kararını etkilediği ve haksız ticari uygulamaya neden olduğu değerlendirildiğinden, 6502 sayılı Kanununun 44 üncü maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle sözleşmede belirlenen teslim tarihine uyulması zorunlu hale getirilmektedir. Diğer taraftan, büyük ölçekli ön ödemeli konut projelerinde inşaatın tamamlanması çok uzun süreler alabildiği için ön ödemeli olarak tüketicilere satılan konutun azami teslim süresi kırk sekiz aya çıkarılmaktadır.

Bu noktada satış sözleşmesi hükümlerini düzenleyen TBK m. 207/1, satıcının borcunu tespit etmek bakımından önemlidir. Yukarıda ifade edildiği üzere, ön ödemeli konut satış

Devir ve Teslim Edilmemesi, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 7 vd;

⁷ Gümüş, s. 268; İnal, Şerh, s. 710; Doğan, s. 212. Ayrıca bkz. ÖÖKSHY m. 10/1.

sözleşmesinde satıcının asli edimi ön ödemeli satılan konutu sözleşmede kararlaştırılan süre sonunda tüketiciye devir ve teslim etmektir⁸. Zira satıcı, satışa konu konutu zamanında teslim etmemekle temerrüde düşer⁹. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları vade aslında ihtar yerine geçmektedir. Satıcının konutu zamanında teslim etmediği durumlarda borç gereği gibi ifa edilmediğinden tüketici, TKHK m. 83 atfıyla TBK m. 123 vd. hükümlerine göre satıcıya başvurma imkânına sahiptir¹⁰. Mevcut düzenlemeye göre, taraflar sözleşmede teslim süresi belirlemiş olmasalar dahi, TKHK m. 44'de sözü edilen “otuz altı ayı geçemez” ifadesi hem emredici nitelikte hem de kesin süre (vade) içerdiğinden satıcı sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ay sonrasında konutu tüketiciye teslim etmek zorundadır. Bu nedenle, ilgili madde gerekçesinde belirtilen “*teslim süresinin ihlal edilmesine ilişkin satıcının teslim tarihine uymasının zorunlu hale getirildiği*” ifadesi tüketici bakımından yeni bir güvence sağlamamaktadır.

Tüketici, konutun sözleşmede kararlaştırılan sürede kendisine teslim edilmemesi halinde TBK'nın temerrüde ilişkin hükümlerine başvurmaksızın doğrudan TKHK m. 8 vd. hükümlerine dayanma hakkına da sahiptir. Nitekim TKHK m. 8/3'e göre, “*sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi ...sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir*”. Bahsi geçen maddeye göre, ayıplı mala ilişkin getirilmiş olan sorumluluk rejimi sadece ayıplı mallara sınırlı olmayıp sözleşmenin bütün aykırılık hallerini içerecek şekilde düzenlendiğinden tüketici TKHK m.8/2 gereğince de satıcıyı sorumlu tutabilecektir. Hatta ilgili hüküm, TBK'dan farklı olarak, tüketiciye daha özel bir koruma sağlamaktadır¹¹.

Konutun zamanında teslim edilmemesi halinde tüketicinin başvurabileceği diğer bir düzenleme ise Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik (ÖÖKSHY) m. 9/4-a gereği sözleşmeden tazminatsız dönme hakkıdır. Ön ödemeli konut satışına konu olan konutun sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim edilmemesi halinde tüketici, ilgili yönetmelik hükmüne dayanmak suretiyle sözleşmeden dönerek satıcıya o güne kadar ödemiş olduğu bütün satış bedelini faiziyle isteyebilir ve uğradığı zararın da tazmin edilmesi talebinde bulunabilir¹². Bununla birlikte, sözleşmeye konu konutun bağlı kredi ile satın alınması durumunda konutun hiç veya gereği gibi

⁸ Hatta satıcı, tapuda mülkiyeti devretmesine rağmen konutu teslim etmemişse veya konutu teslim etmekle beraber mülkiyeti devretmemişse, borcun ifa edildiğinden bahsedilemez. Bkz. Özmen/ Vardar Hamamcıoğlu, s. 5-6; Öz, Turgut. “6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler”, *6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu*, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Döner, İsa) 3.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 108; İnal, 228.

⁹ Vardar Hamamcıoğlu, s. 25; Genç, s. 14; Gümüş, s. 91 vd. Otuz altı ay içinde konutun mülkiyetinin ve zilyetliğinin devredilmemesi halinde TKHK m. 77/4 gereği satıcının teslim edilmeyen her konut için her yıl yeniden belirlenen idarî para cezası ödemesi gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁰ Eğer sözleşmede kararlaştırılan teslim süresi otuz altı aydan az ise tüketicinin TBK m. 123'teki seçimlik haklarını kullanabilmesi kural olarak satıcıya uygun süre vermesine bağlıdır. Teslim süresi otuz altı ay olarak kararlaştırılmışsa, seçimlik hakların kullanılması için ayrıca uygun süre vermeye gerek olmaksızın tüketici TBK m. 125'deki seçimlik haklarından birini kullanabilecektir. Zira konutun devir ve teslimi için kanun koyucunun belirlediği otuz altı aylık süre, kesin vadeyi ifade eder. Bkz. Çabri, s. 238. Ayrıca bkz. Özmen/ Vardar Hamamcıoğlu, s. 58 vd.

¹¹ Acar, s. 18-19; Doğan, s. 220-224.

¹² Atamer, s. 250. Ayrıca bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s. 27-32. Hatta tüketici ilgili yönetmelik m. 9/1 gereği sözleşme tarihinden itibaren iki yıl süre ile herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Böyle bir durumda tüketici, sözleşmeden döndüğü süreye bağlı olarak, ÖÖKSHY m. 9/3'de belirlenen tazminat oranlarını satıcının talep etmesi halinde ödemekle yükümlüdür.

teslim edilmemesinden finansman kuruluşunun TKHK m. 35/2 gereği müteselsil sorumluluğu söz konusudur¹³.

Özetlemek gerekirse, 7392 sayılı Kanun değişikliğinden önce ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu edilen konutun zamanında teslim edilmemesi durumunda tüketicinin sözleşmeden haklı sebeplere dayanarak dönme haklarını zaten kullanabilmekteydi. Hatta tüketici isterse konutun geç tesliminden dolayı TKHK m. 8/3 gereği ayıp hükümlerine veya TBK m. 123 vd. gereği sözleşmeye aykırılık hükümlerine ya da ÖÖKSHY m. 9 gereği sözleşmeden tazminatsız dönme haklarından birine başvurmakta serbesttir¹⁴. 7392 sayılı Kanunun 6. maddesi ile TKHK m. 44'e eklenen "*Ön ödemeli konutun sözleşmede taahhüt edilen süre içinde tüketiciye teslim edilmesi zorunludur*" cümlesinin tüketici bakımından herhangi yenilik ya da ekstra güvence getirmediği rahatlıkla söylenebilir. Yapılan değişiklikle ilgili düzenlemeye eklenen ifade, sadece konut teslimin zorunlu olduğunun madde metninde zikredilmesinden ibarettir. Bu nedenle, TKHK m. 44'e eklenen cümlenin tüketici açısından faydalı olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim yürürlükte olan düzenlemede sözü edilen "*Ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemez*" ifadesi nispi emredici niteliktedir ve taraflar bu süreyi isteseler dahi uzatamadıkları için satıcı, bu sürenin sonunda konutu zaten teslim etmek zorundadır¹⁵. İlgili hükmün gerekçesinde "*teslim süresinin ihlal edilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı*" zikredilmiş olmasına rağmen yapılan değişiklikle satıcılar bakımından yaptırım getirilmediği de görülmektedir.

C. Ön Ödemeli Konut Satışlarında Konutun Teslim Süresi

7392 sayılı Kanun m. 6 ile dikkat çekici olan diğer değişiklik, ön ödemeli konut satışları bakımından teslim süresinin otuz altı aydan, kırk sekiz aya çıkartılmasıdır. 7392 sayılı Kanun m. 6 ikinci cümlesine göre "*Bu süre her hâlükârda sözleşme tarihinden itibaren kırk sekiz ayı geçemez*" cümlesi, ön ödemeli konut satışlarında teslim süresini tüketicinin aleyhine olacak şekilde on iki ay daha uzatmaktadır.

Bazı inşaat firmaları ve müteahhitler tüketicilerden topladıkları satış bedellerini projeyi bitirmek yerine farklı alanlarda kullanmaktadır. Tüketicilerden tahsil edilen meblağların kimi zaman farklı bir sektörde yatırım yapmak için kimi zamanda proje dışı borçların kapatılması için harcandığı bilinmektedir. Toplanan paraların konut inşa etmek yerine farklı yerlerde kullanılması çoğu zaman inşaat sürelerini uzatmakta ve tüketici belki de yarım bırakılacak ya da hiç tamamlanmayacak bir projeyi on iki ay daha teslim almak (ve diğer haklarını kullanmak) için beyhude beklemek zorunda bırakılmaktadır¹⁶.

¹³ Öz, Turgut. "Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık", *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015*, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 150; Gümüş, s. 231.

¹⁴ Karakocalı/ Kurşun, s. 138-139; Doğan, s. 223-225.

¹⁵ Gümüş, s. 268.

¹⁶ Örneğin bir inşaat şirketi veya müteahhit, tüketicilere satmış olduğu konut bedelini projede kullanmak yerine bankalara olan kredi borçlarını kapatmak için kullanabilir. Ancak mevcut ekonomik koşullar nedeniyle demir, çimento gibi malların fiyatlarında yaşanan artışlar bu ürünlerin satın alınmasını zorlaştırmakta ve bir süre sonra

Tüketicinin taraf olduğu sözleşmeler bakımından üretici/satıcı/sağlayıcıya karşı daha zayıf durumda olduğu evrensel hukuk ilkelerinden biri kabul edilmişken, yapılan değişiklik ile tüketicinin ön ödemeli olarak satın aldığı konutu teslim almak için on iki ay daha beklemesi tüketicinin ekonomik çıkarlarıyla uyuşmamaktadır. Tüketici ve satıcının sözleşmede konutun teslim süresini daha kısa belirleme imkânı elbette mümkündür ancak günümüz ekonomik koşulları dikkate alındığında satıcı veya müteahhitlerin kendilerini Kanunda öngörülenden daha zor durumda bırakacak bir düzenlemeyi kabul edeceklerini beklemek doğru olmaz. Bu nedenle uygulamada satıcıların çoğunlukla tüketicilerle teslim süresini kırk sekiz ay olarak belirleyecekleri ve ilgili kanun hükmünü buna gerekçe olarak gösterecekleri kanaatindeyiz.

7392 sayılı Kanun m. 6 ikinci cümlesi ile yapılan değişiklik esasen tüketicinin mevcut olan hakkının kısıtlanması ve hatta daraltılması anlamını taşır. Zira tüketici, ön ödemeli olarak satın aldığı konutun teslimi için bir yıl daha fazla bekleyecek ve bu süre zarfında örneğin kirada oturuyorsa, bir yıl daha fazla kira ödemek zorunda kalacaktır. Bu durumda, getirilen düzenlemenin tüketicinin ekonomik çıkarlarına uygun olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁷. Yapılan değişiklik, inşaat şirketleri, müteahhitler ve konut satışına aracı olanların lehinedir. İlgili madde gerekçesinin son cümlesi incelendiğinde “büyük ölçekli konut projelerinin tamamlanması uzun sürdüğünden ön ödemeli satılan konutun teslim süresinin kırk sekiz aya çıkarıldığından” bahsedilmiş olsa da küçük ölçekli proje inşa eden müteahhit veya satıcılar da aynı haktan yararlanacaktır. Örneğin küçük bir apartman inşa eden müteahhit veya satıcı da konutun teslim süresini kırk sekiz ay olarak belirleyebilecek ve tüketici satın aldığı konutu daha geç teslim alacaktır. Tüketici hukukunun önemli ilkelerinden biri olan sözleşmede yer alan koşulların tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği kuralı bir anlamda kanun koyucu vasıtasıyla ihlal edilmekte, tüketiciler mevcut düzenlemeden daha aleyhlerine hükümle karşı karşıya kalmaktadır.

Özetlemek gerekirse, ön ödemeli konut satışlarında konutun teslim süresinin kırk sekiz aya çıkartılması tüketici çıkarlarına aykırı olduğu gibi, tüketici hukukunun amaçladığı ve TKHK m. 1 ile Anayasa'nın 172. maddesinde düzenlenen “tüketicinin korunması” ilkesine aykırı ve satıcı/müteahhit lehine yapılmış bir değişiklik olarak göze çarpmaktadır¹⁸.

inşaat devam edemez hale gelmektedir. Halbuki, ön ödemeli konut satışı dolayısıyla tahsil edilen satış bedelleri doğrudan mal alımı için kullanılmış olsa, ortaya çıkabilecek zararın çok daha az olması muhtemeldir. Ayrıca bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/hayali-130-dairenin-bedeli-316-yil-hapis-41748843>
https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2577
<https://www.milliyet.com.tr/gundem/mahkemededen-tarihi-karar-316-yil-hapis-6440323> (Erişim Tarihi: 10.04.2022).

¹⁷ Tüketicinin ekonomik çıkarının korunması gerekliliği hakkında bkz. Kara, s. 133.

¹⁸ Tüketici hukukunda esas amaç, tüketici işleminde tezahür eden haklar ve bunların asli ve yan borçlarının dengesini temin etmektir. Kanun koyucu tüketici işlemlerinin hızlı yapılması ve tüketicinin müzakere şansı bulunmamasından bu dengeyi sağlamayı amaçlar. Tüketici hukukunda toplum yararının da amaçlandığı bir gerçektir. Tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasında ekonomik denge kurulması toplum yararındadır. Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun çıkarılma amacı ekonomik olarak güçlü olan sınıf karşısında zayıf olan tüketicinin korunmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve geniş açıklamalar için bkz. Tüzüner, Özlem. “Tüzüner Şerhi”, *Milli Şerh*, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 1-27.

II. Mesafeli Sözleşmeler (TKHK m. 48)

A. Mesafeli Sözleşme Kavramı, Unsurları ve Kapsamı

Mesafeli sözleşmeler, satıcı veya sağlayıcıyla tüketicinin aynı fiziki mekânda bulunmadıkları halde uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla mal ya da hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına imkân veren sair sistem dahilinde kurulan sözleşmelerdir¹⁹. Bu tanım, tüketicinin mal ve hizmetler hakkında sadece bilgi edinmek amacıyla satıcı ya da sağlayıcının işyerini ziyaret etmesinden sonra uzaktan bir iletişim aracı vasıtasıyla sözleşmeyi müzakere etmek suretiyle kurulan sözleşmeleri de kapsar²⁰. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenen mesafeli sözleşmeler tüketici ile mal veya hizmet sağlayıcısının aynı yerde, aynı mekânda bulunmadan aralarında mesafe bulunduğu hallerde iletişim araçları vasıtasıyla sözleşmenin kurulmasını ifade eder²¹.

Mesafeli sözleşme kavramı incelendiğine bu sözleşmeler bakımından dört unsur söz konusudur. Bunlar; iletişim araçlarının kullanılması, tüketici ile satıcı/sağlayıcının fiziki olarak yan yana gelmemesi ve pazarlamanın uzaktan yapılmasıdır²². Son olarak, tarafların anlaşması (satıcı/sağlayıcının tüketiciye ifa edeceği edim karşılığında tüketicinin satıcıya ödeyeceği bedel konusunda) da gerekmektedir²³. Mesafeli sözleşmeler, bahsedilen unsurları içermesi halinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Bu sözleşme ile satıcı/sağlayıcı bir malı devretmek ya da

¹⁹ İnal, Emrehan. *İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 75 vd.; Topaloğlu, Mustafa. "Topaloğlu Şerhi", *Milli Şerh*, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 762; Aslan, Kemale Leyla. "İnternet Üzerinden Yapılan Alışverişlerde Tüketicinin Korunması" Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, (Edt. Zeytin Çağrı, Gözde), On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 322. Mesafeli iletişim araçları ile akdedilen bu sözleşmeler esasen yeni bir kavram değildir. Zira katalog, telefon, faks veya televizyon aracılığıyla bu sözleşmeler yapılmaktaydı. İnternet aracılığıyla mesafeli sözleşme akdedilmesi nispeten yeni bir gelişmedir. Bkz. Gezder, Ümit. "Mesafeli Sözleşmeler", *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (Der: İnceoğlu, Murat), On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 330; Bozbel, Savaş. "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler", *AÜEHFD*, Cilt:3, Sayı: 3-4, Aralık 2003, s. 784 vd.; Sert Sütçü, Selin. "Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi", *NEÜHFD*, Yıl: 2021, Cilt: 4, Sayı:1, s. 277 vd.; Bütün Yılmaz, Derya G.. "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2020, C.69, S. 2, s. 328 vd.; Demir, Mehmet. *Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 14 vd.

²⁰ Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 286-287. TKHK'da düzenlenmiş olan "mesafeli sözleşme" kavramı ile TBK'da yer alan "mesafeli satış" kavramları birbirinden farklıdır. Bkz. Topaloğlu, s. 762; İnal, 2005, s. 169 vd.

²¹ Mesafeli sözleşmeler, sözleşmenin tipini değil sözleşmenin kurulma biçimini ifade etmektedir. Akdedilen sözleşme tipik ya da atipik bir sözleşme olabilir. Bkz. Gezder, s. 335; Karakocalı/ Kurşun, s. 153. İnal, 2005, s. 170; Topaloğlu, s. 764 vd. Akipek, Şebnem. "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyumunu", *BATİDER*, C.XXI, S.4, 2002, s. 62-63; Aydoğdu, s. 291 vd.; Uzun Kazmacı, Özge. "İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.3, 2016, s. 2793.

²² Bir sözleşme görüşmesi uzaktan iletişim araçları ile başlatılsa ancak daha sonra sözleşme satıcı/sağlayıcının işyerinde kurulursa burada mesafeli sözleşme söz konusu değildir. Aynı şekilde, bir hizmet satın almak amacıyla tüketici tarafından uzaktan iletişim araçlarının kullanılması, örneğin rezervasyon vb. işlemler mesafeli sözleşme kavramına dahil değildir. Bkz. Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 213; Uzun Kazmacı, s. 2795 vd.; Bütün Yılmaz, s. 329-334.

²³ Topaloğlu, s. 765-766; Aslan, s. 322; İnal, 2005, s. 171. Bunlarla birlikte uzaktan pazarlama yapılmasına imkân veren bir organizasyonun var olması da gerekir. Bkz. Gezder, s. 336 vd. Kara, s. 1020; Özlük, Betül. "Akıllı Mesafeli Sözleşmelerde Bilgilendirme Yükümlülüğü", *Bilişim Hukuku Dergisi*, Yıl: 2020, C. 2, S. 1, s. 87. İfa zamanı, 4077 sayılı Kanundan farklı olarak sözleşmenin bir unsuru olarak görülmemiştir. Bkz. Özel, s. 214.

hizmeti ifa etmek yükümlülüğündeyken, tüketici satın aldığı mal veya hizmetin bedelini ödemekle yükümlüdür²⁴.

Mesafeli sözleşmeler, hangi iletişim araçları ile kuruluyorsa ona göre sınıflandırılmaktadır. Buna göre, mesafeli sözleşmelerin ilk türü yazılı iletişim araçları ile yapılan sözleşmelerdir. Yazılı iletişim vasıtasıyla kurulan mesafeli sözleşmeler, katalog, gazete, dergi, el ilanı, broşür veya posta aracılığıyla yapılmaktadır²⁵. Ürünlerin tanıtımını yazılı iletişim vasıtasıyla gören tüketici bazen bir form doldurarak bazen de telefonla iletişim kurarak ürün ya da hizmetin siparişini vermekte, sipariş edilen ürünün teslimatı kargo veya posta yoluyla yapılarak mesafeli sözleşmede karşı karşıya gelmeme unsuru da tamamlanmaktadır²⁶. Mesafeli sözleşmelerin ikinci türü ise telefon aracılığı ile yapılan sözleşmelerdir. Satıcı veya sağlayıcı, tahsis ettiği hatlar üzerinden tüketiciye ulaşmakta ve telefonda satacağı ürünün tanıtım ve pazarlamasını yapmak suretiyle ürün ya da hizmet satışı yapılmaktadır²⁷. Mesafeli sözleşmelerin diğer bir türü olan tele-alışveriş (tele-shopping) sözleşmelerde tüketiciler televizyon, bilgisayar vb. üzerinden izledikleri bir tanıtım programı sonrası satıcı/sağlayıcıya telefon ederek ya da e-posta yollamak suretiyle ürünü/hizmeti sipariş vermektedir. Tüketicinin verilen hesap numarasına havale göndermesi veya kredi kartı ile çevrimiçi (online) ödeme yapması suretiyle sözleşme kurulmaktadır²⁸. Mesafeli sözleşmelerin son türü ise internet vasıtasıyla kurulan sözleşmelerdir²⁹. Günümüzde en fazla sözleşme kurulan bu yöntemle tüketici, bir web sitesi aracılığı veya elektronik cihazına indirdiği bir uygulama (aplikasyon) ile istediği ürünü satın almaktadır³⁰. Sözleşme, uygulama üzerinden akdedilmiş olsa da satın alınan mal kargo veya kurye ile teslim edilmektedir³¹. Bununla beraber tüketici, satıcı/sağlayıcının sağladığı yapay zekâ veya bot (akıllı yardımcı) vasıtasıyla ya da sosyal medya aracılığı ile de bir ürün veya hizmeti satın alabilir³². Elektronik iletişim araçlarının hemen hepsi ile kurulabilen bu tür sözleşmeler “elektronik sözleşmeler” olarak da tanımlanmaktadır³³.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY) m.2'ye göre bazı sözleşme türleri mesafeli sözleşme kapsamında değildir. Buna göre, finansal hizmetler, otomatik makineler aracılığıyla

²⁴ Karakocalı/ Kurşun, s. 154; Gezder, s. 334 vd.; Aydoğdu, s. 288; Kara, s. 1015.

²⁵ Aslan, s. 324.

²⁶ Topaloğlu, s. 766; Aslan, s. 325.

²⁷ Tüketicinin de satıcı/sağlayıcıyı telefonla arayarak iletişim kurması mümkündür. Telefon aracılığı ile kurulan mesafeli sözleşmelerde tüketicinin aldatılma riskinin daha fazla olduğu hususunda bkz. Topaloğlu, s. 766 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY) m.18.

²⁸ Topaloğlu, s. 767.

²⁹ Bu tür sözleşmeler için “online-shopping”, “internet-shopping” terimleri de kullanılmaktadır. Topaloğlu, s. 767; Aslan, s. 326.

³⁰ Online arayüz veya hizmet sunucusu olarak da adlandırılan elektronik ortam satış yerleri, tüketicinin girişimcinin mal ve hizmetlerine erişme ve bunlarla ilgili işlemlerde bulunabilmeyi sağlayan bir web sitesi veya onun bir parçasını ve (mobil) uygulamalarını içeren girişimci veya aracı tarafından yürütülen yazılıma verilen isimdir. Tanım ve açıklamalar için bkz. Özlük, s. 104 vd.

³¹ Topaloğlu, s. 768 vd. Tüketicilerin soyut bir ürün veya hizmeti satın alması da mümkündür. Bu tür ürünler dijital olarak satışa sunulmakta ve tüketicinin sahibi olduğu telefon veya bilgisayara indirilmek suretiyle kullanılmaktadır.

³² Özlük, s. 84 vd.

³³ Elektronik sözleşme ile mesafeli sözleşmeler birbirine benzemekle birlikte farklı iki sözleşmedir. Elektronik sözleşme ile mesafeli sözleşmeler arasındaki fark ve açıklamalar için bkz. Uzun Kazmacı, Özge. “TKHK Çerçevesinde Elektronik Sözleşmeler”, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım*, (Edt. Hamamcıoğlu, Esra/ Uzun Kazmacı, Özge/ Yardım, M.Ertan/ Karamanlıoğlu, Argun/ Sayın, Zeliha Gizem), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 27-33; Topaloğlu, s. 769 vd.; Aydoğdu, s. 291 vd.; İnal, 2005, s. 170 vd.

yapılan satışlar, halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı, bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler, taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, konut kiralama, paket turlar, devre mülk satımına dair işlemler, yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi, TKHK m. 5/a-b-d bentlerinin bilgi verme yükümlülüğü ile m. 18 ve 19'da yer alan yükümlülükler saklı kalmak koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri, malların montaj, bakım ve onarımı, bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetlere dair sözleşmeler, nitelikleri gereği mesafeli sözleşmelere konu olamaz.

7392 sayılı Kanunla değiştirilen TKHK m. 48/6 gerekçesi incelendiğinde, e-ticaret sektöründe yaşanan teknolojik büyüme ve değişim dikkate alınarak tüketicilerin taraf olduğu mesafeli sözleşmelere ilişkin aracı hizmet sağlayıcılara bazı ek sorumluluklar getirildiği görülmektedir. Mesafeli sözleşmelere aracılık edenlerin yükümlülüklerini ve bu yükümlülükler dair sorumluluğun kapsamını belirleyen m. 48/6 düzenlemesi öncesinde mesafeli sözleşmelere aracılık edenlerin sorumluluğu TKHK m. 48/5 son cümlede hüküm altına alınmıştı. İlgili düzenleme, “*Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur*” şeklindedir. İlgili hükmün lafzı, mesafeli sözleşmelere aracılık edenlerin satıcı/sağlayıcı ile olan hukuki ilişkiyi düzenlediği izlenimi yaratmaktadır. Ancak madde gerekçesi incelendiğinde, aracılık edenlerin tüketicilere karşı sorumlu olduğunu ileri süren görüşler mevcut olmakla birlikte bahsi geçen düzenlemenin belirsiz olduğu yönünde görüşler de vardı³⁴. Yapılan değişikliklerle bir nebze olsun tüketici lehine hükümler getirilmiş olsa da kanun koyucunun (aşağıda anlatılacağı üzere) bazı eksiklikleri gözden kaçırdığı düşünülmektedir.

B. Tüketicinin Kişisel İstek ve İhtiyaçları Doğrultusunda Hazırlanan Mallara İlişkin Teslim Süresi

7392 sayılı Kanun m. 7 ile TKHK m. 48'in bazı fıkralarında yapılan değişikliğe göre tüketicilerin özel istek ve/veya ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan malların teslimine dair yeni bir düzenleme söz konusudur. Değişiklik öncesi TKHK m. 48/3'e göre,

Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her hâlükârda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.

İlgili hüküm gereği, satıcı/sağlayıcı tüketicinin siparişi kendine ulaştığı andan başlayarak

³⁴ İlgili maddenin yeterince açık olmadığı ve aracılık edenlerin sorumluluk kapsamının belirsiz olduğu eleştirileri hakkında bkz. Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 891; Özsunay, R. Murat, “Mesafeli Sözleşmeler ve E-Ticarette Tüketicinin Korunması” *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 663; Sert Sütçü, s. 280; İnceoğlu, M. Murat/ Baş Süzel, Ece. “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicilere Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı:189-190, 2020, s. 482.

otuz günlük süre içerisinde edimini yerine getirmelidir³⁵. Satıcı/sağlayıcının edimini yerine getirme süresi emredici niteliktedir. Bu nedenle taraflar otuz günlük süreyi uzatamaz. Ancak 7392 sayılı Kanun m. 7, niteliği itibarıyla farklılık arz edebilen ve tüketicilerin özel istek ve ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallar bakımından otuz günlük teslim süresine (tüketicinin bilgilendirilmesi ve onayının alınması şartıyla) istisna getirmektedir. Buna göre,

Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Tüketicinin isteği veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler haricinde mal satışlarında bu süre her hâlükârda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.

Yapılan değişiklikle beraber satıcı, tüketicinin kişisel ihtiyaçlarını içeren bir sipariş aldığı anda bu ürünün teslimi için otuz günlük emredici süreye tabi değildir. Satıcı ve tüketici, malın teslim edilmesi hususunda hangi süreyi kararlaştırmışlarsa malın teslimi o zamanda yapılmalıdır. İlgili düzenlemenin özel sipariş mallara ilişkin teslim süresi konusunda herhangi bir üst sınır getirmemesi eksiklik olarak görünse de sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında tarafların sözleşme hükümlerini serbestçe tayin edilebilmeleri ve teslim süresinin taraflarca sözleşme kurulmadan önce müzakere edilerek kararlaştırılması veya tüketicinin çevrimiçi sipariş sayfasında bunu özel olarak onaylaması mümkündür³⁶. Hatta bu durumun edimler arasındaki dengeyi koruduğu söylenebilir³⁷.

İlgili maddede zikredilen “tüketicinin isteği veya kişisel ihtiyaçları” cümlesi esasen borcun konusunu değiştirmekte, ifa edilmesi gereken borç, parça borcu haline gelmektedir. Borç konusu ferden tayin edilmekle birlikte, ifanın konusunu da o şey teşkil etmektedir³⁸. Parça borçlarında ürün, tüketicinin özel istekleri veya kişisel ihtiyaçlarına göre hazırlandığı için satıcı otuz günlük süre ile değil, sözleşmenin kurulması esnasında kararlaştırılan süre ile bağlıdır. Bir kol saatinin arkasına isim yazılması, bardak veya tişört üzerine fotoğraf basılması, özel ölçülerde ve/veya

³⁵ Satıcı, MSY m. 5/1-f gereği, teslimat süreleri konusunda tüketiciyi bilgilendirmek zorundadır. Otuz günlük sürenin sadece mal satışlarına ilişkin mesafeli sözleşmelere ilişkin olduğu, hizmet sunumlarını kapsamadığı hakkında bkz. Topaloğlu, s. 782; Özel, s. 218.

³⁶ MSY m.7 gereği, satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. E-ticaret sitelerinin birçoğu bu tür özel teslimat sürelerinin söz konusu olduğu durumlarda tüketiciyi sipariş sayfası üzerinden bilgilendirmektedir. Sözleşmenin kurulması anında ise tüketici internet sitesi veya uygulama içerisinde bulunan bir kutucuğu işaretleyerek onay vermekte ve/veya buna dair e-posta almaktadır. Tüketicinin özel şekilde teyidinin alınmaması halinde mesafeli sözleşme kurulmamış sayılacak, hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır.

³⁷ Bu konuda ayrıca bkz. Serozan, Rona. “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi”, *M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000, s. 1013-1030; Kaya, Ümmühan. “Sözleşmenin Uyarılmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Yıl: 2016, Cilt, 22, Sayı: 3, s. 1569-1593.

³⁸ Borç konusunun yer, isim, numara veya zaman gibi unsurlarla diğer çeşitlerinden ayrıldığı, ferden belirli hale geldiği durumlarda parça borcu söz konusudur. Bkz. Oğuzman, Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenip Genişletilmiş 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, N. 26, 888; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 110 vd.

malzemelerle üretilen ayakkabı ya da elbise, özel üretim mobilyalar, isim yazılabilen ya da fotoğraf baskısı yapılabilen hediyelik eşyaların tümü parça borçlarına örnek gösterilebilir³⁹.

İlgili düzenlemenin son cümlesinde satıcı veya sağlayıcının teslim süresi içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketicinin sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmiş ise de teknik anlamda burada tüketicinin sözleşmeden dönmesi söz konusudur⁴⁰. Kanun koyucunun bu ifadeyi yapılan değişiklikte düzeltmesi beklenirken bu durumun dikkate alınmadığı görülmektedir. Zira tüketici bozucu yenilik doğuran bir hakkını kullanmakla aslında sözleşmeyi feshetmemekte, sözleşmeyi başından yani kurulduğu andan itibaren geçersiz hale getirerek sözleşmeden dönmektedir. Sözleşmeden dönülmesi halinde TBK m. 125/3 gereği, taraflar karşılıklı ifa yükümlülüğünden kurtularak daha önce ifa ettikleri edimleri geri vermekle yükümlü olurlar. Halbuki fesih, sürekli borç ilişkilerinde borcun ileriye yönelik olarak sona ermesini sağlayan bozucu yenilik doğuran bir haktır⁴¹. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 16/3 gereği, tüketicinin sözleşmeden dönmesi (yönetmeliğe göre feshetmesi) durumunda tarafların karşılıklı edimlerini (geri vermesi) iade etmesi düzenlendiğine göre, burada bizim de katıldığımız görüş gereği sözleşmenin sürekli değil de ani edimli olduğunun kabulü gerekir⁴². Bu nedenle, teknik anlamda tüketicinin sözleşmeyi feshetmesi değil de tüketicinin sözleşmeden dönmesine dair bir değişikliğin ilgili hükümde yer alması gerektiği ve bunun gözden kaçırıldığı düşüncesindeyiz.

C. Mesafeli Sözleşmelere Aracılık Edenlerin Yükümlülükleri (m. 48/6)

1. Aracılık Edenlerin Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulması öncesinde, kurulması sırasında ve sözleşme kurulduktan sonraki bütün aşamalarda, yapacağı her işlem için satıcı/sağlayıcı tarafından bilgilendirilmek ve aydınlatılmak zorundadır⁴³. Mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirilmenin önemine binaen TKHK m.1 ile uyumlu olarak tüketicinin aydınlatılması TKHK m. 48/2 ve MSY m. 5'de düzenlenmiştir. Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, ilgili düzenlemelerde belirtilen konularda satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmek zorundadır. Tüketiciciye ön bilgilendirme yapıldığına dair ispat yükü yürürlükteki TKHK m. 48/2 ve MSY m. 5/6 gereğince satıcı/sağlayıcıya aittir⁴⁴.

³⁹ Nitekim parça borçlarında edim, başkalarıyla karıştırılmayacak şekilde ayırt edilebilme özelliğine sahiptir. Bkz. Aydoğdu, Murat/ Nart, Serdar. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 45.

⁴⁰ MSY m. 16/2 ve 16/3 hükümleri, TKHK m. 48/3 son cümleye benzer şekilde tüketicinin sözleşmeyi feshedebileceğini düzenlemektedir.

⁴¹ Oğuzman/ Öz, N. 1130, 1441; Eren, s. 1259-1261; Topaloğlu, s. 783. Karş. Gezder, s. 341; Aydoğdu, s. 288; Kara, s. 1027 vd.; Uzun Kazmacı, s. 2810.

⁴² Topaloğlu, s. 783.

⁴³ Bkz. AB Direktifi m. 4, Akipek, s. 50.

⁴⁴ Tüketiciciye yapılacak ön bilgilendirme yönteminin ne şekilde olacağı MSY m. 6'da; tüketiciciye yapılmış olan ön bilgilendirmenin teyidi ve teyit alınmamasının yaptırımını MSY m.7'de düzenlenmiştir. Ayrıca Bkz. Avcı Braun, Cihan. "Tüketicinin Korunması Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler" *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı*, Yıl: 2015, C.XII, S. 2, s. 32 vd.; Tekçe, Ayşegül. "Mesafeli Satış Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2021, S. 1, s. 254 vd.; Özlük, s. 89.

Aracılık edenlerin ön bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen TKHK 48/6-a maddesi, aracı hizmet sağlayıcılarını tüketiciye ön bilgilendirme yapılmasından, bunun teyidinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu tutmaktadır⁴⁵. Değişiklikten önce tüketiciye ön bilgilendirme yapılması, teyidi ve bunun ispatının satıcı/sağlayıcı tarafından yerine getirilmesi gerektiği, aracılık edenlerin yükümlülüğün sözleşme ilişkisine dayanan bir sorumluluk olduğu ifade edilmekteydi⁴⁶. Nitekim mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin sorumluluğu, kurulan dijital pazarlama sisteminin gerektiği gibi çalışmaması, kayıtların tutulması, sistem arızaları, formların mevzuata uygun sunulmaması, sipariş bilgisi ya da cayma bildirimlerinin zamanında iletilmemesi gibi durumlarla sınırlıydı⁴⁷.

Yapılan değişiklikle, ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve bunun ispat edilmesinden mesafeli sözleşmelere aracılık edenler satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olmakta, veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılması durumunda, yönetmelikle belirlenen ön bilgilendirmede bulunması zorunlu hususlardaki eksikliklerden mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin sorumlu olmadığı düzenlenmektedir (m.48/6-b). Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, aracı hizmet sağlayıcısının hizmet verdiği elektronik ortamı kullanan gerçek veya tüzel kişi satıcı/sağlayıcı tarafından sağlanan içeriği kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlü olmadığına karar vermiştir. İlgili karara göre aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri denetlemek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir⁴⁸.

⁴⁵ Ayrıca bkz. MSY m. 5-8.

⁴⁶ Inceoğlu/ Baş Süzel, s. 482. MSY m.7, satıcı veya sağlayıcının tüketicinin ön bilgilendirildiğine ilişkin teyidinin alınmasını zorunlu tutmakta aksi halde sözleşmenin kurulmamış sayılacağını düzenlemektedir. Tüketiciden teyit alınmamasının yaptırımı Yönetmelikte düzenlenmiş iken, bilgilendirme yapılmamasının yaptırımının düzenlenmemiş olması doktrinde eleştirilmektedir. Eleştiriler ve görüşler hakkında bkz. Bütün Yılmaz, s. 337 vd. Karş. Özen, Burak. "Özen Şerhi", *Milli Şerh*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 61-74.

⁴⁷ Özbay Özdoğru, Zeynep. *İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketicilere Karşı Sorumluluğunun Şartları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, s. 88.

⁴⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 15.11.2021 T., 2021/4000 E., 2021/11403 K. "*Dava, elektronik ortamda alışverişini gerçekleştiren ürünün ayıplı olmasından kaynaklanan hakem heyeti kararının iptali istemine ilişkindir. İnternet ağı üzerinden elektronik ticarete imkân sağlayan davacı şirket aracı hizmet sağlayıcısı konumunda olup hizmet sağlayıcı, hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içeriği kontrol etme ve bu içerik ile içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Bu durumda mevzuat gereği aracı hizmet sağlayıcı olan davacının malın ayıplı olmasından kaynaklı sorumluluğunun bulunmadığı gözetilerek davanın kabulüne yerine reddine karar verilmesi kararın kanun yararına bozulmasını gerektirmiştir.*

Taraflar arasındaki tüketici hakem heyeti kararına itiraz davasının mahkemece yapılan yargılaması neticesinde davanın reddine dair kesin olarak verilen hükmün Adalet Bakanlığınca kanun yararına bozulması istenilmekte; temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı, ... internet sitesi üzerinden faaliyetlerini sürdürdüğünü, uyuşmazlığa konu ürünün satıcısının kendileri olmayıp ...'nın olduğunu, davalının ayıplı ürün teslim edilmesinden kaynaklı hakkında bedel iadesi talebi ile tüketici hakem heyetine başvurduğunu, davalının talebinin kabulüne karar verildiğini, taraflarına husumet düşmediğini belirterek kararını iptalini talep etmiştir.

Mahkemece, içinden sigara izmariti çıkan truf paketinden dolayı davacının sorumlu olduğu, tedarik eden firmaya rücu ilişkisinin kendi iç ilişkileri olduğu, hizmet almaya çalışan tüketicinin ... ismine duyduğu güvenle söz konusu hizmeti almaya çalıştığı gözetilerek hakem heyeti kararının yerinde olduğu gerekçesiyle davanın

Sisteme yüklenen veya sisteme daha önce yüklenmiş olan ön bilgilendirme formlarında bulunması zorunlu bilgilerin eksikliğinden mesafeli sözleşmeye aracılık edenler müteselsil sorumlu tutulmakla birlikte bu verilerin satıcı/sağlayıcı tarafından sisteme yüklenmesi halinde aracılık edenlerin ön bilgilendirme formunda bulunan eksikliklerden sorumlu olmaması kanaatimizce bir eksiklik değildir. Dürüstlük kuralı ve aracı sitelerin tüketicide uyandırdıkları güvenden kaynaklanan güven sorumluluğu gereği ön bilgilendirme formunun satıcı/sağlayıcı tarafından sisteme yüklenmesi durumunda da mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin sorumlu tutulması gerekirdi⁴⁹. Nitekim böyle bir eksikliği kontrol etmek ve bunun tedbirini almak aracının sorumluluğunda olmalıdır. Kaldı ki, kendi kurduğu sisteme satıcı/sağlayıcı tarafından veri girişine izin veren aracının bu riski bilmemesi veya bilemeyecek durumda olmasını savunmak mümkün değildir⁵⁰. Aracılık eden, internet sitesine girişi yapılan verileri kuracağı bir birim ya da sistem üzerinden düzenli bir şekilde kontrol etmeli ve bir eksiklik halinde bunun tamamlanması için satıcı/sağlayıcıyı uyarmalıdır⁵¹. Bu nedenle, veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından

reddine karar verilmiştir:

Adalet Bakanlığının 17/03/2021 tarihli yazısında; satıcı, ithalatçı ve üretici konumunda olmayan ancak tüketiciye hizmet sunan sağlayıcı konumunda olan davacı şirketin sorumluluğunun, 6502 Sayılı Kanun'un Üçüncü Kısım Birinci Bölümde "Ayıplı Mallar" başlığıyla yer alan 8 ve devamı maddelere göre ele alınmasının olanaklı olmadığı halde, davacı şirketin tedarikçi firmadan komisyon alması sebebiyle verilen hizmetlerden sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı bulunduğu ileri sürülerek; kararın, 6100 Sayılı HMK'nın 363. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanun yararına bozulması talep edilmiştir.

Uyuşmazlık; davacı şirketin internet sitesi aracılığı ile alınan ürünün ayıplı olmasından kaynaklı olarak bedel iadesine karar verilen tüketici hakem heyeti kararının iptali istemine ilişkindir.

Dava dosyasında uyuşmazlık elektronik ortamda alışverişi gerçekleşen ürünün ayıplı olmasından kaynaklanmaktadır.

... Somut olayda, yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde internet ağı üzerinden elektronik ticarete imkan sağlayan davacı şirketin aracı hizmet sağlayıcısı konumunda olduğu ve taraflar arasında mesafeli satış sözleşmesi ön bilgilendirme formuna göre satıcı tarafın "... Pastanesi" olduğu, bu durumda davacı aracı hizmet sağlayıcının hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içeriği kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, mahkemece; 6563 Sayılı Kanun'un 9. maddesi ve yine Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesine göre aracı hizmet sağlayıcı olan davacının malın ayıplı olmasından kaynaklı sorumluluğunun bulunmadığı gözetilerek davanın kabulüne dair hüküm kurulması gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmediğinden, Adalet Bakanlığının bu yöne ilişkin kanun yararına temyiz talebinin kabulü gerekir. Yukarıda açıklanan nedenlerle Adalet Bakanlığının HMK'nın 363. maddesinin birinci fıkrasına dayalı kanun yararına temyiz talebinin kabulüyle kararın sonuca etkili olmamak üzere Kanun Yararına Bozulmasına ...15.11.2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi". Kazancı.com (Erişim Tarihi: 11.07.2022).

⁴⁹ Ayrıca bkz. Görener, Aylin. *Güven Sorumluluğu*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 16 vd.; Sert Sütçü, Selin. "Güven Sorumluluğu Kavramı ve Yargıtay'ın Güven Sorumluluğu Kavramına Yaklaşımı", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl: 2020, C.12, S. 28, s. 193-212; Sert Sütçü, s. 285-286. Karş. Gezder, s. 339 vd.

⁵⁰ Bu konuda ayrıca bkz. ve karş. ETDHK m. 9/1 ve Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik m. 6/4. Örneğin satışı yasak olan kuru-sıkı tabancaların satışa sunulması gibi durumlarda aracılık edenin sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

⁵¹ Sözleşme kurulmadan önce yapılan bilgilendirme yükümlülüğü esasen TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük ilkesine dayanmaktadır. Bu nedenle, tüketici tam ve eksiksiz şekilde bilgilendirilmelidir. Bu yükümlülüğün ihlalinde dürüstlük kuralına uymama nedeniyle ortaya çıkan zararlardan satıcı/sağlayıcı ile birlikte aracılık eden de sorumlu olmalıdır. Nitekim taraflar arasında henüz bir sözleşme kurulmamış olsa dahi ileride kurulabilecek olası bir sözleşme ihtimali nedeniyle tüketicinin zarar görmesini önleyecek şekilde satıcı/sağlayıcı ve aracılık edenin özenli davranma yükümlülüğü söz konusudur. Aracılık eden, tüketicilere güvenilir bir şekilde alışveriş yapılmasını ilgili ilke gereği sağlamak zorunda olduğundan satıcı/sağlayıcıların yapmış olduğu veya yapacağı bütün işlemleri inceleme ve kontrol etme yükümlülüğü altında olmalıdır. Aracılık edenin ticari bir faaliyet yürüttüğü ve basiretli

yapılması da dahil, ön bilgilendirmede bulunması gereken zorunlu unsurların eksik olmasından aracılık edenin de müteselsil sorumlu olacağı yönünde bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir.

2. Aracılık Edenin Kesintisiz ve Kolay Ulaşılabilir Bir Sistem Sağlama Yükümlülüğü

7392 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce TKHK m. 48/5, mal ya da hizmet satışlarına aracılık edenlerin ilgili işlem kayıtlarını tutma ve gerektiğinde bu kayıtları yetkili mercilere ibrazı yükümlülüğü ile aracılardan satıcı/sağlayıcı ile yapmış oldukları sözleşmeye aykırılıklardan sorumluluk halini düzenlenmekteydi⁵². TKHK m. 48/5'de yapılan değişikliğe göre,

Oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılar, sistem aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca tüketicilerin yönetmelikle belirlenen hususlara ilişkin talep ve bildirimlerini iletebilmelerine ve takip edebilmelerine elverişli bir sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.

Mesafeli sözleşmenin unsurlarından biri olan uzaktan pazarlama yoluyla sözleşmenin kurulabilmesi için düzenli ve süreklilik arz eden bir sistemin kurulması gerekir⁵³. İlgili hükümde mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenlerin satıcı/sağlayıcı gibi sorumlu tutulacağına dair cümlenin kaldırıldığını ve tüketicilerin satın almış oldukları ürün ve hizmetlerden doğan sorun veya taleplerini iletebilecekleri kesintisiz bir elektronik sistem diğer bir ifadeyle sürekli çalışır ve ulaşılabilir vaziyette veri tabanı oluşturmaları yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Kurulan bu sisteme (veri tabanına) tüketicilerin diledikleri zaman ve istedikleri platformdan (web, uygulama, telefon vb.) ulaşabilmeleri de mümkün olmalıdır. Örneğin tüketici, cayma süresinin son gününü bilmeli, cayma süresi içerisinde iade ettiği ürünün kargo takibini yapabilmeli ve satıcının eline ulaştığı bilgisini kurulan sistem üzerinden görebilmelidir. Tüketici kendisine yapılacak geri ödeme bilgisine de sistem üzerinden ulaşabilme imkânına sahip olmalıdır⁵⁴. Bununla beraber, tüketicilere ait hangi kişisel verilerin sistemde depolandığı ve hangilerinin satıcı/sağlayıcılar ile paylaşıldığı da sistemde yer almalıdır⁵⁵. Yalnız ilgili düzenleme incelendiğinde aracının bu yükümlülüklerle uymaması halinde ne gibi yaptırım uygulanacağına yer verilmemiştir.

davranmaları gerçeği karşısında söz konusu eksikliklerden sorumlu tutulabilmelidir. Özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranış olarak da adlandırılabilir böyle bir eksiklikte mesafeli sözleşmeye aracılık edenin de oluşan zarardan müteselsil sorumlu olması gerekir. Bkz. Hatemi, Hüseyin. *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 302 vd.

⁵² 7392 sayılı Kanun m. 7 ile birlikte, mevcut düzenlemede TKHK m. 48/5'de düzenlenmiş olan aracılık edenlerin yaptıkları işlemlere ilişkin kayıt tutma ve bunları istenildiğinde ilgili makamlara verilmesi yükümlülüğü m. 48/6-c'ye taşınmıştır. İlgili hüküm gereğince, tüketicilerin satıcı veya sağlayıcılar ile yaptıkları işlemlere ilişkin kayıtların tutulmasından ve istenilmesi halinde bu bilgilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile tüketicilere verilmesinden aracılık edenlerin de sorumlu olacakları düzenlenmektedir.

⁵³ İnal, 2005, s. 77 vd.

⁵⁴ Bu konuda ayrıca bkz. MSY m. 5.

⁵⁵ Ayrıca bkz. ve karşı. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (ETDHK) m. 3.

3. Aracıların Satıcı/Sağlayıcılarla Yapmış Oldukları Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri

TKHK m. 48/6-ç bendine göre,

Mesafeli sözleşmelere aracılık edenler satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları her bir işlemde sorumludur.

Aracıların sorumluluğunu düzenleyen yürürlükteki TKHK m. 48/5 son cümlesi, aracıların kime karşı ve nasıl sorumlu olduğu konusunda net ifadeler içermemekteydi⁵⁶. Bilindiği üzere mesafeli sözleşmelere aracılık edenler, kurmuş oldukları dijital pazarlama ağı üzerinden tüketici ile satıcı/sağlayıcıyı buluşturmakta, götürü bedel veya kararlaştırılan bir komisyon oranı karşılığında satıcı/sağlayıcıya kendi sistemleri üzerinden satış yapma izni vermektedir⁵⁷. İlgili sözleşme gereği aracılık eden, uzaktan pazarlamaya imkân verecek şekilde mesafeli sözleşmenin kurulabilmesini sağlayan bir sistemi satıcı/sağlayıcının hizmetine (kullanımına) sunmak, satıcı/sağlayıcı ise sözleşme ile belirlenmiş olan bedeli veya komisyon kesintisini ödeme yükümlülüğü altındadır. Aracılık edenin asli edimi satıcı/sağlayıcıya kurmuş olduğu ticari platformu kullandırma olmakla birlikte, bu sistemin düzgün ve kesintisiz çalışmasını sağlama, mal veya hizmetlerin tüketiciye sergilenmesi, tüketicinin bilgilendirilmesi ve bedel tahsil etme ile bunun aktarılması gibi diğer edimleri de söz konusu olabilir. İlgili düzenlemede aracılık edenin kime karşı ve ne şekilde sorumlu olacağı net olarak ifade edilmemişse de madde metninin lafzından, satıcı/sağlayıcı ile aracılık eden arasında imzalanan sözleşmedeki hükümlerin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklı tüketicinin uğrayacağı muhtemel bir zarardan aracılık edenin de sorumlu olacağı anlaşılmaktadır⁵⁸.

Mesafeli sözleşmelerde yapılan işlemlerin neredeyse tümü (sözleşmenin kurulması, cayma bildirimini vs.) aracılık edenin kurmuş olduğu platform üzerinden gerçekleştiği için tüketici lehine yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerde aracılık edenin sorumluluğunu kabul etmek gerekir⁵⁹. Aracılık eden, örneğin, tüketicinin kendisine iletmış olduğu talepleri satıcı/sağlayıcı ile yapmış olduğu sözleşmede belirtilen şekilde ve süresinde satıcı/sağlayıcıya iletmek zorundadır.

⁵⁶ İlgili kanun metninin eleştirisi için bkz. Özsunay, s. 663.

⁵⁷ Mesafeli sözleşmeye aracılık edenle satıcı/sağlayıcı arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğinin simsarlık sözleşmesi olduğu hak. bkz. Çekirdek, Meltem. *İnternet Üzerinden Satışı Konu Edinen Sözleşmelerin Belirleyici Özellikleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2019, s. 74. Mesafeli sözleşmeye aracılık edenle satıcı/sağlayıcı arasındaki ilişkinin acentelik ilişkisi olduğu konusunda bkz. Baş, Kadir. "Online Platformların Acentelik Niteliği ve Bu Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu'nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Uygulanması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl: 2017, C.33, S.4, s. 113-153. Aracılık edenle, satıcı/sağlayıcı arasındaki sözleşmenin atipik bir iş görme sözleşmesi olduğu görüşünde, İnceoğlu/Baş Süzel, s. 479. Sözleşmenin sui generis bir sözleşme olduğu görüşü için bkz. Özbay Özdoğru, s. 59-60.

⁵⁸ Bu zarar satıcı/sağlayıcının borca aykırı davranışından kaynaklansa dahi aracılık edenin satıcı/sağlayıcıyla yapmış olduğu sözleşmeye uymamasından doğan bir zarar söz konusu ise aracı sorumlu olacaktır. Örneğin tüketicinin cayma bildirimini sistem üzerindeki bir hata nedeniyle satıcı/sağlayıcıya süresi içerisinde bildirmeyen aracı, meydana gelebilecek zarardan sorumludur.

⁵⁹ İnceoğlu/Baş Süzel, s. 483 vd.

Satıcı/sağlayıcının aracılık edenle yapmış olduğu sözleşme nedeniyle tüketici aleyhine bir zararın doğması halinde, zarara sebebiyet veren aracı sitenin de müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Nitekim, tüketicinin korunması ilkesi gereği, tüketiciye mal veya hizmet ediminin ifa edilmiş olması yeterli olmaz. TKHK m. 48 ile MSY'de belirtilen ve tüketiciyi koruyan diğer hükümlerin de gereği gibi uygulanmasından (cayma hakkının kullanılması, bilgilendirme yapılması, satış bedeli, yan giderler vb.) aracılık edenin (satıcı/sağlayıcı ile akdettiği sözleşme gereği) sorumlu olması gerekir. Bu nedenle, satıcı/sağlayıcı ile aracılık eden arasındaki sözleşmede bulunmasa bile, aracılık edenin, aracılık faaliyeti gereği, satıcı/sağlayıcı ile yapmış olduğu sözleşmedeki yükümlülüklerine uyması aracılık faaliyetinin doğal sonuçlarından biridir⁶⁰. Özetle, satıcı/sağlayıcı ile aracılık edenler arasındaki sözleşme hükümlerine aykırı bir davranış nedeniyle tüketici zarar görüyorsa, yapılan her işlemde birlikte sorumluluk söz konusu olmalıdır.

4. Sözleşme Konusu Mal veya Hizmetin Teslim Edilmemesinden Doğan Sorumluluk (m. 48/6-d)

Mesafeli sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcının en önemli yükümlülüğü sipariş edilen mal ya da hizmetin tüketiciye zamanında ifa edilmesidir. Bu nedenle, satıcı veya sağlayıcı TKHK m. 48/3 gereği siparişin kendisine ulaştığı andan itibaren kararlaştırılan sürede edimini yerine getirmelidir. TKHK m. 48/3'de satıcı/sağlayıcının sözleşme konusu mal veya hizmetin teslim edilmesi hususu düzenlenmiş ancak mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin sorumluluğu TKHK m. 48/5 son cümlede (sınırlı da olsa) yer almıştır. Mevcut düzenlemeye göre,

Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur.

Mesafeli sözleşmelere aracılık edenlerin yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklerle dair sorumluluğun kapsamını belirleyen TKHK m. 48/5 son cümledeki ifade konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Değişiklik öncesi TKHK m. 48/5'de düzenlenmiş olan mesafeli sözleşmelere aracılık edenlerin tüketicilere karşı sorumluluğunun hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine dair öğretide çeşitli tartışmalar vardı. Hatta bazı yazarlar, TKHK m. 48/5 düzenlemesinin belirsizliği ve özensiz kaleme alındığı konusunda eleştiriler de getirmekteydi⁶¹.

Aracılık edenlerin sorumluluk kapsamına dair tartışmalar daha çok aracılardan tüketiciden bedel tahsil edip etmemesi etrafında şekillenmektedir. Buna göre bir grup yazar, mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin tüketiciden satıcı/sağlayıcı namı hesabına bedel tahsil etmesi

⁶⁰ Özbay Özdoğru, s. 61. Karş. Tançağı Çetin, Betül. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. Maddesi Kapsamında Mesafeli Sözleşmelerde İfa, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019, s. 35.

⁶¹ Bahsedilen eleştiriler için bkz. Çabri, Şerh, s. 891; Özsunay, 663; Sert Sütçü, s. 280; İnceoğlu/ Baş Süznel, s. 482 vd.

durumunda aynen satıcı/sağlayıcı gibi tüketicilere karşı borca aykırılıktan sorumlu olacağını; bedel tahsili yapılmadan satıcı/sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişime geçmelerine aracılık edenlerin tüketicilere karşı değil de satıcı/sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırılıktan dolayı satıcı/sağlayıcıya karşı sorumlu tutulabileceklerini ileri sürmektedir⁶². Aracılık edenlerin bedel tahsili yapması durumunda sorumluluğun edim ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisine dayandığı ve tüketicilerin taraf olmadıkları halde satıcı ile aracı arasındaki sözleşmeden yararlanabilecekleri ifade edilmektedir⁶³.

Diğer bir görüş, madde metninin lafzından hareketle, mesafeli sözleşmelere aracılık edenlerin sorumluluğunun sadece yapılan işlemlerin kaydının tutulması ve bunların ilgililere sunulmasından ibaret olduğu ve mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin sorumluluğunun satıcı/sağlayıcı ile imzalanan aracılık sözleşmesindeki yükümlülüklerle sınırlı tutulması gerektiğini belirtmektedir⁶⁴. Aynı görüş, mesafeli sözleşmenin kurulması ile aracılık eden platform ve tüketici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğunu kabul etmekte, aracılık edenlerin sadece kanundan veya satıcı/sağlayıcı ile yapmış olduğu sözleşmeden kaynaklanan borçlarını ihlal etmesi halinde sorumlu tutulacağını belirtmektedir. Ancak, AB 2011/83 sayılı Yönergesinde mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin sözleşmeye aykırılık nedeniyle tüketiciye karşı doğrudan sorumluluğunu öngören bir hüküm bulunmadığından bahisle mesafeli sözleşmeye konu borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde aracılardan tüketiciye karşı sorumlu tutulamayacağı savunulmaktadır⁶⁵. Aracının tüketiciye gönderilen mal veya sunulan hizmetin ayıplı olup olmadığını veya zapta karşı tekeffül konusunda sorumlu olup olmayacağını bilme imkânı bulunmadığından aracının sorumluluğunun dar yorumlanması ve TKHK m. 48/5 ile Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümlerine bağlı kalınması gerektiği de ifade edilmekte ve aracının tüketiciye karşı sorumluluğunun yalnızca tüketiciden bedel tahsil etme yetkisinin bulunması ve tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, tüketiciye bedel iadesi yapılmakla sınırlı tutulmaktadır⁶⁶.

Farklı görüş ise mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin sorumluluğunun sınırlı tutulması gerektiğini savunmaktadır. Buna gerekçe olarak da TKHK m. 48/5 madde tasarısında yer alan “mesafeli sözleşmelere aracılık edenlerin bedel tahsil etmesi durumunda müteselsil sorumlu olacaklarına” dair ibarenin ilgili madde metninden çıkarılması gösterilmektedir. Bu nedenle, mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin satıcı/sağlayıcının borca aykırı fiilleri nedeniyle sorumlu olamayacağı belirtilmektedir⁶⁷. Gerçekten de 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı m. 48/5, “*Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya*

⁶² Özel, s. 222-223; Aydoğdu, s. 290. Tüketiciden satış bedeli tahsil etmeden sadece tüketici ve satıcı/sağlayıcıyı buluşturan siteler (örn. fiyat karşılaştırma siteleri) bakımından müteselsil sorumluluk söz konusu değildir. Ayrıca bkz. Uzun Kazmacı, s. 2811.

⁶³ Topaloğlu, s. 775.

⁶⁴ İnceoğlu/ Baş Süzel, s. 480-481. Aynı yönde, Özbay Özdoğru, s. 95.

⁶⁵ Özbay Özdoğru, s. 95-96. Aracı ile tüketici arasında üyelik sözleşmesi haricinde bir sözleşme bulunmadığı hususunda bkz. Sert Sütçü, s. 280.

⁶⁶ Sert Sütçü, s. 283-284. Yazar, mesafeli sözleşmelere aracılık edenlerin ancak güven sorumluluğu çerçevesinde satıcı/sağlayıcılarla birlikte (ve sadece bazı durumlarda sınırlı olmak kaydıyla) müteselsil sorumlu olabileceklerini ifade etmektedir. Bkz. s. 285 vd. Karş. Özbay Özdoğru, s. 109 vd.

⁶⁷ Tançağı, Çetin, s. 35. Yazar mesafeli sözleşmelere aracılık edenler bakımından bazı ek yükümlülükler getirilmesi gerektiğini de ifade etmektedir. Bkz. s. 38 vd.

kullandırmak suretiyle ve satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil ederek mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur” şeklindeydi. Bahsedilen tasarıda bedel tahsil eden ve etmeyen araçlar arasında bir ayırım yapılmakta, bedel tahsili yapan araçların müteselsil sorumlu olacağı düzenlenirken, yer sağlayıcı niteliğinde olan ve bedel tahsili yapmayan araçlar bakımından böyle bir sorumluluk öngörülmemekteydi⁶⁸. İlgili tasarı görüşmeleri sırasında Komisyon görüşü de alınmak suretiyle madde metninde değişikliğe gidilmiş ve e-ticaret platformlarının müteselsil sorumlu tutulması halinde bu alanda hizmet vereceklerin yatırım yapmaktan imtina edeceği gerekçe gösterilerek e-ticaret sitelerinin satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsil sorumlu olacağına dair ibare madde metninden çıkartılmıştır⁶⁹. Bu nedenle bazı yazarlar, kanun koyucunun aracılık edenler bakımından net ve açık bir irade ortaya koyduğundan bahisle, aracılık edenlerin sorumluluğunun sınırlı tutulması ve satıcı/sağlayıcı ile müteselsil sorumlu olamayacağını savunmaktadır⁷⁰.

Öğretideki son görüş, TKHK m. 3/1-1 ve i atfıyla, satıcı/sağlayıcı nam ve hesabına hareket edenlerin satıcı/sağlayıcının temsilcisi olarak kabul edilmesi gerektiğini ve bu nedenle sözleşmede taraf haline geldiklerini savunmaktadır. Sözleşmede taraf olan araçların da tüketiciye karşı birlikte sorumlu olacaklarının kabulünün gerektiği ifade edilmektedir⁷¹.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi ise 6563 Sayılı Kanun m. 9 ve Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik m. 6'yı gerekçe göstererek aracı hizmet sağlayıcıların malın ayıplı olmasından kaynaklı sorumluluğunun bulunmadığına dair karar vermiştir^{72 73}.

⁶⁸ Topaloğlu, s. 775; Karakocalı/ Kurşun, s. 166.

⁶⁹ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf> (Erişim Tarihi: 12.05.2022).

⁷⁰ Sert Sütçü, s. 285-286; Özbay Özdoğru, s. 97; Tançağı Çetin, s. 35 vd. Aksi görüşte, Çabri, Şerh, s. 892 vd.; Aydoğdu, s. 290. Karş. Topaloğlu, s. 775; Özsunay, s. 663.

⁷¹ Çabri, Şerh, s. 892-893. Ancak yazar, mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin bedel tahsilatı yapmaması halinde, birlikte sorumluluğun söz konusu olmadığını belirtmektedir. Aksi görüşte, Sert Sütçü, s. 282 vd.; Topaloğlu, s. 775. Ayrıca bkz. Çelik, Büşra. *Mesafeli Sözleşmelerde Risk ve Masrafların Paylaşımı*, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 93-94.

⁷² Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 9/1: Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik m. 6/4: Aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içeriği kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

⁷³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 15.11.2021 T., 2021/4000 E., 2021/11403 K. “... Somut olayda, yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde internet ağı üzerinden elektronik ticarete imkan sağlayan davacı şirketin aracı hizmet sağlayıcısı konumunda olduğu ve taraflar arasında mesafeli satış sözleşmesi ön bilgilendirme formuna göre satıcı tarafın "... Pastanesi" olduğu, bu durumda davacı aracı hizmet sağlayıcının hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içeriği kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, mahkemece; 6563 Sayılı Kanun'un 9. maddesi ve yine Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesine göre aracı hizmet sağlayıcı olan davacının malın ayıplı olmasından kaynaklı sorumluluğunun bulunmadığı gözetilerek davanın kabulüne dair hüküm kurulması

Öğretide tartışmalı olan bu konuya dair 7392 sayılı Kanun m.7 ile getirilen TKHK m. 48/6-d'ye göre,

Mesafeli sözleşmelere aracılık edenler satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi halinde, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar ile Kanununun 11 inci ve 15 inci maddelerinde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Yapılan değişiklikle birlikte 6502 sayılı TKHK tasarısı görüşmelerinde madde metninden çıkarılan bedel tahsilatı yapan aracılar için müteselsil sorumluluk getirilmektedir. Böylece öğretide fikir birliği bulunmayan aracılardan sözleşme konusu edimin teslim veya ifasına dair yükümlülüğü konusundaki tartışmalar bakımından yeni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre aracılar, mesafeli sözleşme ile satın alınan mal veya hizmet bedelinin satıcı/sağlayıcıya aktarılmasındaki süre ile sınırlı olmak kaydıyla teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Mesafeli sözleşmeye aracılık edenin müteselsil sorumluluğu satış bedelini kendi uhdesinde tuttuğu süre boyunca geçerli olup satış bedelinin satıcı/sağlayıcıya aktarımı yapıldıktan sonra müteselsil sorumluluk söz konusu değildir. Kanun koyucu, madde metninde aracılık edenlerin müteselsil sorumluluğuna dair istisna getirmekte ve bu durum tüketici aleyhine görünmektedir. Madde metnine göre satış bedelinin satıcı/sağlayıcıya aktarılması durumunda aracılık edenlerin müteselsil sorumlu olmayacağı anlaşılmakta ve tüketicilere karşı sorumluluğun kapsamı daraltılmaktadır. İlgili düzenleme, öğretideki bir kısım tartışmaları sonlandırıyor ve tüketici menfaatlerini koruma adına bazı yenilikler içeriyor olsa da aracılık edenlerin müteselsil sorumluluğu bakımından getirilen istisna, tüketicinin haklarını yeterli derecede korumaktan uzaktır.

Müteselsil borçluluğu düzenleyen hükümler incelendiğinde borçluların müteselsil borçlu olduklarına dair sözleşmede ifade veya ibarenin bulunması gerekip gerekmediği konusunda tartışmalar mevcuttur. Öğretide bir kısım yazarlar teselsülün sözleşmede açıkça gösterilmesi veya belirtilmesi gerektiğini savunurken karşı görüşteki yazarlar “borcun mahiyeti veya tarzı teşekkülünden” borçluların müteselsil borçlu olduklarının anlaşılması durumunda, herhangi bir ifade bulunmasa dahi, borçluların müteselsil borçlu olduklarını kabul etmektedir⁷⁴. Türk Borçlar Kanunu düzenlemesinde irade beyanı ile müteselsil borçluluğun kurulmasına engel olmak amaçlanmadığından tarafların müteselsil borçluluğa ilişkin iradeleri somut olayın özellikleri gereği zımnen de meydana gelebilir. Bu durumda tarafların söz ve davranışları güven prensibi çerçevesinde yorumlanmalıdır⁷⁵. Buna göre, sözleşmenin kurulması sırasında durumun arz ettiği

gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmediğinden, Adalet Bakanlığının bu yöne ilişkin kanun yararına temyiz talebinin kabulü gerekir...”. Kararın tam metni için bkz. dn. 48.

⁷⁴ Görüşler için bkz. Şahin Caner, Ayşenur. *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 71-73.

⁷⁵ Oğuzman/ Öz, s. 470; Şahin Caner, s. 73 vd. Ancak unutulmamalıdır ki birden fazla kişinin borç altına girdiği her ilişki müteselsil borç ilişkisi olarak kabul edilmez.

özellik ve işin niteliği dikkate alındığında borçluların borcun tamamından sorumlu olduklarını kabul ettiklerini düşünmesi, alacaklı açısından haklı görülebiliyor ise (açıkça ifade edilmese bile) müteselsil borçluluğun doğduğu sonucuna varılmalıdır⁷⁶. Müteselsil sorumluluk bakımından her bir sorumlu kişi diğerinin ihlalini biliyor veya bilebilecek durumdaysa bu durumda ortak kusur da söz konusudur⁷⁷.

Yukarıda anlatılanlar doğrultusunda, mesafeli sözleşmeye aracılık edenler tüketiciden satıcı/sağlayıcı adına bedel tahsil ediyorsa aynen satıcı/sağlayıcı gibi tüketicilere karşı borca aykırılıktan sorumlu olmalıdır⁷⁸. Aracılık edenlerin bedel tahsili yapması durumunda sorumluluğun edim ilişkisinden bağımsız borç ilişkisine dayandığı ve tüketicilerin taraf olmadıkları halde satıcı ile aracı arasındaki sözleşmeden yararlanabileceklerinin kabulü gerekir⁷⁹. Tüketici ve aracı arasında güvene dayalı bir ilişki söz konusu olduğu için sorumluluğun varlığı esasen taraflar arasındaki bu özel bağa dayanır. Aracılık edenlerin reklam ve tanıtım faaliyetleri ile tüketiciler üzerinde oluşturdukları güven hukuken korunmaya değer bir güvendir. Taraflar arasında oluşan bu yoğun güven ilişkisi, sözleşmenin varlığından bağımsız olarak, güven sorumluluğunu ortaya çıkarmaktadır⁸⁰. Güven sorumluluğunda, sözleşme sorumluluğu veyahut sözleşme dışı sorumluluk koşulları oluşmasa bile bir kimsenin dürüstlük kuralına göre gidermesi gereken gerçeğe aykırı bir hukuki görünüşe haklı güveni dolayısıyla üçüncü kişi zarar görmüşse hakkaniyet prensibi gereği bunun tazmin edilmesi gerekir⁸¹. Öğretide güvenin pozitif ve negatif olarak korunması şeklinde ayrıma tutulan güven sorumluluğunda kişi, kendi malvarlığı, kişilik hak ve menfaatlerine özen gösterileceği ve bir zarara uğramayacağını düşünerek başka bir kişinin hakimiyet alanı altına girer. Kişinin duyduğu güvenin boşa çıkması sonucu zararın oluşması halinde güvenin negatif korunmasından söz edilir⁸². Bu duruma alışveriş yapmak için bir

⁷⁶ Oğuzman/ Öz, s. 470; Şahin Caner, s. 74 vd. Kaldı ki, tüketicinin korunması ilkesi dikkate alındığında müteselsil sorumluluğun kabulü, zarar gören tüketiciye daha güçlü ve ayrıcalıklı bir konum sağlamaktadır. Müteselsil sorumlulukta amaç zarar görenin korunmasıdır. Eren, s. 818 vd.

⁷⁷ 818 sayılı BK'dan farklı olarak TBK'da tam teselsül ve eksik teselsül ayrımı kalkmakla birlikte müteselsil sorumluluk bakımından dış ilişkide ortak bir kusur söz konusu ise sorumlulardan birinin hafif kusurlu olması zarar görene karşı sorumluluğun azalmasına neden olmaz. Bkz. Oğuzman/ Öz, s. 471 vd. Kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan özen sorumluluğunun yerine getirilmemesi esasen müteselsil sorumluluğu ortaya çıkarır. Bkz. ve karşı. Eren, s. 824.

⁷⁸ Özel, s. 222-223; Aydoğdu, s. 290. Tüketiciden satış bedeli tahsil etmeden sadece tüketici ve satıcı/sağlayıcıyı buluşturan siteler (örn. fiyat karşılaştırma siteleri) bakımından müteselsil sorumluluk söz konusu değildir. Ayrıca bkz. Uzun Kazmacı, s. 2811.

⁷⁹ Topaloğlu, s. 775. Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin kaynağı dürüstlük kuralıdır. Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinde borç, henüz edim yükümlülüğü doğmadan sırf temasa geçmiş olmaları nedeniyle taraflar arasında kurulmuş olan koruma (yan) yükümlülüklerin ihlalinden doğar. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerde taraflardan birinin koruma alanındaki kişi ile diğer taraf arasında sözleşme yoktur. Ancak bu tür borç ilişkileri genellikle sözleşme görüşmeleri esnasında söz konusu olduğundan görüşmeler sonucu sözleşmenin kurulması halinde edim yükümlülüğünden bağımsız olan bu borç ilişkisinin "akdi bir borç ilişkisine" mi evrildiği veya "kanuni bir borç ilişkisi" olma niteliğini sürdürdüğü hususunda öğretide tartışma vardır. İlgili görüş ve tartışmalar için bkz. Eren, s. 44.

⁸⁰ Güven sorumluluğunun unsurları şöyledir; taraflar arasında özel bir bağlılık (güven ilişkisi) olmalı; zarar veren, davranışlarıyla zarar görende korunmaya değer bir güven oluşturmalı; güvene dayalı ortaya çıkan zarar ile zarar verenin davranışı arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Bkz. Görener, s. 18-24; Sert Sütçü, s. 285. Güven sorumluluğu aslında sözleşmesel sorumluluktan bağımsız bir sorumluluk olup üçüncü kişiyi koruyucu etkisi söz konusudur. Bkz. Kalkan Oğuztürk, Burcu. *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapevi, İstanbul, 2008, s. 266-272; Eren, s. 44.

⁸¹ Hatemi, s. 302 vd.; Kalkan Oğuztürk, s. 249.

⁸² Güvenin pozitif ve negatif olarak korunması ile diğer görüşler hakkında bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 250 vd.

mağazaya girilmesi örnek gösterilebilir. Mağazadan henüz satış sözleşmesiyle ürün satın alınmamış olursa dahi işlem temasına geçilen mağaza sahibi veya çalışanlarının müşterinin can ve mal güvenliğini koruyacağına güvenilir. Başka birinin hakimiyet alanına giren böyle bir kişinin (örnekte müşterinin) tam bir emniyet hissi ve güvende olduğunu düşünmesi beklenen ve olağan bir durumdur⁸³.

Aracılık edenlerin günümüz satış rakamlarına ulaşmasında tüketicilerde yaratmış olduğu güven duygusunun etkisi bilinen bir gerçektir. Nitekim aracılık edenler kendi davranışlarıyla (reklam, tanıtım vs.) tüketicilerde hukuken korunmaya değer güven oluşturmakta, tüketiciler de bu güvene dayalı olarak satın aldıkları mal veya hizmetten kaynaklı ayıba ilişkin taleplerini sözleşmenin her aşamasında aracılık edene de yöneltebileceklerini düşündüğü ve buna güvendiği için hakkında bilgi sahibi olmadığı satıcı/sağlayıcı ile mesafeli sözleşme kurmaktadır. Aracılık edenlerin tüketiciler üzerinde yaratmış olduğu nitelikli güven duygusu nedeniyle (ve dürüstlük kuralı gereği) hem güven sorumluluğu hem de özenli davranacaklarına dair tüketicide yarattıkları izlenim de dikkate alınarak, sözleşmenin bütün safhalarında satıcı/sağlayıcı ile birlikte sorumlu tutulmaları gerekirdi⁸⁴. Zira mesafeli sözleşmeye aracılık edenler (en azından) hizmet verdikleri satıcı/sağlayıcıların, akdedilen sözleşme kapsamında yükümlülüklerini yerine getirip getiremeyeceklerini araştırmalı ve bu araştırmayı yaparken özen göstermelidirler. Aksi halde, satıcı/sağlayıcının iflas etmesi, ticaret hayatından çekilmesi ya da bulunamaması durumlarında tüketicilerin kimi muhatap alacağı ve zararının nasıl karşılanacağı belirsiz hale gelmektedir.

5. Aracının Onay Almadan Yapmış Olduğu İşlemler Bakımından Sorumluluğu

Önceki başlıklarda ifade edildiği üzere, mesafeli sözleşmeye aracılık edenler, satıcı/sağlayıcı ile imzaladıkları sözleşmeye uygun davranmak zorundadır (m.48/6-ç). Aracıların satıcı /sağlayıcı ile imzaladıkları sözleşmeye aykırı fiili nedeniyle satıcı/sağlayıcı tüketicilere karşı borca aykırı bir davranışta bulunuyor ve bunun sonucunda zarar meydana geliyorsa aracının sorumluluğu söz konusudur (m.48/6-e). Farklı anlatımla, mesafeli sözleşmeye aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenledikleri kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda, sözleşmenin satıcı/sağlayıcı tarafından hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden ilgili düzenleme gereği sorumludur.

Mesafeli sözleşmeye aracılık edenler çeşitli zaman dilimlerinde kampanyalı, indirimli veya promosyonlu ürün satışları yaparak işlem hacimlerini ve satışlarını arttırmayı hedefler. Buradaki amaç kâr oranlarını yükseltmek, rekabet ve pazarlama stratejileri gibi nedenler veya stokları eritme olabilir. Ancak aracılık edenler bunu satıcı/sağlayıcı ile yapmış oldukları sözleşmeye uygun biçimde ve satıcı/sağlayıcının kendisine ilettiği zaman aralığında, ürün sayısı ve indirim oranına uygun şekilde yapmak zorundadır.

⁸³ Bir kimsenin özen göstereceğine dair güven olarak tanımlanan ve Canaris tarafından öne sürülen "Anvertrauenshaftung" kavramı hakkında bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 249-251. Sözleşme görüşmelerine başlayan veya sosyal temasa geçen kişiler birbirlerine karşı gereken özeni göstermek zorundadır. Bkz. Eren, s. 43.

⁸⁴ Aracılık edenlerin güven sorumluluğunun dar kapsamlı olarak yorumlanması ve tüketicinin satıcı/sağlayıcı ile aracıyı ayırt edebildiği durumlarda aracının güven sorumluluğuna dayalı müteselsil sorumlu olmaması gerektiği hakkında bkz. Sert Sütçü, s. 286.

Uygulamada aracılık edenlerin çoğu zaman satıcı/sağlayıcının kendisine bildirdiği indirimli fiyattan daha düşük bedelle satış yaptığı ve/veya satıcı/sağlayıcının tayin ettiği süre aralığının dışında ürün veya hizmetleri kararlaştırılan orandan daha fazla indirimli olarak satışa sunmaya devam ettiğine rastlanmaktadır. Bu durumda aracılık edenlerin satıcı/sağlayıcıyla imzaladıkları sözleşmeyi ihlal ettikleri kabul edilerek, sözleşme konusu mal veya hizmetin satıcı/sağlayıcı tarafından eksiksiz yerine getirilmemesi halinde sorumlu oldukları m. 48/6-e'de düzenlenmektedir⁸⁵.

Mesafeli sözleşmeye aracılık edenin kendi kâr payı veya komisyon oranından vazgeçerek ilgili mal veya hizmet bedelinde satıcı/sağlayıcının onayını almadan indirim veya kampanya yapması mümkündür. Bu durumda öncelikle ürünün stoklarda ve teslim hazır olması gerekir. Sistemden kaynaklanan arıza veya aksaklıklar nedeniyle stokların yetersiz ya da tükenmiş olduğu bilgisine erişemeyen aracılık edenlerin satışa devam ederek tüketicilerle sözleşme kurmaya devam etmesi söz konusu olabilir. Teknik arızanın söz konusu olduğu durumlarda öncelikle satıcı/sağlayıcı ile aracılık eden arasındaki sözleşme hükümlerine göre, sözleşmede bir hüküm bulunmaması halinde kusurlu olan tarafın sorumlu olması gerekir.

6. Aracıların Ön Bilgilendirmeye İlişkin Diğer Yükümlülükleri

Mesafeli sözleşmelerin barındırdığı riskler ve taraflardan birinin tüketici olması hasebiyle tüketicilerin bilgilendirilmesi önem arz eder. Nitekim tüketici, tanımadığı bir satıcı/sağlayıcıyla muhatap olmakta ve niteliğini, fiyatını ve diğer ayrıntılarına vakıf olmadığı bir ürünü ya da hizmeti genellikle görmeden satın almaktadır⁸⁶. Tüketicinin ön bilgilendirilmesine dair hükümler ise TKHK m. 48/2 ile beraber MSY m. 6, 7 ve 8'de düzenlenmiş olup ön bilgilendirmenin yapılmasına dair ispat yükü MSY m. 5/6 gereği satıcı/sağlayıcıya aittir.

Tüketicinin ön bilgilendirmesine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde aracılık edenlerin tüketiciyi bilgilendirme konusunda yükümlü tutulmadığı görülecektir⁸⁷. Mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin yürürlükteki MSY m. 20/2 gereği satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermektan başka yükümlülükleri yoktur. 7392 sayılı Kanunla değişen TKHK m. 48/6-f'ye göre, mesafeli sözleşmeye aracılık edenler de artık ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından sorumlu olacaktır. TKHK m. 48/6-f gereği aracılık edenlere her ne kadar ön bilgilendirme yükümlülüğü getirilmekte ise de ön bilgilendirmeye dair sorumluluğun ürün reklamlarında bahsedilen bilgilerle sınırlı olduğu görülmektedir.

⁸⁵ Burada edim ilişkisinden bağımsız borç ilişkisinin söz konusu olduğu ve tüketicinin taraf olmadığı halde aracılık eden ile satıcı/sağlayıcı arasındaki sözleşmeden yararlanabileceği belirtilmiştir. Nitekim bu hukuki ilişkiye tüketicinin de dahil olmasıyla üçlü bir ilişki söz konusudur. Bkz. Topaloğlu, s. 775; Tançağı Çetin, s. 35-36. Karş. Özbay Özdoğru, s. 91 vd. Yazar, aracılık edenlerin tüketicilere karşı sorumluluğunun tüketici ile aracılık eden arasında kurulan sözleşmeden kaynaklandığını belirtmektedir. Bkz. s. 95.

⁸⁶ Gezder, s. 338 vd.; Bütün Yılmaz, s. 334 vd.

⁸⁷ Özlük, s. 89.

Bilindiği üzere, TKHK m. 8/2 ve 13/2 gereği, internet portalında veya reklam ve ilanlarda yer alan özelliklerden bir ya da birkaçına sahip olmayan mal veya hizmetler ayıplı mal ve hizmet olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle satışa sunulan ürün veya hizmetin reklamlarında belirtilen nitelik veya özellikler ön bilgilendirme ile uyumlu olmak zorundadır⁸⁸. İlgili düzenlemeye göre mesafeli sözleşmeye aracılık edenler, ürün veya hizmetin reklamlarında veya herhangi bir pazarlama kanalı ya da elektronik yollarla tanıtımlarında bahsedilen özellik ve/veya niteliklerinin ön bilgilendirmede bulunan bilgilerle uyumlu olmasından ve bunun ispatından sorumlu olacaktır. Ancak bu noktada ortaya çıkacak sorun, satıcı/sağlayıcıların mal veya hizmet reklamını abartılı olarak yapmasıdır. Aldatıcı reklamlardan farklı olarak, abartılı reklamların bir nitelik bildirim sayılıp sayılamayacağı tartışması karşısında en uygun çözüm yolu, tüketicinin yapılan tanıtım veya reklamlarda bahsedilen özellik ve niteliğin abartılı olduğunu somut olaya ve dürüstlük kuralına göre ayırt edebilmek edemeyeceğine göre belirlemektir⁸⁹. Reklamı yapılan ürünlerdeki özelliklerin tüketicilere yapılan ön bilgilendirmedeki hususlarla birebir aynı olması beklenmemekle beraber ortalama tüketici beklentisi dikkate alındığında en azından mal/hizmetin sahip olması gereken objektif özellik ve niteliklerinin ön bilgilendirmede yer alması ve yapılan reklamlarla uyumlu olması gerekir. Aksi durumda satıcı/sağlayıcı ile birlikte mesafeli sözleşmeye aracılık edenler bakımından da sorumluluk söz konusu olacaktır.

SONUÇ

Ön ödemeli konut sözleşmeleri bakımından günümüzdeki en önemli sorun, konutun tüketicilere hiç ya da zamanında teslim edilmemesidir. Bu nedenle tüketiciyi koruyan ve teminatı düzenleyen hükümlere (TKHK m. 42, ÖÖKSHY 12-13-14-15) acilen işlerlik kazandırılmalıdır. Konut projesinin yapımına başlamadan önce satıcıların, tüketici lehine gerekli teminatı sağlaması konusunda bazı yasal düzenlemeler bulunmakla birlikte ön ödemeli konut satışlarında bu hükümler (TKHK m. 42) kesinlikle uygulanmamaktadır. Teminata ilişkin hükümlerin yerine getirilmemesi nedeniyle tüketiciler mağdur olduğundan öncelikle bu yönde düzenlemeler yapılmalıdır.

7392 sy. Kanun m. 6 gerekçesinde, ön ödemeli konut satışları bakımından konutun teslim süresinin ihlal edilmesi halinde herhangi yaptırımın bulunmadığı belirtilmektedir. Halbuki tüketiciler TKHK m. 83 atfıyla TBK m. 123 vd. hükümlerine veya TKHK m. 8/3'e göre ya da ÖÖKSHY m.9'a dayanarak temerrüde düşen satıcıya karşı haklarını kullanabilmektedir. Bu nedenle, konutun teslim edilmesinin zorunlu tutulmasına dair madde metnindeki ifade, tüketiciye ek bir güvence sağlamamaktadır.

Yapılan değişiklikler arasında asıl dikkat çekici durum, ön ödemeli konut satışlarında konutun teslim süresinin otuz altı aydan, kırk sekiz aya çıkartılmış olmasıdır. Konutun teslim

⁸⁸ Burada kastedilen şey, ürünün temel işlevi, özellikleri ve diğer ürünlerle birlikte çalışmaya uyumlu olup olmadığı ve ürün güvenliğine dair bilgilerdir. Örneğin, dijital bir kol saatinin reklamlarında EKG (elektrokardiyografi) çekebilme özelliğine sahip olduğu ilan ediliyor ancak bu özellik Türkiye'de kullanılmıyor ise bu durumda tüketici bilgilendirilmeli ve hatta buna dair aydınlatılmış rızası alınmalıdır.

⁸⁹ İlgili tartışma ve görüşler için bkz. Avcı Braun, s. 129 vd. Örneğin bir tatil köyü reklamında, tüketicilerin o tatil köyüne gitmekle gençleşeceği ve tüm sorunlarından kurtulacağı yönünde tanıtım yapılsa da bunun ciddi olmadığı ve abartılı olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca bkz. ve karşı TKHK m. 9/2.

süresinin on iki ay daha uzatılmasının tüketiciye nasıl faydasının olacağını cevaplamak mümkün değildir. Zira tüketici, ön ödemeli olarak satın aldığı konutun teslimi için bir yıl daha fazla bekleyecek ve bu süre zarfında örneğin kirada oturuyorsa, bir yıl daha uzun kira ödemek zorunda kalacaktır. Her ne kadar ilgili madde gerekçesinin son cümlesinde “büyük ölçekli konut projelerinin tamamlanması uzun sürdüğünden ön ödemeli satılan konutun teslim süresinin kırk sekiz aya çıkarıldığından” bahsedilmiş olsa da küçük ölçekli projelerin kırk sekiz aylık süreden muaf tutulmadığı görülmektedir. Bize göre (en azından) belirli bir sayı veya meblağın üzerindeki konut projeleri bakımından teslim süresi kırk sekiz ay olarak düzenlenmeli, belirlenen sayı veya bedelin altındaki projeler için otuz altı aylık süre korunmalıydı.

7392 sayılı Kanun m. 7 ile TKHK m. 48/3'de yapılan diğer bir değişiklikle satıcı, tüketicinin özel istek ve/veya ihtiyaçları doğrultusunda hazırladığı malların tesliminde otuz günlük süreye tabi olmayacaktır. Satıcı ve tüketici, sözleşmenin kurulması esnasında teslim için hangi süreyi kararlaştırmışlarsa malın teslimi o zaman yapılacaktır. İlgili hükümde, özel sipariş ürünlerin teslim süresi bakımından üst sınır getirilmemesi eksiklik gibi algılansa da tarafların sözleşme hükümlerini serbestçe kararlaştırabilmeleri ve tüketicinin bunu kabul etmemesi mümkündür. Burada önemli olan, teslim süresinin sözleşme kurulmadan önce tüketici tarafından görülebilir (fark edilebilir) olmasıdır. Tüketici kişisel istek ve ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan ürünün kendisine teslim edileceği süreyi gördükten sonra buna özel olarak onay vermelidir.

Tüketicinin ön bilgilendirilmesinde bulunması gereken zorunlu hususlardaki eksikliklerden mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin sorumlu tutulacağı düzenlenmektedir. Ancak veri girişinin satıcı/sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlar bakımından istisna getirilmesi, aracılık edenlerin korunduğu izlenimi yaratmaktadır. Zira hem dürüstlük kuralı hem de aracı sitelerin tüketicide uyandırdıkları güvenden kaynaklanan güven sorumluluğu gereği, ön bilgilendirme formunun (kim tarafından sisteme yüklenildiğine bakılmaksızın) satıcı/sağlayıcı tarafından yüklenmesi durumunda da mesafeli sözleşmeye aracılık edenlerin sorumlu tutulması gerekirdi.

Mesafeli sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcının en önemli yükümlülüğü satın alınan mal ya da hizmetin taahhüt edilen sürede tüketiciye ifa edilmesidir. 7392 sayılı Kanun m.7 ile düzenlenen TKHK m. 48/6-d, mesafeli sözleşmeye aracılık edenleri sözleşmenin ifası bakımından satıcı/sağlayıcı ile birlikte müteselsil sorumlu tutmakta ancak aracının bedel aktarımı yapıldıktan sonra müteselsil sorumluluğunun söz konusu olmayacağı düzenlenmektedir. Kanun koyucu, aracılık edenlerin müteselsil sorumluluğuna istisna getirerek, aracılık edenler lehine ve tüketici aleyhine bir durum yaratmaktadır. Zira aracılık edenler, sözleşmenin her aşamasında tüketicilerle muhatap olacağı algısını yaratmakta ve tüketiciler bu güvene dayalı olarak satın aldıkları mal veya hizmetten kaynaklı ayıba ilişkin taleplerini sözleşmenin her aşamasında aracılık edene de yöneltebileceklerini düşünmektedir. Aracılık edenlerin tüketiciler üzerinde yaratmış olduğu bu güven duygusu nedeniyle (ve dürüstlük kuralı gereği) güven sorumluluğu dikkate alınarak, sözleşmenin bütün safhalarında satıcı/sağlayıcı ile birlikte sorumlu tutulabileceği yeni bir kanuni düzenleme getirilmelidir.

KAYNAKÇA

Acar, Hakan. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi”, *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (kapatıldı)*, C. 3, S.1, 2015, s. 11-40.

Akipek, Şebnem. “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyumu”, *BATİDER*, C. XXI, S. 4, 2002, s. 45-66.

Aslan, Kemale Leyla. “İnternet Üzerinden Yapılan Alışverişlerde Tüketicinin Korunması” *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları*, (Edt. Zeytin Çağrı, Gözde), On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 315-342.

Atamer, Yeşim M. Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, On İki Levha, İstanbul, 2016.

Avcı Braun, Cihan. “Tüketicinin Korunması Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C. XII, S. 2, 2015, s. 1-45.

Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Aydoğdu, Murat/ Nart, Serdar. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Bozbel, Savaş. “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, *AÜEHFD*, C. 3, S. 3-4, Aralık 2003, s. 783-804.

Bütün Yılmaz, Derya G. “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 2, 2020, s. 325-368.

Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (Şerh).

Çabri, Sezer. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi”, *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 205-240.

Dalkılıç Demir. Müge, *Bağlı Kredi ile Ön Ödemeli Konut Satışı*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Demir, Mehmet. *Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

Doğar, Mehmet. *Ön Ödemeli Konut Satışı*, On İki Levha, İstanbul, 2018.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Erman, Hasan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2010.

Genç, Ahmet Ali. *Ön Ödemeli Konut Satışında Konutun Zamanında Devir ve Teslim Edilmemesi*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2021.

Gezder, Ümit. “Mesafeli Sözleşmeler”, *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (Der: İnceoğlu, Murat), On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 327-342.

Görener, Aylın. *Güven Sorumluluğu*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Gümüş, M. Alper. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Hatemi, Hüseyin. *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

İnal, Emrehan. *Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımılı İnşaat Sözleşmesi*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2011.

İnal, Emrehan. *İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005 (2005).

İnal, Tamer. “Ön Ödemeli Konut Satışı”, *Milli Şerh* (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 621-738 (Şerh).

İnceoğlu, M. Murat/ Baş Süzel, Ece. “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 189-190, 2020, s. 475-491.

Kalkan Oğuztürk, Burcu. *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapevi, İstanbul, 2008.

Kara, İlhan. *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınevi, Ankara, 2015.

Karakocalı, Ahmet/ Kurşun, Ali Suphi. *Tüketici Hukuku*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2015.

Makaracı, Aslı. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı”, *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, (Der: İnceoğlu, Murat), On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 241-259.

Oğuzman, Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenip Genişletilmiş 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

Öz, Turgut. “6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler”, *6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu*, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Döner, İsa) 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 83-114.

Öz, Turgut. “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”, *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015*, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 138-160.

Özbay Özdoğru. Zeynep. *İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketiciye Karşı Sorumluluğunun Şartları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.

Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Özlük, Betül. “Akıllı Mesafeli Sözleşmelerde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 1, 2020, s. 81-113.

Özmen, E. Saba/ Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*, On İki Levha, İstanbul, 2016.

Özsunay, R. Murat. “Mesafeli Sözleşmeler ve E-Ticarete Tüketicinin Korunması” *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu*, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Üçışık, Fehim), Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 656-665.

Sert Sütçü, Selin. “Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi”, *NEÜHFD*, C. 4, S.1, 2021, s. 276-287.

Şahin Caner, Ayşenur. *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Tançığı Çetin, Betül. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. Maddesi Kapsamında Mesafeli Sözleşmelerde İfa*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019.

Tekçe, Ayşegül. “Mesafeli Satış Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2021, s. 224-276.

Topaloğlu, Mustafa. “Topaloğlu Şerhi”, *Milli Şerh*, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 759-794

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. *Ön Ödemeli Konut Satışlarına İlişkin Kanun Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020.

Uzun Kazmacı, Özge. “TKHK Çerçevesinde Elektronik Sözleşmeler”, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım*, (Edt. Hamamcıoğlu, Esra/ Uzun Kazmacı, Özge/ Yardım, M. Ertan/ Karamanlıoğlu, Argun/ Sayın, Zeliha Gizem), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 27-32.

Uzun Kazmacı, Özge. “İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 2791-2818.

Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi*

Ozan Emin HALHALLI 

Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi, İktisadi-İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye
ozanemin.halhalli@tau.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 15.06.2022

Kabul: 19.08.2022

Yayın: 01.09.2022

Anahtar Kelimeler:

Uluslararası Hukuk,
Rusya Federasyonu,
Ukrayna, Kırım'ın
İlhakı, Kuvvet
Kullanma Yasağı.

Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasında, özellikle son dönemde silahlı çatışmaya dönüşen bazı uyumsuzluklar yaşanmıştır. 16 Mart 2014 tarihinde Kırım'da gerçekleştirilen referandum neticesinde ortaya çıkan hukuki durum, sonrasında her ne kadar Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun almış olduğu 68/262 sayılı Karar ile tanınmamış olsa da önemli bir süreci başlatmıştır. Rusya Federasyonu'nun Kırım'ı ilhak etmesiyle başlayan bu süreç, gelinen noktada uluslararası hukuk açısından önemli sonuçları beraberinde getirmiştir. Bu sonuçların belki de en önemlisi, Rusya Federasyonu tarafından "Luhansk Halk Cumhuriyeti" ve "Donetsk Halk Cumhuriyeti" olarak adlandırılan toprakların bağımsızlıklarının kabul edilmesidir. Bu tanıma işleminin öncesinde ve sonrasında ortaya çıkan hukuki durumun; Birleşmiş Milletler Andlaşması ve uluslararası örf-âdet kuralları açısından kısaca değerlendirilmesi önemlidir. İki devlet arasında yaşanan uyumsuzluklar çok yönlüdür. Rusya Federasyonu tarafından askeri müdahalenin gerekli olduğuna ilişkin ileri sürülen üç hukuki ifade dikkat çekicidir. Bunlardan ilki, Rusya Federasyonu'nun önleyici meşru savunma hakkı olduğuna ilişkindir. Ancak, uluslararası hukukta bu argümanı destekleyen yazılı bir norm olmaması nedeniyle ilgili argümanın birçok tartışmayı beraberinde getirdiği de bir gerçektir. İkinci argüman ise Luhansk Halk Cumhuriyeti ve Donetsk Halk Cumhuriyeti tarafından yapılan çağrının karşılığında Rusya Federasyonu'nun Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 51 düzenlemesi uyarınca kolektif meşru savunma hakkının olduğuna ilişkindir. Rusya Federasyonu'nun uluslararası hukuku ilgilendiren son temel argümanı ise Ukrayna'da bazı kesimlere yönelik olarak soykırım, saldırı gibi fiillerin gerçekleştirildiği iddiasıdır. Böylece Rusya Federasyonu, insani amaçla gerçekleştirilen askeri operasyonun uluslararası hukuka uygun olduğunu iddia etmektedir. Uluslararası hukuk açısından ortaya çıkan bu durumun; kuvvet kullanma yasağı, tanıma, self-determinasyon ve benzeri konularla genel bir çerçeveden tartışılması önemli görülmektedir.

A Brief Analysis Of The Russian Federation And Ukraine Conflict In Terms Of International Law

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 15.06.2022

Accepted: 19.08.2022

Published: 01.09.2022

Keywords:International Law, Russian Federation, Ukraine, Annexation of Crimea, Prohibition of Use of Force.

There have been some conflicts between the Russian Federation and Ukraine, which have turned into an armed conflict, especially in the recent period. The legal situation that emerged as a result of the referendum held in Crimea on March 16, 2014, which was not recognized with the resolution 68/262 of the United Nations General Assembly, started an important process. This process, which started with the annexation of Crimea by the Russian Federation, has brought important results in terms of international law at the point reached. Perhaps the most important of these results is the recognition of the independence of the lands called "Luhansk People's Republic" and "Donetsk People's Republic" by the Russian Federation. The legal situation that arose before and after this recognition process; It is important to briefly evaluate it in terms of the United Nations Charter and international customary rules. Disputes between the two states are multifaceted. Three legal statements put forward by the Russian Federation regarding the necessity of military intervention are noteworthy. The first of these concerns the right of the Russian Federation to preventive self-defense. However, since there is no written norm supporting this argument in international law, it is a fact that the relevant argument brings with it many discussions. The second argument is that in response to the call made by the Luhansk People's Republic and the Donetsk People's Republic, the Russian Federation has the right of collective self-defense pursuant to article 51 of the United Nations Charter. The last main argument of the Russian Federation concerning international law is the allegation that acts such as genocide and attacks were carried out against certain groups in Ukraine. With this claim, the Russian Federation accepts that the military operation carried out for humanitarian purposes is in accordance with international law. This situation, which has emerged in terms of international law, should be discussed in a general framework with the prohibition of use of force, recognition, self-determination and similar issues.

Atf/Citation: Halhallı, O. E. (2022). Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s. 442-464.

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 (CC BY-NC 4.0)"

* 13-15 Mayıs 2022 tarihleri arasında Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ukrayna Zaporizhzhia National Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından ortaklaşa düzenlenen "Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi"nde tebliğ olarak sunulmuş çalışmanın tam metnidir.

GİRİŞ

18.03.2014 tarihi, uluslararası hukuk açısından tartışılmakta olan birçok sorunun yeniden gündeme geleceği önemli bir sürecin başlangıcını ifade eder; bu başlangıç, Kırım'ın Rusya Federasyonu'na bağlanmasıdır. 24.02.2022 tarihi ise bu başlangıç döneminin bir adım ötesine, yani uluslararası hukuk açısından eski ve de yeni soruların beraber tartışılacağı ana sürece işaret eder; 21.04.2022 tarihinde “Luhansk Halk Cumhuriyeti” ve “Donetsk Halk Cumhuriyeti” olarak adlandırılan toprakların bağımsızlıkları Rusya tarafından kabul edilmiştir¹. Sonrasında ise Rusya Federasyonu, Ukrayna'ya yönelik askeri operasyonuna başlamıştır. Bu olay ile birlikte, Rusya Federasyonu'nun hukuki argümanları şekillenmiştir. Özellikle, Birleşmiş Milletler (BM) Andlaşması madde 51 düzenlemesi, Rusya Federasyonu'nun eylemlerinin meşru temeli olarak uluslararası toplumda tartışılmıştır². Bu süreç ile birlikte; jus cogens norm niteliğinde olan kuvvet kullanma yasağının etkisinin bir kez daha tartışılacağı, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) sisteminin eleştirileceği bir dönem gündeme gelmiştir³. İfade edilen dönem içerisinde, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) de etkileri bakımından sıklıkla tartışmalara konu edilmiştir⁴. Tüm bu konular tartışılırken ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BM Genel Kurulu), yaşanan sürece ilişkin her ne kadar hukuken bağlayıcı bir etkisi olmasa da iradesini uluslararası toplum ile paylaşmıştır⁵. Bir yandan hukuki diğer yandan ise diplomatik ve ekonomik yaptırım arayışları ile birlikte, uluslararası hukukun jus cogens normu olan kuvvet kullanma yasağının işlevselliği artırılmaya çalışılmıştır⁶.

Kabul edilmesi gereken önemli bir durum vardır; Rusya Federasyonu'nun Ukrayna topraklarında gerçekleştirdiği eylemlerinin hukuki açıdan doğru bir şekilde nitelendirilmesi ve anlamlandırılması, günümüz uluslararası hukuk sisteminin son yıllarda karşılaştığı en önemli sınavdır. Bu doğrultuda çalışmanın temel amacı, karşılaşılan hukuki durumlar hakkında

¹ Botschaft der Russischen Föderation in Deutschland, Erklärung des russischen Außenministeriums zur Anerkennung der Volksrepubliken Donezk und Lugansk als unabhängige Staaten”, 23.02.2022, <https://russische-botschaft.ru/de/2022/02/23/erklaerung-des-russischen-aussenministeriums-zur-anerkennung-der-volksrepubliken-donezk-und-lugansk-als-unabhaengige-staaten/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

² Nußberger, Angelika. “Putins Missbrauch des Völkerrechts”, 08.04.2022, <https://www.forschung-und-lehre.de/politik/putins-missbrauch-des-voelkerrechts-4597> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022); Schmitt, Michael N. “Russia's –special military operation- and the (claimed) right of self-defense”, <https://lieber.westpoint.edu/russia-special-military-operation-claimed-right-self-defense/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022); Güneş, Burak/Demirbaş, Çağrı Emin. “Yasallık ve Meşruiyet İkilemi Açısından Rusya'nın Ukrayna Müdahalesi Üzerine Notlar”, 4 Nisan 2022, <https://www.uikpanorama.com/blog/2022/04/04/yas-mes/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

³ Magid, Shelby. Shalomov, Yulia. “Russia's veto makes a mockery of the United Nations Security Council”, 15.03.2022, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/russias-veto-makes-a-mockery-of-the-united-nations-security-council/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022); Schmitt, Michael N. “Russia's –special military operation- and the (claimed) right of self-defense”, <https://lieber.westpoint.edu/russia-special-military-operation-claimed-right-self-defense/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022); Gauseweg, Simon. „Die Ukraine sägt an Russlands Sitz”, 12.03.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/russland-vereinte-nationen-staendiges-mitglied-sitz-entziehen-veto-sicherheitsrat/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁴ Zimmermann, Felix W., Können Russland und Putin verurteilt werden?”, 02.03.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/igh-istgh-zustaendigkeit-ukraine-krieg-putin-russland-verurteilung/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁵ United Nations. Resolution / adopted by the General Assembly (A/RES/ES-11/1). “Aggression against Ukraine”, 02.03.2022, <https://digitallibrary.un.org/record/3959039> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁶ Uygulanan yaptırımların güncel listesi için bakınız: Deutsche-Russische Auslandschandelskammer / Delegation der Deutschen Wirtschaft in Russland. „Übersicht Sanktionen: Sanktionen gegen Russland und russische Gegensektionen”, <https://russland.ahk.de/krisen-infos/uebersicht-sanktionen> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

uluslararası hukuk açısından net çözümler sunmak olmayacaktır. Bunun için henüz erken bir dönem içerisinde bulunmaktadır. Ancak bu çalışmanın temel amacı, uluslararası hukuk sisteminin karşılaştığı meselelerin temel sorularına katkı sunmak olacaktır. Bu amaç doğrultusunda öncelikle 24.02.2022 tarihi öncesi, dönemsel açıdan ele alınacaktır. Sonrasında ise süreç, Rusya Federasyonu'nun ileri sürdüğü iddialar ile birlikte ele alınacaktır. Uluslararası hukuk açısından ortaya çıkan güncel durumun; kuvvet kullanma yasağı, tanıma, self-determinasyon benzeri uluslararası hukukun temel konularıyla genel bir çerçeveden tartışılması önemli görünmektedir. Bağlantılı olarak; 16 Mart 2022 tarihli Uluslararası Adalet Divanı tedbir kararı⁷, Uluslararası Ceza Mahkemesinin tutumu⁸, Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrılması⁹, Rusya Federasyonu'nun Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde sahip olduğu veto hakkıyla ilgili güncel tartışmalar¹⁰ ve uluslararası toplumda uygulanan yaptırımlar¹¹ önemi göz ardı edilemez diğer konulardır. Bu konu başlıklarına da taraf argümanları çerçevesince yer yer atıflarda bulunulacaktır; ancak bu konular ile ilgili detaylı açıklamalara yer verilmeyecektir. Son bölümde ise uluslararası hukuk açısından tüm değerlendirmeler bütüncül bir şekilde ele alınacaktır.

I. 24.02.2022 TARİHİ ÖNCESİNDE YAŞANAN SÜRECİN ÖZETİ

Ukrayna'nın tarihsel geçmişi eski zamanlara uzanmaktaysa da konumuz itibarıyla, Ukrayna'nın günümüz uluslararası hukuk kişiliğini elde ettiği dönem olan 1991 senesine öncelikle odaklanılmalıdır¹². O dönemde Ukrayna'nın, henüz Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (Sovyetler Birliği) dağılmadan önce özel bir statüsü olduğu yadsınamaz bir gerçektir¹³. Bu özel statüsünün gereği olarak Rusya Federasyonu ve Belarus'un yanı sıra Ukrayna, BM Genel Kurulu önünde Sovyetler Birliğini temsil eden üçüncü devlet konumundaydı¹⁴. Diğer yandan jeopolitik konumu açısından Ukrayna, Avrupa Birliği (AB) ile Rusya arasında bir köprü olmuştur. Sovyetler

⁷ International Court of Justice. "Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (Ukraine v. Russian Federation), Order of 16.03.2022, <https://www.icj-cij.org/en/case/182> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁸ Kring, Franziska. „Der Ukraine-Krieg vor den Gerichten“, 28.03.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/fragen-und-antworten-faq-ukraine-krieg-vor-den-gerichten-igh-istgh-voelkerrecht-sanktionen/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁹ Legal Tribune Online. "Nach Austritt aus dem Europarat: Die EMRK gilt in Russland bald nicht mehr", 23.03.2022, https://www.lto.de/persistent/a_id/47927/ (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).

¹⁰ Seifert, Andre. "Ist das Vetorecht im UN-Sicherheitsrat noch zeitgemäß?", 08.03.2022, in: MDR Aktuell, <https://www.mdr.de/nachrichten/welt/politik/un-sicherheitsrat-veto-recht-russland-100.html> (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).

¹¹ CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft. Aktuelle Sanktionen gegen Russland“, aktualisiert: 11.06.2022, <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/> (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).

¹² Ukrayna'nın tarihi süreci hakkında daha detaylı bilgi için bakınız: Aydın, Mahir. "Tarih Boyunca Türkiye-Ukrayna İlişkileri", *Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi*, S. 28, 2015-2, s. 31 vd.; Ortaylı, İlber. "Rusya-Ukrayna ve Putin", 27.02.2022, <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/ilber-ortayli/rusya-ukrayna-ve-putin-42012036> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022). Sönmez, Abdullah Sait. Bıçakçı, Harun. Yıldırım, Cuma. "Kırım sorunu bağlamında Rusya Ukrayna İlişkilerinin Analizi", *International Journal of Social Sciences and Education Research*, 1 (3), 2015, s. 658 vd; Cabbarlı, Hatem. "İki Güç Arasındaki Ukrayna", *Karadeniz Araştırmaları*, S. 50, Yaz, 2016, s. 96 vd.

¹³ Cabbarlı, s. 102.

¹⁴ Sönmez/ Bıçakçı/ Yıldırım, s. 658 vd.; Cabbarlı, s. 102.

Birliği 1991 senesinde dağılınca bağımsızlığını elde eden Ukrayna, birçok devlet ile karşılaştırıldığında aslında uluslararası hukuk kişiliği açısından uzak olmayan bir geçmişe sahiptir.

Uluslararası hukuk ile ilgili olarak Ukrayna'nın yakın geçmişinde geride bıraktığı belli başlı süreçler vardır. Belki de en önemli örnekler olarak; Ukrayna'nın 2008 senesinde Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütüne (NATO'ya) başvurması, Şubat 2010 tarihinde Viktor Yanukoviç'in cumhurbaşkanı seçilmesiyle bu başvurunun askıya alınması, Avrupa Birliği ile ticaret ve ortaklık müzakerelerinin Kasım 2010 tarihinde askıya alınması ifade edilebilir. Yine, 2014 senesinde Kiev'de Bağımsızlık Meydanı'nda başlayan ve birçok sivilin katıldığı protestolar, Maidan Olayları olarak adlandırılmıştır. Bu protestolarda birçok gösterici hayatını kaybetmiştir. İç karışıklıkların artması üzerine, dönemin Cumhurbaşkanı Viktor Yanukoviç'in ülkeyi terk ettiğine ve Rusya Federasyonu'na kaçtığına ilişkin haberler, o günlerde kamuoyu ile paylaşılmıştır¹⁵. Olaylardan birkaç gün sonra ise Kırım Parlamentosu'na silahlı bir grup tarafından el konulmuş, Rusya Federasyonu'nun bayrağı asılmıştır¹⁶. 16 Mart 2014 tarihinde uluslararası hukuk açısından önemli sonuçları beraberinde getirecek olan bir referandum yapılmıştır. Referandum neticesinde, Kırım'da %96.77 ve Sivastopol'de %95.6 gibi büyük bir oy oranıyla Rusya Federasyonu'na bağlanmak yönünde bir sonuç ortaya çıkmıştır¹⁷. 17.03.2014 tarihinde Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin de ilgili sonuçları kabul ederek, self determinasyon hakkı çerçevesince Rusya Federasyonu'nun Kırım'ı kendi topraklarına dâhil ettiğini gösteren kararı imzalamıştır¹⁸. Kırım'da gerçekleştirilen referandum neticesinde ortaya çıkan hukuki durum, sonrasında her ne kadar Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun almış olduğu 68/262 sayılı Karar¹⁹ ile tanınmamış olsa da önemli bir süreci başlatmıştır.

Ukrayna'nın doğu bölgesinde yer alan Donetsk ve Luhansk isimli iki farklı "Halk Cumhuriyeti" de 2014 senesi içerisinde özerkliğini ilan etmiştir. Bunun üzerine Ukrayna'nın yeni Cumhurbaşkanı Petro Poroşenko, Ukrayna ordusu ile ayrılıkçılara müdahale etmiştir. Sonuç olarak Ukrayna, Rusya Federasyonu ve ayrılıkçılar arasında imzalanan ateşkes metniyle birlikte çatışmalar, 5 Eylül 2014 tarihinde Minsk Şehri'nde sonlandırılmıştır²⁰. Ancak çatışmalar kısa bir süre sonra tekrar başlamıştır. Nihayetinde ise diğer ülkelerin arabuluculuğu ile birlikte Minsk-2 Andlaşması imzalanmıştır²¹. Sürekli silahlı çatışmalara dönüşme de Rusya ile Ukrayna arasındaki anlaşmazlıklar devam etmiştir.

¹⁵ BBC. "Putin: Russia helped Yanukovich to flee Ukraine", 24.10.2014, <https://www.bbc.com/news/world-europe-29761799> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

¹⁶ Independent. "Ukraine crisis: Armed men hoist Russian flag after seizing Crimea Parliament", 27.02.2014, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/ukraine-crisis-armed-men-hoist-russian-flag-after-seizing-crimea-parliament-9156413.html> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

¹⁷ Taşdemir, Fatma/ Özer, Adem. "Uluslararası Hukuk Açısından Kırım Sorunu: Kosova'nın Rövanşı mı?", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 1, 2015, s. 51.

¹⁸ Taşdemir/Özer, s. 51.

¹⁹ United Nations. Resolution / adopted by the General Assembly (A/RES/68/262). "Territorial integrity of Ukraine", 27.03.2014, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/455/17/PDF/N1345517.pdf?OpenElement> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

²⁰ Daha detaylı bilgi için bakınız: T.C. Dışişleri Bakanlığı. "Ukrayna'da Son Durum ve İkili İlişkiler", <https://www.mfa.gov.tr/ukrayna-da-son-durum-ve-ikili-iliskiler.tr.mfa> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

²¹ Daha detaylı bilgi için bakınız: BBC, "Minsk Anlaşması nedir, neleri kapsıyor ve tarafları kimler?", 23.02.2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-60488784> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

Eylül 2017 tarihinde, Rusya Federasyonu ile ilişkilerin düzelmemesi üzerine Ukrayna, Avrupa Birliği ile ortaklık anlaşması imzalamıştır²². Nisan 2019 seçimleri sonucunda, Ukrayna'nın Cumhurbaşkanı Volodimir Zelenski olmuştur ve Haziran 2021 tarihinde Ukrayna'nın NATO üyeliğine kabulü için girişimlerde bulunmuştur²³. Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler öğretilerinde ifade edildiği üzere, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği, 1991 senesinden bugüne kadar başta Rusya Federasyonu olmak üzere Sovyetler Birliği devletlerine yönelik üç ayrı temel politikayı takip etmektedir²⁴. Bu temel politikalar; NATO'nun genişlemesi, AB'nin genişlemesi ve demokrasinin genişlemesi olarak ifade edilmektedir²⁵. Rusya, ulusal güvenliğine ve ulusal çıkarlarına aykırı olduğunu ifade ettiği bu yayılcı politikalara sürekli olarak karşı çıkmaktadır²⁶. Bu durum neticesinde Ukrayna'nın Avrupa Birliği ile yakınlaşması, NATO üyeliğini talep etmesi ve ABD ile bu yönde ikili ilişkilerde bulunması nedeniyle Rusya Federasyonu - Ukrayna ilişkileri olumsuz anlamda etkilenmiştir. Bu gelişmelerle bağlantılı olarak da NATO ve Rusya Federasyonu arasında 2014 senesinden bugüne kadar uluslararası topluma yansıyan birçok anlaşmazlık gündeme gelmiştir²⁷.

Tüm bu siyasi ve diplomatik tecrübelerin sonucu olarak, uluslararası hukuk açısından birçok soru işaretinin ortaya çıkacağı bir süreç başlamıştır. Öncelikle 21.02.2022 tarihinde Rusya Federasyonu tarafından "Luhansk Halk Cumhuriyeti" ve "Donetsk Halk Cumhuriyeti" olarak adlandırılan toprakların bağımsızlıkları tanınmıştır. Sonrasında ise 24.02.2022 tarihinde, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin Ukrayna'ya yönelik askeri operasyon başlattığını uluslararası topluma bir video kaydı ile duyurmuştur²⁸. Video kaydında yer alan açıklamalar dikkatle incelendiğinde, Rusya Federasyonu'nun saldırılarına ilişkin uluslararası hukuku ilgilendiren temel argümanlar tespit edilebilir.

II. ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN RUSYA FEDERASYONU'NUN ARGÜMANLARI

24.02.2022 tarihinde Rusya Federasyonu, Ukrayna'ya yönelik askeri operasyon kararı almıştır. Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin, bu kararın meşru olduğunu ifade ederken bazı temel uluslararası hukuk kurallarına atıf yapmıştır. Konuşmasında, Luhansk Halk Cumhuriyeti ve Donetsk Halk Cumhuriyeti tarafından Rusya Federasyonu'ndan yardım talep

²² Daha detaylı bilgi için bakınız: European Council. "Ukraine: Council adopts EU-Ukraine association agreement", 11.07.2017, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/ukraine-association-agreement/> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

²³ Polityuk, Pavel. "Zelenskiy to Biden: give us clear 'yes' or 'no' on Ukraine NATO path", Reuters, 24.06.2021, <https://www.reuters.com/world/zelenskiy-asks-us-clarity-nato-membership-plan-ukraine-2021-06-14/> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

²⁴ Cabbarlı, s. 99.

²⁵ Cabbarlı, s. 99.

²⁶ Meister, Stefan. "Lehren aus der Krise: Die Ukraine, Russland und die EU", Osteuropa, Mai-Juni 2014, Vol. 64, No. 5/6, s. 327 vd.

²⁷ NATO. "Informationsblatt: Russlands Anschuldigungen – eine Richtigstellung", April 2014, https://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf/2014_04/20140523_140411-fact_sheet_Russia-ger.pdf (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

²⁸ İlgili konuşmanın Türkçe çevirisi için bakınız: Karakullukçu, Deniz (çev.). "Çeviri / Putin'in Ulusa Sesleniş Konuşması: Geleneksel değerlerimizi yok etmeye çalıştılar", 27.02.2022, <https://serbestiyet.com/haberler/ceviri-putinin-ulusa-seslenis-konusmasi-geleneksel-degerlerimizi-yok-etmeye-calistilar-85581/> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

edildiği ve bu kapsamda da BM Andlaşmasının 51. Maddesi uyarınca bir askeri operasyon kararı alındığı vurgulanmıştır²⁹. Aynı şekilde konuşmanın devamında, Ukrayna hükümeti tarafından 2014 senesinden bu yana Rus nüfusunun da içerisinde bulunduğu ayrılıkçılara karşı aşığılama ve soykırım faaliyetlerinin uygulandığı, bunun insanlığa karşı suç niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Ayrılıkçıların kendi kaderlerini tayin hakkı olduğu; bu hakkın BM Andlaşması madde 1 kapsamında koruma altına alındığı vurgulanmıştır. Diğer yandan Putin, Rusya Federasyonu'na yönelik tehditlerden ve olası daha kötü durumlardan korunmak amacıyla bir faaliyet çabası içerisinde olduklarını ifade etmiştir.

Özetle, Rusya Federasyonu'nun Ukrayna'ya yönelik gerçekleştirdiği kuvvet kullanma fiillerinin uluslararası hukuka uygun olduğuna ilişkin ileri sürdüğü temel gerekçeleri:

- Rusya Federasyonu'nun topraklarına yönelik tehditler vardır ve BM Andlaşması m. 51 uyarınca Rusya Federasyonu'nun önleyici amaçla meşru savunma hakkı vardır.
- Bağımsız Luhansk Halk Cumhuriyeti'ne ve Donetsk Halk Cumhuriyeti'ne yönelik silahlı saldırılar vardır. Bu konuda Rusya Federasyonu'ndan yardım talep edilmiştir; yardım çağrısının gereği olarak da yine BM Andlaşması m. 51 düzenlemesi kapsamında Rusya Federasyonu'nun kolektif meşru savunma hakkı vardır.
- Doğu Ukrayna'da bulunan ve içlerinde Rus nüfusun da bulunduğu ayrılıkçı kesimin kendi kaderini tayin hakkına saygı duyulmamıştır; bu kişiler saldırı, aşığılama ve soykırım fiillerine katlanmak zorunda bırakılmıştır. Bu nedenle de Rusya Federasyonu'nun insani müdahale için hukuki gerekçesi vardır.

şeklinde listelenerek ifade edilebilir³⁰.

A. BM Andlaşması m. 51 Düzenlemesi Açısından Argümanların Kısaca Değerlendirilmesi

Uluslararası hukuk öğretisinde de ifade edildiği gibi aslında tüm devletler, kuvvet kullanmanın yasak olduğunu kabul etmektedir; sadece eylemlerinin meşru savunma hakkı kapsamında kaldığını belirterek uluslararası hukuka uygun olduğu sonucuna varmaktadırlar³¹. Örneğin 11 Eylül 2001 saldırısı sonrasında Amerika Birleşik Devletleri, meşru savunma hakkını kullandığını belirterek terörle mücadele ettiğini gerekçe göstererek Irak ve Afganistan'a karşı askeri operasyonlar düzenlemiştir. Gerek ABD örneği ve gerekse Rusya Federasyonu'nun Ukrayna'ya yönelik başlatmış olduğu askeri müdahalesi, kuvvet kullanma yasağının gelişim süreci içerisinde ele alınmalıdır.

²⁹ Bakınız: Karakullukçu, Deniz (çev.). 27.02.2022, <https://serbestiyet.com/haberler/ceviri-putinin-ulusa-seslenis-konusmasi-geleneksel-degerlerimizi-yok-etmeye-calistilar-85581/> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

³⁰ Milanovic, Marko. "What is Russia's Legal Justification for Using Force against Ukraine?", 24.02.2022, <https://www.ejiltalk.org/what-is-russias-legal-justification-for-using-force-against-ukraine/> (Son Erişim Tarihi: 09.05.2022).

³¹ Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 116; Sur, Melde. *Uluslararası Hukukun Esasları*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2020, s. 293; Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 561; Aybay, Rona/Oral, Elif. *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 236.

Kuvvet kullanma fiilleri, Birinci Dünya Savaşı öncesinde “haklı savaş” olarak ifade edilen doktrin ile açıklanmaktaydı³². En genel haliyle, kuvvet kullanma fiili hukuki bir yasak kapsamında değildi; aksine, devletlerin egemenliği anlayışı uyarınca devletler kuvvet kullanmaya başvurabilmekteydi. Birinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan kayıpların da etkisiyle bu anlayış yerini “kısıtlı bir kuvvet kullanma yasağına” bırakmıştır. Milletler Cemiyeti Sözleşmesi içerisinde her ne kadar kuvvet kullanma fiilleri açıkça yasaklanmamış olsa da savaş ilanı için bir ön prosedür öngörülmüştür³³. İkinci Dünya Savaşı ile beraber artık devletlerin kuvvet kullanmalarının “yasak faaliyete” dönüşme süreci de tamamlanmıştır. Kuvvet kullanma yasağı, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2/4 düzenlemesinde normatif karşılığını bulmuştur. Ancak bu kapsamda tespit edilmesi gereken en önemli durum, kuvvet kullanma yasağının Birleşmiş Milletler Sistemi içerisinde yaptırımlarla normatif açıdan çok güçlü bir şekilde desteklenememiş olmasıdır. Bunun önündeki en temel engellerden biri, BMGK daimi üyelerinin³⁴ veto hakkına sahip olmasıdır³⁵. BM Andlaşması madde 51 düzenlemesinde ifadesini bulan “...Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez...” ibaresi bu açıdan önemlidir. Veto hakkını kullanan daimi üyelere birisi, bu şekilde Güvenlik Konseyi tarafından alınacak ve kendi çıkarlarıyla örtüşmeyecek kararları engelleyebilecektir. Nitekim ABD ve Arnavutluk tarafından BMGK önüne getirilmiş olan, Rusya Federasyonu’nun Ukrayna’ya yönelik askeri operasyonunu kınayan karar tasarısı da bu şekilde, Rusya tarafından veto edilmiştir³⁶.

Rusya Federasyonu’nun Ukrayna’ya yönelik başlattığı askeri operasyonu, İkinci Dünya Savaşı’ndan bu yana uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden en dikkat çekici olaylardandır. Bu askeri operasyon, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2/4 kapsamında korunan “kuvvet kullanma yasağı” prensibi ile de doğrudan ilgilidir. Uluslararası Adalet Divanı kararlarında da ilgili düzenlemenin getirdiği yükümlülüklerin sadece Birleşmiş Milletler Andlaşması’ndan doğmadığı; kuvvet kullanma yasağının aynı zamanda uluslararası örf-âdet kuralı olduğu ve jus cogens norm olarak kabul edildiği ifade edilmektedir³⁷. Her ne kadar kuvvet kullanımı yasaklanmış bir faaliyet olsa da Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 51 düzenlemesi, ilgili yasağın istisnasını oluşturmaktadır³⁸. Meşru savunma hakkının kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak ne şekilde bir yöntemle yorumlanması gerektiği konusunda öğretide görüş ayrılıkları vardır³⁹.

³² Dalar, Mehmet. “Uluslararası Hukukta ‘Haklı Savaş’ Doktrini: Bir Problemin Analizi”, *Muhafazakar Düşünce Dergisi*, Yıl 4, S. 15, Kış 2008, s. 230 vd.

³³ Aksar, s. 114.

³⁴ Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa, Çin ve Rusya.

³⁵ BM Andlaşması madde 27 düzenlemesinin gereğidir.

³⁶ United Nations. “Security Council Fails to Adopt Draft Resolution on Ending Ukraine Crisis, as Russian Federation Wields Veto”, SC/14808 (8979TH Meeting - PM), 25.02.2022, <https://press.un.org/en/2022/sc14808.doc.htm> (Son Erişim Tarihi 19.08.2022); Tagesschau. “Resolution gegen Russland scheitert”, 26.02.2022, <https://www.tagesschau.de/ausland/amerika/un-sicherheitsrat-249.html> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

³⁷ International Court of Justice. “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua” (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27.06.1986, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 190 (Son Erişim Tarihi 07.05.2022); Reçber, Kamuran. *Uluslararası Hukuk*, 4. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2020, s. 87.

³⁸ Sur, s. 294; Pazarcı, s. 564 vd.; Aybay/ Oral, s. 237-238.

³⁹ Daha detaylı bilgi için bakınız: Aksar, s. 117 vd.

BM Andlaşması madde 51 düzenlemesini geniş yorumlayanlara göre kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak meşru savunma hakkından bahsederken temel alınması gereken, uluslararası örf-âdet kurallarıdır. BM Sistemi yeterli güvenceyi sağlayamamakta; Güvenlik Konseyi güvenilir bir şekilde silahlı çatışmaları önleyememektedir. Bu nedenle bağımsız devletlerin egemenliklerini ve çıkarlarını koruyabilmeleri adına meşru savunma hakkı çerçevesinde kuvvet kullanmaları kabul edilmelidir⁴⁰.

BM Andlaşması madde 51 düzenlemesini dar yorumlayanlara göre ise kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak meşru savunma hakkından bahsedebilmek için ancak madde metninde sayılan şartların mevcudiyeti gerekmektedir⁴¹. Bu kabulün doğal sonucu olarak da önleyici meşru savunma, yurt dışındaki vatandaşların korunması veya devletin çıkarları doğrultusunda meşru savunma gerçekleştirilmesi kabul edilemez⁴². Yine bu görüşü kabul edenlere göre; uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanılabilmesi için ilgili devlete BM Andlaşması'nda açıkça bu yönde bir izin verilmiş olması gerekir⁴³. BM Andlaşması madde 51 düzenlemesini dar yorumlayanlara göre, hiçbir kuvvet kullanma fiili, uluslararası hukukun ve BM sisteminin amacını yani uluslararası barış ve güvenliği ortadan kaldırmamalıdır. Uluslararası Adalet Divanı, genel hatlarıyla dar yorum yöntemini benimsediğini Nikaragua ile ilgili kararında ortaya koymuştur. Nikaragua ile ilgili kararında Divan, silahlı saldırı niteliğine ulaşmamış bir kuvvet kullanma ya da karışma olayı söz konusu olduğunda muhatap devletin meşru savunma hakkına dayanarak askeri faaliyette bulunamayacağını kabul etmiştir⁴⁴.

1. Önleyici Meşru Savunma

Önleyici meşru savunma öğretide tartışılmaktadır⁴⁵. En genel haliyle önleyici meşru savunma, kendisine yönelik gerçekleşme ihtimali var olan potansiyel bir saldırı tehdidinin bertaraf edilmesi amacıyla bir devletin kuvvet kullanmaya başvurması olarak ifade edilmiştir⁴⁶. Divan Nikaragua kararında, uyuşmazlığın konusuyla sınırlı kalarak, farklı bir değerlendirme yapmaktan kaçınarak önleyici meşru savunmaya ilişkin herhangi bir değerlendirmeye gitmemiştir⁴⁷. Yani sorulması gereken soru; bir devlet herhangi bir silahlı saldırı olmadan önce meşru savunma hakkına dayanarak kuvvet kullanabilir mi?

Önleyici meşru savunmanın günümüzde geçerli olduğunu savunan görüşe göre, meşru savunma hakkı BM Andlaşması m. 51 düzenlemesi içerisinde henüz normatif olarak var olmadan önce de uluslararası örf-âdet hukuku kapsamında korunmaktaydı⁴⁸. Normatif düzenleme ise önceki uluslararası örf-âdet hukuku korumasını yürürlükten kaldırmamıştır⁴⁹. Bu görüş kabul edilirse, uluslararası örf-âdet hukukundan kaynaklanan önleyici meşru savunma hakkı, BM

⁴⁰ Aksar, s. 117.

⁴¹ Keskin, Funda. "BM ve Kuvvet Kullanma", *Avrasya Dosyası*, BM Özel, C. 8, S. 1, İlkbahar 2002, s. 158 vd.

⁴² Keskin, s. 159.

⁴³ Aksar, s. 117.

⁴⁴ *Nicaragua v. United States of America*, para. 247.

⁴⁵ Değdaş, Ulaş Can. "Uluslararası Hukukta Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 6, 2018, s. 29 vd.; Keskin, s. 158; Aksar, s. 124; Sur, 295; Pazarıcı, s. 565.

⁴⁶ Değdaş, s. 30.

⁴⁷ Pazarıcı, s. 566.

⁴⁸ Keskin, s. 159.

⁴⁹ Keskin, s. 159.

Andlaşması m. 51 düzenlemesinin koruma alanı dışında kalsa da Caroline Doktrini⁵⁰ ile uyumlu olarak günümüzde uygulanmalıdır.

Önleyici meşru savunmanın günümüzde geçerli olmadığını savunanlara göre ise BM Andlaşması'nın imzalanmasının üzerinden yaklaşık 80 sene geçmiştir. Bu sürenin öncesinde uygulanmış olan uluslararası örf-âdet kurallarının etkisi ise tartışmaya açıktır. Prof. Dr. Yusuf Aksar da meşru savunma ile kuvvet kullanımının zaten bir istisna olduğunu belirterek istisnanın dar yorumlanması gerekeceğini ifade etmiştir⁵¹. Genel kabul gören yaklaşım⁵² bu yönde olmakla beraber, meşru savunmanın zorunlu ve orantılı olması halinde BMGK kararının da var olması şartıyla, olası terör eylemlerinin engellenmesi amacıyla önleyici meşru savunma hakkı kapsamında kuvvet kullanımının hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir⁵³. Bu kapsamda, Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonunun hukuki dayanaklarından biri olarak ileri sürdüğü önleyici meşru savunma iddiası, günümüz uluslararası hukuk yaklaşımı uyarınca kabul edilebilir görünmemektedir.

2. Kolektif Meşru Savunma

BM Andlaşması madde 51 düzenlemesi, meşru savunma hakkının kolektif yönünü de düzenlemektedir⁵⁴. Bu düzenleme aslında NATO gibi güvenlik amacıyla kurulmuş olan uluslararası örgütlerin hukuki dayanağını oluşturmaktadır⁵⁵. Uluslararası Adalet Divanı yargılamasında ABD, Nikaragua'ya karşı kuvvet kullanma fiilini kolektif meşru savunma kapsamında gerçekleştirdiğini iddia etmiştir⁵⁶. Ancak Divan, kolektif meşru savunma kriterlerinin oluşmadığını; çünkü Honduras, Kosta Rika veya El Salvador'a yönelik herhangi bir silahlı saldırının kayda geçmediğini ve yine ilgili devletlerden ABD'ye bu yönde bir yardım çağrısının da iletilmediğini ifade etmiştir⁵⁷.

Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu için ileri sürdüğü argümanların biri de kolektif amaçlı meşru savunmadır. Ancak kolektif meşru savunma hakkının doğduğundan bahsedebilmek için gerekli olan temel unsurlar gözardı edilmemelidir. Yardım çağrısı, devlet/ler tarafından dile getirilmiş olmalıdır. Ayrıca, yardım çağrısını dile getiren devlet/lere yönelmiş olan bir silahlı saldırı var olmalıdır. Bu unsurların var olmadığı bir durumda kolektif meşru savunma hakkı gündeme gelemeyecektir. Ayrılcı kesimler her ne kadar self-determinasyon haklarını kullandıklarından bahsetmiş ve Rusya Federasyonu tarafından tanınmış olsalar da bilindiği üzere ve genel kabul gören görüşe göre self-determinasyon hakkı kuvvet kullanımı içermemelidir⁵⁸.

⁵⁰ Caroline Doktrini hakkında daha detaylı bilgi için bakınız: Değdaş, 31 vd.

⁵¹ Aksar, s. 124.

⁵² Pazarcı, s. 566.

⁵³ Aksar, s. 131.

⁵⁴ Sur, s. 296; Pazarcı, s. 570.

⁵⁵ Aksar, s. 131.

⁵⁶ Nicaragua v. United States of America, para. 35.

⁵⁷ Nicaragua v. United States of America, para. 238.

⁵⁸ Pazarcı, s. 567 ve s. 572; Örnek için bakınız: United Nations. Resolution / adopted by the General Assembly (A/RES/68/262). "Territorial integrity of Ukraine", 27.03.2014, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/455/17/PD/F/N1345517.pdf?OpenElement> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

Ayrılıkçı kesimlerin devlet statüsünün kabulü uluslararası hukuk açısından güncel durumda kabul edilebilir görünmemektedir.

3. Ara Değerlendirme

Rusya Federasyonu'nun gerçekleştirdiği askeri operasyonun uluslararası hukuka uygun olduğuna yönelik iddiaları dikkatle ele alınmalıdır. BM Andlaşması madde 51 düzenlemesi uyarınca Rusya Federasyonu'nun ileri sürdüğü gerekçeler değerlendirildiğinde, bazı temel odak noktaları tespit edilmektedir:

- Rusya Federasyonu, BM Andlaşması madde 51 düzenlemesini ve uluslararası örf-âdet kurallarını ileri sürerek önleyici meşru savunma hakkı ile bağlantılı olarak kuvvet kullanımının hukuka uygun olduğu iddiasında bulunmaktadır. Öğretide farklı görüşler olmakla birlikte, günümüz uluslararası hukuk uygulamasında artık önleyici meşru savunma hakkının eski⁵⁹ etkisine sahip olmadığı genel kabul gören görüş olarak ifade edilebilir. Meşru savunma hakkı çerçevesince kuvvet kullanılması zaten bir istisna iken ilgili istisnanın dar yorumlanması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu dar yorum neticesinde artık günümüzde hiçbir şekilde önleyici meşru savunma hakkı tanınmadığı da düşünülemez. Uluslararası terörle mücadele kapsamında orantılı ve zorunlu olmak, bu yönde bir BMGK kararının var olması koşuluyla kuvvet kullanımının önleyici meşru savunma hakkı ile bağlantılı olarak gündeme gelebileceği ifade edilmektedir⁶⁰. Henüz tam anlamıyla etkisini yitirmemiş olsa da önleyici meşru savunma hakkının Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu açısından hukuki dayanak olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Henüz bazı soruların cevaplanması için erken bir dönem içerisinde olursa da uluslararası hukuk kişileri tarafından ileride ele alınması gereken olan temel sorular şu şekilde ifade edilebilir:

- Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu zorunlu, kaçınılmaz bir kuvvet kullanımı olarak kabul edilebilir mi? Bir başka ifadeyle, meşru savunma hakkı kapsamında zorunlu bir kuvvet kullanımı olarak kabul edilebilir mi?
- Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu, orantılı bir kuvvet kullanımı olarak kabul edilebilir mi?
- Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu, önleyici meşru savunma hakkı kapsamında bir kuvvet kullanımı olarak kabul edilebilir mi?
- Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu için alınmış Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne ait bir karar var mıdır? (Aslında bu sorunun cevabı şimdiden verilebilir; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından bu yönde alınmış bir karar bulunmamaktadır. Yine de her ne kadar cevabı bilinmekteyse de bu soru, uluslararası yargı kuruluşları tarafından uyuşmazlık özelinde gündeme getirilecektir.)

⁵⁹ Caroline Doktrini ile ortaya çıkan ve o dönem daha güçlü savunulan önleyici meşru savunma hakkının etkisi kastedilmektedir.

⁶⁰ Aksar, s. 131.

- Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu, günümüz önleyici meşru savunma hakkı kapsamında ifade edilen istisnalardan birisi olarak kabul edilebilir mi?
- Rusya, Luhansk Halk Cumhuriyeti'ne ve Donetsk Halk Cumhuriyeti'ne yönelik silahlı saldırılar olduğunu ve bu saldırılarla bağlantılı olarak ilgili devletlerden yardım çağrısı aldığını iddia etmektedir. Nikaragua Kararında Divan, kolektif meşru savunma kriterlerini ele almıştır. Rusya Federasyonu'nun askeri operasyon kararından sadece birkaç gün önce her iki ayrılıkçı kesimi devlet olarak tanınması ve ilgili ayrılıkçılardan kendisine yardım çağrısının iletildiğini ifade etmesi, kolektif meşru savunma kriterlerinin oluşturulmasına yönelik bir meşrulaştırma çabası olarak ele alınabilir⁶¹. Bu doğrultuda ilgili ayrılıkçıların self determinasyon hakları olduğunu uluslararası topluma deklare etmesi de önemli bir ayrıntıdır. Tüm bu değerlendirmeler çerçevesinde ve Uluslararası Adalet Divanı yaklaşımı uyarınca Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonunun uluslararası hukuka uygun bir kolektif meşru savunma olup olmadığının tespiti için bazı sorular sorulmalıdır:
 - Ayrılıkçı grubun self determinasyon hakkı var mıdır?
 - Luhansk Halk Cumhuriyeti ve Donetsk Halk Cumhuriyeti olarak isimlendirilen ayrılıkçı gruplar devlet olarak nitelendirilebilir mi?
 - Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu zorunlu bir kuvvet kullanımı olarak kabul edilebilir mi?
 - Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu orantılı bir kuvvet kullanımı olarak kabul edilebilir mi?
 - Luhansk Halk Cumhuriyeti isimli ayrılıkçı gruba yöneltilmiş ve kayda geçmiş silahlı saldırı eylemleri var mıdır?
 - Donetsk Halk Cumhuriyeti isimli ayrılıkçı gruba yöneltilmiş ve kayda geçmiş silahlı saldırı eylemleri var mıdır?
 - Her iki ayrılıkçı kesim de Rusya Federasyonu'na yardım çağrısını iletmiş midir?
 - Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonu, kolektif meşru savunma kapsamında ele alınabilir mi?

Kuvvet kullanma yasağının istisnası olan BM Andlaşması madde 51 düzenlemesinin değerlendirilmesi neticesinde, henüz yanıtlanması için erken bir dönem içerisinde olursa da uluslararası yargı kuruluşları tarafından uyuşmazlık ile ilgili olarak ileride ele alınması muhtemel olan bazı sorular tespit edilmiştir. Bu sorulardan bazılarının günümüzde her ne kadar erken bir dönem içerisinde olursa da kısmen cevap verilebilir. Ancak saldırıların günümüzde devam ediyor olması nedeniyle, bu sorular henüz tam anlamıyla yanıtlanabilir sorular değildir.

B. Rusya Federasyonu'nun İnsani Müdahale Gereçesiyle Kuvvet Kullanma İddiası Açısından Kısa Bir Değerlendirme

Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonunun hukuki gerekçelerinden bir diğeri, Doğu Ukrayna'da bulunan ve içlerinde Rus nüfusun da bulunduğu ayrılıkçı kesimin kendi kaderini tayin

⁶¹ Öğretide benzer durumlar ile ilgili olarak yer alan bir eleştiri için bakınız: Aybay/Oral, s. 279.

hakkına saygı duyulmadığına yöneliktir. Rusya Federasyonu, bu kişilere yönelik olarak; saldırı, aşağılama ve soykırım fiillerinin gerçekleştirildiğini iddia etmektedir⁶². Bu iddiadan yola çıkarak, insani amaçlı müdahale doktrini uyarınca Rusya, askeri operasyonunu uluslararası hukuka uygun bir müdahale olarak iddia etmektedir.

İnsani amaçla kuvvet kullanımı, bir devlette bulunan insanlara yönelik o devlet tarafından gerçekleştirilen; insanlığa karşı suçlar, işkence, soykırım vb. suçların önlenmesi temelinde şekillenen bir kuvvet kullanım biçimi olarak ifade edilebilir⁶³. Uluslararası hukuk düzenlemeleri, insani amaçlı olarak kuvvet kullanılması konusunda doğrudan, açık bir hukuk kuralı içermemektedir⁶⁴. Bu nedenle devletler insani amaçla kuvvet kullanımına başvurmak istedikleri zaman bu fiillerini uluslararası örf-âdet hukukuna dayandırmaktadır⁶⁵. Her ne kadar insani müdahalelerin daha farklı ve eski tarihli örnekleri olsa da Rusya Federasyonu'nun eski görüşünü yansıtmaya itibariyle önemli bir örnekten bahsedilmelidir. 24 Mart 1999 tarihinde NATO güçleri Kosova'da askeri operasyon gerçekleştirmiştir. NATO, bu operasyonu insani amaçla kuvvet kullanımı olarak nitelendirmişti⁶⁶. Rusya Federasyonu ise o dönemde insani amaçla kuvvet kullanımına karşı çıkmaktaydı ve BM Andlaşması madde 2/4 düzenlemesinin dar yorumlanması gerektiğini ileri sürmekteydi⁶⁷. Rusya Federasyonu, insani amaçla müdahalenin ancak BMGK kararıyla istisnai olarak gündeme gelebileceğini savunmaktaydı⁶⁸. 24 Şubat 2022 tarihinde, bu defa Rusya insani amaçla askeri operasyon gerçekleştirdiğini uluslararası toplumla paylaşmıştır. Rusya Federasyonu'nun Ukrayna'da insani amaçla askeri operasyon düzenleyebilmesine izin veren herhangi bir BMGK kararı da bulunmamaktadır.

Yugoslavya, NATO'nun Kosova'da gerçekleştirdiği insani amaçla kuvvet kullanımı aleyhine Uluslararası Adalet Divanı önünde dava açmıştır. Ancak Yugoslavya'nın ilgili müdahale dönemi içerisinde devlet statüsünün olmaması nedeniyle talebi kabul görmemiştir. Uluslararası Adalet Divanı bu başvuruyu incelemeyerek birçok soruyu yanıtsız bırakmıştır ve öğretilerde bu durum eleştirilmiştir⁶⁹. İnsani amaçla kuvvet kullanımının uluslararası hukuka uygun olup olmadığı; şayet uygun ise hangi şartlar altında kuvvet kullanımının kabul edilebileceği benzeri sorular, halen cevabı aranan uluslararası hukuk sorularıdır. Bir yandan, BMGK siyasi yapısı nedeniyle insanlığa karşı suç, soykırım, işkence vb. eylemler uluslararası toplumda karşılıksız kalmakta; diğer yandan ise devletler insani amaç doğrultusunda kuvvet kullanımını suistimal etme eğilimindedir. Uluslararası hukuk alanında daha önceki tarihlerde de sık sık sorulmuş olan; konumuz ile bağlantılı olarak yukarıda yer verilen örnek ile belirtildiği üzere 1999 tarihinde de

⁶² Milanovic, Marko. "What is Russia's Legal Justification for Using Force against Ukraine?", 24.02.2022, <https://www.ejiltalk.org/what-is-russias-legal-justification-for-using-force-against-ukraine/> (Son Erişim Tarihi: 09.05.2022).

⁶³ Sak, Yıldırım. "Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye'de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler", *Uluslararası İlişkiler*, C. 11, S. 44, Kış 2015, s. 124.

⁶⁴ Sak, s. 123.

⁶⁵ Jayakumar, Kirithi. "Humanitarian Intervention: A Legal Analysis", 06.02.2012, <https://www.e-ir.info/2012/02/06/humanitarian-intervention-a-legal-analysis/> (Son Erişim Tarihi: 09.05.2022); Sur, s. 296.

⁶⁶ Sak, s. 135; Sur, s. 296; Aksar, s. 133.

⁶⁷ Aksar, s. 134.

⁶⁸ Aksar, s. 134.

⁶⁹ Aksar, s. 135.

sorulan bazı sorular günümüzde, 2022 tarihinde de aynı şekilde soru olarak gündeme getirilmeye muhtaç bırakılmıştır:

- BM Andlaşması madde 2 fıkra 4 düzenlemesinin öngördüğü iki istisna beraber ele alındığında; yani BM Andlaşması madde 51 düzenlemesinde öngörülen meşru savunma hakkı ve BM Andlaşması VII. Bölüm altında düzenlenmiş olan BM Güvenlik Konseyi tarafından kuvvet kullanılmasına yönelik olarak verilecek bir yetki/izin halinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, insani amaçla kuvvet kullanımı, uluslararası hukuka uygun bir müdahale biçimi olarak kabul edilebilir mi?
- Yukarıda yer verilen sorunun yanıtı olumlu olacaksa, insani amaçla kuvvet kullanmanın şartları ve sınırları nasıl tespit edilmelidir?

III. ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN SÜRECE KATKI SUNAN DİĞER BAZI GELİŞMELER

Rusya Federasyonu'nun saldırıları neticesinde, uluslararası toplumda çeşitli şekillerde hukuki adımlar atılmıştır. Bunlardan ilki Ukrayna'nın Uluslararası Adalet Divanı'na başvurması ile ilgilidir. Ukrayna, kendisine yönelik saldırıların sona erdirilmesi tedbir talebiyle birlikte Uluslararası Adalet Divanı önünde Rusya Federasyonu aleyhine bir hukuki süreç başlatmıştır⁷⁰. Diğer bir gelişme, dönemin Uluslararası Ceza Mahkemesi Başsavcısı Karim Khan'ın uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuki temelde bazı açıklamalarda bulunmuş olmasıdır⁷¹. Üçüncü dikkat çekici gelişme ise uluslararası toplumda Rusya Federasyonu'nun birçok yaptırım ile karşılaşmış olmasıdır⁷². Son olarak Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi üyeliğinin askıya alınması ve neticesinde de kendisinin Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrılması, önemli bir diğer gelişmedir⁷³. Uyuşmazlıkla ilgili olarak yaşanan gelişmelerin kısa bir şekilde incelenmesi, uluslararası hukuk açısından uyuşmazlığın bugüne kadar doğurduğu sonuçlarını bütüncül bir şekilde kavrayabilmek adına önemli olacaktır.

A. Soykırım Sözleşmesi Kapsamında Uluslararası Adalet Divanı'na Yapılan Başvuru Hakkında Kısa Bir Değerlendirme

Ukrayna, 12 Ocak 1951 yürürlük tarihli Soykırım Sözleşmesi'nden⁷⁴ doğan yükümlülüklerine aykırı hareket ettiğini ileri sürerek Rusya Federasyonu aleyhine Uluslararası

⁷⁰ International Court of Justice. "Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (Ukraine v. Russian Federation), Order of 16.03.2022, <https://www.icj-cij.org/en/case/182> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁷¹ Kring, Franziska. „Der Ukraine-Krieg vor den Gerichten“, 28.03.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/fragen-und-antworten-faq-ukraine-krieg-vor-den-gerichten-igh-istgh-voelkerrecht-sanktionen/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁷² CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft. „Aktuelle Sanktionen gegen Russland“, aktualisiert: 11.06.2022, <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/> (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).

⁷³ Legal Tribune Online. „Nach Austritt aus dem Europarat: Die EMRK gilt in Russland bald nicht mehr“, 23.03.2022, https://www.lto.de/persistent/a_id/47927/ (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).

⁷⁴ 1948 tarihli Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşme.

Adalet Divanı'na tedbir talepli bir başvuruda bulunarak bazı durumların tespitini istemiştir⁷⁵. Başvurusunda Ukrayna, Rusya Federasyonu'nun kendi topraklarında soykırım yaptığına ilişkin bir iddia ileri sürmemektedir. Hatırlanacağı üzere Rusya Federasyonu, Ukrayna'nın kendi topraklarında yani Donetsk ve Luhansk Bölgelerinde soykırım yaptığını iddia ederek bir askeri operasyon gerçekleştirmişti. İşte Ukrayna ise Rusya Federasyonu'nun bu şekilde gerçekleştirilen bir kuvvet kullanma eylemi neticesinde Soykırım Sözleşmesi'ne aykırı hareket ettiğini; çünkü Sözleşme'nin soykırım eylemlerini önlemek ve cezalandırmak konusunda bir başka devlete yetki tanımadığını ileri sürmektedir. Ukrayna, başvurusunda Divan'dan bu konuda aşağıda yer verilen bazı durumların tespitini istemiştir⁷⁶:

- Tespiti istenen ilk konu: Rusya Federasyonu'nun açıklamalarına karşılık Ukrayna'daki Luhansk ve Donetsk Bölgelerinde herhangi bir şekilde Soykırım Sözleşmesi madde 3 düzenlemesi anlamında bir soykırım eylemi gerçekleştirilmemiştir.
- Tespiti istenen diğer durum: Ukrayna'daki Luhansk ve Donetsk Bölgelerinde gerçekleştiği ileri sürülen sözde soykırım iddialarına yönelik olarak Rusya Federasyonu, Ukrayna'ya yönelik herhangi bir hukuki temelli askeri müdahalede bulunamaz.
- Sözde Bağımsız Luhansk ve Donetsk Halk Cumhuriyetleri tarafından yapılan 22.02.2022 tarihli açıklamaların yanlış bilgiler içerdiği; soykırım iddialarının bu kapsamda dayanaksız olduğu kabul edilmelidir. Ukrayna bu durumun da tespitini talep etmektedir.
- Tespiti istenen diğer bir konu: Rusya Federasyonu tarafından 24.02.2022 tarihinde ilan edilen ve uygulanmaya başlanan askeri operasyonun dayanak noktasının sözde soykırım iddiaları olduğu ve bu iddiaların ise hukuken Soykırım Sözleşmesi kapsamında bir karşılığı olmadığı kabul edilmelidir.
- Rusya Federasyonu'ndan, sözde soykırım iddialarına dayalı olarak, güç kullanımı da dâhil olmak üzere, Ukrayna'da ve Ukrayna'ya karşı herhangi bir hukuka aykırı eylemde bulunmayacağına dair güvence talep edilmelidir. Bu kapsamda Ukrayna'nın tedbir talebi vardır.
- Rusya Federasyonu'nun sözde soykırım iddiasına dayalı olarak gerçekleştirdiği kabul edilebilecek tüm eylemlerinin sonucu olarak Ukrayna'nın tam tazminat talebi vardır.

Uluslararası Adalet Divanı, henüz Ukrayna'nın taleplerini karara bağlamamıştır⁷⁷. Divan, Statüsü uyarınca, kendisinden geçici tedbir talebinde bulunulduğunda, talep edilenlerden tamamen veya kısmen farklı olan tedbirleri belirtme yetkisine sahip olduğunu hatırlatmıştır⁷⁸. Divan, yukarıda açıklanan durumla ilgili olarak, davadaki nihai karara kadar Rusya Federasyonu'nun 24 Şubat 2022'de Ukrayna topraklarında başlattığı askeri operasyonları askıya alması gerektiği

⁷⁵ Ukraine v. Russian Federation, Order of 16.03.2022, para. 1.

⁷⁶ Ukraine v. Russian Federation, Order of 16.03.2022, para. 2.

⁷⁷ Tarih: 11.06.2022.

⁷⁸ Ukraine v. Russian Federation, Order of 16.03.2022, para. 79.

kanaatindedir⁷⁹. Ayrıca Divan, Rusya Federasyonu Daimi Temsilcisinin, “Donetsk Halk Cumhuriyeti” ve “Lugansk Halk Cumhuriyeti” tarafından askeri destek talebiyle Rusya Federasyonu'na başvurulduğuna ilişkin Birleşmiş Milletler'deki ifadesini hatırlatmıştır. Bu ifadeden yola çıkarak Divan, Rusya Federasyonu'nun, kendisi tarafından yönlendirilebilecek veya desteklenebilecek herhangi bir silahlı birimin, bu askeri operasyonları ilerletmek için hiçbir adım atmamasını sağlama yükümlülüğü olacağına da tedbiren karar vermiştir⁸⁰. Divan'ın bu şekilde bir tedbir kararı vermesinin temel nedeni, Rusya Federasyonu'nun bazı yerel güçleri silahlandırdığına yönelik iddiaların var olmasıdır. Bu tedbir kararı ile birlikte, Rusya Federasyonu'nun silahlandığı yerel güçler var ise bu güçlerin de hiçbir adım atmamasını sağlamakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Uluslararası Adalet Divanı son olarak, uyuşmazlık hakkında karar verilene kadar her iki tarafın da uyuşmazlığın daha kötü bir duruma gelmemesine yönelik sorumluluğu olduğunu hatırlatmıştır⁸¹.

B. Uluslararası Ceza Mahkemesi Açısından Kısa Bir Değerlendirme

Uluslararası Ceza Mahkemesi, sürekli nitelikte bir uluslararası yargı kuruluşudur ve yalnızca uluslararası toplumu derinden etkilemiş olan ciddi suçlar açısından, gerçek kişiler üzerinde bir yargı yetkisine sahiptir⁸². Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü madde 5 düzenlemesi uyarınca Mahkeme; saldırı suçu, insanlığa karşı suçlar, soykırım suçu ve savaş suçları açısından yargı yetkisine sahiptir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü madde 33 düzenlemesine göre istisnalar öngörülmüş olsa da genel itibariyle, amirin emrine itaat edildiğinden bahisle ilgili suçlardan kaynaklanan sorumluluktan kurtulmak da mümkün değildir. Ayrıca konumuz açısından önemli olan temel düzenleme, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü madde 27 düzenlemesidir. İlgili düzenlemeye göre Mahkeme, kişiler arasında herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı, asker vb. resmi görevliler de diğer kişiler gibi Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde yargılanabilecektir⁸³. Bu kapsamda, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin'in emirlerinin uluslararası hukuka aykırı kabul edildiği varsayımında, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Putin ile ilgili olarak yargı yetkisinin gündeme gelip gelmeyeceği önemli bir sorudur. Ancak, her iki devlet de güncel durumda Mahkeme'nin yargı yetkisini tanımamaktadır. Devletler her ne kadar Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmemiş olsalar da Güvenlik Konseyi tarafından Mahkemeye yapılacak bir bildirim neticesinde, Mahkeme'nin ilgili uyuşmazlık özelinde yargı yetkisinin olacağı kabul edilmektedir⁸⁴. Ancak ilgili mekanizma, Rusya Federasyonu'nun veto hakkı nedeniyle işletilebilir görünmemektedir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü madde 42 düzenlemesi uyarınca, Savcılık Makamı, Mahkeme'den bağımsız bir yapılanmaya sahiptir⁸⁵. Bu özelliği nedeniyle de Savcılık, karşılaştığı bir uyuşmazlık ile ilgili olarak kendiliğinden harekete geçebilmektedir. Ancak Savcılık Makamı,

⁷⁹ Ukraine v. Russian Federation, Order of 16.03.2022, para. 81.

⁸⁰ Ukraine v. Russian Federation, Order of 16.03.2022, para. 81.

⁸¹ Ukraine v. Russian Federation, Order of 16.03.2022, para. 83.

⁸² Daha detaylı bilgi için bakınız: Aksar, s. 164 vd.

⁸³ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat. *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 379.

⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 389 vd.; Aksar, s. 181.

⁸⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 367.

Statü'ye taraf olmayan bir devlette veya kendi ülkesinde olan, Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşının eylemleri ile ilgili olarak yargı yetkisini gündeme getirememektedir. Bu nedenle de ilk bakışta Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin hakkında ve Statü'de öngörülmüş olan istisna durumlar saklı kalmak kaydıyla kendisinin emirlerine itaat ederek Statü'de yer alan suçları işleyen kişiler hakkında, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin olmayacağı düşünülebilir. Ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü madde 12/3 düzenlemesi uyarınca, devletler her ne kadar Statü'ye taraf olmasalar bile tarafı oldukları bir uyuşmazlıkla ilgili olarak Mahkeme'ye yapacakları bir bildirim ile Statü'de Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suç tipleri ile bağlantılı olan ve uluslararası hukuku ilgilendiren olaylar için Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıyabilmektedirler⁸⁶. Ukrayna, Kırım'ın ilhakı sonrasında ilgili düzenlemede öngörülen yöntemi kullanmıştır⁸⁷; “Kasım 2013 tarihinden günümüze değin, Kırım'ın ilhakı ve Doğu Ukrayna'da yaşanan olaylarla bağlantılı olarak” Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini süresiz olarak tanımıştır⁸⁸. Bahse konu bildirim neticesinde Ukrayna'nın aslında Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıdığı ve bu kapsamda Savcılık Makamı'nın Ukrayna'da yaşananlar açısından soruşturma yetkisinin olduğu kabul edilebilir⁸⁹. Uluslararası Ceza Mahkemesi Başsavcısı Karim Khan da basın açıklamalarında bu durumu ifade etmiş ve soruşturma yürütüldüğünü kamuoyuna duyurmuştur⁹⁰.

Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde, Ukrayna'da yaşanan olaylarla ilgili olarak bir soruşturma yürütülmektedir⁹¹. Bu soruşturma henüz çok erken bir aşamadır. Kampala Konferansı'nda alınan kararlar nedeniyle ve Statü'ye eklenen 15*bis* maddesi uyarınca, saldırı suçu açısından Mahkeme'nin yargı yetkisinin çok sınırlı bir şekilde gündeme gelebileceği bilinmektedir. Örneğin, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin vatandaşı söz konusuysa ya da saldırı suçu sayılabilecek bir eylem, Statü'ye taraf olmayan bir devletin topraklarında gündeme gelmiş ise bu durumda Mahkeme, saldırı suçu açısından yargı yetkisini kullanamamaktadır⁹². Yine Taraf Devletler Meclisi tarafından Kampala Konferansı'nda alınan kararlar uyarınca da devletler, saldırı suçu açısından Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini onaylamadığı sürece Mahkeme'nin ilgili devletin vatandaşları üzerinde yargı yetkisi gündeme gelemeyecektir⁹³. Bu durumlar nedeniyle saldırı suçu açısından Mahkeme'nin yargı yetkisinin çok sınırlı bir şekilde gündeme gelebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca saldırı suçu açısından BMGK ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ortak hareket etmesi de bir gereklilik

⁸⁶ Tezcan/ Erdem /Önok, s. 375.

⁸⁷ Embassy of Ukraine. Declaration Recognition Jurisdiction, 09.04.2014, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022); Minister for Foreign Affairs of Ukraine, 08.10.2015, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

⁸⁸ Zimmermann, Felix W.. „Können Russland und Putin verurteilt werden?“, 02.03.2022, <https://www.ito.de/recht/hinter-gruende/h/igh-istgh-zustaendigkeit-ukraine-krieg-putin-russland-verurteilung/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 392 vd.

⁹⁰ International Criminal Court. “ICC Prosecutor Karim A.A. Khan QC announces deployment of forensics and investigative team to Ukraine, welcomes strong cooperation with the Government of the Netherlands”, in: News, Statement: 17.05.2022, <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-announces-deployment-forensics-and-investigative-team-ukraine> (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).

⁹¹ Soruşturmanın detayları için bakınız: <https://www.icc-cpi.int/ukraine> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

⁹² Statü'ye eklenen 15*bis* maddesinin 5. bendi uyarınca Mahkeme'nin yargı yetkisini kısıtlayıcı bir durumdur.

⁹³ Statü'ye eklenen 15*bis* maddesinin 4. bendi uyarınca Mahkeme'nin yargı yetkisini kısıtlayıcı bir durumdur.

olarak görünmektedir⁹⁴. Rusya Federasyonu'nun BMGK bünyesinde veto hakkının olması ve saldırı suçu ile ilgili Mahkeme'nin yargı yetkisinin kısıtlı hallerde gündeme gelmesinin, güncel soruşturma açısından önemli bir dezavantaj olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, soruşturmanın daha çok insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım suçu açısından yürütüleceği öngörülebilir bir durumdur.

C. Uluslararası Hukuk Açısından Rusya Federasyonu'na Uygulanan Yaptırımlar ve Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi Üyeliğinden Ayrılması Süreci Hakkında Kısa Bir Değerlendirme

Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 fıkra 4 düzenlemesi uyarınca, devletler, diğer devletlerin toprak bütünlüğüne karşı kuvvet kullanmaktan kaçınmalıdırlar. Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 39 uyarınca, barış tehdidinin bozulması ve saldırı eyleminin varlığı halinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, uluslararası hukukun izin verdiği bazı önlemlere başvurabilmektedir. Rusya Federasyonu ise kendisi aleyhine bir karar çıkmasını engellemek adına veto hakkı ile Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin karar almasını engellemektedir. Bu şekilde sorumluluktan kurtulmaya çalışmaktadır. Oysaki kuvvet kullanma yasağı jus cogens niteliktedir ve kuralın ihlali durumunda hiçbir devlet esas itibarıyla sorumluluktan kurtulamaz⁹⁵. Ancak benzer durumlarda her defasında tecrübe edilmektedir ki Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi daimi üyeleri, veto hakkı ile birlikte, ihlale uğrayan jus cogens normun sorumluluk hukuku açısından etkisini zayıflatmaktadır.

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 tarihinde kabul edilen “*Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller Sebebiyle Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler*” neticesinde, uluslararası hukuk kurallarının ihlali durumunda devletlerin sorumluluğunun nasıl ele alınacağı belirlenmeye çalışılmıştır⁹⁶. Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller Sebebiyle Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler içerisinde düzenlenmiş olan normlar incelendiğinde, muhatap devletin sorumluluğunun doğabilmesi için uluslararası hukuka aykırı olan eylemin devlet ile ilişkisinin kurulması ve o eylemin devlete yüklenebilmesi gerekmektedir⁹⁷. Rusya Federasyonu'nun bir jus cogens norma aykırı davranışta bulunduğu ve kuvvet kullanımına başvurduğu kabul edilirse; ilgili eylemin Rusya Federasyonu ile ilişkilendirilmesi, Rusya Federasyonu'na yüklenebilir olması gerekmektedir. Rusya Federasyonu, kuvvet kullanma yasağının Birleşmiş Milletler Andlaşması düzenlemelerinde öngörülen iki istisnasından ilki olan madde 51 düzenlemesine dayanarak sorumluluğunun doğmayacağını iddia etmektedir. Ancak yukarıda da vurgulandığı üzere, jus cogens normların ihlalden kaynaklanan sorumluluklardan kurtulmak için devletlerin meşru savunma iddiasında bulunamayacağı hatırlanmalıdır⁹⁸. Bu genel kabulün varlığına rağmen meşru savunma hakkı, bir jus cogens norm olan kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 51 düzenlemesinde yerini bulmuştur. Bu noktada, Rusya Federasyonu'nun eyleminin Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 51 düzenlemesi içerisinde kalıp kalmadığı sorusuyla tekrar karşılaşılmaktadır. Rusya Federasyonu'nun eylemlerinin

⁹⁴ Aksar, s. 171.

⁹⁵ Aksar, s. 220.

⁹⁶ Aksar, s. 202.

⁹⁷ Reçber, s. 169 vd.

⁹⁸ Aksar, s. 220.

Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 51 düzenlemesi kapsamında olmadığını düşünenler; devletler, uluslararası örgütler, bölgesel nitelikteki örgütler birçok ekonomik yaptırım kararı almışlardır⁹⁹. Bu yaptırımlar incelendiğinde, 22.02.2022 tarihinden günümüze¹⁰⁰ kadar 6344 yaptırım uygulandı; Mart 2014 tarihinden günümüze kadar 10.801 yaptırım uygulandı ve bu yaptırımların büyük çoğunluğunun ise sırasıyla ABD (1.242), Birleşik Krallık (966), İsviçre (1052) ve AB (832) tarafından uygulandığı tespit edilmektedir¹⁰¹. Yaptırımların 5071 tanesinin bireylere yönelik olduğu; 1096 tanesinin şirketlere, 174 tanesinin kurum ve kuruluşlara ve 3 tanesinin ise gemilere ilişkin olduğu bilinmektedir¹⁰². Diğer taraftan, bu ekonomik yaptırımlar ise Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 fıkra 4 düzenlemesine aykırı bir kuvvet kullanma biçimi olarak da kabul edilmemektedir¹⁰³. Yalnızca, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 fıkra 7 düzenlemesi uyarınca bu yaptırımların ölçülü olması gerektiği¹⁰⁴ ifade edilmektedir¹⁰⁵.

Ekonomik yaptırımların dışında, Rusya Federasyonu'nun karşılaştığı politik yaptırımlar da olmuştur. Örneğin, 28.02.1966 tarihinde Avrupa Konseyi'ne katılmış olan Rusya Federasyonu'nun üyeliği askıya alınmıştır. 25.02.2022 tarihinde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Rusya Federasyonu'nun askeri operasyonuna karşılık olarak Avrupa Konseyi Statüsü madde 8 düzenlemesi¹⁰⁶ uyarınca bir süreç başlatıldığını ve Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi'ndeki temsil haklarının askıya alındığını duyurmuştur¹⁰⁷. 10.03.2022 tarihli toplantısında Bakanlar Komitesi, 25.02.2022 tarihli kararını hatırlatmış ve Rusya Federasyonu'nun insan haklarına aykırı, sivil halka yönelik eylemlerini kınadığını belirtmiştir¹⁰⁸. Rusya Federasyonu, Avrupa Konseyi üyeliğinden çekilmek istediğini ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile artık hukuken bağlı olmayacağını içeren bildirisini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne sunmuştur.

⁹⁹ Europäischer Rat (Rat der Europäischen Union), EU Sanktionen gegen Russland: ein Überblick, 8.06.2022, <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

¹⁰⁰ Tarih: 14.06.2022.

¹⁰¹ CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft. „Aktuelle Sanktionen gegen Russland“, aktualisiert: 11.06.2022, <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/> (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).

¹⁰² CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft. „Aktuelle Sanktionen gegen Russland“, aktualisiert: 11.06.2022.

¹⁰³ Valta, Matthias. Wirtschaftssanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen, 28.02.2022, <https://verfassungsblog.de/wirtschaftssanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022), s. 3.

¹⁰⁴ Rusya Federasyonu'nun *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* (SWIFT) sisteminden çıkarılmasının ölçülü bir müdahale olup olmadığı uluslararası hukuk açısından tartışılmaktadır. Daha detaylı bilgi için bakınız: Valta, Matthias. Wirtschaftssanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen, 28.02.2022, <https://verfassungsblog.de/wirtschaftssanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

¹⁰⁵ Valta, s. 3.

¹⁰⁶ Avrupa Konseyi Statüsü madde 8: “Avrupa Konseyinin, üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir süre için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar dâhilinde Konseyden çekilmeye davet edilebilir. Bu davet dikkate alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komitenin tayin edeceği tarihten itibaren söz konusu üyenin artık Konseye mensup olmadığına dair karar verebilir.”

¹⁰⁷ Council of Europe. 1426ter meeting, Situation in Ukraine – Measures to be taken, including under Article 8, 25.2.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5a360 (Son Erişim Tarihi: 14.6.2022).

¹⁰⁸ Council of Europe. 1428ter meeting, Consequences of the aggression of the Russian Federation against Ukraine, 10.3.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5c619 (Son Erişim Tarihi: 14.6.2022).

Bunun üzerine Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 15 Mart 2022 tarihinde, Rusya Federasyonu'nun artık örgüte üye olamayacağını oybirliği ile değerlendirmiştir¹⁰⁹. Rusya Federasyonu'nun üyeliği, Avrupa Konseyi Statüsü madde 7 usulü uyarınca sona erecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi artık Rusya Federasyonu açısından bağlayıcı olmayacaktır. Uluslararası hukukta Rusya Federasyonu'na uygulanan bir yaptırım neticesinde, Rusya Federasyonu'nun karşı eylemi ile birlikte, bireylerin insan haklarının korunması açısından olumsuz bir sonuç ortaya çıkmıştır. Küresel yaptırımların, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması açısından olumsuz sonuçlar doğurması, aslında uluslararası hukukun yaptırımlarının ulusal hukuka doğrudan etkisinin önemli bir örneği olmuştur.

SONUÇ

Rusya Federasyonu'nun Kırım'ı kendi topraklarına dâhil etmesiyle başlayan ve Ukrayna'ya askeri operasyon kararı ile şekillenen bütün bir süreç söz konusudur. Bu süreç, uluslararası hukuk açısından birçok sorunun sorulmasına neden olmuştur. Özellikle; önleyici meşru savunmanın uluslararası hukuka uygun olup olmadığı, insani amaçla müdahalenin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı temel sorular olarak karşımıza çıkmıştır. Uyuşmazlık özelinde, kolektif meşru savunmanın unsurlarının nasıl ele alınması gerekeceği de bir diğer sorunu ortaya çıkarmıştır. Özetle, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 51 düzenlemesi, bir jus cogens norm olan kuvvet kullanma yasağının istisnası şeklinde, Rusya Federasyonu'nun eylemlerinin hukuki dayanağı, tartışmanın ise odak noktasıdır. Yine bu süreç ile birlikte, jus cogens norm niteliğinde olan kuvvet kullanma yasağının istisnalarının ve bu istisnalar nedeniyle de jus cogens normun etkisinin tartışılacağı bir başka dönemin ortaya çıktığı kabul edilebilir. Bu yeni dönem içerisinde, uluslararası hukukun senelerdir cevapsız bıraktığı soruların yanıt bulabilmesi adına Uluslararası Adalet Divanı'nın ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin uyuşmazlığı incelemeye yönelik çaba içerisinde oldukları fark edilmiştir. Bir yandan hukuki diğer yandan ise uluslararası toplumun diplomatik ve ekonomik yaptırım arayışları ile birlikte, uluslararası hukukun jus cogens normu olan kuvvet kullanma yasağının işlevselliğinin artırılmaya çalışıldığı da gözlemlenmiştir. Ayrıca yaptırımların bireysel hak ve özgürlüklere ilişkin sonuçlar meydana getirmesi ve ulusal hukuk açısından doğrudan sonuçlar doğurmaya elverişli olması dikkate değer bulunmuştur.

Çalışmayla birlikte, Rusya Federasyonu'nun uluslararası hukuk açısından ifade ettiği argümanları da somutlaştırılmıştır. Bu argümanların, uluslararası hukukta bulunduğu karşılık tespit edilmiştir. Bunun için de her bir argüman ile ilgili sorulması gereken temel sorular ifade edilmiştir. Henüz incelenen uyuşmazlık ile ilgili erken bir dönem içerisinde yer alındığı için de sorulara genel itibarıyla cevap vermekten kaçınılmıştır. Rusya Federasyonu'nun Ukrayna'ya yönelik başlatmış olduğu ve hali hazırda süregelen askeri operasyonunun, bir jus cogens norm olan kuvvet kullanma yasağına aykırı olup olmadığı, uluslararası yargı kuruluşları tarafından çok uzak olmayan bir gelecekte tespit edilecektir. Bu tespit için sorulacak temel sorular, çalışma ile birlikte öngörülmeyle çalışılmıştır.

¹⁰⁹ Council of Europe. Parliamentary Assembly, Opinion 300 (2022), 15.3.2022, <https://pace.coe.int/en/files/29885/html> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aybay, Rona/Oral, Elif. *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- Aydın, Mahir. “Tarih Boyunca Türkiye-Ukrayna İlişkileri”, Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi, S. 28, 2015-2, s. 31-44.
- BBC, “Mins Anlaşması nedir, neleri kapsıyor ve tarafları kimler?”, 23.02.2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-60488784> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).
- BBC. “Putin: Russia helped Yanukovich to flee Ukraine”, 24.10.2014, <https://www.bbc.com/news/world-europe-29761799> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).
- Botschaft der Russischen Föderation in Deutschland, „Erklärung des russischen Außenministeriums zur Anerkennung der Volksrepubliken Donezk und Lugansk als unabhängige Staaten”, 23.02.2022, <https://russische-botschaft.ru/de/2022/02/23/erklarung-des-russischen-aussenministeriums-zur-anerkennung-der-volksrepubliken-donezk-und-lugansk-als-unabhaengige-staaten/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).
- Cabbarlı, Hatem. “İki Güç Arasındaki Ukrayna”, Karadeniz Araştırmaları, Sayı 50, Yaz, 2016, s. 95-123.
- CORRECTIV Recherchen für die Gesellschaft. „Aktuelle Sanktionen gegen Russland“, aktualisiert: 11.06.2022, <https://correctiv.org/aktuelles/2022/02/28/sanktionstracker-aktuelle-sanktionen-gegen-russland%E2%80%8B/> (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).
- Council of Europe. 1426ter meeting, Situation in Ukraine – Measures to be taken, including under Article 8, 25.2.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5a360 (Son Erişim Tarihi: 14.6.2022).
- Council of Europe. 1428ter meeting, Consequences of the aggression of the Russian Federation against Ukraine, 10.3.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168_0a5c619 (Son Erişim Tarihi: 14.6.2022).
- Council of Europe. Parliamentary Assembly, Opinion 300 (2022), 15.3.2022, <https://pace.coe.int/en/files/29885/html> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).
- Dalar, Mehmet. “Uluslararası Hukukta ‘Haklı Savaş’ Doktrini: Bir Problemin Analizi”, Muhafazakar Düşünce Dergisi, Yıl 4, Sayı 15, Kış 2008, s. 229-248.
- Değdaş, Ulaş Can. “Uluslararası Hukukta Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Sayı 6, 2018, s. 21-40.
- Deutsche-Russische Auslandshandelskammer / Delegation der Deutschen Wirtschaft in Russland. Übersicht Sanktionen: Sanktionen gegen Russland und russische Gegensanktionen”, <https://russland.ahk.de/krisen-infos/uebersicht-sanktionen> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

Embassy of Ukraine. Declaration Recognition Jurisdiction, 09.04.2014, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

Europäischer Rat (Rat der Europäischen Union), EU Sanktionen gegen Russland: ein Überblick, 8.06.2022, <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

European Council. “Ukraine: Council adopts EU-Ukraine association agreement”, 11.07.2017, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/07/11/ukraine-association-agreement/> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

Gauseweg, Simon. Die Ukraine sät an Russlands Sitz”, 12.03.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/russland-vereinte-nationen-staendiges-mitglied-sitz-entziehen-veto-sicherheitsrat/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

Güneş, Burak. Demirbaş, Çağrı Emin. “Yasallık ve Meşruiyet İkilemi Açısından Rusya’nın Ukrayna Müdahalesi Üzerine Notlar”, 4 Nisan 2022, <https://www.uikpanorama.com/blog/2022/04/04/yas-mes/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

Independent. “Ukraine crisis: Armed men hoist Russian flag after seizing Crimea Parliament”, 27.02.2014, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/ukraine-crisis-armed-men-hoist-russian-flag-after-seizing-crimea-parliament-9156413.html> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

International Court of Justice. “Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” (Ukraine v. Russian Federation), Order of 16.03.2022, <https://www.icj-cij.org/en/case/182> (Son Erişim Tarihi 07.05.2022).

International Court of Justice. “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua” (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27.06.1986, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (Son Erişim Tarihi 07.05.2022).

International Criminal Court. “ICC Prosecutor Karim A.A. Khan QC announces deployment of forensics and investigative team to Ukraine, welcomes strong cooperation with the Government of the Netherlands”, in: News, Statement: 17.05.2022, <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-announces-deployment-forensics-and-investigative-team-ukraine> (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).

Investigation of Situation in Ukraine, <https://www.icc-cpi.int/ukraine> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

Jayakumar, Kirthi. “Humanitarian Intervention: A Legal Analysis”, 06.02.2012, <https://www.e-ir.info/2012/02/06/humanitarian-intervention-a-legal-analysis/> (Son Erişim Tarihi: 09.05.2022).

Karakullukçu, Deniz (çev.). “Çeviri / Putin’in Ulusa Sesleniş Konuşması: Geleneksel değerlerimizi yok etmeye çalıştılar”, 27.02.2022, <https://serbestiyet.com/haberler/ceviri-putinin-ulusa-seslenis-konusmasi-geleneksel-degerlerimizi-yok-etmeye-calistilar-85581/> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

Keskin, Funda. “BM ve Kuvvet Kullanma”, Avrasya Dosyası, BM Özel, C. 8, S. 1, İlkbahar 2002, s. 149-174.

Kring, Franziska. „Der Ukraine-Krieg vor den Gerichten“, 28.03.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/fragen-und-antworten-faq-ukraine-krieg-vor-den-gerichten-igh-istgh-voelkerrecht-sanktionen/> (Son Erişim Tarihi 07.05.2022).

Legal Tribune Online. “Nach Austritt aus dem Europarat: Die EMRK gilt in Russland bald nicht mehr”, 23.03.2022, https://www.lto.de/persistent/a_id/47927/ (Son Erişim Tarihi 11.06.2022).

Magid, Shelby. Shalomov, Yulia. “Russia’s veto makes a mockery of the United Nations Security Council”, 15.03.2022, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/russias-veto-makes-a-mockery-of-the-united-nations-security-council/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022)

Meister, Stefan. “Lehren aus der Krise: Die Ukraine, Russland und die EU”, Osteuropa, Mai-Juni 2014, Vol. 64, No. 5/6, s. 323-331.

Milanovic, Marko. “What is Russia’s Legal Justification for Using Force against Ukraine?”, 24.02.2022, <https://www.ejiltalk.org/what-is-russias-legal-justification-for-using-force-against-ukraine/> (Son Erişim Tarihi: 09.05.2022).

Minister for Foreign Affairs of Ukraine, 08.10.2015, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

NATO. “Informationsblatt: Russlands Anschuldigungen – eine Richtigstellung”, April 2014, https://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_2014_04/20140523_140411-fact_sheet_Russia-ger.pdf (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

Nußberger, Angelika. „Putins Missbrauch des Völkerrechts“, 08.04.2022, <https://www.forschung-und-lehre.de/politik/putins-missbrauch-des-voelkerrechts-4597> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

Ortaylı, İlber. “Rusya-Ukrayna ve Putin”, 27.02.2022, <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/ilber-ortayli/rusya-ukrayna-ve-putin-42012036> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

Polityuk, Pavel. “Zelenskiy to Biden: give us clear ‘yes’ or ‘no’ on Ukraine NATO path”, Reuters, 24.06.2021, <https://www.reuters.com/world/zelenskiy-asks-us-clarity-nato-membership-plan-ukraine-2021-06-14/> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

Reçber, Kamuran. *Uluslararası Hukuk*, 4. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2020.

Sak, Yıldırım. “Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye’de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler”, *Uluslararası İlişkiler*, C. 11, S. 44, Kış 2015, s. 121-153.

Schmitt, Michael N. “Russia’s –special military operation- and the (claimed) right of self-defense”, <https://lieber.westpoint.edu/russia-special-military-operation-claimed-right-self-defense/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

Seifert, Andre. “Ist das Vetorecht im UN-Sicherheitsrat noch zeitgemäß?”, 08.03.2022, in: *MDR Aktuell*, <https://www.mdr.de/nachrichten/welt/politik/un-sicherheitsrat-veto-recht-russland-100.html> (Son Erişim Tarihi: 11.06.2022).

Sönmez, Abdullah Sait. Bıçakçı, Harun. Yıldırım, Cuma. “Kırım sorunu bağlamında Rusya Ukrayna İlişkilerinin Analizi”, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, 1 (3), 2015, s. 656-670.

Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2020.

T.C. Dışişleri Bakanlığı. “Ukrayna’da Son Durum ve İkili İlişkiler”, https://www.mfa.gov.tr/ukrayna_da-son-durum-ve-ikili-iliskiler.tr.mfa (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

Tagesschau. “Resolution gegen Russland scheitert”, 26.02.2022, <https://www.tagesschau.de/ausland/amerika/un-sicherheitsrat-249.html> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2022).

Taşdemir, Fatma/Özer, Adem. “Uluslararası Hukuk Açısından Kırım Sorunu: Kosova’nın Rövanşı mı?”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 1, 2015, s. 43-61.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat. *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

United Nations. “Security Council Fails to Adopt Draft Resolution on Ending Ukraine Crisis, as Russian Federation Wields Veto”, SC/14808 (8979TH Meeting - PM), 25.02.2022, <https://press.un.org/en/2022/sc14808.doc.htm> (Son Erişim Tarihi 19.08.2022).

United Nations. Resolution / adopted by the General Assembly (A/RES/ES-11/1). “Aggression against Ukraine”, 02.03.2022, <https://digitallibrary.un.org/record/3959039> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

United Nations. Resolution / adopted by the General Assembly (A/RES/68/262). “Territorial integrity of Ukraine”, 27.03.2014, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/455/17/PDF/N1345517.pdf?OpenElement> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

Valta, Matthias. Wirtschaftssanktionen gegen Russland und ihre rechtlichen Grenzen, 28.02.2022, <https://verfassungsblog.de/wirtschaftssanktionen-gegen-russland-und-ihre-rechtlichen-grenzen/> (Son Erişim Tarihi: 14.06.2022).

Zimmermann, Felix W.. „Können Russland und Putin verurteilt werden?“, 02.03.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/igh-istgh-zustaendigkeit-ukraine-krieg-putin-russland-verurteilung/> (Son Erişim Tarihi: 07.05.2022).

‘The Stabilization Clause’ of The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Agreements: A Legal Review

Samet TATAR 

Öğretim Görevlisi Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı
Ankara, Türkiye, statar@ybu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History</p> <p>Received: 31.05.2022 Accepted: 30.08.2022 Published: 02.09.2022</p> <p>Keywords: Stabilization Clause, Foreign Direct Investment, International Investment Contract, Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Pipeline Agreement, Pipeline Investment.</p>	<p>International investment contracts usually involve stabilization clauses that are prevalently used in infrastructure, telecommunication, and energy sectors, especially in the oil and gas extraction industries. In the petroleum industry, foreign investors providing advanced technology and substantial financial capital for oil development often face political risks in developing countries such as expropriation of pipeline investments, increased taxes, and other fees for projects throughout the contractual performance. These stabilization provisions disincentive host states from enacting new laws or enhancing their laws and regulations on environmental, public health, labor, and human rights standards. The stabilization clause of the Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Pipeline Agreement was criticized as a great obstacle to Turkey’s regulatory ability to enhance environmental, health, labor, and human rights standards. Indeed, the BTC’s stabilization clause neutralizes Turkey’s laws and regulations for forty years. This paper proposes some important legal tools to alleviate these concerns over stabilization clauses in pipeline investment contracts.</p>

Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamında İmzalanan Anlaşmalardaki ‘İstikrar Şartı’: Hukuki Bir Değerlendirme

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi</p> <p>Geliş: 31.05.2022 Kabul: 30.08.2022 Yayın: 02.09.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: İstikrar Şartı, Doğrudan Yabancı Yatırım, Uluslararası Yatırım Sözleşmesi, Bakü- Tiflis-Ceyhan (BTC) Boru Hattı Anlaşması, Boru Hattı Yatırımı.</p>	<p>Uluslararası yatırım sözleşmeleri genellikle altyapı, telekomünikasyon ve enerji sektörlerinde, özellikle petrol ve gaz arama/çıkarma endüstrilerinde yaygın olarak kullanılan ‘istikrar şartı’ nı içerir. Petrol endüstrisinde, petrol geliştirme için ileri teknoloji ve önemli finansal sermaye sağlayan yabancı yatırımcılar, gelişmekte olan ülkelerde boru hattı yatırımlarının kamulaştırılması, artan vergiler ve sözleşmenin ifası boyunca projeler için gündeme gelen diğer ücretler gibi siyasi risklerle karşı karşıya kalmaktadır. İstikrar şartı, yatırıma ev sahibi devletleri çevre, halk sağlığı, çalışma ve insan hakları standartları ile ilgili yeni yasalar çıkarmaktan veya yasalarını ve regülasyon temelli düzenlemelerini geliştirmekten alıkoyar. Bakü-Tiflis-Ceyhan (BTC) Boru Hattı Anlaşması'nda yer alan istikrar şartı; Türkiye'nin çevre, sağlık, çalışma ve insan hakları standartlarının iyileştirilmesine ilişkin düzenleyici işlemler yapabilmesine engel teşkil ettiği için eleştirildi. Hakikaten de BTC'deki istikrar şartı, Türkiye'nin idare hukukunu ve regülasyon hukuku temelli düzenlemelerini kırk yıl sürecek şekilde etkisiz hale getirmektedir. Bu çalışma, boru hattı yatırım sözleşmesinde yer alan istikrar şartına ilişkin bu endişeleri hafifletmek için bazı önemli hukuki enstrümanlar önermektedir.</p>

Atf/Citation: Tatar, S. (2022). ‘The Stabilization Clause’ of The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Agreements: A Legal Review, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s. 465-481.

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

BTC pipeline project that has been carrying Caspian oil across Azerbaijan, Georgia, and Turkey to the Mediterranean Sea since 2006 was one of the most outstanding investments of British Petroleum (BP) in Central Asia.¹ This mega project was arranged financially² and has been operated by the BTC Consortium, which consists of nine corporations, which are called MEP Participants. BP has been conducting the design and construction phases as the largest stakeholder since the project was commenced.³

Turkey, unique geography providing a bridge between Europe and Asia, rested two main goals of the BTC pipeline project. The first goal is to eliminate the risk of danger in the Istanbul Strait that was being overused by heavy oil tankers. Possible accidents in the Istanbul Strait would harm not only approximately eighteen million people’s physical security but also Istanbul’s unique environmental heritage as well.⁴ The second goal was that Turkey desired the infusion of Caspian natural gas into the Turkish national energy market whilst Turkey would benefit from the lucrative Western market to decrease dependence on Russia.⁵ As a result of these goals of Turkey and BP in the so-called region – Turkey, Georgia and Azerbaijan signed the BTC pipeline agreement in Istanbul on November 18, 1999.⁶ The legal structure of the agreement was based on the “Intergovernmental Agreement (IGA) among Turkey, Azerbaijan, and Georgia” that also supervised three Annexes: “Host Government Agreement (HGA),” “The Turnkey Agreement,” and “The Government Guarantee.”⁷

This complex legal structure of the BTC pipeline project is undoubtedly associated with some significant legal problems. In particular, the important principles of Turkish laws and regulations, have been diminished since the project commenced to be operated. This paper discusses how the BTC pipeline project’s legal structure on the IGA and HGA between Turkey and the BTC Consortium trumps the applicable Turkish national legislation enacted on behalf of the BTC Consortium.

The second section describes the significant clauses that pertain to both the IGA and the HGA respectively. The BTC pipeline agreement emphasized that both the IGA and HGA cannot

¹ Robert, Peachey. “Petroleum Investment Contracts after the Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Pipeline”, *Northwestern International Law & Business*, Vol. 31, No. 3, 2011, pp. 739-740.

² British Petrol. *Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Pipeline*, http://www.bp.com/en_ge/bp-georgia/about-bp/bp-in-georgia/baku-tbilisi-ceyhan--btc--pipeline.html, Accessed 1 May 2022.

³ Amnesty International, *Human Rights on the line Baku Tbilisi Ceyhan Pipeline Project*, 2003, http://bankwatch.org/documents/report_btc_hrighs_amnesty_05_03.pdf, Accessed 1 May 22. Peachey, p. 741, Starr, S. Frederick and Cornel, Svante E. *The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline: Oil Window to the West*, 2005 Central Asia-Caucasus Institute Silk Road Studies Program, p. 106, https://www.silkroadstudies.org/resources/pdf/Monographs/2005_01_MONO_Starr-Cornell_BTC-Pipeline.pdf, Accessed 01 May 22.

⁴ Starr, S. Frederick and Cornel, Svante E. Cornel, p. 105-106.

⁵ Peachey, p.750.

⁶ BAKU-TBILISI-CEYHAN COPL PROJECT DIRECTORATE, <http://www.btc.com.tr/eng/project.html>, Accessed 22 April 22.

⁷ *Id.*

be interpreted as an international private concession contract. The IGA including the HGA as its appendix was an intergovernmental treaty under international law. Furthermore, the IGA created the agreement’s prevailing legal regime that afterward was used to illustrate the stabilization clause in the HGA. The third section begins by explaining the stabilization clauses’ legal status under international customary law. Secondly, it examines the stabilization clause of the HGA agreement between Turkey and the BTC Consortium. Stabilization clauses as very significant protection to foreign investors are used to avoid or decrease the political risks related to multinational projects in international investment agreements.⁸ The fourth section consists of a summary of proposals for those complex contractual relationships and prospective pipeline agreements as well. Turkey proposes to enhance its role as a reliable energy transfer country whilst Turkey had harmonized its domestic legislation with the European Union (EU) directives as a candidate country of EU for years.⁹ In addition, Turkey ought to improve its national environmental law and regulations to mitigate greenhouse gas emissions because of the ratification of the Paris Agreement on 11 October 2021.¹⁰ Therefore, the BTC pipeline agreements should be evaluated very carefully to meet those three goals’ requirements in the future. Finally, this paper concludes by highlighting the effects of this multifaceted legal framework of the BTC legal agreements.

I. BACKGROUND

The BTC pipeline is 1768 kilometers in total length and transports oil from the Azeri-Chirag-Deepwater Gunashli (ACG) field and across Azerbaijan, Georgia, and Turkey.¹¹ The pipeline pumped the planned volume of petrol across the channel at the beginning of June 2006 and has transported approximately 2 billion barrels of oil from the Caspian Region to the Ceyhan terminal in Turkey for nine years.¹² As a result of that, not only did BP enjoy this well-design investment opportunity¹³ but also did Turkey declare to earn twelve billion dollars from the BTC pipeline investment in March 2014.¹⁴ This section of this paper explains some specific clauses firstly on the IGA, and secondly on the HGA of the BTC oil pipeline agreement.

⁸ Westlaw Practical Law. *Stabilization Clause*, <http://us.practicallaw.com/1-501-6477>. Accessed 05 May 22. *See also* Potesta, Michele. “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and Limits of a Controversial Concept”, *ICSID Review*, Vol: 28, No: 1, 2013, pp. 88-122. Fauchald, Ole Kristian. “International Investment Law and Environmental Protection”, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol: 17, No: 1, 2007, pp. 27-29.

⁹ REPUBLIC OF TURKEY MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS. *Turkey’s Energy Strategy*, <http://www.mfa.gov.tr/turkeys-energy-strategy.en.mfa>. Accessed 07 May 22.

¹⁰ “The Paris Agreement was adopted on 12 December 2015 at the twenty-first session of the Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change.” *See* United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=en, Accessed 05 May 2022.

¹¹ British Petrol. *Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline*.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ HURRIYET DAILY NEWS. *Turkey Earns 12 Billion \$ from Baku Pipeline*, 2014, <http://www.hurriyetdailynews.com/turkey-earns-12-billion-from-baku-pipeline.aspx?pageID=238&nID=64023&NewsCatID=348>. Accessed 07 May 22. Reyes, S. Abigail. “Protecting the

A. IGA of the BTC Pipeline Agreements

The method of using an intergovernmental treaty in the petroleum industry has been observed in the last decade for giant cross-border projects.¹⁵ For the mega-development projects, the BTC consortium has been taking advantage of an intergovernmental treaty to be positive about the principle of freedom of transit of petroleum.¹⁶ The Turkish scholar Sedat Çal emphasizes that the agreement among Georgia, Azerbaijani, and Turkey was also valid for the Turkish domestic law since the parties of IGA exercised their sovereign power to be binding with a treaty under international law.¹⁷

The IGA of the BTC project contains eleven articles in which specific details purport to protect the BTC Consortium unilaterally with the benefit of a tremendous variety of rights.¹⁸ Article 2(1) of IGA¹⁹, the most considerable provision of this treaty, creates the project's prevailing legal system. Turkey also guaranteed that the treaty would be adopted into Turkish legislation under the Turkish Constitution within the shortest time frame as a binding obligation under international law.²⁰ The Turkish Government guaranteed the enactment of a Turkish domestic statute to make the IGA of the BTC applicable to the Turkish legal regime.²¹ Thus, first, the Turkish National Grand Assembly ratified the agreement package on June 22, 2000.²² Secondly, upon publication in Turkey's Official Gazette on 10th September 2000 (No. 24166), the IGA for Turkey was now part of the Turkish legislation system.²³

Immediately after the prevailing legal regime provisions, under Article 2.2²⁴, Turkey approved the attached appendices of IGA which are the between and among Turkey and the Project Investors (attached as Appendix 2), the Turnkey Agreement between and among the turnkey contractor, and the Project Investors (attached as Appendix 3), the Government Guaranty as a contract by which Turkey guarantees the payment and performance obligations of the turnkey contractor under the Turnkey Agreement (attached hereto as Appendix 4), and the HGA between

Freedom of Transit of Petroleum: Transnational Lawyers Making (up) International Law in the Caspian" *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, No.3, 2006, pp. 842-844.

¹⁵ Reyes, p. 845.

¹⁶ *Id.* p. 844.

¹⁷ Çal, Sedat. "Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi" *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol. 63, No. 4, 2008, pp. 90-95.

¹⁸ *Id.* pp. 96-97

¹⁹ The Transportation of Petroleum Via the Territories of The Azerbaijan Republic, Georgia and The Republic of Turkey Through the Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline Agreement, Turkey-Azerbaijani-Georgia, (18.11.1999), http://www.bp.com/content/dam/bp-country/en_az/pdf/legalagreements/BTC_eng_agmt4_agmt4.pdf. Accessed 01 May 22. (*The Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline Agreement* (18.11.1999))

²⁰ Çal, p. 97.

²¹ *Id.*

²² BAKU-TBILISI-CEYHAN COPL PROJECT DIRECTORATE.

²³ The Corner House. *Issues Arising From Legal Regime For BTC Project*, 2003, <http://www.thecornerhouse.org.uk/sites/thecornerhouse.org.uk/files/Chapter%20%20-%20LEGAL%20REGIME-1.pdf>. Accessed 22 April 22.

²⁴ *The Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline Agreement* (18.11.1999)

and among the Azerbaijan Republic and the Project Investors (attached as Appendix 5) as being part of the treaty.²⁵

Within this context, BP took advantage of the treaty that not only trumps all the Turkish domestic legislation but also was unlikely to be modified by a new Turkish Government in case of any political instability since BP had already learned its lessons not to use an international private concession agreement in Iran.²⁶ That’s how the Turkish administrative law and principles were frozen to protect the interests of BP. On the other hand, the concept of using the HGA as a part of the treaty was criticized since not only did the HGA’s provisions connote a typical international private concession agreement²⁷, but also that concept was against the sovereignty of the Turkish state under international customary law and the Turkish domestic law.²⁸

The power of the BTC legal agreement’s prevailing legal regime was expounded under Article 2. 7 in depth.²⁹ According to this sweeping clause, “Turkey warrants to Azerbaijan and Georgia that it is not subject to any regional or international treaty or domestic law that conflicts with the implementation of or value of the pipeline project.”³⁰ The conspicuous point of this clause is that the BTC consortium lawyer reminded the parties of IGA that the HGA and Project Agreements were somehow part of this IGA.³¹ On the other hand, this approach does not neatly comport with the Turkish Constitutional Court’s rulings, since the BTC legal agreements were adopted into the Turkish legal system as statutes. As long as the specific statutes of BTC do not include international fundamental rights and freedoms under Article 90 of the Turkish Constitution, the Turkish government has the sovereign power to enact a new regime that may prevail over the previous BTC domestic statutes.³²

According to another unequivocal provision of the IGA, Article 2. 8³³, Turkey cannot expect any service of public benefit for those who live in its territory from the BTC oil pipeline project.³⁴ The BTC consortium claims that this clause is aimed at preventing any further discussion about whether HGA can be interpreted such as a concession agreement since the BTC consortium has no public utility interest in this project.³⁵ However, that provision has taken considerable heat since the project was being funded by the World Bank’s private lending arm, the International Finance Corporation (IFC), the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), and

²⁵ Çal, p. 97.

²⁶ Hildyard, Nicholas and Muttitt, Greg. *Turbo-Charging Investor Sovereignty Investment Agreements and Corporate Colonialism*, 2004, <http://www.thecornerhouse.org.uk/sites/thecornerhouse.org.uk/files/HGAPSA.pdf>. Accessed 01 May 22.

²⁷ *Id.*

²⁸ Çal, p. 97.

²⁹ *The Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline Agreement* (18.11.1999)

³⁰ Amnesty International, 2003.

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *The Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline Agreement* (18.11.1999)

³⁴ Çal, p. 97.

³⁵ Center for International Environmental Law. *Comments to the IFC Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Project*, http://www.ciel.org/Publications/BTC_Comments_10Oct03.pdf. Accessed 1 May 22.

several Export Credit Agencies with public funding (what BP itself has named free public money).³⁶ There was a big dilemma within this context since public money would not be used for public benefit under this provision.³⁷

Under Article 3 of IGA³⁸, Turkey guaranteed to secure all the egresses and ingresses in and out of Turkish territory during the construction of this project.³⁹ The Turkish Government has taken a major responsibility by itself even though Turkey was not entitled to get any specific payments.⁴⁰ Article 4 of IGA⁴¹, entitled " Technical, Safety, and Environmental Standards," stipulates that international standards and practices within the Petroleum industry cannot furnish less protection than the EU legal regime furnished under the Turkish domestic legislation on technical, safety, and environmental fields.⁴²

BP asserted the applicable international standards mentioned in the BTC pipeline agreements stating they provide more protection than Turkish national law.⁴³ The definition and boundaries of the EU law were very ambiguous and thereafter BP declared EU Directives specifically applied to the EU law on the IGA.⁴⁴ However, the EU directives were still very broad to interpret that clause even though BP has no authority to specify any terms under the IGA of the BTC pipeline project.⁴⁵ The standards clause was also criticized by the NGOs which alleged the parties of IGA would have to negotiate with each other to put a specific definition with giving priorities to international human rights law, since the current version of the standard clauses may cause tremendous human rights violations under the European Convention on Human Rights that has a great application area in Turkey.⁴⁶

The NGOs inquired about the third parties' claims for exceeding industry standards.⁴⁷ Especially, the local people living throughout the pipelines' construction must have faced a lot of human rights violations whilst ambiguous types of industrial standards were being applied.⁴⁸ Similarly, the Turkish scholars emphasized that the undefined standards would not be interpreted by the Turkish Courts under the domestic Turkish legislation either and that there are tremendous

³⁶The Corner House. Environmental Impact Assessment of BTC Oil Pipeline, <http://www.thecornerhouse.org.uk/resource/environmental-impact-assessment-btc-oil-pipeline>. Accessed 23 April 2022.

³⁷ Çal, p. 98.

³⁸ *The Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline Agreement* (18.11.1999)

³⁹ Çal, p. 98.

⁴⁰ *Id.* p. 97.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *The Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline Agreement* (18.11.1999)

⁴² Hildyard, Nicholas and Muttitt, Greg, 2004.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Amnesty International, 2003.

⁴⁸ *Id.*

legal issues under the Turkish national law.⁴⁹ The most influential comment on that clause is that the industry’s pipeline standards on the guidelines that can be considered as a part of soft law were reinserted into the IGA. In this way, the petroleum industry would be able to create unilateral standards that may be binding on the Turkish Government for the implementation of agreements.⁵⁰

B. HGA of the BTC Pipeline Agreements

The HGA is an important appendix of the IGA that regulates the relationship and obligations between Turkey and the BTC Consortium in detail. The existence of the pipeline is expected to be at least 40 years under Article 3.1⁵¹ The parties may also expand the life of the agreement ten more years or twice.⁵² Turkey’s obligations can be explained under three titles⁵³. Under the first one, entitled Turkey guarantees to freeze any amendments of the Turkish domestic law under HGA 21.2.⁵⁴ In addition, the HGA specifically neutralizes any type of new international obligation that will be part of Turkey’s national legal system after the HGA was signed under Article 7.2.6.⁵⁵ In the same provision, any interpretation of existing national and international law of the Turkish court is also avoided if the economic equilibrium of the project is affected disadvantageously.⁵⁶

According to the second obligations category, entitled “obligations to refrain from applying existing law,” the HGA furnishes Turkey guarantees not to either act or fail in any approach that might exclude or delay any project activity or otherwise negatively affect the project in Article 5.2.3 of HGA.⁵⁷ This broad prohibition applies to any type of Turkish security, health, safety, and environmental regulations.⁵⁸ On the other hand, this provision has an important exception: Turkey may intervene in response to an “imminent and material threat” to protect such interests.⁵⁹ Under the third obligation category, Turkey has guaranteed to not only make its territory secure and convenient for the construction of the BTC pipelines but also to keep the pipelines stable throughout the project’s lifetime within the expropriated land provision and police protection clauses.⁶⁰ Turkey might violate tremendous human rights that are protected by European Convention on Human Rights whilst the project is being implemented as Turkey is binding some specific obligations with the European Human Right Court’s decision.⁶¹

⁴⁹ Çal, p. 98.

⁵⁰ Hildyard, Nicholas and Muttitt, Greg, 2004, Law Gazette. *Dispute Resolution (Arbitration) Clauses – Pathologies and Pitfalls*, <http://www.lawgazette.com.sg/2013-10/867.htm>. Accessed 23 April 2022.

⁵¹ Amnesty International, 2003.

⁵² Amnesty International, 2003.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *See id.* Host Government Agreement Between and Among The Government of the Republic of Turkey and MEP PARTICIPANTS [Turkey-MEP]

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.* *See also*, Article 5.2.3 [Turkey-MEP]

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

Turkey's additional obligations are crowned with an intense stabilization clause for the welfare of the BTC consortium under Article 7.2.11 of HGA.⁶² According to this article, if the economic equilibrium that is established under the Project Agreements is disrupted or negatively affected directly or indirectly after either the effective date or the date that the Turkish Government has fulfilled its obligations under section 7.2 or 7.2(1) because of either specific change or a general application change of Turkish laws including taxes, health, safety and environment regulations that are interpreted and exercised by any Turkish judicial body, the Turkish Republic will be subject to all kind of actions to restore the economic equilibrium of the Project Agreements.⁶³ BP asserted that having stabilization clauses for mega-devolvement projects is very common in that region and aimed to keep their three billion dollar investment safe from any type of prospective nationalization.⁶⁴ On the other hand, the concept of the BTC's stabilization clause meets the standards of neither the OECD nor the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), whilst the BTC Consortium enjoys an extensive stabilization clause avoiding any the Turkish legislation change on the domestic and international level as well.⁶⁵

In addition, scholars claimed that the conception of the stabilization clause might have a chilling effect on Turkey's domestic law obligations to human rights standards. Within this clause, Turkey would not able to implement not only new human rights obligations, but also, obey current and prospective human rights obligations governed predominantly by European Convention Human Right Court.⁶⁶ In parallel, the Turkish scholars expounded that the apprehensive stabilization clause would affect the development of Turkish environmental law that is based on the EU Directives, negatively because of fear of compensation obligations under that clause would make the Turkish Government reluctant to harmonize the Turkish national law with the EU and international laws as well.⁶⁷

Due to international communities' concern about the legal concept of BTC legal agreements, the BTC Consortium promulgated a Deed Poll, entitled The BTC Human Rights Undertaking that promises not to apply the stabilization clause for compensation whilst states (Turkey, Georgia, and Azerbaijani) enact new laws on human rights and environment as well.⁶⁸ However, this document cannot be considered as a part of BTC legal agreements as the document was only signed by the BTC Consortium unilaterally, and this guideline cannot be interpreted as a part of hard law by international arbitration tribunals.⁶⁹ The arbitration mechanism on the HGA is as inequitably disadvantageous as the stabilization clause for the Turkish Government since any dispute originating from the terms of projects will be determined by international arbitration organizations such as either ICSID or the ICC under Article 18 of the HGA.⁷⁰ The English law

⁶² Çal, p. 123.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Reyes, pp. 858-859.

⁶⁵ Hildyard, Nicholas and Muttitt, Greg, 2004.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Çal, pp. 126-127.

⁶⁸ Hildyard, Nicholas and Muttitt, Greg, 2004.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

system was chosen as substantive law and the English language has taken primacy within any legal dispute regarding the interpretation of project agreements’ provisions between Turkish and English for future arbitration cases.⁷¹

The non-profit organizations point out that under the arbitration clause of HGA, any legal disputes either between Turkey and the BTC Consortium or third parties such as people living in the Turkish territory and the BTC Consortium will be solved by the ICSID, which is linked to World Bank for funding.⁷² The Turkish courts’ jurisdiction is neutralized by the international arbitration mechanism, where the English law will be followed, accordingly.⁷³

II. ANALYSIS

Foreign direct investments, as an important key to trade’s liberalization, are warmly welcomed by undeveloped and developing countries that would like to captivate mega projects for great economic benefits whilst multinational corporations aim to embark on stable regions and truly protect their investments from a type of host states’ interferences such as regulatory amendments, domestic courts’ orders, nationalization, etc.⁷⁴ In particular, oil-producing countries usually cooperate with foreign companies that provide the required technologies and stable financial budgets to extract and transport oil as a significant type of foreign direct investment.⁷⁵

Within this context, stabilization clauses have been applied as a substantial legal instrument for years in oil concession contracts.⁷⁶ This part of the paper gives a quick review of stabilization clauses under international law. Second, the concept stabilization clause of the BTC pipeline legal agreement on the HGA between Turkey and the BTC Consortium will be examined in detail.

A. The Short Review of Stabilization Clauses’ Legal Status Under International Law

This short section examines firstly a brief history of stabilization clauses’ legal status under international customary law. Secondly, contemporary stabilization clauses’ types will be presented.

Oil agreements are usually interpreted under property rights that may be the object of an expropriation entity by international arbitration tribunals.⁷⁷ As a matter of fact, “conditions of lawfulness of expropriations under international law⁷⁸” arise from the regulatory taking doctrine

⁷¹ *Id.*

⁷² “The ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) Convention is a treaty ratified by 157 Contracting States... authorizes arbitration.” See ICSID Convention, <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>, Accessed 07 May 22.

⁷³ Amnesty International, 2003.

⁷⁴ Cotula, Lorenzo. *Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development*, OECD Global Forum on International Investment OECD Investment Division, 2008, <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf>. Accessed 1 May 22.

⁷⁵ Walter, André von. *Oil Concession Disputes Arbitration on*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e187?rskey=EqJq7w&result=2&prd=EPIL>. Accessed 1 May 22.

⁷⁶ Cotula, 2008.

⁷⁷ Walter, André von Walter, 2008.

⁷⁸ *Id.*

within which each state has a sovereign right to nationalize assets and to regulate activities of natural sources on its territory.⁷⁹ This principle, as being a respected principle of international customary law, was affirmed by the UN General Assembly Resolutions 1803 and 1902.⁸⁰ If host countries that have their natural resources work with either other states or companies as foreign investors they need to exercise their sovereign rights such as expropriating assets and regulating foreign investors’ activities within their domains, they must meet four conditions to make the prospect expropriation lawful under international law.⁸¹

For those obligations, firstly, the nationalization of foreign investors’ assets must be based on public purpose, not on arbitrary states’ activities.⁸² Under the *BP v. Libya* case, the tribunal ruled that the purpose of expropriation was based on political reasons. Thus, the Libyan government that had sufficient knowledge about the UN’s public purpose criteria could not meet the necessity of proving legally sufficient.⁸³ Second, taking foreign investors’ assets must be founded on nondiscriminatory grounds.⁸⁴ In a specific example, even though in *BP v. Libya*, it was held that the expropriation was made in a discriminatory way, the tribunal of *Texcoco-Calasiatic v. Libya* ruled that “ expropriation measures were also taken against other companies.⁸⁵” Third, there must be a due process under host states’ domestic frameworks. Fourthly, states must pay appropriate compensation against foreign investors for any takings.⁸⁶ Within this context, under the *BP v. Libya* case, for example, the Libyan government neither offered an appropriate offer of compensation nor followed the due process for the unlawful expropriation.⁸⁷

Even though foreign investors have some protections such as an appropriate compensation against a lawful expropriation under international customary law for their energy investments, foreign corporations aim to keep their projects safe and stable against any type of expropriations and regulations that may affect negatively economic values of projects.⁸⁸ These heavy cash flow investment projects need to be protected with better remedies beyond the unlikely attachment of a regulatory taking doctrine.⁸⁹ The stabilization clauses are one of the most important legal instruments to achieve those foreign investors’ goals since host governments are legally and theoretically bound by a contractual commitment whilst they guarantee not to change the regulatory framework against the economic equilibrium of projects.⁹⁰ If any change adversely

⁷⁹ Cotula, 2008.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.* See also Walter, Andre von, 2008.

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Ong, Sheldon Leader-David. *Global Project Finance, Human Rights and Sustainable Development*. Cambridge University Press, 2013, p. 147.

⁸⁹ *Id.* p. 147.

⁹⁰ See Harten, Gus Van. “The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol: 56, 2007, pp. 371- 394.

affecting projects’ economic value is made, host states must pay the required compensation to restore the economic equilibrium⁹¹.

Under international customary law, stabilization clauses have been discussed and stabilization clauses that restrict the host states’ sovereignty have been discussed as well.⁹² The legal question is still left unanswered.⁹³ The *Texoco v. Libya* tribunal held that ‘the stabilization clause limits the host state’s sovereignty as the host state in exercising its sovereignty committed to its waiving.’⁹⁴ In the tribunal’s decision, the U.N. General Assembly Resolution 1803 on the Permanent Sovereignty of States over Natural Resources as expressing customary international law and the principle pacta sunt servanda was referred to, to illustrate the arguments.⁹⁵ However, the tribunal in *LETCO v. Liberia* upheld that a stabilization clause aimed to protect against the host state’s arbitrary action but could not weaken fully the sovereign power of states.⁹⁶ Therefore, host states’ sovereignty rights are never been overridden by this concept.⁹⁷

Under host states’ national law, the legality of stabilization clauses is a significant key for legal issues arising from the stabilization clauses.⁹⁸ Within this context, domestic constitutional principles are exercised to determine which law is applicable in the analysis, by the law of stabilization clauses.⁹⁹ Multifaceted stabilization clauses encourage transnational lawyers not only to specialize in more than one legal field but also to focus on the comparative legal study of host government national legislation such as constitutional and administrative legal custom. On the other hand, the national courts’ ruling on legal issues arising from the stabilization clauses is unlikely legitimate if viewed under international arbitration mechanisms.¹⁰⁰ Such a specific example, in the *Revere Copper v. OPIC* case, the Jamaican Supreme Court ruled that the stabilization clause freezing the Jamaican Government’s legislative power not to impose a new increasing taxation obligation was void ab initio.¹⁰¹ The arbitral tribunal held that the application of domestic law by the Jamaican Supreme Court does not trump the application of principles of public international law that require States to govern their activities in good faith for aliens whose investments must not be affected by States’ arbitrary actions. Therefore, the stabilization clause was not voidable in that case.¹⁰²

⁹¹ Ong, 2013, p. 148.

⁹² Gehne, Katja and Brillo, Romulo, *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment*, Swiss National Center of Competence in Research, 2014, http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp2/Stab_clauses_final_final.pdf. Accessed 1 May 22.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Gehne and Brillo, 2014.

The types of stabilization clauses have been formulated in different ways for years.¹⁰³ There are three categories of stabilization clauses concepts that parties on internationalized contracts apply due to their interests.¹⁰⁴ The first one, freezing clauses, freezes fully both fiscal and non-fiscal legislation about investment for the duration of the project.¹⁰⁵ Investors have used this specific clause to freeze national legislation from the effective date of agreements to the conclusion of agreements as a classical approach.¹⁰⁶ Especially, freezing clauses are usually preferred to freeze any prospective tax regulations, statutes, guidelines, etc.¹⁰⁷ The most important criticism of the freezing clause is that even though the host state guarantees not to enact any legislation against the economic value of projects negatively, states can still exercise sovereign authority in the public interest.¹⁰⁸

The second one, the economic equilibrium clause, provides legal protection against any type of change of domestic legislation impacting negatively upon the economic value of the project, as a modern approach.¹⁰⁹ In other words, if any change of law occurs against the economic value of the project negatively, the host states are required to pay adequate compensation to investors.¹¹⁰ The economic equilibrium clause method provides more flexibility than the freezing clause method because the parties are usually required to negotiate on the legalities before the parties apply to the international arbitration tribunals.¹¹¹ The Swiss author Gene posited that because economic equilibrium clauses do not avoid host states’ regulation power as long as the economic value project is restored,¹¹² freezing clauses give no room for host states to regulate any type of activities that are linked to the project.¹¹³

The third one, hybrid clauses, creates their concept for the parties that will decide upon whether economic equilibrium is needed to regulate legal frameworks as part of altering law against the investment without paying compensation.¹¹⁴ This model is unlikely to fit well the rationale behind having a stabilization clause in the international contract since parties are unlikely can agree on whether economic equilibrium is met to neutralize the stabilization clauses’ legal status.¹¹⁵ The OECD report criticized that even though foreign investors would seek to protect their investments with stabilization clauses under international law, the host states are pressured not to regulate their national legislations with new international social and environmental standards that are growing very rapidly because of globalization and new technologies’ necessities. Even

¹⁰³ Cernic, Jernej Letnar, “Corporate Human Rights Obligations Under Stabilization Clauses”, *German Law Journal*, Vol: 11, No: 2, 2010, pp. 210-214.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ Gehne and Brillo, 2014.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Cernic, pp. 210-218.

¹¹¹ Gehne and Brillo, 2014.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Gehne and Brillo, 2014.

worse, the international standards adopted into national legislation of host states may often not be exercised because of fear of acting against the project's economic equilibrium.¹¹⁶

The OECD report further premised that stabilization clauses may make host states reluctant to enhance their environmental and social standards. In other words, host states would be pressured by the compensation’ fear and concerns about the long-term projects. Thus, not only would the legislative branches be discouraged from enacting new social and environmental regulations. The executive branches would be unwilling to implement international standards that are already adopted in their national legislations because of the menace of contractual sanctions under the chilling effect context.¹¹⁷ In particular, poor countries may be affected by the chilling effect to keep international investments stable in their territories.¹¹⁸

Consequently, even though stabilization clauses provide tremendous advantages to multinational energy companies, host states may struggle to harmonize their domestic social and environmental regulations and agreements with international standards because of the contractual obligations’ compensation threat and concern.

B. Overview of the BTC Legal Agreements’ Stabilization Clause for Turkey

This section of the paper examines the stabilization clause on the HGA between Turkey and the BTC consortium under customary international law and Turkish domestic law. The unique HGA stabilization clauses comprise two parts. The first part of the clause provides that if any change of law affects the project’s economic value, Turkey must restore the economic equilibrium of the project.¹¹⁹ The second part of the stabilization clause provides that the HGA retains a unilateral right to compensation to the BTC consortium if Turkey enacts any type of legislation affecting the value of the project.^{120 121}

The IGA’s prevailing legal system successfully aided the BTC consortium, whose projects would unlikely be affected by Turkey’s prospect amendments to domestic law within the stabilization concept.¹²² However, it is uncertain and disputed what “change of law” means under the BTC legal agreements, and it would be questionable until Turkey enacts any type of law affecting the project’s economic values.¹²³ Similarly, the Turkish scholars posited that both “change in law” and “economic equilibrium” terms will be interpreted and ultimately applied by international arbitration tribunals, not by the Turkish courts. Furthermore, the Turkish government would not exercise its sovereign rights in some specific areas such as tax, social, environmental regulations, etc.¹²⁴

¹¹⁶ Cotula, 2008.

¹¹⁷ *Id.* pp. 11-12.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ Cernic, 2010.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.*

¹²² Cernic, 2010, p. 221.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ Çal, pp. 96-102.

The unique stabilization clause of HGA is broader than many typical international investment agreements for the BTC pipeline project since firstly within this context the treaty was used instead of using a state contract.¹²⁵ Secondly, behind the traditional stabilization technique for freezing any present and future law, the HGA’’ [contains] economic stabilization provisions as an additional safeguard for the stability of parties’ contracts.¹²⁶ The BTC’s stabilization clause has both freezing and economic equilibrium functions as a combined stabilization clause.¹²⁷ The concept of changes of law may conflict with Turkey’s prospective fundamental human rights obligations that are based on not only new international treaties but also European Human Right Court’s obligations.¹²⁸

The Model Investment Agreement drafted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) advises on projects’ rules. Basically, ‘‘change of law’’ is an inevitable consequence of democracy for host states. Thus, corporations ought to expect possible amendments instead of freezing host states’ legal frameworks.¹²⁹ For being more beneficiary, stabilization clauses’ scope should be constricted by specific legislation that interferes with project economic values.¹³⁰ Similarly, the OECD suggested that the restriction of legislation should be specified for any unnecessary compensation claims that also cause unnecessary financial costs.¹³¹ Consequently, a hybrid type of the BTC’s stabilization clause neither fits the UNCITRAL nor OECD models. Turkey is under the pressure of compensation threat for at least forty more years under the unprecedented stabilization clause.¹³²

III. PROPOSED SOLUTIONS

This part of the paper advises some proposals for the Republic of Turkey for the BTC and prospective pipeline projects’ legal agreements. As an important trade partner and official candidate of the EU, Turkey aims to enjoy its unique geography to attract more oil and natural gas pipeline projects to its territory whilst Turkey strives to diversify its energy sources and follow a consistent energy policy that conforms to the EU energy policy.¹³³

Under the stabilization clause, the BTC pipeline projects’ prevailing legal regime probably does not conform with the EU social, environmental, and labor directives. Therefore, Turkey should not only negotiate with the BTC Consortium to specify what change in law means, but also freezing the Turkish national legislation system for forty years against the value of projects will

¹²⁵ Maniruzzaman, A.F.M. ‘‘International Energy Contracts and Cross-Border Pipeline Projects: Stabilization, Renegotiation and Economic Balancing in Changed Circumstances - Some Recent Trends’’, *OGEL*, Vol:1, No:12, 2006, <http://www.ogel.org/article.asp?key=2289>. Accessed 1 May 2022.

¹²⁶ *See id.*

¹²⁷ Cotula, 2008.

¹²⁸ Cernic, 2010, pp. 210-221.

¹²⁹ Hildyard, Nicholas and Muttitt, Greg, 2004.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.* (The author also underlined that the Indian’s model of stabilization clause provides more flexibility in order to negotiate for the amendments.)

¹³² *Id.*

¹³³ *Turkey’s Energy Strategy*, 2015. (The Turkish Foreign Affairs Ministry indicates that there are three current oil pipelines projects and four current natural gas pipeline projects that are based on the Turkish territory.)

be replaced with a more flexible stabilization clause that meets the OECD and UNCITRAL criteria. Turkey and the BTC consortium should review problematic clauses such as the EU law and international standards in the BTC legal agreements. Specific terms should be used to avoid the risk of legal discussion for not only the Turkish Government's interests but also the BTC Consortium's economic goal as well.

CONCLUSION

BP as an important shareholder of the consortium of Azerbaijan International Operating Company had enjoyed the discovery of extracting and transporting Azerbaijani oil from the late 1990s and 2020s to Western markets. The most inexpensive commercial way of Caspian oil transportation was that the Caspian oil was supposed to be carried out oils by shipping tankers throughout the Turkish Straits to energy-hungry EU countries. BP aimed to operate the new BTC Consortium to construct a 1780 kilometer Transcaucasian pipeline to secure their long-term economic goals in that region.

The IGA of the BTC pipeline project was used to neutralize the Turkish national legislation whilst the IGA creates its own unique prevailing legal regime that is also an essential key element to establishing the stabilization clause on the behalf of the BTC Consortium. The stabilization clause of HGA attached to the IGA to make the international private concession of the treaty has two different functions: freezing out the Turkish legislation system, especially the Turkish domestic law and regulations, and offering even restitution of economic equilibrium. Any type of claims, especially compensation demands will be evaluated and ruled by international arbitration tribunals according to the English substantive law for the next forty years.

BIBLIOGRAPHY

Amnesty International, *Human Rights on the line Baku Tbilisi Ceyhan Pipeline Project*, 2003, http://bankwatch.org/documents/report_btc_hrights_amnesty_05_03.pdf, Accessed 1 May 22.

BAKU-TBILISI-CEYHAN COPL PROJECT DIRECTORATE, <http://www.btc.com.tr/eng/project.html>, Accessed 22 April 22.

British Petrol. *Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Pipeline*, http://www.bp.com/en_ge/bp-georgia/about-bp/bp-in-georgia/baku-tbilisi-ceyhan--btc--pipeline.html, Accessed 1 May 2022.

Center for International Environmental Law. *Comments to the IFC Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Project*, http://www.ciel.org/Publications/BTC_Comments_10Oct03.pdf. Accessed 1 May 22.

Cernic, Jernej Letnar, "Corporate Human Rights Obligations Under Stabilization Clauses", *German Law Journal*, Vol: 11, No: 2, 2010, pp. 210-214.

Cotula, Lorenzo. *Regulatory Takings, Stabilization Clauses, and Sustainable Development*, *OECD Global Forum on International Investment OECD Investment Division*, 2008, <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf>. Accessed 1 May 22.

Çal, Sedat. “Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi” *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol. 63, No. 4, 2008, pp. 89-134.

Fauchald, Ole Kristian. “International Investment Law and Environmental Protection”, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol: 17, No: 1, 2007, p.3

Gehne, Katja and Brillo, Romulo, *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment*, Swiss National Center of Competence in Research, 2014, http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp2/Stab_clauses_final_final.pdf. They were accessed on 1 May 22.

Harten, Gus Van. “The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol: 56, 2007, pp. 371- 394.

Hildyard, Nicholas and Muttitt, Greg. *Turbo-Charging Investor Sovereignty Investment Agreements and Corporate Colonialism*, 2004, <http://www.thecornerhouse.org.uk/sites/thecornerhouse.org.uk/files/HGAPSA.pdf>. Accessed 01 May 22.

Hildyard, Nicholas and Muttitt, Greg, 2004, *Law Gazette. Dispute Resolution (Arbitration) Clauses – Pathologies and Pitfalls*, <http://www.lawgazette.com.sg/2013-10/867.htm>. Accessed 23 April 2022.

Host Government Agreement Between and Among The Government of the Republic of Turkey and MEP PARTICIPANTS [Turkey-MEP]

HURRIYET DAILY NEWS. *Turkey Earns 12 Billion \$ from Baku Pipeline*, 2014, <http://www.hurriyetaidailynews.com/turkey-earns-12-billion-from-baku-pipeline.aspx?pageID=238&nID=64023&NewsCatID=348>. Accessed 07 May 22.

ICSID Convention, <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>, Accessed 07 May 22.

Maniruzzaman, A.F.M. “International Energy Contracts and Cross-Border Pipeline Projects: Stabilization, Renegotiation and Economic Balancing in Changed Circumstances - Some Recent Trends”, *OGEL*, Vol:1, No:12, 2006, <http://www.ogel.org/article.asp?key=2289>. Accessed 1 May 2022.

Ong, Sheldon Leader-David. *Global Project Finance, Human Rights and Sustainable Development*. Cambridge University Press, 2013, p. 147.

REPUBLIC OF TURKEY MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS. *Turkey’s Energy Strategy*, <http://www.mfa.gov.tr/turkeys-energy-strategy.en.mfa>. Accessed 07 May 22.

Potesta, Michele. “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and Limits of a Controversial Concept”, *ICSID Review*, Vol: 28, No: 1, 2013, pp. 88-122.

Reyes, S. Abigail. “Protecting the Freedom of Transit of Petroleum: Transnational Lawyers Making (up) International Law in the Caspian” *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, No.3, 2006, pp. 842-844.

Robert, Peachey. “Petroleum Investment Contracts after the Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Pipeline”, *Northwestern International Law & Business*, Vol. 31, No. 3, 2011, pp. 739-740.

Starr, S. Frederick and Cornel, Svante E. *The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline: Oil Window to the West*, 2005 Central Asia-Caucasus Institute Silk Road Studies Program, p. 106,

https://www.silkroadstudies.org/resources/pdf/Monographs/2005_01_MONO_Starr-Cornell_BTC-Pipeline.pdf, Accessed 01 May 22.

The Transportation of Petroleum Via the Territories of The Azerbaijan Republic, Georgia and The Republic of Turkey Through the Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline Agreement, Turkey-Azerbaijani-Georgia, (18.11.1999), http://www.bp.com/content/dam/bp-country/en_az/pdf/legalagreements/BTC_eng_agmt4_agmt4.pdf. Accessed 01 May 22. (*The Baku-Tbilisi-Ceyhan Main Export Pipeline Agreement* (18.11.1999))

The Corner House. *Issues Arising From Legal Regime For BTC Project*, 2003, <http://www.thecornerhouse.org.uk/sites/thecornerhouse.org.uk/files/Chapter%2020-%20LEGAL%20REGIME-1.pdf>. Accessed 22 April 22.

United Nations Treaty Collection, The Paris Agreement, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=en, Accessed 05 May 2022.

Walter, André von. *Oil Concession Disputes Arbitration on*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e187?rskey=EqJq7w&result=2&prd=EPIL>. Accessed 1 May 22.

Westlaw Practical Law. *Stabilization Clause*, <http://us.practicallaw.com/1-501-6477>. Accessed 05 May 22.

7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması*

Aydın Alber YÜCE 

Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, Türkiye,
aydinalberyuce@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 02.07.2022 Kabul: 07.09.2022 Yayın: 12.09.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Anonim şirketler, yönetim kurulu, şirket yöneticilerinin sorumluluğu, spor anonim şirketi, spor anonim şirketlerinde yönetim.</p>	<p>Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu ile, spor faaliyetlerine katılan anonim şirketlerin "spor anonim şirketi" vasfını kazanmaları öngörülmektedir. Spor anonim şirketleri, hem bir spor kulübüne bağlı şekilde hem de bir spor kulübünden bağımsız olarak kurulabilecektir. Kanunun genel gerekçesine göre, böylelikle, profesyonel olmayan spor dalları da dahil olmak üzere sporda şirketleşmenin önü açılmaktadır. Spor anonim şirketi niteliğinin kazanılabilmesi için Gençlik ve Spor Bakanlığı nezdinde bu yönde bir tescil şartı getirilmektedir.</p> <p>Kanun teklifinin TBMM Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu'nda kabul edilmesinden itibaren, kamuoyunda özellikle spor kulüplerinin yönetiminde bulunanların sorumluluklarının önemli derecede ağırlaştırıldığı yönünde yorumlar yapılmıştır. Ancak, bizzat teklife ait genel gerekçede, ticaret kanununa benzer düzenlemeler yapıldığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, kanun teklifi yasalaştığı için, spor kulüpleri açısından önemli değişiklikler gelmiştir. Zira, spor ekonomisinin önemli bir kısmını pay senetleri borsada işlem gören dört büyük futbol kulübünün oluşturduğu bilinmektedir.</p> <p>Kanun ile, spor anonim şirketlerine getirilen mali kısıtlamalarla birlikte, bazı temlik ve borçlanma işlemleri de suç olarak düzenlenmektedir. Spor anonim şirketlerine denk bütçe zorunluluğu bu Kanun ile getirilmektedir. Bütçe denkliği denetimini ilgili spor federasyonu gerçekleştirecektir. Ayrıca Kanun ile, spor anonim şirketleri açısından bazı tür kamu borçlarının bulunmaması zorunluluğunun konulması da bu anlamda dikkat çekicidir.</p> <p>Bu çalışmada, spor anonim şirketi kavramı incelenecektir. İnceleme, "spor anonim şirketi" kavramının, bu vasıfta olmayan anonim şirketlere göre ne türde bir farklılık arz ettiğine yönelik olacaktır. Bilhassa, spor anonim şirketlerinin hissedarlık yapısı ve yönetimi açısından farklılığın ortaya konulması, özellikle, aslında TTK ve SerPK ile kabul edilmiş olan sistemle karşılaştırmak suretiyle yapılacaktır. Bu anlamda ayrıca, Kanun ile gelen sorumluluk sistemi ile mali disiplinin sağlanmasına yönelik hükümlerin, halihazırda faal olan anonim şirketlerin tabi olduğu sisteme nazaran nasıl bir farklılık arz ettiğine temas edilecektir</p>

Sport Joint Stock Companies and a Comparison with Alternate Joint Stock Companies According to the Code of Sports Clubs and Sports Federations Nr. 7405

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 02.07.2022 Accepted: 07.09.2022 Published: 12.09.2022</p> <p>Keywords: Joint stock companies, board of directors, liability of company directors, sports joint stock companies, management in sports joint stock companies.</p>	<p>Joint stock companies that engage in sports activities are expected to get the classification of "sports joint stock company" under the Law on Sports Clubs and Sports Federations. Sports joint stock corporations can be established both as part of a sports club and as a stand-alone entity. According to the general logic of the Code, this opens the door to involvement of establishment of a legal corporation in sports, even amateur sports. A registration requirement is brought before the Ministry of Youth and Sports in order to achieve the registration of a sports joint stock company.</p> <p>Since the proposal of the code was approved by the Grand National Assembly of Turkey's National Education, Culture, Youth, and Sports Commission, public opinions have stated that individuals in charge of sports clubs now have significantly more obligations. However, it is stated in the general justification for the Code that regulations similar to the provisions of the Turkish Commercial Code has been made. As a result, since the proposal has become law, great changes have occurred in terms of sports clubs. Because it is well known that the four major football clubs, whose stocks are listed on the stock exchange,</p>

account for a considerable portion of the sports economy.

Some assignment and borrowing operations, as well as financial restrictions imposed on sports joint stock companies, are regulated as crimes under the Code. With this Code, a balanced budget requirement for sports joint stock enterprises is also implemented. The budget balance control will be carried out by the relevant sports federation. Furthermore, it is noteworthy in this regard because the Code includes a requirement for sports joint-stock corporations not to have certain forms of public indebtedness.

The notion of a sports joint stock corporation will be examined in this work. The focus of the examination will be on how the notion of "sports joint stock company" differentiates from joint stock companies that do not have this qualification. Comparing the TTK and SerPK models with the system brought by the Code actually will illustrate the differences in terms of shareholding structure and management of sports joint-stock companies. In this regard, it will be discussed how the liability framework of the Code, as well as the rules for ensuring financial discipline, vary from the system that currently regulates actual joint stock corporations.

Atıf/Citation: Yüce, A. A. (2022). 7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s.482-500.

* "İş bu çalışma, 13-15 Mayıs 2022 tarihleri arasında düzenlenmiş olan "Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 2022"de sunulmuş olan "7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketlerinin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması" isimli sözlü bildirinin, kısmî değişiklik ve ilâveler ile genişletilmiş yazılı halidir."

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

7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu (SKSFK), 26 Nisan 2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹. Kanun, yürürlüğe girmeden önceki dönemde, özellikle, anonim şirkete dönüşmüş olan spor kulüpleri, bunların malî yapıları ve özellikle spor kulüplerinin yöneticilerinin hukukî sorumluluğu açısından, mevcut hukukî rejime nazaran önemli derecede değişiklikler getirecek olması dolayısıyla ses getirmiştir. Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardında yatan pek çok farklı gerekçe bulunmaktadır². Bununla beraber, çalışma konumuz açısından özel olarak işaret etmek gerekirse, Kanun'un amacı spor kulüplerinin içinde bulunduğu malî sorunların önüne geçmektir. Bilindiği üzere³, Mayıs 2022 itibariyle dört büyük spor kulübünün toplam borcu 17 milyar TL gibi astronomik bir düzeye ulaşmıştır. Özellikle, son sekiz yılda bu borç %534 oranında artmıştır⁴.

Elbette, sportif faaliyetlerin başarısız idaresi bu borçların temelinde yatan en önemli gerekçedir. Ancak, 2021 ve 2022 yıllarında döviz kurunda yaşanan dalgalanma da bu borçları katlamıştır. Kanun'un genel gerekçesinde de borcun altından kalkılamayacak düzeye ulaşmasının sebeplerine genel olarak, kulüplerin yeterince finansal kaynak yaratamamalarına karşılık, gider ve harcamaları kontrolsüz yapmaları nedeniyle adeta istikrar kazanmış bütçe açıkları ile net dönem zararları ve bu olumsuz finansal tablonun çok yüksek maliyetli borçlanma vasıtasıyla finanse edilmesi; bilhassa futbol kulüplerinin kurumsallaşma, idare ve organizasyon eksiklikleri ile kamuyu aydınlatma yönünden eksiklikleri; finansal disiplin ve kontrol eksikliği ve bu eksikliklerin ortadan kaldırılmasına yönelik yeterli tedbirlerin alınmaması, önemli iktisadî idare hatalarının yapılması, özellikle sportif personel ödemelerinde görülmek üzere giderlerin gelirlere nisbeten sürekli artması ve gelirlere orantı taşımayan yüksek sözleşme fesih bedellerinin ödenmesi, transfer harcamalarının büyük oranda açık vermesi, bütçenin kötü olarak idaresinden kaynaklanan kaynak ihtiyacının sürekli artması, ortaya çıkan finansal tablo açıklarının çoğunlukla kısa vadeli borçlanma ve yüksek faizlerle finanse edilmesi şeklinde işaret edilmiştir⁵.

SKSFK, esas itibariyle, spor kulüplerini sebepleri işaret edilen malî buhrandan kurtarmak ve belirli bir ekonomik disiplin getirmek için yürürlüğe konulmuştur. Bu doğrultuda, spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin iktisadî ve malî olanaklarını geliştirmek yoluyla şeffaflığı ve güvenilirliği artırmak, kulüp ve şirket alacaklılarının korunmasına gerekli ehemmiyeti vermek ve bu bağlamda spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin kamu ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine karşı yükümlülüklerini zamanında ifa etmelerini sağlamak, spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin malî yapılarına daha çok disiplin ve akılcılık getirmek, spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerini elde ettikleri gelirlerini esas alarak yönetmeye teşvik etmek, sonuç olarak

¹ 26 Temmuz 2022 tarihinde ise, Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından, Spor Anonim Şirketlerinin Esas Sözleşmesinin Asgari İçeriği, Ortaklık Yapısı, Pay Sahipliği, Sermayesi ve Organlarına İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği (RG. 26.7.2022, S: 31904) çıkarılmıştır. Bu çalışmada, gerekli olduğu ölçüde Tebliğ hükümlerine de temas edilecektir.

² Kanun'un genel gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss324.pdf> (Bundan sonra Komisyon Raporu olarak anılacaktır).

³ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-61323067>, E.T. 2.6.2022.

⁴ Komisyon Raporu, Genel Gerekçe, s. 8.

⁵ Komisyon Raporu, Genel Gerekçe, s. 8.

sporun gelişimi için spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerini daha sorumlu harcama yapmaya zorlamak ve sporun uzun vadede devamlılığını korumak kanunun hedeflerindedir⁶.

Kanun, 4 kısım, alt bölümler ve 60 maddeden oluşmaktadır. Kanun'da ayrıca, geçici 3 madde bulunmaktadır. Çalışma konumuz temel itibarıyla spor anonim şirketlerini kapsadığından, inceleme kapsamında 7405 sayılı Kanun'un ikinci kısmının ikinci ve üçüncü bölümlerine yoğunlaşılacaktır.

Aşağıda, Kanun'un genel sistematüğini içeren bir diyagrama yer verilmektedir:



I. SPOR ANONİM ŞİRKETLERİ

A. Spor Anonim Şirketi Vafının Kazanılması

Amerika Birleşik Devletleri bir kenara bırakılırsa, spor dalları içerisinde en yoğun izleyici kitlesine ve büyük ekonomiye sahip, en popüler spor dalı olan futbolda endüstrileşme ile beraber, spor kulüplerinin giderleri⁷ gelirlerinden⁸ daha fazla artmıştır. Özellikle, (futbol ekonomisi içinde bulunan gelirlerdeki artışla doğru orantılı olarak) hızla artan futbolcu sözleşme fesih bedelleri kulüplerin bütçelerinin en büyük gider kalemini yaratmıştır. Anılan giderlerde görülen hızlı yükselme kulüplerin şirket dışından (yabancı) finansman kaynaklarına müracaatına ve bu yolla yükselen nisbetlerde borçlanmasına neden olmuştur. Futbolcu sözleşme fesih bedelleri ile genel giderleri de artan kulüpler, buna karşılık gelirlerini arttırmak için alternatif kaynak arayışlarına

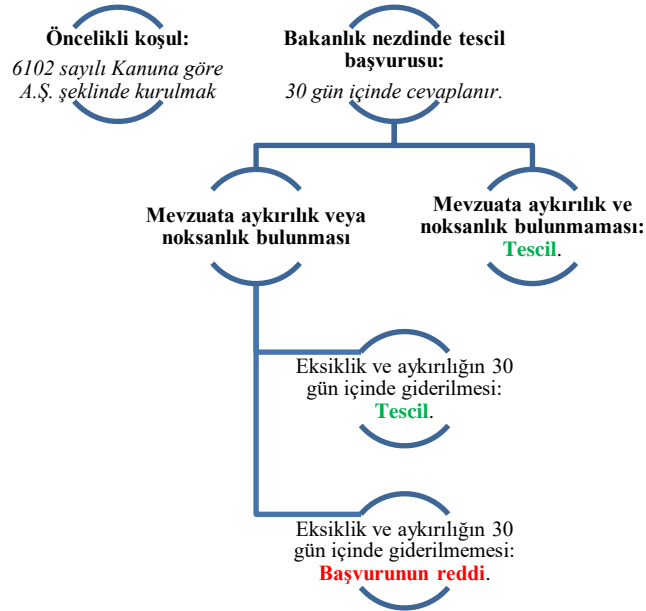
⁶ Komisyon Raporu, Genel Gerekçe, s. 10.

⁷ Oyuncu sözleşme fesih bedeli ödemeleri, oyuncu yıllık ücret ödemeleri, personel ödemeleri, seyahat giderleri bunlardan bazılarıdır.

⁸ Yayın gelirleri, oyuncu satışı üzerinden elde edilen sözleşme fesih bedeli gelirleri, reklam ve sponsorluk gelirleri, maç günü gelirleri bu türden gelir kalemlerinden bazılarıdır.

girmiştir. Şirketleşme ve sonrasında halka arz bu kaynak arayışının bir sonucudur. Şirketleşme ile spor kulüpleri profesyonel idare anlayışına, gelir çeşitlendirilmesine ve artışına, stadyumların yeniden inşası veya kapasitelerinin artırılmasına imkanına kavuşmuşlardır⁹.

Temas edilen gerekçeler sonucunda, amatör düzeyden endüstrileşmeye doğru bir yolculuk içinde olan spor kulüpleri için, şirketleşmenin teşvik edildiği söylenebilir. Kanun da bu doğrultuda, “spor anonim şirketi” şeklinde bir kavram yaratarak bu vasfın nasıl kazanılacağını düzenlemiştir. Spor anonim şirketi vasfının kazanılması SKSFK m. 14 hükmünde ele alınmaktadır. Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere, spor anonim şirketi niteliğini kazanmak, öncelikle 6102 sayılı Kanun’a (TTK) göre bir anonim şirket olarak kurulmuş olmayı gerektirir. Ardından, bu anonim şirketin Gençlik ve Spor Bakanlığı’na spor anonim şirketi olarak tescil edilme yönünde başvurması gerekir. Bakanlık, incelemeyi otuz gün içinde tamamlar. Başvurunun uygun bulunması halinde ilgili anonim şirket «Spor Anonim Şirketleri Sicili»ne bir spor anonim şirketi olarak tescil edilir.



Spor anonim şirketi vasfının kazanılması konusunda, doğrudan spor anonim şirketi olarak kurulabilmenin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. SKSFK m. 14 hükmünün lafzına bakıldığında, “kurulma” ve “başvuru” şeklindeki aşamaların da göz önünde tutulması sonucu, bu soruya olumsuz yanıt vermek gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, ancak anonim şirket şeklinde hükmî şahsiyeti haiz bir şirket, spor anonim şirketi olarak tanınma başvurusunda bulunabilir. Bu sebeple, sportif faaliyetlerde bulunma amacını taşıyan bir spor kulübünün doğrudan spor anonim şirketi vasfını kazanması mümkün değildir. Bunun için izlenmesi gereken yol, anonim şirket şeklinde kurulmak (ya da sonradan şirketleşmek) ve ardından Gençlik ve Spor Bakanlığı’na başvuruda bulunmaktır.

⁹ Komisyon Raporu, m. 14 hükmü gerekçesi, s. 16.

Spor anonim şirketi vasfının kazanılması konusunda gündeme gelebilecek bir diğer soru, bu niteliğin kazanılması için bir başvurunun zorunlu olup olmadığıdır. Açık deyişle, belirli bir spor dalında faaliyet göstermekte olan spor kulübünün şirketleşmesi zorunlu mudur? SKSFK m. 14 hükmünde bu yönde bir açıklık yoktur. Dolayısıyla, Kanun'un mevcut haline istinaden ne bir spor kulübünün şirketleşmesi yönünde bir zorunluluk olduğu ne de halihazırda bir spor kulübü ile hukukî bağlantı içinde olan anonim şirketlerin "spor anonim şirketi" olarak tanınmak için Bakanlığa başvuru yapmak zorunda olduğu söylenebilir.

B. Asgari Sermaye Tutarı

SKSFK m. 14/3 hükmü, "spor federasyonlarının, *belirli liglerde mücadele edebilmek için spor anonim şirketi niteliğinde olma zorunluluğu* ve bu nitelikteki şirketler için (ödenmiş) sermaye tutarı bir milyon TL'den az olmamak üzere asgari sermaye zorunluluğu getirebileceği"ni ifade edilmektedir. Şu an için böyle bir kanunî zorunluluk bulunmamaktadır. Fakat, Kanun yoluyla tanınan bu yetkiye istinaden, ilgili federasyonlar tarafından, ilerleyen dönemlerde belirli spor dallarında faaliyette bulunabilmek için spor anonim şirketi olma zorunluluğu getirileceği söylenebilir.

Tebliğ'de ise bu konu kısmen açıklığa kavuşturulmuştur. Tebliğ m. 8 hükmüne göre, spor anonim şirketlerinin asgari sermayesi *bir milyon Türk Lirasından az olamaz*. Spor federasyonları da belirli liglerde yer alabilmek için spor anonim şirketi statüsünde olma yükümlülüğü ve bu şirketler için ödenmiş sermayesi bir milyon Türk lirasından az olmamak üzere asgari sermaye zorunluluğu getirebilir.

C. Spor Anonim Şirketleri Esas Sözleşmesinin Zorunlu İçeriği

Anonim şirket esas sözleşmesinin zorunlu içeriği TTK m. 339/2 hükmünde düzenlenmektedir. Tebliğ ile, spor anonim şirketleri açısından bu zorunlu esas sözleşme içeriğine ilave olarak başka konularda da bilgilere yer verilmesi gerekli görülmüştür. TTK m. 339/2 hükmüne ek olarak spor anonim şirketi esas sözleşmesinde bulunması zorunlu hususlar şunlardır (Tebliğ m. 5):

- Şirketin ticaret unvanında spor, sportif veya belirli bir spor dalını tanımlayacak ibarelerden biri ya da birkaçı.
- *Spor faaliyetlerinde bulunulmasını içerecek şekilde* esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu.
- Spor anonim şirketinin spor faaliyetlerinde kullanacağı renk, amblem ve benzeri diğer ayırıcı işaretleri tanımlayan ibareler.
- Spor faaliyetlerinde bulunulması taahhüt edilen spor dalları ve bu spor dallarında faaliyette bulunma hak ve yetkisini içeren hüküm.
- Faaliyette bulunduğu en yüksek harcamaya sahip spor dalındaki müsabakaların yapıldığı döneme göre şirketin hesap dönemi.
- Yönetim kurulu üyelerinde 7405 sayılı Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamı dışında istenmesi halinde aranacak diğer nitelikler.

- Zorunlu kurullar dışındaki diğer kurulların oluşturulması halinde, bu kurul üyelerinde 7405 sayılı Kanunun kapsamı dışında istenmesi halinde aranacak diğer nitelikler.
- Bütçenin hazırlanması, yürürlüğe konulması ve uygulanması usulü.
- Öngörülmesi halinde spor anonim şirketinde doğrudan veya dolaylı hâkimiyeti bulunan spor kulübü lehine düzenlenecek imtiyazlar.
- Bir spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketlerinde, pay sahiplerine dağıtılacak kâr payları ve kâr payından yapılacak bedelsiz sermaye artırımları hariç olmak üzere şirket kârından kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere herhangi bir menfaat sağlanamayacağına dair hüküm.

D. Spor Anonim Şirketi VASFİNIN Kaybedilmesi

Spor anonim şirketi vASFİNIN hangi hallerde kaybedileceği de Kanun'un m. 14 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hükmün dördüncü fıkrasına göre, "Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından, tescile ilişkin şartların kaybedilmesi, organların SKSFK hükümlerine aykırı biçimde oluşturulması ve Bakanlık tarafından yapılan yazılı ihtarla rağmen bu aykırılıkların ihtar tarihinden itibaren üç ay içinde giderilmemesi, taahhüt edilen hiçbir spor faaliyetine izinsiz ve mazeretsiz olarak üst üste üç yıl katılmama olgularının tespiti halinde" Spor Anonim Şirketleri Sicili'ndeki tescil iptal edilir.

E. Halka Açık Spor Anonim Şirketleri ve Sermaye Piyasası Mevzuatı

Spor anonim şirketi, halka açık olabileceği gibi pay senetleri borsada işlem görmeyen bir şirket de olabilir. Halka açık spor anonim şirketi, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 3/1-e hükmü uyarınca kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan spor anonim şirketlerini ifade eder (Tebliğ m. 4/1-g).

Halka açık spor anonim şirketleri sermaye piyasası mevzuatına tabidir. Tebliğ'de halka açık spor anonim şirketleri için getirilen hükümler, sermaye piyasası mevzuatının halka açık şirketler için getirdiği düzenlemelerden ayrılmadığı sürece uygulanır. Aynı konuda farklı hükümler olması durumunda halka açık spor anonim şirketlerine sermaye piyasası mevzuatı hükümleri uygulanır (Tebliğ, m. 2/2).

III. SPOR ANONİM ŞİRKETLERİNDE HİSSEDARLIK YAPISI

A. Sermaye Olarak Getirilebilecek Değerler Açısından

Spor anonim şirketlerinde hissedarlık yapısı, aynı başlığı taşıyan SKSFK m. 15 hükmünde ele alınmıştır. Hükmün ilk fıkrasına göre, "*Spor kulüpleri, belirli bir spor dalına ilişkin aktif ve pasiflerini bir bütün olarak, bir spor anonim şirketine sermaye olarak getirebilir veya devredebilir*" (m. 15/1). Madde gerekçesinde¹⁰, bu hükümlerle sporda şirketleşmenin yasal dayanağının oluşturulduğu ifade edilmekte ise de kural bu haliyle anonim şirketler hukukunda sermayenin oluşturulmasına dair bazı temel ilkelerle uyum içerisinde görünmemektedir.

Anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilecek unsurlar nakit ve nakit dışı unsurlardan oluşabilir. Bunların nelerden ibaret olduğu TTK m. 342 hükmünde gösterilmiştir. Özellikle,

¹⁰ Komisyon Raporu, m. 15 hükmü gerekçesi, s. 17.

bilançolaştırılmayan unsurlar açısından yapılan tercihin sebebi, pay sahipleri açısından tek borç ilkesinin geçerli olduğu anonim şirket alacaklılarını korumaya yönelik gerekliliktir¹¹. Bir spor kulübünün aktif ve pasif varlıkları içerisinde, anonim şirkete sermaye olarak getirilemeyecek unsurların bulunması mümkündür. Örneğin, sözleşme fesih bedeli (bonservis) olarak, başka bir spor kulübünden olan vadesi gelmemiş alacak böyledir.

SKSFK ilgili madde gerekçesinde, m. 15 hükmüyle sporda şirketleşmenin önünün açılacağı belirtilmiştir. Ancak, bu hükmün vazedilmesi meri hukuka göre bir yenilik getirmemiştir. Üstelik bir spor anonim şirketine sermaye olarak getirilebilecek unsurlara dair TTK'da yer alan temel ilkelerin gözetilmemiş olması isabetli olmamıştır. Sermayenin tam ve efektif olarak oluşturulması yönündeki temel prensiplere aykırı bu düzenleme tekrar gözden geçirilmelidir.

B. Kulüp ve Spor Anonim Şirketi Arasındaki Hâkimiyet İlişkisi Açısından

Spor anonim şirketleri, bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak kurulabileceği gibi spor kulübünden bağımsız olarak da kurulabilir (Tebliğ m. 6/1). Ayrıca Kanun, spor anonim şirketine dönüşecek olan spor kulübü ve anonim şirket tüzel kişiliği arasında özel bir bağ aramaktadır. Bu bağ, SKSFK m. 15 hükmünün ikinci fıkrasında ele alınmıştır. Buna göre, “*Bir spor anonim şirketi ile SKSFK m. 15/1 anlamında malvarlığı ya da sözleşme, ortaklık, idare veya benzeri bir bağı olan spor kulübünün, ilgili spor anonim şirketinde TTK m. 195 anlamında doğrudan ya da dolaylı hâkimiyeti olmalıdır. Bu şekilde doğrudan veya dolaylı hâkimiyeti bulunan spor kulübü lehine düzenlenecek imtiyazlar hariç, spor anonim şirketlerinde; diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azınlığa TTK'da düzenlenmiş herhangi bir imtiyaz tesis edilemez*” (m. 15/2, cümle 1).

SKSFK m. 15/2 hükmü, TTK m. 195 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre, şirketler topluluğunda *doğrudan hâkimiyet*, bir şirketin herhangi bir aracı gerçek ya da tüzel kişi bulunmaksızın başka bir şirket üzerinde hâkimiyetinin bulunmasıdır¹². Doğrudan hâkimiyette hâkim şirket, kendine ait bir hakka istinaden (örn. pay sahipliği) hâkimiyetini kullanmaktadır¹³. Böylelikle spor anonim şirketleri açısından doğrudan hâkimiyet, ilk olarak, bir spor kulübünün bir spor anonim şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahip olduğu durumlarda ortaya çıkabilir. Ayrıca, söz konusu spor kulübü esas sözleşme uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haiz olursa da doğrudan hâkimiyet söz konusudur. İlgili spor kulübünün kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, (spor anonim şirketindeki) oy haklarının çoğunluğunu oluşturması halinde de doğrudan hâkimiyet vardır. Yine, bir spor kulübü, bir spor anonim şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa SKSFK m. 15/2 hükmü anlamında hâkimiyet oluşmuştur. Spor kulübü ile spor anonim şirketi arasında hâkimiyet ilişkisinin ortaya çıkması için, TTK m. 195/1'de öngörülen haller dışında da bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna

¹¹ Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın. *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 21; Grigoleit AktG §27, Vedder, N. 8.

¹² Poroy, Reha/Çekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 2012a; Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 550; Hölters AktG §17, Krebs, N. 12; Koch AktG §17, Koch, N. 6.

¹³ BeckOGK AktG §17, Schall, N. 16; Koch AktG §17, Koch, N. 6.

veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, spor kulübünün hâkimiyetinin varlığına karinedir (TTK m. 195/2).

Nitekim, Tebliğ'in m. 7/2 hükmüne göre de aşağıdaki hallerde spor kulübü ve spor anonim şirketi arasındaki hâkimiyet ilişkisi şu hallerde var kabul edilmiştir:

- Oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak.
- Esas sözleşme uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini veya aday gösterme hakkına sahip olmak.
- Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturmak.
- Spor anonim şirketini bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabilmek.
- Hâkim bulunduğu bir veya daha fazla şirket aracılığıyla spor anonim şirketine dolaylı olarak hâkim olabilmek.

TTK m. 195 hükmünde, şirketler topluluğu bağlamında doğrudan hâkimiyet yanında *dolaylı hâkimiyet* de düzenlenmiştir. Dolaylı hâkimiyet, bir şirketin bir ya da birden fazla gerçek ya da tüzel kişi vasıtasıyla diğer bir şirket üzerinde hâkimiyet sahibi olmasıdır¹⁴. Dolaylı hâkimiyette hâkim şirket, üçüncü kişilerin desteğine ihtiyaç duyar¹⁵. Bu sebeple, dolaylı hâkimiyette, oy hakkının kullanılmasına dair bir sözleşme gibi hukukî işlemler gereğince etkili olan üçüncü kişiler vasıtasıyla hâkimiyet kullanılmaktadır¹⁶. TTK m. 195/3 hükmü ile Kanun'un m. 15/2 hükmü bir arada değerlendirilirse, bir spor kulübünün, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir spor anonim şirketine hâkim olmasının, dolaylı hâkimiyeti meydana getirdiği görülür.

C. İmtiyazlar ve Özellikle Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı Açısından

Anonim şirketler hukukunda imtiyaz, pay sahipliği haklarından yararlanmada sermayeye katılım oranının esas alındığı temel ilkedden ayrılmaya imkân veren, diğer pay sahiplerinin elinde bulundurdukları paylarda bulunmayan özel bir hak ya da ayrıcalıktır^{17, 18}. SKSFK m. 15/2 hükmünde de paylara tanınabilecek imtiyazlara temas edilmiştir. Buna göre, "*Payları imtiyaz tanımaya konu olan spor anonim şirketi üzerinde doğrudan veya dolaylı hâkimiyeti bulunan spor kulübü lehine düzenlenecek imtiyazlar hariç olmak üzere, spor anonim şirketlerinde; diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa TTK'da düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez*" (m. 15/2, c. 2). Kanun'un gerekçesinde¹⁹ de belirtildiği üzere, m. 15 hükmünün amacı spor kulüplerinin spor anonim şirketleri üzerindeki

¹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 2012a; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 551; Koch AktG §17, Koch, N. 6.

¹⁵ Hölters AktG §17, Krebs, N. 12; Koch AktG §17, Koch, N. 6.

¹⁶ BeckOGK AktG §17, Schall, N. 16.

¹⁷ Aytuğar, Bilge. *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 14; Levent Biçer. *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 103, 104.

¹⁸ Ayrıca bkz. TTK m. 478/2.

¹⁹ Komisyon Raporu, m. 15 hükmü gerekçesi, s. 17.

hâkimiyetinin, diğer paylara spor anonim şirketi payları üzerinde imtiyazlar tanınmak suretiyle zayıflatılmasının engellenmesidir.

Spor anonim şirketleri ve spor kulüpleri arasında tesis edilen bu hukukî ilişki, diğer anonim şirketlerle kıyaslandığında önemli bir farklılıktır. Zira TTK m. 360/1 hükmünde yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı bakımından özel kurallar kabul edilmiştir. Bu hükmün amacı, anonim şirketlerde azınlık konumunda bulunan pay sahiplerinin haklarının daha etkin bir şekilde korunmasına yönelik tedbirleri, yönetim kurulunda temsil edilerek şirketin idaresinde söz sahibi olmak suretiyle hayata geçirmektir²⁰.

TTK m. 360/1 hükmü, spor anonim şirketleri açısından uygulanamaz. TTK m. 360 hükmü, belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesini konu edinmektedir. Kanun'un m. 15/2 hükmünün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, TTK m. 360 hükmünün spor anonim şirketleri açısından dışlanması arkasında yatan gerekçe, spor kulüplerinin spor anonim şirketleri üzerindeki yönetsel hâkimiyetini muhafaza etmektir. Bu noktada, spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri arasındaki yönetsel bağın korunması azınlığın korunması yönündeki olası ihtiyaçlara tercih edilmiştir.

D. Pay Sahipliğindeki Değişiklikler

1. Bildirim Yükümlülüğü

Tebliğ ile, Kanun'da bulunmayan bir düzenleme getirilerek belirli düzeylere ulaşan pay iktisaplarının Gençlik ve Spor Bakanlığı'na bildirilmesi yükümlülüğü kabul edilmiştir. Tebliğ m. 6/4 hükmüne göre, “*Bir gerçek veya tüzel kişinin, spor anonim şirketi sermayesinin yüzde onunu veya daha fazlasını, halka açık spor anonim şirketlerinde ise yüzde beş veya daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya spor anonim şirketinin hâkimiyetinin el değiştirmesi sonucunu doğuran pay devirleri, devir tarihinden itibaren on beş gün içerisinde Bakanlığa bildirilir.*” Bu düzenlemenin kabul edilmesindeki gerekçenin, adil oyunu güvence altına almak yönündeki tedbirleri artırmak düşüncesi olduğu kanaatindeyiz. Zira, Tebliğ'in aynı maddesinin üçüncü fıkrasında, gerçek veya tüzel kişilerin aynı ligde yer alan birden fazla spor kulübünde veya spor anonim şirketinde doğrudan veya dolaylı olarak hâkimiyetinin bulunamayacağı kabul edilmiştir.

2. Hisse Senedinin Devir Şekli Açısından

SKSFK, spor anonim şirketlerinin hisselerinin devir şekli açısından da emredici bir kural getirmiştir. Buna göre, bir spor kulübü ile bağlantısı olan spor anonim şirketlerinin payları nama yazılı olmalıdır (m. 15/3). Hükmün gerekçesine göre “böylelikle, bir kamu hizmeti olan sporun icra edildiği bu şirketlerin pay sahiplerinin kim olduklarının belli olması” sağlanacaktır²¹.

Spor anonim şirketleri açısından kabul edilen bu zorunluluğa karşılık, diğer anonim şirketlerde devir şekli bakımından paylar ikiye ayrılır. Bunlar hamiline ve nama yazılı paylardır

²⁰ Baltalı, Candemir. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*. Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 187; Ölmez, Fatih. *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 53.

²¹ Tebliğ de ise oldukça farklı hatta kanuna aykırı bir düzenleme kabul edilmiştir. Tebliğ m. 6/2 hükmüne göre, “*Spor anonim şirketlerinin payları hamiline veya nama yazılı olabilir. Ancak, sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler hariç olmak üzere, bir spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketlerinin paylarının nama yazılı olması zorunludur.*”

(TTK m. 484/1). Devir şekli bakımından farklı olan paylar arasında tür bakımından dönüşüm kabul edilmektedir (TTK m. 485).

SKSFK'nin kabulünde önemli bir tarihsel sebep ve spor ekonomisinin büyük bir kısmını oluşturan futbol kulüpleri ve özellikle, pay senetleri borsada işlem gören dört büyük futbol kulübünde mevcut hukukî durumun nasıl olduğu üzerinde durulmalıdır. Aşağıda, Haziran 2022 tarihi itibarıyla, bu konuda bazı veriler sunulmaktadır²²:

BORSA KODU	SERMAYE TUTARI	DEVİR ŞEKLİ AÇISINDAN PAYLAR		SERMAYEDEKİ ORANI		İMTİYAZ TÜRÜ		BORSADA İŞLEM GÖRME DURUMU	
		Nama	Hamiline	Nama	Hamiline	Nama	Hamiline	Nama	Hamiline
BJKAS	240.000.000 TL	600.000 TL	239.400.000 TL	%0,25	%99,75	YK'da temsil	Yok	İşlem görmüyor	İşlem görüyor
FENER	98.980.000 TL	10.250.000 TL	88.730.000 TL	%10,36	%89,64	YK'da temsil	Yok	İşlem görmüyor	İşlem görüyor
GSARAY	540.000.000 TL	135.000.000 TL	405.000.000 TL	%25	%75	YK'da temsil	Yok	İşlem görmüyor	İşlem görüyor
TSPOR	500.000.000 TL	255.001.645,98 TL	244.998.354,02 TL	%51	%49	YK'da temsil	Yok	İşlem görmüyor	İşlem görüyor

Tablodan da anlaşıldığı üzere, paylarını halka arz ederek finansman sağlayan bu dört anonim şirketin paylarının ortalama %78'i hamiline yazılıdır. Bu dört şirket, spor anonim şirketi vasfını kazandığında hamiline yazılı payların nama yazılı hale dönüştürülmesi gerekmektedir. Az önce de temas edildiği üzere, payların nama yazılı olması zorunluluğu getirilmesinin gerekçesi, pay sahiplerinin belli olmasını sağlamaktır. Ancak, bu amaca Kanun'un m. 15/3 hükmü olmadan da ulaşılabilmektedir. Özellikle, kara para aklamanın önüne geçilmesi ve terörizmle mücadele bağlamında kabul edilen bazı düzenlemelerle hamiline yazılı payların sahiplerinin belirlenmesi amacıyla Türk hukukunda bazı düzenlemeler kabul edilmiştir²³.

İlk olarak, TTK m. 486 hükmünün ikinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre, hamiline yazılı payların sahipleri ve bu kişilerin sahip oldukları paylara ilişkin bilgiler, senetler pay sahiplerine dağıtılmadan önce Merkezi Kayıt Kuruluşu'na (MKK) bildirilir. Yine, TTK Geçici m. 14 hükmüne göre de "hamiline yazılı pay senedi sahipleri, 31/12/2021 tarihine kadar MKK'ya bildirilmek üzere pay senetleri ile birlikte anonim şirkete başvurur. Başvuru sonrasında anonim şirket yönetim kurulu, beş iş günü içinde hamiline yazılı pay sahipleri ile sahip oldukları paya ilişkin bilgileri MKK'ya bildirir. Pay sahipleri anonim şirkete başvurmamış olursa TTK'da yer alan paya bağlı haklarını gerekli başvuru yapıncaya kadar kullanamazlar". 6263 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun m. 13 hükmünün ikinci fıkrasının ilk cümlesi de bu doğrultuda olup; hükme göre, "kaydileştirilmiş sermaye piyasası araçları nama veya hamiline yazılı olmalarına bakılmadan isim bazlı hesaplarda izlenir". Pay Tebliği²⁴'nin m. 48 hükmüne göre de "payları borsada işlem

²² Veriler, www.kap.org.tr internet sitesinden alınmıştır (E.T. 4.6.2022).

²³ Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 274.

²⁴ VII-128.1, 22.6.2013 tarih ve 28685 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

gören ortaklıklar tarafından ihraç edilecek payların MKK nezdinde elektronik ortamda kayden ihracı ve bunlara ilişkin hakların hak sahipleri bazında izlenmesi zorunludur". Son olarak, Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ²⁵'in "Yatırımcı hesabı" başlıklı m. 11/1 hükmünün ilk cümlesine göre, "yatırımcı hesabı, hak sahibi adına açılmış, *nama veya hamiline yazılı olmalarına bakılmaksızın* kaydi sermaye piyasası araçlarının izlendiği hesaptır". Aynı düzenlemenin, "Alım-satım işlemlerinin kaydı" başlıklı m. 17/2 hükmünün ilk cümlesine göre de "borsa işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra yatırım kuruluşları, Borsada satışı yapılan sermaye piyasası araçlarını, Tebliğ'in m. 13 hükmüne göre ilgili yatırımcı hesaplarının alt hesabı şeklinde, MKK tarafından bu işlem için açılmış olan alt hesaba aktarılır".

E. Şirket Kârından Sağlanacak Menfaatler Yönünden

Anonim şirketlerde, şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurmadığı sürece, esas sözleşmede yer alacak bir hükme istinaden şirketi kuranlara "kurucu menfaatleri" bağlamında avantajlar sağlanabilir²⁶. Dolayısıyla, spor anonim şirketleri dışındaki anonim şirketlerde, şirket kârından yönetim kurulu üyeleri ve diğer kişilere menfaat sağlamak mümkündür. Hatta, esas sözleşmenin zorunlu içeriğini düzenleyen TTK m. 339/2-f hükmüne göre, varsa "*...kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler...*" esas sözleşmede yer alır.

Kuruculara menfaatler tanınabilmesi, şirketi kurarak faaliyete geçmesini sağlayan, bunun için emek ve zaman harcayarak riske giren girişimcileri mükâfatlandırmaktır²⁷. Ancak, "bir spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketlerinde şirket kârından kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere herhangi bir menfaat sağlanamaz" (m. 15/4). Hükmün gerekçesine göre bu kural ile, "spor anonim şirketlerinin kulüp dışındaki pay sahiplerine çeşitli imtiyazlar tanınmasının ve böylece şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek özel menfaatlerin önüne geçilmek" amaçlanmıştır.

Kanun ve gerekçe metninde, menfaat sağlama yasağının geçerli olması için spor kulübü ile spor anonim şirketi arasında bir bağlantının bulunması yeterli görülmüştür. «Bağlantı» kavramından ne tür bir ilişkinin anlaşılması gerektiği konusunda Kanun'da ya da gerekçede bir bilgi bulunmamaktadır. Herhalde, buradaki bağlantının m. 15 hükmündeki hâkimiyet çerçevesinde düşünülmesi yerinde olur.

F. Fair Play Açısından

SKSFK'ye göre, "*Gerçek veya tüzel kişilerin aynı ligde yer alan birden fazla spor kulübünde veya spor anonim şirketinde doğrudan veya dolaylı olarak hâkimiyeti bulunamaz*" (m. 15/5). Bu hükmün gerekçesine göre, m. 15/5 ile "şike ve benzeri hususların engellenmesi ve sporda fair play (dürüst oyun) ilkelerinin hâkim kılınması" amaçlanmaktadır. Sporun ruhunda yer alan rekabet duygusu ve adil oyuna yönelik gereksinim karşısında, diğer anonim şirketlerde (doğal olarak) benzeri bulunmayan bu yasağa spor anonim şirketleri açısından ihtiyaç duyulmuştur.

²⁵ II-13.1, 7.8.2014 tarih ve 29081 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

²⁶ Hazıroğlu, Elif Cemre. *Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Ortaklıklarda Kurucu Menfaatleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018, s. 44.

²⁷ Hazıroğlu, s. 44.

IV. SPOR ANONİM ŞİRKETLERİNİN YÖNETİMİ

Spor anonim şirketlerinin yönetimi ile ilgili hususlar SKSFK m. 16 hükmünde ele alınmıştır. Hükmün ilk fıkrasına göre, “*Spor anonim şirketlerinin yönetim kurulu, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşur*” (m. 16/1). Spor anonim şirketleri dışındaki şirketlere dair TTK m. 359/1 hükmüne göre de “anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur”. Görüldüğü üzere, TTK m. 359/1 ve m. 16/1 hükümleri özdeştir.

Spor anonim şirketleri dışındaki anonim şirketlerde seçilecek yönetim kurulu üyelerinin sahip olması gereken nitelikler, TTK m. 359 ve m. 363/2 hükümlerinde yer alır. Spor anonim şirketlerinin yönetim kurulu üyeleri hakkında ise, diğer mevzuatta aranan şartlara ilaveten m. 5/4 ve 5 de uygulanır (m. 16/3). Bunlardan m. 5/4 hükmü, belirli suçlardan mahkûm olmamayı, m. 5/5 hükmü ise, ilgili disiplin kurullarından hak mahrumiyeti cezası almamış olmayı şart olarak getirmektedir.

Kanun'un m. 16/4 hükmüne göre, “*Spor kulübü ve spor anonim şirketi yönetiminde yer alanlar aynı spor dalında ve aynı ligde faaliyet gösteren başka bir spor kulübü veya spor anonim şirketinin yönetiminde aynı anda görev alamazlar*”. Hükmün gerekçesine göre, böylelikle muhtemel suiistimallerin önüne geçilecek ve adil rekabet ortamıyla dürüst oyun prensibi uygulanacaktır.

V. SPOR ANONİM ŞİRKETLERİNE DAİR MALÎ HÜKÜMLER

SKSFK'nin yapılış süreci ve yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, taslak düzenlemenin hukuk dünyasında yarattığı en büyük yankı malî hükümlerden kaynaklanmıştır. Özellikle, spor kulüplerinin yönetiminde bulunan kişilerin kontrolsüz ve iktisaden isabetsiz borçlanmaları sebebiyle ortaya çıkan devasa borç yükü, yönetici konumunda bulunan kişilerin belirli koşullarda bu borçlardan sorumlu tutulmak istenmeleriyle eritilmek istenmiştir. Bu amaç doğrultusunda, spor anonim şirketlerine dair malî hükümler Kanun'un m. 16 vd. hükümlerinde ele alınmıştır. Konu aşağıda, hak ve alacakların devri, borçlanma yetkileri, menfaat çatışmaları ve özellikle sorumluluk yönünden incelenmektedir.

A. Hak ve Alacakların Devri Yönünden

Spor anonim şirketlerinde hak ve alacakların devri SKSFK m. 20/4 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, spor anonim şirketleri, iki özelliğe sahip alacağın devri yönünden sınırlandırmalara tabi tutulmuştur:

- 1) *Bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin yüzde yirmi beşini aşan,*
- 2) *Mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonra doğacak ya da vadesi gelecek alacaklar.*

Spor anonim şirketlerinde bu türden alacakların devredilebilmesi için;

- a) *Sermayenin en az üçte birini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılacağı genel kurulda (toplantı nisabı),*

- b) *Toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu gerekir* (karar nisabı).

Bu koşulların sağlanması halinde dahi devredilecek alacaklar, bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin yüzde ellisini aşamaz.

Burada, TTK m. 408/2-f anlamında bir değerlendirme yapmak gerektiği kanaatindeyiz. Devri düşünülen şirket varlığı, bazı durumlarda toplam malvarlığının yüzde yirmisine kadar tekabül ederek önemli miktar teşkil edebilir²⁸. Ayrıca devri bahis konusu hak veya alacak, sayısal olarak malvarlığının küçük bir bölümünü oluştursa da nitelik olarak ve anonim şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi bakımından ciddi bir özelliği haiz olabilir²⁹. Dolayısıyla, 7405 sayılı Kanun'un m. 20/4 hükmüyle işaret edilen hak ve alacaklar da önemli miktarda şirket varlığı sayılabilir. Diğer anonim şirketlerde önemli miktarda şirket varlığının devrinde, TTK m. 408/2-f ve m. 538/2 göz önünde tutulursa sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları aranır. SKSFK m. 20 hükmünün gerekçesi, «uzun vadeli ve sağlıksız borçlanmanın önüne geçmek» olarak açıklanmıştır³⁰. Oysa kabul edilen önlem ile önemli miktarda şirket varlığı TTK'da öngörülen nisaplardan daha hafif nisaplarla devredilebilecektir. Burada, gerekçede temas edilen amacın gerçekleştirilebilmesi için doğrudan TTK m. 421/3 ve 4 hükümlerine yollama yapılması düşünülebilirdi.

B. Borçlanma Yetkisi Yönünden

SKSFK'nin genel gerekçesinde en çok temas edilen husus, spor kulüplerinin malî yapılarının sağlıksız borçlanma sebebiyle bozulduğudur. Bu sebeple, SKSFK m. 20/5 hükmünde borçlanma için sınırlar kabul edilmiştir. Buna göre, “*Spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri, bir bütçe yılında önceki yıl brüt gelirlerinin en fazla yüzde onuna kadar borçlanabilir*”. Spor anonim şirketleri dışındaki anonim şirketlerde bu neviden bir borçlanma sınırı bulunmamaktadır. Böyle bir sınırın kabul edilmesinin sebebi spor anonim şirketlerini yönetenlerin görev sürelerini aşacak şekilde borçlanarak şirketi malî açıdan zor duruma sokmalarını engellemektir³¹.

Borçlanma sınırlarının aşılabilmesi sıkı koşullara tabi tutulmuştur. Kanun'un m. 20/5 hükmünün devamında borçlanma sınırlarının şu şartlarda aşılabileceği belirtilmiştir. Buna göre, %10'un üzerinde borçlanabilmek için;

- a) HAAO'larda *sermayenin çoğunluğunu oluşturan pay sahipleri veya temsilcilerinin olumlu oyu ve*
- b) Kapalı tip spor A.Ş.'lerde *sermayenin en az üçte ikisini oluşturan pay sahipleri veya temsilcilerinin olumlu oyu gerekir.*

Bu ek bütçe ile yapılacak borçlanma önceki yıl brüt gelirlerinin yüzde ellisinden fazla olamaz. Önceki yıl bütçelerindeki brüt gelirleri, giderlerinden fazla olan spor anonim şirketleri ise

²⁸ Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, N. 10-112.

²⁹ Songur, Damla. *Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Malvarlığı Üzerinde İşlemler*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 122.

³⁰ Komisyon Raporu, m. 20 hükmü gerekçesi, s. 18.

³¹ Komisyon Raporu, m. 20 hükmü gerekçesi, s. 19.

takip eden yıl bu sınırlamaların üzerinde söz konusu brüt gelir fazlası kadar ilave borçlanma yapabilirler.

Uygun görülen sınırlar, özellikle futbol kulüpleri için uygulanabilir görünmemektedir. Sebebi, bu kulüpleri TL bazında kazançlarına karşılık Euro bazında borçlanmaları ve yıllardır zarar etmeleridir.

C. Menfaat Çatışmaları Yönünden

Kanun koyucu, spor anonim şirketlerini yönetenler ile şirket arasında çıkabilecek menfaat çatışmalarını da öngörmüş ve bunu engellemeye yönelik bazı tedbirler almıştır. Bunlardan ilki şirket aktiflerinin devrini zorlaştırmak yönündedir. SKSFK m. 20/8 hükmüne göre, “*Spor anonim şirketleri; yönetim kurulu üyelerine, bunların eşleri ve üçüncü dereceye kadar hisuslarına, çalışanlarına, yüzde beş ve üzeri pay sahiplerine ve yönetim kurulu üyelerinin yüzde beş ve daha fazla pay sahibi olduğu şirketlere hak ve alacaklarını devredemez*”.

Menfaat çatışmalarını engellemek yönünden, *pasiflerin devralınması* da kapsama alınmıştır. Kanun’un m. 20/8 hükmünün devamına göre, “*Spor anonim şirketleri; yönetim kurulu üyelerine, bunların eşleri ve üçüncü dereceye kadar hisuslarına, üzerinde TTK m. 195 anlamında doğrudan ya da dolaylı hâkimiyeti bulunan kişilere borç veremez veya bu kişiler lehine rehin, kefalet, ipotek veya diğer bir teminat sağlayamaz, sorumluluk yüklenemez ve bunların borçlarını devralamaz*”.

Kanun’un m. 20/8 hükmü, yönetim kurulu üyeleri ve bunların sayılan yakınlarının şirkete borçlanması açısından bir yenilik getirmemektedir. Zira TTK m. 395 hükmü de bu doğrultudadır. Özellikle, Kanun’un m. 20/13 hükmünün son cümlesi, şirkete borçlanmanın kısıtlanması anlamında TTK hükümlerine nazaran bir farklılık ve gerileme olarak kabul edilebilir. Aslında, başlangıçta m. 20/13 hükmü ile TTK m. 395/2’nin son cümlesi aynı esasları kabul ediyor gibi görünse de TTK m. 395/2, son cümle hükmünün uygulanması için anonim şirketin zarara uğraması şart değildir. Oysa, Kanun’un m. 20/13 hükmü, borçlanma yasağına aykırı olarak borçlananların takip edilebilmesini sorumluluk hukuku bağlamında ele almış ve şirketin uğrayacağı bir zararın gerçekleşmesi şartına bağlamıştır.

Son olarak, TTK hükümlerine göre, borçlanma yasağına aykırılık halinde borçlanılan tutar için borçlanmaları doğrudan takip edebilecek kişiler şirket alacaklıları iken; SKSFK’e göre aynı yetkiye spor kulübü, spor anonim şirketi, spor anonim şirketi pay sahipleri ve bunların alacaklıları sahiptir. Bu açıdan, yasağı aykırılığın yaptırımını TTK hükümlerine nazaran ağırlaştırılmıştır.

D. Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Sorumluluğu Yönünden (m. 20/13)

Kanun’un m. 20/13 hükmü, spor anonim şirketlerinde yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bir anlamda, SKSFK’nin kabulüne kadar uzanan süreçte en önemli motivasyon, spor anonim şirketi ve yöneticilerini sorumluluk hukuku anlamında daha ağır bir yükümlülüğe tabi kılmaktır. Ayrıca, sorumluluğun genişlediği haller de kabul edilerek, spor anonim şirketi yöneticilerinin şirket adına yapacakları borçlanmalarda daha ihtiyatlı davranmaları hedeflenmiştir.

1. Kural

Spor anonim şirketlerinde yönetim kurulu üeleriyle yöneticilerin sorumluluğu Kanun'un m. 20/13 hükmünün ilk cümlesinde düzenlenmektedir. Buna göre, “*Spor anonim şirketi başkan ve yönetim kurulu üeleri ile yöneticileri; mevzuat, tüzük ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kasıt veya ihmalle ihlal ettikleri takdirde kulüp, şirket, pay sahipleri ve alacaklılara karşı verdikleri zararlardan müteselsilen sorumludur*” (m. 20/13, c. 1). Bu hüküm, TTK m. 553 hükmüyle benzerlik taşımaktadır. TTK m. 553 hükmü kusur sorumluluğu esasına dayanmaktadır³². SKSFK'nin ilgili bu kısmında da haksız fiil sorumluluğuna benzer bir tercihte bulunularak; sorumluların şirket zararlarından ancak (kasıt ya da ihmal derecesinde) kusurlarının varlığı halinde sorumlu olacakları belirtilmiştir.

Haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde, zarar gören zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır (TBK m. 50/I). Yukarıda sayılan kişiler ile şirket arasındaki hukukî ilişki ise kanaatimizce bir sözleşme temeline dayanmaktadır³³. Sözleşmelerde borca aykırılık ile ilgili TBK m. 112 hükmüne göre, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmedikçe borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmezse, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla, TTK m. 553 hükmüyle olduğu gibi SKSFK m. 20/13 hükmüyle de ispat yükü değiştirilmiştir. Bu yönüyle, TTK m. 553 hükmüyle SKSFK m. 20/13 hükmü arasında temel bir farklılık bulunmamaktadır. Kanun'un m. 20/13, c. 1 hükmü spor anonim şirketi yönetim kurulu üeleri ve yöneticileri açısından bir yenilik getirmemiştir. Zira aynı sonuca TTK m. 553 hükmüyle de ulaşılabilmektedir.

2. Sorumluluğun Genişlemesi

Sorumluluğa dair yukarıda temas edilen temel prensibe karşılık, zarara sebebiyet verenlerin SKSFK m. 20 hükmünün 4., 5., 8. ve 9. fıkralarına aykırılık hâllerine ilişkin sorumluluklarında kastın veya ihmalin aranmayacağı ve bu kişilerin, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiklerini ispat etmedikçe sorumluluklarının devam edeceği düzenlenmiştir. SKSFK m. 20 hükmünün ilgili fıkralarına göre şirkete zarar verici eylem ve işlemlerden yönetim kurulu üeleriyle yöneticilerin sorumluluğunu genişletenler şunlardır:

- a) m. 20/4: Hak ve alacakların devrinde spor A.Ş.'yi zarara uğratmak,
- b) m. 20/5: Spor A.Ş. adına borçlanma işlemlerinde şirketi zarara uğratmak,
- c) m. 20/8: Menfaat çatışmaları yönünden şirketi zarara uğratmak,
- d) m. 20/9: Spor A.Ş. adına veya hesabına yapılacak ödeme ve tahsilatlarda hukuka aykırılık sonucu şirketin zarara uğratmak.

Sayılan hallerde, spor anonim şirketi yönetim kurulu üeleri ve yöneticilerin sorumluluğunda kusurun ispatı yönünden TBK m. 112 hükmüne yaklaşılmıştır. TBK m. 112 hükmüne göre de borçlu, borca aykırılık halinde, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmediği müddetçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

³² Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, §32, N. 72.

³³ BSK OR II, Wernli/Rizzi, Art. 710, N. 9. Bu konudaki diğer görüşler için bkz. Müller, Roland. *Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer*, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2005, s. 44 vd.

Spor anonim şirketi yöneticilerinin Kanun'un m. 20/4, 5, 8 ve 9. fıkralarına aykırılık hâllerine ilişkin sorumluluklarında spor kulübü, spor anonim şirketi, spor anonim şirketi pay sahipleri ve bunların alacaklıları, spor anonim şirketinin yükümlendirildiği tutar için sorumluları doğrudan takip edebilir.

Her ne kadar hükmün gerekçesinde TTK ile benzer bir düzenleme kabul edildiği belirtilmiş ise de; hüküm anonim şirketler hukuku açısından önemli bir yenilik getirmektedir. Benzer bir kural, sadece, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan TTK m. 393 hükmünde sayılan yakınlarının şirkete borçlanması halinde geçerlidir (TTK m. 395/2): “*Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.*”

SONUÇ

7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu hükümleri üzerinde ve özellikle spor anonim şirketleriyle bu nitelikte olmayan anonim şirketler arasında SKSFK ve TTK hükümleri açısından yaptığımız incelemeyle ulaşılan sonuçlar şu şekildedir:

- 1) Spor anonim şirketi vasfının kazanılması için öncelikle *bir anonim şirket olarak kurulmak* gerekir. Bir spor kulübünün şirketleşme sürecinde doğrudan spor anonim şirketi vasfını kazanması mümkün değildir.
- 2) SKSFK’de spor anonim şirketi olarak faaliyet göstermenin zorunlu olup olmadığına yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, konu ile ilgili yetki ilgili spor dalını yöneten federasyonlara bırakılmıştır. Örneğin, futbol federasyonunun Süper Lig’de mücadele edecek spor kulüplerinin şirketleşme süreçlerini tamamlayarak bir spor anonim şirketi olarak faal olmalarını ve dolayısıyla 7405 sayılı Kanun’un özellikle sorumluluğa dair hükümlerine tabi olmalarını zorunlu kılması beklenebilir.
- 3) Spor kulüplerinin aktif ve pasif varlıklarını bir spor anonim şirketine sermaye olarak getirebilmeleri, özellikle TTK m. 342 anlamında anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilecek değerlere dair temel prensiplere aykırılık yaratabilir. SKSFK m. 15/1 hükmünün TTK m. 342 hükmü çerçevesinde tekrar gözden geçirilmesi faydalı olur.
- 4) SKSFK m. 15/2 hükmüyle, spor kulüplerinin spor anonim şirketleri üzerindeki hâkimiyetinin sürekli kılınması için paylara imtiyaz tanınması hukukî rejiminde TTK çerçevesinde kabul edilen temel ilkelere nazaran farklı bir düzenleme kabul edilmiştir.
- 5) SKSFK m. 15/3 hükmüne göre, kimlerin bir spor anonim şirketinde pay sahibi olduğunun bilinebilmesi amacıyla, bu şirketlerin paylarının nama yazılı olması zorunlu kılınmıştır. Örneğin, dört büyük futbol kulübünün ortalama %78 oranındaki payları borsada hamiline yazılı hisse senedi olarak işlem görmektedir. Bu payların da nama yazılı paya dönüştürülmesi gerekir.
- 6) Aslında, olması gereken hukuk açısından nama yazılı paya dönüştürme işlemine de gerek yoktur. Zira, TTK m. 486 ve Geçici m. 14 başta olmak üzere bazı diğer ikincil düzenlemeler göz önüne tutulduğunda, hamiline yazılı paylar için dahi SKSFK m. 15/3 hükmüyle ulaşılmaya çalışılan sonuca meri hükümler ile de ulaşılabilmektedir.

- 7) Hak ve alacakların devrini konu edinen m. 20/4 hükmünde öngörülen nisapların ağırlaştırılması, TTK hükümleri de göz önünde tutulursa, yerinde olacaktır.
- 8) SKSFK m. 20/8 ve 13 hükümleri, anonim şirketlerde borçlanma yasakları incelendiğinde bir farklılık arz etmektedir. Bu hükümler ile, borçlanma yasağına aykırı olacak şekilde şirkete borçlanan kimseleri takip edebilecek kişilerin sayısı artırılmıştır.
- 9) Spor anonim şirketi yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerinin şirket zarara uğratmaları durumunda sorumluluklarını düzenleyen temel kural, TTK hükümleriyle aynı doğrultudadır.
- 10) Spor anonim şirketi yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerinin sorumluluklarının genişlediği hallerde ise sorumluluk doğuran fiilleri işleyen kişilerin ispat yükü açısından daha zor bir hukukî konumda oldukları söylenebilir.

KAYNAKÇA

Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Aytuğar, Bilge. *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz*, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2019.

Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Baltalı, Candemir. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*. Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Grigoleit, Christoph Hans (Hrsg.). *Aktiengesetz Kommentar*. 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2020. (Anılış: Grigoleit AktG §-, Yazar, N. -)

Haziroğlu, Elif Cemre. *Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Ortaklıklarda Kurucu Menfaatleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018.

Henssler, Martin (Hrsg.). *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Aktienrecht*, Stand: 01.02.2022, Verlag C. H. Beck, München, 2022. (Anılış: BeckOGK AktG §-, Yazar, N. -)

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf. *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012. (Anılış: BSK OR II, Yazar, Art. -, N. -)

Hölters, Wolfgang/Weber, Markus. *Aktiengesetz Kommentar*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck & Vahlen, München, 2022. (Anılış: Hölters AktG §-, Yazar, N. -)

Koch, Jens (Bearb., Begründet von Hüffer, Uwe). *Aktiengesetz*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2022. (Anılış: Koch AktG §-, Yazar, N. -)

Levent Biçer. *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Müller, Roland. *Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer*, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2005.

Ölmez, Fatih. *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Songur, Damla. *Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Malvarlığı Üzerinde İşlemler*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın. *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Eski Türklerde ve Osmanlı Devletinde Meşruiyet İnancı Bağlamında Devlet Başkanının Belirlenmesi

Süleyman Emre ZORLU 

Dr. Öğr. Üyesi, Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Gaziantep, Türkiye s.emrezorlu@hotmail.com
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
Makale Geçmişi Geliş: 04.02.2022 Kabul: 08.09.2022 Yayın: 12.09.2022	Meşruiyet, şer'i ve şeriat sözcükleriyle yakın ilişki içerisinde olan yani akraba bir kelimedir. Edebi anlamda ise meşru kabul edilen şeriata uygun olan manasında kullanılır. Siyaset Bilimi ve Genel Kamu Hukuku bu kavramı hukuk ve ahlak kurallarına uygun şekilde oluşturulmuş hukuki kurumlar ve kuralları ifade etmek için kullanır. Meşruiyet iktidarlar için son derece önem arz eder. Devlet başkanının hangi usulle seçileceği, kadın veya erkek olması, hangi aile veya soydan gelmesi gerektiği veya buna ihtiyaç olup olmadığı, eğitim düzeyi, fiziksel özellikleri vb. soruların cevabı yönetilecek olan milletin meşruiyet inancındadır. Millete ait devlet başkanının belirlenmesine ilişkin meşruiyet inancı göz ardı edilerek güç veya şiddet kullanılarak iktidarlar el değiştirmiş ancak meşruiyet kazanmadığından uzun süreli olamadıkları görülmüştür. Tarih iktidarda kalma yolunun halkın saygısından geçtiğini öğretmektedir. Güç kullanma tekeli iktidarlar için halkın saygısını elde etmek için araç konumundadır. İktidarlar devamlılık istiyorsa meşru temele dayanarak otoriteye dönüşmelidirler. Türkler köklü bir devlet geleneğine sahiptir. Eski Türklerde meşruiyetin kaynağı kut inancıdır. Kut doğumla kazanılır ancak yetenek ve başarı ile sürdürülebilir. Türklerin İslamiyet'i kabulü ile birlikte devlet başkanının belirlenmesine ilişkin meşruiyet inançlarında da belli değişiklikler olmuştur. Devlet başkanının belirlenmesinde artık İslam hukukunun devlet başkanının belirlenmesine ilişkin şart ve usulleri de söz konusudur. Ancak Eski Türklerden gelen devlet geleneği de tamamen de terk edilmiş değildir.
Anahtar Kelimeler: Meşruiyet, Devlet Başkanlığı, Kut İnancı, Osmanlı Hukuku, İslam Hukuku.	

Determination of the Head of State in the Context of Legality Belief in Old Turks and Ottoman Empire

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 04.02.2022 Accepted: 08.09.2022 Published: 12.09.2022	Legitimacy is a word that has a close relationship and related with the words shar'i and sharia. In the literary sense, it is used in accordance with the Sharia, which is considered legitimate. Political Science and General Public Law use this concept to refer to the legal institutions and rules that have been established in accordance with the rules of law and morality. The method by which the head of state will be elected, whether he is a woman or a man, from which family or lineage he should come from or whether it is needed, education level, physical characteristics, etc. The answer to these questions lies in the belief in the legitimacy of the nation to be governed. Ignoring the belief in legitimacy regarding the determination of the head of state belonging to the nation, the powers changed hands by using force or violence, but it was seen that they could not last long as they did not gain legitimacy. History teaches that the way to stay in power is through the respect of the people. The monopoly on the use of force is a tool for the authorities to achieve public respect. If the authorities want continuity, they should transform into authority on a legitimate basis.. The Turks have a well-established state tradition. The source of legitimacy in the ancient Turks is the belief in kut. Kut is earned by birth, but it can be sustained with talent and success. Along with the acceptance of Islam by the Turks, there have been certain changes in the legitimacy beliefs regarding the determination of the head of state. In the determination of the head of state, the conditions and procedures of Islamic law regarding the determination of the head of state will also be applied. However, the state tradition from the Old Turks is not completely abandoned.
Keywords: Legitimacy, Presidency, Belief in Kut, Ottoman Law, Islamic Law	

Atıf/Citation: Zorlu, S. E. (2022). Eski Türklerde ve Osmanlı Devletinde Meşruiyet İnancı Bağlamında Devlet Başkanının Belirlenmesi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s.501-533.

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

İktidarın meşruluğu hemen her dönem tartışma konusu olmuş bir kavramdır. Meşru görülen iktidarlar yönetimde kalıcı olmuş ve kendi hâkimiyetlerini kabul ettirebilmişlerdir. Hemen her milletin iktidara yönelik farklı bir meşruiyet inancı veya algısı mevcuttur. Meşruiyet inancı milli geleneklerden, yaşayış tarzından, ülke coğrafyasından, karşı karşıya kalınan sıkıntı felaket veya problem veya trajedilerden, genel dini inançtan doğrudan etkilenmekte bunlara göre şekillenmektedir. Meşruiyet inancını bu değerler bütünü belirlemektedir¹.

Türklerin çok eski zamanlardan beri süregelen bir devlet anlayışı, örf ve adetleri, gelenekleri ve yaşam biçimi mevcuttur. Türklerin kökenine ve anayurdunun neresi olduğuna ilişkin birçok teori olmakla birlikte, arkeolojik buluntulara ve tarihsel kayıtlara göre bundan 4000 yıl öncesine orta asya bozkırlarında yaşadıkları bilinmektedir. Türkler en hareketli ve savaşçı milletlerin başında gelmektedir. Türklerin birçok kez yaşadıkları coğrafya ve etkisinde kaldıkları genel inanç sistemi değişikliğe uğramış, değişik millet ve kültürle bir arada yaşamış ve devlet gelenekleri de bu ilişkiler açısından etkilenecek belirli değişimlere maruz kalmıştır. Ancak kendi kültürel dokusunu ve milli özelliklerini sentezleyerek asimile olmamışlardır. Bilindiği üzere Türkler önce Orta Asya’da çok büyük devletler kurmuşlar daha sonra ise kuraklık, büyük savaşlar, Çin’in baskısı vb. sebeplerden dolayı Anadolu’ya doğru büyük göç dalgaları ile göç etmeye başlamışlardır². Bu göç onların kültürlerinde ve devlet anlayışlarında etki bıraktığı gibi devlet başkanına ilişkin meşruiyet inançlarına da etki etmiştir.

Eski Türklerde meşruiyetin kaynağı kut inancıdır. Kut doğumla kazanılır ancak yetenek ve başarı ile sürdürülebilir. Türklerin İslamiyet’i kabulü ile birlikte meşruiyet inançlarında da belli değişiklikler olmuştur. Eski Türklerin köklü devlet geleneğinde devlet başkanının belirlenmesine ilişkin hükümler ile İslam hukukunun getirdiği devlet başkanının belirlenmesine ilişkin hükümleri meşruiyet inancı bağlamında izah etmeye çalışacağız. Çalışmamız Türklerin İslamiyet öncesi ve sonrası devlet başkanının belirlenmesine ilişkin meşruiyet inancındaki değişimleri veya benzerlikleri ortaya koymasından yarar sağlayacaktır. Bu anlamda öncelikle meşruiyet, iktidar ve otorite kavramlarını izah etmekte yarar vardır.

I. MEŞRUIYET KAVRAMI

Meşruiyet kelime anlamı olarak iki sözcükle yakından ilgilidir. Bunlar şer’i ve şeriat sözcükleridir ve meşruiyet bu iki kavrama uygun olan hali ifade etmek üzere sıfat olarak kullanılmaktadır. Meşruiyet kavramını sadece şeri olana ya da şeriata uygun olma manasına indirgemek kavramsal çerçeveyi daraltacaktır. Türk dil kurumu meşruiyeti yasaya dine yahut kamu vicdanına uygunluk olarak tanımlamaktadır. Meşruiyet kelimesinin Latince karşılığı “Legitimus” veya “Legitimatıo”dur. İngilizce karşılığı bu iki kelimedenden türetilmiş olan “Legitimacy”dir³.

Tarih boyunca iktidarlar yönetme yetkisinin sürdürülebilir olmasını şansa veya geleneklere bırakmamış, kendi İktidarlarının devamını sağlamak için itaatkâr kadrolara ve kendilerine bağlı

¹ Oktay, Cemil, *Siyaset Bilimi İncelemeleri*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2005, s. 9; Çetin, Halis, *Siyaset Bilimi*, Orion Kitabevi, Ankara, 2014, s. 80.

² Bilgili, Ali Sinan. *Türk Kültür Coğrafyası*, Pegem Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 30-33.

³ Oktay, Cemil, s. 8; Çetin, s. 75.

halka ihtiyaç duymuşlardır. Yönetilenler gönüllü olarak meşru olarak kabul ettikleri iktidara toplu şekilde veya bireysel olarak itaat ederler. Gönüllü itaat günümüzde seçilmiş iktidara ve demokratik kurumlara gösterilmektedir⁴. Meşruyet kavramını tanımlamaya geçmezden evvel diğer iki önemli kavramdan bahsetmekte yarar vardır. Bunlar meşruyet kavramı kadar önemli ve bir o kadar tartışılan iktidar ve otorite kavramlarıdır.

A. İktidar Kavramı

İktidar kısaca birinin aksi takdirde veya normalde yapmayacağı şeyi yaptırabilme kabiliyeti veya bir grubun veya bir kimsenin diğerlerini yönetme, kontrol edebilme kapasitesidir⁵. İktidara tümüyle sahip olmak, muhalefetin olmayacağı anlamına gelmez. İktidar, karşı çıkanların olmasına rağmen veya direnmeyle karşılaşsa bile iradesini kabul ettirebilme kabiliyetine sahip olmalıdır⁶. Örneğin ataerkil yapıya sahip bir ailede aile babası diğer aile fertleri üzerinde sözünü geçirmekte, onları yönlendirip yönetebilmektedir. Yine okul müdürünün öğrenciler üzerinde, sendika başkanının temsilciler üzerinde, futbol kulüp başkanının futbolcular üzerinde vb. iktidarın varlığından söz edebiliriz.

Ancak bizim konumuz olan siyasi iktidar kavramı okul müdürü, aile babası veya kulüp başkanının elinde olmayan bir imkân iradesinin aksine hareket edenlere karşı meşru olarak güç kullanma yetkisine sahiptir. Devlet hukuk kuralları çerçevesinde iradesinin aksi yönde harekette bulunanlara karşı meşru kuvvet kullanma yetkisine sahip yegâne kurumdur. Zaten hukuk kurallarını, din kuralları ahlak kuralları gibi diğer toplumsal yaşamı düzenleyen kurallardan ayıran temel özellikte aksi davranış halinde meşru yaptırma sahip olmasıdır⁷.

Tarih boyunca güç veya şiddet kullanmak suretiyle iktidarlar çokça el değiştirmiş veya yeni bir iktidar tesis edilmiştir. Ancak bu iktidarlar meşruyet kazanmadığında, uzun süreli olmadıkları görülmüştür. Örneğin Napolyon Mısır seferinde meşruyet kazanmak adına Müslüman olduğunu ve İslam Halifesinin kendisini görevlendirdiğini ilan etmiştir⁸. Mısırı ele geçirdikten sonra yerel halkın İslam ile Fransız ordusunun alakaları olmadığı ortaya çıkınca sürekli isyanlar ortaya çıkmış ve bunlar son derece kanlı bir şekilde bastırılmalarına rağmen Fransız ordusu Mısırda güven içerisinde kalamamıştır. Hatta Fransızların ünlü Komutanı ve milli kahramanı Klüber Mısırlı bir öğrenci tarafından suikaste uğramış ve ölmüştür⁹. Aynı şekilde Roma, İngiltere'nin kuzeyini

⁴ Arslan, Rıza. *Siyaset Bilimine Giriş*, Dora Yayınları, Bursa, 2016, s. 41; “Meşruyet siyasi iktidarın gücüne haklılık, toplumsal ve siyasi çatışma unsurları arasında denge ve uyum, kontrol ve uzlaşma, özgürlük ve hukuk arayışıdır.” Bkz. Çetin, s. 77.

⁵ Demir, Ömer /Acar, Mustafa, Sosyal Bilimler Sözlüğü, Ağaç Yayınları, İstanbul, 1992, s. 176; Russele göre iktidar alınması düşünülen sonuçların ürününü ifade eder ve insanlar üzerindeki iktidar ise bireyin etki altına alınış şekline göre sınıflandırmaya tabi tutulabilir. Bkz. Russell, Bertrand, İktidar (M. Ergin, Çev.), Altın Kitaplar Basımevi, 1976, s. 43-44.

⁶ Kışlalı, Ahmet Taner. *Siyaset Bilimi*, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s. 18-19; Balki, Hamise. “İktidar Kavramı ve Russell’ın İktidar Anlayışı”, *Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2013, s. 4-5.

⁷ “Devlet içindeki iktidar olgusu, örneğin bir hırsız çetesindeki iktidar olgusundan temelde çok ayrı olmayabilir. Ama birincisinde otoriteye ilişkin bir kurumlaşma söz konusudur. İkincisinde ise, belirli kalıplara göre oluşmayan, bu nedenle de istikrarlılığı, sürekliliği, hatta tutarlılığı aranmayan ilişkiler vardır.” bkz. Kışlalı, s. 18.

⁸ Kalın, İbrahim. *İslam ve Batı*, İSAM Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 125-145.

⁹ Fransızlar suikastın Osmanlı Devleti tarafından gerçekleştirildiği suçlamasında bulunmuş ancak Osmanlı Devleti resmi kanaldan söz konusu suçlamayı yalanlamıştır. Bkz., BOA, HAT, 137/5650S; Çolak, Kamil. “Mısır’ın Fransızlar Tarafından İşgali ve Tahliyesi (1798-1801)”, *Sakarya Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 2, s. 162.

birçok kez ele geçirmesine rağmen meşruyet temelli bir iktidar oluşturamadığından sürekli isyanlar çıkmış, sorunu o bölgeyi duvar örerek kendi sınırları dışarısında tutmakta bulmuştur¹⁰. Yani tarih bize iktidarda kalmanın temel yolunun halkın korkusunu değil, saygısını kazanmaktan, bir başka deyişle halkın meşruyet inancıyla doğru orantılı olarak iktidarın kabul edilmesinden geçtiğini göstermektedir. Güç kullanma veya şiddet tekeli siyasi iktidarların varlığının garantisi değil, sadece halkın saygısını kazanmanın bir aracı konumundadır. Ayrıca halk siyasi iktidar sahiplerini kendilerine örnek aldıkları için, devlet başkanı da örnek bir şahsiyet olmak mecburiyetindedir. İmam Gazali Devlet Başkanının halkı iyilik, doğruluk çalışkanlık gibi meziyetlere daha çok değer veren bir vizyona yöneltilmesinden sorumlu tutmaktadır¹¹. İktidara gelenler bu iktidarlarını sürdürmek istiyorlarsa, meşru temele dayanmalı ve bu suretle iktidarlarını otoriteye dönüştürmelidirler. İslam Âlimlerinden batıda “*Alpharabius*” İslam Dünya’sında “*Muallim-i Sani*” olarak bilinen Farabi, İslam devlet başkanının doğru olması ve yalan söylememesini yeterli görmemekte, ayrıca doğruluğu sevip, yalancıları sevmemesi ve kendinden uzaklaştırmasını da gerekli görmektedir. İktidar sahibinin adaletli olması gerektiği gibi, adalet ehlini de sevmesi ve ulu, yani yüce insanlarla birlikte hareket etmesi gerektiğinden bahseder. İktidar ancak bu şekilde otoritesini, halkın sevgi ve saygısını kazanarak kabul ettirebilecektir¹².

Tabi bu düşünceye karşı çıkan düşünürler de olmuştur. Machiavelli’ye göre siyasi iktidarı elinde tutanlar iyi olarak kabul edilen niteliklere sahip olmak zorunda değildirler. Ancak sanki sahiplermiş gibi davranmak zorundadırlar. Siyasi iktidar sahibi hoşgörülü, merhametli ve mantıklı bir kimse gibi görünmeyi başararak büyük bir taklitçi ve ikiyüzlü bir kimliğe sahip olabilmelidir. Ancak bu şekilde otoritesini sürdürülebilecektir¹³. Görüleceği üzere iktidar ve otorite kavramları birbirinden bağımsız değildir. O halde Otorite kavramından bahsetmekte yarar vardır.

B. Otorite Kavramı

Meşruyet kavramını açıklamazdan evvel tanımlanması gereken bir diğer kavram da otorite kavramıdır. Otorite kısaca özel bir iktidar biçimi olarak “*meşru iktidarı*” tanımlamak üzere kullanılır. Otorite ile iktidar aynı şekilde aldıkları kararları direnmeye veya muhalefete rağmen uygulatabilir. Ancak direnenler veya muhalefet, otoriteyi tanıma noktasında ya da alınan kararlara uyma noktasında sıkıntı çıkartmaz ve otoriteye saygı duyarlar. Otoritelerde yönetilenler

¹⁰ <http://www.genelturktarihi.net/antik-roma-hadrian-duvari>, 08.12.2021, 22:57; <https://ungu.com.tr/2021/01/hadrian-duvari-ne-dir/>, (08.12.2021).

¹¹ “*Müminlerin başkanı! Durumunu ve davranışlarını daima Allah’ın yoluna mutabık ve uygun yapıp o yolun dışına çıkmayınız. Şayet sizi o yola aykırı hareket ederseniz, halkınız da size uyup hepsi eğri yolda kalabilirler. Emevi Başkanlarından Velidi, bina yapmakla meşgul olduğu için, halk gece ve gündüz oturma esnasında yaptıkları konuşma, konak, saray, ve binalar hakkındaydı. Abdülmelik başa geçince onun tabiatı en çok kadınlarla haz duyduğundan devrinde herkes nikahla uğraşıp duruyordu. Ömer bin Abdülaziz (r.a.) halife olunca Hz. Ömer’in yoluna tutundu. Gece Gündüz ibadetle meşgul oldu. Zamanında herkes “Bugün ne kadar okudunuz” “Bu ayda ne kadar oruç tuttunuz” şeklinde konuşurlardı. Hasılı bütün Halk hareket ve davranışlarında size tabidirler. Aklınızı başınıza alınız, Müslümanları yolundan çikarmayınız.” Gazali, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed. *Nasihati’l-Müluk*, çev. Osman Şekerci, Sinan Yayinevi, İstanbul, 1969, s. 52.*

¹² Farabi, *El-Medinetü’l Fâzıla*, (Çev. Nafiz Danişman), Ankara, 2001, s. 88-90.

¹³ Machiavelli, Prens, (Çev. Nazım Güvenç), İstanbul, 1994, s. 105; Ekinci, Ekrem Buğra, Machiavelli Ve Hukuk Tarihindeki Yeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 1996, c. 10, S. 1-3, s. 5; Kesgin, Ahmet, Machiavelli ve Makyavelizm, *Beytulhikme An International Journal of Philosophy*, 2015, c. 5, S. 1, s. 110.

yönetenlere kendi arzuları uyarınca itaat ederler. Bu itibarla otorite kısaca yönetme hakkıdır denebilir¹⁴.

Yönetilenlerin rızasına dayanan otorite aynı zamanda doğal olarak güçle de desteklenmektedir. Meşruiyet kavramı içerisinde otorite kavramını da alan geniş bir çerçeve çizer. İktidar ve otorite kavramları bu şekilde izah edildikten sonra meşruiyet kavramına temas etmekte yarar vardır.

II. MEŞRUIYET KAVRAMI VE MEŞRUIYETİN TANIMINA YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

Genel olarak günümüz sosyal bilimler literatüründe meşruiyete ilişkin tartışmalar Max Weber'in fikirleriyle başlamaktadır. Weber'e göre otorite yalnızca maddi, ideal veya duygusal motiflere dayanarak varlığını devam ettiremez. Otorite meşruiyetine dair inanca ve bu inancın devamlılığını sağlamak üzere mekanizmalara ihtiyaç duyar. Weber meşruiyeti otoritenin varlığının devamı için zaruri görmektedir. Meşruiyette de inanç unsurunun varlığını gözeterek inanç unsurunu ön plana çıkarır¹⁵.

Weber'e göre karizmatik, geleneksel ve hukuki-rasyonel şeklinde üç çeşit hâkimiyet veya otorite vardır. Geleneksel otorite uygulanagelen geleneklere dayanırken karizmatik otorite; başarı, liderlik, kahramanlık, iletişim becerileri vb. liderin özelliklerinden kaynaklanır. Geleneksel otoriteye halkın itaatının temel sebebi mevcut otoritenin geleneklere bağlı olarak iktidarda kalmasıdır. Karizmatik otoritede ise lidere halkın itaat etmesi olağanüstü nitelikleri sebebiyledir. Hukuki-rasyonel otoritede soyut, genel bir rasyonel hukuk sistemi mevcuttur ve bu hukuk sistemine uygun olarak iş başına geçene insanlar bağlılık göstermektedir. Weber'e göre günümüz modern dünyasında geçerli olan otorite hukuki-rasyonel otoritedir¹⁶.

Günümüzde Anayasalar toplum sözleşmesi ve meşruiyet inancının da temel belgesi niteliğinde kabul edilmektedir. Anayasaların iyi ve doğru bir anayasa olabilmeleri ise, ancak insan haklarına saygılı olmakla beraber insan haklarına ilişkin güvenceleri sağlamalarıyla mümkündür. İnsan haklarının otoriteyi sınırlandırıcı fonksiyonunu içerisinde barındırmayan bir anayasanın toplum sözleşmesi niteliğinde olduğundan bahsedilemez¹⁷.

Anayasada insan haklarına ilişkin güvencelerin olmasının bir başka yansıması ise, mevcut iktidarın insan haklarını ihlal ettiği zaman iktidardan düşeceği bilinciyle hareket etmesidir. Bu anlayış bireyi amaç devleti araç olarak gören anlayıştır. Amaç bireyin huzur, refah ve mutluluğunun sağlanmasıdır, devletin güçlü olması ikinci plandadır diyebiliriz. Ayrıca bu anlayışa

¹⁴ Friedman, Richard B. "Authority," (Metin İçinde, "The Blackwell Encyclopedia of Political Thought"), David Miller, Janet Coleman, William Connolly, Alan Ryan (der.), Blackwell, Oxford, 1993, s.28; Kışlalı, s. 18; Gönenç, Levent. "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2001, c. 50, S. 1, s. 133.

¹⁵ Weber, Max, *Meşru Egemenlik*, çev. Latif Boyacı, Yarın Yayınları, İstanbul, 2017, s. 8. Weber'e göre toplum gönüllü rıza gösteriyorsa o iktidar meşru sayılacak aksi halde meşruiyetini kaybedecektir. Bu anlamda meşruiyet inancı bir iktidarın meşruluğunu sağlayan unsur olarak karşımıza çıkar. Bkz. Arslan, s. 42.

¹⁶ Weber, s. 12-13; Arslan, s. 44; Çetin, s. 86-91.

¹⁷ Sancar, Mithat. 'Devlet Aklı' *Kışkacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 117-119; Sunay, Reyhan. *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları*, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya, 2013, s. 108; Doğan, Bayram / Turan, Mehmet. "Anayasa Hukuku Bağlamında Medine Vesikası", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 11, S. 1, s. 73.

göre devlet belirli kimselerin değil tüm toplumundur. Yani toplumun belirli bir kesimini dışlayıcı politikalar üreten iktidarlar desteklenmeyecektir¹⁸.

Meşruiyet kavramı pozitivist anlayışa göre genel olarak bir işlemin veya olayın olumlu manada hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bir başka tanıma göre meşruiyet bir kurum veya normun hukuk ve etik kurallarına uygunluğunu ifade eder. Meşruiyet ile hukukiliği birbirinden ayırmakta yarar vardır. Hukukun ahlakın veya geçerli bir değerün üstüne inşa edilmiş kurum veya norm meşrudur. Sadece hukukun veya sadece ahlakın meşru kabul ettiği ancak bir diğerinin meşru kabul etmediği kurum veya kural meşru kabul edilmeyecektir¹⁹.

A. Eski Türklerde Hâkimiyete İlişkin Meşruiyetin Kaynağı

Her köklü devletin kendine özgü bir devlet anlayışı vardır. Köklü Devletlerin devlet anlayışını ise coğrafi şartlar, yaşam biçimi, karşı karşıya kalınan problemler, dini değerler, kültür, hukuk sistemi ve değer yargıları vb. faktörler belirler. Tarih boyunca birçok devlet kurmuş bir millet olarak Türklerin de kendine özgü bir devlet anlayışı vardır. Doğal olarak devletin kuruluş devrine göre o tarihlerdeki Türk kültüründen, baskın inanç değerlerinden, coğrafi şartlardan vb. faktörlerden Türk Devlet anlayışı etkilenecek bir takım değişikliklere uğramıştır²⁰.

Türkler kadim zamanlarda teşkilatlı boylar şeklinde hayat sürerlerdi. Sosyal yapılarında ruhban sınıfı veya ayrıcalıklı sınıf bulunmaz, halk kendi becerileri ya da yaptıkları işe göre sınıflandırıldı. Türkler teşkilatçı bir millet olup kainatın merkezine devleti, devletin temeline de töreyi oturtmuşlardır²¹. Göktürk Abidelerinde ve Oğuz Kağan Destanında bu durum açıkla ifade edilmiştir²².

*“Yurdum ırmaklarla denizlerle dolsun
Gökteki güneş ise yurdun bayrağı olsun
İlimiz (Devlet) çadır, yukarıdaki gök olsun
Dünya devletim olsun, halkımda çok olsun”*²³

Oğuz Kağan Destanından yapılan alıntıdan da görüleceği üzere devletin bayrağının güneş olması istenmiş ve tüm yeryüzüne hükmedecek bir devlet isteğinden bahsedilmiştir. Tüm

¹⁸ Kuçuradi, İoanna. *İnsan Hakları, Kavramlar ve Yorumlar*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2007, s. 42; Sunay, s. 127.

¹⁹ Atay, Ender Ethem. “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, C. 1, S. 2, s. 121-123; Gönenc, s. 134-136.

²⁰ Ahmetbeyoğlu, Ali. “Eski Türklerde Kut ve Töre Bağlamında Hükümranlığın Hududları”, *Tarih Dergisi*, İstanbul, 2020, s. 30.

²¹ Orhun abidelerinde Dünyanın Tanrı tarafından dört katman şeklinde yaratıldığı yazılıdır. Bu katmanlar sırasıyla Gök, Hakan, İnsanlar, yer şeklinde belirtilmiştir. Tanrı yaratılışa gökyüzü ile başlamış, sonra yeryüzünü yaratmıştır, yeryüzünden sonra insanları yaratmıştır. Kağanı ise yeryüzünde yaşayan insanların başına geçsin diye yaratmıştır. Bu nedenle yaratılış Gök, kağan, insanlar ve yer şeklinde sıralıdır. Oğuz Destanında ise Oğuz Kağan semavi kaynaktan gelerek, kendisi gibi gökyüzünden gelen ve ışık saçan başka bir kızla evlenerek nesli çoğalmıştır. Bu sebeple Kağanlık Oğuz nesline münhasır olmuştur. Bkz. Öztürk, Ali. *Çağlar İçinde Türk Destanları*, Alioğlu Yayınları, İstanbul, 2000, s.135; Akcan, Ayten. “Eski Türklerde Devlet Yönetiminde Hâkimiyetin İlahi Temelleri”, *MECMUA - Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 5, S. 10, Güz 2020, s. 309; Kutadgu Bilig’de ise töre güneşe benzetilmektedir. Bkz. Sever, Mustafa. “İlig Tutup Törüğ İtmek (İli Tutup Töreyi Düzenlemek)”, *Uluslararası Halk Bilimi Araştırmaları Dergisi (UHAD)*, Ankara, 2020, C. 3, S. 4, s. 151.

²² Ahmetbeyoğlu, s. 31.

²³ Ögel, Bahaeddin. *Türk Mitolojisi*, I, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1971, s. 118.

Dünyanın Türklerin ve Kut Sahibi Kağan'ın bayrağı etrafında toplanması gerektiği vurgulanmıştır. Gök otağ şeklinde nitelendirilerek tüm Dünyanın üzerinde hükmedileceği belirtilmiştir. Oğuz Kağan destanının devamında bir cihan devleti kurmayı başarmış ve Dünyaya hükmetmiştir. Türklerde var olan Dünyaya hükmetme felsefesi yok etme veya sömürme şeklinde değildir²⁴.

Eski Türklerin devlet anlayışı ile ilgili bir diğer kaynağımız ise Orhun Abideleri'dir. Abidelerde Tanrı'nın yeryüzündeki insanları yönetsin diye Kağanları yarattığından bahsedilerek, Kağanların yönetim yetkisini doğrudan Tanrıdan aldıklarından bahseder.

“Tanrı gibi (ve) Tanrı'dan olmuş Türk Bilge Kagan”²⁵

“...üstte mavi gök, altta yağız yer kıldıkta, ikisi arasında insanoğlu kılınmış. İnsanoğlunun üzerine ecdadım Bumın Kagan, İstemi Kagan oturmuş. Oturarak Türk milletinin ilini, töresini tutu vermiş, düzene soku vermiş”²⁶

“Yukarıda Türk tanrısı, Türk mukaddes yeri, suyu öyle tanzim etmiş. Türk milleti yok olmasın diye, millet olsun diye babam İlteriş Kaganı, annem İlbilge Hatunu göğün tepesinde tutup yukarı kaldırmış olacak...”²⁷

Hükümdar ailesinden olmak Kağan olmak için yeterli değildir, Tanrıdan ayrıca kut alınması gerekmektedir. Kut verildiği gibi alınabilen de bir olgudur²⁸. Kağan iyi yönetim sergilemez ve halk ile arası açılırsa Kut'un Kağandan geri alındığına inanılırdı. Kağanın kutun kendisinden alınmadığını ispatlaması ve yönetimini sürdürmesi için başarı elde etmesi ve özellikle savaşlar kazanması ayrıca halk ile bağlarını kuvvetlendirmesi gerekmektedir. Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere Tanrı Kağan'ı halk arasındaki bir aracı olarak görmektedir. Yani Eski Türk inanç ve felsefesinde devlet başkanından ayrı bir ruhban sınıfı ya da Peygamber şeklinde bir anlayış bulunmamaktadır. Sosyal hayata ilişkin gerçekleştirilecek müdahalelerde Tanrı Kağanı aracı olarak kullanır²⁹. Bu durum eski Türklerin dini inançlarından kaynaklanmaktadır.

Meseleyi daha belirgin hatlarla izah etmek gerekirse Eski Türklerde Tanrı kavramı yüce bir varlık olarak var etme kudretine sahip olduğu gibi yok etme kudretine de sahiptir. Tanrı var ettiği insanlara bir takım özellikler de verir, bu özellikleri sebebiyle de onları denetler gerekirse cezalandırır gerekirse ödüllendirir³⁰. Bozkır kültürü bu inanç temelinde devlet geleneği oluşturmuştur. Bu geleneğe göre Tanrı yasama, yürütme ve yargı erkine hükmeder. Tanrı yasama

²⁴ İşçi, Metin. *Türk İslam Siyasi Düşünceler Tarihi*, Derin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 9.

²⁵ Kül Tigin, Güney Yüzü 1. Satır, Ergin, Muharrem. *Orhun Abideleri*, 42. Basım, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, Eylül 2009, s. 3, 33; Ahmetbeyoğlu, s. 33.

²⁶ Bilge Kağan, Doğu 2-3, s. 33; Kül Tigin, Doğu 1, s. 9.

²⁷ Kül Tigin, Doğu 11, s. 13; Ergin, Orhun Abideleri, s. 15; https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/72194/mod_resource/content/1/ORHUN%C3%82B%C4%B0DELER%C4%B0.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

²⁸ Akcan, s. 310; Sever, “İlig Tutup Törüg İtmek (İli Tutup Töreği Düzenlemek)”, s. 154.

²⁹ “Önce Kırgız kağanını balbal olarak diktim. Türk milletinin adı-sanı yok olmasın diye, babam kağanı, annem hatunu yükseltmiş olan Tanrı, il veren Tanrı, Türk milletinin adı-sanı yok olmasın diye kendimi o Tanrı kağan oturttu”; Ergin, s. 17-18.

³⁰ Aksoy, Hasan, İslam Öncesi Dönem Türklerde Tanrı Anlayışı, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, c. 4, S. 2, s. 278-283.

kudretini doğanın kanunlarında gösterir. Yürütme kudretini ise Kağana verdiği Kut ile gösterir. Tanrı yargı kudretini ise yerine göre cezalandırarak yerine göre ödüllendirerek göstermektedir³¹.

Eski Türk İnancı ve Bozkır Kültürüne göre Tanrı, Dünyaya dolaylı müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahaleler genellikle düzenin bozulması ile anlaşılmaktadır. İdeal düzende Tanrı yeryüzüne müdahalede bulunmayacaktır. Bu sebeple insanların düzen içerisinde yaşaması Tanrı'nın Gölgesi sıfatını taşıyan Kağan'ın hâkimiyetinde olmasına bağlıdır³².

Özetle Eski Türklerde siyasi hâkimiyetin Tanrı tarafından belirlendiği inancı siyasi hâkimiyeti ilahi kökenli kılmaktadır³³. Aynı zamanda Tanrı tarafından hükümdar ailesinden bir kişiye verilmiş Kut'un geri alınabileceğine ilişkin inanç, siyasi hâkimiyeti elinde tutmak isteyen Kağan'ı başarılı olmaya ya da en azından başarısız olmamaya mecbur bırakmaktadır. Bu anlamda Kağan yönettiği halka karşı sorumluydu³⁴. Kağanın başarısız olmasını belirleme yetkisi ise genel olarak Kurultay³⁵'dadır. Danışma meclisi niteliğindeki Kurultay Oğuz Türkçesi'nde "Kengeş" şeklinde ifade edilmiştir³⁶. Kurultay Kağanın seçimi, azledilmesi, denetlenmesi yetkilerine sahiptir³⁷. Kağan'ın seçildiği Kurultaya kimi zaman seçim Kurultayı adı verildiği bilinmektedir³⁸.

B. İslam Hukukuna Göre Meşruiyetin Kaynağı

İslam hukukunun öncelikli kaynağı hükmünde olan Kur'an-ı Kerimde yüce Allah: "*Hatırla ki: Rabbin meleklerle, (Ben yeryüzünde bir halife [bana muhatab bir mahlûk, Adem] yaratacağım) dedi. Onlar, (Bizler hamdinle sana teşbih ve seni takdis edip dururken, yeryüzünde fesad çıkaracak, orada kan dökecek mahlûk mu yaratacaksın?) dediler.*" buyurmuşlardır. Burada yaratılacak kişi ilk insan ve peygamber olan Hz. Adem'dir. Hz. Adem Peygamber olması sebebiyle aynı zamanda Allah'ın halifesi konumundadır. Burada meleklerin yeryüzünde fesat çıkaracak kan dökecek bir mahluk yaratılacağını nereden düşünmüşlerdir şeklinde bir soru akla gelirse bunun cevabı "halife" kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira yeryüzünde fesat çıkaracak bozgunculuk yapacak ve kan dökecek varlıklar olacak ki düzeni sağlamak üzere halifelere ihtiyaç duyulacaktır. Adaletin tecelli etmesi için suça veya haksız eylemlere ihtiyaç vardır. Halife kavramı ise yeryüzünde düzen sağlayan adaleti ve hakkaniyeti tesis eden devlet başkanını ifade eder³⁹.

³¹ Akcan, s. 307; Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 2021, s. 34-35; Durmuş, İlhami. "Bozkır Kültür Çevresinde At, Göçer-Ev Ve Demir", *Asya Araştırmaları Dergisi*, 2017, C. 1, S.1, s. 24-25.

³² Roux, J. P. *Türklerin ve Moğolların Eski Dini*, çev. Aykut Kazancıgil, Kabcacı Yayınları, İstanbul, 2001, s.117-118; Akcan, s. 307.

³³ Yurtseven, Yılmaz, *Osmanlı Siyasal İktidarı Meşruiyet, Otorite ve İdeoloji Üzerine Bir Deneme*, Ankara, 2019, s. 66.

³⁴ Bilgili, s. 36.

³⁵ Kurultay toy'un devamı niteliğinde olup Eski Türk Devletleri olan Büyük Hun İmparatorluğu, Göktürk devletleri ve Uygur kağanlığında görülmekle birlikte hakkında Doğu Avrupa'da var olmuş Türk devlet ve boylarıyla ilgili kaynaklarda da bahsedilmiş devlet meclisidir. Bkz. Taşağıl, Ahmet. "Kurultay", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 2019; <https://islamansiklopedisi.org.tr/kurultay>, (Erişim Tarihi: 03.10.2021).

³⁶ Ceyhan, Ayhan, *Türk Hukuk Tarihinde Meşveret Düşüncesi ve Uygulaması*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998, s. 6.

³⁷ Oğuzlarda Buğra Han kendisinden sonra gelecek Kağan'ın beyler tarafından seçilmesini istemiştir. Ayrıca Kurultay önemli meselelerde kendisine danışılmadığından bahisle de Kağanı görevden alabilmektedir. Bkz., Ceyhan, s. 23.

³⁸ Koca, Salim. *Eski Türklerde Devlet Geleneği ve Teşkilatı*, (Metin İçinde "Türkler"), Ankara, 2002, s. 832; Cin, Halil / Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, 2011, s. 27; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 2021, s. 15.

³⁹ Ekinci, Ekrem Buğra, *İslam Hukuku Ve Önceki Şeriatler*, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 34.

Daha önce tek bir yönetim altında birleşmemiş bir coğrafyada (Arabistan Hicaz Bölgesi) ilk devlet kuran kişi Hz. Peygamberdir. Hz. Peygamber (s.a.s.) ‘in amacı devlet kurup bir milleti ihya etmek veya kendi kabilesini üstün kılmak değildi, inançlı, erdemli bir İslam toplumu oluşmasını sağlamaktı. Hz. Peygamber için devlet bir amaç değil araçtı⁴⁰. İslam hükümlerinin uygulanması noktasında devlet başkanının davranışları veya kişiliği son derece önemlidir. Şüphesiz devlet başkanının halkın davranışları ya da yönelimleri üzerinde çok büyük bir etkisi vardır.

Bu anlamda devlet başkanının birçok niteliğe sahip olması gerektiği hususunda İslam hukukçuları hemfikirdir. Örneğin İmam Gazaliye göre devlet başkanı Akıllı, bilgin, zeki, eşyayı kavraması, ferasetli, yiğit, müşavere (danışarak) ve teenni ile (acele etmeden) hareket eden, güzel ahlaklı, bütün halka sevgi beslemesi, halkına hürmet etmesi, gerektiği yerde halkına müdarada (güleryüz göstermesi) bulunması, işlerinde görüş ve tedbirli olması, seleflerinin hatıralarını çokça okuması, seleflerinden dürüst olanların yolunu takip etmesi, kendisini tanımayan adamlardan gizlice kendisini soruşturması, asrında yaşayan ve ilmiyle amil olan bilginlerden öğüt istemesi vb. birçok niteliğe sahip olması gerekmektedir. İmam Gazali ayrıca devlet başkanının İslam hukuku çerçevesinde karşılaştığı meselelerde nasıl tutum alması gerektiğine ilişkin öğütlerde bulunmuştur⁴¹. İslam alimlerinden Maverdi de devlet başkanında bulunması gereken nitelikleri belirtmiştir. İmam Maverdi’nin belirlediği bu nitelikler: Adil olmak, içtihatda bulunabilecek kadar ilim sahibi olmak, kulak, göz, dil gibi uzuvların sağlam olması, hareketi kısıtlayacak organ sakatlıklarının olmaması, devlet yönetiminden anlamak, topluluğu düşmana karşı koruyabilecek güç ve cesarete sahip olmak, Kureyş soyundan olmaktır.⁴²

Bilindiği üzere sünni hukuk ekollerine göre⁴³ Hz. Peygamber (s.a.s.) devlet başkanının⁴⁴ seçimi ile ilgili teamüle yol açacak herhangi bir düzenleme yapmamıştır⁴⁵. Kuranda ve hadisi şeriflerde Hz. Peygamberden sonraki devlet başkanının belirlenmesi hususunda doğrudan bir

⁴⁰ Hz. Muhammed (s.a.s.) hem bir dini lider, hem bir savaş komutanı, hem bir sosyal reformcu ve hem de bir siyasi liderdi. Bununla birlikte Hz. Peygamber İslam Devleti’nin de başkanı idi. Bu nedenle Hz. Peygamber hayatta iken devlet başkanının belirlenmesi ile ilgili bir problem ortaya çıkmamıştır. Bkz. Nasir, J. Jamal. *The Islamic Law of Personal Status*, London, 1990, s. 180.

⁴¹ Gazali, s. 86.

⁴² Maverdi, Ebu’l-Hasan Habib, *Ahkamü’s-Sultaniye*, çev. Ali Şafak, Bedir Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 31-32.

⁴³ Şia’nın İmamiye kolu Hz. Peygamber’in devlet başkanı olarak kendisinden sonra Hz. Ali’yi gösterdiğini kabul etmektedir. Bkz. Aydın, Mehmet Akif, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, s.143; Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 217-218; Ali’nin amcası Hz. Abbas’ın Hz. Peygamberin son hastalığı sırasında Hz. Ali’ye gelerek “Gidip Peygamber’e yerine kimi bırakacağını soralım” teklifinde bulunmuş, bunun üzerine Hz. Ali’nin “Hz. Peygambere sorar ve bu (Halifelik) konusunda bizi dışında bırakırsa bir daha kimse bize vermez” diyerek bu teklifi reddetmesi Hz. Peygamber’in yerine birisini tayin etmediğini ortaya koymaktadır. Bkz. Aydın, 1996, s. 143-144.

⁴⁴ İslam’a göre bir devlet başkanının tayin edilmesi bütün Müslümanlar üzerinde vaciptir. Hz. Peygamber’in “Sultan, yeryüzünde Allah’ın gölgesi ve mızrağıdır. Sizden biri, sultan olmayan bir beldeye vardığında, orada katiiyen oturmasını” (Ramuz, 63,123; el Cami’üs-Sagir 857) şeklinde hadisi vardır. İslam hukukunda yürütme organını temsil eden kimseyi belirtmek üzere üç kavram söz konusudur, bunlar: Halife, Emir’ül-mü’minin ve İmam olarak ifade edilmektedir. Bkz. Cin, Halil / Akgündüz, Ahmet. *Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı*, İstanbul, 2017, s. 209-210; Ekinci, 2021, s. 213. Hükümet kavramını ifade etmek üzere ise İmamet ve Hilafet terimleri kullanılır. Bkz. Türkan, Talip, *İslam Hukuku*, (Editör: Talip Türkan), Grafiker Yayınları, Ankara, 2020, s. 499.

⁴⁵ İslam düşüncesinde Allah’ın halifeleri bütün insanlardır. Buna genel hilafet denir. Bu umumi hilafetin kamu idaresi anlamında Müslümanları temsil edecek kimse olarak İslam hukukunun uygulanmasından sorumlu kişi özel hilafeti temsil eden İslam devlet başkanıdır. Bkz. Cin / Akgündüz, s. 209; Eryarsoy, M. Beşir. “Hilafet”, *Kur’an Ansiklopedisi* (Editör: Ahmed Ağırakça), İstanbul, 2000, c. III, s. 277; Aydın, 2021, s. 143-144.

hükümün olmayışı İslam Hukuku'nun kaynak hiyerarşisinde üçüncü sırada yer alan İcma'ya başvurulmasını gerektirecektir. Nitekim Hz. Peygamber'in en yakınlarından olan dört halifenin oluşturdukları Anayasa teamülleri, itirazsız oluşması sebebiyle icma olarak kabul edilmiştir. İslam anayasa hukukunun en önemli kurumu olan devlet başkanlığı ile ilgili esaslar sahabenin icması ile belirlenmiştir⁴⁶. İslam anayasa hukukunda devlet başkanının belirlenmesi konusunda başlıca şu usullerin kabul edildiği görülmektedir.

İlk yol olarak devlet başkanının şura⁴⁷ usulü ile iş başına gelmesi gerektiği hususunda Sunni hukukçuların ittifak ettikleri görülmektedir. Gerçekten de İslam hukukunun devlet başkanının belirlenmesinde gösterdiği usul şura usulüdür⁴⁸. Allah (c.c.) Kur'anı Kerim'de “...Müslümanların işleri kendi aralarında istişareyle halledilir...” (Şura, 42/38) buyurmaktadır. Nitekim Hz. Peygamberden sonraki ilk devlet başkanı Hz. Ebu Bekir şura usulü ile iş başına gelmiştir⁴⁹. Seçimin ehlü'l-hall ve'l-akd⁵⁰ adı verilen bir seçici heyet tarafından yapılması gerektiği hususunda görüş birliği mevcuttur⁵¹. Devlet başkanının belirlenmesinde kabul edilen ikinci yol, önceki halife tarafından belirlenme (Veliahd Tayini) yoludur. Bu usulde mevcut halife kendisinden sonra halife olacak kimseyi belirlemekte ve sağlığında ehlü'l-hall ve'l-akd'ten biat almaktadır. Hz. Ebu Bekir ikinci halife Hz. Ömer'i bu usulle belirlemiştir. Ancak bu usul ile veraset usulü arasında karıştırmalar mevcuttur⁵².

Veliahd usulü ile devlet başkanı olarak tayin edilen kişiyi devlet başkanlığı makamına getiren işlem, veliahd tayin edilmesi işlemi değildir. Daha sonra seçici heyetin yapmış oldukları biattır. Yani yine devlet başkanını seçim heyeti seçmektedir. Bu usulde yalnızca mevcut devlet başkanının tayini ile, devlet başkanı adayı meşruyetini kazanamayacaktır. Halkın da onayının mutlaka olması gerekmektedir. Bu nedenle böyle bir seçim usulü ile veraset usulünü benzer kabul etmemek gerekir. Zira bu seçim usulü ile yine çoğunluğun seçtiği aday devlet başkanı olmaktadır⁵³.

⁴⁶ Aydın, Mehmet Akif, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 144 -145.

⁴⁷ Şura sadece devlet başkanının belirlenmesinde bir usul değil aynı zamanda devlet yönetiminde bir uygulanması gereken bir ilke, yöntem konumundadır. Devlet Başkanı alacağı kararlarda durumun gereklerine göre Şura usulü ile danışmalı, tek başına münferit kararlar almamalıdır. Bkz. Kamil Muhammed, El-Gindi/Ahmet Kılınc, “Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları Demokrasinin Belirginliği”, *İslam Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2008, S. 12, s. 201-204.

⁴⁸ Maverdi, s. 32-33.

⁴⁹ Hazrecli Hubab bin Munzir “Bir Emir Sizden bir emir bizden olsun” şeklinde bir öneride bulunmuştur. Ancak bu durumun Müslümanları bölünmeye götüreceği sebebiyle kabul görmemiş ve en sert tepki Hz. Ömer tarafından gelmiştir. Hz. Ömer bir kında iki kılıç olmaz diyerek Kureyş soyundan olmayan bir devlet başkanını tüm arap kabilelerini birleştiremeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Zorlu, Cem. *İslam'da İlk İktidar Mücadelesi*, Yediveren Kitap, Konya, 2002, s. 121.

⁵⁰ Ehlü'l-hall ve'l-akd devlet işlerini yoluna koymaya çalışan ve meseleleri çözüme kavuşturanlar demektir. Bu kimseler şuur, olgunluk ilim ve ahlak açısından yüksek mertebede bulunan kişiler olarak Müslümanları temsil kabiliyetine ve yetkisine sahip kişilerdir. Bkz. Cin / Akgündüz, s. 212.

⁵¹ Aydın, 1996, s. 145.

⁵² Cin / Akgündüz, s. 213; Hz. Ebu Bekir Müslümanlara: “Ey Ashab-ı Gü-zin. Siz ne dersiniz. Ben bugün halifelîği bir kişiye bırakmak diliyorum ki o benim akrabam değildir. Kabul eder misiniz” dedi. Ashab-ı Güzin hep bir ağızdan: “Kabul ederiz” dediler. Sonra Hz. Ebu Bekir (r.a.) “Size halife olarak Hattab oğlu Ömer'i halife tayin ediyorum. Çünkü bu işe ondan daha başka bir kişiyi uygun görmüyorum” demiş, Ashab-ı Güzin de “Semi'na ve ata'na (duyduk ve itaat ettik) dediler. Bkz. Taberi, Ebu Cafer Muhammed bin Cerir'üt. *Tarih'i Taberi*, çev. M. Faruk Gürtunca, İstanbul, c. III, s. 408.

⁵³ Cin / Akgündüz, s. 213; Köksal, İsmail. “İslam Tarihinde Uygulanan Devlet Başkanlığı Seçim Şekilleri ve Şer'i Tahlili”, *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 11, S. 1, s. 28.

Hız. Ömer ise kendisinden sonra gelecek halifenin belirlenmesi konusunda Hız. Ebubekir gibi düşünmemiş ve farklı bir yol izlemiştir. Hız. Ömer kendisinden sonraki devlet başkanının seçim işini altı kişilik bir heyete⁵⁴ havale etmiş ve tarafsız olduklarına itimat ettiği bir grubu, seçimlerin huzur ve güven içerisinde gerçekleşmesi için görevlendirmiştir⁵⁵. Hız. Ömer'in altı kişiye havale ettiği seçim işi genel bir seçim şekline dönüşmüştür. Gerçekten de Hız. Abdurrahman bin Avf (r.a.) 3 gün boyunca sosyal ve iktisadi statü ayrımı yapmaksızın halkın her grubuna mensup kişilerle görüşüp temayül yoklaması yapmış, evlenmemiş genç kızlara dahi kimin halife olmasını istediklerini sormuştur. Çoğunluğun Hız. Osman'ı başlarında görmek istemesi üzerine Hız. Osman halife seçilmiştir. Şayet Abdurrahman bin Avf (r.a.)'ın kamuoyu yoklaması gerçekleri yansıtmamış olsaydı, halkın büyük çoğunluğu başta Hız. Ali (r.a.) olmak üzere Hız. Osman (r.a.)'a biat etmezlerdi⁵⁶.

Hız. Ali'nin devlet başkanı olarak seçimi Hız. Ebubekir'in seçim sürecindeki gibi huzurlu bir ortamdan yoksun olarak genel bir şura ile gerçekleşmiştir. Görüleceği üzere ilk dört halife iş başına geçerken şeklen farklı usuller gibi gözükse de şura usulü ile iş başına gelmişlerdir. Halife ister şura usulü ile ister veliahd usulü ile belirlensin halkın halifeye bey'at etmesi gerekmektedir. İslam fıkhında meşru bir iktidarın iş başında geçmesi için halkın bey'at etmesi gerektiği belirtilmiştir. Sadakat yemini şeklinde özetlenebilecek bey'at aslında aracı vasıtasıyla Allah'a yapılan bir bağlılık yemini olarak kabul edilmektedir⁵⁷.

"Gerçekte sana bey'at edenler, ancak Allah'a bey'at etmiş olurlar. Allah'ın eli onların elleri üstündedir" (Kur'an, Fetih 48/10)

İslam Hukukuna göre ülkeyi oluşturan halkın siyasi iktidarı kabul etmesi idari anlamda meşruyetin temelini teşkil eder. Halkın iradesine uygun olarak seçilen devlet başkanı aynı zamanda halkın vekili yani temsilcisi olarak tüm halkı temsil eder. Vekâlet vasfının bir şekilde kaybedilmesi topluma iktidarın başındaki kişiyi veya otoriteyi uyarma, düşürme veya başkaca uygun bir kimseyi seçme yetkisini verir⁵⁸.

⁵⁴ Hız. Ömer yeni halifenin seçimini (aşere-i mübeşşere)'ye cennetle müjdelenen sahabelere bırakmış "eğer onlar seçerlerse en iyisini seçer" demiştir. Ancak Hız. Ömer aşere-i mübeşşereden olan Said bin Zeyd (r.a.)'i halife adayları arasında zikretmemiştir. Bunun sebebi de Said bin Zeyd (r.a.)'in Hız. Ömer ile aynı kabileden olması gösterilmektedir. Akrabasından birinin halife yapılabileceği ve bunun da saltanat şeklinde algılanabileceği endişesi Hız. Said bin Zeyd (r.a.)'ı şura dışında tutmasına sebep olmuştur. Bkz. Apak, Adem. "Hız. Osman'ın Hilafeti Döneminde Ümeyyeoğullarının Devlet İçerisindeki Yeri", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1998, C. 7, S. 7, s. 489-490.

⁵⁵ Cennetle müjdelenen on sahabiden birisi olan Talha bin Ubeydullah, Medine'de olmadığı için onun yerine Sa'd İbn Malik oy kullanmıştır. Bkz. Üçok, Bahriye, *İslam Tarihi Emeviler Abbasiler*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s.1; Kılıç, Yusuf, *Osmanlı Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 41.

⁵⁶ Hamidullah, Muhammed. *İslam Müesseselerine Giriş*, Bir Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 135; Apak, 1998, s. 491-492; Eryarsoy, s. 279.

⁵⁷ Ekinci, 2021, s. 214-215; Şen, Abdurrahim, *İslam Hukuk Düşüncesinde İktidar ve Meşruyet*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2019, s. 38; Bey'at yemini sadece erkekler için değil kadınlar için de yapılması zorunlu bir uygulamadır, bkz. (Kur'an 60/12); Kelime anlamı olarak satım sözleşmesi için yapılan pazarlık demektir. Terim olarak ise seçim yetkisine sahip Müslümanların hilafet şartlarını nezdinde bulunduran kişiye milleti temsilen millet namına tasarruf yetkisini vermeleridir. Bkz. Cin / Akgündüz, s. 212.

⁵⁸ Hamidullah, Muhammed. *İslam Peygamberi*, Yeni Şafak Yayınevi, Ankara, 2003, s. 882; Akalın, Adnan. *İslam Hukukunda Devlete İsyân Suçu*, Ankara, 2016, s. 127.

İslam hukukunun işaret ettiği meşruiyet inancıyla bağdaşmayan başa geçmelerde Hz. Zeynel Abidin gibi önderler kan dökülmemesi için sabrı tavsiye etmişler ve eğer isyanın bir şeyleri değiştiremeyeceği belli ise halkı teskin edecek hamlelerde bulunmuşlardır: “*Yönetimde önderin olan kişinin hakkıyla ilgili bilmelisin ki sen onun için bir sınavsın. O, Allah’ın kendisini sana hâkim ve yönetici yapması sebebiyle sınanmaktadır. Onun hayrını diler bir tavır içinde olmalısın; onunla çekişip zıtlaşmayasın ki sana gücü yetiyor olduğu için hem kendinin hem onun felaketine yol açarsın. Onun gönül rızasıyla verdiğini, dinine zarar vermeyecekse (helal ise veya karşılığında haram bir iş beklemiyorsa) ve Allah yolunda kullanabileceksen alçakgönüllülük ve hoş karşılayarak al. Onunla boy ölçüştürme ve inatlaşma, bunu yaparsan hem ona hem kendine kötülük etmiş olur, kendini sıkıntıya sokarken onu da senin sebebinle bedbahtlığa sürükler hatta ona kendin aleyhine yardım etmiş, sana yapacaklarına ortak olmuş olursun. Allah’tan başka (hakiki) bir güç kuvvet sahibi yoktur.*”⁵⁹

İslam hukukuna göre meşruiyetin kaynağının ilahi kökenli olmadığı bu hususun gerek hükümler gerekse uygulamalar ile sabit olduğu anlaşılmaktadır. Yani İslam’a göre bir kimse devlet başkanı olma yetkisini Allah’tan almaz, gereken nitelikleri sağlaması ve icma ile oluşturulan usullerden bir tanesi ile işbaşına gelmesi ve halkın o kişiye bey’at etmesi gerekmektedir. Bu anlamda İslam’ın işaret ettiği meşruiyet inancının toplum sözleşmesi olduğu da söylenebilir⁶⁰.

Bu durum kendisini ilk defa Medine Vesikasında göstermiştir. Mekkelî ve Medinelî Müslümanlar ile Yahudi ve Medinelî müşrikler arasında yapılan bu sözleşme ile yaşam hakkı, din hürriyeti, mülkiyet hakkı vb. haklar ile devlet otoritesi kısıtlanmıştır. Bu anlamda Medine Sözleşmesi veya vesikası anayasal bir belge niteliğindedir. Hz. Peygamberin kurduğu ilk İslam Devleti niteliğinde olan Medine Site Devleti bir Anayasa ile yani toplum sözleşmesi ile kurulmuştur⁶¹.

II. OSMANLI DEVLETİ’NDE DEVLET BAŞKANININ BELİRLENMESİ

İlk dört halife farklı usullerle iş başına gelmiş gibi gözükse de, özünde seçim olan bir usulle iş başına gelmiş ve bu hususta icma oluşmuştur⁶². Buradaki seçim usulü günümüz anlayışı ile genel oy ilkesini kabul etmiş bir seçim değildir. Sadece belli özelliklere sahip kimselerin yalnızca seçme hakkı tanınmıştır. Ancak Muaviye’den sonra İslam devletlerinde veliahd usulü veya buna benzer usuller ile devlet başkanları iş başına gelmeye başlamıştır⁶³. Veliahd usulü zamanla genel kabul görmüş ve İslam coğrafyasının meşruiyet anlayışını yansıtır olmuştur. Müslüman-Türk devletlerinin kurulması ile Türklere has bazı gelenekler İslam’a aykırı olmamakla birlikte

⁵⁹ Zeynülabidin, İmam, *Hukuk Risalesi*, (Editör: Ersan Baydemir), Yılmaz Matbaacılık, İstanbul, 2020, s. 39.

⁶⁰ Yaman, Ahmet / Çalış, Halit, *İslam Hukuku*, Bilimsel Araştırma Yayınları, Ankara, 2018, s. 60; Avcı, 2021, s. 104; Türcan, s. 499; “*Allah size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder. Allah size ne güzel öğütler veriyor. Şüphesiz Allah her şeyi iştihmette, her şeyi görmektedir.*” Nisa 4/58-59.

⁶¹ Doğan / Turan, s. 91.

⁶² Aydın, 1996, s. 144 -145; Şen, s. 38-39.

⁶³ İslam alimlerinin çoğu veliahd yöntemi diğer adıyla istihlafın, İslam hukukuna göre meşru devlet başkanlığı için tek başına yeterli saymamaktadır. Bir kısmına göre bu işlem sadece devlet başkanlığına aday göstermekten ibarettir. İstihlaf sonrası ehlü’l-hal ve’l-akdin onayı da gereklidir. Bkz. Şen, *İslam Hukuk Düşüncesinde İktidar ve Meşruiyet*, s. 39.

kurulmuş olan bu devletlerin geleneğinde uygulama alanı bulmuştur⁶⁴. Bu tarihsel süreç içerisinde Müslüman-Türk devleti olan Osmanlı'nın devlet uygulamaları şekillenmiş ve devrin şartlarına uygun halde gerekli değişiklikler yapılarak uygulanmıştır.

A. Osmanlı'da Devlet Başkanı Olmak İçin Gerekli Şartlar

Osmanlı Devleti'nde bir kişinin sultan olabilmesi için herhangi bir şart aranmadığı, sadece padişahın oğlu ya da ailesinden olmanın yeterli olduğu şeklinde yaygın bir kanaat mevcuttur. Ancak şu unutulmamalıdır ki, Osmanlı Devleti bir İslam devletidir⁶⁵. Bu nedenle Osmanlı, devlet başkanı adayında İslam'ın aradığı birçok nitelik aranmış, söz konusu niteliğe sahip olmayan birçok şehzadenin tahta çıkması, gündeme dahi gelmemiştir⁶⁶.

1. Osmanlı Hanedanının Müslüman Erkek Evladı Olmak

İslam devlet başkanı öncelikle Müslüman bir kişi olmalıdır⁶⁷. Osmanlı Devleti'nde devletin ve dolayısı ile de devlet başkanının en büyük görevlerinden birisi İlayı Kelimetullahı (Allah (c.c.)'ın dinini) yaymak, cihat etmek olarak kabul edilmiştir. Gerçekten de Osmanlı devletinin tarihi incelendiğinde kuruluş ve yükseliş devri Padişahları, Müslümanlığın gereklerine göre yaşayan halk ile beraber cihattan hiçbir zaman geri kalmamış, diğer bazı Padişahlar ise dönemin şartlarına göre bütün İslam Alemini muhafaza edecek tedbirler almışlardır⁶⁸.

Osmanlı Devleti'nin halkı genel anlamda Müslüman Türklerden oluşmaktaydı. Bu anlamda Sultan olacak kişi hem Oğuz neslinden olmak zorunda hem de İslam hukukunun devlet başkanında aradığı nitelikleri barındırmak durumundaydı. Ayrıca bir devletin devlet olabilmesi, bağımsız bir toprak parçasına yani ülkeye sahip olmasına da bağlıdır. Osmanlı Devleti'nin bağımsız bir devlet olarak kabulü kuruluş aşamasında Osman Bey'in Selçuk hükümdarından bağımsız şekilde Bizans'a akınlar düzenleyerek toprak alması ve Osman Bey'in neslinin Oğuz Kağana dayandığı iddiasıyla desteklenmiştir⁶⁹.

İslam hukuku açısından Kur'an'da Sebe melikesi Belkis'tan bahsedilirken olumsuz manada herhangi bir ifade yer almamaktadır. İslam hukukuna göre kadının devlet başkanı olup

⁶⁴ Osmanlı Sarayında nevrüz kutlanmış, ve günün anlamına göre öne çıkan kişiler Padişah tarafından değerli hediyeler ile ödüllendirilmiştir. Dengeç, Emine. "Osmanlı Sarayında Eski Bir Türk Geleneği: Yeni Yılda Hediyeleşme", *Turkish Studies International Periodical for the Languages, Literature and History of Turks*, 2009. C. IV, S. 8, s. 1056.

⁶⁵ Osmanlı Devleti İslam Hukukunun meşruiyetini kabul etmekle bir hukuk sistemi olarak İslam Hukuk Sistemini benimsediği açıktır. Gerek Siyasal yapılanmasında İslam'ın fetih ve gaza ideallerinin oluşu gerekse hukuki düzenlemelerde İslam hukukuna uygunluğun gözetilmesi bu tespiti güçlendirmektedir. Bkz. Akça, Gürsoy. *Osmanlı Devletinde Bilgi ve İktidar*, Palet Yayınları, Konya, 2010, s. 34.

⁶⁶ Kaşıkçı, Osman. *Osmanlı'da Devlet Başkanlığı*, İstanbul, 2012, s. 43; Kılıç, s. 42.

⁶⁷ "Öyle ise kâfirlere itaat etme, onlara karşı bu Kuran'la büyük bir mücadele ver" (Furkan, 25/52), "Allah, müminlerin aleyhine kâfirlere hiçbir yol vermeyecektir." (Nisa 4/141); Cin / Akgündüz, s. 210; Uludağ, Süleyman. "Halife", *DİA*, c. XV, İstanbul, 1997, s.299; Müslüman olmayan bir kimse bir Müslüman'ın velisi olamaz, İslam hukukçuları bu hususu da açıkça ifade etmişlerdir. Bkz. Eryarsoy, s. 284.

⁶⁸ "Hz. Peygamber (s.a.s.)'e hakaret edilmeye çalışılmış, Sultan II. Abdülhamid müsaade etmemiş ve daha ilk baştan gösterdiği sert tepki ile döneminde bir daha böyle tatsız bir durumun meydana gelmesini önlemiştir." Bkz. Kallek, Cengiz. "Bornier, Vicomte Henri de", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1992, <https://islamansiklopedisi.org.tr/bornier-vicomte-henri-de>, (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

⁶⁹ İnalçık, Halil. "Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu Problemi", *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Y. 2, S. 7, 1999, s. 14.

olamayacağı hususunda tartışma vardır⁷⁰. Kadının devlet başkanı olmayacağını savunanlar “Allah’ın insanlardan bir kısmını diğerlerinden üstün kılmasına bağlı olarak ve mallarından harcama yapmaları sebebiyle erkekler kadınların yöneticisi ve koruyucusudurlar”, (Nisa, 4/34) âyetini delil olarak gösterirler. Maliki, Şafii ve Hanbelilerin bir kısmı devlet başkanı, yönetici ve riyasete ilişkin kadroların erkeklere münhasır olduğu görüşündedir⁷¹.

İslam hukukuna göre kadınların devlet başkanı olmayacağını savunanlar aynı zamanda Hz. Peygamber’in “İşlerini kadınlara bırakan kavim(ler) asla iflah olmaz.”⁷² hadisi’ni delil olarak göstermektedirler. Hadis’e lafzi yorum yapıldığında kadınlardan devlet başkanı olmayacağı yorumunun çıkması kaçınılmazdır. Ancak bu sözün ateşperest İran Krallığına tebliğ amacıyla gönderilen sahabelere⁷³ Ateşperest İran Devlet Başkanı (Kisra)⁷⁴ tarafından hoş karşılanmaması sebebiyle söylendiği bilinmektedir. Kisra tebliğ metnini yırtıp atmış⁷⁵ ve heyete zulüm yapmak niyetinde iken heyetin hemen ayrılması neticesi bunu başaramamıştır. Bu olaya Hz. Peygamber’in çok üzüldüğü ve İran’a doğru bu sözü söylediği belirtilmektedir. Dolayısıyla Hz. Peygamber’in bu söz ile tüm zamanları kapsayıcı olarak kadınların yöneticilikten men edici bir hüküm ihdas etmesi hayatın olağan akışına ters bir durumu arz etmektedir⁷⁶. Gerek amaçsal gai yorum gerekse tarihsel yorum yapıldığında kadınların devlet başkanı olmasını yasaklayıcı bir durumun söz konusu hadisten anlaşılmaması noktasında Din İşleri Yüksek Kurulu kararı vardır⁷⁷.

⁷⁰ İslam devletlerinde kadınların devletin başına geçtikleri durumlar söz konusudur. İslam devletlerinin ilk kadın hükümdarı Delhi Müslüman Türk Devletinin başkanı Raziyye Hatun’dur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçok, Bahriye, *İslam Devletlerinde Kadın Hükümdarlar*, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1965, s. 23-39.

⁷¹ Mevdudi, Ebu’l-A’la El. *Hilafet ve Saltanat*, çev. Ali Genceli, Hilal Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 625; Ekinci, 2021, s. 220; Çeliker, Hüseyin. “İslam Hukukunda Devlet Başkanlığı”, *On Dokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 26, S. 26-27, s. 276.

⁷² Buhari, Megazi, 82, Tirmizi, Fiten, 75, Nesai, Kudat, 8.

⁷³ Üstün temsil kabiliyeti sebebiyle İran Kisrasını İslama davet amacıyla gönderilen heyetin başına Abdullah b. Huzâfe es-Sehmi görevlendirilmiştir. Bkz. Yardım, Ali. “Abdullah b. Huzafe”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1988, <https://islamansiklopedisi.org.tr/abdullah-b-huzafe>, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

⁷⁴ Araplar Ateşperest Antik İran Uygarlığındaki Devlet Başkanlarına Kisra derlerdi, Hz. Peygamberin davetini reddeden Kisra’nın ismi II. Hüsrev Pervizdir. II. Hüsrev Perviz kendini tüm Arap yarımadasının tek hâkimi olarak gördüğünden Hz. Peygamber’in mektubunu yırtmış ve hakaret etmiştir. Bunu duyan Hz. Peygamber “onun da mülkü darmadağın olup parçalansın” buyurmuşlardır. Sivrioğlu, . Ulaş Töre. “İlk İslam Fetihleri ve Sasani Devletinin Çöküşü”, *Turkish Studies*, Ankara, 2015, c. 10, S. 9, s. 398.

⁷⁵ İpşirli, Mehmet. “Elçi”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1995, <https://islamansiklopedisi.org.tr/elci>, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

⁷⁶ Hamidullah, Muhammed. *Constitutional Problems in Early İslam*, İ.T.E.D, İstanbul, 1973, C. V, S. 4, s. 25.

⁷⁷ “Bazı kaynaklarda kadının kamu görevi üstlenmesini sınırlandıran görüş ve hükümler yer almaktadır. Ancak bu görüş ve hükümler, nasların açık ifadelerinden kaynaklanmayıp, fakihlerin içinde buldukları sosyokültürel ve ekonomik şartları göz önünde bulundurarak ulaştıkları sonuçlardır.

Yönetimlerini kadına teslim eden bir toplum iflah olmaz.” anlamındaki hadise gelince, Hz. Peygamber bu sözüyle, başkanı bir kadın olan Sâsânî Devletinin kısa süre sonra yıkılacağını haber vermektedir. Nitekim bu devlet, kısa bir süre sonra yıkılmıştır.

Devlet başkanının ordunun başında sefere çıkması, Cuma hutbesini okuması ve namazını bizzat kıldırması gerekmez. Bunların görevlendireceği kişiler tarafından yaptırılması mümkündür.

Diğer taraftan Kur’an-ı Kerim’de, Sebe Melikesi Belkis’tan bahsedilirken herhangi bir olumsuz ifadeye yer verilmemiş olması, tarihte ve günümüzde başında kadın olduğu halde güçlü bir şekilde varlığını devam ettiren ülkelerin bulunması, Hz. Peygamber’in bu sözünün genel hüküm içermediğini göstermektedir. Bu bakımdan İslâm’da kadının, kamu görevi yapmasını yasaklayan açık, kesin ve bağlayıcı bir nas yoktur. Bu itibarla, gerekli fitri donanımı haiz, liyakatli kadınların devlet başkanlığı da dâhil, her türlü yönetimde görev almasında dinî açıdan bir sakınca yoktur.” <http://www.diyenet.gov.tr/turkish/diyanetyeni/KurulDetay.aspx?ID=38>, (22.06.2012).

Osmanlı tarihi boyunca padişahların kızları ve kızlardan Dünyaya gelen oğulların Padişahlığı gündeme gelmemiştir. Bu anlayış sadece İslam hukuku ile bağlantılı değildir, aynı zamanda eski Türklerden kalma “kut” inancı ile de bağlantılıdır. Eski Türklerde Han öldüğü zaman ülke Hanın erkek evlatları arasında paylaşıldı. Bunlardan birisi Hakan diğeri de ona bağlı Hanlıklar şeklinde ülkeyi idare ederlerdi. Diğer taraftan o dönemlerde Hariciler dışındaki tüm mezheplerin İslam devlet başkanının erkek olması gerektiği yönünde içtihat birliği vardı⁷⁸. Bu itibarla bir İslam Devleti olan Osmanlı da tahta çıkmak için şart olarak Osmanlı Hanedanının erkek evladı olmayı aramıştır⁷⁹.

Halifenin yani devlet başkanının Kureyş’ten olması gerektiğine ilişkin kanaat Osmanlı Devletinde karşılık bulmamıştır. Osmanlı Sadrazamlarından Lütfi Paşa Halifenin Kureyşten olması gerektiğine ilişkin şartın zamanın değişmesiyle artık geçerliliğini yitirdiğinden bahseder⁸⁰. O dönem için halifenin Kureyşten olmasının sebebinin birlik ve dirliği sağlamaya muktedir olan en güçlü kabile olan Kureyş olmasıdır. Bu sebeple o dönemde de sadece Osmanlı İslam coğrafyasında dirlik ve birliği sağlayabilir⁸¹.

2. Hür, Akıllı ve Baliğ Olmak

İslam hukukunda kişinin devlet başkanlığına aday olabilmesi için hür, akıllı⁸² ve baliğ olması gerekmektedir⁸³. Osmanlıda esir düşen tek hükümdar Yıldırım Bayezid’dir ve Sultanın esir düşmesi ile devlet zaten fiili işgale uğramıştır. İzmir’e kadar Osmanlı ülkesi yağmalanmış, ordusu dağılmış, Osmanlı devleti yıkılmanın eşiğine gelmiştir. Yıldırım Bayezid’in ölümü üzerine şehzadeler devlet başkanlığı için mücadeleye girişeceklerdir. Nitekim Osmanlı Devleti Fetret dönemine girmiş ve siyaseten dağınık durumda olan devleti 11 yıl sonra Çelebi Mehmet toparlayarak Anadolu-Türk birliğini yeniden sağlamıştır⁸⁴.

⁷⁸ Cin / Akgündüz, s. 210-211; Cin / Akyılmaz, s. 22-25; Avcı, 2021, s. 121.

⁷⁹ Akman, Mehmet. *Osmanlı Devletinde Kardeş Katli*, Eren Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 30; Avcı, 2021, s. 140-141.

⁸⁰ “Fakat eğer “İmam sadece Kureyşten olur başkalarından olmaz” sözünden İslam’ın başlarında Peygamber aleyhisselamın vefatında ilk imam tayin edilirkenki durum kastediliyorsa doğrudur. Nitekim İbn Cerir et-Taberi’de Tevarihinde şöyle diyor: “Peygamber aleyhisselam vefat ettiği zaman Muhacirler ve Ensar arasında ihtilaf çıktı. Ensar kendi aralarından bir imam tayin etmek istedi. Bunun üzerine Ebu Bekir ve Ömer radiyallahu anhuma, ensarın meclisine geldiler. Ebu Bekir Radiyallahu anh dedi ki: “Ey ensar topluluğu! Kureyşten olmayan biri nasıl imam olabilir? Siz Peygamber aleyhisselamın “İmamlar Kureyştendir” sözünü işitmediniz mi? Bunun üzerine ensar bu hadisi kabul edip ona beyat ettiler.”; Jahja, Muharrem. “Lütfi Paşa’nın Halasü’l-Ümme Fi Marifetil Eimme Risalesinin Tahkik, Tahlil ve Tercümesi”, *Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2003, s. 58-59.

⁸¹ İslam âlimlerinden bazıları halifenin Kureyşten olması gerektiğine ilişkin şartın İslam hukukunda yer alan eşitlik ilkesiyle çeliştiğini ayrıca Hz. Ömer’in yaralandıktan sonra kendisine yerine birini öner dediklerinde “Huzeyfe’nin azatlısı Salim sağ olsaydı onu önerirdim” (Müsned, I, 20; İbn Sa’d, III, 343) demesi ve Salim’in Kureyşten olmamasını delil olarak gösterirler. Bkz. Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Basım Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 112; Iqbal, Navid / Baloch, Fehmida. “Rivayetler Çerçevesinde Kureyş’in Durumuna Siyasi Bir Bakış”, *ERÜ SOSBİLDER*, Kayseri, 2018, C. 44, S. 1, s. 67.

⁸² “Akıllılık gerek, bilginlik gerek, Uysallık gerek hem, cömertlik gerek. Bey adı, bilgiyle bağlantılıdır, Bilgiden lam gitse, bey adı kalır.”, bkz., Yusuf Has Hacıp, Kutadgu Bilig, çev. Fikri Silahdaroğlu, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1996, s. 167.

⁸³ Cin / Akgündüz, s. 210-211; Ekinçi, 2021, s. 220-221; Avcı, 2021, s. 120-121.

⁸⁴ İnalçık, Halil, *Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600)*, çev. Ruşen Sezen, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 22.

İslam devlet başkanlarında aranan bir diğer şart akıllı olmaktır⁸⁵. Osmanlı uygulamasına gelince saltanat açısından kuruluş ve yükseliş döneminde akıl hastası Padişaha rastlanmamaktadır. Duraklama döneminde ise tarih kitaplarında bazı padişahlar için “akli dengesi yerinde değildi” şeklinde ibarelere rastlanılmaktadır. Ancak bu ifadenin doğruyu yansıtıp yansıtmadığı tartışmalıdır. I. Ahmed’in Padişah olduktan sonra kardeşi Mustafa’yı öldürtmek istediği, ancak “delidir” diye fetva⁸⁶ alamadığını ileri süren tarihçiler olduğu kadar, I. Ahmed’in çocuğu olmadığından Padişaha bir şey olursa Saltanat-ı Ali Osman sona ereceği için kardeşi Mustafa’yı öldürtmediğini ileri sürenler de olmuştur⁸⁷. Yine Sultan İbrahim’in de akli dengesinin yerinde olmadığı da ileri sürülmüşse de bu konuda da tartışmalar vardır. Nitekim sekiz seneye yakın padişahlık yaptıktan sonra akli dengesi yerinde olmadığı gerekçesi ile hal edilmiştir⁸⁸.

Osmanlı’nın son dönem Padişahlarından V. Murad’ın da akli dengesinin yerinde olmadığını ileri sürenler olmuştur. Ancak 19. yüzyılın son çeyreğinde, akli dengesi yerinde olmayan birisinin Osmanlı Padişahı olmasının son derece güç olduğu da bir gerçektir. Belki de başlangıçta akli dengesi yerinde olan bu insan Sultan Abdülaziz’in akıbeti ve üzerindeki baskı neticesinde bunalıma girmiştir. Bu sebepten üç aylık Padişah iken akıl hatası olduğu gerekçesi ile hal edilmiştir⁸⁹.

Bütün bunları Osmanlı Devletinde akli dengesi yerinde olmayan kimselerin Padişah olduğuna uygulama olarak görmek mümkün gözükmemektedir. Buradaki uygulama ancak mevcut Padişahı tahttan indirmeye kılıf olabilir.

3. Duyu Organları Tam Olmak

İslam’da devlet başkanı olacak kişinin duyu organlarının ne şekilde olması gerektiğine daha önce değinmiştik. Buna göre, İslam Hukuku, devlet başkanı olacak kişide duyu organları bakımından bir takım şartlar aramakta idi⁹⁰. Osmanlı devletinde de, devlet başkanı olacak kişinin duyu organları, İslam Hukukunun aradığı şartlara uymalıdır. Nitekim mevcut uygulama da bu yönde olmuştur. Hatta tahta çıkma ihtimalleri bulunan bazı şehzadelerin gözlerine mil çekilerek devlet başkanı olma hakkını kaybetmesi sağlanmıştır. Örneğin I. Murad, Bizans veliahtlarından birisi ile işbirliği yaparak ordu toplayan ve isyan eden oğlu Savcı Bey’i yakaladıktan sonra affetmek istemiş, ancak Savcı Bey’in isyanında ısrar etmesi üzerine gözlerine mil çekilerek tahta hak iddia edemez hale getirilmesi sağlanmıştır. Aynı şekilde Çelebi Mehmed yeğeni Orhan’ın

⁸⁵ Ekinci, 2021, s. 220; “Akıl zayıflığı birinde görülmeye başlayınca, onun bütün işleri bir tarafa kalır. Bu durum alelade bir insanda olursa, bir zarar vermez. Fakat devlet hizmetinde bulunan birinde bulunursa, birçok büyük zararlara sebep olur.” Gazali, s. 111.

⁸⁶ Osmanlı Devleti’nde şeriatın yani hukukun üstünlüğü prensip olarak kabul edildiği için, Padişahlar görevden alınırken bu durumun İslam hukukuna uygun olduğundan bahisle şeri hukukun otoritesi olan Şeyhulislamdan fetva alınarak tahttan indirilmişlerdir. Bkz. Yurtseven, Yılmaz, *Osmanlı Klasik Döneminde İdeoloji, Din Ve Siyasi Meşruiyet Üzerine Kısa Bir Değerlendirme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2007, c. 11, S. 1-2, s. 1268.

⁸⁷ Kaşıkçı, s. 45.

⁸⁸ “Sultan İbrahim müzmin başağrılarından şikayetçiydi. Bu derdi hayatının sonuna kadar çekti. Aşırı hareketlerini bu hastalığa bağlamak mümkündür. Ancak “deli” değildi.” Tektaş, Nazım. *Çadırdan Saraya Saraydan Sürgüne Osmanlı*, İstanbul, 2005, s. 342.

⁸⁹ Kaşıkçı, s. 45.

⁹⁰ Cin / Akgündüz, s. 211; Avcı, 2021, s. 121-122.

gözlerine mil çektirip Bursa'ya göndermiştir. II. Murad'da iki küçük kardeşi Mahmud ile Yusuf'u öldürtmek yerine gözlerine mil çektirerek Bursa Sarayına göndermiştir⁹¹.

4. Bilgi ve Tecrübe Sahibi Olmak

İslam'a göre devlet başkanı olacak kişide kifayet şartı aranmaktadır⁹². İslam'ın aradığı bu şart Osmanlıda da aranmış ve Şehzadelerin bu şartı taşıması için gerekli tedbirler alınmıştır. Aslında şehzadelerin eğitimi Müslüman Türk devlet geleneğinde İslamiyet ile başlamış bir uygulama değildir. Nitekim İslam'a aykırı olmamakla birlikte Eski Türklerden kalma bazı örf ve adetlerin Müslüman Türk devletlerinde de uygulama alanı bulduğunu görürüz. Eski Türkler çeşitli kavimlerin yaşadığı son derece geniş topraklara hükmetmişler ve bütün cihanı yönetecek devlet teşkilatına gereksinim duymuşlardır. Bu nedenle halkın refah ve mutluluğunu sağlamakla görevli olacak şehzadenin eğitimine son derece önem verilmiş, diğer bilimlerin yanında gelecekte halkın güvenliğini sağlamaları için şehzadelere son derece iyi bir askeri eğitim verilmiştir.⁹³

Osmanlıda da şehzadelerin eğitimine son derece önem verilmiş, gelecekte halkın refah ve mutluluğunu sağlamaları, Allah (c.c.) yolunda cihat etmeleri için çok iyi bir eğitim görmüşlerdir. Gerçekten de şehzadeler çocukluklarından itibaren sıkı bir eğitime tabi tutulur. Onlar için hocalar getirilir ve bu hocalar Sarayda iki ihtiyar siyahi kadının yardımı ile ders verirlerdi. Şehzadeler beş altı yaşlarında 'bed'i besmele' adı verilen ve dönemin Şeyhülislamı tarafından verilen ilk ders ile tahsile başlardı. Daha sonra din, hukuk, felsefe, fen, musiki ve lisan başta olmak üzere ata binme kılıç ve silah kullanma gibi askeri eğitimler dahil, iyi bir devlet başkanında bulunması gereken bütün özelliklere sahip hale gelmeleri için ne gerekiyorsa öğretilirdi⁹⁴.

Osmanlıda da şehzadelerin eğitimine son derece önem verilmiş, sadece teorik değil aynı zamanda pratik eğitim görmeleri için şehzadeler 11-15 yaşlarına geldiğinde sancaklardan birine gönderilmiştir. Şehzadeler saltanat sırası kendilerine gelinceye kadar yönetim ve hükümdarlıkla ilgili vazifeleri öğrenerek ve uygulayarak zaman geçirmişlerdir. Kanuni dönemine kadar bütün şehzadeler bir sancağa gönderilirken şehzade Bayezid'den sonra bu uygulamaya son verilmiş ve Kanuni'den sonra sadece en büyük Şehzade'ye sancağa çıkma izni verilmiştir⁹⁵. Şehzadelerin veya şehzadenin sancağa çıkma usulü Osmanlı Devleti'nin kuruluş yıllarından I. Ahmet zamanına kadar devam etmiş, bu dönemden sonra ise kafes sistemi denilen yeni bir düzen içerisinde eğitim verilmiştir. Bu usule göre şehzadeler "Şimşirlik" denen bölmede hayatlarını hapis halinde devam ettirmek mecburiyetinde kalmışlardır. Hayatları son derece sınırlandırıldığından bir kısım cariyeler ve annelerinden başka neredeyse hiç kimse ile görüşemiyorlardı⁹⁶.

Ancak 19. yüzyıldan itibaren şehzadelerin hayatlarında önemli değişimler başladı, Sultan Abdülmecid kafes sistemini katı şekilde uygulamasını sonlandırdı ve şehzadelere saray dışına

⁹¹ Özcan, Abdülkadir. "Fatih'in Teşkilat Kanûnnamesi ve Nizam-ı Âlem İçin Kardeş Katli Meselesi", *Tarih Dergisi*, 1982, S. 33, s. 17.

⁹² Cin/Akgündüz, s. 211; İbn Haldun'a göre ilim adalet, kifayet ve selamet şartlarını nezdinde bulunduran herkes Emir olabilir.

⁹³ Ünalın, Sıdık / Öztürk, Hakan. "İslamiyetten Önce Türklerde Eğitim ve Öğretim", *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, c. 13, S. 2, s. 105.

⁹⁴ Kırpık, Cevdet. "II. Meşrutiyetten Sonra Şehzade Eğitiminde Değişim", *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2010, c. III, S. 21, s. 100.

⁹⁵ Akman, s. 167.

⁹⁶ Ekinci, 2021, s. 248.

çıkarmakta müsaade verdi. Sultan Abdülmecid ile ayrıca Şehzade eğitimlerinde de fonksiyonel değişimler olmuştur. Şehzadelere doğu dillerinin yanı sıra değişen dünya dengeleri ile uyumlu olarak Fransızca öğretilmiş ve Batı kültürünü tanımak adına, resim, müzik gibi dersler şehzadelerin eğitimlerinde yer tutmuştu. II. Abdülhamid döneminde ise “Şehzadegan Mektebi” adı verilen okul ile Padişah çocuklarına temel dini bilgilerden başka, coğrafya, tarih, matematik, Fransızca, Arapça ve Farsça ile diğer ilimlerin öğrenimi gerçekleştirilmiştir. Bu okulda belirli aralıklar ile şehzadeler sınav yapılıyor, sınav sonuçları Padişaha arz ediliyordu. Okulda hoca olarak İslam âlimleri olduğu gibi, yabancı bilim adamlarından da istifade ediliyordu⁹⁷.

B. Osmanlı Devleti’nde Devlet Başkanı Olma Yolları

Altı yüzyıllık hükümler süresinde Al-i Osman otuz altı hükümdar çıkarmıştır. Osmanlı Devleti’ni bu hanedansız düşünebilmek imkânsızdır. Zira İngiltere’de hanedan değişikliği İngiltere’nin bir devlet olarak dağılmasına neden olmamıştır ancak Osmanlı ailesi olmaksızın bu kadar çok kültürü ve toplumu bir arada tutmak çok zor gözükmektedir.⁹⁸ Bu nedenle Osmanlı Devleti’nde devlet başkanı olmak konusunu irdelerken bu gerçeği unutmamak gerekmektedir. Bunun bu şekilde olmasının bir sebebi de Osmanlı Hanedanı’nın yönetimindeki devletin “İslam’ın Koruyucusu” olarak gösterilmesi ve ayrıca Osmanlı Hanedanı’nın “Oğuz Nesline” dayandığına dair düşüncenin olmasıdır⁹⁹. Osmanlı Devleti’nde genel olarak Türk tebaanın asli unsur olduğu düşünülürse Osmanlı Hanedanı’nın bu özelliğinin tebaanın meşruiyet anlayışında ne kadar büyük bir etkisinin olduğu anlaşılacaktır.

Osmanlı Devleti’nde (1299-1617) ve (1617-1923) tarihleri arasında saltanata geliş açısından farklı uygulamalar olmuştur. (1299-1617) tarihleri arasında devlet başkanlığına geçişte herhangi bir kural konmamış ve kardeş mücadeleleri neticesinde Padişah belirlenmiştir. 1617 tarihinden sonra ise hanedanın en yaşlı üyesinin Padişah olması (ekberiyet) istisnasız uygulanmıştır¹⁰⁰.

1. Devlet Başkanlığına Oğullardan Birinin Geçmesi Usulü ve Kardeş Katli

Osmanlı Devleti’nde devlet başkanı olma usullerine etki eden önemli bir unsur da eski Türklerdeki kut inancıdır. İlahi kaynaklı siyasi hâkimiyet anlamına gelen kut kavramı eski Türk kamu hukukunun temel kavramlarından biridir. Yusuf Has Hacıp’in siyasi hâkimiyeti elde etme ve onu sürdürme yollarını gösterdiği eserine Kutadgu Bilig adını vermesi kut anlayışının yansımasıdır. Eski Türklerdeki Kut anlayışına göre, devlet başkanı gücünü ve yetkisini her ne kadar Tanrıdan almakta ise de, ülke onun mülkü değildir. Nitekim Mete Han komşu bir ülke ile ortaya çıkan sınır anlaşmazlığında, devlet topraklarının kendi mülkü olmayıp, halkın malı olduğunu, bu itibarla onu korumak yükümlülüğünde olduğunu ifade etmiştir¹⁰¹.

⁹⁷ Kırpık, s. 101.

⁹⁸ İnalçık, 2003, s. 65.

⁹⁹ Yurtseven, Yılmaz. “Osmanlı Klasik Döneminde İdeoloji Din ve Siyasi Meşruiyet Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 1267.

¹⁰⁰ Ekinci, 2021, s. 243.

¹⁰¹ “Mete Hanın gençliğinde komşu devlet olan Kunguzlar savaş bahanesi olması amacı ile sırası ile Mete’nin en hızlı atını, sonra da karısını isterler. Mete meclisin itirazlarına rağmen her ikisini de verir. Daha sonra Kunguzlar işe yaramayan çorak bir araziye de isterler. Meclis bu kez Mete’ye atını ve karısını verdiğini artık bu çorak araziye de vermesinde bir sakınca olmadığını söyler. Buna karşı Mete, atının ve karısının kendisine ait olduğunu ancak ülke toprağının Milletin malı olduğunu ve hiçbir kısmını kimseye veremeyeceğini söyler ve savaş kararı alır.” Güney,

Yine Eski Türklerdeki “kut” inancında saltanata geliş yöntemini kesin olarak belirleyen kurallar yoktur. Belirli olan kimin devlet başkanı olacağını tayin edenin Tanrı olduğudur. Osmanlı Devletinde de bu inancın yansımaları görülmüştür. Osmanlı Devleti’nin kurucusu Osman Bey, Ertuğrul Gazi’nin en büyük oğlu değildir. Aynı şekilde Orhan Gazi¹⁰², I. Murad¹⁰³, Çelebi Mehmet, Yavuz Sultan Selim, II. Selim en büyük çocuk olmamalarına rağmen tahta geçmişlerdir. Kime nasip olacağı belli olmayan kut’a erişebilmek için tarih boyunca Türk Devletlerindeki hanedan üyeleri her fırsatta şanslarını deneyip tahta geçmek istemekteydi. Osmanlı Devleti’nde görülen kardeş katli uygulamalarının, eski Türklerdeki Kut inancı ile bağlantısı olduğu söylenebilir¹⁰⁴.

Kardeş Katli uygulamasına giden ilk Türk Devleti Osmanlı değildir. Anadolu Selçuklularında Tahta geçen bazı sultanların kardeşlerini öldürttüğü görülmektedir. Örneğin II. Kılıçarslan ortanca kardeşini, II. Gıyaseddin Keyhüsrevde iki kardeşini öldürtmüştür. Kirman Selçuklularında ve bazı Anadolu Beyliklerinde de kardeş katli uygulamasına gidilmiştir¹⁰⁵.

Osmanlı Devletinde İlk kardeş katli uygulaması I. Murad’ın Kosova’da şehid düşmesi üzerine Yıldırım Bayezid’in devlet ileri gelenlerince Padişah seçilmesinden sonra, yine onların kararı neticesinde Yakup Bey’in savaş alanında öldürülmesidir. Yakup Bey’in öldürülmesi diğer bazı şehzadelerin öldürülmesinden farklıdır. Çünkü Yakup Bey, Çelebi Mehmet’in kardeşleri İsa ve Musa Beyler ve diğer bazı şehzadeler gibi isyan etmemiş, İsyan etmeden öldürülmüştür¹⁰⁶.

Osmanlıda taht için yapılan ölümcül kardeş kavgalarının sonucunun, her şeyi nasib edecek makam olan Yüce Allah (c.c.)’ın isteği neticesinde oluştuğu inancı vardır. Yenik düşen şehzadeler genellikle düşman topraklarına sığındıklarından, Osmanlı Devleti sürekli iç savaş tehlikesi ile baş başa kalmıştır. Bu yüzden Fatih Sultan Mehmet “*Her kimesneye evladından saltanat müyesser ola, kardeşlerin nizam-ı alem için katletmek münasiptir ekser ulema dahi tecviz etmiştir; onunla amel olalar*”, “*Tanrının saltanatı bağışladığı oğlum devletin iyiliği için kardeşlerini yasal olarak öldürebilir. Ulemanın çoğu bunu mubah buluyor*” dediği “*kanunnamesi*” ile devletin ilk günlerinden beri yaygın olan bir adeti kanunlaştırmıştır¹⁰⁷. Bu hüküm tahlil edildiği zaman birkaç önemli husus ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce yüz elli yıllık bir geçmişe rağmen saltanatın intikali konusunda henüz bir kural olmadığı anlaşılmaktadır. Son derece güçlü bir Padişah olan Fatih Sultan Mehmet dahi bir kural belirleyememiştir ki biz bunu “*Ve her kimesneye Saltanat*

Adnan. Türk Siyasal Kültüründe Devlet Anlayışı, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2002, s.15.

¹⁰² Orhan Gazi babası Osman Gazi’nin vasiyeti üzerine ahiler topluluğunun önünde ittifakla başa geçmiştir. Bkz. Aşıkpaşazade, *Osmanoğullarının Tarihi*, çev. Kemal Yavuz - M. A. Yekta Saraç, İstanbul, 2003, s. 360-361; Özcan, s. 17.

¹⁰³ I. Murat babasının vasiyeti ve vezirlerin ittifakıyla devlet başkanı olmuştur. Bkz. Özcan, s. 17.

¹⁰⁴ Akman, s. 31.

¹⁰⁵ Akman, s. 34-36.

¹⁰⁶ Özcan, s. 17; Cin/Akyılmaz, s. 116-124.

¹⁰⁷ İnalçık, 2003, s. 65; Ortaylı İlber, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008, s. 170; Özcan, s. 17; “Fatih Sultan Mehmet’in böyle bir kanunnamesinin olmadığı Kanunnamenin Fatih’in ölümünden 43 yıl sonra yazıldığını iddia edenler vardır.” <http://cezmyurtsever-osmanli devleti.blogspot.com/2011/05/fatihin-kardes-katli-kanunu-sahte.html>, (Erişim Tarihi: 14.07.2011).

“Ayrıca Kanunnamenin üç nüshasının daha bulunduğu ve böyle bir tartışmanın maddi uygulamayı yok edemeyeceğinden tartışılmasının yersiz olduğunu savunanlar da vardır.” Akgündüz, Ahmet. “Kardeş Katli Meselesi ve Osmanlı Kanunnameleri ile Alakalı Bazı İtirazlara Cevaplar”, <http://www.osmanli.org.tr/yazi-2-98.html>, (Erişim Tarihi: 15.07.2011).

müyesser ola” ibaresinden anlıyoruz. Kanunnamedeki bu ifade ile eski Türk geleneklerindeki Kut anlayışının Osmanlıda devam ettiği anlaşılmaktadır. Hükümde geçen “Nizamı Alem” ifadesi ise devletin birlik ve beraberliğini ve devletin yüksek menfaatlerini ifade etmektedir. Kısacası bu yüksek menfaatleri korumak adına hanedandan birkaç kişi feda edilebilir anlamı çıkmaktadır¹⁰⁸.

Fatih Sultan Mehmet döneminde devlet yapılanmasında da değişikliğe gidilerek Sultanın otoritesini arttıran önlemler alınmıştır. Fatih Sultan Mehmet’in Çandarlı Halil Paşa’yı ihanet etmesi sebebiyle¹⁰⁹ idamına kadar Türk Vezirler yönetiminde söz sahibi olabilmekte ve Padişaha muhalefet edebilecek kadar güç sahibi olabilmekteydi. Özellikle Fatih Sultan Mehmet’in İstanbul’u fethi sürecinde sürekli kendisine muhalefet eden ve kuşatmanın derhal kaldırılması gerektiği, aksi takdirde Osmanlı Devleti’nin yıkımın eşiğine gideceğinden bahisle, devlet içerisinde kulis faaliyetlerinde bulunmuş olan Veziriazam Çandarlı Halil Paşayı, İstanbul’un fethinden sonra görevden almıştır. Çandarlı’nın görevden alınmasıyla Türk vezirler dönemi kapanmış, devşirme kökenli vezirlerin dönemi başlamıştır¹¹⁰.

Fatih Sultan Mehmet dönemine kadar Osmanlı Devletinde sağ bırakılan şehzadelerin önemli bir kısmı iş başında bulunan Padişaha isyan etmiş, devletin başına türlü belalar sarmışlardır. I. Murat’ın kardeşleri Halil ve İbrahim, II. Murat’ın kardeşi Şehzade Murat buna örnek teşkil edebilir.¹¹¹ Padişahın kardeşlerine kıyamadığı bazı durumlarda aleyhe bir isyanın birçok kereler patlak vermesi kardeş katli uygulamasını doğuran sebeplerden birisidir. Kardeş katline yol açan sebeplerden birisi de Yıldırım Bayezid’in Timur karşısındaki yenilgisinden sonra Osmanlı Devleti’nin bir anda kendisini içinde bulduğu yıkıcı iç savaştır. Fetret Dönemi denilen bu yıkım ve savaş döneminin asıl sebebi kardeşler arasındaki taht mücadelesidir. Bu dönemdeki kardeş kavgaları neticesinde çok kan dökülmüş, Osmanlı devleti neredeyse yıkılmanın eşiğine gelmiştir. Bu acı tecrübenin de kardeş katli uygulamasının kanunlaştırılmasında önemli bir rolü olduğu söylenebilir.¹¹²

Kardeş katli maddesinde dikkati çeken bir diğer husus ise “ekser ulema dahi tecviz etmiştir” ifadesidir. Bu ifade ile uygulamanın şer’i olarak meşruluğu sağlanmak istemektedir. Nitekim Osmanlı tarihindeki kardeş idamlarının yarıya yakını bir Had cezası olan Bağy suçuna sokulduğu verilen fetvalardan anlaşılmaktadır. Bağy (devlete isyan), had suçları içerisinde yer alan bir suçtur ve bazı unsurların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkar. Bu unsurlar isyanın meşru bir devlet başkanına karşı olması, isyan esnasında kuvvet kullanılması, isyancıların kendilerince haklı

¹⁰⁸ Özcan, s. 17; Cin / Akyılmaz, s. 117-118.

¹⁰⁹ Çandarlı Halil Paşa’nın Bizans İmparatoru’ndan sürekli hediye aldığı, İstanbul’un fethi ile birlikte bu durumun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla fethi engel olmaya çalıştığı yönünde bkz. İnalçık, Halil, *Fatih Devri Üzerine Tetkikler ve Vesikalar I*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yay., Türk Tarih Kurumu Basımevi, 5. b. Ankara, 2014, s. 134-135.

¹¹⁰ İnalçık, *Fatih Devri Üzerine Tetkikler ve Vesikalar I*, s. 136; Bardakçı, Veli Vehbi, *Osmanlı Klasik Döneminde Çandarlı Ailesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa, 2019, s. 107.

¹¹¹ “Kardeş Katli uygulamalarında öldürülen hanedan mensuplarının kanlarının akıtılmaması esastır. Bu husus Türk egemenlik anlayışı ile ilgilidir. Egemenliğin sahibi olan hanedan ailesi kutsaldır. Doğu toplumlarında rastlanan kan tabusu, kutsallık atfedilen canlıların kanlarının akıtılmamasına dayanmaktadır. Mesela Moğollar kurban edilecek canlıları kanları akıtmadan öldürürlerdi. Aynı uygulamanın Orta Asya’da da mevcut olduğu görülmektedir. Osmanlı hanedanı mensuplarının özellikle yay kirişi kullanılarak boğdurulmasının sebebi budur.” Akman, s. 162.

¹¹² Aydın, 2019, s. 132

bir sebebe dayanmaları¹¹³ ve suçun topluca işlenmiş olmasıdır. Bu unsurların tamamı varsa bağı suçunun işlendiği kabul edilir. Bağy suçu için asli kaynaklarda mutlaka ölüm cezasının verileceği şeklinde hüküm yoktur. İsyana kalkışanlar ile harp edileceği, bu sırada isyana kalkışanların öldürülebileceği ancak İsyana bastırıldıktan sonra ölüm cezası dışında uygun bir tazir cezasının verilmesi gerektiği, İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir¹¹⁴. Ancak şu da unutulmamalıdır ki bazen bağy suçunun şartları oluşmadığı halde araya giren yalancı şahitlerin beyanı ile Şeyhulislamdan bağy suçu işlenmiş gibi fetva alındığı da görülmektedir. Şehzade Mustafa hakkındaki fetvalar buna örnek teşkil etmektedir¹¹⁵.

İsyana etmeksizin özellikle çocuk yaşta bulunan Şehzadelerin katledilmesinin Osmanlı toplumu tarafından her daim hüznle karşılandığını görmekteyiz. Şehzadeler bazı durumlarda sadece Osmanlı toplumuna değil aynı zamanda devlet erkânına da kendilerini sevdirebilmiştir. Bu şehzadelerin başında şehzade Mustafa gelmektedir. Şehzade Mustafa adil yönetimi, dürüst kişiliği ve savaşçı kimliğiyle hem toplum tarafından hem de başta Yeniçeriler olmak üzere devlet erkânı tarafından çok seviliyordu. Şehzade Mustafa'nın nizam-ı alem için Kanuni Sultan Süleyman tarafından katledilmesi başta Yeniçeriler olmak üzere devlet erkânında ve Osmanlı toplumunda çok derin bir üzüntüye sebep olmuştur. Yeniçeriler Şehzade Mustafa'nın katledilmesi sonrası ayaklanır ve Şehzade Mustafa'nın katledilmesinden sorumlu tuttıkları Hürrem Sultan'a yakın olan Rüstem Paşa'nın ve infazı gerçekleştiren Zal Mahmut Ağa'nın cezalandırılmalarını talep ederler. Yeniçerileri sakinleştirmek için Rüstem Paşa görevden alınır ve Kara Ahmet Paşa yerine veziriazam olarak atanır¹¹⁶.

Sonuç olarak kardeş katlinin Osmanlı Devleti'nin varlığını, bütünlüğünü korumak amacı ile ortaya çıkarılan bir örfi hukuk müessesesi olduğu ve İslam Hukuku'na uygunluğunun tartışmalı olduğu söylenebilir¹¹⁷. Ancak bu uygulama aynı zamanda Padişahın halkın gözünde küçülmesine ve nefretle anılmasına yol açtığı da bir gerçektir. Nitekim III. Mehmet on dokuz kardeşini bir defada katlettirmesinin ardından oluşan tepki sonucu kardeş katli uygulaması kural olarak

¹¹³ “Bağy suçu ile alakalı hukuka aykırılık unsuru ayette açıkça belirtilmiştir. “Allah haksız yere bağy’i haram kıldı” (Araf 7/33). Ayetteki “haksız yere” kaydı bağyin mazmununu tasrih ve tekit içindir. Çünkü bi hakkın olan bağy olmaz. Yani İsyana hareketi siyasi maksat ile değil, yönetimin zulüm ve haksızlığı sebebiyle ortaya çıkmışsa isyancılar bai sayılmazlar.” Avcı, Mustafa. *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 350.

¹¹⁴ “Ancak isyana bastırıldıktan sonra faillere verilecek ceza ve cezanın niteliği hususunda İslam alimleri arasında ihtilaf vardır. Ebu Hanife bağilerin yeniden toparlanabilecekleri mevcut bir örgütleri veya örgüt merkezleri varsa, yakalanan faillere ölüm cezası verileceğini söyler. Diğer İmamlar ise uygun bir tazir cezasının verilmesi gerektiğini, çünkü belirlenmiş bir Had cezasının olmadığını belirtirler.” Avcı, 2004, s. 361; Cin / Akyılmaz, s. 117-119.

¹¹⁵ Akgündüz, Ahmet, Kardeş Katli Meselesi Ve Osmanlı Kanunnameleri ile Alakalı Bazı İtirazlara Cevaplar, <https://osmanli.org.tr/kardes-katli-meselesi-1/>, 29.05.2022, 11:55.

¹¹⁶ Uzunçarşılı, İ. Hakkı, Büyük Osmanlı Tarihi, (İstanbul'un Fethi'nden Kânûnî Sultan Süleymân'ın Ölümüne Kadar), Türk Tarih Kurumu Yayınları, 7. bsk., Ankara, c. 2, s. 402, 403; Demirtaş, Funda, Şehzade Mustafa'nın Öldürülmesi Tahlili Bir Yaklaşım, *Bilimname*, Kayseri, 2010, c. 17, S. 1, s. 206-208.

¹¹⁷ Osmanlı Devleti'nde kardeş katli uygulaması istislah ilkesinin taşıdığı temel amaç ve fikirden yararlanılarak, dönemin şartlarına ve gerekliliklerine uygun şekilde hukuki hale getirilmiş olabilir. Ancak bu söz konusu uygulamanın hukuken temellendirilmiş bir kurum olduğunu göstermez. Sadece durum, şart, gereklilik ve ihtiyaç sebebiyle başvurulmak zorunda kalınan bir uygulama olduğunu gösterir. İstislah ilkesi olanı onaylamayan olması gerekeni göz ardı etmeyen bir hukuki kurumdur. Bkz. Özen, Şükrü. *İstislah*, *DİA*, c. 23, s. 382.

kaldırılmış ve en büyük şehzade dâhil tüm şehzadelerin sancağa çıkarılma usulünden vazgeçilmiştir¹¹⁸.

2. Osmanlı Hanedanının En Yaşlı Erkeğinin Devlet Başkanı Olması (Ekberiyet) Usulü

Yıldırım Bayezid döneminden itibaren kardeş katli uygulaması başlamış¹¹⁹ bir kısım kardeşler isyan ettiği için bir kısmı ise henüz isyanları söz konusu olmadan bertaraf edilmişlerdir. Şehzadelerin tahta çıkmak istemeleri iç savaşlara yol açmış, taht kavgaları yüzünden Osmanlı ülkesi büyük zararlara uğramıştır.¹²⁰ 1511’de Yavuz Sultan Selim kardeşlerine karşı silaha sarılmış, Kanuni ise 1553 ve 1561 yıllarında oğulları Mustafa ve Bayezidi kendi hükümdarlığına karşı çıktıkları gerekçesi ile idam ettirmiştir¹²¹. Bu olaylardan ders alarak II. Selim (1566-1574) ve III. Murat (1574-1595), sadece en büyük oğullarını valiliğe atamışlardır. Bunlar babalarının ölümü üzerine direnişle karşılaşmadan tahta çıkmışlar, saraya hapsedilmiş kardeşlerinden kolayca kurtulmuşlardır. Saraya girer girmez, III. Murat’ın ilk işi beş kardeşini boğdurmak olmuştur. III. Mehmet (1595-1603) ise on dokuz kardeşini öldürtmüş ve şehzadeleri vali atama adetine son vermiştir. Onları haremde, sonradan “kafes” diye bilinen özel bölmelere yerleştirmiştir. Şehzadeler kafesten ayrılamaz ve çocuk sahibi de olamazlardı. Sürekli olarak idam korkusuyla yaşamaktan çoğunda ruhsal bozukluk meydana gelmişti. II. Süleyman (1687-1691), tahta çıkmak için çağırıldığında kendisini almak için gelen saray görevlilerine “Ölüm fermanım çıkmışsa söyleyin, namazımı kılayım da aldığınız buyruğu öyle yerine getirin. Çocukluğumdan beri, kırk yıl hapislik çektim. Hemen ölmek, her gün biraz ölmekten yeğdir. Tek bir nefes için ne korkulara katlanıyoruz!” diye ağlamıştır. Padişah kafesten güçlkle alınıp tahta oturtulmuştur¹²².

Kafes sisteminin getirilerek tahta çıkma hususunda Osmanlının Türk Devlet geleneğinden ayrılması ile, devletin kan kaybederek duraklama dönemine girmesi aynı dönemlere rastlamaktadır. Saray entrikaları, Valide Sultanların Devlette söz sahibi olma çabaları, saltanatın yazgısında önemli bir rol oynamaya başlamıştır. Ancak kamuoyu savunmasız çocukların öldürülmelerini hiçbir zaman onaylamamıştır. III. Mehmet’in tahta çıkışında, babasının cenazesinin ardından, içinde kardeşlerinin cenazeleri olan on dokuz tabutun çıktığı zaman, dönemin tarihçisinin deyişi ile “göklerdeki melekler İstanbul halkının iç çekmelerini ve hıçkırımlarını işitiyordu”¹²³.

¹¹⁸ Akman, s. 167; On dokuz Şehzadenin öldürülmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Demirci, Tuğba. “Osmanlı Tarih Kitaplarında III. Mehmed’in Cülusunda Öldürülen On Dokuz Şehzade Meselesi”, *Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi*, 2019, c. 5, S. 9, s. 147-167.

¹¹⁹ “Osmanlı hanedanında ilk katil hareketi olarak bazı tarihçiler Osman Gazi’nin amcası Dünder Bey’i öldürdüğünü zikrederler. Olayın işleniş tarihi itibari ile yüz yaşını geçmiş olması gereken Dünder Bey’in yeğeni eliyle öldürülmüş olamayacağını iddia edenlerin delilleri daha güçlü görünmektedir.” Tektaş, Nazım. *Şehzadeler Osmanlıda Kardeş Katli*, İstanbul, 2011, s. 9.

¹²⁰ Cin / Akyılmaz, s. 117-124.

¹²¹ Akman, s. 84.

¹²² İnalçık, 2003, s. 66.

¹²³ İnalçık, 2003, s. 66-67; Diğer bir Osmanlı tarihçisi olan Selaniki Mustafa Efendi de suçu önce cellatlara atmış böylelikle sistemi dolaylı yoldan kendisine en az zarar gelecek şekilde eleştirmiş ve ardından yaşanan acıyı “Ba’dehû ma’sûmlar musibetinin âh u nâleleri düdü âsumâna çıkdı. Bu ateş ile yanmadık ciğer kalmadı. Dîdeler giryân ve diller büryân cenâzelerin getirüp babalarının ayağı ucuna defn idüp intizâm virdiler” şeklinde belirtmiştir. Bkz. Selaniki Mustafa Efendi. *Tarih-i Selâniki II (1003-1008/1595-1600)*, (Haz: Mehmet İpşirli), Ankara, 1999, s. 436; Demirci, s. 155.

Nitekim mazlum ve maktul şehzadelerden Mustafa, Bayezid, Osman ve Abdullah'ın hocalığını yapan ve şehzadelerin idamından sonra saraydan uzaklaştırılan Nev'i ihtiyatlı bir dille şehzadeler için 17 beyitlik bir mersiye yazmıştır. Mersiyenin son beyitinin ilk mısrasında ifade edilen düşünce, kardeş katli hadisesi karşısında Osmanlı aydınının düşüncesini belirtmesi açısından ayrı bir önemi vardır¹²⁴.

Bu vak'a Osmanlı tarihinde rastladığımız bir defada en fazla hanedan mensubunun öldürüldüğü, adeta bir şehzade kıyımıdır. Hadisenin meydana getirdiği derin teessür ve tepki o derece etkili olmuştur ki, Sultan I. Ahmet ve kendisinden sonra gelenler, tahta çıktıklarında kardeşlerini öldürmeye cesaret edememişlerdir. İkinci Yavuz olarak adlandırılan Sultan IV. Murat bile kardeşlerini tahta çıktığında değil, çok sonra birer bahane ile bertaraf edebilmiştir¹²⁵.

Bütün bu sebeplerden ötürü tahta çıkan I. Ahmet'e Şeyhülislam Esad Efendi I. Mustafa'nın katli için fetva vermeyi reddetmiştir. Şeyhülislam Esad Efendinin fetva vermemesine sebep olarak I. Ahmet'in oğlunun henüz çok küçük olması ve I. Mustafa'nın akli dengesinin yerinde olmaması gibi sebepler de ileri sürülmüştür. I. Ahmet ölünce gelenek üzerine oğlu Osman değil de kardeşi I. Mustafa tahta çıkarılmıştır. Bu uygulama ile hanedanın en büyük erkek evladını (ekberiyet) iktidara getirme geleneği başlamıştır. Böyle bir uygulama ile ilgili ne bir fetva ne de bir kanun olmasına rağmen bu uygulamaya Osmanlı Devleti sadık kalmıştır¹²⁶.

C. Osmanlı Devleti'nde Devlet Başkanının İş Başına Geçme Merasimi

Osmanlı Devleti zamanla oluşmuş bir takım teamüllerle yönetilirdi. Devlet teamüllerine veya günümüzde yazısız anayasa diye de nitelendirebileceğimiz kurallar bütününe istisnaları olmakla birlikte çoğu zaman riayet edildiği görülmektedir. Devlet başkanının iş başına geçmesi de bir tören eşliğinde gerçekleşirdi. Bu törene culüs töreni veya culüs merasimi denirdi. Culüs arapça kökenlidir ve oturmak anlamına gelir. Gerçekleştirilen tören İslam hukuku ve geleneğine uygun olarak bir takım usullerin yerine getirilmesiyle oluşurdu. Tahta geçecek şehzadeye önce ölen Padişahın naaşı gösterilirdi, bundan maksat hüküm sahibi olacak kişiye bir gün onun da öleceğini ve yaptıklarından dolayı Allah'a hesap vereceğini hatırlatmaktı. Daha sonra Osmanlı Devleti'nin saltanat alametlerinden Yusufi Sarığı taktırılırdı. Yusufi Sarığının Hz. Yusuf'a ait olduğu ve Yavuz Sultan Selim tarafından Mısır'dan İstanbul'a getirildiği rivayet edilir. Biat töreni bu iş ile başlar daha sonra törene geçilirdi. Biat töreninde destur ile Padişah olarak ilan edilecek şehzade tahta oturur daha sonra önemli devlet adamları sırasıyla Padişahın eteğini öperek bağlılıklarını bildirirlerdi. II. Mahmut ile beraber Padişahın eteği yerine Padişahın yanında bulunan bir örtünün öpülmesiyle biat merasimi gerçekleştirilmeye başlanmıştır. II. Abdülhamit'in tahta çıkmasıyla artık örtü öpülmesinden de vazgeçilmiş onun yerine dört parmağın önce öpülmesi sonra kalbe ve alına dokundurularak gerçekleştirilen o dönemin devlet adamlarını klasik selamlama şekliyle biat gerçekleştirilmiştir. Daha sonra adına hutbe okutulur ve hükümdarlık alameti olarak adına sikke bastırılırdı. Osmanlı Devleti'nde ayrıca bir de Padişah olacak şehzadenin gaza şartını yerine getirmesi gerekmekteydi. Gaza görevi culüsün tamamlanması için son derece önemliydi. Bu görev İstanbul kuşatmasına gelen ve bu kuşatmada şehid düşen Hz. Eyyub'un türbesinin ziyaret edilmesi

¹²⁴ “Her kankısı sultan ise biz bende-i ferman ana, Akil Dimez kim bu anun yolında kurban oldu ah.” Akman, s. 102.

¹²⁵ Akman, s. 102-103.

¹²⁶ Ekinci, 2021, s. 243; Kaşıkçı, s. 58-59.

ve tanınmış tarikat pirinin Padişaha kılıç kuşatmasıyla tamamlanırdı. Hz. Eyyub'un türbesinden saraya kadar halk Padişaha sadakatlerini sunardı. Halkın her culüs merasimini sevinçle karşılamadığı bilinmektedir örneğin çocuk Padişah 4. Mehmet'in culüsü halk protestosu eşliğinde gerçekleştirilmiştir. Padişah ayrıca Saray-ı Hümayun'a geldikten sonra culüsünü tüm ülkeye ve yabancı devlet başkanlarına hatt-ı hümayun ile ilanda bulunurdu¹²⁷. Ayrıca önceki Padişah döneminde atanan devlet memurlarının Padişah beratıyla yeniden atamaları gerçekleştirilirdi. Merasim ile birlikte artık ülkede Devlet yönetimi Padişah'ın tekelindedir. Osmanlı halkı Padişahın emir ve yasaklarına uymak yabancı devlet adamları ülke ile ilgili meselelerde yalnızca Padişahlık makamını muhatap almak durumundadır. Tüm ülke Padişahın mutlak egemenliği altındadır¹²⁸.

D. Meşruiyet İnancı Bağlamında Tanzimat Döneminde Devlet Başkanının (Padişahın) Yetkilerinin Sınırlandırılması

Osmanlı Devleti'nde Padişah'ın egemenliğinin sınırlandırılması anlamında tartışılan ilk belge "*Sened-i İttifak*"tır. 18. Yüzyılda Osmanlı Devleti duraklama dönemine girmiş ve bu dönemde devlet yönetimindeki bozulmalar sebebiyle merkezi otorite zayıflamıştır. İdare ile halk arasında aracı konumda bulunan ayanlar otorite boşluğunu doldurarak nüfuz elde etmişlerdir. Ayanlar içerisinde güçlü bir konuma sahip olan Alemdar Mustafa Paşa, tahta Sultan III. Selim'i çıkarmak üzere onbeş bin kişilik bir kuvvetle İstanbul'a hareket etmiş ancak III. Selim'in öldürülmesine engel olamamıştır. Bunun üzerine Alemdar Mustafa Paşa tahta II. Mahmut'u çıkarmış, II. Mahmut ise Alemdar Mustafa Paşayı sadrazam olarak tayin etmiştir¹²⁹.

Alemdar Mustafa Paşa merkezi otorite ile ayanlar arasındaki çatışmayı ortadan kaldırmak ve merkezi otoriteyi güçlendirmek adına, nüfuz sahibi ayanlar ile üst düzey bürokratları "*Meşveret-i Amme*" isimli bir meclis etrafında müzakere etmeye çağırmıştır. Böylelikle "*Sened-i İttifak*" isimli anayasal nitelikteki belge ortaya çıkmıştır. *Sened-i İttifak*'ın siyasi iktidara etkisi noktasında doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Bunlardan birincisi söz konusu belge ile Padişahın yetkileri ilk kez sınırlandırılmıştır¹³⁰. Diğer bir görüşe göre ise *Sened-i İttifak* ile iktidarın kaynağının ayanların desteğiyle var olabileceği ilan edilmiştir. Bu sebeple siyasi egemenliğin paylaşıldığı bir belge niteliğindedir¹³¹.

Sadrazam olan Alemdar Mustafa Paşa devlet içerisinde merkezi otoriteyi güçlendirmek ve özellikle Yeniçeri Ocağının disiplinsiz tavrı sebebiyle bozulan askeri nizamı tekrar tesis etmek

¹²⁷ 1793 tarihinde Yusuf Agah Efendi'nin Londra'ya daimi büyükelçi olarak tayin edilmesiyle karşılıklı diplomasi dönemine geçilmiştir. Bkz. Koyuncu, Nuran-Yılmaz, Yasin, *Osmanlı'nın Son Yüzyılında Hukuk Düşüncesinin Dönüşümü Ve Dönemin Başlıca Tartışma Konuları*, SÜHFD, Konya, 2018, c. 26, S. 2, s. 82; Topaktaş, Hacer, *Osmanlı Diplomasisinde "Tayinat" Sisteminin Uygulanışı ve Kaldırılışı (1794) Üzerine Bazı Tespitler*, Akademik İncelemeler Dergisi, 2015, c. 10, S. 1, s. 43.

¹²⁸ İnalcık, Halil, *Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-II*, İstanbul, 2014, s. 44; Ortaylı, İlber, *Osmanlı Sarayında Hayat*, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, 2008, s. 72-74; Yurtseven Yılmaz/Şahin, Gamze Nur, *Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi*, YBHD, Ankara, 2016, c. 1, S.1, s. 161.

¹²⁹ Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Hil Yayınları, İstanbul, 1983, s. 27.

¹³⁰ Pamir Aybars, *Osmanlı Egemenlik Anlayışında Sened-i İttifak'ın Yeri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2004, c. 53, S. 2, s. 70.

¹³¹ Yavuz Abadan/Bahri Savcı, *Türkiye'de Anayasal Gelişmelerine Bir Bakış*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1959, s. 18; Kırnık Cengizhan, *Tanzimat Döneminde Padişah Yetkilerinin Sınırlandırılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2022, s. 38.

üzere ıslahatlara girişmiştir. Yeniçeriler isyan etmiş ve alemdar Mustafa Paşayı katletmiştir¹³². Alemdar Mustafa Paşa'nın öldürülmesiyle Sened-i İttifak II. Mahmut tarafından yürürlükten kaldırılmıştır.

Osmanlı Devleti'nde siyasi iktidarın sınırlandırılması anlamında bir diğer önemli gelişme Tanzimat Fermanıdır. 3 Kasım 1839 tarihinde Padişahın, ulemanın ve önemli devlet görevlilerinin de katılımıyla Gülhane Parkı'nda Tanzimat fermanı ilan edilmiştir. Bu sebeple Tanzimat Fermanı'na Gülhane Hatt-ı Humayunu da denir. Tanzimat fermanı padişah tarafından tek taraflı olarak ferman niteliğinde ilan edilmiştir¹³³. Ferman Osmanlı Devleti'nin içerisine düşmüş olduğu kötü durumdan nasıl kurtulabileceğine ilişkin bir cabanın ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum fermanın başlangıç bölümünde açıkça ifade edilmiştir¹³⁴.

Tanzimat Fermanı Osmanlı Devleti'nin resmi gazetesi olan Takvim-i Vekayi'de de yayımlandı. Tanzimat fermanı ile Padişah kendi iradesi ile yetkilerini sınırlandırmıştır. Tanzimat Fermanı'nda aslında İslam Hukuku'nda bulunan suçta ve cezada kanunilik ve yargılamadan ceza verilememesi vb. ana ilkeler kanunlaştırılmakla birlikte, vergilendirmede ve asker alımlarında Padişah'ın yetkisini sınırlandırıcı mahiyette hükümlere de yer verilmiştir. Söz konusu haklar ile ilgili olarak Padişah açısından manevi yaptırım öngörülmüş, ancak kamu görevlilerinin verilen haklara riayet etmemeleri halinde cezalandırılacaklarına ilişkin kanunnameler¹³⁵ çıkarılmıştır¹³⁶.

Tanzimat Fermanı'ndan sonra, 1856 yılında, dışarıdan baskının oldukça yoğun hissedildiği Islahat Fermanı ilan edilmiştir. Islahat Fermanı ile Müslüman ve Gayrimüslim ayrımı ortadan kalkmış ve bu durum Müslüman halk arasında hoşnutsuzluklara sebep olmuştur. Önce Cidde'de daha sonra Lübnan ve Şam'da karışıklıklar meydana gelmiş, İngiltere ve Fransa söz konusu karışıklıkları askeri müdahaleyle bastırmıştır¹³⁷. Osmanlı Devleti her ne kadar İngiltere ve Fransa'ya iç işlerine karışmaması gerektiğini bildirirse de, Paris Barış Antlaşması'nın 9. Maddesinin kendilerine doğrudan müdahale yetkisi verdiğiinden bahisle söz konusu talep reddedilmiştir¹³⁸.

¹³² Afyoncu, Erhan/Demir Uğur/Öcal Ahmet, *Osmanlı İmparatorluğunda Askeri İsyanlar ve Darbeler*, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 215-216.

¹³³ Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2020, s. 158-160; Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2021, s. 38.

¹³⁴ "Herkes malum olduğu üzere, Devlet-i Aliyemizin kuruluşundan beri, yüce Kuran'ın hükümlerine ve şer'i kanunlara kemaliyle uyulduğundan, ulu saltanatımızın kuvvet ve kudreti ve bütün halkın refah ve gelişmişliği istenilen dereceye ulaşmışken, yüz elli sene vardır ki, art arda gelen sıkıntılar ve çok çeşitli sebeplere dayalı olarak, ne Şer'i şerife ve ne yararlı kanunlara bağlı kalınmadığı ve uygun hareket edilmediği için, evvelki kuvvet ve gelişmişlik bilakis zayıflık ve fakirliğe dönüşmüştür. Halbuki şer'i kanunlar altında idare olunmayan memleketlerin payidar (sağlam, sürekli) olamayacağı açıktır. Tahta çıktığımız kutlu günden beri, hükümdarlığımızın hayırlı eserleri ile ilgili fikirlerimiz, sadece memleket ve çevresinin imarı ve halkın ve fakirlerin refahının artırılmasında yararlı işlerle sınırlı ve Devlet-i Aliyemizin memleketlerinin coğrafi mevkisine ve halkın kabiliyet ve yeteneklerine göre lazım olan sebeplere girildiğinde, beş on sene içinde Allah'ın yardımı ile arzu edilen noktaya ulaşılacağı açıktır.", Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2021, s. 12-13; Anayurt, s. 158-159.

¹³⁵ Modern Anlamda Kanunlaştırma dönemi Tanzimat Fermanı ile başlamaktadır. bkz., Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 87.

¹³⁶ Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2020, s. 158-160.

¹³⁷ Küçük, Cevdet, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Sistemi ve Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, (Editör: Halil İnalcık/Mehmet Seyitdanlıoğlu), Ankara, 2006, s. 382; Kırnık, s. 56.

¹³⁸ Küçük, Cevdet, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Sistemi ve Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, (Editör: Halil İnalcık/Mehmet Seyitdanlıoğlu), Ankara, 2006, s. 382; Kırnık, s. 56.

Görülebileceği üzere Padişahın halk üzerinde her ne kadar otoritesi olsa da, bu otorite dış müdahaleler ve baskılar neticesi yıpratılmıştır.

Sultan Abdülaziz'den sonra anayasal bir düzen talebinde olan Mithat Paşa ve arkadaşlarıyla bu hususta anlaşılan II. Abdülhamit tahta çıkmış ve Osmanlı'nın ilk anayasası olan Kanun-i Esasi ilan edilmiştir. Anayasaya göre devletin hükümet sistemi monarşidir, dini İslam'dır ve resmi dili Türkçedir. Kanun-i Esasi'ye göre devletin başında ancak Osmanlı hanedanının en yaşlı erkek üyesi bulunabilir. Kanun-i Esasi'de güçler ayrılığı yer alsa da, tüm güçlerin kullanımı Padişah onayına bağlıdır. Kanuni Esasi temel hak ve hürriyetler anlamında birçok hükme sahip olmakla birlikte, Padişahın yetkileri sınırlandırılmamıştır. Padişah'ın yazılı anayasa öncesi yetkileri yazılı hale getirilmiştir denilebilir¹³⁹.

Kanun-i Esasi'nin ilanından önce Meclis-i Mebusan'da yer alacak milletvekillerinin seçilmesi için 29 Ekim 1876 tarihinde “*Meclis-i Umumi'nin Suret-i İntihabına ve Tayinine Dair Talimat-ı Muvakkate*” İstanbul ve çevresinde yapılacak seçimler için ise “*Heyet-i Mebusanın Birinci Sene-i İçtimaiyyesi için Dersaadet ve Mülhakatından İntihab Olunacak Mebusların Suret-i İntihabına Dair Beyanname*” yönetmelikleri ilan edilmiş ve sadece erkeklerin oy kullanabileceği hükme bağlanmıştır. Sultan II. Abdülhamit Meclis-i Ayan'a 27 üyeyi doğrudan atamış ve böylelikle yüz on altısı mebus yani milletvekili, yirmi yedisi ayan olmak üzere toplam yüz kırk üç üye ile İlk Osmanlı Meclis-i Umumi 19 Mart 1877 tarihinde göreve başlamıştır¹⁴⁰.

Sultan II. Abdülhamit Kanun-i Esasi'nin 7. maddesi gereği yetkisini kullanarak 14 Şubat 1878 tarihinde Meclis-i Umumi'yi tatil etmiştir. Meclis-i Umuminin tatil edilmesinin ardından II. Abdülhamit Padişah otoritesini sağlamlaştırmak için çeşitli tedbirler almış ve bunun neticesi Osmanlı Devleti “*İstibdat Dönemi*” olarak bilinen döneme girmiştir. Bu dönem sebebiyle Jön Türkler ile İttihat ve Terakki Cemiyeti ortaya çıkmıştır. Jön Türkler Osmanlı'nın parçalanmasının önüne geçilmesinin, ancak akılcı ve çağa uygun bulunan düşüncelerle mümkün olduğuna inanmaktaydı. Bu sebeple Osmanlılık fikrini desteklemekteydiler. Osmanlılık esas itibariyle Osmanlı Devleti'nin sınırları içerisinde bulunan herkesi Osmanlı Milleti üst kimliği çatısı altında birleştirmektir¹⁴¹.

İstibdat döneminde öne çıkan bir diğer grup İttihat ve Terakki Cemiyetidir. İstibdat döneminin baskı rejimine tepki olarak oluşan İttihat ve Terakki Cemiyeti, zaman içerisinde değişik ideoloji ve kişilerle karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu ideolojilerin temel gayesi, dağılma sürecinde bulunan Osmanlı Devleti'ni kurtarma çabası olarak görülmektedir. 1905 yılına kadar Namık Kemal'in hürriyete dair fikirlerini benimseyen cemiyet, daha sonra baskı neticesi yurt dışına kaçan mensuplarının II. Abdülhamit Han ile anlaşması neticesi bir hayli zayıflamıştır. 1905 yılından sonra ise İttihat ve Terakki Cemiyeti, daha disiplinli bir şekilde idare edilen, Dr. Bahaeddin Şakir Bey ve Dr. Nazım Bey'in hâkim konumda oldukları bir yapılanma haline dönüşmüştür¹⁴².

¹³⁹ Anayurt, s. 163.

¹⁴⁰ Toprak, Seydi Vakkas, *İlk Osmanlı Seçimleri ve Parlamentosu*, Sosyoloji Dergisi, İstanbul, 2013, 3. Dizi, S. 26, s. 172-177.

¹⁴¹ Mardin, Şerif, *Jön Türklerin Siyasi Fikirleri 1895-1908*, İstanbul, 2008, s. 197; Uçar, Fuat, *Türk Düşüncesinde Osmanlılık Fikrinin Ortaya Çıkışı ve Türk Siyasal Hayatına Etkileri*, KSBD, 2018, Y. 10, C. 10, S. 18, s. 90.

¹⁴² Yurtseven, *Osmanlı Siyasal İktidarı Meşruiyet, Otorite ve İdeoloji Üzerine Bir Deneme*, s. 277.

Daha sonra gerek iç, gerekse dış baskılar sebebiyle II. Abdülhamit 23 Temmuz 1908 tarihinde meclisi tekrardan toplantıya çağırmıştır. Böylelikle Kanun-i Esası tekrardan uygulamaya girmiştir. Bu olay siyasi tarihimizde II. Meşrutiyet olarak bilinmektedir. Yapılan değişikliklerle yürütme işlemlerinde karşı imza kuralı getirilmiş, alınan kararlardan sadrazam ve ilgili bakan sorumlu tutulmuştur. Ayrıca bakanlar kurulunun ve bakanların, Padişah'a değil, meclise karşı sorumlu oldukları kuralı getirilmiştir. Padişah'ın kanunları fesih yetkisi sınırlandırılmış, yalnızca geri gönderme yetkisi verilmiştir. Aynen kabul edilen kanun yasalacaktır. Yasa teklifi için Padişah'ın onayı kuralı da kaldırılmıştır¹⁴³. Sultan II. Abdülhamit Han imparatorluğun yıkılma döneminde meşruti rejim ile birlikte iktidar olmuş ancak mutlak monarşiyi yeniden ihdas etmiştir. Osmanlı Devleti'ni saltanatının tamamına yakınına yakınını mutlak monarşi hükümet sistemiyle idare eden Sultan II. Abdülhamit, meşruti rejim ile geldiği iktidara yine meşruti rejim ile veda etmek durumunda kalmıştır¹⁴⁴.

1908 tarihinde yeni rejim henüz oluşmuşken, tarihte 31 Mart Vakası olarak bilinen meşruyet krizi gerçekleşmiştir. Tanzimat Fermanı ile başlayan sosyal ve ekonomik reformlar ve özellikle Müslüman ile gayrimüslimlerin eşit haklara sahip olması, Müslüman halk tarafından pek kabul görmemiş ve tepkilere sebep olmuştur. Ancak 31 Mart Vakası'nın hareket noktası bu duygu ve düşünceler değil, daha çok ittihatçılara muhalif grupların ve alaylı subayların silahlı ayaklanmasıdır denilebilir. Sultan II. Abdülhamit'in bu ayaklanmada herhangi bir etkisi de olmamıştır. Ayaklanma üzerine Selanik'te bulunan Hareket Ordusu İstanbul'a gelerek ayaklanmayı bastırması ve Sultan II. Abdülhamit'i tahttan indirmiştir¹⁴⁵.

SONUÇ

Meşruyet, kısaca siyasi rejimin herhangi bir unsuruna yöneltilen bir tür destekleyici duyguyu ifade eder. Halkın onayından ya da desteğinden yoksun bir iktidar veya devlet başkanı da meşru kabul edilmez. Yönetilenler kendi istekleriyle meşru gördükleri iktidarın emir ve yasaklarına toplu şekilde veya bireysel olarak itaat ederler. Günümüzde toplumlar gönüllü itaatlerini seçilmiş iktidara ve demokratik kurumlara göstermektedirler.

Eski Türklerin meşruyet inancı doğrudan kadim devlet geleneklerinden ve inançlarından etkilenmiştir. Orhun Abidelerinde Kağanların yönetim yetkisini doğrudan Tanrıdan aldıkları belirtilmektedir. Eski Türklerde Kağan olmak için hükümdar ailesinden olmak gereklidir ancak yeterli değildir. İlahi kaynak olan kut'u da bulundurmak gerekir. Kut Tanrı tarafından verilebilir geri de alınabilir. Kağan Kut'un kendisinde var olduğunu ispatlamak için savaşlar kazanmalı halk ile iyi geçinmeli ve iyi bir yönetim sergilemelidir. Bu anlamda Eski Türklerde meşruyet inancı doğrudan ilahi kökenlidir.

Türklerin İslamiyet sonrası devlet başkanına ilişkin meşruyet inancında değişimler olmuştur. Türklerin kitleler halinde Müslüman olmasıyla birlikte Müslüman Türk devletlerinde Kut inancı varlığını devam ettirmekle birlikte Kağan'ın Müslüman olması gerektiği şartı da aranır olmuştur.

¹⁴³ Atar, s. 41-42.

¹⁴⁴ Yurtseven, *Osmanlı Siyasal İktidarı Meşruyet, Otorite ve İdeoloji Üzerine Bir Deneme*, s. 257; 270.

¹⁴⁵ Tanör Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul, 1992, s. 150-153; Yurtseven, *Osmanlı Siyasal İktidarı Meşruyet, Otorite ve İdeoloji Üzerine Bir Deneme*, s. 271.

İslam hukukunda devlet başkanının belirlenmesi ile ilgili Ku'ran-ı Kerim'de doğrudan bir hükme rastlanmaz ancak şura prensibi gibi genel kaideleri belirleyecek ayetler vardır. İslam hukukunun oluşum evresine bakacak olursak öncelikle Hz. Peygamber dönemine bakmamız gerekmektedir. Hz. Peygamber için devlet bir amaç değil araçtı. Bilindiği üzere Hz. Peygamber (s.a.s.) devlet başkanının seçimi ile ilgili teamüle yol açacak herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Kuranda ve hadisi şeriflerde Hz. Peygamberden sonraki devlet başkanının belirlenmesi hususunda doğrudan bir hükmün olmayışı İslam hukukunun kaynak hiyerarşisinde üçüncü sırada yer alan İcma'a başvurulmasını gerektirecektir. Nitekim Hz. Peygamber'in en yakınlarından olan dört halife'nin oluşturdukları anayasa teamülleri, itirazsız oluşması sebebiyle icma olarak kabul edilmiştir. İlk dört halife iş başına geçerken şeklen farklı usuller gibi gözüke de şura usulü ile iş başına gelmişlerdir. Bu anlamda İslam hukukunda hâkimiyetin ilahi kaynaklı olmadığı toplum sözleşmesi niteliğinde olduğu söylenebilir.

Günümüz demokratik seçimleri ile şura usulü arasında birçok benzerlik bulunmaktadır. Bu türlü bir karşılaştırma ve değerlendirme yapmadan evvel unutulmaması gereken şey, dönem şart ve koşullarıdır. Gerçekten de kitle iletişim araçları, otoyollar ile birbirine bağlı metropoller, ulaşım kolaylığı ve yerleşik hayata sahip vatandaşlar, nüfus ve vatandaşlık işleri ile ilgili sistemli kamu kurumları, siyasi partiler, yüksek seçim kurulu vb. günümüzdeki seçimleri kolaylaştıran yegâne unsurlardır. Seçimler sabah yapılmaya başlanmakta, akşama kesine yakın sonuçlar tek merkezden alınmaktadır.

Sonuç olarak Eski Türklerde meşruiyet inancı olan “*Kut İnancı*” ilahi kaynaklıdır. Osmanlı devleti ile birlikte “*Kut İnancı*” devam etmiş, 1617 tarihinden itibaren bu inanca ilişkin kuralda değişikliğe gidilmiş ve hanedanın en yaşlı erkek üyesinin tahta çıkması kuralı getirilmiştir. Tanzimat döneminde ise ülke içerisine düştüğü bunalımdan kurtulmak adına, tabiri caizse yeniden yapılanma dönemine girmiştir. Devletin içerisine düştüğü kötü durumdan çıkılması adına gerçekleştirilen tartışmalar, devlet başkanının otoritesini sınırlandırma noktasında önemli bir gelişmeye sebep olamamıştır.

1908 devrimi ile birlikte Padişahın yetkileri sınırlandırılmış, yürütmenin önemli bir kısmının seçimle belirlenmesi prensibi uygulamaya konmuştur. Ancak devlet başkanının işbaşına gelmesi ile ilgili yeni bir kural getirilmemiştir. Günümüz modern demokrasilerine uygun ölçüde Padişah, yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturan taraf konumuna gelmiş, ancak devlet başkanı sıfatını muhafaza etmiştir. Altı yüzyıl boyunca süregelen kut inancı ve İslam hukukunun esaslarınca oluşmuş geleneksel iktidar yetkilerini seçilmiş temsilcilere devretmiş, ancak yeni rejim henüz başlamışken, 31 Mart Vakası ismiyle bilinen isyan hareketi sebebiyle Sultan II. Abdülhamit tahttan indirilmiştir.

KAYNAKÇA

Afyoncu, Erhan/Demir Uğur/Öcal Ahmet, *Osmanlı İmparatorluğunda Askeri İsyenlar ve Darbeler*, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2010.

Ahmetbeyoğlu, Ali, “*Eski Türklerde Kut ve Töre Bağlamında Hükümranlığın Hududları*”, Tarih Dergisi, İstanbul, 2020.

- Akbulut, Ahmet, *Sahabe Dönemi İktidar Kavgası*, Otto Yayınları, Ankara, 2001.
- Akcan, Ayten, “Eski Türklerde Devlet Yönetiminde Hâkimiyetin İlahi Temelleri”, *MECMUA - Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 5, S. 10, Güz 2020, ss. 303-321.
- Akça, Gürsoy, *Osmanlı Devletinde Bilgi ve İktidar*, Palet Yayınları, Konya, 2010.
- Akman, Mehmet, *Osmanlı Devletinde Kardeş Katli*, Eren Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- Akyılmaz, Gül, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü*, Göksu Matbaacılık, Konya, 2000.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 2020.
- Apak, Adem, “Hz. Osman’ın Hilafeti Döneminde Ümeyyeoğullarının Devlet İçerisindeki Yeri”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1998, C. 7, S. 7, ss. 487-521.
- Arslan, Rıza, *Siyaset Bilimine Giriş*, Bursa, 2016.
- Aksoy, Hasan, İslam Öncesi Dönem Türklerde Tanrı Anlayışı, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, c. 4, S. 2.
- Aşıkpaşazade, *Osmanoğullarının Tarihi*, çev. Kemal Yavuz - M. A. Yekta Saraç, İstanbul, 2003.
- Atalan, Mehmet, “Hz. Muhammed’in Vefatından Sonraki Hilafet Tartışmaları”, *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 9, S. 2, ss. 55-68.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2021.
- Ateş, Süleyman, *Kur’an Ansiklopedisi*, İstanbul, 1997.
- Avcı, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş*, Mimoza Yayınları, Konya, 2008.
- Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul, 2004.
- Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 2021.
- Aycan, İrfan, “Saltanata Giden Yolda Muaviye Bin Ebu Süfyan”, *İslami Araştırmalar Dergisi*, Nisan 1990, C. 4, S. 2, ss. 130-145.
- Aydın, Mehmet Akif, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Basım Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Bardakçı, Veli Vehbi, Osmanlı Klasik Döneminde Çandarlı Ailesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa, 2019.
- Bilgili, Ali Sinan, *Türk Kültür Coğrafyası*, Pegem Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Cevdet, Ahmet, *Kıyas-ı Enbiya Ve Tevarih-i Hulefa*, Bedir Yayınevi, İstanbul, 1968.
- Ceyhan, Ayhan, Türk Hukuk Tarihinde Meşveret Düşüncesi ve Uygulaması, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998.
- Cin, Halil / Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1996.
- Çeliker, Hüseyin, “İslam Hukukunda Devlet Başkanlığı”, *On Dokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 26, S. 26-27, ss. 251-298.
- Çetin, Halis, *Siyaset Bilimi*, Orion Kitabevi, Ankara, 2014.
- Çolak, Kamil, “Mısır’ın Fransızlar Tarafından İşgali ve Tahliyesi (1798-1801)”, *Sakarya Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 2, ss. 141-183.
- Demir, Ömer /Acar, Mustafa, *Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Ağaç Yayınları, İstanbul, 1992.
- Demircan, Adnan, *Ali-Muaviye Kavgası*, İstanbul, 2002.
- Demirci, Tuğba, “Osmanlı Tarih Kitaplarında III. Mehmed’in Cülusunda Öldürülen On Dokuz Şehzade Meselesi”, *Sosyal Ve Kültürel Araştırmalar Dergisi*, 2019, C. 5, S. 9, ss. 147-167.

- Dineveri, Ebu Hanife, *İslam Tarihi*, Çev. Nusrettin Bolelli - İbrahim Tüfekçi, İstanbul, 2007.
- Dingeç, Emine, “Osmanlı Sarayında Eski Bir Türk Geleneği: Yeni Yılda Hediyeleşme”, *Turkish Studies International Periodical For The Languages, Literature And History Of Turks*, 2009. C. IV, S. 8, ss. 1055-1073.
- Doğan, Bayram / Turan, Mehmet, “Anayasa Hukuku Bağlamında Medine Vesikası”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 11, S. 1, ss. 69-96.
- Döndüren, Hamdi, “Dürüst Yönetim”, *Altınoluk Dergisi*, S. 95, Ocak 1994.
- Durmuş, İlhami, “Bozkır Kültür Çevresinde At, Göçer-Ev ve Demir”, *Asya Araştırmaları Dergisi*, 2017, C. 1, S.1, ss. 19-34.
- Ekinci, Ekrem Buğra, *İslam Hukuku Ve Önceki Şeriatler*, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet Ve Mülk*, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Ekinci, Ekrem Buğra, Machiavelli Ve Hukuk Tarihindeki Yeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 1996, c. 10, S. 1-3.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Ankara, 2005.
- Ergin, Muharrem, *Orhun Âbideleri*, 42. Basım, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, Eylül 2009.
- Eryarsoy, M. Beşir, *Hilafet: Kur'an Ansiklopedisi*, (Genel Yayın Yönetmeni: Ahmed Ağırakça), İstanbul, 2000.
- Farabi, *El-Medinetü'l Fâzıla*, (Çev. Nafiz Danışman), Ankara, 2001.
- Gazali, Ebu Hamid Muhammed B. Muhammed, *Nasihât'ül-Müluk*, Çev. Osman Şekerci, Sinan Yayınevi, İstanbul, 1969.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, *İslam'da Siyasi Bir Katılım Vasıtası Olarak Şura*, Konya, 2002.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2021.
- Güney, Adnan, “Türk Siyasal Kültüründe Devlet Anlayışı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2002.
- Güngör, Cahit, “Çağdaş Tefsirde Kölelik Yorumu”, *Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2005.
- Hamidullah, Muhammed, “Constitutional Problems In Early İslam”, *İ.T.E.D.*, 1973, C. V, S. 1-4, ss. 15-35.
- Hamidullah, Muhammed, *İslam Müesseselerine Giriş*, Bir Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- Hamidullah, Muhammed, *İslam Peygamberi*, Yeni Şafak Yayınevi, Ankara, 2003.
- Heyd, Uriel, *Studies In Old Ottoman Criminal Law*, (Derleyen: V.L. Menage), Oxford, 1973.
- Iqbal, Navid / Baloch, Fehmida, “Rivayetler Çerçevesinde Kureyş'in Durumuna Siyasi Bir Bakış”, *ERÜ SOSBİLDER*, Kayseri, 2018, C. 44, S. 1, ss. 59-77.
- İbn Haldun, *Mukaddime*, çev. Zakir Kadiri Ugan, C. 1, İstanbul, 1990.
- İnalcık, Halil, “Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu Problemi”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, 1999, Y. 2, S. 7, ss. 8-22.
- İnalcık, Halil, *Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600)*, çev. Ruşen Sezer, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003.
- İnalcık, Halil, *Fatih Devri Üzerine Tetkikler ve Vesikalar I*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yay., Türk Tarih Kurumu Basımevi, 5. b. Ankara, 2014.
- İşçi, Metin, *Türk İslam Siyasi Düşünceler Tarihi*, Derin Yayınları, İstanbul, 2015.

Jahja, Muharrem, “Lütfi Paşa’nın Halasü’l-Ümme Fi Marifetil Eimme Risalesinin Tahkik, Tahlil ve Tercümesi”, *Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2003.

Kamil Muhammed, El-Gindi/Ahmet Kılınç, “Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları Demokrasinin Belirginliği”, *İslam Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2008, S. 12.

Kalın, İbrahim, *İslam ve Batı*, İSAM Yayıncılık, Ankara, 2019.

Keşgin, Ahmet, Machiavelli ve Makyavelizm, *Beytulhikme An International Journal of Philosophy*, 2015, c. 5, S. 1.

Kılıç, Yusuf, *Osmanlı Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Kırnık Cengizhan, *Tanzimat Döneminde Padişah Yetkilerinin Sınırlandırılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2022.

Kırpık, Cevdet, “II. Meşrutiyetten Sonra Şehzade Eğitiminde Değişim”, *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Mayıs 2010, C. III, S. 21, ss. 99-130.

Kışlalı, Ahmet Taner, *Siyaset Bilimi*, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.

Koca, Salim, *Eski Türklerde Devlet Geleneği ve Teşkilatı*, (Metin İçinde “Türkler”), Ankara, 2002, ss. 823-844.

Koyuncu, Nuran-Yılmaz, Yasin, *Osmanlı’nın Son Yüzyılında Hukuk Düşüncesinin Dönüşümü Ve Dönemin Başlıca Tartışma Konuları*, SÜHFD, Konya, 2018, c. 26, S. 2.

Köksal, İsmail, “İslam Tarihinde Uygulanan Devlet Başkanlığı Seçim Şekilleri ve Şer’i Tahlili”, *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 11, S. 1, ss. 25-36.

Kuçuradi, İoanna, *İnsan Hakları, Kavramlar ve Yorumlar*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2007.

Kutub, Seyyid, *Fi’Zılali’l Kur’an*, çev. Bekir Karlığa – M. Emin Saraç – İ. Hakkı Şengüler, İstanbul.

Machiavelli, *Prens*, (Çev. Nazım Güvenç), İstanbul, 1994.

Maverdi, Ebu’l-Hasan Habib, *Ahkamü’s-Sultaniye*, çev. Ali Şafak, Bedir Yayınevi, İstanbul, 1994.

Mevdudi, Ebu’l-A’la El, *Hilafet ve Saltanat*, çev. Ali Genceli, Hilal Yayınevi, İstanbul, 1989.

Nasir, J. Jamal, *The Islamic Law of Personal Status*, London, 1990.

Oktay, Cemil, *Siyaset Bilimi İncelemeleri*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2005.

Ortaylı İlber, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008.

Ortaylı, İlber, *Osmanlı Sarayında Hayat*, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, 2008.

Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Hil Yayınları, İstanbul, 1983.

Ögel, Bahaeddin, *Türk Mitolojisi*, C. I, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1971.

Önkal, Ahmed, “Hulefa-i Raşidin”, *Kur’an Ansiklopedisi*, (Genel Yayın Yönetmeni: Ahmed Ağırakça), İstanbul, 2000.

Özcan, Abdülkadir, “Fatih’in Teşkilat Kanûnnamesi ve Nizam-ı Âlem İçin Kardeş Katli Meselesi”, *Tarih Dergisi*, 1982, S. 33, ss. 7-56.

Özen, Şükrü, *İstıslah*, DİA, c. 23.

Pamir Aybars, *Osmanlı Egemenlik Anlayışında Sened-i İttifak’ın Yeri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2004, c. 53, S. 2.

Pani Pati, Mevlana Şah Muhammed İsmail, *İslam Tarihi*, çev. Ayhan Yalçın, İstanbul, 1992.

- Russell, Bertrand, *İktidar*, (Çeviren: M. Ergin), Altın Kitaplar Basımevi, 1976.
- Sancar, Mithat, *'Devlet Aklı' Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Selaniki Mustafa Efendi, *Tarih-i Selânikî II (1003-1008/1595-1600)*, (Haz: Mehmet İpşirli), Ankara, 1999.
- Sever, Mustafa, "İlig Tutup Törüg İtmek (İli Tutup Töreysi Düzenlemek)", *Uluslararası Halk Bilimi Araştırmaları Dergisi (UHAD)*, Ankara, 2020, C. 3, S. 4, ss. 147-156.
- Sunay, Reyhan, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları*, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya, 2013.
- Şehbenderzade, Filibeli Ahmet Hilmi, *İslam Tarihi*, çev. Ziya Nur, İstanbul, 1982.
- Şen, Abdurrahim, *İslam Hukuk Düşüncesinde İktidar ve Meşruyet*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2019.
- Şeyzeri, Abdurrahman b. Nasr eş, *Yöneticinin Nitelikleri*, çev. Osman Arpaçukuru, İstanbul, 2008.
- Taberi, Ebu Cafer Muhammed bin Cerir'üt, *Tarih'i Taberi*, çev. M. Faruk Gürtunca, İstanbul.
- Tektaş, Nazım, *Çadırdan Saraya Saraydan Sürgüne Osmanlı*, İstanbul, 2005.
- Tektaş, Nazım, *Şehzadeler Osmanlıda Kardeş Katli*, İstanbul, 2011.
- Temnavi, Muhammed, *Hz. Ömer ve Modern Sistemler*, çev. Muhammed Vesim Taylan, İstanbul, 2004.
- Topaktaş, Hacer, *Osmanlı Diplomasisinde "Tayinat" Sisteminin Uygulanışı ve Kaldırılışı (1794) Üzerine Bazı Tespitler*, Akademik İncelemeler Dergisi, 2015, c. 10, S. 1.
- Toprak, Seydi Vakkas, *İlk Osmanlı Seçimleri ve Parlamentosu*, Sosyoloji Dergisi, İstanbul, 2013, 3. Dizi, S. 26.
- Türcan, Talip, *İslam Hukuku*, (Editör: Talip Türcan), Grafiker Yayınları, Ankara, 2020.
- Uçar, Şahin, *Tarih Felsefesi Açısından İslam'da Mülk ve Hilafet (Medineyi Yeniden Kurmak)*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- Uludağ, Süleyman, "Halife", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 1997.
- Uzunçarşılı, İ. Hakkı, *Büyük Osmanlı Tarihi*, (İstanbul'un Fethi'nden Kânûnî Sultan Süleymân'ın Ölümüne Kadar), Türk Tarih Kurumu Yayınları, 7. bsk., Ankara, c. 2.
- Uzunpostalcı, Mustafa, "İslam Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2007, S. 9, ss. 67-100.
- Üçok, Bahriye, *İslam Devletlerinde Kadın Hükümdarlar*, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1965.
- Üçok, Bahriye, *İslam Tarihi Emeviler- Abbasiler*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Ankara, 1979.
- Ünalın, Sıdık / Öztürk, Hakan, "İslamiyetten Önce Türklerde Eğitim ve Öğretim", *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 13/2, ss. 89-109.
- Weber, Max, *Meşru Egemenlik*, çev. Latif Boyacı, Yarı Yayınları, İstanbul, 2017.
- Yaman, Ahmet / Çalış, Halit, *İslam Hukuku*, Bilimsel Araştırma Yayınları, Ankara, 2018.
- Yavuz Abadan/Bahri Savcı, *Türkiye'de Anayasal Gelişmelerine Bir Bakış*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1959.
- Yurtseven, Yılmaz, *Osmanlı Siyasal İktidarı Meşruyet, Otorite ve İdeoloji Üzerine Bir Deneme*, Ankara, 2019.

Yurtseven, Yılmaz, “Osmanlı Klasik Döneminde İdeoloji Din ve Siyasi Meşruyet Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007, ss. 1255-1284.

Yurtseven Yılmaz/Şahin, Gamze Nur, *Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi*, YBHD, Ankara, 2016, c. 1, S.1.

Yurtseven, Yılmaz, *Osmanlı Klasik Döneminde İdeoloji, Din Ve Siyasi Meşruyet Üzerine Kısa Bir Değerlendirme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2007, c. 11, S. 1-2

Yusuf Has Hacip, *Kutadgu Bilig*, çev. Fikri Silahdaroğlu, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1996.

Zeynülabidin, İmam, *Hukuk Risalesi*, (Editör: Ersan Baydemir), Yılmaz Matbaacılık, İstanbul, 2020.

Zorlu, Cem, *İslam'da İlk İktidar Mücadelesi*, Yediveren Kitap, Konya, 2002.

Elektronik Kaynaklar

Adıgüzel, Abdulcabbar, “Erken Dönem Politik İhtilafların Şii-İmami Ekoldeki Teolojik İzdüşümleri”, <http://www.emakalat.com/index.php/emakalat/article/view/77>, (19.06.2020).

Akgündüz, Ahmet, “Kardeş Katli Meselesi Ve Osmanlı Kanunnameleri ile Alakalı Bazı İtirazlara Cevaplar”, <http://www.osmanli.org.tr/yazi-2-98.html>, (15.07.2011).

<http://www.diyaret.gov.tr/turkish/diyaretyeni/KurulDetay.aspx?ID=38>, (Erişim Tarihi: 22.06.2012).

<http://www.genelturktarihi.net/antik-roma-hadrian-duvari>, (Erişim Tarihi: 08.12.2021).

https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/72194/mod_resource/content/1/ORHUN-%C3%82B%C4%B0DELER%C4%B0.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

<https://ungo.com.tr/2-021/01/hadrian-duvari-ne-dir/>, (Erişim Tarihi: 08.12.2021).

Kallek, Cengiz, “Bornier, Vicomte Henri de”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1992, <https://islamansiklopedisi.org.tr/bornier-vicomte-henri-de>, (Erişim Tarihi: 15.09.2021).

Türk Hukukunda Korunmalı İşyeri Uygulaması ve Engellilerin Korunmalı İşyerlerinde İstihdam Edilmesinin Esasları*

Burcu EZER 

Arş. Gör. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir,
Türkiye burcuezer@anadolu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 06.06.2022 Kabul: 12.09.2022 Yayın: 12.09.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Korunmalı istihdam, korunmalı işyeri, engelli birey, engelli istihdamı, engelli işçi.</p>	<p>Çalışma hayatındaki dezavantajlı gruplardan biri olarak kabul edilen engellilerin çalışma hayatına aktif olarak katılımlarını sağlamak ve istihdam oranlarını arttırmak amacıyla engelli istihdamına yönelik çeşitli yöntemler geliştirilmiş olup koruyucu istihdam (korunmalı işyerleri) yöntemi bunlardan biridir. Ülkelerin dinamikleri ve ihtiyaçları doğrultusunda uygulama biçimleri ülkeden ülkeye farklılık gösteren koruyucu istihdam yönteminde, çalışma koşulları engellilere özel olarak düzenlenmekte ve rekabetten uzak bir çalışma ortamı oluşturulmaktadır. Korunmalı işyeri uygulaması, Türk hukukunda ilk olarak 2005 yılında 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (şimdiki adıyla Engelliler Hakkında Kanun) ile getirilmiş; korunmalı işyerlerinin işleyişine ve denetimine ilişkin usul ve esaslar 27.01.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Korunmalı İşyerleri Hakkında Yönetmelikle düzenlenmiştir. Ayrıca çeşitli mevzuatlarda korunmalı işyerlerinde çalışan engellilerin ücretleri ve adlarına ödenecek sosyal sigorta primlerine ilişkin teşvikler, korunmalı işyeri işvereninin ödemekle yükümlü olduğu bazı vergiler bakımından indirim ve muafiyetler ve korunmalı işyeri proje destekleri düzenlenmiştir. Korunmalı işyeri uygulaması ile işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel ve ruhsal engelli bireylere, devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenen (korunmalı) işyerleri aracılığıyla istihdam oluşturmak amaçlanmaktadır. Bu çalışmada, engellilere yönelik düzenlenen bir istihdam yöntemi olarak korunmalı işyerlerini ele almak; korunmalı işyeri yönteminin uygulama esaslarına ve Türk hukukundaki tarihsel gelişimine değinmek; yürürlükteki düzenlemeler ışığında Türk hukukunda engellilerin korunmalı işyerlerinde istihdamına ilişkin usul ve esasları incelemek ve son olarak korunmalı istihdam yöntemlerinin Türk hukuku uygulamasındaki işlevselliğini arttırmak adına belli başlı çözüm önerileri sunmak amaçlanmaktadır.</p>

Sheltered Workplace Practice in Turkish Law and The Principles of Disabled Employment in Sheltered Workplaces

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 06.06.2022 Accepted: 07.09.2022 Published: 13.09.2022</p> <p>Keywords: Sheltered employment, sheltered workplace, person with disabilities, disabled employment, disabled employee.</p>	<p>Various methods have been developed for the employment of the disabled in order to enable the disabled, who are considered as one of the disadvantaged groups in the working life, to participate actively in the working life and to increase their employment rates and the method of sheltered employment (sheltered workplaces) is one of them. In the sheltered employment method, which the application forms of which differ from country to country in line with the dynamics and needs of the countries, working conditions are specially arranged for the disabled and working environment away from competition is created. The sheltered workplace practice was introduced in Turkish Law for the first time in 2005 with the Law No. 5378 on the Law on Disabled People and Amending Certain Laws and Decree Laws (now the Law on the Disabled People) and the procedures and principles regarding the process and control of sheltered workplaces are regulated by the Regulation on Sheltered Workplaces published in the Official Gazette dated 27.01.2022. In addition, incentives for the salaries and social insurance contributions to be paid to the names of disabled people working in sheltered workplaces, discounts and exemptions in terms of some taxes that the employer of the sheltered workplace is obliged to pay and sheltered workplace project supports are regulated in various legislations. With the sheltered workplace practice, it is aimed to create employment for mentally and psychical disabled people, who are difficult to be recruited into the labour market, through workplaces that are technically and financially supported by the state and whose working environment is specially arranged (sheltered). In this paper, it is aimed to deal with sheltered workplaces as a disabled employment method, to touch on the application principles of the sheltered workplace method and its historical development in Turkish Law, to examine the procedures and</p>

principles regarding the employment of disabled people in sheltered workplaces in Turkish Law in the light of the regulations in force, and finally, to offer certain solutions in order to increase the functionality of sheltered employment methods in the practice of Turkish Law.

Atf/Citation: Ezer, B. (2022). Türk Hukukunda Korumalı İşyeri Uygulaması ve Engellilerin Korumalı İşyerlerinde İstihdam Edilmesinin Esasları, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s.534-565.

* “Bu makale 14.05.2022 tarihinde II. Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi’nde sunulan “Türk İş Hukukunda Korumalı İşyeri Kavramı ve Engellilerin Korumalı İşyerlerinde İstihdam Edilmesinin Esasları” başlıklı özet bildirinin genişletilmiş ve güncellenmiş halidir.”

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

Gelişen bir kavram olması nedeniyle “engelli” kavramını tanımlamak bünyesinde çeşitli güçlükler barındırır da, doktrinde ve çeşitli uluslararası metinde engelli kavramına ilişkin farklı yönde tanımlarla karşılaşılacaktır¹. Örneğin BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmede (EHS) engelli kavramının “*diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içerdiği*” kabul edilmiştir (EHS m. 1/2)². 159 sayılı Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdam (Engelliler) Hakkında ILO Sözleşmesinde ise engelli “*uygun bir iş temini muhafazası ve işinde ilerlemesi hususundaki beklentileri, kabul edilmiş fiziksel veya zihinsel bir engel sonucu önemli ölçüde azalmış olan birey*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 1/1)³. Türk hukukunda 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunda (EHK) ise engelli “*Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey*” şeklinde tanımlanmıştır (EHK m. 3/1-c).

Engelliler eğitim, istihdam, sosyal hayat, ulaşım gibi alanlarda karşı karşıya kaldıkları zorluklar nedeniyle toplumun dezavantajlı kesimlerinden önemli bir grubu oluşturmaktadır. Bu dezavantajları azaltmak adına engellilere yönelik ilk politikalar, öncelikli olarak engelliliğin salt bir sağlık sorunu olmadığı kabul edilerek engellilerin sosyal koruma kapsamına alınması (engellilere yönelik politikalarda tıbbi modelden sosyal modele geçilmesi⁴) ve engelliler yönünden hak temelli yaklaşımın benimsenmesi yönünde gerçekleşmiştir⁵. Engelli haklarının bu gelişimine paralel olarak ve sosyal devlet anlayışıyla birlikte engellilerin istihdamında da önemli politika değişikliklerine gidilmiş; engelliliğin çalışma hayatında yer almaya engel teşkil etmediği kabulü doğrultusunda ve fırsat eşitliği yaklaşımıyla, engellilerin çalışma hayatına etkin bir biçimde katılmalarını sağlamak adına devlet müdahalelerini de içeren çeşitli istihdam politikaları geliştirilmiştir⁶.

¹ Çeşitli tanımlar için bkz. Martin, Tom. *Sheltered employment A review of the literature*, Tom Martin & Associates, Dublin, 2001, s. 4-6. https://www.tma.ie/downloads/sheltered_employment_review.pdf (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

² Sözleşme metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100834bm_48.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2022)

³ Sözleşmenin resmi tercümesi ve tam metni için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc083/kanuntbmmc083/kanuntbmmc08304407.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2022)

⁴ Engellilikle ilgili modeller hakkında ayrıca bkz. Martin, s. 6-8; Özmen, Dicle Dilan. *Engellilere Yönelik Alternatif İstihdam Modelleri: Korumalı İşyeri Örneği*. Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 18 vd.; Çalışkan, Koray. *Almanya ve Türkiye’de Korumalı İşyeri Uygulaması*. Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 8-10.

⁵ Martin, s. 9 vd.; Özgökçeler, Serhat/Alper, Yusuf. “Özürlüler Kanunu’nun Sosyal Model Açısından Değerlendirilmesi”, *İşletme ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 1, 2010, s. 34. Ayrıca bkz. Çolak, Ümrân/Hergüner, Burak. “Zihinsel Engellilerin İstihdamı ve Korumalı İşyeri Projesinin İşverenler Açısından Uygulanabilirliği: Trabzon Örneği”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 8, 2016, s. 2440-2441.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. Şen, Mustafa. “Türkiye’de Engellilere Yönelik İstihdam Politikaları: Sorunlar ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C. 8, S. 2, 2018, s. 130 vd.; Selek Öz, Cihan/Orhan, Serdar. “Özürlü İstihdam Yöntemlerinin Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 3, S. 2, 2012, s. 37 vd.; Alpagut, Gülsevil. “Korumalı İşyeri Kavramı ve Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmeliğin

Türk hukukunda da buna benzer bir süreç yaşanmış; engelli farkındalığının ve engelli haklarının zaman içerisinde gelişme göstermeye başlamasıyla birlikte engellilere yönelik çeşitli yasal düzenlemelere gidilmiş; bu sürecin devamı niteliğinde olarak engellilerin çalışma hayatında daha etkin bir biçimde yer almalarına olanak sağlamak amacıyla farklı sosyal politika araçlarına başvurulmuştur⁷. 20. yüzyılın sonlarına gelindiğinde ise 1997 yılında Özürlüler İdaresi Başkanlığının kurulmasıyla, mevzuatta yapılan köklü değişikliklerle ve hazırlanan strateji ve eylem planlarıyla engelli haklarında önemli gelişmeler yaşanmıştır. 2005 yılında kabul edilen 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (şimdiki adıyla Engelliler Hakkında Kanun) ve devamında kabul edilen mevzuat metinleriyle bu sürecin günden güne gelişmekte olduğundan söz etmek mümkündür.

Uluslararası mevzuat metinlerinde engellilerin istihdamını arttırmak için çeşitli düzenlemeler bulunsa da, çoğu ülkede engelli istihdamı halen beklenen seviyeye gelememiştir. Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) 2011 tarihli raporuna ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) engellilere ilişkin strateji ve eylem planına (2014-2017) göre dünya nüfusunun yaklaşık %15'i engellilerden oluşmaktadır⁸. Engelli bireylerin istihdam edilme oranları ise ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir⁹. Avrupa Birliği üyesi ülkelerde ise engellilerin istihdam oranı, toplam engelli nüfus içerisinde %50'nin altında kalmaktadır¹⁰.

Türkiye İstatistik Kurumu'nun (TÜİK) Türkiye Sağlık Araştırması (2019) verilerine göre ise Türkiye'deki engelli bireylerin toplam nüfusa oranı %15,3 (erkeklerde %11,1; kadınlarda %19,4) olarak kaydedilmiştir¹¹. Aynı verilere göre bu engelli bireylerin %19,9'u ücretli (bağımlı ya da kendi hesabına) veya ücretsiz bir şekilde çalışmakta iken; %80,1'i herhangi bir işte çalışmamaktadır¹². Görüldüğü üzere her ne kadar son yıllarda engelli istihdamını artırma amaçlı sosyal politikalara odaklanılmış olsa da, Türkiye'deki engelli istihdam oranları halen ideal bir

Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 3, 2006, s. 29-30. Engellilerin istihdam sorunları hakkında ayrıca bkz. Bilgin, Kâmil Ufuk. “Özürlülerin Çalışma Hayatındaki Sorunları ve Çözüm Önerileri”, *Kamu-İş Dergisi*, C. 5, S. 4, 2000, s. 5 vd.

⁷ Türk hukukunda engellilerin istihdamının tarihsel gelişimine ilişkin bkz. Uşan, *Sakat İstihdamı*, s. 191 vd. Ayrıca bkz. Çalışkan, s. 16-17.

⁸ 1970'lerde bu oranın %10 civarında olduğu tahmin edilirken, son yıllarda engelli bireylerin toplam nüfusa oranında artış gözlenmiştir. Ayrıca bkz. World Health Organization (WHO). *World Report on Disability*, 2011, s. 29 vd. <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/53067/retrieve> (Erişim Tarihi: 18.04.2022); International Labour Organization (ILO). *Disability Inclusion Strategy and Action Plan 2014-17*, 2015, s. 1 vd. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/genericdocument/wcms_370772.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2022)

⁹ Dünya Sağlık Örgütü'nün ilgili raporuna göre, veri toplanabilen ülkeler yönünden, engellilerin istihdam oranları en düşük Güney Afrika'da (%30) ve Japonya'da (%38) iken; en yüksek oranlar İsviçre (%81) ve Malavi'dedir (%92). WHO, s. 237 vd.

¹⁰ European Parliament (Directorate-General For Internal Policies). *Reasonable Accommodation and Sheltered Workshops for People with Disabilities: Costs and Returns of Investments*, 2015, s. 14-15. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536295/IPOL_STU\(2015\)536295_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536295/IPOL_STU(2015)536295_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

¹¹ Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/DownloadIstatistikselTablo?p=3EkvJTlnr7rAIPelCmRZfLZrpNuWdMMF5cZn24LQtGvtJ2/SR/jlfvmelyRYS/WU> (Erişim Tarihi: 18.04.2022)

¹² Çalışmakta olan engellilerin %58,1 ücretli (bağımlı) çalışan, %4,9'u işveren, %23,8'i kendi hesabına çalışan ve %13,2'si ücretsiz aile işçisi konumundadır. Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/DownloadIstatistikselTablo?p=qrG91/kAimyiUMT70AilbU9UIZG9dNz8aLoYErbnawcAoxd0ipXF3aBdDUiZBwIV> (Erişim Tarihi: 18.04.2022)

seviyeye ulaşamamıştır. Bu sonuç, engelli istihdam yöntemlerinden beklenen verimin alınmadığının da bir göstergesini oluşturmaktadır.

Bu çalışmada, Türk hukuk uygulamasında kabul edilen engelli istihdam yöntemlerinden biri olan korumalı işyeri uygulamasını Türk hukuku ekseninde ele almak amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda çalışmada öncelikle engelli istihdam yöntemlerine kısaca yer verilerek bu yöntemlerden biri olan korumalı istihdam yöntemi açıklanacaktır. Devamla, korumalı işyeri uygulamasının Türk hukukundaki tarihsel gelişimine değinilecek; engellilerin korumalı işyerlerinde istihdam edilmesinin esasları ve genel olarak korumalı işyeri uygulaması yürürlükteki mevzuat uyarınca ele alınacaktır.

I. Engellilere Yönelik İstihdam Yöntemleri ve Korumalı İşyeri Kavramı

Günümüzde engellilerin istihdamını artırma ve teşvik etme amaçlı başvuru alan en yaygın yöntemleri; kota yöntemi, desteklenmiş/sübvans edilen istihdam yöntemi, seçilmiş iş yöntemi, kişisel çalışma yöntemi, evde çalışma, kooperatif çalışma yöntemi ve korumalı istihdam yöntemi şeklinde sıralamak mümkündür¹³. Engelli istihdamında başvuru alan yöntemler ve bu yöntemlerin uygulama esasları ülkeden ülkeye farklılık göstermekte ve her ülkenin kendi hukuk sistemi, gelişmişlik düzeyi ve sosyo-ekonomik yapısı uyarınca engelli istihdam yöntemleri bulunmaktadır. Bu yöntemler engelli istihdamında tek başına veya diğer yöntemlerle birlikte kullanılmaktadır. Türk hukukunda örnekleri bulunan engelli istihdam yöntemlerini; kota yöntemi, korumalı istihdam, desteklenmiş istihdam (devlet teşviki ve desteği), (özellikle kamu sektöründe olmak üzere) seçilmiş iş yöntemi ve kişisel çalışma yöntemi (engelli bireylerin kendi işini kurmak üzere desteklenmeleri) şeklinde sıralamak mümkündür¹⁴.

Engelli istihdamında başvuru alan en yaygın yöntem olan *kota yönteminde*, kamu veya özel sektör işverenleri işyeri veya işletmelerindeki toplam çalışan sayısına göre belirli sayıda/oranda engelli çalıştırmakla yükümlü tutulmaktadır. *Desteklenmiş istihdam yönteminde* normal işgücü piyasasındaki işverenlere, engelli işçi çalıştırmaları için devlet tarafından vergi indirimi, prim teşviki, ücret desteği, donanımsal ve teknik destek gibi çeşitli destek ve teşvikler sağlanmaktadır¹⁵. *Seçilmiş iş yönteminde* ise belirli çalışma alanları ve işler yalnızca engellilere tahsis edilmekte ve engelli istihdamı bu şekilde sağlanmaktadır¹⁶. *Kişisel çalışma yönteminde* ise kendi işlerini kuran engelliler, çalışmaları yönünden hibe ve projelerle desteklenmektedir.

¹³ Engelli istihdam yöntemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Uşan, M. Fatih. *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayını, Ankara, 1999, s. 89 vd.; Uşan, M. Fatih. "İş Hukukunda Özürlü İstihdamı Yöntemleri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan*, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 852 vd.; Kağnıcıoğlu, Deniz/Şişman, Yener/Akgül, Taylan/İlhan, Zeynep/Boyacı, Nil Belgin. *Türkiye'de Engelli İstihdamı, Kota Yöntemi Açısından Durum Analizi: İşveren ve İşveren Vekilleri ile Bir Araştırma*, Nobel Yayın, Ankara, 2021, s. 14 vd.; Çalışkan, s. 34 vd.; Selek Öz/Orhan, s. 38 vd.; Özmen, s. 51 vd.

¹⁴ Benzer yönde bkz. Karaaslan, Lütfiye. "Geçmişten Günümüze Engelli İstihdamı: Engelliler İçin Nitelikli İstihdamda Yeni Yaklaşımlar", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 1, S. Özel Sayı, 2020, s. 50-54; Alpagut, s. 30. Köme Akpulat ise ülkemizdeki uygulamalar arasında kota yöntemini ve koruyucu istihdam yöntemini saymıştır. Köme Akpulat, Ayşe. "İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 77, S. 2, 2019, s. 535.

¹⁵ Alpagut, s. 31.

¹⁶ Uşan, *Özürlü İstihdamı*, s. 873-874.

Çalışmamızın konusunu oluşturan **korumalı istihdam modelinde** (sheltered employment) ise engellilik durumu nedeniyle normal işgücü piyasasında çalışma imkânı bulunmayan/zor olan veya çalışma hayatından dışlanan engelli bireyler için devlet tarafından gerek mali gerekse teknik koşullarla desteklenen ayrı bir çalışma ortamı yaratılmaktadır¹⁷. Avrupa Komisyonu'nun tanımlamasıyla, korumalı istihdam modelinde *işyerinde çalışanların en az yarısını* engelli işçiler oluşturmaktadır¹⁸. Böylelikle diğer engelli istihdam yöntemleriyle çalışma hayatına dahil edilmeleri güç olan engelliler (özellikle ağır derecede engelliler, çoklu engele sahip kişiler veya zihinsel engelliler) için mesleki rehabilitasyon hizmetleri ile birlikte rekabetten uzak özel bir çalışma ortamı oluşturulmaktadır. Bu istihdam modelinde çalışma ortamı ve işyeri engellilere özel şekilde düzenlenmektedir¹⁹. Bu sebeple korumalı istihdam modeli kapsamında oluşturulan işyerleri, “korumalı işyerleri” (sheltered workplaces) olarak da anılmaktadır.

Korumalı işyerlerine ilk olarak 16. yüzyılda Fransa'da dini kuruluşların ve hayır kurumlarının bir uygulaması olarak rastlansa da, 18. yüzyıl itibariyle korumalı işyerleri gerek Avrupa'ya gerekse diğer bölgelere yayılmaya başlamıştır²⁰. 2. Dünya Savaşı sonrasında ise korumalı işyerleri sayısında büyük bir artış gerçekleşmiştir²¹. 1955 yılında kabul edilen 99 sayılı Engellilerin Mesleki Rehabilitasyon ve İstidamı konulu ILO tavsiye kararında da normal işgücü piyasasında istihdam edilemeyecek engelliler için korumalı işyeri uygulaması bir istihdam yöntemi olarak kabul edilmiştir²².

Korumalı istihdam yöntemini diğer engelli istihdam yöntemlerinden ayırt edici kılan önemli bir husus olarak, bu istihdam modelinde engellilerin rehabilite edilmeleri ve işi öğrenmeleri; devamında entegrasyonlarının (engelli olmayan bireylerle etkileşime girebilmelerinin) sağlanması yoluyla normal çalışma yaşamına geçmeleri amaçlanmaktadır²³. Diğer bir anlatımla, korumalı istihdam yönteminde sosyal ve mesleki rehabilitasyon çoğu defa

¹⁷ Korumalı işyerleri hakkında bkz. European Parliament, s. 21 vd.; Visier, Laurent. “Sheltered Employment for Persons with Disabilities”, *International Labour Review*, C. 137, S. 3, 1998, s. 348 vd.; Martin, s. 25 vd.; Çalışkan, s. 48 vd.; Özmen, s. 63 vd.; Uşan, *Sakat İstihdamı*, s. 183 vd.; Uşan, *Özürlü İstihdamı*, s. 874-878; Alpagut, s. 31-33; Çavuş, Hakan/Tekin, Akay. “Türkiye’de Engellilerin İstihdam Yöntemi Olarak Korumalı İşyeri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1, 2015, s. 148 vd.; Makas, Recep. “Korumalı İşyeri”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 26, S. 6, 2011, s. 5-6.

¹⁸ European Parliament, s. 22.

¹⁹ Gökmen, Hüseyin. “Korumalı İşyerleri ve İstihdam”, *İstihdamda 3i Dergisi*, S. 9, 2013, s. 56.

²⁰ Migliore, Alberto. “Sheltered Workshops”, *International Encyclopedia of Rehabilitation*, Ed.: John H. Stone ve Maria Blouin, Centre of international Rehabilitation Research Information and Exchange, Buffalo, 2010, s. 1-2. http://wintac-s3.s3-us-west-2.amazonaws.com/topic-areas/ta_511/Migliore-2010-sheltered_workshops_0.pdf (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

²¹ Migliore, s. 2.

²² 99 sayılı tavsiye kararının 8. bölümünde “korumalı istihdam” ayrı bir bölümde düzenlenmiştir. Bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312437:NO (Erişim Tarihi: 05.06.2022) 1983 tarih ve 168 sayılı Engellilerin Mesleki Rehabilitasyon ve İstidamı konulu tavsiye kararında da korumalı istihdam engelli istihdam yöntemleri arasında yer verilmiştir. Bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312506:NO (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

²³ Sarı Gersil, Gülşen/Alımanoğlu Yemişçi, Derya. “Korumalı İşyeri Kapsamında Zihinsel Engelli İstihdamı: Manisa OSB Yönetiminde Z.E.K.İ Projesi Örneği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 22, S. 3, 2020, s. 1130; Uşan, *Sakat İstihdamı*, s. 184.

gelir elde etme, rekabet etme gibi ticari amaçların önünde yer almakta ve bu nedenle koruma işyerlerinin işverenlerine devlet tarafından önemli destek ve teşvikler sağlanmaktadır²⁴.

Korumalı istihdam yönteminin çeşitli modeller uyarınca uygulandığından söz edilebilir. Bu geleneksel modelleri tedavi edici (terapötik) model, ara model, karma model ve ücretli istihdam modeli şeklinde sıralamak mümkündür²⁵. Korumalı istihdam yönteminin uygulama esasları, benimsenen modele göre değişiklik göstermektedir. *Tedavi edici modelde* korumalı istihdam yöntemi özellikle zihinsel engelli bireyler bakımından rehabilitasyon amacıyla uygulanmakta ve engelliler iş sözleşmesiyle istihdam edilmemektedir²⁶. Engellilerin işçi olarak kabul edilmemeleri nedeniyle, bu modelde işçi statüsünden doğan yükümlülükler engelli yönünden bertaraf edilmektedir. Salt tedavi edici nitelikte olmayan *ara modelde* engelli bireylerin işçi benzeri bir statüde oldukları ve belli başlı çalışma hak ve yükümlülüklerine sahip oldukları kabul edilmektedir²⁷. *Ücretli istihdam modelinde* engelli bireyler işçi statüsünde kabul edilmekte ve engelli işçiler engelli olmayan işçilerle kural olarak aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olmaktadır²⁸. *Karma modelde* ise iki veya daha fazla modelin (genellikle tedavi edici model ile ücretli istihdam modelin) unsurlarının bir arada bulunduğu ve uygulamasının ülkeden ülkeye değişiklik gösterdiği bir istihdam modeli söz konusudur²⁹. Günümüzde bu geleneksel korumalı işyeri modellerinin yanı sıra normal işgücü piyasasına geçiş amaçlı (*geçiş modeli*) faaliyet gösteren korumalı işyerleri de bulunmaktadır³⁰.

Son olarak belirtelim ki, korumalı işyerlerinin özel sektörde veya kamu sektöründe kurulması ve faaliyet göstermesi mümkündür. Ancak günümüzde korumalı işyerleri yaygın olarak özel sektörde faaliyet göstermektedirler³¹.

II. Korumalı İşyeri Uygulamasının Türk Hukukundaki Tarihsel Gelişimi

Türk hukukunda korumalı işyeri kavramı ilk olarak 01.07.2005 tarih ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunda (önceki adıyla Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda)³² (EHK) düzenlenmiştir. Kanunun ilk halinde korumalı işyeri “*normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan engelliler için mesleki rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklediği ve çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği işyeri*” şeklinde tanımlanmış (EHK m. 3/1-f³³); korumalı işyerlerinin statüsü ve bu işyerleriyle ilgili usul ve esasların Çalışma ve

²⁴ Alpagut, s. 31.

²⁵ Çalışkan, s. 54-55; Alpagut, s. 31-32; Özmen, s. 67-68; Çavuş/Tekin, s. 150-152; Sarı Gerşil/Alımanoğlu Yemişçi, s. 1131-1133.

²⁶ Sarı Gerşil/Alımanoğlu Yemişçi, s. 1132; Alpagut, s. 31-32; Çavuş/Tekin, s. 150; Çalışkan, s. 54-55; Visier, s. 358-359.

²⁷ Visier, s. 359-360; Alpagut, s. 32; Çavuş/Tekin, s. 150; Çalışkan, s. 55.

²⁸ Visier, s. 362-363; Sarı Gerşil/Alımanoğlu Yemişçi, s. 1133; Alpagut, s. 32-33; Çavuş/Tekin, s. 151.

²⁹ Alpagut, s. 32; Çavuş/Tekin, s. 150-151; Visier, s. 360-362.

³⁰ European Parliament, s. 21, 22; Sarı Gerşil/Alımanoğlu Yemişçi, s. 1133.

³¹ Alpagut, s. 31.

³² 07.07.2005 tarih ve 25868 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5378 sayılı Kanunun ilk halindeki adı “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” idi. Ancak 25.04.2013 tarih ve 6462 sayılı Kanunla, mevzuat metinlerinde yer alan “özürlü” ibarelerinin “engelli” olarak değiştirilmesiyle birlikte, 5378 sayılı Kanunun adı da “Engelliler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir.

³³ 6518 sayılı Kanunla (R.G.T. 19.02.2014, S. 28918) EHK m. 3’e yeni bentlerin eklenmesiyle birlikte, korumalı işyerinin tanımı EHK m. 3/1-i bendine kaymıştır.

Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca müştereken çıkarılan yönetmelikle düzenleneceğine hükmedilmiştir (EHK m. 14/5).

Korumalı işyerlerine ilişkin usul ve esaslar 2006 yılında yürürlüğe giren “Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik”le³⁴ (KİHYM1) düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte korumalı işyeri, Engelliler Hakkında Kanunun ilk halinde yer alan tanımla benzer şekilde tanımlanmış (KİHYM1 m. 3/1-ç); korumalı işyeri statüsü kazanılması, bu işyerlerinin işleyişi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir.

2013 yılında ise önceki yönetmeliği ilga eden, aynı isimli yeni bir yönetmelik³⁵ (Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik-KİHYM2) yürürlüğe girmiştir. 26.11.2013 tarihinde yürürlüğe giren bu yönetmelikte korumalı işyeri tanımı, Engelliler Hakkında Kanunun ilk halinde yer alan tanımdan ve KİHYM1 m. 3/1-ç’den farklı olarak “İşgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engelli bireylere istihdam oluşturmak amacıyla devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenen işyeri” şeklinde yapılmıştır (KİHYM2 m. 3/1-c). Böylelikle korumalı işyerleri kapsamına giren engelliler yalnızca “zihinsel veya ruhsal engelliler” ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca önceki yönetmelikte yer alan “mesleki rehabilitasyon sağlama” amacına ve korumalı işyerlerinin bölümlerinden olan “sosyal servis” ve “değerlendirme” bölümlerine bu yönetmelikte yer verilmemiştir. Böylelikle Türk hukuk uygulamasında, tedavi edici model ile ücretli istihdam model unsurlarının bir arada bulunduğu karma istihdam modelinden ücretli istihdam modeline doğru bir kayma gerçekleşmiştir³⁶. Bir diğer önemli değişiklik olarak, korumalı işyeri statüsü kazanmak için çalıştırılması gereken asgari engelli sayısında da değişiklik yapılmıştır.

06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla korumalı işyerlerinin statüsü ve uygulaması yönünden önemli değişikliklere gidilmiştir. Bu Kanunun Engelliler Hakkında Kanunda yaptığı değişikliklerle birlikte, EHK m. 3/1-f’de yer alan korumalı işyeri tanımı EHK m. 3/1-i bendiyle yeniden düzenlenerek 2013 tarihli yönetmelikle uyumlu hale getirilmiştir. Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanununa (İK) korumalı işyerlerinde çalışan engellilerin ücretlerine ilişkin ek madde eklenmiş (İK Ek m. 1); 4447 sayılı Kanuna ise korumalı işyerlerinde çalışan zihinsel veya ruhsal engellilerin işsizlik sigortası işveren payının hazine tarafından karşılanacağına ilişkin hüküm eklenmiştir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununa korumalı işyeri indirimi eklenmiş; 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda korumalı işyerleri yönünden çevre ve temizlik vergisi muafiyeti kabul edilmiştir.

Nihayet 2022 yılında, önceki yönetmeliği ilga eden ve mülga yönetmeliklerle aynı adı taşıyan yeni bir yönetmelik³⁷ (Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik-KİHY) yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelikte de korumalı işyerleri, 2013 tarihli mülga yönetmelikle aynı doğrultuda

³⁴ R.G.T. 30.05.2006, S. 26183.

³⁵ R.G.T. 26.11.2013, S. 28833.

³⁶ 2006 tarihli yönetmelikteki haliyle korumalı işyeri uygulamasının amacının rehabilitasyon ve istihdam olduğu; 2013 tarihli yönetmelikte ise korumalı işyeri uygulamasının amacının yalnızca istihdam olduğu yönünde benzer görüş için bkz. Çavuş/Tekin, s. 156. Ayrıca bkz. Özmen, s. 83-84.

³⁷ R.G.T. 27.01.2022, S. 31732.

tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-ğ). Diğer bir anlatımla, korumalı işyerleri kapsamına giren engelliler “*zihinsel veya ruhsal engelliler*” ile sınırlandırılmış; “*mesleki rehabilitasyon sağlama*” amacına hiçbir surette değinilmemiştir. Korumalı işyeri statüsü kazanmak için çalıştırılması gereken asgari engelli sayısında ise yeniden değişiklik yapılmıştır.

III. Korumalı İşyerlerine İlişkin Türk Hukukundaki Mevcut Düzenlemeler Işığında Engellilerin Korumalı İşyerlerinde İstihdamı

Korumalı işyerleri, bu işyerlerinin işleyişi ve bu işyerlerinde istihdam edilecek engellilere ilişkin esaslar, değinildiği üzere 27.01.2022 yürürlük tarihli Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir. Ancak bu yönetmelik dışında korumalı işyerlerine ilişkin çeşitli mevzuattan söz etmek mümkündür. Çalışmanın devamında korumalı işyeri uygulaması, Türk hukuku uyarınca ve yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle korumalı işyeri statüsü kazanmanın şartlarına ve korumalı işyerlerinde engelli istihdamında uyulması gereken esaslara yer verilecek; devamında korumalı işyerlerinin işverenlerine sağlanan desteklere ve teşviklere değinilecektir. Son olarak ise korumalı işyeri statüsünün sona ermesine ilişkin usul ve esaslara yer verilecektir.

A. Korumalı İşyeri Statüsü Kazanmanın Şartları

1. İşyerinin fiziki koşulları ve donanımı yönünden aranan şartlar

Türk Standartları Enstitüsü tarafından işyerleri için belirlenen *genel fiziksel standartlar*, korumalı işyerlerinde de geçerlidir (KİHY m. 12/1-a). Ancak bu genel standartların yanı sıra, korumalı işyerinin ve korumalı iş merkezinin fiziki koşulları ve bulundurmaları gereken donanımlar, Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

- Korumalı işyeri veya korumalı iş merkezi *binasının bulunduğu yerin*, engelli bireylerin geliş ve gidişlerinde *trafik yönünden uygun ve emniyetli* olması şartı aranır (KİHY m. 10).
- Korumalı işyeri veya korumalı iş merkezinde *yangından korunma* için yeterli sayıda yangın söndürme cihazı ve malzemesi, sesli ve ışıklı alarm sistemi ile engelli bireylerin kullanımına uygun yangın tahliye sistemi bulundurulması zorunludur (KİHY m. 11/1).
- Korumalı işyeri veya korumalı iş merkezinde elektrik anahtarı, priz, lamba gibi *elektrikli aletler, kesici delici aletler ile yanıcı ve yakıcı maddelerin* engelli bireyler için tehlike oluşturmamasını önleyecek tedbirler alınır (KİHY m. 11/2)³⁸.
- Korumalı işyerinin *müstakil bir binada* olması tercih nedenidir. Korumalı işyerinde çalışan zihinsel ve ruhsal engelli bireylerin hareket kısıtlılığının bulunmaması durumunda; müstakil villa tipi, dubleks, tripleks binalarda hizmet vermesi halinde asansör şartı aranmaz. Üç ve üzeri katlı diğer binalarda ve hareket kısıtlılığı olan zihinsel veya ruhsal engelli bireylerin çalıştığı korumalı işyerinin zemin üstü katlarda

³⁸ Ayrıca korumalı işyeri veya korumalı iş merkezi binası çevresinde patlayıcı ve yanıcı madde satan veya depolayan kuruluşlar bulunması hâlinde, Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik (RG.T. 19.12.2007, S. 26735) hükümlerine uygun mesafelerin korunması ve tedbirlerin alınması düzenlenmiştir (KİHY m. 11/3).

hizmet vermesi durumunda yangın merdiveni ve erişilebilirlik standartlarına uygun *asansör bulunması* zorunludur (KİHY m. 12/1-a).

- Korunmalı işyeri *rutubetli ortamda* olmamalı, gün ışığı almalı ve uygun elektrik ışığı ile aydınlatılmalıdır (KİHY m. 12/1-b).
- *Korunmalı işyeri tabanı* sağlığa zarar vermeyecek, ıslak ve kuru halde kaymayan ve kolay temizlenen bir malzeme ile kaplanmalıdır (KİHY m. 12/1-c).
- *Merdivenlerin genişliği ve yüksekliği* iniş ve çıkışlarda kolaylık sağlayacak şekilde erişilebilirlik standartlarına uygun olmalı, *emniyet korkulukları* bulunmalıdır (KİHY m. 12/1-ç).
- Korunmalı işyerindeki *kapılar* erişilebilirlik standartlarına uygun olmalıdır (KİHY m. 12/1-d).
- Atölyeler ve diğer bölümlerin arası duvarla bölünmeli, sesli makinelerin kullanıldığı yerlerde ses geçirmez materyaller tercih edilmelidir (KİHY m. 12/1-e).
- Korunmalı işyerinin ve korunmalı iş merkezlerinin *tuvaletleri ve duş alanları* erişilebilirlik standartlarına uygun olmalıdır (KİHY m. 12/1-f). Korunmalı işyerlerindeki her 12 engelli çalışan için en az bir tuvalet ve banyo bölümü bulunmalıdır (KİHY m. 3/1-b).
- Korunmalı iş merkezinde *merkezi yönetim odası*³⁹, *sosyal servis bölümü*⁴⁰, *personel ve işçi odası*⁴¹, *atölye*⁴², *çok amaçlı salon*⁴³, *mutfak ve yemekhane*⁴⁴, *sağlık odası veya sağlık kabini*⁴⁵, *banyo ve tuvalet* ile *ihtiyaç duyulan diğer bölümlerin* bulundurulması zorunludur (KİHY m. 12/1-f).

2006 tarihli mülga yönetmelikte, korunmalı işyerinin değerlendirme bölümü, üretim bölümü ve sosyal servis olmak üzere üç ayrı bölümden oluşması gerektiği düzenlenmişti (KİHYM1 m.

³⁹ Yönetmelikte “*korunmalı işyerlerinin bağlı olduğu korunmalı iş merkezinin sahibi veya yönetiminden sorumlu kişilerin kullanacağı bölüm*” şeklinde tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-i).

⁴⁰ Yönetmelikte “*sayısı 10 ve üzeri olan korunmalı işyerlerinin oluşturduğu korunmalı iş merkezlerinde üniversitelerin sosyal hizmet, psikoloji, psikolojik danışmanlık ve rehberlik ve özel eğitim alanlarında en az lisans eğitimi almış meslek elemanları tarafından; işyerinde çalışmaya başlayan bireylerin kabul, ayrılış, ayrılış sonrası danışmanlık hizmetlerinin verilmesi, engelli ve ailelerine gerekli rehberlik hizmetlerinin sunulması, sosyal ve kültürel faaliyetlerin düzenlenmesi, toplumsal sorumluluk çerçevesinde merkezde verilen hizmetlere halkın gönüllü katkı ve katılımını sağlayıcı etkinlik programlarının düzenlenmesi, merkezi yönetim sekreteriyasının yürütülmesi ve Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne gönderilecek tüm bilgi, belge, form ve yazışmaların yapılması ve/veya koordine edilmesi çalışmalarının yürütüldüğü bölüm*” şeklinde tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-l).

⁴¹ Yönetmelikte “*korunmalı iş merkezinde çalışan engelli personel ile iş yerinde bulunan diğer çalışanların giyinme, soyunma ve dinlenme gibi ihtiyaçlarını karşıladıkları oda*” şeklinde tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-m).

⁴² Yönetmelikte “*korunmalı işyerindeki veya korunmalı iş merkezinde her bir işyerindeki iş atölyesi*” şeklinde tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-a).

⁴³ Yönetmelikte “*korunmalı iş merkezinde bulunan tüm işyerlerinde çalışan bireylerin sosyal faaliyet ve toplantı gibi etkinlikleri düzenleyebilecekleri bölüm*” şeklinde tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-c).

⁴⁴ Yönetmelikte “*korunmalı iş merkezinde çalışanların yemek ihtiyaçlarının karşılanacağı bölüm*” şeklinde tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-j).

⁴⁵ Yönetmelikte “*korunmalı iş merkezinde tam zamanlı veya yarı zamanlı sağlık personeli tarafından ilk yardım ve ilk müdahalenin yapıldığı ve engellilerin kullandığı ilaç ve sağlık malzemelerinin bulunduğu bölüm*” şeklinde tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-k).

15). Korumalı işyerinin işleyişine ilişkin sınırlandırıcı bir düzenleme olan bu hüküm, 2013 tarihli mülga yönetmeliğe alınmadığı gibi 2022 tarihli yönetmelikte de düzenlenmemiştir. Bu nedenle korumalı işyerlerinin işleyişi yönünden korumalı işyeri işverenine mevzuata uygun olmak kaydıyla bir serbesti tanındığından söz etmek mümkündür.

Görüldüğü üzere yönetmelikte iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, büyük ölçüde işyerinin fiziki koşulları uyarınca ve “erişilebilirlik” yönünden ele alınmıştır. Öte yandan yönetmelikte korumalı işyerlerinde işçilerin sağlığı ve güvenliğine ve iş kazası risklerinin bertaraf edilmesine ilişkin yeterli düzenlemelerin bulunduğunu söylemek güçtür⁴⁶. Nitekim özel politika gerektiren (dezavantajlı) bir grup olmaları ve normal işçilere kıyasla iş kazası veya meslek hastalığına uğrama ihtimallerinin daha yüksek olması nedeniyle, engellilere yönelik iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin önemi doktrinde de dile getirilmiştir⁴⁷. Bu sebeple işverenin bu kapsamdaki yükümlülüklerinin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler uyarınca değerlendirilmesi önem taşımaktadır.

Örneğin İSGK m. 10/1-ç hükmünde işverenin risk değerlendirmesi yaparken “Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların” durumunu dikkate almakla yükümlü olduğu özel olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda işverenin yapacağı risk değerlendirmesinin, yapılacak işin niteliğinin yanı sıra korumalı işyerinde istihdam edilecek engelli işçilerin engel durumuna göre de gerçekleştirilmesi gerekir⁴⁸. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte⁴⁹ ise engellilerin de dahil olduğu özel politika gerektiren gruplara, işverence bu özellikleri dikkate alınmak suretiyle eğitim verilmesi gerektiği düzenlenmiştir (m. 7/1).

Belirtelim ki iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında, risk değerlendirme yükümlülüğü ve eğitim yükümlülüğü dışında, engellilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından özellik arz eden durumları her yükümlülük yönünden açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin amacı ve iş güvenliğinin genel karakteri göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir kazustik yönetime gerek de yoktur. Diğer bir anlatımla işveren, kendisine yüklenen çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamaya yönelik genel yükümlülük karşısında, korumalı işyerinde çalışan engelli işçiler yönünden de her türlü tedbiri almakla yükümlüdür (İSGK m. 4).

Öte yandan korumalı işyerlerinde çalışan engelli işçilerin engel hali de göz önünde bulundurulduğunda, İSGK m. 4’te işveren yönünden düzenlenen bu genel yükümlülüğe ek bazı özgü önlemlerden söz etmekte yarar vardır. Öyle ki Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte de işverenin “işyerini engellilerin çalışmalarını kolaylaştıracak ve işin

⁴⁶ Benzer görüşte bkz. Dulay Yangın, Dilek/Doğan, Sevil. “Özel Bir Risk Grubu Olarak Engelli Çalışanlara Yönelik Alınması Gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Hukuki Çerçevesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 42, 2019, s. 124. Korumalı işyerleri için daha üst düzey iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin bulunması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Çolak/Hergüner, s. 2452-2453.

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. Civan, Orhan Ersun. “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75, S. 4, 2017, s. 239 vd.; Dulay Yangın/Doğan, s. 114 vd.

⁴⁸ Engelli işçilere özgü risk faktörleri hakkında bkz. Civan, s. 241 vd. Engelli işçilerin engeli olmayan işçilere kıyasla aynı işin görülmesi sebebiyle ek risklerle karşılaşabilecekleri yönünde ve “engelliliğe duyarlı risk değerlendirilmesi” hakkında bkz. Dulay Yangın/Doğan, s. 118 vd.

⁴⁹ R.G.T. 15.05.2013, S. 28648.

engelli çalışana uygunluğunu sağlayacak şekilde hazırlamak, sağlıkları için gerekli tedbirleri almak, mesleklerinde veya mesleklerine yakın işlerde çalıştırmak, işleriyle ilgili bilgi ve yeteneklerini geliştirmek, çalışmalarını için gerekli araç ve gereçleri sağlama yükümlülüğü” özel olarak belirtilmiştir (m. 18/1). Buna göre korumalı işyerlerinde istihdam edilen engellilerin engel türü (zihinsel ve ruhsal engel hali) göz önünde bulundurulduğunda, engelli işçilerin işyerlerine getirilip götürülmesi hususu işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında korumalı işyerlerinde özel olarak düzenlenmiş olmalıdır. Buna ilişkin mevzuatta herhangi bir düzenlemenin bulunmaması ve bu konuda inisiyatifin işverene bırakılmış olması kanımızca büyük bir eksiklik. Benzer şekilde, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için, iş sağlığı ve güvenliği profesyonellerinin (işyeri hekimi ve gereken hallerde işyeri hemşiresi ile iş güvenliği uzmanının) korumalı işyerlerinde tam zamanlı olarak istihdam edilmesi de değerlendirilebilecek hususlardan biridir. Her ne kadar Türk hukukunda iş sağlığı ve güvenliği profesyonellerinin istihdam edilecekleri süre ve istihdam yöntemi yönünden işyerindeki işçi sayısı ve işyerinin tehlike sınıfı kriterleri dikkate alınsa da; işyeri hekiminin, iş güvenliği uzmanının ve gereken hallerde işyeri hemşiresinin aşağıda da yer verileceği üzere işyerinde çalıştırılması zorunlu tutulan personeller arasında kabul edilmesi; işin yürütümü, işçilerin sağlığı ve güvenliği yönünden faydalı olabilecektir.

2. İşyerinde çalıştırılacak personel yönünden aranan şartlar

Korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için sağlanması gereken bir diğer koşul, işyerinde çalıştırılması zorunlu tutulan bazı personellerin istihdam edilmesine ilişkindir.

Korumalı işyerinde istihdam edilmesi zorunlu tutulan ilk personel *işyeri yöneticisi* olup yönetmelikte kendisi “*korumalı işyerinin işleyişinden sorumlu olan kişi*” olarak tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-h). 2006 tarihli mülga yönetmeliğin aksine⁵⁰, işyeri yöneticisi olarak görev yapabilecek kimseler yönünden herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bunun yerine her korumalı işyerinin bir işyeri yöneticisi bulunması gerektiği ve işyeri yöneticisinin birden fazla korumalı işyerinin yöneticisi olamayacağı düzenlenmiştir (KİHY m. 8/2).

Korumalı işyerinde istihdamı zorunlu tutulan bir diğer kimse, mesleki ve teknik eğitim alanında yükseköğrenim görmüş veya usta öğreticilik⁵¹ yeterliğine sahip *eğitici personeldir* (KİHY m. 3/1-ç, m. 8/1). Ancak istihdamı zorunlu tutulan eğitici personel sayısına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Bunun yerine, işyeri yöneticisinin eğitici personel olabilmek için gerekli niteliklere sahip olması kaydıyla aynı işyerinde eğitici personel görevini yürütebileceği düzenlenmiştir (KİHY m. 8/2). Kanımızca eğitici personel sayısının istihdam edilen engelli sayısı

⁵⁰ 2006 tarihli mülga yönetmelikte işyeri yöneticisi, “*işyerinin amacına uygun olarak idari, teknik, mali ve diğer işlerinin yürütülmesinden ve bunların düzenli bir biçimde işleyişinden sorumlu (kimse)*” olarak tanımlanmış; yönetici olabilecekler “*sosyal çalışmacı, fizyoterapist, psikolog, rehber öğretmen veya psikolojik danışman, özel eğitimci, doktor, sosyolog ve çalışma ekonomisti olanlar ile bu alanlarda yüksek lisans yapan (kimseler)*” şeklinde sınırlı bir biçimde sayılmıştır (KİHYM1 m. 10/1).

⁵¹ Usta öğretici 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda “*ustalık yeterliğini kazanmış; aday çırak, çırak, kalfa ile mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerinin işyerindeki eğitiminden sorumlu; mesleki eğitim tekniklerini bilen ve uygulayan kişi*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 3/1-g). Kanuna göre ustalık yeterliğini kazanmış olan kimselere, Bakanlıkça açılacak iş pedagojisi kurslarını başarıyla tamamladıkları takdirde usta öğreticilik belgesi verilir (m. 31).

ile doğru orantılı olması ve gereklilik halinde korunmalı işyerinde birden fazla eğitici personel çalıştırılması yerinde olacaktır.

İstihdam edilmesi zorunlu tutulan personeller (işyeri yöneticisi ve eğitici personel) dışında, korunmalı işyerinde işyerinin kapasitesine göre teknik, idari, yardımcı personel veya ihtiyaç duyulabilecek diğer personel çalıştırılabilmesi de mümkündür (KİHY m. 8/3). Ayrıca, Korunmalı İşyerleri İl Komisyonunca⁵² gerekli görülmesi halinde, Valilikçe ilgili İl Müdürlüklerinden görevlendirme yoluyla *uzman personel* desteği alınabilmesi de mümkündür (KİHY m. 9). Ancak bu personeller bakımından bir zorunluluk öngörülmemiştir. Diğer bir anlatımla, teknik, idari veya yardımcı personel ya da uzman personel istihdam etmemiş olmak, korunmalı işyeri statüsünü elde edip etmeme durumunu etkilemez.

3. İstihdam edilecek engelli sayısı ve engellilerin engellilik durumları yönünden aranan şartlar

İşverenin korunmalı işyeri statüsü kazanabilmesi için yerine getirmesi gereken en önemli şart, işyerinde asgari sayıda engellinin çalıştırılmasına ilişkindir. Ancak bu koşulun yerine getirilebilmesi için çalıştırılması gereken engelliler, yönetmelikte belirlenen düzeyde engellilik durumuna sahip olan zihinsel veya ruhsal engelli kimselerdir. Korunmalı İşyerleri Hakkında Yönetmelikte engelli; “*engellilik durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan engellilerden; Erişkinler İçin Engellilik Sağlık Kurulu Raporuna göre en az %40 oranında zihinsel veya ruhsal engelli olan veya Çocuklar İçin Özel Gereksinim Raporuna göre en az “hafif düzeyde özel gereksinimi vardır (%40-49)” ibaresi bulunan zihinsel veya ruhsal engelli birey*” şeklinde tanımlanmıştır (KİHY m. 3/1-d). Buna göre 18 yaşını doldurmuş engelliler yönünden en az %40 oranında zihinsel veya ruhsal engelli olmak; 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış engelliler yönünden ise özel gereksinim raporu uyarınca en az “hafif düzeyde özel gereksinimi vardır (%40-49)” ibaresi bulunan zihinsel veya ruhsal engelli olmak gerekir (KİHY m. 14/1-a). Dikkat edilmesi gereken husus, kota yöntemindeki düzenlemenin (İK m. 30) aksine, korunmalı işyerlerinde çalışacak engelliler yönünden çalışma gücü kaybı oranının değil engellilik oranının esas alınmış olmasıdır⁵³. Diğer bir anlatımla, korunmalı işyeri statüsünün kazanılması yönünden dikkate alınacak zihinsel veya ruhsal engellilerin çalışma gücü kaybı oranının değil genel engel oranının en az %40 olması gerekli ve yeterlidir.

Zihinsel veya ruhsal engel dışında bir engele sahip olan diğer engelli bireyler⁵⁴, korunmalı işyeri statüsü kazanabilmek için çalıştırılması gereken engelli sayısı kapsamında yer almazlar. Değindiği üzere her ne kadar Engelliler Hakkında Kanununun ilk halinde ve 2006 tarihli mülga yönetmelikte “*en az %40 oranında zihinsel, ruhsal-duyusal ve davranışsal özürlü olmak veya diğer özür gruplarından ise %60 ve üzeri özürlü olmak*” koşuluna yer verilmişse de; bu husus 2013

⁵² Yönetmeliğe göre bu Komisyon; İllerde Valilik bünyesinde, Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü, İl Millî Eğitim Müdürlüğü, İl Sağlık Müdürlüğü ve gerekli hallerde Valilikçe görevlendirilen diğer kamu kurum ve kuruluşları temsilcilerinden oluşur. Komisyonun sekretaryası Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü tarafından yürütülür ve çalışma usul ve esasları Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından belirlenir (KİHY m. 3/1-f). Komisyonun işleyişi hakkında ayrıca bkz. Korunmalı İşyerleri İl Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/57011> (Erişim Tarihi: 18.04.2022)

⁵³ Ayrıca bkz. Uşan, *Sakat İstihdamı*, s. 184; Özmen, s. 71-72.

⁵⁴ Engel türleri hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Uşan, *Sakat İstihdamı*, s. 48 vd.; Özmen, s. 23-29.

tarifli mülga yönetmelikte ve 2014 yılında yapılan değişlikle Engelliler Hakkında Kanunda “*en az % 40 oranında zihinsel veya ruhsal engelli olmak*” şeklinde değiştirilmiştir. 2022 yılında yürürlüğe giren son yönetmelikte de bu anlayış sürdürülmüştür.

Doktrinde bu politika değişikliğinin isabetli olduęu⁵⁵ yönünde görüşler olduğu gibi isabetsiz olduęu⁵⁶ yönünde yaklaşımlar da mevcuttur. Kanımızca korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için sağlanması gereken asgari engelli işçi sayısının, işgücü hayatına katılmaları bedensel engeli bulunan bireylere göre çok daha güç olan⁵⁷ zihinsel ve ruhsal engelli bireyler uyarınca sınırlanması iyiniyetli bir yaklaşım olup bu düzenleme engelli bireylerin çalışma hayatına katılımını arttırmayı amaçlar niteliktedir. Diğer engelli gruplarına yönelik kota yöntemi başta olmak üzere çeşitli istihdam yöntemlerinin düzenlenmiş olması karşısında, zihinsel veya ruhsal engelli bireylere yönelik getirilen bu pozitif ayrımcılığı makul ve yerinde bulmak gerekir.

Tüm bu açıklanan sebeplerle, işverenin korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için istihdam etmesi gereken asgari engelli sayısı, KİHY m. 3/1-d ve m. 14/1-a bentlerinde belirtilen düzeyde engele sahip zihinsel veya ruhsal engelliler yönünden hesaplanır. Öte yandan işverenin daha düşük bir oranda engeli olan zihinsel veya ruhsal engellileri ya da zihinsel veya ruhsal engel dışında bir engeli olan kimseleri çalıştırması mümkündür. Ancak bu durumda söz konusu engelliler, korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için sağlanması gereken asgari sayının hesabında dikkate alınmaz.

Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmeliğe göre, işverenin korumalı işyeri statüsü kazanmaya dair başvuruda bulunabilmesi için, sözü edilen engelli grubuna giren *en az 5 engelli* çalıştırması gereklidir (KİHY m. 4/1). Ancak 5 engelli çalıştırıyor olmak, korumalı işyeri statüsü için aranan tek koşul değildir. Bunun dışında, korumalı işyerlerinde çalışacak engelli bireylerin sayısının, korumalı işyerindeki *toplam işçi sayısına oranının %50’den az olamayacağı* düzenlenmiştir. Buna göre örneğin 30 işçinin çalıştığı bir işyerinde bu işçilerin en az 15’inin; 50 işçinin çalıştığı bir işyerinde ise bu işçilerin en az 25’inin zihinsel veya ruhsal engelli olması gerekir⁵⁸. Yönetmelikte “işçi” terimi kullandığından, toplam çalışan sayısının belirlenmesinde (belirli veya belirsiz süreli; kısmi veya tam süreli) iş sözleşmesiyle bir işverene bağımlı olarak iş gören kimselerin dikkate alınması gerekir⁵⁹.

⁵⁵ İstihdam piyasasında en dezavantajlı grubu zihinsel ve ruhsal engelliler oluşturduğundan, bu düzenlemenin yerinde olduğu yönünde bkz. Çavuş/Tekin, s. 154. Benzer yönde bkz. Sarı Gerşil/Alımanoğlu Yemişçi, s. 1134; Çolak/Hergüner, s. 2443. Korumalı işyerlerinin kapsamının en dezavantajlı engelli grubuna yönlendirilmesinin, bu kişilerin istihdamı açısından önemli olduğu yönünde bkz. Özmen, s. 74, 83.

⁵⁶ Korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için sağlanması gereken asgari engelli işçi sayısının hesaplanmasında diğer engelli gruplarının sayılmamasının isabetli olmadığı görüşünde bkz. Köme Akpulat, s. 549.

⁵⁷ Çolak/Hergüner, s. 2437.

⁵⁸ Bu aşamada akla, 50 veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerleri yönünden 4857 sayılı İş Kanunu m. 30’da düzenlenen engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünün (kota sistemi) de devreye girip girmeyeceği gelebilir. Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte işyerinde çalıştırılan engellilerin toplam işçi sayısının hesabında dikkate alınmayacağı açık bir şekilde düzenlendiğinden (m. 11/6); bu halde korumalı işyerinde kota yönteminin devreye girip girmeyeceği *engelli olmayan işçilerin toplam sayısı uyarınca* hesaplanır. Aynı yönde bkz. Makas, s. 12.

⁵⁹ 2006 tarihli yönetmeliğe ilişkin benzer yönde bir değerlendirme için bkz. Makas, s. 7. Öte yandan 2006 tarihli yönetmelikte kimi maddelerde “çalışan” kavramının kullanılması bazı belirsizliklere sebebiyet verdiğinden; 2013 tarihli yönetmelikte ve halihazırda yürürlükte olan 2022 tarihli yönetmelikte “çalışan” kavramı yerine isabetli olarak “işçi” kavramı kullanılmıştır.

2006 tarihli yönetmelik	2013 tarihli yönetmelik	2022 tarihli yönetmelik
- En az %40 oranında zihinsel veya ruhsal engelliler ya da en az %60 oranda engeli bulunan diğer engelliler	- En az %40 oranda zihinsel veya ruhsal engelliler	- En az %40 oranda zihinsel veya ruhsal engelliler
- Büyükşehir belediye sınırları içinde en az 30, büyükşehir belediye sınırları dışında en az 15 engelli çalıştırıyor olmak	- En az 8 engelli çalıştırıyor olmak	- En az 5 engelli çalıştırıyor olmak
- Engelli sayısının toplam işçi sayısına oranının %75'ten az olamayacağı koşulu	- Engelli sayısının toplam işçi sayısına oranının %75'ten az olamayacağı koşulu	- Engelli sayısının toplam işçi sayısına oranının %50'den az olamayacağı koşulu

Tablo-1: İstihdam edilecek asgari engelli sayısı ve engel durumlarına ilişkin koşulların mülga ve yürürlükteki yönetmeliklerle karşılaştırılması

2022 tarihli Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelikte engelli sayısı yönünden getirilen bu asgari sınır, 2006 tarihli mülga yönetmelikte büyükşehir belediye sınırları içinde *en az 30*, büyükşehir belediye sınırları dışında *en az 15* engelli çalıştırıyor olma ve bu sayının toplam işçi sayısına oranının *%75'inden az olamayacağı*; 2013 tarihli mülga yönetmelikte ise *en az 8* engelli çalıştırıyor olma ve bu sayının toplam işçi sayısına oranının *%75'inden az olamayacağı* şeklinde düzenlenmişti. Ancak söz konusu asgari engelli işçi sayılarının oldukça yüksek seviyelerde olması⁶⁰ ve uygulamada korumalı işyeri statüsü kazanan işyeri sayısının azlığı, asgari koşulların peyderpey düşürülmesine ve yürürlükteki yönetmelikte daha düşük sayıların düzenlenmesine sebep olmuştur.

4. Korumalı işyeri statüsü için başvuruda bulunma

İşyerinin fiziki koşulları, işyerinde çalıştırılacak personel ve istihdam edilen engelliler yönünden mevzuatta belirtilen koşulları sağlayan gerçek veya tüzel kişi işveren, korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne⁶¹ başvuruda bulunmalıdır. Bu başvuruda işverenin; işyerinin üretim faaliyetini/faaliyetlerini, işyerinde yaptığı/yapacağı işleri, işyerinde çalışan/çalışacak toplam işçi sayısını, çalışan/çalışacak engelli işçi sayısını ve kişilerin engel durumlarını, işyerinin adresini ve işyerine korumalı işyeri statüsü kazandırma talebini içeren bir dilekçeyle Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne başvurması ve bu başvurusunda kendisi

⁶⁰ Doktrinde Köme Akpulat da 2013 tarihli yönetmelikte belirlenen asgari engelli işçi sayılarının yüksek olduğunu ve korumalı işyeri statüsünü kazanmayı zorlaştırdığını belirtmiştir. Bkz. Köme Akpulat, s. 550.

⁶¹ 2006 tarihli mülga yönetmelikte başvurulacak makam Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü iken (KİHYM1 m. 4/1); 2013 tarihli yönetmelikte bu makam Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İl Müdürlüğüne (şimdiki adıyla Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne) dönüştürülmüştür (KİHYM2 m. 4/1).

yönünden KİHY m. 5/2'de belirtilen belgeleri⁶², işyeri yöneticisi yönünden ise KİHY m. 6'da belirtilen belgeleri⁶³ sunması gerekmektedir (KİHY m. 5/1).

Korumalı işyeri statüsü almak için gerçek veya tüzel kişi işveren tarafından Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne yapılan bu başvuru, Korumalı İşyerleri İl Komisyonunca değerlendirilir. Komisyon, gerek işyerinde yapacağı inceleme ve tespitlerle ve gerekse başvuru sırasında sunulan evrakların incelenmesi sonucunda, korumalı işyeri statüsü alınmasına ilişkin başvuruyu 30 gün içinde değerlendirir (KİHY m. 7). Bu değerlendirmenin olumlu sonuçlanması halinde, uygun bulunan işyerine Valilikçe "korumalı işyeri statüsü belgesi" düzenlenir (KİHY m. 7). Korumalı işyeri statüsü için yapılan başvurunun uygun bulunmayarak reddedilmesi halinde ise, ret kararının tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne itiraz edilmesi mümkündür (KİHY m. 20).

B. Korumalı İşyerlerinde Engelli İstihdamında Uyulması Gereken Esaslar

Korumalı işyerlerinde istihdam edilmesi gereken engelli sayısına ilişkin asgari bir koşul belirlenmiş olsa da korumalı işyerinin işverenine söz konusu engellileri *hangi şekilde işe alacağı* konusunda serbesti getirilmiştir. Diğer bir anlatımla işveren, istihdam edeceği engellileri kendisi bulabileceği gibi Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü aracılığıyla da işe alabilir. Ancak hangi şekilde işe alınırsa alınsın, engellinin 15 yaşını doldurmuş ve Türkiye İş Kurumuna kayıtlı olması gerekir (KİHY m. 14/1-b, c). İşverene bu kapsamda getirilen yükümlülük, işe aldığı engelliye her halde en geç bir ay içinde Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü ve Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne bildirmeye ilişkindir (KİHY m. 13). Bunun dışında, işe alınacak engellinin engel raporunda "çalışabilir"⁶⁴ ibresinin bulunması ve hangi koşullarda çalışabileceğinin belirtilmiş olması da gerekmektedir⁶⁵. Nitekim Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca engellilerin sağlık kurulu raporunda çalıştırılmayacakları belirtilen işlerde çalıştırılmaları mümkün değildir (m. 19/2).

Korumalı işyeri işvereni ile zihinsel veya ruhsal engelli işçi arasında iş sözleşmesi yapılmasının, engelli işçinin fiil ehliyetine göre bazı özellikler taşıdığını belirtmek gerekir⁶⁶. Bilindiği üzere Türk Medeni Kanununda (TMK) akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olma halleri ayırt etme gücüne sahip olmaya engel haller arasında sayılmış (TMK m. 13); bu kişilerin fiil ehliyetinin olmadığı ve fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı kabul edilmiştir (TMK m. 14-15). Devamla, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı

⁶² Korumalı işyeri açmak isteyen *gerçek kişiden veya tüzel kişinin temsilcisinden* talep edilecek belgeler; T.C. kimlik numarası, adli sicil kaydına ilişkin yazılı beyan, (tüzel kişiler yönünden) temsilcisinin yetki belgesi, (dernek ve vakıflar için) vakıf senedi veya dernek tüzüğünde amaçlar arasında eğitim ve üretim faaliyetlerinin yer aldığını gösteren belge, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu m. 22/A uyarınca vadesi geçmiş borç olarak kabul edilen vergi türlerinden borcunun olmadığına dair belge, SGK'dan alınacak prim borcu olmadığına dair belge ve ilgili mevzuat uyarınca alınması gereken diğer izin ve belgelerdir (KİHY m. 5/2).

⁶³ Korumalı işyeri yöneticisinden talep edilecek belgeler; T.C. kimlik numarası, adli sicil kaydına ilişkin yazılı beyan, bulaşıcı bir hastalığı bulunmadığına ilişkin sağlık raporu ve eğitim durumuna ilişkin yazılı beyandır (KİHY m. 6).

⁶⁴ Çalışabilir durumda olan zihinsel engelliler, hafif veya orta düzey zihinsel engelli kimseler olup bu kişilerin eğitilebilmesi mümkündür. Ayrıca bkz. Çolak/Hergüner, s. 2439.

⁶⁵ Sarı Gerşil/Alımanoğlu Yemişçi, s. 1141; Özmen, s. 77-78.

⁶⁶ Konuya ilişkin bkz. Öğüz, Tufan M. "Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 9, 2008, s. 23 vd.

nedeniyle işini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan erginlerin kısıtlanacağı (vesayet altına alınacağı) ve kendilerine vasi atanacağı düzenlenmiştir (TMK m. 405, 413)⁶⁷. Bu sebeple ayırt etme gücü bulunmayan ve vesayet altına alınan zihinsel veya ruhsal engellinin hukuki işlemlerinde engelli temsil yetkisi vasiye⁶⁸ aittir (TMK m. 448). Ancak iş sözleşmesinden doğan edim yükümlülükleri göz önünde bulundurulduğunda, zihinsel veya ruhsal engellinin *ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde*, vasinin engelli temsilen iş sözleşmesinin tarafı olması mümkün değildir⁶⁹. Korunmalı işyerinde çalıştırılacak zihinsel veya ruhsal engelli ile işveren arasında yapılacak iş sözleşmesinde de, engellinin kendisine verilecek işi yapabilmesi için ayırt etme gücüne (makul davranma yeteneğine) sahip olması gerekir. Vesayet altına alınan zihinsel veya ruhsal engellinin ayırt etme gücüne sahip olması halinde ise, engelli kimse *vasinin rızasını almak şartıyla* iş sözleşmesine taraf olabilir (TMK m. 451). Engellinin ayırt etme gücüne ve devamında tam fiil ehliyetine sahip olması (vesayet altında olmaması) halinde ise, engelli işçi iş sözleşmesinin *bizzat tarafı* olabilir. Ayırt etme gücüne sahip ancak ergin olmayan engellilerin iş sözleşmesi ise *velisinin (yasal temsilcisinin) rızası* doğrultusunda yapılabilir⁷⁰.

Korunmalı işyerine kabul edilecek engelli bireylerden istenecek belgeler, KİHY m. 14/2'de sayılmıştır. Buna göre engelliden T.C. kimlik numarası, (erişkinler için) engellilik sağlık kurulu raporunun veya (çocuklar için) özel gereksinim raporunun aslı veya onaylı örneği, iki adet fotoğraf ve (varsa) öğrenim belgesinin veya çıkış belgesinin aslı veya Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğünce onaylanan örneği istenir.

Korunmalı işyerlerine engelli istihdamı yönünden getirilen bir diğer yükümlülük, *aylık personel durum çizelgesi* düzenlemek ve bunları düzenli bir biçimde (çizelgenin düzenlendiği ayı takip eden ayın yedinci gününe kadar) Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne göndermeye ilişkindir. Bunun dışında korunmalı işyeri, iş sözleşmesi herhangi bir nedenle (fesih veya fesih dışı bir nedenle) sona eren engellinin işyerinden ayrılma sebeplerini yedi gün içinde⁷¹ Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür (KİHY m. 15). Buna göre iş sözleşmesinin işverenin yanı sıra işçi tarafından feshedilmesinde de işten ayrılmaya yönelik bildirim işveren tarafından İl Müdürlüğüne yapılması gerekecektir.

Korunmalı işyerlerine ilişkin mevzuat bir bütün olarak incelendiğinde, mevzuatta korunmalı işyerinin işvereni ile engelli arasında yapılacak iş sözleşmesine ilişkin özel hükümlerin bulunmadığı göze çarpmaktadır. Bu nedenle tarafların iş ilişkisine yönelik özel hüküm bulunmayan tüm hususlar yönünden 4857 sayılı İş Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere çalışma mevzuatına ilişkin genel hükümlerin uygulama alanı bulacağını belirtmek gerekir. Yine korunmalı işyerlerinde çalışan engellilerin sendikal hakları ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları yönünden de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Nitekim bu

⁶⁷ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Açıkgöz, Aslı, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 102 vd.

⁶⁸ Vasi olabilecek kimseler için bkz. TMK m. 414-419. Vasi hakkında ayrıca bkz. Açıkgöz, s. 56-58.

⁶⁹ Ögüz, s. 24.

⁷⁰ Ögüz, s. 23-24.

⁷¹ 2006 tarihli ve 2013 tarihli mülga yönetmeliklerde on beş gün olarak düzenlenen bu süre (KİHYM1 m. 18/1; KİHYM2 m. 15/1), 2022 tarihli yönetmelikle yedi güne düşürülmüştür (KİHY m. 15).

işçilerin sendikalar haklardan yararlanmasını (sendika üyeliği, toplu iş sözleşmesinden üyelik sıfatı dışında yararlanma vb.) engelleyici herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere korumalı işyerleri yönünden Türk hukukunda kabul edilen istihdam modeli, korumalı işyerlerinde istihdam edilen engelli işçilerin kural olarak engeli olmayan işçilerle eşit hak ve yükümlülüklerle tabi oldukları kabulüne dayanmaktadır. Kanımızca bu yaklaşıma, engelli işçilerin dezavantajlı durumu da göz önünde bulundurularak bazı istisnalar getirilmesi yerinde olacaktır. Üstelik bu tür düzenlemelere gidilmesi, korumalı işyeri uygulamasına ilişkin halen netleşmeyen hususların netlik kazanmasına ve uygulamanın teorik düzlemden pratiğe taşınmasına da katkı sağlayacaktır. Nitekim Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte de işverene “*işyeri ve çalışma koşullarını engellilere göre hazırlama yükümlülüğü*” yüklenilmiştir (m. 18).

Sözü edilen istisnai düzenlemelere çalışma sürelerini, ara dinlenmeleri, ücretli tatil ve izinleri örnek vermek mümkündür. Çalışma sürelerinin, çalışma saatlerinin ve ara dinlenmelerinin korumalı işyerinde çalışan engellilerin engel durumuna göre belirlenmesi ve bu konuda esnek uygulamaların benimsenmesi önem taşımaktadır. Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte de “*uygun koşulların varlığı halinde çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş saatleri iş kanunlarında belirtilen sürelerden az olmamak koşuluyla, engellinin durumuna göre belirlenebileceği*” açıkça düzenlenmiştir (m. 18/2). Devamla, işverenin korumalı işyerinde çalışan engelli işçiyle yapmış olduğu iş sözleşmesinden doğan borçlarının özellikle işçiyi gözetme borcunun kapsamının daha belirgin hale getirilmesi de önemli bir gerekliliktir. Özellikle işçinin iş güvencesi kapsamında olmadığı hallerde, işverenin işçinin sağlık sebeplerinden kaynaklanan fesih hakkının sınırlandırılması, işçiler yönünden önemli bir güvence kaynağı olabilecektir.

C. Korumalı İşyerlerinin İşverenlerine Sağlanan Destekler ve Teşvikler

1. Engellilere verilecek ücretlerin bir kısmının geri ödenmesi yönünden

Korumalı işyeri işverenlerine sağlanan en önemli destek, 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanununa eklenen *engellilere işverenlerince ödenen ücretlerin bir kısmının Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca işverene geri ödenmesine* yöneliktir (İK Ek m. 1). Bu ödemelerin esasları, Korumalı İşyerlerinde Çalışan Engellilerin Ücretlerine Karşılık İşverene Yapılacak Ödeme Hakkında Yönetmelikle⁷² (İYÖHY) düzenlenmiştir.

Bu geri ödemeler bakımından işverenin yerine getirmesi gereken en önemli koşul, korumalı işyerinde çalıştırılma koşullarına sahip engellilere ücretlerini zamanında ödemesi, bu ücretlere ilişkin yasal yükümlülükleri tam ve zamanında yerine getirmesi ve geri ödeme için gerekli evraklarla birlikte Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne başvurarak talepte bulunmasıdır. Bu kapsamda işverenin sigorta primi borcu ve vergi borcu bulunmadığını gösterir belgeler, istihdam edilen engellilerin ücretlerinin tam ve zamanında ödendiğini kanıtlayıcı belgeler ve diğer gerekli evraklarla başvurusunu tamamlaması gerekir (İYÖHY m. 6). Bu koşullara sahip işveren, çalıştırmakta olduğu her engelli için ve işyerinin korumalı işyeri statüsüne sahip olduğu dönemle sınırlı olmak üzere, istihdam ettiği engellilerin ücretleri için ASHB’ye başvuruda bulunabilecektir.

⁷² R.G.T. 30.04.2016, S. 29699.

Korumalı işyerinde çalıştırılma koşullarına sahip engelliler bakımından işverene geri ödenecek tutar, kademeli olarak düzenlenmiştir (İYÖHY m. 5). Buna göre korumalı işyerinde çalıştırdığı her engelli için, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanunun m. 2/1-a hükmüne göre 18 yaşını doldurmuş ve %70 ve üzeri oranda engelli Türk vatandaşlarına ödenecek engelli aylığı tutarı ASHB tarafından işverene geri ödenir (İK Ek m. 1/-a). 2022/1. yarı yılı itibariyle (01.01.2022-30.06.2022 dönemi için) bu aylığın tutarı aylık 1.298,63 TL'dir⁷³. Korumalı işyerinin 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2. maddesi kapsamındaki illerde⁷⁴ kurulmuş olması halinde, bu işyerlerinde çalışan her engelli için, işverene yukarıda sözü edilen engelli aylığının %20'si (2022 yılı itibariyle 259,72 TL) ayrıca ödenir (İK Ek m. 1/-b). Korumalı işyeri statüsü almak için çalıştırılması zorunlu olan sayıdan daha fazla engelli çalıştıran işverenlere ise, zorunlu sayının üstünde çalıştırdıkları her engelli için, yukarıda sözü edilen engelli aylığının %20'si (2022 yılı itibariyle 259,72 TL) ayrıca ödenir (İK Ek m. 1/-c).

Buna göre yatırım ve istihdamın teşvik edildiği illerde bulunmayan işverene, istihdam ettiği her engelli için yalnızca 2022 sayılı Kanuna göre hesaplanan ergin ve ağır engelli aylığı (2022/1. yarı yılı itibariyle 1.298,63 TL) geri ödenir. İşverenin korumalı işyeri statüsü kazanmak için çalıştırması gereken engelli sayısından daha fazla engelli istihdam etmesi halinde ise; çalıştırılması gereken asgari engelli sayısı yönünden her engelli başına 2022/1. yarı yılı itibariyle 1.298,63 TL, zorunlu sayının üstünde çalıştırılan her engelli başına ise 1.558,35 TL geri ödenir. Ancak korumalı işyerinin yatırım ve istihdamın teşvik edildiği illerde bulunması halinde bu tutarlar; çalıştırılması gereken asgari engelli sayısı yönünden 2022/1. yarı yılı itibariyle her engelli başına 1.558,35 TL, zorunlu sayının üstünde çalıştırılan her engelli başına ise 1.818,07 TL'dir.

Görüldüğü üzere bu geri ödemeyle, engelli kimse sosyal sigorta kapsamında zorunlu sigortalı olarak çalışmasaydı kendisine ödenecek olan engelli aylığı, çalışma yaşamına dahil edilmesiyle birlikte teşvik olarak işverene ödenmektedir. Ancak işverenin bu ödeme imkanından faydalanabilmesi için, aşağıda ayrıca değinilecek korumalı işyerlerine yönelik hibe desteğinden faydalanmıyor olması gerekir (İYÖHY m. 7).

2. Vergi indirimleri ve vergi muafiyetleri yönünden

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa (GVK) 2014 yılında 6518 sayılı Kanunla eklenen fıkra ile; gelir vergisi matrahının tespitinde, gelir vergisi beyannamesinde bildirilecek gelirlere

⁷³ <https://www.aile.gov.tr/sygm/programlarimiz/sosyal-yardim-programlarimiz/> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)

⁷⁴ 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2. maddesinde bu iller; "vergi ve sigorta primi teşvikleri ile enerji desteği açısından Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığınca 2001 yılı için belirlenen fert başına gayri safi yurt içi hâsıla tutarı, 1500 ABD Doları veya daha az olan iller ile bu iller dışında kalan ve Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığınca 2003 yılı için belirlenen sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralamasına göre endeks değeri eksi olan iller" şeklinde belirlenmiştir. Maliye Bakanlığının Yatırımların ve İstihdamın Teşviki Genel Tebliğinde (Seri No: 2) (R.G.T. 18.05.2005, S. 25819) ise kapsama giren bu iller; Kırşehir, Sinop, Giresun, Amasya, Uşak, Malatya, Sivas, Tokat, Diyarbakır, Afyon, Batman, Erzincan, Osmaniye, Düzce, Çankırı, Siirt, Gümüşhane, Ordu, Erzurum, Bartın, Bayburt, Şanlıurfa, Mardin, Aksaray, Adıyaman, Kars, Van, Iğdır, Yozgat, Ardahan, Hakkari, Bingöl, Bitlis, Şırnak, Muş, Ağrı, Kilis, Tunceli, Kastamonu, Niğde, Kahramanmaraş, Çorum, Artvin, Kütahya, Trabzon, Rize, Elazığ, Karaman ve Nevşehir olarak belirtilmiştir.

yapılacak indirimler arasında “**korumalı işyeri indirimi**” kabul edilmiştir (GVK m. 89/14)⁷⁵. Buna göre korumalı işyerlerinde istihdam edilen ve işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engelli çalışanlar için diğer kişi ve kurumlarca karşılanan tutar dâhil yapılan ücret ödemelerinin yıllık brüt tutarının %100’ü oranında korumalı işyeri indiriminin uygulanacağı düzenlenmiştir⁷⁶. Bu indirim, her bir engelli çalışan için azami beş yıl süre ile uygulanır ve yıllık olarak indirilecek tutar, her bir engelli çalışan için asgari ücretin yıllık brüt tutarının %150’sini aşamaz.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununa (KVK) 2014 yılında 6518 sayılı Kanunla eklenen fıkra ile; kurumlar vergisi matrahının tespitinde, kurumlar vergisi beyannamesi üzerinde ayrıca gösterilmek şartıyla, kurum kazancından yapılacak indirimler arasında “**korumalı işyeri indirimi**” kabul edilmiştir (KVK m. 10/10-h)⁷⁷. Bu indirimde de Gelir Vergisi Kanunundakine benzer esaslar benimsenmiş; korumalı işyeri indirimi, korumalı işyerlerinde istihdam edilen ve iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engelli çalışanlar için diğer kişi ve kurumlarca karşılanan tutar dâhil yapılan ücret ödemelerinin yıllık brüt tutarının %100’ü oranında kabul edilmiştir⁷⁸. Bu indirim, her bir engelli çalışan için azami beş yıl süre ile uygulanır ve yıllık olarak indirilecek tutar, her bir engelli çalışan için asgari ücretin yıllık brüt tutarının %150’sini aşamaz.

Korumalı işyerleri ayrıca, 2014 yılında 6518 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca **çevre ve temizlik vergisinden muaf** tutulmuşlardır. 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun mükerrer 44. maddesine göre korumalı işyerleri, çevre ve temizlik vergisine tabi olmayan bina ve işyerleri arasında sayılmıştır.

3. Korumalı işyeri proje desteği yönünden

4857 sayılı İş Kanununun 30. maddesinde işverenlere, toplam çalışan sayısına göre belirli oranlarla engelli işçi istihdam etme yükümlülüğü getirilmiş; bu yükümlülüğe aykırı davranan işverenler aleyhine ise İK m. 101 uyarınca çalıştırmadıkları her engelli ve her ay için idari para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde tahsil edilen idari para cezalarının engellilere veya eski hükümlülere ilişkin çeşitli projelerde⁷⁹ kullanılması kararlaştırılmış ve bu amaçla Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırmayan İşverenlerden Tahsil Edilen İdari Para Cezalarını Kullanmaya Yetkili Komisyona Dair Yönetmelik⁸⁰ kabul edilmiştir. Bu esaslar doğrultusunda Türkiye İş Kurumu ve Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından ortaklaşa koordine edilen proje kapsamında; ruhsal ve zihinsel engelli bireylerin

⁷⁵ Ayrıca bkz. Yiğit Şakar, Ayşe. “Korumalı İşyerlerine Sağlanan Vergi Teşvikleri”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 262, 2014, s. 4-5.

⁷⁶ GVK m. 89/14 uyarınca Cumhurbaşkanı, bu düzenlemede yer alan indirim oranını engellilik derecelerine göre %150’ye kadar artırmaya veya tekrar kanuni oranına indirmeye yetkili kılınmıştır.

⁷⁷ Ayrıca bkz. Köksal, Ayşegül/Doğan, Zeki. “Kurumlar Vergisi Mükellefleri için Korumalı İşyeri İndirimi Uygulaması”, *Vergi Raporu*, S. 244, 2020, s. 13 vd.; Yiğit Şakar, s. 4-5.

⁷⁸ KVK m. 10/10-h uyarınca Cumhurbaşkanı, bu düzenlemede yer alan indirim oranını engellilik derecelerine göre %150’ye kadar artırmaya veya tekrar kanuni oranına indirmeye yetkili kılınmıştır.

⁷⁹ Bu proje türleri; mesleki eğitim ve rehabilitasyon projeleri, engelli kendi işini kurma projesi, eski hükümlü kendi işini kurma projesi, destek teknolojileri projeleri, korumalı işyeri projeleri ve işe ve iş yerine uyum projeleri şeklindedir. Ayrıca bkz. <https://www.iskur.gov.tr/is-arayan/aktif-iscucu-programlari/engelli-ve-eski-hukumulu-projeleri/> (Erişim Tarihi: 08.04.2022); *Türkiye İş Kurumu 11. Genel Kurul Raporu*, s. 55 vd. <https://media.iskur.gov.tr/51814/11-genel-kurul-raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)

⁸⁰ R.G.T. 09.01.2014, S. 28877.

istihdam edileceği korumalı işyeri açmak isteyen işverenlere, **korumalı işyeri proje desteği** sağlanmaktadır.

Korumalı işyeri projesine başvurabilmek için işverenin Türkiye’de faaliyet gösteren ve korumalı işyeri statü belgesine sahip bir işveren olması şarttır. Diğer bir anlatımla, proje desteğinden yararlanabilmek için, işverenin yukarıda değinilen asgari sayıda engelli çalıştırma koşulunu, işyeri ve işyeri personeli yönünden aranan diğer koşulları sağlıyor olması gerekmektedir. Proje başvuruları projenin tasarım ve uygulama kapasitesi, istihdama katkısı, bütçe yapısı ve sürdürülebilirliği yönünden İK m. 30/7’de düzenlenen komisyonca ayrı ayrı puanlanarak değerlendirilmekte; asgari puan alan projeler destek sağlanması yönünden kabul edilmektedir⁸¹.

Yapılan korumalı işyeri proje başvurusunun kabul edilmesi halinde, işverene İŞKUR mevzuatına uygun olarak yapılmış ve proje teklifinde tahmini olarak bütçelendirilmiş harcamalar yönünden destek sağlanmaktadır. Bu destekler; kuruluş tarihinden itibaren bir yıl içerisinde olmak üzere, kurulacak korumalı işyerinin kuruluş sermayesinin %60’ı oranındaki ve vergiler dahil en fazla 150.000 TL tutarındaki (makine, donanım, demirbaş ve bunlara ilişkin sarf malzemesi giderlerinde kullanılmak üzere) **kuruluş sermayesi desteği**; proje başlangıcından itibaren kurulan korumalı işyerinde çalışacak engelli işçilerin brüt asgari ücret üzerinden ilk bir yıl boyunca maaşlarını içeren **engelli ücret desteği**⁸² ve sözleşme imza tarihinden itibaren bir yıl boyunca işletme giderlerinin (su, elektrik, ısınma, iletişim, tanınırlık) fatura bedellerinin %60’ını içeren (proje başvuru rehberinde belirlenen kuruluş sermaye desteğinin en çok %12 si kadar) **işletme giderleri desteği** şeklindedir⁸³. Görüldüğü üzere işverenlere, kuracakları korumalı işyerinin toplam kuruluş sermayesinin en az %40’ını kendi kaynaklarından temin etme yükümlülüğü getirilmiştir⁸⁴.

Korumalı işyeri proje desteği kapsamında desteklenecek işverenlere, korumalı işyeri statü belgesini ve faaliyetlerini en az üç yıl sürdürme zorunluluğu getirilmiştir⁸⁵. Nitekim proje desteğiyle kurulacak korumalı işyerlerinin üç yıl boyunca İŞKUR ve Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğünün takip ve denetimine tabi olacağı belirtilmiş; başlangıçta alınan makine ve donanımların bu süre boyunca satış veya devrinin yapılamayacağı düzenlenmiştir. Aksi takdirde, mücbir sebep dışında bir sebeple korumalı işyerinin üç yıl içinde kapanması, tasfiye edilmesi veya

⁸¹ Başvuruların değerlendirme esaslarına ilişkin açıklamalar için bkz. *Korumalı İşyeri Hibe Projesi Başvuru Formu (2022/1.Dönem)* <https://media.iskur.gov.tr/49985/korumali-isyeri-proje-basvuru-formu-2022-1-donem.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)

⁸² İŞKUR’un web sitesinde yer alan açıklamaya göre, işverene Korumalı İşyerlerinde Çalışan Engellilerin Ücretlerine Karşılık İşverene Yapılacak Ödeme Hakkında Yönetmelik veya diğer mevzuat hükümlerine göre engelli çalışanlara ilişkin ücret desteği veya sigorta prim desteği verilmesi halinde, mükerrerliği önlemek amacı ile işverene verilen ücrete yönelik destek tutarları, engelli ücret desteğinden düşülmektedir. Bkz. <https://www.iskur.gov.tr/is-arayan/aktif-igucu-programlari/engelli-ve-eski-hukumli-projeleri/> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)

⁸³ Türkiye İş Kurumu 11. Genel Kurul Raporu, s. 58; Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, *Türkiye İş Kurumu 2021 Yılı Faaliyet Raporu*, 2022, s. 67. https://media.iskur.gov.tr/53368/2021_yili_faaliyet_raporu.pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2022); Korumalı İşyeri Hibe Projesi Başvuru Formu, s. 5.

⁸⁴ Gökmen, s. 57.

⁸⁵ *Engelli ve Eski Hükümlülere Yönelik Proje Destekleri Başvuru Rehberi (2020/1.Dönem)*, s. 10. https://media.iskur.gov.tr/33204/engelli-ve-eski-hukumli-proje-basvurulari_ek_proje-basvuru-rehberi-2020-1-donem.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2022)

asgari engelli sayısını karşılamaması halinde, işverene proje kapsamında hibe olarak verilen kuruluş sermayesi yasal faizi ile birlikte geri alınır⁸⁶.

Kabul edilen korumalı işyeri proje destekleri, ilgili yönetmelikçe desteklenen diğer projelerle kıyaslandığında çok düşük rakamlarda kalmaktadır. Her ne kadar başlangıçta, korumalı işyeri proje desteğiyle yıllık azami 20 projenin desteklenmesi amaçlanmışsa da⁸⁷, bu hedefe ulaşılamamıştır. Örneğin 2013 ve 2014 yıllarında toplam 12 korumalı işyeri projesi kabul edilmiş ancak bu projelerin yalnızca ikisi hayata geçirilebilmiştir⁸⁸. 2017 yılında dört, 2018 yılında ise üç korumalı işyeri projesi kabul edilmiştir⁸⁹. Devamla, 2019 yılında kabul edilen engelli ya da eski hükümlülere yönelik 1219 projeden yalnızca biri⁹⁰; 2020 yılında kabul edilen engelli ya da eski hükümlülere yönelik 1799 projeden yalnızca biri⁹¹ ve 2021 yılında kabul edilen engelli ya da eski hükümlülere yönelik 622 projeden yalnızca biri⁹² korumalı işyerlerine ilişkindir.

Son olarak belirtelim ki, korumalı işyeri proje desteği kapsamında işverenlere sunulan destek tutarları, proje desteğinin kabul edildiği tarihten (2013 yılından) beri güncellenmemiştir. Özellikle yeni kurulacak bir işletme için bu destek tutarlarının günümüz itibariyle çok yetersiz olduğu açıktır. Korumalı işyerlerinin yaygınlaştırılmasının önündeki en büyük engelin korumalı işyerlerinin işverenlere olan maliyeti olduğu düşünüldüğünde, bu tutarların güncellenmesinin gerekliliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

4. Engelliler adına ödenecek sosyal sigorta primleri yönünden

Korumalı işyerlerinde çalışan engelliler yönünden düzenlenen bir diğer destek, engelliler adına ödenecek sosyal sigorta primlerinin işveren hisselerine ilişkindir.

4857 sayılı İş Kanununun 30. maddesinde 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunla⁹³ yapılan değişiklikle korumalı işyerlerinde çalıştırılan engelli sigortalıların “(506 sayılı) Kanunun 72. ve 73. maddelerinde sayılan ve 78. maddesiyle belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamının” Hazinece karşılanacağı düzenlenmiştir (İK m. 30/6). Bu prim teşvikine ilişkin usul ve esaslar Sosyal Güvenlik Kurumunun (SGK) 2008/77 sayılı ve “Özürlü Sigortalıların İstihdamına İlişkin İşveren Hissesi Prim Teşviki” konulu genelgesiyle düzenlenmiştir⁹⁴. Buna göre özel sektörde faaliyet gösteren korumalı işyerlerinde istihdam edilen engelli işçi adına ödenecek ve prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait **kısa vadeli sigortalar yönünden %2 oranındaki işveren payı** ve **uzun vadeli sigortalar yönünden %11 oranındaki işveren payı** Hazine tarafından karşılanır.

Sosyal sigorta primlerine ilişkin bir diğer düzenleme, 4447 sayılı Kanunda yer almaktadır. 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanunla 4447 sayılı Kanununa eklenen cümle gereğince,

⁸⁶ Engelli ve Eski Hükümlülere Yönelik Proje Destekleri Başvuru Rehberi, s. 9-10.

⁸⁷ Gökmen, s. 57.

⁸⁸ Türkiye İş Kurumu 11. Genel Kurul Raporu, s. 58.

⁸⁹ Türkiye İş Kurumu 11. Genel Kurul Raporu, s. 58.

⁹⁰ Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, *Türkiye İş Kurumu 2019 Yılı Faaliyet Raporu*, 2020, s. 55. <https://media.iskur.gov.tr/37553/2019-yili-faaliyet-raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)

⁹¹ Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, *Türkiye İş Kurumu 2020 Yılı Faaliyet Raporu*, 2021, s. 65. <https://media.iskur.gov.tr/48780/2020-yili-faaliyet-raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)

⁹² Türkiye İş Kurumu 2021 Yılı Faaliyet Raporu, s. 63.

⁹³ R.G.T. 26.05.2008, S. 26887.

⁹⁴ SGK genelgeleri için bkz. <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/22620739> (Erişim Tarihi: 25.05.2022)

“*korumalı işyerlerinde çalışan ve iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engellilerin işsizlik sigortası işveren payı Hazine tarafından karşılanır*” (m. 49/1). Buna göre özel sektörde faaliyet gösteren korumalı işyerlerinde istihdam edilen engelli işçi adına ödenecek *işsizlik sigortası primlerinin %2 oranındaki işveren payı* Hazine tarafından karşılanır.

Korumalı işyerinde istihdam edilen engelli adına ödenecek sigorta primlerinin işveren hisselerine yönelik bu prim teşviki bakımından herhangi bir süre sınırı öngörülmemiştir⁹⁵. Diğer bir anlatımla, işverenin engelli işçiyi korumalı işyerinde çalıştırdığı süre boyunca prim teşvikinden yararlanması mümkündür. Ancak bu prim teşvikinden yararlanabilmek için, işverenlerin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uyarınca vermeleri gereken aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içinde SGK'ya vermiş olmaları gerekmektedir (2088/77 s. Genelge 2.4.1.).

Belirtelim ki korumalı işyerlerinde istihdam edilen zihinsel veya ruhsal engelliler yönünden getirilen bu prim teşviki, esasında korumalı işyeri statüsüne sahip olsun olmasın, diğer işyerlerinde istihdam edilen engelliler yönünden de aynı şekilde düzenlenmiştir (İK m. 30/6). Kanımızca bu prim teşvikinin daha cazip hale getirilebilmesi için, korumalı işyerlerinde istihdam edilen zihinsel veya ruhsal engellilerin işverenleri yönünden daha avantajlı şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

D. Korumalı İşyeri Statüsünün Sona Ermesi

Korumalı işyerinin statüsü çeşitli şekillerde sona erebilir. Bu yöntemleri iradi olanlar ve irade dışı olanlar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür.

Korumalı işyeri statüsünü kazanmak kadar bu statü için gereken koşulları sürdürmek de önem taşımaktadır. Yönetmelikte korumalı işyerlerinin, korumalı işyeri statüsü yönünden yılda en az bir kez Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü tarafından ve gerekli görüldüğü hallerde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı denetim elemanlarınca denetleneceği düzenlenmiştir (KİHY m. 16). Bu denetim, çalışma yaşamındaki diğer denetim yöntemlerinden ayrı olarak düzenlenmiş olup korumalı işyerinin programlı veya program dışı olarak denetlenmesi korumalı işyeri denetiminden muaf olduğu anlamına gelmez. Korumalı işyerlerine özgü olan bu denetimlerde, korumalı işyerinin işvereni ilgili her türlü bilgiyi denetim elemanlarına vermek ve bu bilgilerin doğruluğunu ispata yarayan defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmekle yükümlüdür. (KİHY m. 17). Denetim sonucunda korumalı işyerinin yönetmelikte korumalı işyeri statüsüne sahip olmak için belirtilen koşulların bir veya birkaçını yerine getirmediğinin tespit edilmesi halinde, işveren öncelikle Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü tarafından yazılı olarak uyarılır ve eksiklikleri gidermesi talep edilir. İşverenin otuz gün içinde saptanan eksiklikleri tamamlamaması halinde, korumalı işyeri statüsü belgesi Korumalı İşyeri İl Komisyonunun görüşü alınarak Valilikçe iptal edilir (KİHY m. 19/1). Korumalı işyeri statüsünün sona erdirilmesi kararlarına karşı, kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne itiraz edilebilir (KİHY m. 20). Bu üst makama başvurunun ardından işveren, idari yargıda iptal davası da açabilir (İYUK m. 12).

Korumalı işyerinin işvereni, girişim özgürlüğü çerçevesinde korumalı işyeri statüsüne sahip işyerini kapatma iradesine sahiptir. İşyerinin kapatılması, korumalı işyeri statüsünü sona

⁹⁵ Sözer, Ali Nazım. *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (5. Baskı), Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021, s. 216.

erdiren bir diğer nedendir. Ancak bu halde işveren, kapanma durumunu 15 gün öncesinden faaliyette bulunduğu ilin Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür (KİHY m. 19/2). Belirtelim ki bu bildirim, 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenen işyerinin kapatılmasına ilişkin genel bildirim yükümlülüğünden ayrıdır. Diğer bir anlatımla, koruma işyeri statüsüne sahip bir işyeri bulunan işveren; işyerini kapatmak istediği takdirde bu durumu öncelikle 15 gün içinde Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne, bir ay içinde ise Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür (İK m. 3).

Öte yandan *işyerinin devri* ya da başka bir işyeriyle *birleşmesi* korumalı işyeri statüsünü sona erdiren sebepler olarak düzenlenmemiştir. Ancak bu hallerin de 15 gün öncesinden Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne bildirilmesi zorunludur (KİHY m. 19/2). Aynı bildirim yükümlülüğü korumalı işyerinin *taşınması* halinde de geçerlidir. Taşınılan işyerinin yönetmelikte düzenlenen şartları taşıdığı tespit edilmesi halinde, korumalı işyerinin bu statüsü taşınma durumunda da devam eder (KİHY m. 19/3).

IV. Türk Hukuku Ekseninde Korumalı İşyerleri Uygulamasının Genel Bir Değerlendirmesi

Diğer ülke örnekleriyle kıyaslandığı zaman Türk hukukundaki korumalı işyeri uygulamasının uzun bir geçmişe sahip olmadığı görülebilecektir. Korumalı istihdam kapsamındaki ilk düzenlemenin 2005 yılında getirildiği göz önünde bulundurulduğunda, ülkemizdeki korumalı işyeri uygulamasının on yedi yıllık kısa bir geçmişe sahip olduğu söylenebilir. Ancak on yedi yıl önceki korumalı işyeri düzenlemesi ile bugünkü düzenleme arasında oldukça önemli değişiklikler gerçekleşmiştir. Korumalı işyerlerine ilişkin görüş ve önerilerimizden önce, şimdiye değin yapılmış olan değişiklikleri saptamak ve yorumlamak yerinde olacaktır.

Sözü edilen değişiklikler kapsamında ilk olarak, korumalı işyeri statüsü kazanmak bakımından istihdam edilmesi gereken engelli grubu *zihinsel ve ruhsal engellilerle* sınırlandırılmıştır. Zihinsel engellilerin, istihdam edilen engelliler içerisindeki en dezavantajlı grubu oluşturmaları karşısında, kanımızca bu değişiklik zihinsel ve ruhsal engelliler bakımından olumlu yönde değerlendirilebilir. İşverenlerin özellikle kota yönteminde genellikle bedensel engelli işçileri, bu işçiler içinde ise en az engele sahip olanları işe alma eğiliminde oldukları düşünüldüğünde, bu değişikliğin zihinsel veya ruhsal engellilerin çalışma hayatına dahil olma oranını arttırabileceği söylenebilir.

Mesleki rehabilitasyon amacı korumalı işyeri tanımından çıkarılarak ve korumalı işyerinin rehabilitasyona yönelik bölümleri kaldırılarak korumalı işyeri uygulamasında karma model yerine *ücretli istihdam modeline* yaklaşılmıştır. Bu değişikliği çalışma yaşamı yönünden zihinsel veya ruhsal engellileri izole edici bir düzenleme olarak yorumlamak mümkündür. Nitekim bu düzenlemeyle birlikte engelli işçilerin sosyal entegrasyonları⁹⁶ ve korumalı istihdam yönteminden

⁹⁶ Öte yandan aksi yönde bazı araştırmalardan da söz etmek mümkündür. Örneğin Manisa Organize Sanayi Bölgesinin sosyal sorumluluk faaliyetleri kapsamında, Manisa’da “Zihinsel Engelliler Korumalı İşyeri Yaşam Merkezi” (ZEKİ) projesi faaliyete geçirilmiş; bu proje kapsamında 5 korumalı işyeri faaliyete başlamıştır. Bu korumalı işyerlerinde çalışmakta olan engelliler, işverenler ve proje sorumluları ile yapılan görüşmeler sonucunda; engellilerin performansının normal çalışanların performansı ile benzer olduğu ve aynı verim düzeyinin işletmeleri yeni korumalı işyerleri açmaya teşvik ettiği; engelliler yönünden korumalı istihdamın

normal işgücü piyasasına geçişi⁹⁷ oldukça güçleştirilmiştir. Gerek ILO'nun gerekse Birleşmiş Milletler'in engellilerin istihdamı yönünden esas olan yöntemin ayrımcı ve dışlayıcı yöntemlerden ziyade normal işgücü piyasasında istihdam olması gerektiği yönündeki yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda⁹⁸; bu eğilimin uluslararası standartları sağlamaktan uzaklaşma potansiyeli taşıdığı görülecektir. Öyle ki günümüzde çoğu ülke uygulamasında geleneksel korumalı işyeri modellerinden ziyade, engellileri eğitime ve rehabilite etme yoluyla normal işgücü piyasasına geçmelerini amaçlayan geçiş modeline doğru bir kayma söz konusudur⁹⁹.

Devamında, işverenlere korumalı işyeri kurmaları yönünden *proje destekleri*, çalıştırdıkları engelli işçiler yönünden ise çeşitli *teşvik, destek ve muafiyetler* getirilmiştir. Korumalı istihdamı yaygınlaştırmak ve bu istihdamın olası ek maliyetlerini azaltmak amacıyla getirilen bu düzenlemelerin yerindeliği tartışmasıdır. Ancak aşağıda detaylı olarak belirtileceği üzere, bu desteklerin yeterliliği konusunda aynı şeyden söz etmek güçtür.

Korumalı işyeri statüsünün kazanılabilmesi için *istihdam edilmesi gereken asgari engelli sayısı* yıllar içerisinde kademeli olarak düşürülmüş ve bu koşul yürürlükteki yönetmelikle nispeten daha makul bir seviyeye getirilmiştir¹⁰⁰. 2022 yılında çıkarılan yönetmelikte korumalı işyeri statüsü kazanmak için belirlenen “en az 5 engelli çalıştırıyor olma” ve “engelli sayısının toplam işçi sayısına oranının %50'den az olamayacağı koşulu” kanımızca korumalı istihdama uygun ve ölçülü bir kriterdir.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda korumalı işyerleri, zaman içerisinde yukarıda sözü edilen değişikliklere maruz kalmıştır. Günümüze değin geçen on yedi yıllık süre zarfında, konunun üç ayrı yönetmelikle düzenlenmeye çalışıldığı göz önünde bulundurulduğunda, korumalı işyeri uygulamasının halen sağlam bir zemine oturtulmadığı açıktır. Bu sık değişiklikler, esas itibariyle korumalı işyeri uygulamasının gereği gibi işletilememiş olduğunun bir anlamda kabulü niteliğindedir. Ancak bu kabul ve buna dayalı olarak yapılan değişiklikler, korumalı işyeri uygulamasının işler hale gelebilmesini sağlamaktan halen uzaktır. Bir diğer anlatımla, sıklıkla yönetmelik ve politika değişikliğine rağmen korumalı işyerlerine ilişkin sorunların çözülmemesi; sorunun korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için aranan asgari engelli sayısının azaltılması veya korumalı işyerlerine yönelik teşviklerin artırılmasından daha büyük boyutlu olduğunun göstergesidir.

sosyal izolasyonun aksine sosyal uyumu (entegrasyonu) artırıcı etkisinin bulunduğu ve engellilerin çalışma saatleri dışında sosyal faaliyetlere de katılmakta olduklarının tespiti gibi bulgulara ulaşıldığı kaydedilmiştir. Proje hakkında detaylı bilgi için bkz. Sarı Gerşil/Alımanoğlu Yemişçi, s. 1140 vd.

⁹⁷ Korumalı istihdamdan normal işgücü piyasasına geçiş oranlarının oldukça düşük olduğu yönünde ayrıca bkz. Migliore, s. 4. OECD'nin 1992 tarihli raporuna göre korumalı istihdamdan normal işgücü piyasasına geçişin yıllık %1 oranda olduğu yönünde bkz. Martin, s. 41. 2015 tarihli Avrupa Parlamentosu raporunda ise bu geçiş oranı, Avrupa Birliği üyesi ülkeler yönünden %3 olarak belirtilmiştir. European Parliament, s. 96.

⁹⁸ Migliore, s. 4; WHO, s. 243.

⁹⁹ Son yıllarda Avrupa'da, ekonomik krizin de etkisiyle birlikte geleneksel korumalı işyeri modellerinden normal işgücü piyasasına geçişi amaçlayan modellere (geçiş modeline) kayma olduğu yönünde bkz. European Parliament, s. 96. Son yıllarda Avrupa'daki eğilimin korumalı işyerlerinin sosyal işletmelere dönüştürülmesi şeklinde olduğu yönünde bkz. WHO, s. 243.

¹⁰⁰ 2013 tarihli yönetmelikte yer verilen en az 8 engelli çalıştırıyor olmak ve engelli sayısının toplam işçi sayısına oranının %75'ten az olamayacağı koşulunun yüksek olduğu ve korumalı işyeri statüsü kazanmayı güçleştirdiği yönünde bkz. Köme Akpulat, s. 550.

Her ne kadar Türkiye’de faaliyet gösteren korumalı işyeri ve bu işyerlerinde çalışan zihinsel veya ruhsal engelli birey sayısına ilişkin resmi bir istatistik veya bilgi bulunmasa da, konuya ilişkin bazı alan araştırmaları, bu sayıların oldukça sembolik olduğunu ortaya koymaktadır¹⁰¹. Diğer bir anlatımla, zihinsel ve ruhsal engellilerin nicelik olarak en büyük engelli grubunu oluşturmasına rağmen, faaliyet gösteren korumalı işyeri sayısı bu engellilere istihdam kaynağı yaratmaktan uzaktır.

Korumalı işyeri ve bu işyerinde istihdam edilen engelli işçi sayısını arttırmak adına yapılabilecek belli başlı düzenlemelerden söz etmek mümkündür. Engelli istihdamını arttırmanın en önemli yolu, **korumalı işyerinin ve engelli işçilerin işverenlere olan maliyetini düşürmek veya ortadan kaldırmaktır**. Değinildiği üzere korumalı işyerlerinde çalışma ortamı ve işyeri engellilere özel (korumalı) olarak düzenlendiğinden, bu tür bir işyerinin kurulması normal bir işyerine göre daha fazla maliyet içermektedir¹⁰². Bu sebeple öncelikli olarak bu yönde düzenlemelere gidilmeli; özellikle kabul edildiği günden bu yana hiçbir şekilde güncellenmeyen **proje desteklerinin tutarları** günün koşullarına uygun olarak **güncellenmelidir**.

Söz konusu destek tutarlarının güncellenmesine ek olarak, korumalı işyerlerinde engelli istihdamının yaygınlaştırılması amacıyla, korumalı işyerleri yönünden düzenlenen ve tutarları güncellenen teşvik ya da desteklere yönelik duyuru ve reklam türü faaliyetler arttırılmalı ve çalışma hayatının aktörlerinin korumalı işyerlerine yönelik önyargıları kırılmalıdır. Nitekim özellikle işverenler nezdinde korumalı işyeri uygulamasının uygulanabilir olmadığına yönelik yaygın bir kanı oluşmuş durumdadır. Örneğin Trabzon’da işverenlerle zihinsel engelli bireylerin korumalı işyerlerinde istihdamına yönelik yapılan görüşmelerde, işverenler korumalı işyerlerine ilişkin mevzuatın uygulanabilir olmadığı, sunulan hibelerin işlevsel olmadığı ve korumalı işyerlerinin kar elde edemeyeceği yönünde görüş birliğine varmışlardır¹⁰³.

Öte yandan, doktrinde de ifade edildiği üzere, korumalı işyeri uygulamasına işlerlik kazandırabilmenin tek yolu işverenlerin yükümlülükleri üzerinden hareket etmek ve korumalı işyerlerinde istihdam edilecek engelli işçiler yönünden işverenlere teşvik ve destek sağlamak değildir¹⁰⁴. Nitekim yeni bir işletme kurmanın veya bu yönde bir yatırım yapmanın maliyetleri ortadadır. Bu aşamada değerlendirilebilecek bir diğer çözüm yolu, özel sektör işverenlerine proje destekleriyle korumalı işyerleri kurdurmaktan ziyade, **korumalı işyeri uygulamasına işlerlik sağlamak adına yeni istihdam politikalarının gündeme alınmasıdır**. Özellikle korumalı işyerlerine yaygınlık kazandırmak bakımından, kamu sektöründe **korumalı işyeri bölümlerinin oluşturulması** ve zihinsel ya da ruhsal engellilerin bu tür işyerlerinde izole edilmeden istihdam

¹⁰¹ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğünde uzman olarak çalışmakta olan Lütüye Karaaslan, kaleme aldığı bir makalede Mayıs 2019 itibariyle Türkiye’de faaliyet gösteren 9 korumalı işyeri olduğunu ve bu işyerlerinde 80 engelli işçinin çalıştırılmakta olduğunu belirtmiştir. Bkz. Karaaslan, s. 51. 2020 yılında yapılan bir başka çalışmadan ulaşılan bilgiye göre ise Manisa’da Z.E.K.İ. projesi kapsamında 5 korumalı işyeri bulunmakta ve bu işyerlerinde 44 engelli işçi çalıştırılmaktadır. Bkz. Sarı Gerşil/Alımanoğlu Yemişçi, s. 1140, 1144.

¹⁰² Gökmen, s. 56.

¹⁰³ İlgili görüşmeler 25 ila 40 yıllık iş tecrübesi olan 16 lisans mezunu işverenle yapılmıştır. Çalışma için bkz. Çolak/Hergüner, s. 2445 vd.

¹⁰⁴ Bkz. Dulay Yangın/Doğan, s. 125.

edilerek sosyal korumanın devlet gözetiminde sağlanması değerlendirilebilecek yöntemlerden biridir.

Değnilmesini önemli bulduğumuz son bir husus, korunmalı istihdam uygulamasına yönelik eleştirel bir yaklaşımın Türk hukukunda da benimsenip benimsenmeyeceğine ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, zihinsel veya ruhsal engellilerin istihdamını arttırmak amacıyla izlenebilecek bir diğer yöntem, korunmalı işyeri uygulamasını işler hale getirmek yönündeki ısrardan vazgeçmek ve bunun yerine, diğer ülke örneklerine benzer bir biçimde, **korunmalı işyeri uygulamasına alternatif istihdam yöntemlerine şans vermek** olabilecektir. Nitekim son yıllarda yaygınlaşan engellilere yönelik dışlayıcı/ayrımcı uygulamalarla mücadeleye yönelik politika değişikliğine paralel olarak, korunmalı işyeri uygulamasının yerindeliği tartışılmaya başlanmış ve bu uygulamanın ayrımcı/dışlayıcı (*segregated*) olduğu yönünde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır¹⁰⁵. Kimi ülkelerdeki geleneksel korunmalı istihdam uygulamaları ise revize edilerek güncelleştirilmiştir¹⁰⁶. Görüldüğü üzere korunmalı istihdam yöntemini geçmişte bir süre uygulayan ve bu yöntemle çok sayıda zihinsel veya ruhsal engelli istihdam eden ülkelerde, korunmalı istihdamdan vazgeçme yönünde bir eğilim mevcut olup bu trend günden güne artış göstermektedir. Bu yaklaşımın Türk hukukundaki istihdam politikaları yönünden de göz önünde bulundurulabileceğini belirtmek gerekir.

SONUÇ

Toplumun en dezavantajlı kesimlerinden biri olan engellilerin dezavantajlı durumunu gidermeye veya ortadan kaldırmaya yönelik ilk politikalar, engelliliğin salt bir sağlık sorunu olmadığını kabulüyle başlamıştır. Bu anlayış doğrultusunda engelliler sosyal koruma kapsamına

¹⁰⁵ Bu yönde kapsamlı bir çalışma ve çeşitli görüşler için bkz. May-Simera, Charlotte. “Reconsidering Sheltered Workshops in Light of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006)”, *Laws*, C. 7, S. 1, 2018, s. 2 vd. Ayrıca bkz. National Disability Rights Network. *Segregated & Exploited: The Failure of the Disability Service System to Provide Quality Work*, 2011, s. 11 vd. <https://www.ndrn.org/images/Documents/Resources/Publications/Reports/Segregated-and-Exploited.pdf> (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

¹⁰⁶ Örneğin ABD’de 1990 yılında kabul edilen Engelli Amerikalılar Kanununda (Americans with Disabilities Act) engellilere yönelik dışlayıcı/izole edici uygulamaların yasaklanması ve ABD Yüksek Mahkemesinin *Olmstead v. L.C.* (1999) kararı vesilesiyle, engellilere ilişkin istihdam politikalarında köklü değişimler yaşanmıştır. O zamana değin yaygın olarak uygulanmakta olan korunmalı işyeri uygulamasının kademeli olarak kaldırılması ve bu işyerlerinin yerini rekabetçi entegre istihdam (*competitive integrated employment*) merkezlerinin alması için çoğu eyalette (örneğin Vermont, New York, Massachusetts, Kuzey Carolina, Oregon vb.) girişimler başlatılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Hoffman, Laura C. “An Employment Opportunity or a Discrimination Dilemma: Sheltered Workshops and the Employment of the Disabled”, *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, C. 16, S. 2, 2013, s. 155 vd.; Brennan-Krohn, Zoë. “Employment for People with Disabilities: A Role for Anti-Subordination”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, C. 51, S. 1, 2016, s. 242 vd. Rekabetçi entegre istihdam yöntemi için ayrıca bkz. <https://www.dol.gov/agencies/odep/program-areas/integrated-employment> (Erişim Tarihi: 06.06.2022). İspanya’da ise engelliler yönünden özel çalışma merkezleri (*centros especiales de empleo*) inşa edilmiş ve zihinsel engellilerin istihdamı büyük ölçüde bu çalışma merkezleri yoluyla ve artan sayılarla gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Bkz. Malo, Miguel A./Vanesa, Rodríguez. “Sheltered employment for people with disabilities: An international appraisal with illustrations from the Spanish case”, *MPRA, Paper No: 111861*, 2022, s. 2 vd. https://mpra.ub.uni-muenchen.de/111861/1/MPRA_paper_111861.pdf (Erişim Tarihi: 05.06.2022). Ayrıca bkz. <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/empleo-para-personas-con-discapacidad/centros-especiales-empleo#:~:text=Los%20Centros%20Especiales%20de%20Empleo,e1%20mercado%20ordinario%20de%20trabajo.> (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

alınmış ve engellilerin istihdamında önemli politika değişikliklerine gidilmiştir. Engellilerin çalışma hayatına etkin bir biçimde katılmalarını sağlamak adına devlet müdahalelerini de içeren çeşitli istihdam politikaları geliştirilmiştir. Engellilere yönelik başvuru en yaygın istihdam yöntemlerini kota yöntemi, desteklenmiş/sübvans edilen istihdam yöntemi, seçilmiş iş yöntemi, kişisel çalışma yöntemi, evde çalışma, kooperatif çalışma yöntemi ve korumalı istihdam yöntemi şeklinde sıralamak mümkündür. Tek başına veya diğer istihdam yöntemleriyle birlikte uygulanan bu istihdam yöntemlerinin uygulama esasları ülkeden ülkeye farklılıklar barındırmaktadır.

Engellilere yönelik istihdam yöntemlerinden biri olan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan korumalı istihdam modeli, engeli nedeniyle diğer istihdam modelleriyle normal işgücü piyasasında çalışma imkânı bulamayan engelliler için özel olarak düzenlenen (korumalı) işyerlerinde yapılan çalışmaları ifade etmektedir. Bu istihdam modelinde engellilerin rehabilite edilmeleri ve işi öğrenmeleri; zaman içerisinde entegrasyonlarının sağlanması yoluyla normal işgücü piyasasına geçmeleri amaçlanmaktadır. Korumalı işyerlerindeki çalışma ortamının rekabetten uzak olması sebebiyle, korumalı işyeri işverenleri devlet tarafından çeşitli destek ve teşviklerle desteklenmektedir. Korumalı istihdam yöntemi tedavi edici model, ara model, ücretli istihdam modeli, karma model gibi geleneksel modellerin yanı sıra geçiş modeli şeklinde de uygulanmaktadır.

Türk hukukunda korumalı işyeri uygulaması ilk olarak 01.07.2005 tarih ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunla düzenlenmiştir. Korumalı işyerlerine ilişkin usul ve esaslar ise önce 2006 yılında, daha sonra 2013 yılında ve son olarak 2022 yılında çıkarılan yönetmeliklerle düzenlenmiştir. 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanunla ise korumalı işyeri uygulamasında finansman yönünden çeşitli değişikliklere gidilmiştir. Günümüz itibarıyla korumalı işyerlerine ilişkin hatırı sayılır bir mevzuatın olduğundan söz edilebilir. Bu düzenlemelerden biri olan ve 27.01.2022 tarihinde yürürlüğe giren Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelikte korumalı işyeri statüsü kazanmanın şartları ve korumalı işyerlerinde engelli istihdam etmenin usul ve esasları düzenlenmiştir.

Yönetmeliğe göre korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için sağlanması gereken ilk koşul, işyerinin fiziki yönden standartlara uygunluğu ve donanımsal yeterliliğidir. Yönetmelikte yer alan ayrıntılı düzenlemelerle korumalı işyerleri engelliler yönünden erişilebilir ve güvenli çalışma alanları olarak dizayn edilmiştir. Ancak bu düzenlemede özellikle iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hususlara ve engelliler yönünden özel olarak gözetilmesi gereken iş güvenliği risklerine yeterince yer verilmemiştir. Korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için sağlanması gereken bir diğer koşul, işyerinde çalıştırılması zorunlu tutulan bazı personellerin istihdam edilmesine ilişkindir. Buna göre işveren, korumalı işyerinin işleyişinden sorumlu işyeri yöneticisi ve mesleki ve teknik eğitim alanında yükseköğrenim görmüş veya usta öğreticilik yeterliğine sahip eğitici personel istihdam etmekle yükümlüdür. Korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için aranan en önemli şart ise, işyerinde asgari sayıda (en az %40 oranında engele sahip) zihinsel veya ruhsal engelli işçinin çalıştırılmasına ilişkindir. Korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için çalıştırılması gereken asgari engelli işçi sayısı yıllar içerisinde kademeli olarak azaltılmıştır. Yürürlükteki düzenlemeye göre işverenin korumalı işyeri statüsü başvurusunda bulunabilmesi için en az 5 zihinsel veya ruhsal engelli istihdam etmesi ve bu işçilerin işyerindeki toplam işçi sayısına oranının %50'den az olmaması gerekir.

Korumalı işyerlerinde engelli istihdam edilirken uyulması gereken esaslar yönetmelikte detaylı olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple çalışma mevzuatının genel hükümlerinin korumalı işyeri işvereni ile engelli işçi arasındaki iş ilişkisine niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını belirtmek gerekir. Nitekim mevzuatta yapılan değişikliklerle birlikte Türk hukukunda korumalı işyerleri yönünden ücretli istihdam modelinin kabul edildiğinden söz edilebilir. Bu nedenle korumalı işyerlerinde istihdam edilen engelli işçiler de kural olarak engeli olmayan işçilerle eşit hak ve yükümlülükler tabi olacaklardır. Ancak işverenlere getirilen işyeri ve çalışma koşullarını engellilere göre hazırlama yükümlülüğü karşısında, bu genel kurala engelliler lehine bazı istisnaların getirilmesi yerinde olacaktır.

Korumalı işyerlerinin yaygınlaşmasını sağlamak ve işverenlerin ek maliyetlerine destek olmak amacıyla korumalı işyerleri yönünden çok sayıda destek ve teşvik düzenlenmiştir. Bu desteklerin ilki, engellilere işverenlerince ödenen ücretlerin bir kısmının Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca işverene geri ödenmesine yöneliktir. Bunun dışında korumalı işyeri işverenine gelir vergisi ve kurumlar vergisi yönünden korumalı işyeri indirimini düzenlenmiş; korumalı işyerleri çevre ve temizlik vergisinden muaf tutulmuştur. Korumalı işyeri işverenlerinin kısa vadeli sigortalar, uzun vadeli sigortalar ve işsizlik sigortası kapsamında engelli işçi adına ödemekle yükümlü oldukları sigorta primlerinin işveren payının ise Hazine tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Korumalı işyeri kurmak isteyen ve başvuru koşullarını sağlayan işverenlere ayrıca; kuruluş sermayesi desteği, engelli ücret desteği ve işletme giderleri desteğinden oluşan korumalı işyeri proje desteği verilmektedir. Ancak kabul edildiği tarihten bu yana tutarları güncellenmeyen bu proje desteği, günümüz itibarıyla işverenler için yeterli bir destek olmaktan uzaktır.

Diğer ülke örnekleriyle kıyaslandığı zaman, Türk hukukundaki korumalı işyeri uygulamasının pek de uzun sayılmayacak bir geçmişi bulunmaktadır. Nitekim korumalı istihdam kapsamındaki ilk düzenleme 2005 yılında 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunla getirilmiş ancak zaman içerisinde korumalı işyeri uygulaması önemli değişikliklere uğramıştır. Ancak bu kısa süre zarfında, konunun üç ayrı yönetmelikle düzenlenmeye çalışıldığı göz önünde bulundurulduğunda, Türk hukukunda korumalı işyeri uygulamasının halen sağlam bir zemine oturtulmadığı açıktır. Üstelik politika değişikliklerine rağmen korumalı işyerlerine ilişkin sorunların halen çözülememesi; sorunun korumalı işyeri statüsü kazanabilmek için aranan asgari engelli sayısının azaltılması veya korumalı işyerlerine yönelik teşviklerin artırılmasından daha büyük boyutlu olduğunun göstergesidir.

Kanımızca korumalı işyerlerindeki engelli istihdamını arttırmanın en önemli yollarından biri, korumalı işyerinin ve engelli işçilerin işverenlere olan maliyetini düşürmek veya ortadan kaldırmaktan geçmektedir. Öncelikli olarak bu yönde düzenlemelere gidilmesi ve kabul edildiği günden bu yana hiçbir şekilde güncellenmeyen proje destek tutarlarının günün koşullarına uygun olarak güncellenmesi gerekmektedir. Ayrıca, korumalı işyerleri yönünden düzenlenen ve tutarları güncellenen teşvik ya da desteklere yönelik duyuru ve reklam türü faaliyetler artırılması ve çalışma hayatının aktörlerinin korumalı işyerlerine yönelik önyargılarının kırılması da bu aşamada önem taşımaktadır. Mevcut düzenlemelerin iyileştirilmesine ek olarak, başvurulabilecek bir diğer çözüm yolu, korumalı işyeri uygulamasına işlerlik sağlamak adına yeni istihdam politikalarının gündeme alınmasıdır. Örneğin kamu sektöründe korumalı işyeri bölümlerinin oluşturulması ve

zihinsel ya da ruhsal engellilerin bu tür işyerlerinde izole edilmeden istihdam edilmesi, korumalı istihdamın yaygınlaşmasına katkı sağlayabilecektir. Son olarak, uluslararası ölçekte korumalı istihdam uygulamasına yönelik eleştirel yaklaşımlar, Türk hukukundaki istihdam politikaları yönünden de gündeme alınabilir. Nitekim son yıllarda korumalı istihdam yönteminin engelliler lehine mi aleyhine mi olduğu hususu sıklıkla tartışma konusu yapılmaya başlanmıştır. Korumalı istihdam yöntemini ayrımcı/dışlayıcı bulan ülkelerde geleneksel istihdam yöntemleri, yerini alternatif ve özgün yöntemlere bırakmaya başlamıştır. Türk çalışma hayatının dinamikleri doğrultusunda belirlenecek zihinsel veya ruhsal engellilere yönelik bu tür bir istihdam modeli arayışı, kanımızca ülkemiz açısından da gündeme alınabilir.

KAYNAKÇA

Açıkgöz, Aslı. *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Alpagut, Gülsevil. “Korumalı İşyeri Kavramı ve Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmeliğin Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 3, 2006, s. 29-36.

Bilgin, Kâmil Ufuk. “Özürülülerin Çalışma Hayatındaki Sorunları ve Çözüm Önerileri”, *Kamu-İş Dergisi*, C. 5, S. 4, 2000, s. 2-19.

Brennan-Krohn, Zoë. “Employment for People with Disabilities: A Role for Anti-Subordination”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, C. 51, S. 1, 2016, s. 239-272.

Civan, Orhan Ersun. “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75, S. 4, 2017, s. 205-290.

Çalışkan, Koray. *Almanya ve Türkiye’de Korumalı İşyeri Uygulaması*. Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

Çavuş, Hakan/Tekin, Akay. “Türkiye’de Engellilerin İstihdam Yöntemi Olarak Korumalı İşyeri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1, 2015, s. 145-165.

Çolak, Ümran/Hergüner, Burak. “Zihinsel Engellilerin İstihdamı ve Korumalı İşyeri Projesinin İşverenler Açısından Uygulanabilirliği: Trabzon Örneği”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 8, 2016, s. 2436-2455.

Dulay Yangın, Dilek/Doğan, Sevil. “Özel Bir Risk Grubu Olarak Engelli Çalışanlara Yönelik Alınması Gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Hukuki Çerçevesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 42, 2019, s. 110-127.

Engelli ve Eski Hükümlülere Yönelik Proje Destekleri Başvuru Rehberi (2020/1.Dönem). https://media.iskur.gov.tr/33204/engelli-ve-eski-hukumulu-proje-basvurulari_ek_proje-basvuru-rehberi-2020-1-donem.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2022)

European Parliament (Directorate-General For Internal Policies). *Reasonable Accommodation and Sheltered Workshops for People with Disabilities: Costs and Returns of Investments*, 2015. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536295/IPOL_STU\(2015\)536295_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536295/IPOL_STU(2015)536295_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

Gökmen, Hüseyin. “Korumalı İşyerleri ve İstihdam”, *İstihdamda 3i Dergisi*, S. 9, 2013, s. 56-57.

Hoffman, Laura C. “An Employment Opportunity or a Discrimination Dilemma: Sheltered Workshops and the Employment of the Disabled”, *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, C. 16, S. 2, 2013, s. 151-180.

International Labour Organization (ILO). *Disability Inclusion Strategy and Action Plan 2014-17*, 2015. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/genericdocument/wcms_370772.pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2022)

Kağncıoğlu, Deniz/Şişman, Yener/Akgül, Taylan/İlhan, Zeynep/Boyacı, Nil Belgin. *Türkiye’de Engelli İstihdamı, Kota Yöntemi Açısından Durum Analizi: İşveren ve İşveren Vekilleri ile Bir Araştırma*, Nobel Yayın, Ankara, 2021.

Karaşlan, Lütfiye. “Geçmişten Günümüze Engelli İstihdamı: Engelliler için Nitelikli İstihdamda Yeni Yaklaşımlar”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 1, S. Özel Sayı, 2020, s. 46-58.

Korumalı İşyeri Hibe Projesi Başvuru Formu (2022/1.Dönem). <https://media.iskur.gov.tr/49985/korumali-isyeri-proje-basvuru-formu-2022-1-donem.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)

Köksal, Ayşegül/Doğan, Zeki. “Kurumlar Vergisi Mükellefleri için Korumalı İşyeri İndirimi Uygulaması”, *Vergi Raporu*, S. 244, 2020, s. 11-20.

Köme Akpulat, Ayşe. “İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 77, S. 2, 2019, s. 523-553.

Makas, Recep. “Korumalı İşyeri”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 26, S. 6, 2011, s. 4-13.

Malo, Miguel A./Vanesa, Rodríguez. “Sheltered employment for people with disabilities: An international appraisal with illustrations from the Spanish case”, *MPRA, Paper No: 111861*, 2022, s. 1-24. https://mpra.ub.uni-muenchen.de/111861/1/MPRA_paper_111861.pdf (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

Martin, Tom. *Sheltered employment A review of the literature*, Tom Martin & Associates, Dublin, 2001. https://www.tma.ie/downloads/sheltered_employment_review.pdf (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

May-Simera, Charlotte. “Reconsidering Sheltered Workshops in Light of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006)”, *Laws*, C. 7, S. 1, 2018, s. 1-17.

Migliore, Alberto. “Sheltered Workshops”, *International Encyclopedia of Rehabilitation*, Ed.: John H. Stone ve Maria Blouin, Centre of international Rehabilitation Research Information and Exchange, Buffalo, 2010, s. 1-2. http://wintac-s3.s3-us-west-2.amazonaws.com/topic-areas/ta_511/Migliore-2010-sheltered_workshops_0.pdf (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

National Disability Rights Network. *Segregated & Exploited: The Failure of the Disability Service System to Provide Quality Work*, 2011. <https://www.ndrn.org/images/Documents/Resources/Publications/Reports/Segregated-and-Exploited.pdf> (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

Öğüz, Tufan M. “Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 9, 2008, s. 23-26.

Özgökçeler, Serhat/Alper, Yusuf. “Özürlüler Kanunu’nun Sosyal Model Açısından Değerlendirilmesi”, *İşletme ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 1, 2010, s. 33-54.

Özmen, Dicle Dilan. *Engellilere Yönelik Alternatif İstihdam Modelleri: Korumalı İşyeri Örneği*. Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Sarı Gerşil, Gülşen/Alımanoğlu Yemişçi, Derya. “Korumalı İşyeri Kapsamında Zihinsel Engelli İstihdamı: Manisa OSB Yönetiminde Z.E.K.İ Projesi Örneği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 22, S. 3, 2020, s. 1125-1153.

Selek Öz, Cihan/Orhan, Serdar. “Özürlü İstihdam Yöntemlerinin Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 3, S. 2, 2012, s. 36-48.

- Sözer, Ali Nazım. *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (5. Baskı), Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021.
- Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, *Türkiye İş Kurumu 2019 Yılı Faaliyet Raporu*, 2020. <https://media.iskur.gov.tr/37553/2019-yili-faaliyet-raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)
- Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, *Türkiye İş Kurumu 2020 Yılı Faaliyet Raporu*, 2021. <https://media.iskur.gov.tr/48780/2020-yili-faaliyet-raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)
- Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, *Türkiye İş Kurumu 2021 Yılı Faaliyet Raporu*, 2022. https://media.iskur.gov.tr/53368/2021_yili_faaliyet_raporu.pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2022)
- Şen, Mustafa. “Türkiye’de Engellilere Yönelik İstihdam Politikaları: Sorunlar ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C. 8, S. 2, 2018, s. 129-152.
- Türkiye İş Kurumu 11. Genel Kurul Raporu*. <https://media.iskur.gov.tr/51814/11-genel-kurul-raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)
- Uşan, M. Fatih. “İş Hukukunda Özürlü İstihdamı Yöntemleri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan*, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 851-883.
- Uşan, M. Fatih. *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayını, Ankara, 1999.
- Visier, Laurent. “Sheltered Employment for Persons with Disabilities”, *International Labour Review*, C. 137, S. 3, 1998, s. 347-365.
- World Health Organization (WHO). *World Report on Disability*, 2011. <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/53067/retrieve> (Erişim Tarihi: 18.04.2022)
- Yiğit Şakar, Ayşe. “Korunmalı İşyerlerine Sağlanan Vergi Teşvikleri”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 262, 2014, s. 1-7.
- <https://www.aile.gov.tr/sygm/programlarimiz/sosyal-yardim-programlarimiz/> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)
- <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/DownloadIstatistikselTablo?p=3EkvJTlnr7rAIpelCmRZfLZrpNuWdMMF5cZn24LQtGvtJ2/SR/jIfvmelyRYS/WU> (Erişim Tarihi: 18.04.2022)
- <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/DownloadIstatistikselTablo?p=qrG91/kAimyiUMT70AilbU9UIZG9dNz8aLoYERbnawcAoxd0ipXF3aBdDUiZBwIV> (Erişim Tarihi: 18.04.2022)
- <https://www.dol.gov/agencies/odep/program-areas/integrated-employment> (Erişim Tarihi: 06.06.2022)
- https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312437:NO (Erişim Tarihi: 05.06.2022)
- https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312506:NO (Erişim Tarihi: 05.06.2022)
- https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100834bm_48.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2022)
- <https://www.iskur.gov.tr/is-arayan/aktif-iscucu-programlari/engelli-ve-eski-hukumli-projeleri/> (Erişim Tarihi: 08.04.2022)
- <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/22620739> (Erişim Tarihi: 25.05.2022)
- <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/empleo-para-personas-con-discapacidad/centros-especiales-empleo#:~:text=Los%20Centros%20Especiales%20de%20Empleo,el%20mercado%20ordinario%20de%20trabajo.> (Erişim Tarihi: 05.06.2022)
- https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc083/kanuntbmmc083/kanuntbmmc08304407.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2022)

Dar Mükellef Kurumların Sahibi Olduğu Taşınmazların Satışlarından Elde Edilen Kazancın Vergilendirilmesi

Ali SAKLAN 

Dr., İç Denetçi, Necmettin Erbakan Üniversitesi
Konya, Türkiye, asaklan@erbakan.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 20.01.2022 Kabul: 02.09.2022 Yayın: 21.09.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Dar Mükellef Kurum, Ticari Kazanç, Değer Artış Kazancı.</p>	<p>Dar mükellef kurumlar, Türkiye’de faaliyetlerini yerine getirmek için taşınmaza ihtiyaç duymakta, çeşitli şartlar altında taşınmaz edinmektedirler. Edindikleri bu taşınmazları faaliyetlerinin azalması, ihtiyaçlarının kalmaması gibi nedenlerle satmaktadırlar. Dar mükellef kurumlarca yapılan bu satış işlemi sonucu kazanç elde edilmekte olup, elde edilen bu kazançların vergilendirilmesi gerekmektedir. Vergilendirme işlemi yerine getirilmesinde bu kazancın hangi gelir türüne girdiğinin tespiti önem arz etmektedir. Çünkü ilgili gelir türüne göre vergilendirme süreci değişmektedir.</p> <p>Çalışmada da görüleceği üzere dar mükellef kurumların sahibi olduğu taşınmaz satışlarından elde ettikleri kazançlar kimi durumda ticari kazanç kimi durumda değer artış kazancı olarak değerlendirilmiştir. Bu noktada yapılan bu çalışma, önemine binaen dar mükellef kurumların elde ettikleri bu kazancın hangi gelir türüne dahil olacağını tespit etmeyi amaçlamıştır. Bu doğrultuda çalışma dört bölümde ele alınmış olup, birinci ve ikinci bölümde sırasıyla dar mükellef kurumların taşınmaz edinimine ve kazançlarının tespitine yönelik genel değerlendirme yapılmıştır. Ardından üçüncü ve dördüncü bölümde konu ticari kazanç ve değer artış kazancı yönüyle değerlendirilmiştir.</p>

Taxation Of Income Obtained From The Sales Of Immovable Properties Owned By Institutions That Have Limited Liability To Tax

Article Infos	ABSTRACT
<p>Article History Received: 20.01.2022 Accepted: 02.09.2022 Published: 21.09.2022</p> <p>Keywords: Institutions that have limited liability to tax, Commercial Gain, Value Increase Gain.</p>	<p>Institutions that have limited liability to tax need real estate to carry out their activities in Turkey, and they acquire real estate under various conditions. They may sell the immovables they have acquired for different reasons, such as decrease in their activities and the loss of their needs. As a result of this sale transaction made by institutions that have limited liability to tax, profits are obtained and these gains must be taxed. It is important to determine which type of income this income enters in the fulfillment of the taxation process. Because the taxation process varies according to the relevant income type.</p> <p>As can be seen in the study, the gains obtained from the sales of real estate owned by non-resident corporations are sometimes considered as commercial gains and in some cases as value increase gains. At this point, this study aims to determine which income type will be included in this income obtained by institutions that have limited liability to tax due to its importance. In this direction, the study has been handled in four sections, and in the first and second sections, a general evaluation has been made for the acquisition of real estate and the determination of the earnings of institutions that have limited liability to tax, respectively. Then, in the third and fourth sections, the subject is evaluated in terms of commercial gain and value increase gain.</p>

Atf/Citation: Saklan, A. (2022). “Dar Mükellef Kurumların Sahibi Olduğu Taşınmazların Satışlarından Elde Edilen Kazancın Vergilendirilmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s. 566-584.

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

Günümüzde teknolojinin ve ticaretin hızlı şekilde gelişmesi sonucunda şirketler, her an hareket halinde bulunmakta ve neredeyse dünyanın tamamına yakını küresel bir müşteri olarak görmektedir. Bu noktada şirketler, dünyanın birçok farklı yerinde faaliyette bulunmaktadır. Bu açıdan ülkeler de kendilerine tanınan vergilendirme yetkisine istinaden, şirketleri sınırlı (dar) ve sınırsız (tam) mükellefiyet şeklinde ayrıştırarak, elde ettikleri kazançlar üzerinden vergilendirmektedir. Türkiye’de de benzer bir uygulama bulunmakta olup, şirketler tam ve dar mükellef kurumlar olarak sınıflandırılarak, bu sınıflandırma doğrultusunda vergisel sorumluluklarını yerine getirmeleri sağlanmaktadır.

Türkiye’de dar mükellef kurumlar birçok kazanç yönüyle vergilendirmektedir. Bu kazanç türleri arasında taşınmaz satışlarından elde edilen kazançların vergilendirilmesi de önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye’de bilineceği üzere, birçok farklı ülkeden uluslararası ve çok uluslu şirketler faaliyet göstermektedir. Bu şirketler, faaliyetlerini yerine getirme, yatırım yapma vb. amaçlarla Türkiye’de de taşınmaz edinimi sağlamaktadır. Bahsi geçen bu şirketler, sonrasında şirket politikası, ihtiyaç kalmaması vb. gibi nedenlerle taşınmazlarını satmaktadır. Yapılan bu taşınmaz satışından şirketler belirli bir kazanç elde etmektedirler. Bu noktada, bahsi geçen bu kazançların Devletin vergi alma yetkisine istinaden vergilendirilmesi gerekmektedir.

Türkiye’de dar mükellef kurumlarının kazançlarının vergilendirilmesinde, Türkiye’de işyeri veya daimi temsilci bulunup bulunmamasına ve bu işyeri veya daimi temsilci vasıtasıyla veya vasıtası olmadan kazanç elde edilip edilmemesine göre dar mükellef kurumlar kendi içinde ayrıştırılarak vergilendirme yoluna gidilmektedir. Bu bağlamda, taşınmaz satışları da bu kıstas bakımından farklı vergilendirme esaslarını kendi içinde barındırmaktadır. Bu açıdan dar mükellef kurumların sahibi olduğu taşınmaz satışlarının vergilendirilmesinde belirtilen hususlar doğrultusunda hareket edilmesi ve bu hususların neler olduğu ile nasıl hareket edilmesinin incelenmesi yerinde olacaktır. Bu minvalde çalışma konumuz bu hususları değerlendirmek üzere şekillenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, çalışma konumuz dört bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde dar mükellef kurumların Türkiye’de taşınmaz edinimi hakkında genel bilgilendirme verildikten sonra ikinci bölümde dar mükellef kurumlarda kazancın tespitinin genel değerlendirilmesine yer verilmiştir. Ardından üçüncü bölümde işyeri veya daimi temsilcisi vasıtasıyla dar mükellef kurumların taşınmaz satışının vergilendirilmesi hususu incelenmiş olup, dördüncü ve son bölümde ise işyeri veya daimi temsilcisi vasıtası olmadan dar mükellef kurumların taşınmaz satışlarının vergilendirilmesi değerlendirilmeye çalışılmıştır.

I. DAR MÜKELLEFLERİN TAŞINMAZ EDİNİMİ

Yabancıların taşınmaz edinimine ilişkin düzenlemelere, 2644 Sayılı Tapu Kanununun¹ 35. maddesinde yer verilmiştir. Bahsi geçen madde yıllar içinde defaten değişikliğe uğramış ve en son halini 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun² ile yapılan düzenlemeyle almıştır.

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 2. Fıkrasında yer verilen düzenlemeye göre; kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan yabancı tüzel kişiler, yabancı ülkelerde taşınmaz ve sınırlı ayni hakkı ancak özel kanun hükümlerine göre edinebilmektedir. Fıkranın devam hükmüne göre bahsedilen yabancı tüzel kişiler dışındakiler taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinemezler.

Maddenin içeriğine bakıldığında yabancı tüzel kişilerin taşınmaz ediniminin yalnız özel kanun hükümlerine göre olabileceğini, bunun haricinde taşınmaz ediniminin söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır. Bahsi geçen özel kanun hükümleri ise şu şekilde sıralanabilir. 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu³, 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu⁴, 4737 Sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu⁵, 6491 Sayılı Türk Petrol Kanunu⁶. Belirtilen kanun hükümlerinde yer verilen düzenlemelere kısaca değinilmesi çalışma adına yararlı olacaktır.

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu, serbest bölgelerin iş ve işleyişine ilişkin kanun maddelerini içeren bir kanundur. Serbest bölgede faaliyette bulunmak için yatırımcı Ticaret Bakanlığında ruhsat almak zorundadır. Bu noktada ruhsat verilmesi açısından yerli, yabancı şirket ayrımı yapılmamıştır. Yabancı tüzel kişiler, kendi mülkiyetlerinde bulunan arazi üzerinde de Cumhurbaşkanı kararıyla serbest bölge kurulabilir. Ayrıca Türk tabiiyetindeki yatırımlarla kurulan serbest bölgelerde Kanunun genel yapısından hareketle yabancılara arazi satışı yapılabilir⁷.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun yabancı tüzel kişilerin taşınmaz edinimine ilişkin 8/E maddesinde; turizm merkezlerinde ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde yabancıların taşınmaz iktisabında, Tapu Kanunu ve Köy Kanunu'nun ilgili maddelerinde yer verilen yabancılara ilişkin tahditlerin Cumhurbaşkanı kararıyla istisna edilebileceği ve bu sayede mezkur kanunda yer verilen diğer şartları taşımaları halinde yabancıların bu yerlerde taşınmaz elde edebileceği belirtilmiştir.

4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanununun 1/A ve 3. maddelerine göre; ülke ekonomisini uluslararası rekabet edilebilir bir yapıya kavuşturmak, istihdam ve üretimi artırmak, teknoloji transferini sağlamak, yabancı sermaye girişlerini hızlandırmak gibi amaçlar için oluşturulan endüstri bölgeleri, Cumhurbaşkanınca kurulmasına izin verilebilir. Yine mezkur kanunun 4. maddesine göre; kamulaştırma bedeli yatırımcılar (*dar mükellef kurumlar*

¹ Resmi Gazete (RG) Tarihi: 29.12.1934, RG Sayı: 2892.

² RG Tarihi: 18.05.2012, RG Sayı: 28296.

³ RG Tarihi: 15.06.1985, RG Sayı: 18785.

⁴ RG Tarihi: 16.03.1982, RG Sayı: 17635.

⁵ RG Tarihi: 19.01.2002, RG Sayı: 24645.

⁶ RG Tarihi: 11.06.2013, RG Sayı: 28674.

⁷ Doğan, Vahit. Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 295-296.

bunlar içinde bulunuyor.) tarafından karşılanması halinde yatırımcılar lehine bedelsiz irtifak hakkı tesis edilebileceği belirtilmiştir.

Son olarak 6491 sayılı Türk Petrol Kanununda konuyla ilgili olarak şu hükümlere yer verilmiştir. Kanunun 2/v ve 10. maddelerine göre; araştırma izni, arama ruhsatı veya işletme ruhsatlarından doğan haklardan herhangi biri olan petrol hakkı sahibine, (*dar mükellef kurumlar bunlar içinde bulunuyor.*) ihtiyaç olması halinde kamulaştırma bedelini ödemesi koşuluyla kamulaştıran taşınmazın kullanma hakkı verilebilmektedir. Bu durumda Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca petrol hakkı sahibi lehine bedelsiz ve ruhsat süresince irtifak hakkı tesis edileceği belirtilmiştir.

Sonuç olarak yukarıda yer verilen kanuni düzenlemelerde de görüleceği üzere yabancı yatırımcıların ve sıcak paranın Türkiye'ye gelmesi amacıyla yabancı tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz mal ediniminin teşvik edildiği söylenebilir.

II. GENEL OLARAK DAR MÜKELLEFLER KURUMLARDA KAZANCIN TESPİTİ

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na⁸ (KVK) göre tam mükellef ve dar mükellef arasında yapılan ayırmada önemli nokta; kurumların iş merkezi veya kanuni merkezlerinin Türkiye'de bulunup bulunmamasıdır⁹. Diğer bir ifadeyle dar mükellefiyete tabi olabilmek için sadece iş ve kanuni merkezinin her ikisinin de yurt dışında olması yeterlidir. Mükellefiyetin tespitinde, kurumun ortaklarının Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde olup olmadığına bakılmaz¹⁰. Bu durum kurum dışında kurum ortaklarının da ayrı bir kişiliğe sahip olmasından kaynaklıdır¹¹.

KVK'ya göre dar mükellef kurumun tespitinde kanuni ve iş merkezi ifadelerinden yola çıkılmaktadır. KVK'nın 3. maddesine bakıldığında 5. ve 6. fıkralarında bu kavramların tanımlandığı görülmektedir. Kanun maddesinde; uğraş alanları açısından yerine getirdikleri işlemlerin gerçekten (fiilen) toplandığı ve sevk edildiği yeri iş merkezi olarak ifade edilirken, KVK'ya tabi kurumların mevzuat hükümlerine göre veya akitlerinde ya da ana statülerinde işaret edilen merkezler ise kanuni merkez olarak ifade edilmektedir.

Yine KVK'ya göre dar mükellefler sadece Türkiye sınırlarında kazandıkları kazançlar yönüyle vergiye tabi tutulmakta, Türkiye dışında elde ettikleri kazançları vergilendirme açısından Türkiye'ye bildirmelerine gerek bulunmamaktadır¹².

Sonuç olarak KVK'ya göre dar mükellefler, Türkiye'deki ticari ve ekonomik faaliyetleri kapsamında yalnız Türkiye'deki elde ettikleri kazançların yurt dışında elde ettikleri kazançlarla bağlantısı kurulmaksızın vergilendirildiği, tam mükellefiyet kapsamına girmeyen

⁸ RG Tarihi: 21.06.2006, RG Sayı: 26205.

⁹Demirci, Zeynep. "Uluslararası Vergi Anlaşmaları Kapsamında Kurumlar Vergisi Sorunsalının Değerlendirilmesi", *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı:32, 2018, s. 380.

¹⁰Özaytekin, Nahide. "Türkiye'de Dar Mükellef Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006, s. 2.

¹¹ Yücel, Selçuk/ Turan, Hayrettin, *Dar Mükellef Kurumlar*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, Ankara, 1999, s.5.

¹²Şenyüz, Doğan/ Yüce, Mehmet/ Gerçek, Adnan. *Türk Vergi Sistemi*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 164.

kurumlardır¹³. Aslında vergi hukukunda yabancılık kavramının görünümü dar mükellef kurumlardır, denilebilir¹⁴.

KVK'nın 3. maddesinin 3. fıkrasında dar mükellefiyette kurum kazancı oluşturan hususlardan bahsedilmiştir. Madde metnine göre dar mükellefiyete ilişkin kurum kazancının tespitinde, işyeri veya daimi temsilci bulunduran ve kazancı bu işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla elde eden dar mükellef kurumların kazancı ile işyeri veya daimi temsilcisi aracı olmaksızın dar mükellefiyette kurum kazancı olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Bu ayrımı KVK'nın 22. maddesinin 1. ve 2. fıkrası da desteklemektedir. Bu noktada çalışmada incelenen konuda, kanun lafzında yer verilen bu ayrım dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

III. DAR MÜKELLEFLERİN İŞYERİ VEYA DAİMİ TEMSİLCİSİ ARACILIĞIYLA YAPTIKLARI TAŞINMAZ SATIŞLARININ VERGİLENDİRİLMESİ

Dar mükellef kurumların konuyla ilgili elde ettikleri kazancın değerlendirilmesinde işyeri ve daimi temsilci kavramlarının önem arz ettiği görülmektedir. Bu noktada işyeri ve daimi temsilciden tam olarak ne anlaşılması gerektiğinin gerek ulusal mevzuat gerekse de uluslararası mevzuat yönüyle tespit edilmesi ve bu kavramların irdelenmesi çalışma için yararlı olacaktır. Yine işyeri veya daimi temsilcisi vasıtasıyla yapılacak satışlardan elde edilecek kazancın hangi kazanç türünün içine dahil edileceği hususu çalışma için önem arz eden bir başka husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca konunun KVK kapsamında taşınmazlar yönüyle yapılacak satışlar bağlamında istisna kapsamına dahil edilebileceği göz önüne alındığında başlık kapsamında bu hususunda değerlendirilmesi uygun olacaktır. İlerleyen paragraflarda belirtilen bu ögeler doğrultusunda çalışmanın II. başlığı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

KVK'nın 22. maddesinde dar mükellef kurumların safi kurum kazancının nasıl tespit edildiği izah edilmiştir. Maddenin a fıkrasına göre dar mükellef kurumların işyeri veya daimi temsilcisi aracılığıyla elde etmiş oldukları kazançların aksi bir durum olmadıkça tam mükellef kurumlar yönüyle KVK'da yer verilen hükümler bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Konuya ilişkin bir örnek verilirse, KVK'ya göre dar mükellefiyete tabi olacak bir iş ortaklığının işyeri veya daimi temsilcisi aracılığıyla elde etmiş olduğu kazanç zirai kazanç bağlamında olmadığı sürece ticari kazanç bağlamında değerlendirilecek ve KVK'da tam mükellefler için yer verilen hükümler vergilendirilmede etkili olacaktır¹⁵.

Yine KVK'nın tam ve dar mükellefiyeti izah ettiği 3. maddesinde dar mükellefler için ticari kazanç hangi durumlarda olabileceği ifade edilmektedir. Madde metninde; Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcisi olan yabancı ülkelerde mukim olan kurumların buldukları

¹³Kurtulmuş, Esra. "Dar Mükellef Kurumların Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 17.

¹⁴Ekmekci, Esra, *Kurumlar Vergisinde Dar Yükümlülük*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s.19.

¹⁵Küpel, Celal. "Türk Vergi Sisteminde Dar Mükellef Kurumların Vergilendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 12.

işyeri veya daimi temsilcisi aracılığıyla yaptıkları işler kapsamında elde ettikleri kazançlar ticari kazanç olarak ifade edilmiştir.

KVK'nın 3/3-a maddesine göre; dar mükellef kurumlarda ticari kazançta vergiyi doğuran olay, Türkiye'de işyeri olan veya daimi temsilci bulunduran yabancı kurumlar tarafından bu yerlerde veya bu temsilciler vasıtasıyla yapılan işlerden kazanç elde edilmesidir¹⁶.

Ayrıca aynı maddenin 4. fıkrasında 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa¹⁷ (GVK) atıfta bulunulan durumlar hakkında hükümlere yer verilmiştir. Fıkra; gelirin Türkiye'de elde edilmesi ve daimi temsilci yönüyle, GVK'da yer verilen düzenlemelerin geçerli olacağı belirtilmiştir.

Sonuç olarak dar mükelleflerin birinci koşul olarak Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcisi bulundurması ve ikinci koşul olarak bunlar aracılığıyla elde ettikleri kazançları, ticari kazanç olarak değerlendirilmektedir¹⁸.

KVK'da işyeri kavramının tespitinde, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun¹⁹ (VUK) 156. maddesine atıf yapıldığı görülmektedir. Maddede işyeri kavramı çeşitli örnekler verilerek tarif edilmiş, işyeri olabilecek yerler tahdidi olarak sayılmamıştır. Bu durum madde metninde geçen "gibi" ifadesinden anlaşılmaktadır.

İşyeri, özellikle ticari kazançların vergilendirilmesinde ve kazancın elde edildikleri ülkenin tespiti ile bu ülkeyle vergiyle ilgili bağın kurulmasında, vergilendirmeye temel teşkil eden yer ve mekan olarak ifade edilebilir. Ancak son dönemlerde özellikle bilişim teknolojilerinde yaşanan inanılmaz değişim kazancın elde edilmesi ile elde edilen ülke arasındaki vergilendirme bağının işyeri nezdinde kurulmasını önemli ölçüde zorlaştırmaktadır²⁰.

Yine KVK daimi temsilci açısından da 193 sayılı GVK'ya atıfta bulunmuştur. GVK'nın 8. Maddesinde daimi temsilci tarif edilmiştir. Verilen tanıma göre, hizmet ve vekalet sözleşmesi ile temsil ettiği kuruma bağlı olan ve o kurum adına belirli ya da belirsiz bir zamanda, birçok ticari işlemle sorumlu olunan kişi şeklinde ifade edilmiştir. Yine maddenin devamında üç bent halinde hiçbir şarta bağlı olmadan belirtilen kişilerin daimi temsilci sayılacağı belirtilmiştir. (Örnek olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na²¹ göre belirlenen ticari temsilci, acenta vb.)

GVK'da yer verilen daimi temsilci kavramlarına ek olarak giderlerinin tamamı temsil edilen yabancı kurumca karşılanan irtibat büroları da daimi temsilci olarak kabul edilmektedir²².

¹⁶Keskin, Kemal Serkan. "Dar Mükellef Kurumlarda Daimi Temsilci Kavramı ve Vergilendirmeye Etkisi", *Vergi Raporu Dergisi*, Sayı:175,2014, s. 262.

¹⁷ RG Tarihi: 06.01.1961, RG Sayı: 10700.

¹⁸Yıldız, A. Murat. *Kurumlar Vergisi Beyanname Düzenleme Rehberi*, TÜRMOB-TESMER Yayınları, Ankara, 2020, s. 366.

¹⁹ RG Tarihi: 10.01.1961, RG Sayı: 10703.

²⁰Öner, Cihat. "Dar Mükellefiyette Ticari Kazancın Türkiye'de Elde Edilmiş Sayılmadığı Haller Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (2), 2014, s. 373.

²¹ RG Tarihi: 14.02.2011, RG Sayı: 27846.

²²Öncel, Mualla/ Çağan, Nami/ Göker, Cenker. *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 335.

İşyeri veya daimi temsilci aracılığıyla dar mükellef kurumların gelir elde etmesine ilişkin olarak vergisel yükümlülüğün değerlendirilmesinde vergi idaresinin görüşünü yansıtması için birkaç özelgeden örnekler verilebilir.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı'nca²³ verilen özelgede; dar mükellef kurum tarafından petrol arama sondaj faaliyetinde bulunmak için Türkiye'de kurulan şube aracılığıyla elde edilen kazancın ticari kazanç olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yine Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı'nca²⁴ verilen bir başka özelgede; dar mükellef kurumun özelve konu şirketi daimi temsilci olarak atamak suretiyle Türkiye'de yedek parça dağıtımını yapmak üzere faaliyette bulunması durumunda, Türkiye'de VUK hükümlerine göre uygun bir şekilde işyeri veya daimi temsilci bulundurmaları ve elde edilen kazancın bu yerlerde ya da bu temsilcilikler aracılığıyla elde edilmesi durumunda elde edilen ticari kazanç dar mükellefiyet esasında Türkiye'de vergilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yer verilen özelve de görüleceği üzere işyeri veya daimi temsilcisi olan ve yapılan faaliyet sonucunda elde edilen kazançların işyeri ya da daimi temsilcisi aracılığıyla elde edilmesinin dar mükellef kurumlar açısından ticari kazanç olarak değerlendirilerek vergilendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Konuya ilişkin olarak yargı kararlarından da örnekler verilebilir.

Danıştay²⁵ tarafından verilen kararda, dava konusu; dar mükellef kurumun daimi temsilcisi adına elde edilen kazançla bağlantılı tarh edilen cezalı kurumlar vergisinin davacı şirketin daimi temsilci olduğuna dair somut tespitler olmadığından kasıtlı davanın kabulüne karar veren vergi mahkemesi kararının temyiz istemine ilişkindir. Danıştay tarafından verilen kararda özetle, dar mükellef kurumun muhtelif işletmelerden sinema filmi gösterim, yayın ve dağıtım hakları almakta olduğu ve davacı şirketinde bahsi geçen işlerin pazarlama işlemlerini gerçekleştirerek organize ettiği, bunları ortağı ve yöneticisi dar mükellef kurumun imkanlarını kullanarak yürüttüğünden bahisle davacı şirketin dar mükellef kurumun daimi temsilcisi olduğu sonucuna varıldığı, belirtilmiştir.

Yine Danıştay²⁶ tarafından verilen bir başka kararda, dava konusu; dar mükellef kurumun daimi temsilcisi olan davacı aracılığıyla kazanç elde etmesi ve bu kazançla ilişkin tarh edilen cezalı kurumlar vergisi, kurum geçici vergi ve kesilen özel usulsüzlük cezalarının iptaline ilişkin açılan davada davacı şirketin daimi temsilci olduğuna dair somut tespitler olmadığından kasıtlı davanın kabulüne karar veren vergi mahkemesi kararının temyizine ilişkindir. Danıştay tarafından verilen kararda özetle, davacının söz konusu şirketin %50 ortağı olduğu ve davacının dar mükellef kurumun mal temininin ve mallarını satmak için müşterileri bulma ile şirketin mallarını pazarlama işlemlerini gerçekleştirerek organize ettiği, malların depolanması ortağı ve yöneticisi bir başka şirketin imkanlarını kullanarak sağladığı, dar

²³ Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 21.02.2012 tarih ve B.07.1GİB.4.06.18.02-32171-8466-271 sayılı Özelge. (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi), E.T. 13.04.2022.

²⁴ Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 27.03.2013 tarih ve 27575268-105 [10-2012-9134]-284 sayılı Özelge. (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi), E.T. 13.04.2022.

²⁵ Danıştay 4.Dairesi., E.2012/3790 K.2016/470, KT. 15.02.2016, (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi), E.T. 13.04.2022.

²⁶ Danıştay 4.Dairesi., E.2012/683 K.2015/1022, KT. 26.03.2015, (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi), E.T. 13.04.2022.

mükellef kurumun Türkiye'deki işlemlerini yürüttüğü sabit olduğundan bahisle davacı şirketin dar mükellef kurumun daimi temsilci olduğu sonucuna varıldığı, ifade edilmiştir.

Yer verilen yargı kararları örneklerinde de görüleceği üzere; davaya konu davacıların dar mükellef kurumun daimi temsilcisi olduğunun kabul edilmesi için, daimi temsilcilik ilişkisinin somut tespitler vasıtasıyla ispatlanması gerekmektedir.

İşyeri-daimi temsilci konusunda 2017'de revize edilen OECD²⁷ Model Vergi Anlaşması yorum ve açıklamalarına²⁸ da bakılması uygun olacaktır. Bahsi geçen anlaşmanın 5. maddesinde işyeri kavramı izah edilmiştir. Maddeye göre; işyeri sabit bir yer olduğu ifade edilmiş, diğer bir anlatımla bir girişime ait işlemlerin tümüyle ya da kısmen idame edildiği yer olarak tanımlanmıştır. Maddenin devamında aynı VUK'da olduğu gibi çeşitli işyerleri isim olarak zikredilmiş ve verilen tanımlamanın bunları da kapsadığı belirtilmiştir. (Örnek olarak şube, ofis, atölye, taş ocağı, gaz ve petrol kuyusu vs.) Yine ticari sabit yer haricinde "yakından ilişkili teşebbüslerin" dar mükellef kurumun ticari faaliyetini hazırlayıcı, tamamlayıcı olması halinde artık dar mükellef kurumun bir işyeri oluşmuş sayılacağı belirtilmiştir. Ayrıca bir kişinin tamamen yakından ilişkili teşebbüs için ticari faaliyette bulunması durumunda, söz konusu teşebbüs açısından bağımsız acenta olarak kabul edilmeyeceği diğer bir anlatımla bağımlı acenta olarak sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Yine aynı anlaşmanın 7. maddesinde ticari kazancın vergilendirilmesi izah edilmiştir. Maddeye göre sözleşmeye taraf devletlere mukim olan kurumun diğer sözleşmeye taraf devlette bulunan bir işyeri aracılığıyla ticari işlem (faaliyet) yapması sonucu elde ettiği kazancın diğer sözleşmeye taraf olan devlet tarafından ticari kazanç olarak vergilendirileceği ifade edilmiştir.

Konunun değerlendirmesi adına çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarına²⁹ (ÇVÖA) da bakılması uygun olacaktır. Çünkü bazı durumlarda çifte vergilendirme önleme anlaşmalarında yer verilen işyeri tanımı daha geniş olmakta, VUK'ta kabul edilmeyen faaliyetleri de içermektedir³⁰. Bu noktada Türkiye'nin çok sayıda ülkeyle ÇVÖA bulunması dolayısıyla sadece örnek mukabilinde gösterilmesi amacıyla yapılan bu çalışmada İngiltere ile yapılan ÇVÖA'dan örnek verilecektir.

Türkiye ile İngiltere arasındaki ÇVÖA'nın 5. maddesinde işyeri OECD Model Vergi anlaşmasında yapılan tanımlamaya paralel olarak sabit yer şeklinde ifade edilerek, bir girişime ait işlemlerin tümüyle ya da kısmen idame edildiği yer olarak tanımlanmıştır. Yine maddenin devamında ismen belirtilen ve işyerinin tanımının kapsamına dahil edilecek yer örnekleri sıralanmıştır. (Örnek olarak büro, maden ocağı vs.) Ayrıca maddenin 5. fıkrasında; bir kişi, 6. fıkrada belirtilen bağımsız acenta dışında, dar mükellef kurum adına hareket ederse 5. fıkrada belirtilen şartlara haiz olmak üzere, dar mükellef kurumun mukimi olmayan devlette yaptığı

²⁷ Organization for Economic Co-operation and Development, Türkçesi: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü.

²⁸ Semercigil, Murat, "2017 Revize OECD Vergi Anlaşması Modeli Yorum ve Açıklamaları", <https://rehberdanismanlik.com/2017-revize-oecd-vergi-anlasmasi-modeli-yorum-ve-aciklamalari-murat-semercigil>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

²⁹ Bahsi geçen çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları OECD Model Vergi Anlaşmasına göre hazırlanmaktadır.

³⁰ Berkay, Ferman/Armağan, Ramazan. "Vergilemenin Uluslararası Boyutlarından Çifte Vergilendirme Sorunsalının Türk Vergi Sistemine Etkisi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, Cilt:3, Sayı:5, 2011, s. 103.

her türlü faaliyetten kaynaklı olarak dar mükellef kurumun işyeri olduğu kabul edileceği, ifade edilmiştir.

Yine İngiltere ile yapılan ÇVÖA'nın 7. maddesinde ticari kazançla ilişkin OECD model vergi anlaşmasında yapılan tarifin zıt ifadesinden hükme bağlanmıştır. Sözleşmeye taraf Devlet mukimi kurum diğer taraf devlette bulunan işyeri aracılığıyla ticari işlem yapmadıkça bu taraf devlette ticari kazanç yönüyle vergilendirmeye tabi tutulmayacaktır. Ama tam tersi durumda sözleşmeye taraf devlette bulunan işyerine isabet eden kısım kadar bu devlette vergilendirilecektir.

Yer verilen gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuat hükümlerinde de görüleceği üzere işyeri kavramı ile ticari kazancın tespiti dar mükellef kurumlar için yakın ilişki içindedir.

İşyeri veya daimi temsilcisi aracılığıyla kazanç elde eden dar mükellef kurumlar, KVK'nın "İstisnalar" başlıklı 5. maddesinin taşınmaz satış kazançları istisnasını izah edildiği bentte (5/1-e bendi) belirtilen şartları yerine getirilmesi halinde taşınmaz satış kazancı istisnasından faydalanma durumu da söz konusu olmaktadır. Yer verilen bu istisnadaki hedef, KVK'ya tabi mükelleflere ait taşınmazların ekonomik bağlamda daha verimli kullanma yoluna gidilerek bu mükelleflerin mali bünyelerinin güçlendirilmesi şeklinde ifade edilebilir³¹.

Öz itibarıyla minimum 2 tam yıl aktifinde bulundurduğu taşınmazları satan KVK mükelleflerinin bu satıştan elde ettikleri kazançların %50'si maddede ve tebliğde yer verilen şartları yerine getirmesi halinde istisnadır.

Maddede belirtilen bu istisna hükmü 05.12.2017 tarihinden itibaren kazancın %50'lik kısmına uygulanmaktadır. Bu noktada bu tarihten itibaren istisnaya ilişkin maddenin devam hükümlerinde belirtilen istisnaya konu edilen kazancın %50'lik kısmı fon hesabına alınacaktır³².

İstisna düzenlemesinde yer verilen taşınmazdan kastın ne olduğu, 1 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde³³ (KVG) belirtilmiştir. Maddeye göre, taşınmazdan kastın 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun³⁴ (TMK) 704. maddesinde yer verilen arazi, bağımsız bölümler ve sürekli haklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yine maddenin devamında; satışa konu edilecek taşınmazın bahse konu mükellefler nezdinde tapuya tescil edilmesi gerekmektedir. Menfi durum istisnanın uygulanmamasına sebebiyet vermektedir.

Taşınmaz tanımına, TMK'nın 684. Maddesinde yer verilen, yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olarak kabul edilebilen, zarara uğratılmaksızın veya yok edilmeksizin asıl şeyden ayrılamayan taşınmazın bütünüyle parçası niteliğinde olan unsurları da girecektir. 684.

³¹Ozan, Sabri. *Örnek Soru ve Açıklamalarla Vergi Kanunları Uygulaması, Beyan ve Denetim*, Vergi Müfettişleri Derneği Yayınları, Ankara, 2018, s. 309.

³²Maliye Hesap Uzmanları Derneği. *Denetim Vergi Tekniği ve Revizyon*, Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, Ankara, 2019, s. 9.

³³ Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, RG Tarihi: 03.04.2007, RG Sayı: 26482.

³⁴ RG Tarihi: 08.12.2001, RG Sayı: 24607.

Maddede yer verilen yerel adet ifadesi sadece diğer şartların var olup olmadığı hakkında şüpheye düşülmesi halinde önemli olacağı kabul edilmektedir³⁵.

Taşınmaz tanımına, TMK'nın 686. Maddesinde yer verilen ve birleştirme, takma veya başka bir şekilde asıl şeye bağlanan, özgülenen taşınır olarak tarif edilen taşınmazın eklentisi niteliğinde olan unsurlar girmeyecektir. Eklenti ilişkisinde, bağımsız şeyler arasında mevcut bulunan işlevsel amaç bağıyla eklenti niteliğinde bulunan şey, asıl şeye bağlanmaktadır³⁶.

Kavramlara ilişkin yapılan tanımlarda görüleceği üzere, eklenti bağımsız mal vasfını korurken, bütünüyle parça bağımsız mal vasfı arz etmemektedir³⁷.

Yine KVK'ya göre; belirtilen istisna taşınmaz satışının yapıldığı dönemde uygulanmakla birlikte, satıştan kaynaklı olarak istisnadan yararlanacak kısmın satışı takip eden yılın sonuna kadar ilgili mükelleflerin pasifte özel bir fon hesabında tutulması gerekmektedir. Ve ilgili kazanç sonucu elde edilen bedelin satışı takip eden ikinci yılın sonuna kadar tahsil edilmesi gerekmektedir.

Dar mükelleflerin işyeri veya daimi temsilcisi vasıtasıyla taşınmaz satış kazancına ilişkin vergilendirmede, KVK'nın 5/1-e maddesinde ve 1 Seri No'lu KVKGT'de belirtilen hükümlerin yerine getirilmesi durumunda bahsi geçen istisnadan yararlanabileceklerdir.

Çalışma her ne kadar KVK bağlamında değerlendirilse de, Türkiye'de önem arz eden en önemli vergilerden biri olan 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu³⁸ (KDVK) açısından konu örnek olarak verilebilecek özelge bağlamında ele alınabilir. Bu sayede hem konuya ilişkin olarak vergi idaresinin bakışı görülebilir, hem de KDVK yönüyle konu değerlendirilebilir.

Trabzon Vergi Dairesi Başkanlığı³⁹ tarafından verilen özelgede; KVK yönünden taşınmaz istisnası kapsamında satılan taşınmaz satışının KDVK yönünden değerlendirilmiştir. Özelgede, KDVK'nın 17/4-r maddesinde atıfta bulunduğu görülmüştür. Belirtilen maddede kurumların aktifinde en az iki tam yıl süreyle bulunan taşınmazların satışı suretiyle gerçekleştirilen devir teslimlerin KDVK'dan istisna olduğu belirtilmiş, istisnanın istisnası olarak 17/4-r maddesinde yer verilen istisnaya konu kıymetlerin ticaretini yapan kurumların taşınmaz teslimlerinin istisna kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Yine konuya ilişkin olarak Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinin⁴⁰ II/F-4.16.1 bölümüne atıfta bulunularak tebliğ kapsamında belirtilen durumların oluşması halinde taşınmaz satışının KDVK'dan istisna

³⁵Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı*, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 161.

³⁶Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 73.

³⁷Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 296.

³⁸ RG Tarihi: 03.04.2007, RG Sayı: 26482.

³⁹ Trabzon Vergi Dairesi Başkanlığı, 04.08.2021 tarih ve 26468266-010.09-39224 sayılı Özelge. (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi), E.T. 13.04.2022.

⁴⁰ Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği, RG Tarihi: 26.04.2014, RG Sayı: 28983. *Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinin "Taşınmaz Satışlarında İstisna Uygulaması" başlıklı (II/F-4.16.1.) bölümünde, satışa konu edilecek taşınmazlar ile iştirak hisselerinin satışında istisna uygulanabilmesi için bu kıymetlerin kurumların aktiflerinde en az 2 tam yıl kayıtlı bulunmuş olması gerektiği, ancak istisna kapsamındaki kıymetlerin ticaretini yapan kurumların, bu amaçla aktiflerinde bulundukları taşınmazların tesliminde istisna hükmünün uygulanmayacağı açıklanmıştır.*

olduğu, bunların haricinde istisnanın istisnası olan durumların gerçekleşmesi halinde satışın KDVK'na tabi olacağı ifade edilmiştir.

Yine benzer olarak İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı⁴¹ tarafından verilen özeldede; Türkiye'de ticari, sınai ve zirai faaliyetleri ile serbest meslek faaliyetlerinin KDVK'na tabi olduğu belirtilerek, Trabzon Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından verilen özeldede olduğu gibi, KDVK'nun 17/4-r ve Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin ilgili kısımlarına atıfta bulunarak verilen diğer özelge paralelinde konu değerlendirilmiştir.

Verilen özeldelerde de görüleceği üzere, taşınmaz satışı KVK yönünden taşınmaz istisnasından faydalanılan durumlarda KDVK'da ve alt düzenlemelerde belirtilen hallerde istisna olmaktayken, istisna harici durumlarda KDVK tabi olacağı açıktır.

KDVK yönünden de konu değerlendirildikten sonra son olarak KVK açısından Türkiye'de işyeri ve daimi temsilcisi bulunan dar mükellef kurumlar işyeri veya daimi temsilcisi vasıtasıyla yaptığı taşınmaz satışından elde ettiği kazancı yıllık beyanname yoluyla beyan etmeleri gerektiği belirtilmelidir.

Sonuç olarak III. Başlıkta belirtilen dar mükellef kurumların kazançları ticari kazanç olarak değerlendirilecek olup, yukarıda ifade ettiğimiz istisna şartlarını yerine getirmesi halinde bu yönden elde ettikleri kazançları şartlar dahilinde istisnadan yararlandırarak, yıllık beyanname yoluyla beyan etmeleri gerekmektedir.

IV. İŞYERİ VEYA DAİMİ TEMSİLCİSİ ARACILIĞI OLMADAN DAR MÜKELLEFLERİN SAHİBİ OLDUĞU TAŞINMAZ SATIŞLARININ VERGİLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında işyeri veya daimi temsilcisi aracılığı olmadan dar mükellef kurumların sahibi olduğu taşınmaz satışlarının vergilendirilmesi değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda öncelikle yabancı devlette mukim ifadesinin özü olan mukimlik kavramından ne anlaşılması gerektiği izah edilmiş, ardından konu GVK'nın mükerrer 80. maddesinde düzenlemelerine yer verildiği değer artış kazancı bağlamında incelenmeye çalışılmıştır.

Mukim, sözcük anlamı olarak bir yerde ikamet eden veya oturan anlamında kullanılmaktadır. Dar mükellef kurumlar yurtdışında kurulduğu ya da kanuni merkezi veya iş merkezinin bulunduğu ülkenin mukimi durumundadır.

Mukimlik kavramı ile ilgili bilgilere, OECD Model Vergi Anlaşmasında ve Türkiye'nin yabancı ülkelerle imzaladığı ÇVÖA'larda yer verilmektedir.

OECD Model Vergi Anlaşmasının yorum ve açıklamalarının 4. maddesinde mukimlik kavramı tanımlanmıştır. Buna göre mukimlik; bir ülkeye çeşitli sebeplerden dolayı (iş merkezi, ikamet vb.) vergi ödeme hususunda sorumluluk altına giren gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir. OECD Model Vergi Anlaşmasının yorum ve açıklamalarında 4. maddenin 3. Fıkrasında; dar mükellef kurumlarda mukimliğin tespitinde, kurumun kuruluş yerine mi,

⁴¹ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 17.06.2021 tarih ve 11395140-105[328-2014/VUK-1/18937]-475290 sayılı Özelge. (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi), E.T. 13.04.2022.

kurumun iş merkezine mi ya da başka bir etmene mi bakılacağı tamamen sözleşmecî devletlerin karşılıklı anlaşmalarına bırakılmıştır⁴².

Ayrıca konuyla ilgili olarak ÇVÖA'larda⁴³ da mukimlik kavramına yer verilmektedir. Ayrıca ÇVÖA'larda mukimlik konusuna ilişkin olarak çifte mukimlik kavramından da bahsedilmektedir. ÇVÖA'larda devletin iç mevzuatına göre mukimlik kavramı tespit edilmekte, bu durum anlaşmaya konu iki sözleşmeye taraf devlette de mukim olunmasına neden olmaktadır. Bu husus çifte mukimlik olarak adlandırılmakta, ÇVÖA'larda vergilendirme yetkisinin hangi akit devlete ait olduğu hüküm altına alınmaktadır⁴⁴.

Dar mükellef kurumlar açısından mukimlik ve çifte mukimlikle ilgili ÇVÖA'larda hangi ifadelere yer verildiğini görmek adına bir önceki başlıkta yer verilen ülke, İngiltere ile Türkiye'nin arasında yaptıkları ÇVÖA'dan örnek verilebilir.

İngiltere ile yapılan ÇVÖA'nın "İkamet" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında mukimlik kavramı izah edilmiştir. Buna göre mukimlik; çeşitli kriterler (iş merkezi, ikametgah, kanuni merkez vs.) bağlamında bir devletin vergisel bağlamda mükellefiyetine giren kişi olarak tanımlanmıştır. Yine maddenin 3. fıkrasında çifte mukimlik ile ilgili durum ifade edilmiştir; *"Bu Maddenin 1 inci fıkra hükümleri dolayısıyla gerçek kişi dışındaki bir kişi her iki Akit Devletin de mukimi olduğunda, bu kişi fiili iş merkezinin bulunduğu Akit devletin mukimi kabul edilecektir."*

Mukimlik kavramına ilişkin olarak bir başka önemli husus mukimlik belgesidir. Mukimlik belgesi, kişinin hangi devletin mukimi olduğunu ispatlamak adına kullanılan resmi bir belgedir. Mukimlik belgesine ilişkin olarak Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları 3 no'lu Sirküler'in⁴⁵ 2. maddesinde konuya ilişkin olarak ÇVÖA'lardan yararlanmak isteyen vergi mükellefleri, mukimi olduğu devletten tam mükellef olduğuna dair mukimlik belgesi alması gerektiği belirtilmiştir.

Mukimlik kavramına ilişkin açıklamalardan sonra III. başlık değer artış kazancı yönünden değerlendirilmiştir.

KVK'nın 22. maddesinin 2. fıkrasında; dar mükellef kurumların Türkiye'de ticari ve zirai faaliyet dışında elde ettikleri kazançların tespitine ilişkin hususlarda ilgili kazançla ilişkin GVK'nun ilgili maddelerine atıfta bulunulmuştur. Bu noktada Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcisi aracılığı olmadan dar mükellef kurumların sahibi olduğu taşınmaz satışlarının vergilendirilmesinde, KVK'nın 22/2. maddesinin dikkate alınması ve bu maddede belirtilen şekilde GVK'nın kazanç ve irat tespitine ilişkin maddelere göre işlem yapılması gerekmektedir.

⁴² Semercigil, Murat, "2017 Revize OECD Vergi Anlaşması Modeli Yorum ve Açıklamaları", <https://rehberdanismanlik.com/2017-revize-oecd-vergi-anlasmasi-modeli-yorum-ve-aciklamalari-murat-semercigil>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

⁴³ Bahsi geçen çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları OECD Model Vergi Anlaşmasına göre hazırlanmaktadır.

⁴⁴Özkan, İlhan/ Uslu, Şafak. "Uluslararası Çifte Vergilendirme ve Mukimlik Kavramı", *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı:135, 2016, s. 173.

⁴⁵ Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları 3 No'lu Sirkü, Tarih: 20.12.2013, Sayı: ÇVÖA/2013-1.

Ayrıca KVK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında; “(2) Diğer kazanç ve iratlara ilişkin olarak Türkiye’ye bizzat getirilen nakdî veya aynî sermaye karşılığında elde edilen menkul kıymetler ile iştirak hisselerinin elden çıkarılması sırasında oluşan kur farkı kazancına dair hükümler hariç olmak üzere, Gelir Vergisi Kanununda yer alan vergilendirmeme hususundaki istisna, kayıt, şart ve sürelerle ait sınırlamalar dikkate alınmaz.” ifadelerine yer verilmiştir.

Kanunda yer verilen ifadeler incelendiğinde iki istisna dışında GVK’da yer verilen vergilendirmemeye ilişkin sınırlamaların (istisna, kayıt, şart, süre) dikkate alınmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu açıdan dar mükellef kurumların taşınmaz satışının vergilendirmesinde GVK’da kazanç ve irat tespitinde yer verilen sınırlamaların dikkate alınmayarak, her halükarda ortaya çıkan kazancın vergilendirilmesi yoluna gidilmesi gerekmektedir. Burada değerlendirilmesi gereken bir başka durum ise; KVK’nın 26. Maddesinde yer verilen düzenlemeyle dar mükellef kurum şartları taşıyor olsa da GVK’da yer verilen istisna hükümlerinden⁴⁶ yararlanamayacağıdır.

III. başlık kapsamında dar mükellef kurumların taşınmaz satışlarının vergilendirilmesi hususunda GVK’da hangi kazanç ve iradın içine konulması gerektiğine bakılması gerekmektedir. Bu noktada bahsi geçen kazanç, GVK’nın “Değer Artış Kazançları” başlıklı mükerrer 80. maddesinin 6. bendinde yer verilen kazanç kısmına konulması uygun olacaktır. Şöyle ki; GVK’nın mükerrer 80. maddesinin 6. bendinde; *İktisap şekli ne olursa olsun (ivazsız olarak iktisap edilenler hariç) 70 inci maddenin birinci fıkrasının (1), (2), (4) ve (7) numaralı bentlerinde yazılı mal (gerçek usulde vergiye tâbi çiftçilerin ziraî istihsalde kullandıkları gayrimenkuller dahil) ve hakların, iktisap tarihinden başlayarak beş yıl içinde elden çıkarılmasından doğan kazançlar (Kooperatiflerin ortaklarına bu sıfatları dolayısıyla tahsis ettikleri gayrimenkulleri tahsis tarihinde ortak tarafından satın alınmış sayılır.)*” ifade edilen kazançlar değer artış kazancı olarak vergilendirilecektir.

Maddenin devam hükmünde elden çıkarma kavramı izah edilmiştir. Buna göre; “elden çıkarma” deyimi, yukarıda yazılı mal ve hakların satılması, bir ivaz karşılığında devir ve temlik, trampa edilmesi, takası, kamulaştırılması, devletleştirilmesi, ticaret şirketlerine sermaye olarak konulmasını ifade eder.

Sonuç olarak Türkiye’de işyeri ve daimi temsilcisi vasıtası olmaksızın dar mükellef kurumların Türkiye’de bulunan taşınmaz satışlarından elde ettikleri kazançlar, KVK’nın 26/2. maddesinde yer verilen durumlar dikkate alınarak, GVK mükerrer 80. maddesine göre vergilendirilmesi gerekmektedir.

Bu hususta ayrıca ÇVÖA’larının hükümlerinin de gözden geçirilmesi uygun olacaktır. Örnek mukabili verilecek anlaşma, birinci bölümde yer verilen Türkiye ile İngiltere arasında gerçekleşen ÇVÖA’dır.

Türkiye ile İngiltere arasında yapılan ÇVÖA’nın “Sermaye Değer Artış Kazançları” başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrasında; “Bir Akit Devlet mukimince, diğer Akit Devlette yer alan

⁴⁶ GVK. Mükerrer Madde 80: “...Taksi, dolmuş, minibüs ve umum servis araçlarına ait ticari plakaların elden çıkarılmasından doğan kazançların tamamı ile bir takvim yılında elde edilen değer artışı kazancının, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılmasından sağlananlar hariç, 25.000 TL Yeni Türk Lirası gelir vergisinden müstesnadır...”

ve bu Anlaşmanın 6 nci Maddesinde tanımlanan bir gayrimenkul varlığın elden çıkarılmasından elde edilen kazanç bu diğer Devlette vergilendirilebilir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Yukarıda örnek mukabili yer verilen ÇVÖA’da da görüleceği üzere; Türkiye’de bulunan diğer akit devlet mukimi dar mükellef kuruma ait olan gayrimenkul varlıkların elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar Türkiye tarafından vergilendirilecektir. Diğer bir ifadeyle vergilendirme yetkisi Türkiye’ye aittir.

Bu noktada gerek ülkemizin kanunlarında gerekse de diğer ülkelerle yapılan ÇVÖA’da görüleceği üzere, işyeri ve daimi temsilcisi aracılığı olmaksızın dar mükellef kurumların Türkiye’de bulunan gayrimenkullerin satışından elde ettikleri kazançları Türkiye’de değer artış kazancı olarak vergilendirilecektir.

Bu noktada önem arz eden bir başka husus değer artış kazancına ilişkin olarak GVK’nın mükerrer 81. maddesinde yer verilen safi değer artışının tespitidir. Bilineceği üzere safi değer artışının tespitinde; elde edilen menfaatten, taşınmazın maliyet bedeli, giderler ve ödenen vergi ve harçların indirilmesi gerekmektedir. Yine iktisap bedelinin tespitinde maddenin devam hükmüne göre endeksleme (*endekslemenin yapılmasında toptan eşya fiyat endeksinin %10 ve üstünde olmalıdır.*) yapılacağı belirtilmiştir. Bu noktada safi değer artışının tespitinde endekslemeye ilişkin hükümlerin dar mükellef kurumların değer artış kazancının vergilendirmesinde %10 şartının uygulanıp uygulanmaması hususu doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu tartışmalar sonucunda, endeksleme uygulamasında %10 ve üzeri şartının uygulanıp uygulanmayacağı yönünde iki farklı görüş oluşmuştur.

Bu görüşlerden ilkinde KVK’nın 26/2. maddesinde hüküm altına alınan ve GVK’daki yer verilen kayıt, süre ve şart yönüyle sınırlamaların uygulanmayacağından bahisle artış oranı ne olursa olsun endeksleme yapılması gerekmektedir⁴⁷.

İkinci görüşe göre; KVK’nın 26/2. maddesinde yer verilen düzenlemenin endeksleme yönüyle dikkate alınamayacağı, endekslemenin vergilendirmemeye ilişkin bir şart olmadığı, %10’un altında kalırsa bile vergilendirmenin gerçekleştirildiğinden bahisle endeksleme yapılması için artış oranının %10 olması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁸.

Endeksleme yapıp yapılmayacağına yönelik olarak görüşümüz şu yöndedir. Öncelikle endeksleme uygulaması vergilendirilmesine karar verilen değer artış kazancına uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle endeksleme, vergilendirilmesi kesinleşen kazancın ne kadar olacağı tespiti için yapılacaktır. Ayrıca KVK 26/2. maddesinde belirtilen sınırlamalar vergilendirmemeye ilişkindir. Ama endeksleme vergilendirilmesine karar verilen kazanç için uygulanacaktır. Bu noktada KVK 26/2. maddesinde belirtilen hükümler bu aşamayla ilgili olmadığından, endeksleme yapılabilmesi için GVK’da yer verilen artış oranının dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir.

⁴⁷Çekiciler, Çoşkun/ Gök, Onur. *Kurumlar Vergisi Revizyonu Açıklama ve Örneklerle*, Vergi Müfettişleri Derneği Yayınları, Ankara, 2019, s. 573.

⁴⁸Vergi Müfettişleri Derneği. *Beyanname Düzenleme Rehberi 2. Kitap: Kurumlar Vergisi Kanunu Rehberi*, Vergi Müfettişleri Derneği Yayınları, Ankara, 2019, s. 440.

IV. başlığa son vermeden önce vergi idaresinin konuya bakışı ve IV. Başlığın KDV yönünden değerlendirilmesi bağlamında iki tane özelge örneğine yer verilmesi uygun olacaktır.

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı⁴⁹ tarafından verilen özelgede; İngiltere mukimi olan firmanın Türkiye’de faaliyet gösteren şirkete satmış olduğu emtiadan alacaklı kaldığı tutarı tahsil edememesinden kaynaklı olarak borçlu bulunan şirketin yönetim kurulu başkanının sahibi olduğu ve İngiltere mukimi şirket lehine ipotekli taşınmazı cebri icra yoluyla satması sonucunda elde ettiği kazancın vergilendirilmesine ilişkindir. Özelgede özetle; özelgeye konu taşınmaz satışı KVK ve GVK’nın ilgili maddelerine atıfta bulunularak (*Başlık altında ve çalışmada bahsi geçen maddeler ifade edildiğinden mükerrerlikten kaçınılması için tekraren burada zikredilmemiştir.*) elde edilen kazancın değer artış kazancı olarak değerlendirilmesi, KVK’nın 26. Maddesinde dar mükellef kurumlar tarafından elde edilen diğer kazanç ve iratlar ilişkin olarak GVK’da yer verilen istisna hükümlerinden faydalanamayacağı ve özelgeye konu olayda da zaten taşınmazın satışından elde edilen kazançta taşınmazın elde tutulma süresi göz önüne alınarak GVK’nın 80. Maddesi uyarınca istisna uygulanması mümkün olmayacağı belirtilmiştir.

Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı⁵⁰ tarafından verilen özelgede konu; yabancı bir şirketin sahip bulunduğu Türkiye’de mukim limited şirketin iştirak hisselerini satması halinde KDVK’nın uygulanmasına ilişkindir. Özelgede özetle, KDVK’nın 1. Maddesinde; ticari, sinai, zirai ve serbest meslek faaliyeti kapsamından teslim ve hizmetlerin KDVK’ya tabi olduğu ifade edildikten sonra, özelgeye konu satış işleminin değer artış kazancı olarak değerlendirildiğinden kasıtlı söz konusu satış işlemi KDVK’nın konusuna girmediği ifade edilmiştir.

Verilen özelgelerde de görüleceği üzere; işyeri veya daimi temsilcisi olmaksızın yapılan taşınmaz satış işlemi değer artış kazancı olarak değerlendirildiği, GVK’da belirtilen istisna hükümlerinden dar mükellef kurumun KVK 26. Maddesi gereği yararlanamayacağı belirtilmiştir. Yine diğer örnek özelge her ne kadar çalışma konusuyla ilgili gibi görünmese de değer artış kazancının KDVK kapsamında değerlendirilmeyeceğini göstermesi adına çalışmaya katkı sağlamaktadır.

Son olarak KVK’nın 26. maddesine göre; IV. başlık altında dar mükellef kurumlar başlık kapsamında elde ettikleri kazançları özel beyan yoluyla beyan etmeleri lüzumu bulunduğu belirtilmelidir.

Sonuç olarak dar mükellef kurumun işyeri veya daimi temsilcisi aracılığı olmaksızın taşınmazı satması nedeniyle elde ettiği değer artış kazancının, KVK’nın özel beyana ilişkin hükümlerine göre vergilendirilmesi gerekmektedir⁵¹.

⁴⁹ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 02.05.2013 tarih ve 62030549-120[Mük.80-2012/902]-649 sayılı Özelge. (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi), E.T. 13.04.2022.

⁵⁰ Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı, 05.03.2018 tarih ve B.07.1.GİB.4.41.15.01-130[17-2012/75]-31433 sayılı Özelge. (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi), E.T. 13.04.2022.

⁵¹ Öğredik, Güray. “Yurt Dışında Mukim Kurumların Türkiye’deki Taşınmaz Satışlarının Vergilendirilmesi”, *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Sayı:116, 2013, s. 4.

SONUÇ

Başka bir devletin mukimi olan kurumların, Türkiye’de elde ettiği kazançların vergilendirilmesi gerek iç vergi mevzuat hükümleri gerekse de uluslararası vergi mevzuatı açısından her zaman önem arz eden bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konunun önem arz etmesinde en önemli etmen, hiç şüphesiz dar mükellef kurumlar açısından mükerrer vergilendirmeyi önlemek, Devletler açısından vergilendirme yetkisini kullanabilmesinden kaynaklıdır. Çalışmada bu durumlar dikkate alınarak dar mükellef kurumların Türkiye’de elde ettiği kazançlardan biri olan sahibi olduğu taşınmaz satışlarından elde edilen kazancın vergilendirilmesi izah edilmeye çalışılmıştır.

Konu incelenirken çalışma dört bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde yabancı tüzel kişilerin taşınmaz edinimi, ilgili mevzuat hükümleri ışığında değerlendirilmeye çalışılmıştır. Taşınmaz edinimi hakkında gerekli bilgilendirme yapıldıktan sonra ikinci bölümde dar mükellef kurumların gerek KVK gerek GVK hükümlerine göre kazançların tespiti değerlendirilmiştir.

Genel bilgilendirmeler yapıldıktan sonra üçüncü bölümde esasen çalışma konusu ticari kazanç bağlamında diğer bir ifadeyle hangi halde çalışmaya konu kazançlar ticari kazanç olarak vergilendirmeye tabi tutulacağı hem KVK ve GVK açısından hem de uluslararası vergi mevzuatı bağlamında incelenmiştir. Bilineceği üzere dar mükellef kurumlar Türkiye’de elde ettikleri kazançları vergilendirilmesi hususunda Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunduran ve kazancı bunlar vasıtasıyla elde edilip edilmemesine göre ayrıştırılmaktadır. Çalışmada konu bu ayrıştırma dikkate alınarak ele alınmıştır. Üçüncü bölümde yapılan açıklamalarda da görüleceği üzere; Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunduran ve bunlar vasıtasıyla kazanç elde eden dar mükellef kurumların kazançları ticari kazanç olarak değerlendirilerek Türkiye’de vergilendirilmektedir. Bu bağlamda bu hallerde dar mükellef kurumların sahibi olduğu taşınmaz satışlarından elde edilen kazançları ticari kazanç olarak değerlendirilerek, yıllık beyan yoluyla beyan edilip vergilendirilmesi gerekmektedir. Çalışmada bu tespitler yapılmıştır. Yine üçüncü bölümde, çalışmada önemli bir başka husus konunun KVK’nın 5. maddesinde yer verilen istisna hükümlerini yönüyle değerlendirilmesidir. KVK’nın istisna hükümlerinde yer verilen şartlara haiz olması durumunda dar mükellef kurumlar, elde ettikleri bu kazançlar yönüyle istisnaya tabi tutularak vergisel avantajda sağlamaktadır. Yine çalışmanın bu kısmında Türk Vergi Sisteminde önem arz eden bir başka vergi olan KDVK yönüyle konu istisna kapsamında olup olmaması yönüyle ve örnek özetgeler bağlamında değerlendirilmiştir.

Dördüncü ve son bölümde ise, Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi aracılığıyla kazanç elde etmeyen dar mükellef kurumlar açısından kazancın GVK yönünden hangi gelir türüne girebileceği hem KVK ve GVK hükümlerine göre hem de uluslararası vergi mevzuatı bağlamında değerlendirilmiştir. Çalışma konusu bu açıdan incelenmesiyle bu durumdaki taşınmaz satışından elde edilen kazançlar GVK’nın mükerrer 80. Maddesine göre değer artış kazancı olarak vergilemeye tabi tutulması gerektiği tespit edilmiştir. Yine bu başlık altında değer artış kazancı olması durumunda KDVK’nın konusuna girip girmediği bir başka

değerlendirdiğimiz husus olarak karşımıza çıkmaktadır. KDVK hükümleri ve örnek özetler ışığında konu bu açıdan da incelenmiştir. Son olarak bu başlık altında önemli bir başka durum GVK'da değer artış kazancı kısmında yer verilen istisna hükmünün çalışma konusunda belirtilen kazanç uygulanıp uygulanmayacağı ve dar mükellef kurum açısından bir vergisel avantaja sebebiyet verip vermeyeceği hususudur.

Sonuç olarak dar mükellef kurumların taşınmaz satış kazancının vergilendirilmesine ilişkin yapılan bu çalışmada, bu kurumların Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcisi bulundurup bulundurmadığı ve kazancı bunlar vasıtasıyla elde edip etmedikleri ölçütleri bağlamında konuyu farklı açılardan ele alınması ve ayrıştırılması önemlidir. Bu iki ölçüte göre kazanç tipleri, vergilendirme, vergilendirme kısıtları, beyan tipleri, beyan süreleri vb. gibi birçok husus değişmektedir. Bundan dolayı bu ayrımın net bir şekilde yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Berkay, Ferman/Armağan, Ramazan. “Vergilemenin Uluslararası Boyutlarından Çifte Vergilendirme Sorunsalının Türk Vergi Sistemine Etkisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, Cilt:3, Sayı:5, 2011, s.88-106.

Çekiciler, Çoşkun/ Gök, Onur. *Kurumlar Vergisi Revizyonu Açıklama ve Örneklerle*, 4. Baskı, Vergi Müfettişleri Derneği Yayınları, Ankara, 2019.

Demirci, Zeynep. “Uluslararası Vergi Anlaşmaları Kapsamında Kurumlar Vergisi Sorunsalının Değerlendirilmesi”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı:32, 2018, s.379-393.

Doğan, Vahit. *Türk Yabancılar Hukuku*, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

Ekmekci, Esra. *Kurumlar Vergisinde Dar Yükümlülük*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994.

Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Keskin, Kemal Serkan. “Dar Mükellef Kurumlarda Daimi Temsilci Kavramı ve Vergilendirmeye Etkisi”, *Vergi Raporu Dergisi*, Sayı:175,2014, s.259-272.

Kurtulmuş, Esra. “Dar Mükellef Kurumların Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

Küpelî, Celal. “Türk Vergi Sisteminde Dar Mükellef Kurumların Vergilendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

Maliye Hesap Uzmanları Derneği. *Denetim Vergi Tekniği ve Revizyon*, Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, Ankara, 2019.

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı*, 2. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2019.

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

Ozan, Sabri. *Örnek Soru ve Açıklamalarla Vergi Kanunları Uygulaması, Beyan ve Denetim*, Vergi Müfettişleri Derneği Yayınları, Ankara, 2018.

Öğredik, Güray. “Yurt Dışında Mukim Kurumların Türkiye’deki Taşınmaz Satışlarının Vergilendirilmesi”, *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Sayı:116, 2013.

Öncel, Mualla/ Çağan, Nami/ Göker, Cenker. *Vergi Hukuku*, 29. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

Öner, Cihat. “Dar Mükellefiyette Ticari Kazancın Türkiye’de Elde Edilmiş Sayılmadığı Haller Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (2), 2014, s.365-395.

Özaytekin, Nahide. “Türkiye’de Dar Mükellef Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006.

Özkan, İlhan/ Uslu, Şafak. “Uluslararası Çifte Vergilendirme ve Mukimlik Kavramı”, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı:135, 2016, s.169-180.

Şenyüz, Doğan/ Yüce, Mehmet/ Gerçek, Adnan. *Türk Vergi Sistemi*, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.

Vergi Müfettişleri Derneği. *Beyanname Düzenleme Rehberi 2. Kitap: Kurumlar Vergisi Kanunu Rehberi*, Vergi Müfettişleri Derneği Yayınları, Ankara, 2019.

Yıldız, Ali Murat. *Kurumlar Vergisi Beyanname Düzenleme Rehberi*, TÜRMOB-TESMER Yayınları, Ankara, 2020.

Yücel, Selçuk/ Turan, Hayrettin. *Dar Mükellef Kurumlar*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, Ankara, 1999.

Elektronik Kaynaklar

<https://gib.gov.tr/>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://www.lexpera.com.tr>

Semercigil, Murat, “2017 Revize OECD Vergi Anlaşması Modeli Yorum ve Açıklamaları”, <https://rehberdanismanlik.com/2017-revize-oecd-vergi-anlasmasi-modeli-yorum-ve-aciklamalari-murat-semercigil>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

Yararlanılan Yargı Kararları ve Özelgeler

Danıştay 4.D., E.2012/3790 K.2016/470, KT. 15.02.2016.

Danıştay 4.D., E.2012/683 K.2015/1022, KT. 26.03.2015.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 21.02.2012 tarih ve B.07.1GİB.4.06.18.02-32171-8466-271 sayılı Özelge.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, 27.03.2013 tarih ve 27575268-105 [10-2012-9134]-284 sayılı Özelge.

Trabzon Vergi Dairesi Başkanlığı, 04.08.2021 tarih ve 26468266-010.09-39224 sayılı Özelge.

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 17.06.2021 tarih ve 11395140-105[328-2014/VUK-1/18937]-475290 sayılı Özelge.

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 02.05.2013 tarih ve 62030549-120[Mük.80-2012/902]-649 sayılı Özelge.

Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı, 05.03.2018 tarih ve B.07.1.GİB.4.41.15.01-130[17-2012/75]-31433 sayılı Özelge.

Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi*

Mesut KÖKSOY 

Arş. Gör. Dr., Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı,
mesutkoksoy@hotmail.com
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

Öz

Makale Geçmişi

Geliş: 16.05.2022

Kabul: 07.10.2022

Yayın: 10.10.2022

Anahtar Kelimeler:

Geçici Mühlet, Tasarruf Sınırlamaları, Mühletten Önce Doğan Borcun Ödenmesi, Konkordato Mühletinin Kaldırılması, İflâs Kararı

Geçici mühlete karar verilmesi, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kalkmasına neden olmaz. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 297'nci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen hukukî işlemlerin geçerli olarak yapılabilmesi, mahkemenin izin vermesine bağlıdır. Borçlunun maddede sayılan hukukî işlemleri serbestçe yapması mümkün değildir. Ayrıca mahkeme mühlete karar verirken veya mühlet esnasında bazı işlemlerin geçerli olarak yapılmasını komiserin iznine tâbi tutabilmekte veya borçlunun yerine komiserin işletme faaliyetini devam ettirmesine karar verebilmektedir (İİK m. 297/1). Söz konusu sınırlamalar dışında borçlu, konkordato mühleti esnasında, kural olarak tasarruf yetkisine sahiptir. Bu noktada, Kanun'da sayılan tasarruf sınırlamaları arasında yer almadığı için, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların, mühlet esnasında borçlu tarafından ödenmesinin mümkün olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki söz konusu mesele, hem Türk hukukunda hem de İsviçre hukukunda tartışmalıdır. Bu nedenle çalışmada, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların ödenmesi hâlinde, yapılan ödemenin geçerli olup olmayacağı ve borçluya ödeme nedeniyle bir yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı soruları açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda mesele, konkordatoda alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesi ve konkordatonun amacı bakımından da değerlendirilmektedir.

The Payment of Debt Arising Before Temporary Respite Decided by Debtor During the Respite

Article Info

Abstract

Article History

Received: 16.05.2022

Accepted: 07.10.2022

Published: 10.10.2022

Keywords:

Temporary Respite, Disposition Restrictions, Payment of the Debt Arising Before the Respite, Removal of the Concordat Respite, Adjudication Order

Deciding on a temporary respite does not abolish the debtor's power of disposition over her assets. However, validation of the legal transactions stipulated in the second paragraph of Article 297 of the Enforcement and Bankruptcy Law depends on the court's permission. It is not possible for the debtor to freely carry out the legal transactions listed in the article. In addition, the court may subject the valid execution of certain transactions to the commissioner's permission while deciding on the respite or during the respite or may decide that the commissioner should continue the business activity instead of the debtor (EBL Article 297/1). Apart from the aforementioned limitations, the debtor, as a rule, has the power of disposition during the concordat respite. At this point, it is important to determine whether it is possible to pay the debts arising before the temporary respite is decided by the debtor during the respite, since it is not among the disposition restrictions listed in the Law. It should be noted that the issue in question is controversial in both Turkish and Swiss law. For this reason, in this study, it is tried to explain the questions of whether the payment will be valid and whether a sanction can be applied to the debtor due to payment in case of payment of debts arising before the temporary respite is decided. In this context, the issue is also evaluated in terms of the principle of equality between the creditors in the concordat and the purpose of the concordat.

Atıf/Citation: Köksoy, M. (2022). "Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s. 585-602.

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, 13-15 Mayıs 2022 tarihlerinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan bildirinin genişletilmiş hâlidir.

GİRİŞ

Borçlunun iflâs etmesi hâlinde malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen ortadan kalkmasına rağmen¹, geçici mühlete karar verilmesi, tasarruf yetkisinin ortadan kalkmasına neden olmaz². Bu nedenle borçlu, mühlet esnasında malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmekte ve günlük rutin işlerini yapabilmektedir. Borçluya, konkordato mühleti esnasında kural olarak tasarruf yetkisi tanınması, yerinde bir düzenlemedir. Zira konkordato prosedürünün bir amacı da, borçlunun işletmesinin başında kalmak suretiyle malî durumunu düzelterek ticaret hayatına yeniden dönmesini sağlamaktır³. Bu amaca ulaşılması ise genellikle, konkordato mühleti esnasında işletme faaliyetlerinin sürdürülebilmesi ile mümkün olmaktadır⁴. Bu nedenle, borçluya malvarlığı üzerinde belirli bir dereceye kadar tasarrufta bulunma yetkisi tanınması gerekir⁵.

Tasarruf yetkisinin borçluya bırakılmasının temelinde yatan diğer bir düşünce ise, borçlunun ticari faaliyetleri hakkında konkordato komiserine göre daha fazla bilgiye sahip olduğunun ve işletmeyi daha iyi yöneteceğinin kabul edilmesidir⁶. Ancak konkordato mühletinin etkileri, borçluyu koruma ve konkordatonun amacına ulaşmasını sağlamanın yanı sıra, borçlunun süreç içerisinde malvarlığını korunmayı da amaçlamaktadır⁷. Bu nedenle borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanımı sınırsız olmayıp⁸ bazı sınırlamalara tâbi tutulmaktadır. Kanun'un gerekçesinde, geçici mühlete karar verilmesi üzerine alacaklıların takip yapmalarının yasaklanması karşısında, borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlanması, fedakârlığın denkleştirilmesi

¹ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 423; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 567.

² İsviçre hukukunda da konkordato mühletine karar verilmesi, borçlunun tasarruf yetkisinin ortadan kalkmasına neden olmaz. Bu konuda bkz. Coradi, Andreas. *Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art 293 ff. SchKG*, Dissertation, Juris Druck Verlag, Zürich, 1973, s. 26; Blumenstein, Ernst. *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechtes*, Bern, 1911, s. 905; Hunziker, Marc/Pellascio, Michel. *Schuldbetriebs- und Konkursrecht*, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2008, s. 324; Heijmen, Pierre-Maurice. *Insolvenzrechtliche Sanierungsinstrumente nach dem deutschen und schweizerischen Recht*, Köln, 2012, s. 90; Kren Kostkiewicz, Jolanta. *SchKG Kommentar Schuldbetriebs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK – Orell Füssli Kommentar*, 20. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2020, Art. 293a, N. 1; Amonn, Kurt/Walther, Fridolin. *Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts*, 9. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2013, s. 530; Vollmar, Alexander. "Art. 298" in Staehelin, Adrian/Bauer, Thomas/Staehelin, Daniel (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetrieb und Konkurs, II*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010, Art. 298, N. 3.

³ Amonn/Walther, s. 531; Favre, Antoine. *Schuldbetriebs- und Konkursrecht*, Universitätsverlag, Freiburg, 1956, s. 363; Coradi, s. 26; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 627; Akyürek, Ayhan/Akyürek, Remziye. *Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 296.

⁴ Başözen, Ahmet. *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 109-110.

⁵ Favre, s. 363; Coradi, s. 26; Akyürek/Akyürek, s. 296; Sarısözen, M. Serhat. *Konkordato*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 407.

⁶ Umbach-Spahn, Brigitte/Kesselbach, Stephan/Bossart, Stefan. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetrieb und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock, Dominik), Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2017, Art. 298, N. 3; Akyürek/Akyürek, s. 298.

⁷ Oehri, Daniel. *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2018, s. 165; Hunkeler, Daniel. *Kurzkommentar Schuldbetriebs- und Konkursgesetz*, Basel, 2014, Art. 298, N. 1; Vollmar, Art. 298, N. 1.

⁸ Borçluya konkordato mühleti esnasında sınırsız tasarruf yetkisi verilmesinin konkordatonun amacına engel olacağı yönünde bkz. Hüßy, Othmar. *Der Nachlassvertrag und die Stundung als Grundlagen der rechtlichen Sanierungsmassnahmen nach schweizerischem Recht*, Dissertation, Winterthur, 1944, s. 97.

olarak değerlendirilmektedir⁹. Ayrıca borçlunun tasarruf yetkisine yönelik sınırlamalar, borçlunun malvarlığının korunması ve alacaklıları zarara uğratacak girişimlere engel olma amacına da hizmet etmektedir¹⁰.

Borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf sınırlamaları doğrudan Kanun'dan kaynaklanabileceği gibi mahkeme kararına da dayanabilmektedir. Kanun'da öngörülen tasarruf sınırlamaları arasında geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların borçlu tarafından mühlet esnasında ödenemeyeceği yer almamaktadır. Bu noktada, geçici mühletten önce doğan borçların ödenmesinin mümkün olup olmadığı, yapılan ödemenin geçerli olup olmayacağı, komiserin ödeme yasağı getirip getiremeyeceği ve ödeme yapılması hâlinde borçluya herhangi bir yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı sorularının cevaplanması gerekir. Bu çalışmada belirtilen meseleler ele alınacaktır.

I. Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Konkordatoadaki Hukukî Durumu

Bir alacağın konkordatoya tâbi olup olmadığına tespiti son derece önemlidir. Zira konkordatoya tâbi alacaklar tam olarak ödenmeyip, tasdikten sonra konkordato projesinde yer alan şartlara göre ödenmektedir. Bu bağlamda, alacağın konkordatoya tâbi olması bakımından malvarlığına ilişkin olup olmadığı da önemlidir. Zira sadece malvarlığına ilişkin olan alacaklar, konkordatoya tâbi alacak olarak kabul edilmektedir¹¹. Manevi tazminat alacağı gibi parayla ilişkilendirilebilen bir talebi içermediği sürece, borçlunun şahısvarlığına ilişkin alacaklar ise, konkordatoya tâbi alacak kapsamına girmemektedir¹².

İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/c maddesinin ikinci fıkrasına göre, bağlayıcı hâle gelen konkordato, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacaklar için mecburidir. Buna göre konkordato talebinden önce doğan alacaklar konkordatoya tâbi olmaktadır. Bir alacağın konkordatoya tâbi olup olmayacağına belirlenmesinde ilk kriter, alacağın doğduğu tarihtir. Kanun'da konkordato talebinden önce doğan alacakların konkordatoya tâbi olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, alacağın doğumu bakımından konkordato talebinde bulunduğu an esas alınmaktadır. Ancak kanun koyucunun bilinçli olarak mı böyle bir tercih yaptığı hususunda tereddütler bulunmaktadır. Buna bağlı olarak doktrinde, alacağın doğum anına göre hangi alacakların konkordatoya tâbi tutulacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, Kanun'da yer alan "*konkordato talebinden önce doğmuş*"

⁹ Gerekçe için bkz. <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/af27f6ff-aa5d-4e13-9f2e-fecb46bca4c0>, e.t. 04.11.2019. Gerekçenin yerinde olmadığına ilişkin ayrıca bkz. Simil, Cemil. *Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 109.

¹⁰ Hunkeler, Art. 293c, N. 6; Amonn/Walther, s. 530; Oehri, s. 155; Kuhn, Walter. *Der Nachlassvertrag nach schweizerischem und englischem Recht*, Dissertation, Zurich, 1948. s. 73; Vollmar, Art. 298, N. 1; Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 4; Hardmeier, Hans Ulrich. "Das Aktienrechtliche Moratorium und der gerichtliche Nachlassvertrag als Sanierungsinstrumente", *Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1994, s. 508; Başözen, s. 110; Akyürek/Akyürek, s. 296; Aydemir, Efrail. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 63; Eroğlu, s. 208.

¹¹ Tunç Yücel, Müjgan. *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 58. Malvarlığına ilişkin haklardan sadece şahsî haklara ilişkin talepler konkordato kapsamında değerlendirilmekte olup, aynı haklara ilişkin alacaklar konkordatoya tâbi değildir (Tunç Yücel, s. 58).

¹² Altay, Sümer/Eskiocak, Ali. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 164; Tunç Yücel, s. 58.

ifadesinin ‘‘geçici mühlete karar verilmesinden önce doğmuş’’ şeklinde anlaşılması gerekir. O hâlde, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan alacaklar, konkordato alacağı olarak nitelendirilmelidir¹³. Diğer görüşe göre ise¹⁴, geçici mühlet talebinden önce doğan alacaklar, konkordatoya tâbi olmaktadır.

Kanaatimizce konkordatoya tâbi alacakların tespiti bakımından, geçici mühlete karar verildiği tarihin esas alınması ve bu tarihten önce doğan alacakların konkordatoya tâbi olduğunun kabul edilmesi gerekir. Şayet burada konkordato talebinde bulunulduğu tarih esas alınır, talep ile geçici mühlete karar verilmesi arasında geçen zaman içinde doğan alacakların konkordatoya tâbi olmadığı kabul edilmesi gerekir. Bu durum borçlunun bu süre içinde alacaklıların zararına olacak şekilde yeni alacaklar ihdas etmesi tehlikesini beraberinde getirmektedir. Diğer taraftan, mühletin etkilerinin başlaması ve geçici komiser görevlendirilmesi bakımından geçici mühlete karar verilmesi anı esas alınmaktadır. O hâlde, konkordato talebi ile geçici mühlet kararı arasında bir boşluk olmaması ve borçlunun kötüniyetli girişimlerine engel olunması amacıyla, geçici mühlete karar verildiği tarih esas alınmalı ve bu tarihten önce doğan alacakların konkordatoya tâbi olduğu kabul edilmelidir.

Bir alacağın konkordatoya tâbi olup olmadığı noktasında, alacağın doğumu tarihi esas alındığından, alacağın muaccel olduğu ya da şarta bağlı alacaklarda şartın gerçekleştiği tarih önem taşımaz¹⁵. Ayrıca alacağın ilâma bağlı alacak olması ya da önceden kesinleşmiş bir takibin bulunması da zorunlu değildir¹⁶.

Sürekli borç ilişkilerinde alacağın ne zaman doğduğunun belirlenmesi de bu noktada büyük önem taşımaktadır. Sürekli borç ilişkisinin en tipik örneği olan kira sözleşmesinde, dönemlik bir edim olan kira alacağı kira sözleşmesi devam ettiği müddetçe her ay yeniden doğmaktadır¹⁷. Bu nedenle geçici mühlete karar verilmeden önce doğan kira alacakları konkordatoya tâbi olmaktadır¹⁸. Buna karşılık geçici mühlete karar verilmesinden sonra doğan kira alacakları ise,

¹³ Pekcanıtez, Hakan/Erdönmez, Güray. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 154; Albayrak, Hakan. *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 186; Simil, s. 158; Börü, Levent. ‘‘Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi’’, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2019, s. 181; Duran, Rukiye. *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 167. İsviçre doktrininde de bir alacağın konkordatoya tâbi olup olmadığı tespiti bakımından konkordato mühletine karar verildiği anın belirleyici olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Lorandi, Franco. ‘‘Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren’’, *Aktuelle Juristische Praxis*, 10/2004, s. 1218).

¹⁴ Tunç Yücel, s. 61. Aynı yönde ayrıca bkz. Yeşilova, Öztekin Konkordato Şerhi, m. 308c, No. 17.

¹⁵ Altay/Eskiocak, s. 360; Tunç Yücel, s. 61.

¹⁶ Tunç Yücel, s. 61.

¹⁷ Özkaya Ferendeci, Hamide Özden. *İflâs Hukukunda Takas*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013 s, 237; Albayrak, s. 189; Tunç Yücel, s. 98; Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 28; Eroğlu, Orhan. *Uygulamada Konkordato*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 200.

¹⁸ Mabillard, Ramon. ‘‘Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren Prozessuale Kompensation des materiellrechtlichen Eingriffs gemäß Art. 297a VE-SchKG’’, *Blätter für Schuldbetreiber und Konkurs*, 74. Jahrgang, Heft 5, 2010, s. 201; Bauer, Thomas/Staehelin, Daniel. *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreiber und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017, Art. 310, ad N 19 ff.; Hunkeler, Art. 298, N. 8; Albayrak, s. 190; Simil, s. 160. Kira alacağının doğması ile muaccel olması aynı şey olmadığından, aynı kira dönemi için alacak doğmuş olsa dahi henüz muaccel hâle gelmeden önce konkordato talep edilmişse, kiraya verenin alacağı konkordatoya tâbi olur (Tunç Yücel, s. 98).

komiserin izin vermesi hâlinde konkordatoya tâbi olmaksızın tam olarak ödenir¹⁹. Şayet geçici komiser geçici mühlet içinde izin vermezse²⁰ söz konusu olacak konkordato projesine tâbi olur. Finansal kiralama sözleşmesinde, kira sözleşmesinden farklı olarak²¹, kiracının borcunun, sözleşme ile birlikte doğduğu, ödemelerin ise dönemsel olarak gerçekleştirildiği kabul edilmektedir²². Bu nedenle, konkordato talebinden önce imzalanan finansal kiralama sözleşmesi kapsamında ödenmesi gereken kira borcunun tamamı konkordatoya tâbidir²³.

II. Kanun'da Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Ödenmesine Yönelik Bir Sınırlama Bulunmaması

Borçlu konkordato mühleti esnasında kural olarak tasarruf yetkisine sahip olsa da, bu yetkinin kullanılması bazı sınırlamalara tâbi tutulmaktadır. Borçlunun tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalardan ilki, İcra ve İflâs Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. Kanun'un 297/nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, geçici mühlete karar verilmesinden itibaren mahkemenin izni olmaksızın, rehin tesis etmesi, kefil olması, ivazsız tasarruflarda bulunması, taşınmazını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırını²⁴ ve işletmenin devamlı tesisatını devretmesi ve takyit etmesi yasaktır. Görüldüğü üzere, Kanun'da borçlunun bazı işlemleri yapması yasaklanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki bu yasaklama, mutlak değildir²⁵. Diğer bir ifade ile mahkemenin izin vermesi hâlinde söz konusu hukukî işlemlerin borçlu tarafından geçerli olarak yapılması mümkündür.

Borçlunun tasarruf yetkisine mahkeme kararı ile sınırlama getirilmesi de mümkündür. İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/7'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca mahkeme, geçici mühlete karar verirken ya da konkordato mühleti esnasında bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilmektedir.

Kanun'da yer alan sınırlamalar dışında, mahkeme tarafından ayrıca borçlunun tasarruf yetkisine sınırlama getirilmediği hâllerde borçlu, malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf

¹⁹ Hunkeler, Art. 298, N. 8; Tunç Yücel, s. 67. Doktrinde komiserin sözleşmenin feshine yönelik talimat vermemesi ve kira bedelinin ödenmesine açıkça veya zımnen onay vermesi durumunda, mühlet içinde doğan kira alacaklarının konkordatoya tâbi olmadığı kabul edilmektedir (Simil, s. 163).

²⁰ Geçici mühlete karar verildikten sonra doğan alacak bakımından muvazaa iddiası bulunması veya söz konusu kira alacağının konkordatonun başarıya ulaşmasına engel teşkil etmesi hâlinde komiser izin vermekten kaçınabilir (Albayrak, s. 192).

²¹ Gündoğan Kırmızıtaş, Türkân. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 55.

²² Kuntalp, Erden. "Finansal Kiralama Sözleşme Tipinin Özellikleri ve Bu Özellikler Açısından FKK m. 25/1'in Değerlendirilmesi (Finansal Kiralama Konusu Malın Teminat İşlevi)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, S. 1, 2002, s. 265; Gündoğan Kırmızıtaş, s. 55; Tunç Yücel, s. 111; Albayrak, s. 194.

²³ Tunç Yücel, s. 112.

²⁴ 7327 sayılı İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19.06.2021 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte "işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınurların devredilmesi ve takyit edilmesi" için de mahkemeden izin alınması gerekir.

²⁵ Sarisözen, s. 411; Taşpınar, Sema. "Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 2003, C. XXII, S. 2, s. 68; Uyar, Talih. "Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 92, S. 4, Y. 2018, s. 70; Başözen, s. 113. Asliye ticaret mahkemesinin kanunen yasak olan işlemlerden bir kısmının ya da tamamının borçlu tarafından tek başına ya da komiserle birlikte yapılmasına izin vermesi mümkündür (Pekcanitez/Erdönmez, s. 85).

edebilmektedir. Geline bu noktada Kanun'da bir sınırlama öngörülmediği için, mahkemece bir sınırlama getirilmemişse, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan bir borcun borçlu tarafından mühlet esnasında ödenemeyeceğinin kesin bir şekilde söylenmesi mümkün değildir.

III. İİK'nın 296'ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının Konu Bakımından İncelenmesi

7327 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁶ ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasına yeni bir cümle eklenmiştir. Buna göre, *'Bu fıkra kapsamında geçici ve kesin mühlet süresince devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimler karşılıklı olarak ifa edilir'*. Söz konusu değişiklikle, konkordato mühleti esnasında devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimlerin ifasına izin verilmektedir. Böylece, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devam etmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Zira borçluya hammadde sağlamaya yönelik sözleşmelerin devamlılığı, aynı zamanda yeniden yapılandırma amacına hizmet ettiğinden konkordatonun başarıya ulaşmasına da katkıda bulunmaktadır.

Kanunda yer alan konkordato mühleti süresince devam eden sözleşmeler ifadesinden, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmeler anlaşılmaktadır. Bu noktada, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden dönemsel edimli veya sürekli borç ilişkisinden doğan ve geçici mühlete karar verilmeden önceki döneme karşılık gelen borçların bu kapsamda ödenip ödenemeyeceği çalışmamız bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle, öncelikle işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşme kavramına yer verilecek, daha sonra ise söz konusu düzenleme uyarınca mühletten önce doğan borçların ödenip ödenemeyeceği hususu değerlendirilmeye çalışılacaktır.

A. İşletmenin Faaliyetinin Devamı İçin Önem Arz Eden Sözleşmeler

7327 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin²⁷ devamı için önem arz eden sözleşmelerde devamlılığın esas olduğu vurgulanmıştır²⁸. Bu bağlamda, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin kapsamının belirlenmesi gerekir. Kanun'un 296'ncı maddesinin birinci fıkrasında hangi tür sözleşmelerin bu kapsama girdiğine ilişkin özel bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle, sözleşme kavramı geniş yorumlanmalı, borçlunun işletmesinin faaliyetlerine devam edebilmesi bakımından önem taşıyan her türlü sözleşme bu kapsamda değerlendirilmelidir²⁹. Buna göre sözleşmeler, ani edimli veya sürekli olabileceği gibi dönemsel edimli de olabilir³⁰. İİK'nın 296'ncı maddesinin birinci fıkrası sözleşmenin işletme faaliyetinin devamı için önem arz etmesi hâlinde uygulanmaktadır. O hâlde, borçlunun

²⁶ RG. T. 19.06.2021, S. 31516.

²⁷ İşletme faaliyetleri, ana faaliyet konusuna ilişkin hasılatı elde etmek için yapılan eylemler olup, tedarik, üretim ve satış bu kapsamda yer almaktadır (Şengür, Evren Dilek/Çiftçi, Havva Nur. "İşletmelerde Faaliyetlerin Sınıflandırılması ve Finansal Raporlama Üzerindeki Etkileri", *Mali Çözüm Dergisi*, S. 108, Y. 21, 2011, s. 39).

²⁸ Maddede yapılan değişiklik, İİK'nın 296'ncı maddesinin gerekçesinde belirtilen amacın Kanun maddesine eklenmesinden ibarettir (Koç, Evren/Konuralp, Cengiz Serhat/Candemir, Mehmet Ünsal. *7327 Sayılı Kanun İle 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun Konkordatoya İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 25).

²⁹ Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 296, No. 4; Uyar, s. 67; Sarısözen, s. 388; Akil, s. 208; Albayrak, s. 277.

³⁰ Albayrak, s. 149.

işletmesiyle doğrudan ilgisi bulunmayan, borçlunun şahsını ilgilendiren sözleşmelerde bu hüküm uygulanmaz³¹.

Sözleşmeye konulamayacak kayıtlar bağlamında bir değerlendirme yaparken belirleyici kriter, sözleşmenin borçlunun işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz edip etmemesidir. Bu noktada hangi sözleşmelerin işletme faaliyetinin devamı için önem taşıdığı belirlenmesi gerekir. Madde gerekçesinden borçluya özellikle temel mal veya hizmet sağlayan sözleşmelerin bu kapsamda değerlendirildiği anlaşılmaktadır³². Doktrinde ise, hangi sözleşmelerin işletme faaliyetinin devamı için önem arz ettiğinin tespitinin güç olduğu³³ ve böyle bir ayırım yapılmasının anlamsız olduğundan bahisle, hükümde yer alan sözleşme kavramı geniş yorumlanmaktadır³⁴. Bu görüşe göre, borçlunun bir işletmesinin bulunması ve söz konusu sözleşmenin bu işletmenin faaliyetlerine ilişkin olması yeterlidir. Bu bakımdan bir işletmenin sadece ana faaliyet alanıyla sınırlı olarak yapmış olduğu değil, nakliye, temizlik, pazarlama gibi yan alanlarla da ilgili olarak yapılan her türlü sözleşme, işletme faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmeler olarak değerlendirilmelidir. Zira bir sözleşmenin işletmeye ilişkin olması, bu sözleşmenin işletme faaliyetinin devamı için yapılmış olduğunu göstermektedir³⁵.

Bu noktada hükümde geçen işletme kavramının, sadece ticari işletmeyi mi yoksa aynı zamanda esnaf işletmesini de mi kapsadığı sorusu sorulabilir. Borçlunun konkordato talebinde bulunabilmesi için tacir olması gerekmez. Dolayısıyla İİK'nın 296'ncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen işletmenin ticari işletme³⁶ olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. O hâlde doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere³⁷, ticari işletme ve esnaf işletmesi, İİK'nın 296'ncı maddesinin birinci fıkrasında geçen işletme kavramının kapsamında değerlendirilmelidir.

B. Mühlet Esnasında Devam Eden Sözleşmeler Nedeniyle Borçlanılan Edimlerin Karşılıklı İfası

İcra ve İflâs Kanunu'nun 296'ncı maddesinin birinci fıkrasında, geçici ve kesin mühlet süresince devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimlerin karşılıklı olarak ifa edileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca borçlanılan edimlerin karşılıklı olarak ifa edilebilmesi için, mühlet esnasında devam eden sözleşmenin işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden bir sözleşme olması gerekir. Borçlanılan edimlerin karşılıklı olarak ödenmesi bakımından borçlunun taraf olduğu sözleşmenin niteliği ise önem taşımamaktadır. Zira Kanun'da sözleşmenin niteliğine ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Bununla birlikte, "*karşılıklı olarak ifa edilir*" ifadesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin mevcut olmasını gerektirmektedir.

³¹ Albayrak, s. 281; Sarısözen, s. 392.

³² Gereke için bkz. <https://app.e-uyar.com/gerekece/index/088ed902-9b0f-4ace-90a2-8d99bdf3a660>, e.t. 04.03.2022.

³³ Doktrinde "*işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmeler*" ibaresinin muğlak olduğu, bu nedenle bu ibarenin dar yorumlanmasının konkordato taleplerini sınırlandıracağı, geniş yorumlanmasının ise maddi hukuka müdahale alanının genişlemesine neden olabileceği ifade edilmektedir (Namlı, Mert. "Türk ve İsviçre Hukuku'nda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler", *Yargıtay Dergisi*, C. 44, S.4, Ekim 2018, s. 1529).

³⁴ Albayrak, s. 285.

³⁵ Albayrak, s. 285.

³⁶ "*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız bir şekilde yürütüldüğü işletmedir.*" (TTK m. 11/I).

³⁷ Albayrak, s. 287; Akil, s. 205.

Borçlanılan edimlerin karşılıklı olarak ifa edilmesi, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmeler bakımından geçerlidir. Bu nedenle, sözleşmenin niteliği işletmenin faaliyet alanına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Kanun'un 296'ncı maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinden konkordato mühleti esnasında devam eden sözleşmelerden doğan edimlerin karşılıklı olarak ifa edileceği anlaşılmaktadır. Bu noktada söz konusu hükmün, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmeden kaynaklanan ve mühletten önce doğan bir borcun ödenmesi için de geçerli olup olmadığının tespiti çalışmamız bakımından önem taşımaktadır. Doktrinde bir görüşe göre³⁸, konkordato mühleti esnasında devam eden sözleşmeler bağlamında borcun konkordato talebinden önce doğup doğmadığı önem taşımaz. Alacağın konkordato projesine dâhil edilmeksizin tam olarak ödenmesi gerekir. Kanaatimizce, taraflar arasında yapılan sözleşmelerde bağlılık ilişkisi varsa, mühletten önce doğan alacakların ödenebilmesi gerekir. Diğer bir ifade ile alacaklı, borçluya geçici mühletten önce hammadde temin etmekte ise ve aralarındaki hukukî ilişki mühlet esnasında da devam ediyorsa, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan alacağın ödenmesine imkân verilmelidir. Zira borçlanılan edimlerin karşılıklı olarak ifa edileceği düzenlemesine yer verilmesi borçluya hammadde tedariki sağlama amacına hizmet etmektedir. Borçlunun, alacaklıya ödeme yapmaması hâlinde karşı taraf, sözleşme ilişkilerini devam ettirmek istememekte ve hammadde temin etmemektedir. Bu durum ise, kanun koyucunun söz konusu düzenleme ile ulaşmak istediği amacın gerçekleşmesine engel olmaktadır.

IV. Geçici Mühletten Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesinin Mümkün Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

A. Ödemenin Mümkün Olup Olmadığı ve Geçerliliği Bakımından

İcra ve İflâs Kanunu'nda, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacakların konkordatoya tâbi olduğu düzenlenmiştir (İİK m. 308/c-II). Buna karşılık, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan bir borcun tamamının veya bir kısmının borçlu tarafından mühlet esnasında ödenmesinin mümkün olup olmadığı³⁹ hususunda Kanun'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde ise bu konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre⁴⁰, böyle bir durum alacaklılar arasındaki eşitliğin bozulmasına neden olacağı için, borçlunun mühletten önce doğan bir borcu mühlet içerisinde tam olarak ödemesi mümkün değildir. Mühletten önceki borçların ödenmemesi zorunluluğu, konkordatonun temel

³⁸ Koç/Konuralp/Candemir, s. 27.

³⁹ Belirtmek gerekir ki, burada tartışılan husus, geçici mühlete karar verilmeden önce doğup konkordatoya tâbi olan borçların mühlet esnasında ödenip ödenemeyeceğidir. Yoksa konkordatoya tâbi olmayıp borçluya karşı takip yapmasına izin verilen alacakların mühlet esnasında ödenmesine bir engel bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. Üstündağ, s. 239.

⁴⁰ Altay/Eskiocak, s. 177-178; Tunç Yücel, s. 9-13. Aynı yönde ayrıca bkz. Budak, Ali Cem/Yağcı, Mustafa Okan. "Konkordato ve Finansal Yeniden Yapılandırma", *Bankacılar Dergisi*, S. 112, 2020, s. 28. Arar'a göre, mühletten önce doğan borçların tamamının mühlet esnasında ödenmesi mümkün olmamakla birlikte, borçlunun aktif ve pasifine önemli sayılamayacak derecede etki eden işlemlerden doğan borçların ödenmesine izin verilmelidir (Arar, Kemal. *İcra ve İflâs Hükümleri*, C.2, İflâs, Ankara, 1945, s. 272). Tunç Yücel, mühletten önce doğan borçların ödenmesinin konkordatonun doğası gereği mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte, hammadde temini için zorunlu olması hâlinde, alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesine istisna getirilebileceğini ve söz konusu borçların ödenebileceğini ifade etmektedir (Tunç Yücel, s. 18).

yapısına ilişkin olduğundan, kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça bir yasaklama getirilmemiştir. Diğer taraftan, borçlunun söz konusu borçları ödemesi bazı alacaklıları diğer alacaklılara nazaran ayrıcalıklı bir konuma yükselteceğinden, dürüstlük kuralına ve alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca alacaklıların kural olarak mühlet esnasında borçluya karşı takip yapmalarının yasak olması, borçlunun mühletten önce doğan borçları serbestçe ödeyememesini gerektirir⁴¹.

Diğer bir görüşe göre⁴², yasak tasarruflar arasında yer almadığından, konkordato mühletine karar verilmeden önce doğan borçların ödenmesi mümkündür ve yapılan ödemeler geçerlidir. Bu bağlamda mühletten önce doğan borçların mühlet esnasında hiçbir şekilde ödenemeyeceğini söylemek mümkün değildir. Özellikle borçluya hammadde, ara madde ya da hizmet sağlayan alacaklılara konkordato mühletinden önce doğan borçların ödenmesine izin verilmesi, yeni konkordato hukukunun mantığına uygundur. Zira konkordatonun amaçlarından biri, borçlunun malî durumunun iyileştirilmesini sağlamak olduğuna göre, borçlunun ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi için, mal ve hizmet alımı gerçekleştirilen alacaklılara ödeme yapılması kaçınılmazdır. Aksi hâlde şirketler, konkordato talebinde bulunmuş bir borçluya ticari ilişkiye girme konusunda çekimser kalmaktadır. Bu durum ise konkordatonun başarıya ulaşmasına engel olmaktadır. Kanunda açık bir düzenleme yapılmasına gerek olmaksızın borçluya mal tedarik eden alacaklılara, konkordato komiserinin onayı⁴³ alınarak eski borçlar için ödeme yapılması mümkün olmalıdır⁴⁴.

İsviçre doktrininde de mühletten önce doğan borcun borçlu tarafından ödenip ödenemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, konkordato mühleti esnasında ticari faaliyetlerin sürdürülmesinden dolayı yeni borçlara girilmesi ve bunların ödenmesi mümkün olmasına rağmen, konkordato mühletinden önce doğan borçların ödenemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁵. Diğer bir görüşe göre ise⁴⁶, konkordato mühletinden önce doğan borçların konkordato komiserinin onayı ile ödenmesi mümkündür.

Yargıtay'a göre ise, Kanun'da bir yasaklama bulunmadığı için borçlunun geçici mühlete karar verilmeden önce doğan bir borcu ödemesi mümkündür ve yapılan ödeme geçerlidir. Ancak konkordato komiseri söz konusu borçların ödenmesini yasaklayabilir. Yargıtay'ın konuya ilişkin

⁴¹ Tunç Yücel, s. 11.

⁴² Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 294, No. 7. Aynı yönde ayrıca bkz. Atalay, Oğuz. "Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler", 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (Editör: Muhammet Özkes), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 127; Tanrıver, Süha. Konkordato Komiseri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 75; Tanrıver, Süha. "Konkordato Mühletinin Kaldırılması", *Yargıtay Dergisi*, Ekim S. 4, 1995, s. 493; Postacıoğlu, İlhan E. *Konkordato*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, s. 65; Gürdoğan, Burhan. *İflâs Hukuku Dersleri*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1966, s. 175, dn. 493; Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku, C. IV*, İstanbul, 1997, s. 3660; Yeşilova, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 297, No. 33; Simil, s. 222; Sarısözen, s. 420.

⁴³ Mevcut düzenleme uyarınca konkordato komiserinin mühletten önce doğan borçların ödenmesine izin verme yetkisi bulunmadığına ilişkin bkz. Albayrak, s. 203.

⁴⁴ Atalay, s. 127.

⁴⁵ Büchi, J. Alfred. *Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, I. Band*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1975, s. 95.

⁴⁶ Oehri, s. 118; Staehelin, Daniel. "Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz", in: Sprecher Thomas/Umbach-Spahn, Brigitte/Vock, Dominik (Hrsg), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V: Das neue Schweizer Sanierungsrecht*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2014, s. 114.

vermiş olduğu eski tarihli bir karar şu şekildedir⁴⁷: ‘‘İİK’nun 290. maddesinde açıklandığı gibi, borçlu mühletin ilânından itibaren konkordato projesine dâhil alacak, mal ve sâir haklar üzerinde tasarrufta bulunamaz. Menkul mallarını rehnedemez, gayri menkûllerini satamaz, ipotek edemez, kefil olamaz ve ivazsız tasarrufta bulunamaz veya bunlar dışında komiserin yasakladığı hususları yapamaz. Maddedeki yasak muameleler arasında, konkordato mehli verilmesinden önce tahakkuk etmiş borçların ödenmemesi keyfiyeti yoktur. Bu nedenle, eski borçların ödenmesi geçerlidir. Ancak, komiser bunu yasaklayabilir...’’.

İcra ve İflâs Kanunu’nun 297’nci maddesinin ikinci fıkrasında borçlunun tasarruf yetkisinin yasal sınırları belirlenmiş ve hükümde sayılan işlemlerin geçerli olarak yapılabilmesi için mahkemenin izni aranmıştır. Aynı maddenin birinci fıkrasında ise borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine mahkeme tarafından sınırlama getirilebileceğine işaret edilmektedir. Bu sınırlamalar dışında borçlu konkordato mühleti esnasında malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmekte ve ticari faaliyetlerini sürdürebilmektedir. O hâlde kanaatimizce Kanun’da sayılan yasaklı işlemler arasında yer almadığına göre, borçlunun mühletten önce doğan borçları mühlet esnasında ödemesi mümkün olup, yapılan ödemeler hukuken geçerlidir. Aynı durum komiserin ödemeyi yasaklamasına rağmen yapılan ödemeler bakımından da geçerlidir. Zira komiserin talimatlarına aykırı şekilde yapılan işlemler de geçerlidir. Şayet kanun koyucu geçici mühletten önce doğan borçların ödenmesini yasaklamak istese idi diğer tasarruf sınırlamalarında olduğu gibi açıkça düzenleme yapabilirdi.

B. Konkordato Komiserinin Ödemeyi Yasaklayıp Yasaklayamayacağı Bakımından

Kanun’da geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borcun borçlu tarafından mühlet esnasında ödenmesini yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada, konkordato komiserinin söz konusu borçların ödenmesini yasaklamasının mümkün olup olmadığına değinilmelidir. Borçlu konkordato mühleti esnasında konkordato komiserinin nezareti altında işlerine devam edebilmektedir. Konkordato komiseri nezaret görevi kapsamında, borçluya, malvarlığının korunması ve işletme faaliyetinin yürütülmesi ile ilgili olarak talimat verme yetkisine sahiptir⁴⁸. Konkordato komiserinin, konkordato mühleti esnasında borçlunun işlerini denetleme yetkisinin bir sonucu olarak, borçlunun tasarruf yetkisine birtakım sınırlandırmalar getirmesi de mümkündür⁴⁹. Bu bağlamda konkordato komiseri, belirli bir miktarın üstündeki

⁴⁷ Karar için bkz. Yrg. 12. HD. T. 10.02.1983, E. 1982/10613, K. 1983/921 (Altay/Eskiocak, s. 178).

⁴⁸ Kren Kostkiewicz, Art. 295, N. 6; Hunkeler, Art. 298, N. 6; Umbach-Spahn, Brigitte/Kesselbach, Stephan. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock, Dominik), Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2017, Art. 295, N. 2, Coradi, s. 26; Blumenstein, s. 905; Hunziker/Pellascio, s. 319; Fritzsche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich. *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II*, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1993, s. 589; Lorandi, Franco. *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich, 2014, s. 123; Amonn/Walther, s. 526; Vollmar, Art. 293, N. 32; Hildebrandt, Theodor/Glarner, Hans. *Leitfaden zum Gebrauch für Sachwalter in gerichtlichen Nachlass-Vertragsverfahren*, Schulthess Verlag, Zürich, 1950, s. 14; Gmünder, Hubert. *Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG, Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code*, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Band/Nr. 29, Dike Verlag AG, 2018, s. 245; Tanrıver, Komiser, s. 192; Akil, s. 227; Simil, s. 106; Ulukapı, s. 121; Akyürek/Akyürek, s. 261. Konkordato komiserinin denetim görevinin, borçlunun konkordato komiserine düzenli olarak rapor verme görevi olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Oehri, s. 177.

⁴⁹ Kuru, Baki. *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2. Baskı, Evrim Basım- Yayım- Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 435; Berkin, Necmeddin M. *İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 541; Berkin, Necmeddin M. *İflâs Hukukunda Konkordato*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 48; Altay/Eskiocak, s. 176; Favre, s. 364;

işlemlerin yapılmasını kendisinin iznine tâbi tutabilir⁵⁰ veya borçlunun bazı işlemleri yapmasını yasaklayabilir⁵¹. O hâlde konkordato komiserinin, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların ödenmesini yasaklaması mümkündür⁵². Ancak konkordato komiserinin talimat vermek suretiyle, borçlunun bazı işlemleri yapmasını yasaklaması hâlinde, yasağa rağmen yapılan işlem borçlu ve işlemin diğer tarafı arasında geçerliliğini korur⁵³. Bu nedenle konkordato komiseri yasak getirirse dahi borçlunun geçici mühletten önce doğan borçları ödemesi hâlinde yapılan ödeme geçerlidir.

C. Alacaklılar Arasındaki Eşitlik İlkesinin İhlâli Bakımından

Konkordatoda alacaklılar arasındaki eşitliğin gözetilmesi büyük önem taşımaktadır. Nitekim kanun koyucu alacaklılar arasındaki eşitliğin sağlanması için bazı hükümler ihdas etmiştir. Bu bağlamda, konkordatoya tâbi alacaklar için mühlet esnasında borçluya karşı takip yapılması yasaklanarak alacaklılar arasındaki eşitliğin sağlanması amaçlanmaktadır⁵⁴. Yine İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/d maddesinde, "*borçlu tarafından alacaklılardan birine konkordato projesinde öngörülenden fazla olarak yapılan vaatler hükümsüzdür*" düzenlemesine yer verilmesi, konkordatoda alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesinin gözetildiğinin diğer bir göstergesidir.

Geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların borçlu tarafından mühlet esnasında ödenmesi, alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmelidir. Doktrinde, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların ödenmesinin alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesini

Hunziker/Pellascio, s. 325; Oehri, s. 136; Vollmar, Art. 298, N. 5; Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295, N. 22; Akyürek/Akyürek, s. 261; Ulukapı, s. 121; Sarısözen, s. 410. Konkordato komiserinin bazı işlemlerin yapılmasını kendi iznine tabi tutması veya yasaklamasına yönelik sınırlandırmaların teknik anlamda bir tasarruf yetkisi sınırlandırması olmadı yönünde bkz. Yardım, M. Ertan. "İİK M. 292 Çerçevesinde Konkordato Mühletinin Kaldırılması Prosedürü", *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 45, 2020/1, s. 100.

⁵⁰ Hunkeler, Art. 298, N. 6; Amonn/Walther, s. 533; Vollmar, Art. 298, N. 5; Lorandi, Franco. "Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG)", *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2004/1, s. 74; Hildebrandt/Glarner, s. 16; Simil, s. 132; Albayrak, s. 135; Sarısözen, s. 410.

⁵¹ Favre, s. 364; Amonn/Walther, s. 533; Oehri, s. 136; Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295, N. 22; Lorandi, *Geschäfte*, s. 74; Gmünder, s. 245; Kuru, *Konkordato*, s. 435; Altay/Eskiocak, s. 176; Ulukapı, s. 116; Simil, s. 132; Sarısözen, s. 410; Akyürek/Akyürek, s. 261; Kaplan, İbrahim. *Yeni Türk Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 41. Buna karşılık doktrinde aksi yönde bir görüşe göre, Kanun'da yasak olduğu sayılan işlemler dışında, mahkeme tarafından ayrıca bir sınırlama getirilmemişse, konkordato komiseri borçlunun tasarruf yetkisini sınırlayacak şekilde bazı işlemlerin yapılmasını yasaklayamaz (Pekcanitez/Erdönmez, s. 86).

⁵² Tanrıver, Komiser, s. 75; Tanrıver, Mühlet, s. 494; Postacıoğlu, s. 65; Gürdoğan, s. 175, dn. 493; Kuru, *İflâs*, s. 3660; Kuru, *Konkordato*, s. 435; Yeşilova, *Öztek-Konkordato Şerhi*, m. 297, No. 33.

⁵³ Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 25; Lorandi, *Geschäfte*, s. 74; Jaeger, Carl/Daeniker, Marta. *Schuldbetreibungs- und Konkurs- Praxis, Der Jahre 1911-1945*, Orell Füssli Verlag, Zürich, 1947, s. 516; Favre, s. 364; Fritzsche/Walder-Bohner, s. 649; Hunziker/Pellascio, s. 325; Amonn/Walther, s. 533; Lorandi, *SchKG*, s. 123; Vollmar, Art. 298, N. 5; Oehri, s. 136; Coradi, s. 29; Altay/Eskiocak, s. 177; Kuru, *Konkordato*, s. 435; Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, 2009, s. 240; Kuru, *İflâs*, s. 3660; Tanrıver, Komiser, s. 195; Postacıoğlu, s. 65; Pekcanitez/Erdönmez, s. 77; Berkin, *İflâs*, s. 541; Berkin, *Konkordato*, s. 48; Arar, s. 272; Simil, s. 132; Kaplan, s. 41; Yeşilova, *Öztek-Konkordato Şerhi*, m. 297, No. 34; Ulukapı, s. 122. Hunkeler'e göre, borçlunun, konkordato komiserinin talimatlarına aykırı şekilde malvarlığı üzerinde gerçekleştirdiği işlemler, medeni hukuk bakımından geçerli olmakla birlikte alacaklılara karşı ileri sürülemez (Hunkeler, Art. 298, N. 4).

⁵⁴ Takip yasağının alacaklılar arasındaki eşitliğin sağlanmasına hizmet ettiğine ilişkin bkz. Heijmen, s. 90; Coradi, s. 23; Berkin, *Konkordato*, s. 66; Kale, *Öztek-Konkordato Şerhi*, m. 294, No. 1; Altay/Eskiocak, s. 154; Tanrıver, Komiser, s. 63; Albayrak, s. 212; Tunç Yücel, s. 2, 127.

ihlâl edeceği ileri sürülmektedir⁵⁵. Ancak belirtmek gerekir ki yapılan ödemeler, her durumda alacaklılar arasındaki eşitliğin ihlâl edildiğini göstermez. Bu hususta bir değerlendirme yaparken konkordatonun amacının da dikkate alınması gerekir. Konkordatonun, borçların ödenmesinin yanı sıra yeniden yapılandırmayı sağlama amacı da bulunmaktadır. Bu bağlamda mühletten önce doğan bir borcun ödenmesi her zaman bir kötüniyet göstergesi olmayıp, aksine yeniden yapılandırmanın sağlanması bakımından zorunluluk teşkil edebilir. Borçlunun ticari faaliyetlerini sürdürerek malî durumunu iyileştirebilmesi için hammaddeye ihtiyaç duyması muhtemeldir. Hammaddenin sağlanabilmesi ise çoğu durumda önceden doğan borçların ödenmesine bağlıdır. Önceden doğan borçların ödenmemesi hâlinde ise üçüncü kişilerin borçluyla hukukî ilişkiye girmesi veya borçluya hammadde temin etmesi genellikle mümkün olmamaktadır. Nitekim üçüncü kişileri konkordato talebinde bulunan borçlu ile hukukî ilişkiye girmeye zorlayan yasal düzenlemeler mevcut değildir. Geline bu noktada, mühletten önce doğan bir borcun ödenmesi her ne kadar alacaklılar arasındaki eşitliğin bozulmasına neden olabilecek nitelikte ise de yeniden yapılandırmanın sağlanması bakımından buna imkân tanınması gerekir. Ayrıca yeniden yapılandırmanın gerçekleşmesi hâlinde borçların tam ödenmesi de mümkün olacağından bu durum alacaklıların menfaatine hizmet etmektedir.

D. Borçluya Yaptırım Uygulanması Bakımından

Borçlunun geçici mühletten önce doğan borçları ödemesi hâlinde yapılan ödemenin geçerliliğinin yanı sıra ödeme nedeniyle borçlunun yaptırıma tâbi tutulup tutulamayacağı belirlenmesi de önem taşımaktadır. Doktrinde, bu hususa ilişkin olarak, konkordato komiserinin söz konusu borçların ödenmesine yönelik yasaklama getirip getirmediğine göre farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre⁵⁶, konkordato komiserinin geçici mühletle karar verilmeden önce doğan borçların ödenmesini yasaklaması ve borçlunun yasağa rağmen ödeme yapması hâlinde, konkordato mühletinin kaldırılmasına karar verilmelidir. Diğer görüşe göre ise⁵⁷, konkordato komiseri söz konusu borçların ödenmesini yasaklamasa dahi, konkordato mühletinin kaldırılması yoluna gidilmesi mümkündür.

Konkordato komiseri, talimat verme yetkisi çerçevesinde mühletten önce doğan borçların ödenmesini yasaklayabilir. Ancak bu yasaklama işlemin geçerliliğine etkili olmayıp konkordato mühletinin kaldırılması bakımından önem taşımaktadır. Konkordato komiserinin talimatlarına uyulmaması, konkordato mühletinin kaldırılmasını gerektiren nedenlerden biridir. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nun 292'nci maddesinin birinci fıkrasının c bendine göre, borçlunun komiserin talimatlarına uymaması hâlinde mahkeme, konkordato mühletini kaldırarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına re'sen karar verir. Yine Kanun'un 297'nci maddesinin üçüncü fıkrasında borçlunun komiserin ihtarlarına aykırı davranması hâlinde, mahkemenin, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabileceği veya 292'nci madde çerçevesinde karar vereceği ifadesine yer verilmektedir. Görüldüğü üzere, borçlunun konkordato komiserinin talimatlarına aykırı davranması hâlinde, uygulanacak yaptırım, iki ayrı hükümde düzenlenmiştir.

⁵⁵ Altay/Eskiocak, s. 177; Tanrıver, Komiser, s. 75; Tunç Yücel, s. 9, 11; Simil, s. 223.

⁵⁶ Altay/Eskiocak, s. Postacıoğlu, s. 65; Tanrıver, Mühlet, s. 494; Tanrıver, Komiser, s. 75; Gürdoğan, s. 175, dn. 493; Kuru, Konkordato, s. 435; Kuru, İflâs, s. 3660.

⁵⁷ Simil, s. 223; Altay/Eskiocak, s. 178.

Ancak İİK m. 292/I-c hükmü emredici nitelikte iken⁵⁸, İİK m. 297/III hükmü hâkime takdir yetkisi vermektedir.

Kanaatimizce bu noktada İİK m. 297/III hükmü esas alınarak hareket edilmelidir. Zira İİK m. 292/I-c hükmünün doğrudan uygulanması, 297/III'üncü maddesinin göz ardı edilmesine neden olur. Buna karşılık İİK m. 297/III hükmü, m. 292/I-c hükmünün uygulanmasını engellemekte, aksine bu konuda, mahkemeye bir alternatif sunmaktadır. Bu nedenle, mahkemeye takdir hakkı veren İİK m. 297/III hükmünün uygulanması daha yerinde bir tercih olmaktadır⁵⁹. O hâlde borçlunun komiserin talimatlarına uymayarak mühletten önce doğan borcu ödemesi, iflâsa tâbi olan borçlu hakkında iflâsın açılmasına karar verilebilecek durumlardan biri olmakla birlikte, herhâlde borçlunun iflâsına karar verilmesini gerektirmez. Zira işaret ettiğimiz üzere mahkeme, böyle bir durumda borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabileceği gibi, 292'nci madde çerçevesinde geçici mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına da karar verebilir. Bu bakımdan doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi⁶⁰ böyle bir durumda borçlunun iflâsına karar verilmesi gibi ağır bir yaptırım yerine, ölçülülük ilkesine uygun şekilde, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması şeklinde bir karar verilmesi daha yerinde olur. Zira her ne kadar borçlunun talimatlara uymamasının yaptırımı olarak iflâsın açılmasına ve konkordato talebinin reddine karar verilmesinin uygun olabileceği düşüncesi akla gelse dahi, alacaklıların da bu durumdan büyük ölçüde etkileneceği ve menfaat dengesinin sağlanması gerektiği de göz ardı edilmemelidir.

Konkordato komiserinin yasaklama getirmediği durumlarda, söz konusu borçların ödenmesinin konkordato mühletinin kaldırılmasına ve iflâsın açılmasına neden olup olmayacağı ise, borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket edip etmediğine göre belirlenmelidir. Zira borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiğinin anlaşılması konkordato mühletinin kaldırılmasına ve iflâsa tâbi borçlu hakkında iflâsın açılmasına neden olmaktadır (İİK m. 292/I-c). Belirtmek gerekir ki, borçlunun geçici mühletten önce doğan bir borcu ödemesi, her durumda diğer alacaklıları zarara uğratmak amacıyla hareket ettiğini göstermez⁶¹. Zira borçlunun, hammadde ve hizmet temini amacıyla ödeme yapmış olması ihtimâl dâhilindedir. Ticari faaliyetlerin sürdürülebilmesi ve yeniden yapılandırmanın sağlanabilmesi için gerekli malzemelerin elde edilmesi amacıyla önceki borçlara karşılık ödeme yapılması, borçlunun kötüniyetli olduğunu veya alacaklılara zarara uğratma amacıyla hareket ettiğini göstermez. Böyle bir durumda, konkordato mühletinin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ve iflâsa tâbi olan borçlu hakkında iflâsın açılmasına karar verilmesi mümkün olmamalıdır.

⁵⁸ Tunç Yücel, s. 15.

⁵⁹ Aynı yönde bkz. Tunç Yücel, s. 16; Yardım, s. 108.

⁶⁰ Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 296b, N. 11; Bauer/Staehelin, Art. 296b, N. 7; Hunziker/Pellascio, s. 319; Budak/Tunç Yücel, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 292, No. 8; Yardım, s. 108; Sarısözen, s. 293.

⁶¹ Borçlunun mühletten önce doğan borçları ödemesinin alacaklılara zarar verme kastını gösterdiğine ilişkin karşı yönde bkz. Tunç Yücel, s. 17.

SONUÇ

Geçici mühlete karar verilmesi ile birlikte borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen ortadan kalkmasa da bazı sınırlamalara tâbi tutulmaktadır. Bu bağlamda İcra ve İflâs Kanunu'nun 297'nci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen işlemlerin borçlu tarafından yapılması mahkemenin izin vermesine bağlıdır. Aynı maddenin birinci fıkrasında ise, borçlunun tasarruf yetkisine mahkeme tarafından sınırlama getirilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme, mühlete karar verirken veya mühlet esnasında bazı işlemlerin geçerli olarak yapılmasını komiserinin iznine tâbi tutabileceği gibi borçlunun yerine komiserin işletme faaliyetinin devam ettirmesine de karar verebilmektedir. Borçlunun konkordato mühleti esnasında malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırları Kanun'la belirlenmiş, bu sınırların dışında ise borçluya serbestçe işlem yapma imkânı tanınmıştır. Kanun'da öngörülen sınırlamalar arasında, geçici mühlete karar verilmeden önce doğan borçların mühlet esnasında borçlu tarafından ödenmesi yasağı bulunmamaktadır. Bu noktada söz konusu borçların borçlu tarafından ödenmesinin mümkün olup olmadığı tartışmaya açıktır. Alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesinin ihlâl edileceği ve konkordato prosedürünün doğasına aykırı olduğu gerekçesiyle mühletten önce doğan borçların ödenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, borçlunun ticari faaliyetlerini devam ettirebilmesi ve yeniden yapılandırmanın sağlanabilmesi için gerekli olan hammaddeye, genellikle geçici mühletten önce doğan borçlar ödenmeden ulaştırılması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, konunun konkordatonun amacı ve yeniden yapılandırmanın sağlanması bakımından da değerlendirilmesi gerekir. Mühletten önceki borçların ödenmesine imkân verilerek borçlunun ticari faaliyetlerini devam ettirmesinin sağlanması alacaklıların menfaatine de hizmet edebilmektedir. Nitekim borçlunun malî durumunun iyileşmesi hâlinde alacaklılara tam olarak ödeme yapılmaktadır.

Kanun'da açıkça yasaklı işlemler arasında yer almaması da mühletten önce doğan borçların borçlu tarafından mühlet esnasında ödenebileceğinin bir göstergesidir. Şayet kanun koyucu ödeme yapılmasını yasaklamak istese idi, diğer hukukî işlemlerde olduğu gibi açıkça düzenleme yapabilirdi. Geline bu noktada mühletten önce doğan borçların borçlu tarafından ödenmesinin mümkün olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte konkordato komiseri söz konusu borçların ödenmesini yasaklayabilir. Ancak bu yasaklama işlemin geçerliliğine etkili olmayıp konkordato mühletinin kaldırılıp kaldırılmayacağı bakımından önem taşımaktadır. Konkordato komiserinin talimatlarına uyulmaması, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılmasına veya konkordato mühletinin kaldırılarak iflâsın açılmasına karar verilmesine neden olabilir. Konkordato komiserinin yasaklama getirmediği ve borçlunun ödeme yaptığı hâllerde ise konkordato mühletinin kaldırılarak iflâsın açılmasına karar verilebilmesi için borçlunun alacaklıları zarara uğratmak amacıyla hareket ettiğinin anlaşılması hâlinde söz konusu olabilir. Borçlunun böyle bir amaçla hareket etmediği hâllerde ise, konkordato mühletinin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ve iflâsa tâbi olan borçlu hakkında iflâsın açılmasına karar verilmesi mümkün olmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. *Sorularla Konkordato Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Akyürek, Ayhan/Akyürek, Remziye. *Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Albayrak, Hakan. *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Altay, Sümer/Eskiocak, Ali. *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Amonn, Kurt/Walther, Fridolin. *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2013.
- Arar, Kemal. *İcra ve İflâs Hükümleri, C.2, İflâs*, Ankara, 1945.
- Atalay, Oğuz. “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (Editör: Muhammet Özekes), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, (s. 111-134).
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Aydemir, Efrail. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Başözen, Ahmet. *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- Bauer, Thomas/Staehelin, Daniel: *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.
- Berkin, Necmeddin M. *İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1972 (İflâs).
- Berkin, Necmeddin M. *İflâs Hukukunda Konkordato*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949 (Konkordato).
- Blumenstein, Ernst. *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*, Bern, 1911.
- Börü, Levent. “Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2019, (s. 173-186).
- Budak, Ali Cem/Yağcı, Mustafa Okan. “Konkordato ve Finansal Yeniden Yapılandırma”, *Bankacılar Dergisi*, S. 112, 2020, (s. 16-46).
- Büchi, J. Alfred. *Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1. Band*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1975.
- Coradi, Andreas. *Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art 293 ff. SchKG*, Dissertation, Juris Druck Verlag, Zürich, 1973.

Duran, Rukiye. *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Eroğlu, Orhan. *Uygulamada Konkordato*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Favre, Antoine. *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Universitätsverlag, Freiburg, 1956.

Fritzsche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich. *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II*, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1993.

Gmünder, Hubert. *Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG, Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code*, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Band/Nr. 29, Dike Verlag AG, 2018.

Gündoğan Kırmızıtaş, Türkân. *6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Gürdoğan, Burhan. *İflâs Hukuku Dersleri*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1966.

Hardmeier, Hans Ulrich. “Das Aktienrechtliche Moratorium und der gerichtliche Nachlassvertrag als Sanierungsinstrumente”, *Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1994, (s. 503-514).

Heijmen, Pierre-Maurice. *Insolvenzrechtliche Sanierungsinstrumente nach dem deutschen und schweizerischen Recht*, Köln, 2012.

Hildebrandt, Theodor/Glarner, Hans. *Leitfaden zum Gebrauch für Sachwalter in gerichtlichen Nachlass-Vertragsverfahren*, Schulthess Verlag, Zürich, 1950.

Hunkeler, Daniel. *Kurzkommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz*, Basel, 2014.

Hunziker, Marc/Pellascio, Michel: *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2008.

Hüssy, Othmar. *Der Nachlassvertrag und die Stundung als Grundlagen der rechtlichen Sanierungsmassnahmen nach schweizerischem Recht*, Dissertation, Winterthur, 1944.

Jaeger, Carl/Daeniker, Marta. *Schuldbetreibungs- und Konkurs- Praxis, Der Jahre 1911-1945*, Orell Füssli Verlag, Zürich, 1947.

Kaplan, İbrahim. *Yeni Türk Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Koç, Evren/Konuralp, Cengiz Serhat/Candemir, Mehmet Ünsal. *7327 Sayılı Kanun İle 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun Konkordatoya İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2021.

Kren Kostkiewicz, Jolanta. *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK – Orell Füssli Kommentar*, 20. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2020.

Kuhn, Walter. *Der Nachlassvertrag nach schweizerischem und englischem Recht*, Dissertation, Zurich, 1948.

Kuntalp, Erden. “Finansal Kiralama Sözleşme Tipinin Özellikleri ve Bu Özellikler Açısından FKK m. 25/1’in Değerlendirilmesi (Finansal Kiralama Konusu Malın Teminat İşlevi)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, S. 1, 2002, (s. 253-271).

Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku, C. IV*, İstanbul, 1997 (İflâs).

Kuru, Baki. *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2. Baskı, Evrim Basım- Yayım- Dağıtım, İstanbul, 1988 (Konkordato).

Lorandi, Franco. “Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG)”, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, 2004/1, s. 73-116 (Geschäfte).

Lorandi, Franco. “Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 10/2004, s. 1209-1224 (Nachlassverfahren).

Lorandi, Franco. *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich, 2014 (SchKG).

Mabillard, Ramon. “Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren Prozessuale Kompensation des materiellrechtlichen Eingriffs gemäss Art. 297a VE-SchKG”, *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs*, 74. Jahrgang, Heft 5, 2010, s. 189-205.

Namlı, Mert. “Türk ve İsviçre Hukuku’nda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler”, *Yargıtay Dergisi*, C. 44, S. 4, Ekim 2018, (s. 1479-1552).

Oehri, Daniel. *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2018.

Özkaya Ferendeci, Hamide Özden. *İflâs Hukukunda Takas*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Öztek, Selçuk/Budak, Ali Cem/Tunç Yücel, Müjgan/Kale, Serdar/Yeşilova, Bilgehan. *Yeni Konkordato Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 (Yazar - Öztek-Konkordato Şerhi).

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Postacıoğlu, İlhan E. *Konkordato*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965.

Sarisözen, M. Serhat. *Konkordato*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Simil, Cemil. *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Stahelin, Daniel. “Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz”, in: Sprecher, Thomas/Umbach-Spahn, Brigitte/Vock, Dominik (Hrsg), *Sanierung und Insolvenz von*

Unternehmen V: Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2014, (s. 105-120).

Şengür, Evren Dilek/Çiftçi, Havva Nur. “İşletmelerde Faaliyetlerin Sınıflandırılması ve Finansal Raporlama Üzerindeki Etkileri”, *Mali Çözüm Dergisi*, S. 108, Y. 21, 2011, (s. 35-61).

Tanrıver, Süha. *Konkordato Komiseri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993 (Komiser).

Tanrıver, Süha. “Konkordato Mühletinin Kaldırılması”, *Yargıtay Dergisi*, Ekim S. 4, 1995, (s. 491-499) (Mühlet).

Tunç Yücel, Müjgan. *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Taşpınar, Sema. “Adî Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 2003, C. XXII, S. 2, (s. 49-92).

Ulukapı, Ömer. *Konkordatonun Feshi*, Mimoza Yayınları, Konya, 1998.

Umbach-Spahn, Brigitte/Kesselbach, Stephan/Bossart, Stefan. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock, Dominik), Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2017.

Umbach-Spahn, Brigitte/Kesselbach, Stephan. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock, Dominik), Zürich, Schulthess Juristische Medien, 2017.

Uyar, Talih. “Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 92, S. 4, Y. 2018, (s. 15-102).

Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, 2009.

Vollmar, Alexander. “Art. 298” in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, II*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.

Yardım, M. Ertan. “İİK M. 292 Çerçevesinde Konkordato Mühletinin Kaldırılması Prosedürü”, *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 45, 2020/1, (s. 71-131).

Kur ve Fiyat Farkı Korumalı Banka Hesapları ile Fiziki Altınların Kaydileştirilmesine İlişkin Düzenlemelerin Hukuki Açidan Değerlendirilmesi

Altan Fahri GÜLERCİ 

Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, afgulerici@aku.edu.tr
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<p>Makale Geçmişi Geliş: 17.05.2022 Kabul: 04.10.2022 Yayın: 11.10.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Kur korumalı banka hesapları, Döviz endeksli borç, Altın değerine endeksli borç, Fiziki altın, Faiz</p>	<p>2021 Yılıın son çeyreğinde Türkiye’de ekonomi yönetimi rekabetçi olan ve faizi merkezine almayan yeni bir ekonomik program uygulayacağını kamuoyuna duyurdu. Hemen akabinde döviz kurlarında ani sıçramalar meydana geldi. Bunun üzerine ülkedeki dolarizasyonun önüne geçmek ve Türk lirasında kalmayı teşvik etmek amacıyla mevduatlara ve katılma hesaplarına kur garantisi verilmesi uygulamasına geçildi. Uygulamanın kapsamına yurt dışında mukimler de dahil edildi. Daha sonra, bankalardaki altın hesapları da kapsama alındı. Ayrıca fiziki altınların kaydi sisteme geçirilmesini teşvik edecek düzenlemeler yapıldı. Böylelikle kuyumcular ve altın rafinerileri de sisteme dahil edilmiş oldu. Bu çalışmada konuyla ilgili gerçekleştirilen beş temel düzenlemenin hukuki inceleme ve değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu kapsamda Merkez Bankası, banka ve hesap sahibi arasındaki ilişkiler; kur koruması veya kur ya da fiyat garantisinin hukuki niteliği, bankaların sorumluluğu, anapara garantisinin ne anlama geldiği, getirilen ilave ödemelerin hukuki niteliği konusunda tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.</p>

A Legal Evaluation Of The Regulations Regarding Foreign Currency And Value-Based Protected Bank Deposits And System Of Dematerializing The Physical Gold

Article Info	Abstract
<p>Article History Received: 17.05.2022 Accepted: 04.10.2022 Published: 11.10.2022</p> <p>Keywords: FX Protected bank deposits, Foreign currency based obligation, Gold value-based obligation, Physical gold, Interest</p>	<p>In the last quarter of 2021, the economic management in Turkey announced to the public that it will implement a new economic program that is competitive and does not center on the interest concept. Immediately afterward, sudden jumps occurred in exchange rates. Thereupon, in order to prevent dollarization in the country and to encourage the retention of the Turkish lira, exchange rate guarantees were introduced to deposits and participation accounts. Within the scope of the application, residents abroad were also included. Later, gold accounts in banks were also included in the scope of the regulations. In addition, regulations were made to encourage the transfer of physical gold to the dematerialized system. Thus, jewelers and gold refineries were also included in the system. In this study, legal examination and evaluation of these five basic regulations were made. In this context, the relations between the Central Bank, the bank and the account holder; It has been determined and evaluated about the legal nature of currency protection, currency and price warranty, the responsibility of banks, what the principal capital guarantee means, and the legal nature of the additional payments brought.</p>

Atıf/Citation: Gülerci, A. F. (2022). “Kur ve Fiyat Farkı Korumalı Banka Hesapları ile Fiziki Altınların Kaydileştirilmesine İlişkin Düzenlemelerin Hukuki Açidan Değerlendirilmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s. 603-628.

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

2021 Yılı'nın son çeyreğinde döviz kurlarının aniden yükselmesi ile birlikte Türk ekonomi yönetimi, döviz kurlarını dengede tutmak ve döviz kurlarında ani hareketlerin önüne geçebilmek amacıyla bir takım çözüm yollarını uygulamaya sokmuştur. Hatta ilk başta sadece döviz hesaplarının dönüşümüne yönelik olarak yürürlüğe konulan uygulamalar, daha sonra altın hesaplarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Hemen belirtelim ki, benzer sistem geçmişte de uygulanmıştı. Bu nedenle emsal teşkil edebilmesi açısından, Türkiye’de ülkeye döviz kazandırmak amacıyla altmışlı yıllardan itibaren uygulanmaya başlanan ve halihazırdaki sistemle muhteva olarak birebir aynı olmasa da benzer yanları bulunan dövize çevrilebilir mevduat (DÇM) uygulamasını zikretmek gereği duymaktayız. DÇM uygulamasında temel noktalar DÇM hesaplarına kur garantisi sağlanması; bu hesapların işleyişinden mütevellit kambiyo kar ve zararlarının 1211 sayılı TCMB Kanunu md. 53 hükmüne tabi tutulması, hesaplara yatan tutarların yurt içi TL kredilerde kullanılabilmesi ve hesaba konu dövize, Avrupa piyasasının üzerinde getiri imkânı sağlanması şeklinde özetlenebilir¹. DÇM uygulamasının, İspanya örneğini bir kenara bırakırsak, dünyada Türkiye haricinde emsali bulunmamaktadır². Özellikle de 1975 yılından itibaren ülke döviz rezervlerinin önemli bir kısmını teşkil ettiği görülen DÇM uygulaması, o dönemde; hesaplardaki bakiyelerle kullanılan kredilerin hangi amaçlarla kullanıldığına denetlenememesi, ilk uygulamalarda kısa vadeli DÇM hesaplarına daha fazla faiz verilmesi, dünyada yeteri kadar tanıtımının yapılmaması ve kur farkı ödemelerinin hazineye maliyetinin yüksekliği gibi eleştirilere maruz kalmıştır³. Kur garantili mevduat uygulamasının bankalardaki tasarrufları artırması, toplanan dövizlerin krediye yönlendirmesi suretiyle hem bankalar ve hem de

¹ Dövize çevrilebilir mevduat uygulaması Türk hukukuna ilk kez 1967 yılında Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 17 sayılı Karara İlişkin Seri: VII No: 37 sayılı Tebliğ ile girmiştir. Bu tebliğ ile Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Seri: 1 No:2 sayılı Usul Tebliği md. 16 hükmü değiştirilmiş ve hariçte mukim ve Türkiye’de mukim kişilere vadesiz hesaplar bakımından, yurt dışında çalışan Türk işçilerine ise vadeli hesaplar bakımından kur garantisi getirilmiş, ayrıca söz konusu hesaplardan kredi kullandırılması özendirilmeye çalışılmıştır. Daha sonra 08.05.1975 Tarih ve 15230 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 17 sayılı Karara İlişkin Seri: VII No: 145 sayılı Tebliğ ile Seri: 1 No:2 sayılı Usul Tebliği md. 16 hükmünde tekrar değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklikler arasında söz konusu maddenin yedinci fıkrasını değiştiren hükümler oldukça önemlidir. Bu değişikliklerle bankalara DÇM hesaplarından genel hükümlere göre kredi verebilme imkânı getirilmiş ve ayrıca hariçte mukimlere ait DÇM hesaplarına, o para birimine Avrupa ülkelerinde uygulanan faiz oranının azami %1,75 fazlasına kadar faiz verilebileceği hükmüne bağlanmıştır. Seri: 1 No:2 sayılı Usul Tebliği md. 16 hükmü, daha sonra 1977 yılında 03.01.1977 Tarih ve 15865 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Seri: VII No: 176 sayılı Tebliğ ile tekrar değiştirilmiştir. Bu düzenleme ile DÇM hesaplarındaki tutarların, ülke içinde TL cinsi krediler için kullanılabilmesi belirtilmiştir. Ayrıca hariçte mukim kişilerin açtığı DÇM’lere, söz konusu para birimine Avrupa para piyasasındaki cari faiz oranına ilave olarak vadesine göre değişen oranlarda faiz farkı (spread) verilebileceği ve vadelere göre değişken faiz oranları uygulanabileceği hükmüne bağlanmıştır. Seri: 1 No:2 sayılı Usul Tebliği md. 16 hükmü son olarak 1978 yılında 16.02.1978 Tarih ve 162002 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Seri: 1 No: 6/1 sayılı Tebliğ ile de değiştirilmiştir. Tüm bu düzenlemeler ve bankacılık uygulaması, uygulamanın muhasebeleştirilmesi hakkında ayrıntılı olarak bkz. Feyzibeyoğlu, İhsan. *Dövize Çevrilebilir Türk Lirası Mevduat Uygulaması*, 1. Baskı, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1979, s. 5-9.

² Özden, T. Murat. “Dövize Çevrilebilir Mevduat Hesabı”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 8/2, 1992, s. 118, dn. 1.

³ Feyzibeyoğlu, s. 24-28; Özden, s. 146-148; Nas, Nesrin. “1980 Öncesinde Euro Piyasalar ve Türkiye”, *Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 1989, s. 108-109.

ülke ekonomisi için katma değer ortaya çıkarabilme potansiyeli bulunmaktadır⁴. Ancak gelinen son noktada 1979 yılında DÇM uygulaması son bulmuştur⁵.

1967-1979 Yılları arasında uygulanan DÇM sisteminin, aşağıda ele alınacak olan düzenlemelere göre daha dar kapsamlı olduğu görülmektedir. Nitekim yeni sistem sadece yurt dışından ülkeye döviz girdisi kazandırmayı değil; ülke içinde de işlemlerin ülke parası ile yapılmasını teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Yine yeni sistemin fiziki altın varlıklarının kaydi hale getirilmek suretiyle iktisadi sisteme kazandırılmasının sağlanması gibi, kayıt dışı varlıkların kayıt altına alınmasını sağlama amacı da ayrıca zikredilebilir. Kuşkusuz söz konusu düzenlemelerin iktisadi ve sosyolojik boyutları, bunların hukuk politikası açısından irdelenmesini gerekli kılar. Ancak önemle belirtelim ki, her ne kadar hukukun toplum gerçekliklerinden azade kılınması mümkün değilse de uygulamaya sokulan düzenlemelerin iktisadi ve siyasi boyutları, bu çalışmanın konusu dışında bırakılmış ve bu çalışmada konunun hukuk dışı ve hukuk politikası alanı hakkında değerlendirme yapılmamıştır. Kısacası bu çalışma getirilen düzenlemeleri salt hukuk tekniği açısından ele almıştır.

I. Ekonomide ve Döviz Kurlarında İstikrar Sağlanması Amacıyla Getirilen Hukuki Düzenlemeler

Ekonomi yönetimi tarafından döviz kurlarındaki aşırı yükselmelerin önüne geçmek, döviz kurlarını dengede tutabilmek ve fiziki altın varlıklarını iktisadi sisteme dahil etmek amacıyla şu beş temel düzenlemenin uygulamaya sokulduğu görülmektedir:

- Türk lirası vadeli mevduat ve katılma hesaplarının kur artışlarına karşı desteklenmesi amacıyla kabul edilen 4749 sayılı kanun geçici md. 35 hükmü kapsamında; 24.02.2022 tarihli, 31760 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 23.02.2022 tarihli ve 5206 sayılı Mevduat ve Katılma Hesaplarının Kur Artışlarına Karşı Desteklenmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararı.
- Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında 21.12.2021 tarihli 31696 sayılı Resmî Gazete mükerrer sayısında yayınlanarak yürürlüğe giren 2021/14 sayılı TCMB tebliği.
- Yurt Dışında Yerleşik Vatandaşlar Mevduat ve Katılım Sistemi (YUVAM) Hesapları Hakkında 01.02.2022 tarihli ve 31737 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 2022/7 sayılı TCMB tebliği.

⁴ Özden, s. 120-124.

⁵ Bu kapsamda DÇM hesapları kapatılarak, bakiyenin tümü devlet borcu haline getirilmiş, ödemeler belli bir süre ertelenmek ve Libor + 1,75 ek faiz ile birlikte taksitle bağlanmak suretiyle 1984-1989 yılları arasında gerçekleştirilmiştir; Korkmaz, Esfender, “DÇM Uygulaması ve Sonuçları”, *IV. Türkiye Maliye Eğitimi Sempozyumu 26-28 Mayıs 1988 Çeşme-İzmir*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1988, s. 81-82; Özden, s. 145.

- Altın Hesaplarından Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında 29.12.2021 tarihli ve 31704 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 2021/16 sayılı TCMB tebliği.
- Altın Cinsinden Fiziki Varlıkların Finansal Sisteme Kazandırılması Hakkında 14.03.2022 tarih ve 31778 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 2022/11 sayılı TCMB tebliği.

Bu beş temel düzenlemeden ilk dördü kamuoyunda kur korumalı mevduat olarak adlandırılan sistemin değişik görünüm biçimlerini teşkil etmektedir. Fiziki altın varlıkların iktisadi düzene dahil edilmesi hususundaki uygulama ise diğerlerinden bazı açılardan farklılıklar içermektedir. Bu nedenle ilk dört düzenleme aynı başlık altında ama alt başlıklar halinde münferiden, son düzenleme ise ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Bunun haricinde kur korumalı TL hesapları ile ilgili düzenlemelerin bizzat kanun tarafından özel bir hüküm tesis edilmek suretiyle yürürlüğe konulduğunu da belirtmekte fayda bulunmaktadır.

A. Kur ve Fiyat Farkından Kaynaklanan Zararın Giderileceğinin Taahhüt Edildiği Düzenlemeler

1. Türk Lirası Hesapların Kur Artışlarına Karşı Desteklenmesi Hakkında 5206 Sayılı Cumhurbaşkan Kararı

Halihazırda birikimlerini TL cinsi varlıklarda değerlendirmeyi tercih edenler için yürürlüğe konulmuş olan bu uygulamanın hukuki dayanağını 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükmüne 22.01.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan, 7351 sayılı kanun md. 12 ile eklenen geçici md. 35 hükmü teşkil etmektedir⁶. Geçici md. 35/1 hükmü ile kurdaki yükselmeler karşısında gerçek kişilerin mevduat ve katılma hesapları getirilerinin desteklenmesi öngörülmüş ve bu kapsamda Hazine ve Maliye Bakanlığı’ndan TCMB’ye nakit kaynak aktarımının yapılması hususunda ilgili bakana yetki verilmiştir⁷.

Geçici md. 35 hükmünün uygulanması⁸ ile ilgili olarak 5206 sayılı Mevduat ve Katılma Hesaplarının Kur Artışlarına Karşı Desteklenmesine İlişkin Cumhurbaşkan Kararı yayınlanmıştır. 5206 Sayılı karara göre kur korumalı hesap, 90-370 gün vadelerle bankalar nezdinde açılan TL cinsinden vadeli mevduat ve katılma hesaplarını ifade etmektedir (bkz. 5206 sayılı karar md. 3/-d ve md. 4). 5206 Sayılı karar md. 3/1-ğ ve h bentleri gerçek kişi kavramına da açıklık getirmiş ve

⁶ Söz konusu hükme ilişkin olarak madde gerekçesine baktığımızda uzun vadeli iktisadi politikalarla ülkedeki tasarruf yapısının uyum sağlaması amacıyla TL araçlara talebin artırılması, ürün çeşitliliğinin teşvik edilmesi, piyasada derinliğin sağlanması, finans sektörü ile ülke ekonomisinin sağlıklı bir şekilde gelişmesinin amaçlandığı belirtilmiştir; bkz. 7351 sayılı kanun md. 12 gerekçesi.

⁷ Geçici md. 15 hükmünün bir diğer özelliği de kanunun geçmişe etkili olarak yürürlüğe girmiş olmasıdır. Gerçekten de kabul tarihi 19.01.2022, Resmî Gazete’de yayınlanma tarihi 22.01.2022 olan bu hüküm, madde metninde açıkça belirtildiği üzere 21.12.2021 tarihinden itibaren geçerli olacaktır. Yine uygulamanın 21.12.2021-31.12.2022 tarihleri arasında açılacak hesaplarda uygulanabileceği belirtilmiş olsa da bu süreyi 31.12.2023 tarihine uzatma konusunda Cumhurbaşkanına yetki verilmiş bulunmaktadır.

⁸ Geçici md. 35/IV hükmü kapsamında bakanlığa her türlü bilgiye talep etme konusunda da yetki verilmiştir. Bu fıkranın özelliği finansal istikrarın sağlanması amacıyla talep edilecek bu bilgilerin verilmesinde diğer kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümlerin uygulanmayacağına hüküm altına alınmış olmasıdır.

söz konusu destekten yararlanacak kişilerin “Yurt dışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları da dahil olmak üzere Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek kişiler” olduğunu belirtmiştir. Böylelikle Türkiye sınırları dahilinde açılan ve vatandaşlığına bakılmaksızın tüm gerçek kişilere ait mevduat ve katılma hesaplarının mezkûr düzenleme kapsamında olduğu görülmektedir.

5206 Sayılı CB kararında aynı zamanda vade başı ve vade sonu kurları kavramları da tanımlanmış (md. 3/1-f ve g) olmakla birlikte, bu kurların hangi kur olacağı konusunda TCMB’ye uygulama talimatı çıkartmak suretiyle tespit yetkisi verilmiştir (md. 10/2). Nitekim 5206 Sayılı CB Kararı’nın uygulanması hususunda ayrıca TCMB tarafından 01.03.2022 tarihli bir uygulama talimatı da çıkarılmıştır. Uygulama talimatı, açılacak hesapların vadelerini 3 ay, 6 ay, 9 ay ve 12 ay olarak tespit etmekle kalmamış döviz kuru kavramına da açıklık getirmiştir⁹. Ayrıca 5206 Sayılı CB Kararı 5. maddesinde uygulanacak faiz ve kâr payı oranları ve buna ilişkin sınırlar belirlenmiştir.

Önemle belirtelim ki vade sonu kurunun vade başı kurundan düşük olması; yüksek olmakla birlikte hesaplanan kur farkı tutarının bankanın ödeyeceği faiz ya da kâr payına eşit ya da ondan düşük olması halinde herhangi bir kur farkı ödemesi yapılmamaktadır (5206 Sayılı CB Kararı md. 6/2 ve 4). Sistemin özünü teşkil eden düzenleme ise 5206 sayılı CB Kararı md. 6/3 hükmü olup “vade sonu kurunun, vade başı kurundan yüksek olması ve kur farkı üzerinden hesaplanan tutarın banka tarafından ödenecek faiz veya kâr payından yüksek olması durumunda, kur farkı üzerinden hesaplanan tutardan faiz veya kâr payı tutarı düşülerek hesaplanan tutar banka tarafından TCMB’ye bildirilir ve TCMB bu tutarı mevduat veya katılma hesabı sahibine ödenmek üzere destek hesabından ilgili bankaya aktarır” şeklindedir. Şu durumda kur korumalı hesap olarak adlandırılan bu hesap türünde hesap sahibine vade sonunda mevduat faizi ve kâr payı ödemesi yapılmakta, ancak vade sonundaki döviz kuru ile vade başındaki döviz kuru arasındaki farkın hesap sahibine ödenecek mevduat faizi ya da kâr payından fazla olması halinde aradaki fark hesap sahibine ödenmektedir. Örneğin vade başı ABD doları kurunun 13 TL olduğu varsayımı altında 1.000.000 TL’nin 3 ay vadeli olarak %15,50 faiz oranıyla mevduat bankasına yatırıldığını düşünelim. Vade başında 1.000.000 TL’nin 13 TL döviz kuru üzerinden karşılığı ise 76.923 ABD Doları olacaktır. Söz konusu tutarın 3 ay sonraki mevduat faizi 36.964 TL olacaktır. Vade sonunda döviz kuru 14 TL olduğunu varsaydığımızda, vade başında 1.000.000 TL ile alınması mümkün olan 76.923 ABD dolarının vade sonu karşılığı 1.076.923 TL olacaktır. Bir başka ifadeyle vade başında, söz konusu 1.000.000 TL mevduat faizine yatırılmayıp da bununla ABD doları alınmış olsaydı 3 aylık sürenin sonunda 76.923 TL kur kazancı ortaya çıkacaktı. Bu yapılmayarak 36.964 TL mevduat faizine razı olunmuştur. İşte kur korumalı mevduat hesabına ilişkin düzenleme ile, bu ikisi arasındaki fark da (76.923-36.964 = 39.959 TL) hesap sahibine ödenecektir.

Kur korumalı vadeli mevduat hesabının vadesinden önce kapatılması halinde kapatılma tarihindeki kur, vade başı kurundan düşük olsa bile hesap sahibinin anapara zararı söz konusu

⁹ Buna göre baz alınacak dövizler ABD Doları, EURO ve İngiliz Sterlini olarak tespit edilmiştir. Vade başı kuru hesabın açıldığı gün, vade sonu kuru da hesabın kapatıldığı gün saat 11.00’da TCMB tarafından açıklanan döviz alış kuru olarak tanımlanmıştır; bkz. TCMB Uygulama Talimatı md. 3/1-g ve ğ.

olmayacaktır. Zira kur korumalı vadeli hesaplarda vade başında dönüşümü yapılmış bir döviz bulunmamaktadır.

2. Türk Lirası Hesaplara Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında 2021/14 Sayılı TCMB Tebliği

Ülkedeki dolarizasyonun önüne geçmek amacıyla yürürlüğe konulan bu tebliğ, 1211 sayılı TCMB Kanunu'nda TCMB'nin görevlerinin düzenlendiği md. 4/3 hükmünün I/g alt bendinde ifadesini bulan "Finansal sistemde istikrarı sağlayıcı ve para ve döviz piyasaları ile ilgili düzenleyici tedbirleri almak" hükmü ile 5411 sayılı BankK md. 144 ile TCMB'ye verilen azami faiz oranlarına ilişkin tespit yetkisine istinaden çıkartılmıştır (2021/14 Sayılı Tebliğ md. 2). 2021/14 Sayılı tebliğin uygulanmasına ilişkin olarak TCMB tarafından ayrıca 22.12.2021 tarihli bir uygulama talimatı da çıkarılmıştır.

Tebliğ hükümlerinden yararlanabilmek için ön şart olarak 31.12.2021-30.09.2022 tarihleri arasında 5411 sayılı BankK'na tabi herhangi bir bankada, döviz tevdiat hesabı ya da döviz cinsinden katılım fonu sahibi olmak gerekmektedir. Yine 2021/14 Sayılı tebliğin 5206 sayılı CB Kararı'ndan farklı olarak sadece yurt içinde yerleşik gerçek kişileri değil aynı zamanda tüzel kişiler için de uygulama kabiliyetine sahip olduğunu belirtmek gerekir (2021/14 Sayılı Tebliğ md. 1)¹⁰.

İkinci olarak ortada bu kişilere ait döviz tevdiat hesapları ile döviz cinsinden katılım fonu bulunmalıdır. Son olarak da bu hesapların TL cinsinden vadeli hesaba ya da katılım hesabına dönüşmesi gerekmektedir. Kuşkusuz bu dönüşümün sağlanabilmesi için ilgili döviz tutarının önce Türk Lirasına çevrilmesi şarttır. Bu nedenle 2021/14 Sayılı Tebliğ'in üçüncü maddesinde dönüşüm kuru ve vade sonu kuru olmak üzere iki kavramın tanımı yapılmıştır. Buna göre dönüşüm kuru döviz tevdiat hesabında ya da döviz cinsinden katılım fonu hesabında bulunan dövizin Türk lirasına çevrildiği ana en yakın andaki TCMB tarafından günün çeşitli saatlerinde ilan edilen döviz alış kurunu, vade sonu kuru ise saat 11.00 itibarıyla açıklanan döviz alış kurunu ifade etmektedir. Dönüşüm kuru üzerinden Türk lirasına çevrilen tutarlar hesap sahipleri adına 3 ay, 6 ay ve 1 yıl vadeli mevduat hesabına ya da katılma hesabı açılmak suretiyle yatırılır (2021/14 Sayılı Tebliğ md. 4/3). Dönüşüm yapılacak döviz türleri ile hesap sahiplerine uygulanacak faiz oranları ve buna ilişkin faiz sınırlamaları tebliğin 4. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir¹¹.

¹⁰ Tebliğin yurt içinde yerleşik gerçek kişi tanımı yukarıda belirtilen 5206 sayılı CB Kararı'nın tanımı ile özdeştir (2021/14 Sayılı Tebliğ md. 3/1-d). 2021/14 Sayılı tebliğin kapsamında yer alan yurt içi yerleşik tüzel kişiler ile kimlerin kastedildiğini de belirlenmiştir (md. 3/1-e). Buna göre bankalar ve TCMB tarafından belirlenecek diğer mali kurumlar haricinde kanuni yerleşim yeri Türkiye'de bulunan tüm tüzel kişiler 2021/14 sayılı tebliğ hükümlerinden yararlanabilecektir.

¹¹ Dönüşüm yapılacak döviz kuru 5206 sayılı CB Kararında olduğu gibi ABD Doları, EURO ve İngiliz Sterlini olarak belirlenmiştir. Tebliğe göre mevduat hesaplarının tabi olacağı faiz oranının TCMB'nin bir haftalık repo alım ihalesinde oluşan faiz oranından az olamayacaktır. Katılım bankalarında ise daha farklı bir yöntem öngörülmüştür. Buna göre katılım bankaları ile TCMB arasında gerçekleştirilen bir açık piyasa işlemi olan haftalık geri satım vaadiyle alım işleminde oluşan maliyet eğer katılım bankası nezdinde açılacak dövizden dönüşümlü katılma hesabındaki getiriden fazla ise, aradaki farkın kapatılması katılım bankalarının takdirine bırakılmıştır. Böyle bir durumda TCMB'nin herhangi bir ödeme sorumluluğu bulunmamakta, katılım bankası dilerse aradaki farkı karşılayabilmektedir.

2021/14 Sayılı tebliğin en temel düzenlemesi ise 5. madde hükmüdür. Bu hükme göre vade sonu geldiğinde mevduat sahibine anaparasının yanında faiz, katılma hesabı sahibine ise hesapta bulunan bakiye ödemesi yapılacaktır. Ayrıca vade sonu kuru dönüşüm tarihindeki kurdan yüksek ise, banka tarafından ödenen mevduat faizi ile kâr payı ödemesine bakılacak, söz konusu ödemeler kur farkının altında kalıyor ise aradaki fark hesap sahibine ödenecektir.

Konuyla ilgili olarak TCMB tarafından yayınlanan uygulama talimatı md. 5 hükmünde daha detaylı bilgiler verilmiştir. Bu maddeye göre, hesap sahibinin her halükârda anaparasının döviz bazında korunacağı ancak katılım hesaplarında da katılım bankacılığına ilişkin esasların geçerli olacağına altı çizilmiştir. Buna göre vadenin sonunda TCMB tarafından açıklanan döviz kuru, dönüşüm kurundan düşük ise, hesap sahibine anaparasına ilave olarak mevduat faizi ya da kâr payı verilecektir. Şu durumda dövizden dönüşümlü hesaplarda hesap sahiplerine anapara garantisinin verildiği anlaşılmaktadır.

Vade sonunda ödenecek mevduat faizi ya da kâr payı tutarının kur farkından fazla olması durumunda anaparaya ilaveten mevduat faizi ya da kâr payı ödenecek; kur farkının, ödenecek faiz ya da kâr payından fazla olması halinde ise faizi ya da kâr payını aşan miktar hesap sahibine aktarılacaktır.

Tebliğin 5. maddesine göre vadesinden önce kapatılan hesaplara kur farkı ödemesi yapılmayacaktır. Uygulama Talimatı md. 5/5-b hükmü hesap bakiyesinin, hesabın kapatıldığı tarihteki döviz alış kuru üzerinden güncelleneceğini belirtmiştir. Dolayısıyla vadeden önce kapatılan hesaplar için anapara zararı söz konusu olabilecektir.

Uygulama talimatı md. 6/8 hükmünde ise dönüşüm hesap bakiyelerinin, bankalar tarafından kullanılacak Türk lirası kredilerde teminat olarak kabul edilmesini yasaklanmıştır.

3. Altın Hesaplarından Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında 2021/16 Sayılı TCMB Tebliği

Bu tebliğ ve tebliğ ile getirilen düzenlemeler hem amaç bakımından hem de içerik bakımından döviz hesaplarından dönüşümün desteklenmesi konusundaki 2021/14 sayılı tebliğ ile büyük oranda özdeştir¹². Tebliğ kapsamında TCMB tarafından 29.12.2021 tarihinde bir de uygulama talimatı çıkarılmıştır. Tebliğ hükümlerinden yararlanabilmek için 31.12.2021 tarihi itibarıyla 5411 sayılı BankK nezdinde kurulmuş mevduat bankaları nezdinde altın depo hesabı ve katılım bankaları nezdinde de altın cinsi katılım fonu hesabına sahip olunması ön şart niteliğindedir. Tebliğ hükümleri kapsamında baz alınan altın ise standart altın olup; bu altın, tebliğde Londra Altın Piyasası ve BIST Kıymetli Madenler ve Kıymetli Taşlar Piyasası nezdinde

¹² Tebliğin amacı yurt içinde yerleşik gerçek ve tüzel kişilere ait altın hesaplarının Türk lirası mevduat ya da katılma hesabına dönüşmesi halinde bunun ne surette gerçekleşeceğini düzenlemektir (Tebliğ md. 1). Tebliğin, 2021/14 sayılı tebliğde belirtilenlere ek olarak 1211 sayılı TCMB Kanunu md. 4/3'ün 1-e bendinde yer alan "ülke altın ve döviz rezervlerini yönetmek" ile aynı kanunun md. 22/1-c bendinde yer alan altın ve döviz rezervlerinin yönetimi ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisi kapsamında çıkartıldığı anlaşılmaktadır (2021/16 Sayılı Tebliğ md. 2).

işlem gören, bunların mührünü ihtiva eden en az 995/1000 saflıkta altın olarak tanımlanmıştır (Uygulama Talimatı md. 3/1-e)¹³.

4. Yurt Dışında Yerleşik Vatandaşlar Mevduat ve Katılım Sistemi (YUVAM) Hesapları Hakkında 2022/7 sayılı TCMB Tebliği

Yuvam hesapları hakkında 2022/7 sayılı TCMB Tebliği, dayanağını 1211 sayılı TCMB Kanunu md. 4/3 hükmünün 1/b ve g bentlerinden almaktadır. Bu tebliğ kapsamında TCMB tarafından 01.02.2022 tarihli Uygulama Talimatı da yayınlanmıştır. YUVAM hesapları işleyiş olarak yukarıda belirtilen 2021/14 sayılı Tebliğ'den bazı açılardan ayrılmakta, birtakım farklılıklar içermektedir. Her şeyden evvel, 2022/7 sayılı tebliğ hükmünden yurt dışında yerleşik kişiler ile sermayesinin tamamı veya bir kısmı bu kişilere ait olan ve yasal yerleşim yeri de yurt dışında bulunan şirketler yararlanabilmektedir (2022/7 Sayılı Tebliğ md. 1). Tebliğ yurt dışında yerleşik kişileri; yurt dışında oturma ve çalışma iznine sahip veya ikametgahı yurt dışında bulunan gerçek kişiler, mavi kart sahipleri ve yabancı uyruklu olmakla beraber Türk bankalarında hesap açma şartlarını taşıyan yabancı uyruklu gerçek ya da tüzel kişiler şeklinde tanımlamaktadır (2022/7 sayılı Tebliğ md. 3/1-d). Uygulama Talimatı'nın 1. maddesine göre ise yurt dışında yerleşik kişilerin sermayedar oldukları şirketlerin banka ya da TCMB'nin belirleyeceği mali kuruluşlardan biri olmaması şarttır (Uygulama Talimatı md. 1). Şu durumda yasal yerleşim yeri Türkiye olan şirketlerin YUVAM hesabı açtırma imkanından yoksun olduğu, buna karşılık Türkiye'de banka hesabı açabilen yabancı uyruklu tüzel kişilere bu imkânın tanınmış olduğu görülmektedir. YUVAM hesabı imkanından yararlanmak isteyen bir Türk şirketinin yurt dışında şirket kurması ve bu şirketin de Türk bankalarından birinde hesap açtırması gerekmektedir.

2022/7 Sayılı Tebliğ Uygulama Talimatına göre, YUVAM hesaplarının açılışında esas alınacak döviz kuru TCMB tarafından alım ve satıma konu edilebilen dövizler şeklinde ifade edilmiş ve hangi döviz cinsi olsa da bunların öncelikle ABD Doları, İngiliz Sterlini, Euro veya İsviçre Frangına çevrileceği, daha sonra çevrilen döviz cinsi üzerinden hesap açılıp son olarak da Türk lirasına çevrilip YUVAM hesabı açılacağı hükme bağlanmıştır (Uygulama Talimatı md. 5). Ayrıca YUVAM hesapları 3 ay, 6 ay, 12 ay ve 24 ay vadeli açılabilmekte, 24 ay vadeli olarak açılan hesaba yıllık faiz ya da kâr payı ödemesi imkânı da tanınmaktadır (Uygulama Talimatı md. 4/1-2).

¹³ Bu açıklamalar haricinde 2021/16 sayılı TCMB tebliğinin büyük oranda 2021/14 sayılı tebliğ ile özdeş olduğundan burada tekrardan kaçınmak adına 2021/14 sayılı TCMB Tebliği kapsamında yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz. Bu bağlamda 2021/14 sayılı Tebliğ gibi, 2021/16 sayılı Tebliğin de vade sonunda her halükârda altın bazında anaparanın korunmasını esas aldığı vade sonundaki altın fiyatının, vade başındaki dönüşüm fiyatından düşük olması halinde hesap sahibine ana paraya ilaveten mevduat faizi ya da kar payı ödemesinin yapılacağını; vade sonu fiyatının dönüşüm fiyatından yüksek olmakla birlikte faiz veya kar payı tutarının da fiyat farkını aşması halinde anapara ile birlikte münhasıran faiz veya kar payı, faiz veya kar payı tutarının fiyat farkının altında kalması durumunda ise fiyat farkı ile mevduat veya kar payı arasındaki farkın hesap sahibine ödeneceğini belirtmek gerekir (2021/16 Sayılı Tebliğ md. 5, Uygulama Talimatı md. 5). Yine Uygulama Talimatı md. 6/8 uyarınca söz konusu altın hesaplarından dönüşümlü mevduat ve katılma hesaplarındaki bakiyelerin bankalar tarafından kullanılan Türk lirası krediler için teminat olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin düzenleme de burada zikredilmelidir.

Bir başka önemli düzenleme de YUVAM hesaplarına yatırılan tutarlara vadelerine göre ilave getiri imkanının sunulmuş olmasıdır (Uygulama Talimatı md. 4/3). YUVAM hesaplarında her halükârda döviz bazında anapara garantisi ve ilave getiri elde edilmesi söz konusudur. Gerçekten de bu hesaplarda vade sonundaki kur, dönüşüm kurundan düşük olursa, hesap sahibine döviz bazında ana parası ile mevduat veya kâr payı, ayrıca seçtiği vadeye göre ilave getiri ödenmesi imkânı getirilmiştir (Uygulama Talimatı md. 6/1-2).

Vade sonundaki kurun, vade başındaki dönüşüm kurundan yüksek olması halinde ise faiz ya da kâr payının kur farkından yüksek olması durumunda ana para, faiz ya da kâr payı ve ilave getiri alınacaktır. Vade sonundaki kur, vade başındaki dönüşüm kurundan yüksek olmakla birlikte elde edilen faiz ya da kâr payının kur farkından düşük olması durumunda ise hesap sahibine anapara ödemesinin yanı sıra, faiz ya da kâr payı ödemesi, faiz ya da kâr payı tutarı ile kur farkı arasındaki fark ve ilave getiri ödemeleri gerçekleştirilecektir.

B. Altın Cinsinden Fiziki Varlıkların Finansal Sisteme Kazandırılması Hakkında 2022/11 Sayılı TCMB Tebliği

2022/11 Sayılı TCMB Tebliği, kamuoyunda “yastık altı” olarak tabir edilen fiziki altınların kayda alınması ve bunların iktisadi anlamda kullanılabilmesinin sağlanması amacıyla kabul edilmiştir. Bu tebliğ ile ilgili olarak TCMB tarafından ayrıca 15.03.2022 tarihli bir Uygulama Talimatı yayınlanmıştır.

2022/11 Sayılı Tebliğ hükümlerinden yararlanmak isteyen kişilerin¹⁴, öncelikle BIST rafineriler listesinde bulunan yetkili bir altın rafinerisi ile anlaşmalı bankalardan birinde altın hesabının bulunması gerekmektedir (2022/11 Sayılı Tebliğ md. 4). Daha sonra fiziki altınların teslim aşamasına geçilir. Tebliğ bu konuda yetkili rafineriler tarafından teşekkül ettirilecek ve yetkili kuyumcular ile bankaların da erişimine açık olan AKS-Altın Kabul Sistemi adı altında bir altın toplama sisteminin kurulmasını öngörmüş; ayrıca bu sistemin işleyişinin sağlanması açısından yetkili rafinerileri banka şubeleri nezdinde eksper atamakla yükümlü kılmıştır (2022/11 Sayılı Tebliğ md. 3/1-a). Fiziki altınlar ya bir mevduat ya da katılım bankasına ya da Kuyum Ticareti Hakkında Yönetmelik¹⁵ kapsamında yetki belgesine sahip ve yetkili altın rafinerisi ile anlaşması bulunan bir kuyumcuya teslim edilebilecektir (2022/11 Sayılı Tebliğ md. 4/2). Kişilerin bankaya ya da kuyumcuya teslim ettikleri altınların değerleri ise bankalarda eksperler, yetkili kuyumcuya teslim edilenlerde ise yetkili kuyumcu tarafından belirlenecektir. Değer tespiti yapılan altınların AKS ile mutabakatı yapıldıktan sonra, takdir edilen kıymetleri kişilerin banka nezdindeki altın hesaplarına kaydi olarak aktarılacaktır (2022/11 Sayılı Tebliğ md. 4/3). Bu aşamada fiziki olarak teslim edilen altınlar yetkili rafineriye teslim edilecek ve işlenmesi sağlanacaktır. Yetkili rafineri işleme işlemi sonucunda standart altına tamamladıklarını fiziki olarak, diğerlerini kaydi

¹⁴ Hemen belirtelim ki, tebliğ hükümlerinden yurt içinde yerleşik olan gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilmektedir (2022/11 Sayılı Tebliğ md. 1). Tebliğ yurt içi yerleşik kişiyi Türkiye’de kanuni ikametgahı bulunan gerçek kişi olarak tanımlamış ve yurt dışında yaşayan gerçek kişilerin de kanuni ikametgahı Türkiye’de bulunmak şartıyla ister serbest meslek icra etsin ister müstakil olarak ya da işçi olarak çalışsın yurt içi yerleşik kişi olarak kabul etmiştir (2022/11 Sayılı Tebliğ md. 3/1-j). Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunan bankalar ve TCMB’nin belirleyeceği sair mali kuruluşlar hariç tüzel kişiler de yurt içi yerleşik tüzel kişi olarak kabul edilmiştir (2022/11 Sayılı Tebliğ md. 3/1-j).

¹⁵ RG Tarih: 14.4.2021 Sayı: 31454.

olarak hesabın açıldığı bankaya aktaracaktır. Hesabın açıldığı banka ise altınların kaydi karşılığını TCMB adına açılan hesaba aktaracaktır (Uygulama Talimatı md. 5). Hesaba aktarılan altınlar TCMB tarafından 1000/1000 saflık dönüşüm fiyatı ile satın alınacaktır (Uygulama Talimatı md. 5/6).

Ayrıca talep durumunda hesaba aktarılan altın bakiyesi dönüşüm kuru üzerinden Türk lirasına dönüştürülerek 3 ay, 6 ay ve 1 yıl vadeli olarak hesap sahibi adına açılacak mevduat ya da katılma hesabına yatırılabilir (2022/11 Sayılı Tebliğ md. 5). Hemen belirtelim ki tebliğ, hesaba yatırılan altınlar hakkında mevduat ya da katılma hesabı açılmasını hesap sahibinin talebine bağlamışken, bu konuda Uygulama Talimatı md. 4/5 mevduat veya katılma hesabı açılmasını zorunlu kılmıştır. Bu noktada sistemin doğasının hesabın açılmasını gerekli kıldığı söylenebilir.

2022/11 Sayılı Tebliğ md. 6/4, açılacak mevduat ve katılma hesaplarına mevduat faizi ve kâr payı haricinde ilave getiri ödemesi de yapılabileceğini ve aynı uygulamanın 2021/16 sayılı Tebliğ hükümlerinden yararlanan hesaplar için de söz konusu olabileceğini hükme bağlamıştır. Uygulama Talimatı md. 4/5 hükmü de açılacak mevduat ve katılma hesaplarına vadelerine göre değişen ilave getirilerin TL olarak ilgili hesaplara peşin olarak ancak vade sonuna kadar çekilmemek kaydıyla yatırılacağını belirtmiştir. Yine Uygulama Talimatı md. 6/1 uyarınca vade sonu işlemleri açısından anapara, ilave getiri ile birlikte değerlendirilmekte bir başka deyişle ilave getiri, anaparaya eklenmektedir. Dolayısıyla vade sonu anapara ifadesi ile asıl anapara ve ilave getiri toplamı anlaşılmaktadır.

2022/11 sayılı Tebliğ ve Uygulama Talimatı her halükârda hesap sahibinin anapara kaybı olmayacağını altını çizmiştir (2022/11 sayılı Tebliğ md. 6/1, Uygulama Talimatı md. 6/1). Bu kapsamda vade sonu fiyatının dönüşüm fiyatından düşük olması halinde hesap sahibine anapara ödemesine ilaveten mevduat faizi ya da kâr payı ödemesi yapılacaktır (Uygulama Talimatı md. 6/2). Vade sonundaki fiyatın, dönüşüm fiyatından yüksek olması halinde eğer faiz veya kâr payı tutarı, fiyat farkından daha düşük ise hesap sahibine bu defa anapara ve faiz veya kâr payına ilaveten fiyat farkı ile faiz veya kâr payı arasındaki fark da ödenecektir. Bir başka ifadeyle vade sonu fiyatı, dönüşüm fiyatından yüksek olmakla birlikte altın fiyatlarındaki yükselişten kaynaklanan fiyat farkının, ödenecek faiz ya da kâr payını aşması halinde hesap sahibine; anapara, faiz veya kâr payı, fiyat farkı ile faiz veya kâr payı arasında kalan tutar ve vadeye göre değişen ilave getiri ödenecektir.

Ayrıca söz konusu hesaplardaki bakiyelerin TL krediler için teminat olarak gösterilmesi burada da mümkün değildir (Uygulama Talimatı md. 8/8).

II. Ekonomide İstikrar Sağlanması Amacıyla Yürürlüğe Konulan Düzenlemelerin Hukuki Açidan Değerlendirilmesi

A. Kur Korumalı veya Kur ya da Fiyat Garantili İşlemlerde Hukuki İlişkiler

Öncelikle belirtelim ki, yukarıdaki düzenlemelerin tümünde de (kur koruması, dövizden dönüşüm, YUVAM hesabı kapsamında dövizden dönüşüm, altın hesabından ya da fiziki altının kaydi altına dönüşmesinde) TCMB, banka ve hesap sahibi olmak üzere üç kişi bulunduğu ve üç

kişinin kendi arasında da münhasır ilişkiler tesis edildiği görülmektedir. Tüm ilişkilerin ortak tarafını ise banka teşkil etmektedir. Fiziki altınların dönüşümünde, işlemin yetkili kuyumcu aracılığı ile gerçekleştirilmesi durumunda ise dörtlü bir ilişki ortaya çıkmaktadır.

Her şeyden önce kur korumalı mevduat hesaplarının işleyişi bakımından banka ile TCMB arasında ayrı bir sözleşme ilişkisi bulunmakta, bankanın hesap sahiplerine yaptığı kur ya da fiyat farkı ödemesinin hukuki dayanağını da bu sözleşme ilişkisi teşkil etmektedir. Yine bu ilişki kapsamında her türlü hesap hatasından ve fazla ödemelerden de banka sorumludur (5206 Sayılı CB Kararı md. 8/5; Uygulama Talimatı md. 9). TCMB tarafından dövizden ve altından dönüşümlü hesaplar ile fiziki altınların dönüşümü ile açılan hesaplarla ilgili yayınlanan uygulama talimatlarında hesap sahiplerinin hesap açılırken, vadeden önce çekimin şartları konusunda bankalar tarafından bilgilendirileceği ifade edilmiştir¹⁶. Bu bilgilendirme kuşkusuz banka ile TCMB arasında yapılan sözleşme kapsamında bankalar açısından bir yükümlülük niteliğindedir. Ancak kanaatimizce bankaların hesap sahiplerini bilgilendirme yükümlülüğü sadece vadeden önce çekimin şartları ile sınırlı olmayıp, mezkûr ilişkinin tüm şartlarını ihtiva eder şekilde geniş anlaşılmalıdır¹⁷.

Hesap sahiplerinin, kur ya da fiyat farkı ödemelerine ilişkin taleplerinin hukuki dayanağı, Banka ile TCMB arasındaki sözleşme ilişkisi olduğu için, bu ilişkinin hukuki niteliğinin de tespiti önem taşımaktadır. Kur ve fiyat korumalı hesaplar bakımından banka ile TCMB arasındaki sözleşmede, hesap sahipleri lehine hükümler bulunduğu açıktır. Ayrıca TCMB ile banka ilişkisi bakımından hesap sahibi, hesap sahibi ile banka ilişkisi bakımından da TCMB üçüncü kişi durumundadır. Bu özelliği nedeniyle banka ile TCMB arasındaki sözleşme ilişkisinde mevduat ve katılma hesabı sahipleri hakkındaki düzenlemelerin üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğine mi haiz olduğu (bkz. TBK md. 129), yoksa temsil ilişkisi şeklinde mi telakki edilmesi gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Gerçekten de mezkûr sözleşme kapsamında müşterilerin doğrudan doğruya TCMB'ye yöneltebilecekleri bir talep bulunmayıp, onlar sadece ifayı kabulle yetkili durumdadırlar. Bu yönüyle eksik üçüncü kişi lehine sözleşme ile benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce banka ile TCMB arasındaki sözleşme ilişkisinde yer alan hükümleri, hesap sahipleri lehine birtakım hükümler öngörülmesi şeklinde anlamamak lazımdır. Zira bu ilişkideki hükümler, hukuki bir düzenleme kapsamında devlet ödemesinin ne surette yapılacağına ilişkindir. Nitekim bu ilişkide ifa, TCMB tarafından değil, TCMB'nin söz konusu bedeli hesabın bulunduğu banka nezdindeki TCMB hesabına aktarması suretiyle, bizzat banka tarafından gerçekleştirilmektedir. Görüldüğü gibi TCMB ile hesap sahibi arasında doğrudan ilişki tesis edilmemekte, bu ilişki dolaylı temsilci sıfatıyla banka tarafından gerçekleştirilmektedir. Başka bir ifadeyle TCMB, bankaya, kur korumalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarla ilgili işlemlerin

¹⁶ Türk Lirası Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğe İlişkin Uygulama Talimatı md. 6/2; Altın Hesaplarından Mevduat ve Katılma Hesaplarına Dönüşümün Desteklenmesi Hakkında Tebliğe İlişkin Uygulama Talimatı md. 6/2; YUVAM hesapları Uygulama Talimatı md. 7/2; Altın Cinsinden Fiziki Varlıkların Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Tebliğe İlişkin Uygulama Talimatı md. 8/4.

¹⁷ TCMB'nin mevcut TL birikimlerini kur korumalı vadeli hesaplarda değerlendirmek isteyen hesap sahipleri bakımından 5206 Sayılı CB Kararı'na ilişkin Uygulama Talimatında hesap sahiplerinin bilgilendirilmesi konusunda hiçbir hükme yer vermediği görülmektedir. Bu tip hesaplarda vadeden önce hesaptan çekim yapılması durumunda anapara zararı söz konusu olmayacağından böyle bir hükme ihtiyaç duyulmamıştır. Bununla birlikte bankaların genel bilgilendirme yükümlülüğü bu hesaplarda da mevcuttur.

gerçekleştirilmesi hususunda temsil yetkisi vermektedir. Akdi ilişki ise hesap sahipleri ile bankalar arasında zuhur etmektedir. Bu açıklamalar karşısında TCMB ile banka arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğini taşıdığı kanaatinde olduğumuzu da belirtmek gerekir.

4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un geçici md. 35/V hükmü, halihazırda TL cinsinden varlıklarla ilgili olarak açılan kur korunmalı mevduat ve katılma hesaplarına sağlanan destekle ilgili olarak uygulamada ortaya çıkabilecek hak sahipliğinin tespit edilmesi ve desteğin hesaplamasından kaynaklanan sorunlardan doğrudan doğruya hesabın açıldığı bankayı sorumlu tutmuştur. Yine 5206 sayılı CB Kararı md. 8/5 hükmü de bunu teyit eder niteliktedir. Buna karşılık dövizden dönüşümle ilgili 2021/14 sayılı, altın hesaplarından dönüşümle ilgili 2021/16 sayılı, YUVAM hesapları ile ilgili 2022/7 sayılı ve fiziki altınların kaydi hale getirilmesi ile ilgili 2022/11 sayılı tebliğlerde benzer bir hüküm bulunmamaktadır. 2021/14, 2021/16 ve 2022/7 Sayılı tebliğlere ilişkin uygulama talimatlarında da bankaya fazladan aktarılan tutarların banka tarafından ya da bildirim farklılığından kaynaklanması halinde TCMB tarafından uygulanacak cezai yaptırımdan bahsedilmiş; 2021/14, 2021/16 sayılı tebliğlerde ayrıca, açılan hesaplarla ilgili bankalar arasındaki transfer sürecinde tevsik edici belge verme yükümlülüğünün paranın ya da altının çekildiği bankaya ait olduğu belirtilmiştir. 2022/11 Sayılı tebliğe ilişkin uygulama talimatının 7. maddesinde ise söz konusu uygulama talimatı kapsamındaki uygulanmasından yetkili rafineriler ve bankalar sorumlu tutulmuştur. Hemen belirtelim ki bu düzenlemeler olmasaydı dahi taraflar arasındaki vekalet ilişkisinden aynı sonuca ulaşmak mümkündü. Bu anlamda, bankaların kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarla ilgili yaptığı yanlış hesaplamalar ve fazla ödemeleri, TCMB bakımından talimat harici işlem olarak kabul edilecek ve bu durum da vekaletin icra edildiği anlamına gelmeyecekti¹⁸.

İlişkiler demetinin diğer tarafında ise banka ile müşteri yer almaktadır. Müşterinin, banka nezdinde kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili bu işlemlerle bağlantılı bir mevduat hesabı ya da katılma hesabına sahip olması gerekir. Bu hesap dönüşümlü yapılan işlemlerde öncelikle bir vadesiz hesap, daha sonra bununla ilişkilendirilen vadeli bir hesap şeklinde anlaşılmalıdır. Böylelikle banka ile mevduat sahibi ya da katılma hesabı sahibi arasında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. TCMB bu ilişkinin tarafı olmayıp, banka ile hesap sahibi arasındaki ilişki bakımından üçüncü kişi konumundadır. Banka ile mevduat sahibi ya da katılma hesabı sahibi arasında tesis edilen bu ilişki, birtakım özel hükümlere tabi olsa da klasik anlamda mevduat sözleşmesi ile katılma hesabı sözleşmesinden özü itibarıyla bir farklılık arz etmemektedir. Bununla birlikte kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili vadeli mevduat hesabının ya da katılma hesabının açılabilmesi için bunların bağlı olacağı bir vadesiz hesap ya da katılım bankası vadesiz cari hesabının mutlaka bulunması icap ettiğinden; vadeli mevduat ya da katılma hesabı sözleşmelerinde, ilişkili vadesiz hesabın ya da cari hesabın belirtilmesi gerekir. Ayrıca bu hesaplar ancak hesap sahibinin açık talebi ile açılacağından sözleşmede hesap sahibinin kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili hesap imkânından yararlanmak istediğine dair talebi de bulunmalıdır.

¹⁸ Başalp, Nilgün. *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 283.

Bu talebin sözleşmeden ayrı bir şekilde gerçekleşmesi de mümkündür. Ayrıca bu talebin yazılı olması da şart olmayıp; mobil bankacılık kanalıyla verilen talep ve onaylar hukuken geçerlidir¹⁹.

Uygulamada bankalar hesap sahipleri ile akdettikleri kur korumalı veya kur ya da fiyat farkı garantili mevduat ya da katılma hesabı sözleşmelerinde sorumsuzluk kayıtlarına yer vermektedir. Ancak söz konusu kayıtları TBK md. 115 kapsamında değerlendirmek gerekir. Ayrıca bu tip hesaplarda bankalar aracılık fonksiyonu nedeniyle her iki tarafında vekili sıfatıyla hareket etmektedir. Bu bağlamda bankalar sözleşmelerine ağır kusurlarından sorumsuzluk kaydı koyamayacakları gibi, hafif kusurlarından da kendilerini sorumsuz kılamazlar²⁰. Dolayısıyla TBK md. 506 gereği işini özenle ve basiretli bir şekilde yerine getirmesi gereken bankaların, hafif kusurdan dahi sorumluluklarını sınırlandırmaları mümkün olmayıp, bu tip kayıtların hâkim tarafından geçersizliğine hükmedilmesi gerekir²¹.

B. Kur Koruması veya Kur ya da Fiyat Farkı Garantisinin Hukuki Niteliği

Yukarıda ana hatlarıyla açıklanan düzenlemelerin hepsinin de mevduat hesabı ya da katılma hesabı açılmasının gerekli olması ve hesabın açıldığı tarihteki döviz kuru ya da altın fiyatının vade tarihindeki döviz kuru ya da altın fiyatı ile mukayese edilmek suretiyle hesap sahiplerine birtakım imkanların sunulması hususunda birleştiği görülmektedir²².

Kur ya da fiyat farkı, vade sonundaki döviz kuru ya da altın fiyatı ile mevduat faizi ya da kâr payı arasındaki farkı ifade etmektedir. Bu fark TL hesaplarda vade başındaki, dövizden ve altından dönüşümlü hesaplarda ise vade başı ve dönüşüm tarihindeki döviz ve altın değeri ile vade sonundaki döviz ve altın değeri arasındaki farkın, mevduat ve kâr payı getirisinden fazla olması halinde ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle söz konusu kur ya da fiyat farkının banka tarafından

¹⁹ Konuyla ilgili olarak 15.03.2020 Tarihli ve 31069 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik açık bankacılık, internet bankacılığı, mobil bankacılık kanallarında müşterilerin finansal sonuç doğurabilecek işlemlerini yapabilmelerine olanak tanıyarak, bunun altyapısına ilişkin düzenlemeler öngörmektedir; Bkz. Yönetmelik md. 3/1-a, l, r bentleri ile z/çç bendi.

²⁰ Battal, Ahmet. *Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001, s. 160-166; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 884

²¹ Battal, *Bankaların Hukuki Sorumluluğu*, s. 165-166; Yargıtay 11. HD. 22.10.2020 T. ve 2020/5738 E., 2020/4350; www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 16.05.2022).

²² Bu kapsamda açıklamalarımızın henüz başında belirtmekte fayda mülâhaza ettiğimiz bir husus bulunmaktadır. Şöyle ki; bu düzenlemelerdeki pek çok hüküm mevduat ve katılma hesaplarının klasik işleyişine ve buna ilişkin mevzuata aykırılık teşkil ettiği etmektedir. Gerçekten de TCMB’nin 10.02.2020 tarih ve 31035 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 2020/3 sayılı Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kar ve Zarara Katılma Oranları Hakkında Tebliğ’in üçüncü maddesinin dördüncü fıkrası TL mevduata uygulanacak faiz oranlarının döviz ve altın dahil kıymetli madenlere endeksli olarak belirlenmesini yasaklamıştır. Yine 22.11.2006 tarihli ve 26354 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 16.10.2006 tarihli ve 2006/11188 sayılı Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kar ve Zarara Katılma Oranları ile Özel Cari Hesaplar Dahil Bu İşlemlerde Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkındaki Bakanlar Kurulu Kararı’nın da dördüncü maddesi ile mevduata ve katılma hesaplarına faiz ve kâr payı harici menfaat verilmesi yasaklanmıştır. Ancak döviz hesaplarından dönüşümlü hesaplar bakımından 2021/14 sayılı Tebliğ md. 6, altın hesaplarından dönüşümlü hesaplar bakımından 2021/16 sayılı Tebliğ md. 6, YUVAM hesapları bakımından 2022/7 sayılı Tebliğ md. 7, fiziki altınların kaydi hale getirilmesi ile açılacak hesaplar bakımından da 2022/11 sayılı Tebliğ md. 7 ile mezkûr düzenlemeler, 2020/3 sayılı tebliğin ve 2006/11188 sayılı bakanlar kurulu kararının ilgili hükümlerinden muaf tutulmuştur. Benzer bir düzenlemeye kur korumalı TL hesaplar bakımından yapılan düzenlemelerde yer verilmemesinin nedeni ise, açıklanacağı üzere bu hesapların doğrudan kanundan kaynaklanmasından ötürüdür.

hesap sahibine ifası; hem vade sonundaki kurun, vade başındaki kurdan yüksek olmasına ve hem de kur farkının hesap sahibine ödenecek mevduat faizi ya da kâr payından yüksek olmasına bağlıdır. Acaba kur ya da fiyat farkının hukuki niteliği nedir? Aşağıda çeşitli alternatif düşüncelerden yola çıkarak meseleyi tartışacak ve en sonunda da kanaatimizi belirteceğiz.

Her şeyden önce şunu belirtelim ki; Türk doktrininde kur farkı konusu, bir dönem kur farkının munzam zarar olarak telakki edilip edilmeyeceği kapsamında derin tartışmalara sahne olmuştur. Gerçekten de paranın değer kaybından mütevellit zarar kalemleri munzam zarar kapsamında mütalaa edilebilmekle²³ birlikte, kur kaybı zararlarının özellikle de ispat hukuku açısından münhasır bazı özellikleri nedeniyle munzam zarar kapsamında telakki edilip edilmeyeceği hususunda farklı görüşler bulunmakta idi²⁴. Ancak kur ya da fiyat farkını munzam zarar kalemleri içerisinde mütalaa etsek²⁵ dahi bunun, çalışmamıza konu kur korumalı veya kur ya da fiyat farkı garantili banka hesaplarındaki kur farkı ya da fiyat farkı ödemelerinin niteliği ile bağdaşmadığını da kabul etmek gerekir. Zira TBK md. 122 hükmünde ifadesini bulan munzam zarar, temerrüt faizini aşan bir zarar kalemi olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla munzam zararın mevzu bahis olabilmesi için, evvela ortada bir temerrüt durumunun varlığı gerekir. Oysa kur korumalı, kur garantili, fiyat farkı garantili banka hesaplarında ortada bir temerrüt durumu bulunmamakta, temerrütten bağımsız olarak kur farkı ya da fiyat farkı taahhüt edilmektedir.

Bu kapsamda ilk olarak kur korumalı veya kur ya da fiyat farkı garantili banka hesapları ile gerçekleşen kur ya da fiyat farkı ödemelerinin şartlı bağışlama olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Gerçekten de bağışlamanın şarta bağlı olarak yapılması mümkündür²⁶. Ancak kur farkı ödemesinin bağışlama olarak kabul edilebilmesi için, dayanağı

²³ Ayrancı, Hasan. *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 175; Pekcanitez, Hakan. *Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 121; Helvacı, Mehmet. *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 87.

²⁴ İsviçre’de alacaklı, temerrüde düşülmeseydi eline geçecek parayı dövize çevireceğini ispat etmek suretiyle munzam zarara hak kazanmaktadır. Ancak Türk hukukunda ve yargı uygulamasında seksen ve doksanlı yıllarda konuyla ilgili farklı görüş ve uygulamalar mevcuttu. Bu konudaki tartışma ve görüşleri topluca incelemek için bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 730-738; Ayrancı, s. 175-187; Baygın, Cem. *Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 91-101; Domaniç, Hayri. *Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1993, s. 138-201.

²⁵ TBK md. 99/III (818 sayılı eBK md. 83/III) hükmü kapsamında vade günü ve fiili ödeme günü kıstasının kabul edilmesi ile birlikte kur farkından mütevellit munzam zarar doğma olasılığının oldukça azaldığı yönünde bkz. Ayrancı, s. 186; Pekcanitez, s. 130; Baygın, s. 99; Arslan, Çetin/ Kırmızı, Mustafa. *Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 879.

²⁶ Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 287; Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 347; Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-1*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 255.

durumundaki vadeli mevduat sözleşmesi²⁷ ile katılma hesabı sözleşmesinin²⁸ hukuki niteliklerinin bunu mümkün kılması gerekir. Oysa gerek vadeli mevduat sözleşmesi ve gerekse katılma hesabı sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmelerden mütevellit borçların (bu arada kur ya da fiyat farkının) hesap sahibine ifa edilebilmesi için, hesap sahibinin de yerine getirmekle mükellef olduğu birtakım borç ve yükümlülükleri mevcuttur. Bir başka ifadeyle kur farkı ödemesinin hukuki dayanağı durumundaki vadeli mevduat sözleşmesi ya da katılma hesabı sözleşmesi ivazlı birer sözleşme olma özelliği taşıdığından, kur farkı ödemesinin şarta bağlı bir bağışlama olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu konuda tartışılması gereken bir diğer ihtimal ise, kur ya da fiyat farkı ödemesinin hukuki anlamda faiz niteliğine sahip olup olmadığı hususudur. Faiz, bir miktar paranın kullanılmasından belli bir süre yoksun kalmanın karşılığı, para alacağının medeni semeresi olarak tanımlanabilir²⁹. Ayrıca faizin hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için oransal olması, belirli bir yüzde birimini ifade etmesi gerekmektedir³⁰. Kur korumalı mevduat hesaplarına uygulanacak faiz oranlarının asgari ve azami düzeyde sınırlamaya tabi tutulduğu ve serbest piyasada şekillenen faiz

²⁷ Vadeli mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Tekinalp, vadeli mevduatın ödünç sözleşmesi niteliğinde olduğu kanaatindedir; bkz. Tekinalp, Ünal. *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 437. Çeker, vadeli ve vadesiz mevduatın öncelikle usulsüz tevdi ve daha sonra karz ve vekalet sözleşmesi hükümlerinin menfaatler dengesine uyduğu nispette uygulama kabiliyeti bulabileceği kendine özgü bir sözleşme olduğunu savunmaktadır; bkz. Çeker, Mustafa. *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, 1. Baskı, Karahan Yayınevi, Adana, 2004, s. 32. Şener, belirli bir kapital karşılığında yüksek oranlı faiz ödemesinin söz konusu olduğu karz akdinin, iki tarafa tam borç yükleyen karakteri ve bünyesinde barındırdığı dönüşüm ilişkisinin, vadeli mevduat ilişkisi ile örtüştüğü ve bu nedenle vadeli mevduatın karz sözleşmesi mahiyetinde olduğu düşüncesindedir; bkz. Şener, Oruç Hami. *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 75-76. Yargıtay HGK ise 21.11.2012 tarihli ve E. 2012/11-550, K. 2012/820 sayılı kararında mevduat sözleşmesinin usulsüz tevdi ile ödünç sözleşmelerinin niteliklerini uhdesinde barındıran kendine özgü bir sözleşme olarak kabul etmiştir; bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 16.05.2022).

²⁸ Katılma hesabı sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Tiftik, katılma hesabının sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, adi şirket ve mevduat sözleşmesinin bazı unsurlarını bünyesinde barındıran karma bir sözleşme olduğu kanısındadır; bkz. Tiftik, Mustafa. *Türk Hukukunda Katılım Bankası Katılma Hesabı Sözleşmesi İşlevi-Hukuki Niteliği-Hükümleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 125-130; Tiftik, Mustafa. *Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 133-134. Battal ise katılma hesabının kendine özgü bir sözleşme niteliğinde olduğunu, TBK'da bu sözleşmeye külliyen uygulanabilecek bir sözleşme bulunmadığını savunmuş, ancak aynı eserinin ilerleyen sayfalarında katılma hesabının sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi hükümlerine tabi olmasının menfaatler dengesine daha uygun olacağını ifade etmiştir; bkz. Battal, Ahmet. *Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1999, s. 133 ve s. 158. Kurt ise katılma hesaplarının karz akdi niteliğinde olduğu kanaatindedir; bkz. Kurt, Ekrem. *Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 144-145.

²⁹ Eren Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 1005; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- II*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1977, s. 59; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1*, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 308; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 633; Aydoğdu, Murat/ Ayan, Serkan. *Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 2014, s. 1. Helvacı faiz kavramını "alacaklının nakdinden bir süre için yoksun kalması nedeni ile, nakdin kullanılması olanağını borçluya bırakması karşılığında elde ettiği, miktarı kanun ya da hukuki işlem ile belirlenmiş, para borçları bakımından özel olarak düzenlenen, tahsili için zararın ve kusurun varlığı şart olmayan bir tür tazminat, bir medeni semere" şeklinde ayrıntılı bir tanım yapmıştır; bkz. Helvacı, s. 65. Faiz borcunun temel mantığında bir miktar paranın kullanılmasından çok, bir miktar paradan belli bir süre içerisinde istifade edilmesi yatmaktadır; bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 786.

³⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1006; Oğuzman/ Öz, s. 308; Arslan/ Kırmızı, s. 112; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 790.

oranlarına nazaran düşük olduğu görülmektedir³¹. Ancak kur korunmalı hesaplarda faiz oranlarının serbest piyasa faiz oranları düzeyinde uygulanması durumunda dahi, kur kaybının ortaya çıkabilme ihtimali mevcuttur. Şu durumda kur korunmalı mevduat hesaplarında faiz, asgari ve azami oranlar dahilinde olmak kaydıyla, mevduat veya katılım hesabı ilişkisinin kurulduğu esnada belirlenmektedir. Dolayısıyla kur korunmalı mevduat ve katılma fonu hesaplarında karşılaştırılan mevduat dışında kalan kur farkı ödemesinin faiz olarak kabul edilememesi gerekir. Gerçekten de kur farkı ödemesini faiz olarak değerlendirmek her şeyden önce işin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır³². Şöyle ki; elinde bir miktar nakit olan bir kişi, kur korunmalı mevduat imkanından yararlanmayarak parasını dövize çevirmek suretiyle bekletmiş olsa ve bu sürede döviz kurları mevduat faizlerinin ötesinde yükselmiş olsaydı, bu kişinin elde edeceği getiri faiz olmayacak, kur kaybı kazancı olarak kabul edilecekti. Vade sonunda kurların, mevduat faizlerinin getirisinden daha çok yükselmesi halinde, aradaki kur farkının ödeneceğine ilişkin bu taahhüt, hukuk politikası açısından kişilerin ellerindeki parayı dövize çevirmelerine engel olmaya yöneliktir. Dolayısıyla ödenen kur farkı da kişilerin yatırım tercihlerinin olması gerekenden başka bir yöne şekillendirilmesi nedeniyle uğradıkları zararın giderilmesi olarak görülmelidir.

Burada tartışılması gereken bir diğer ihtimal de kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarda ortaya çıkan kur ya da fiyat farkına ilişkin taahhüdün ümit satımı (emptio spei) teşkil edip etmediğidir. Ümit satımında sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olmamakla beraber, ileride elde edilmesi arzu edilen mal veya ürünün satışının borçlanılması hususunda tarafların anlaşması söz konusudur³³. Arzu edilen durumun gerçekleşmemesi halinde zarara alıcı katlanmak durumundadır³⁴. Tutulacak balıkların, bir hayvanın doğacak hayvanlarının ya da bir tarlanın müstakbel mahsulünün satımı ve tartışmalı olmakla birlikte piyangolar ümit satımı olarak kabul edilebilir³⁵. Ümit satımının şarta bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Altunkaya ümit satımında sözleşmeye konu edim halihazırda mevcut olmadığı, gelecekteki edimin mevcut olup olmayacağını belirsizlik taşıması nedeniyle geciktirici şarta bağlı bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olduğu ve edimin hiç mevcut hale gelmemesi durumunda sözleşmenin de hüküm ve sonuç doğurmayacağı kanaatindedir³⁶. Buna karşılık Sirmen³⁷, ümit satımının şarta bağlı olmadan da gerçekleşebileceği düşüncesindedir. Yazara göre ümit satımında tesadüfi durumların sonuç

³¹ 5206 Sayılı CB Kararı md. 5 hükmüne göre mevduat bankalarının kur korunmalı hesaplar için uygulayacağı faiz oranının asgari olarak TCMB'nin bir haftalık repo ihale faiz oranı kadar, azami olarak da bunun 300 baz puan üzeri kadar olabileceğini hükme bağlamıştır. Katılım bankalarında ise getiri, TCMB ile gerçekleştirilen haftalık repo işlemleri neticesinde ortaya çıkan maliyete göre değişecektir. Eğer maliyet düşük ise katılım bankaları aradaki farkı karşılayıp karşılamamakta serbest bırakılmıştır. Uygulamada katılım bankaları kur korunmalı hesaplarda kar paylaşım oranını genellikle 9/1 şeklinde belirlemekte ve bankanın duruma göre karın tamamının hesap sahibine aktarılması konusunda takdir hakkını saklı tutmaktadır.

³² Danıştay 3. Dairesi, 17.09.1998 tarihli ve E. 1997/2986, K. 1998/3021 sayılı kararında döviz alım satım faaliyetleri nedeniyle oluşan kur farkının fiktif bir nitelik arz ettiğini, bu nedenle de faiz olarak kabul edilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir; bkz. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 16.05.2022).

³³ Altunkaya, Mehmet. *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı*, Ankara, 2005, s. 209; Akev, Sahir Talat. *Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1964 s. 204; Sirmen, Lale. *Türk Özel Hukukunda Şart*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1992, s. 38.

³⁴ Yavuz, s. 55, dn. 23.

³⁵ Altunkaya, s. 209-210; Sirmen, s. 38-39; Akev, s. 204.

³⁶ Altunkaya, s. 210.

³⁷ Sirmen, s. 39.

üzerinde doğrudan etkisi bulunmakla birlikte alacaklının sözleşmenin yapıldığı anda, şarttan bağımsız bir alacak hakkı ortaya çıkar. Ümit satımına özelliğini veren borçlunun ifa yükümlülüğünün belirsiz kapsamlı olmasıdır. Nitekim tesadüfi durumun gerçekleşmesi ile borçlunun borcunun kapsamı netleşir. Bu kapsam, sıfır ile taraflarca kararlaştırılan üst sınır arasında değişebilir. Kur korumalı veya kur ya da fiyat garantili hesapların bazı özellikleri ile ümit satımına benzediği görülmektedir. Örneğin bu hesaplarda da ümit satımında olduğu gibi arzu edilenin gerçekleşmemesi mümkündür. Özellikle de kaydi ya da fiziki altından dönüşümlü hesaplar bakımından taahhüt edilen getiri ümit satışında arzu edilen edimle benzerlikler taşımaktadır. Bununla birlikte, her ne kadar fiziki altınların kaydi sisteme alınmasında bakımından bir satım ilişkisi bulunsa da kur korumalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarda; taahhüt edilen edim, bir ödemenin yabancı para ve altın değer kaydına bağlanmasından kaynaklanmaktadır.

Kanaatimizce meseleyi kur korumalı mevduat hesapları ve katılma hesapları bakımından ayrı ayrı ele almak gerekir.

Biz; kur korumalı veya kur ya da fiyat farkı garantili vadeli mevduat hesaplarının, ödemenin yabancı para ya da altın değer kaydına bağlandığı geciktirici hukuki şarta bağlı kısmi bir edim taahhüdü niteliğine haiz olduğu kanaatindeyiz. Fiziki altınlarla ilgili düzenlemeler için de aynı husus geçerlidir. Zira fiziki altınların iadesi altın ile değil, altın karşılığı TL ile gerçekleşmektedir. Kuşkusuz kur korumalı/kur garantili/fiyat garantili mevduata ilişkin düzenlemelerin bu şekilde geciktirici hukuki şarta bağlanmak yerine, işleme konu değer külliyen doğrudan doğruya döviz ya da altın değer kaydına endekslenmesi de mümkündür³⁸. Bunun yapılmayarak mevduat faizi veya kâr payı ödemesinin öngörülmesi ve ancak kur ya da fiyat farkı mevcut ise kur/fiyat farkının ödenmesi şeklinde bir düzenlemenin kabul edilmesinin nedeni, kanaatimizce döviz kurlarında istikrar sağlanacağına olan inanıştan kaynaklanmaktadır. Bir başka ifadeyle döviz kurlarında yükselme olmaması durumunda kur farkı ya da fiyat farkı ödemesi yapılmayacağından şarta bağlı bir düzenleme öngörülmüştür. Aksi halde tüm mevduatın yabancı para ya da altın değer kaydına bağlanması söz konusu olabilecekti. Mevcut durumda ise ancak döviz kurlarının ve altın fiyatlarının, mevduat faizlerinin getirisinin üzerinde yükselmesi halinde kur ya da fiyat farkı ödemesi taahhüt edildiğinden, şarta bağlı ve sınırlı bir yabancı para veya altın değer kaydı söz konusudur. Bununla birlikte geline son noktada döviz kurlarının ve altın fiyatlarının, faiz oranlarının üzerinde yükseldiği her durumun, külli bir yabancı para ve altın değer kaydına sebebiyet verebileceği de unutulmamalıdır. Nitekim sistemin yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde döviz kurlarında ya da altın fiyatlarında düzenli ve sürekli bir yükseliş gerçekleşmiştir.

Ancak döviz kurlarının ya da altın fiyatlarının düşme ihtimali de mevcut olduğundan, düzenli ve sürekli yükselişlerin varlığı, yine de söz konusu hesapların geciktirici şarta bağlı

³⁸ Döviz ya da altın değer kayıtları hakkında bkz. Feyzioğlu, s. 57-59; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1003; Oğuzman/ Öz, s. 304-307; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 621; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 780-785. Borçlanılan paranın değerinin ona atfedilen değere göre belirlendiği itibari değer teorisi karşısında yabancı para ve altın değer kayıtlarının yabancı para borcu değil, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde paranın değer kaybının ve satın alma gücünün zayıflamasının önüne geçilmesi amacıyla kabul edilmiş bir imkân olduğu şeklinde bkz. Pekcanitez, s. 35-38; Baygın, s. 19.

yabancı para veya altın değer kaydı ihtiva etmesi sonucunu değiştirmez. Böyle bir durum sadece hesapların bağlandığı geciktirici şartın fiilen ortadan kalkmasına sebebiyet verir. Kısacası kur korunmalı, kur garantili ve fiyat farkı garantili mevduat hesabında döviz kurlarının ve altın fiyatlarının mevduat faizinin getirisinden daha çok yükselmesi durumunda, kur/fiyat kaybı zararının giderilmesi suretiyle ödemenin yabancı para veya altın değerine tamamlanması mevzu bahistir. Böyle bir uygulamanın da geciktirici şarta bağlı bir yabancı para değer kaydı olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu nedenle mezkûr hesaplarda yabancı para ya da altın değer kaydına bağlanmış geciktirici hukuki şarta bağlı kısmi bir edim taahhüdü bulunmaktadır³⁹. Buradaki şartın teşekkül etmesi tarafların iradesiyle gerçekleştirdikleri bir hukuki işleme dayanmakla birlikte, şartın ne surette hüküm ve sonuç doğurabileceği hukuk kurallarınca tespit edilmiştir⁴⁰. Ayrıca kararlaştırılan şart, mevduat sözleşmesi içerisinde yer alan bir “şart kaydı” olarak kabul edilmelidir. Aynı zamanda şarta ilişkin mevduat sözleşmesi kaydı, mevduat sözleşmesinin asli edim yükümlülüğünü teşkil etmektedir⁴¹. Vade süresi ise askı safhası olarak kabul edilmelidir⁴². Keza askı safhası olan vade süresi içerisinde şarta bağlı alacağın temliki, rehni, haczi ve miras yoluyla intikali de mümkündür⁴³. Edim taahhüdünün yükümlüsü kur korunmalı mevduat hesaplarında devlet tüzel kişiliği, kur ya da fiyat garantili hesaplarda ise TCMB iken; muhatabı ise mevduat sözleşmesinin yapıldığı bankadır. Böyle bir durum ise, banka ile hesap sahibi arasında

³⁹ Geciktirici şarta bağlı işlemlerde şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda bir belirsizlik söz konusudur. Ancak şart olarak kararlaştırılan durumun henüz gerçekleşmemiş olması, hukuki ilişkinin mevcut olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır; bkz. Pulaşlı, Hasan. *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1989, s. 143-145; Sirmen, s. 34-41. Dolayısıyla kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarda taraflar arasında mevduat sözleşmesi kurulmuş olup, sözleşmede yer alan hükümlerden birinin hukuki sonuç doğurması geciktirici şarta bağlanmıştır.

⁴⁰ Teknik anlamıyla hukuki şartta (condicio iuris) bir hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurması ya da sona ermesine ilişkin hususlar kaynağını doğrudan kanundan almaktadır. Hukuki şarta konu işlemlerde, hukuki işlemin tarafları söz konusu işlemin hüküm ve sonuçlarını sözleşmede hüküm altına alsa dahi, ortada iradî şart değil, hukuki şart mevcut olacaktır. Bu yönüyle hukuki şart adeta işlemin geçerlilik şartı olarak da kabul edilebilir. Kaynağını hukuki işlemde almaması, hukuki şartın gerçek anlamda şart olarak telakki edilmesine engel olmakta ve doktrinde gerçek olmayan şart olarak adlandırılmaktadır. Hukuki şartın geciktirici veya bozucu şart şeklinde karşımıza çıkması mümkündür. Hemen belirtelim ki, sözleşmenin tarafları hukuki şarta tabi bir işlemi, buna ilaveten ayrı bir şarta tabi tutarlarsa bu ilave şart, TBK anlamında bir şart niteliğinde olabilecektir; hukuki şart kavramı için bkz. Pulaşlı, s. 83-94; Sirmen, s. 84-86; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1191-1192; Tunçomağ, s. 993; Feyzioğlu, s. 346. Doktrinde hukuki şartın kanuni bir hükme dayalı olması gerektiği ifade edilmiştir. Oysa TMK md. 1 hükmünde ifadesini bulan kanun ifadesi, genel ve soyut yazılı hukuk kuralı şeklinde anlaşılmalıdır; bkz. Altaş, Hüseyin. *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 180 ve s. 217; Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa. *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Ankara, 2019, s. 201; Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Hukuk*, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 82 Aynı durumun hukuki şart bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Kur korunmalı TL mevduat hesapları kanuna dayalı olarak yürürlüğe konulmakla birlikte, kur ve altından dönüşümlü ve fiziki altınların kaydı hale getirilmesine ilişkin düzenlemelerin dayanağı ise kanun değil, ilgili tebliğlerdir. Kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarda da taraflar arasında bir hukuki işlem bulunmakla birlikte hukuki işlemin esasları hukuk kurallarınca tayin edilmektedir. Dolayısıyla taraflar, hukuki düzenlemelerin dışına çıkamazlar. Banka ve hesap sahibi arasındaki sözleşmenin hukuki şart haricinde ilave şartlara tabi tutulması (özellikle de katılma hesaplarında) söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ilave şartlar TBK hükümlerine tabi olabilecektir.

⁴¹ Nitekim şart kaydı, taliki bir kayıt (accidentale negotii) niteliğinde olmakla birlikte, bir kere sözleşmede kendine yer bulduktan sonra, o sözleşmenin esaslı bir unsuru haline gelecektir; bkz. Sirmen, s. 33.

⁴² Vade süresinin belirli olması ile geciktirici şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunun belirsizliği karıştırılmamalıdır. Zira vade süresinin belirli olması, şartın belirsizliğini ortadan kaldırmaz. Önemli olan vade süresinin sonunda döviz kurlarının ya da altın fiyatlarının akıbetidir; Şart ve vade kavramları arasındaki ilişki için bkz. Sirmen, s. 87-91; Pulaşlı, s. 70-71.

⁴³ Pulaşlı, s. 148. Sirmen, beklenen hakka ilişkin devir işleminin şartın vuku bulmasından evvelki aşamada ancak iç ilişkide hüküm ifade edeceği kanaatindedir; bkz. Sirmen, s. 132.

kararlaştırılan şarta bağlı hukuki işlemde kaynaklanabilecek muhtemel sorunlarda hesap sahibinin, fiilen başvurabileceği muhatap bulamamasına sebebiyet verebilecektir⁴⁴.

Katılma hesaplarına gelince; katılma hesaplarında mantık gereği hiçbir zaman getirinin kesin olarak elde edileceği taahhüdünde bulunulmaması şarttır⁴⁵. Zira bu hesaplar zarara katlanma rizikosunu da bünyesinde taşımaktadır. Buna karşılık kur korunmalı katılma hesaplarında böyle bir zarara katlanma rizikosunun hiçbir şekilde mevcut olmadığı, getirinin her halükârda taahhüt edildiği ve anapara garantisi sağlandığı görülmektedir. Kuşkusuz mevduat bankaları açısından normal olarak kabul edilen böyle bir durum, katılım bankaları nezdinde açılan katılma hesaplarının işleyiş mantığı ile uyuşmamaktadır. Bu yönüyle mevduat hesapları bakımından faiz olarak kabul edilmeyen bir uygulamanın, katılma hesapları bakımından faiz olarak kabul edilmesi gibi enteresan bir durum ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kur korunmalı hesapların getirisi ile TCMB'nin katılım bankaları ile gerçekleştirdiği geri satım vaadi ile alım işlemlerindeki maliyet arasındaki farkın, katılım bankaları tarafından karşılanabileceği; bu konuda TCMB'nin bir tediyesinin bulunmayacağı esasının kabul edilmesi de dolaylı bir getiri garantisi niteliğindedir (5206 Sayılı CB Kararı md. 5/5)⁴⁶. Kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili hesap uygulamasına devam edilecekse, katılma hesaplarındaki mevcut sistemin, katılma bankalarının faaliyetlerine uygun hale getirilmesi gerekir. Kanaatimizce katılım bankalarında açılacak kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarda; kâr payı düzenlemesinden bir an evvel vazgeçip, açılan hesapların doğrudan doğruya döviz kuruna ve altın fiyatlarına endekslenmesi sağlanmadıkça sorun devam edecektir⁴⁷. Böyle bir durumun devlet hazinesine çok ciddi bir maliyet yükleyeceği ileri sürülebilir. Ancak halihazırdaki fiili durumun bu şekilde tezahür ettiği de açıktır. Kısacası fiili durum hukuki hale getirilmelidir.

Kur/fiyat farkı zararının fiili zarar niteliğinde mi yoksa yoksun kalınan kazanç niteliğinde mi olduğu hususuna gelince; kur farkı zararının mevcut sözleşme ilişkisine girilmesi nedeniyle kaçırılan fırsatları ifade eden yoksun kalınan kazanç olarak telakki edilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz⁴⁸. Gerçekten de yoksun kalınan kazanç, kaçırılan sözleşme ilişkisi nedeniyle elde edilebilecek karı bünyesinde barındırmaktadır. Bu yönüyle hesap sahibinin kur/fiyat farkı korunmalı mevduat ilişkisine girmeyerek birikimini döviz olarak değerlendirmesi halinde elde edeceği kar, yoksun kalınan kazanç olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla kur ya da fiyat farkı korunmalı mevduat hesabında, hesap sahibine tam olarak da yoksun kalınan kazancın ifa edildiği görülmektedir.

⁴⁴ Örneğin kur korunmalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarda TBK md. 175 hükümlerinin uygulanma kabiliyeti fiilen bulunmamaktadır. Bu konuda hukuki şartlarla ilgili olarak bkz. Pulaşlı, s. 197.

⁴⁵ Nitekim 5411 sayılı BankK md. 3 hükmü, katılma hesabına ilişkin tanımında, bu hesabın kar ve zarara katılma esasına dayalı olduğunun ve anaparanın iade garantisinin de bulunmadığının altını özellikle çizmiştir. Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. Kurt, s. 139-143.

⁴⁶ TCMB'nin açık piyasa işlemleri kapsamında katılım bankaları ile gerçekleştirdiği geri satım vaadi ile alım ve geri alım vaadi ile satım işlemlerinin, dünyada katılım bankacılığı alanında klasik faiz esasına dayalı repo işleminden farkının bulunmaması nedeniyle tartışmalı bir enstrüman niteliğinde bulunduğu kabul edilmektedir; bkz. Kazancı, Fatih. *Merkez Bankaları ve Faizsiz Bankacılık*, 1. Baskı, İktisat Yayınları, İstanbul, 2020, s. 336.

⁴⁷ Bir diğer alternatif de enflasyona endeksli karz sözleşmesi olarak gösterilebilir; bkz. Kazancı, s. 312.

⁴⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1153.

C. Dövizden ve Altından Dönüşümlü Hesaplarla YUVAM Hesaplarında Uygulanan Anapara Garantisinin Hukuki Niteliği

Dövizden dönüşümlü hesaplar, YUVAM hesapları, altından dönüşümlü hesaplar ve fiziki altınların kaydi hale getirilerek dönüşmesi suretiyle açılan hesapların ortak özelliği, her birinde de anapara garantisinin verilmiş olmasıdır. Bu hesaplarda vade sonunda TCMB tarafından açıklanan döviz kuru ya da altın fiyatlarının, dönüşüm kurundan ya da altın fiyatlarından düşük olması halinde hesap sahibine anaparasına ilave olarak mevduat faizi ya da kâr payı verilecektir. Bu durum ilk bakışta hesap sahibine anapara garantisinin verildiği şeklinde bir düşünceye yol açsa da esasen durum farklıdır. Bu konuda uygulama talimatlarındaki ifadeye baktığımızda “hesap sahiplerinin her durumda döviz bazında/altın bazında anaparasını koruması esastır” ifadesine yer verildiği görülmektedir. Ancak bu anaparanın hangi tarihteki anapara olduğu konusunda uygulama talimatlarına baktığımızda hesap sahiplerine talepleri halinde vade başındaki döviz ya da altın tutarının vade sonu döviz kuru ya da altın fiyatı üzerinden satılabileceğinin ifade edildiği görülmektedir. Şu durumda özellikle de vade sonundaki döviz kurları ve altın fiyatlarının, dönüşüm tarihindeki döviz kurları ve altın fiyatlarından düşük olması halinde önemli birtakım sorunlar doğabilecektir. Döviz kurlarının sonradan düşmesi de ihtimal dahilinde olduğundan meseleyi detaylı açıklamakta fayda görmekteyiz.

Bankacılık tekniği açısından olayı ele aldığımızda yüksek döviz veya altın kurundan TL’ye dönüştürülerek TL vadeli hesaba aktarılan bir paranın, üç ay sonraki mevcut TL değerinin esas alınması gerekir. Üç ay sonra döviz ya da altın fiyatlarının düşmesi nedeniyle hesap sahibine, üç ay önceki yüksek kur üzerinden anaparasını ödemek mülkiyet hakkına zaten bariz bir aykırılık teşkil ederdi.

Örneğin 100.000 Amerikan dolarını 14,60 TL üzerinden toplamda 1.460.000 TL’ye dönüştüren hesap sahibinin bu meblağı 3 ay vadeli olarak %14,75 faiz oranı ile mevduat bankasına yatırdığını düşünelim. Vade sonunda bu meblağın 51.300 TL faiz getirisi olacaktır. Ancak vade sonunda Amerikan doları kuru 14 TL’ye gerilemiş ise hesap sahibi 3 ay önceki anaparası ile eskisinden farklı olarak 100.000 Amerikan doları değil, 104.285 Amerikan doları alabilecektir. Bir başka ifadeyle üç ayın sonunda kurun düşmesi nedeniyle hesap sahibinin fazladan alabileceği 4.285 Amerikan doları da kendisine ait olacaktır. Zira onun anaparası 100.000 Amerikan doları değil, artık 1.460.000 TL’dir. Bu nedenle uygulama talimatlarında yer alan “hesap sahiplerinin her durumda döviz bazında/altın bazında anaparasını koruması esastır” şeklindeki ifadeler, döviz veya altının dönüşümü ile ortaya çıkan TL değeri olarak anlaşılmalıdır. Aksi bir durumda hesap sahibine anaparasının, dönüşüm tarihinde 100.000 Amerikan dolarından ibaret bulunduğu bahisle, 100.000 Amerikan dolarının 14 TL’lik düşük kurdaki karşılığı olan 1.400.000 TL tediye edilebilecek aradaki 60.000 TL tutarında kur farkından hesap sahibi mahrum kalabilecektir. Böyle bir durum ise kuşkusuz 1982 Anayasası md. 35 hükmünde ifadesini bulan mülkiyet hakkına bariz bir aykırılık ortaya çıkaracaktır. Örneğimize göre vade başındaki 100.000 ABD Doları, vade sonu kuru olan 14 TL üzerinden 1.400.000 TL karşılığı 100.000 ABD Dolarına çevrilmek suretiyle hesap sahibine ABD doları cinsinden ödenecektir. Ancak geriye kalan 60.000 TL bakiyenin de kur farkı kazancı olarak hesap sahibine tediyesi gerekir. Oysa tebliğ ve uygulama talimatlarında bu durumda ne olacağının ucu açık bırakılmıştır. Bununla birlikte uygulama talimatlarında, hesapların

yenilenmesi halinde vade sonu TL bakiyesinin, vade sonundaki döviz veya altın fiyatı karşılığına denk gelen tutar ile yenileme yapılabileceğinin altı çizilmiştir. Dolayısıyla vade sonu kurunun, dönüşüm kurundan düşük olması halinde, hesabın kapatılması yerine yenilenmesi hesap sahibi açısından daha doğru olacaktır.

Örneğimize dönersek, üç ayın sonunda hesap sahibinin vade sonunda 1.460.000 TL anaparası mevcut olacaktır. Hesap sahibi bununla dilerse 14 TL'lik düşük kur üzerinden 104.285 Amerikan doları alabileceği gibi; yine vade sonundaki düşük kur üzerinden bu miktarı yenileyebilecektir. Dahası hesap sahibinin 3 aylık mevduat faizi olan 51.300 TL ile de 14 TL'lik düşük kur üzerinden Amerikan doları aldığı farz edersek 3.664 Amerikan doları daha toplama eklememiz gerekecektir. Böylelikle elindeki dövizini 100.000 Amerikan dolarını 14,60 TL üzerinden sisteme sokan hesap sahibi, 3 aylık vadenin sonunda dolar kurunun 14 TL'ye düşmesi halinde 107.949 Amerikan dolarına sahip olacaktır. Böyle bir durum 3 ay gibi kısa bir sürede hesap sahibinin döviz bazında %7,9 oranında getiri elde etmesine sebep olabilecektir. Aksi her durum mülkiyet hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak dövizden dönüşümlü hesaplar, YUVAM hesapları, altından dönüşümlü hesaplar ve fiziki altınların kaydi hale getirilerek dönüşmesi suretiyle açılan hesaplarda, hesabın vadesinden evvel kapatılması hariç, hiçbir şekilde anapara zararı mevcut olmayacaktır. Döviz kurlarının ya da altın fiyatlarının yükselmesi halinde zaten anaparasına ve mevduat ya da kâr payı getirisine ilaveten kur ya da fiyat farkı alacak olan hesap sahibi; döviz kurunun ya da altın fiyatlarının düşmesi halinde ise, anapara kaybına uğramak bir yana, yine aynı şekilde kur ya da fiyat farkı elde etme imkânına kavuşmuş olacaktır. Böyle bir durum, kur oynaklığından kaynaklanması nedeniyle kuşkusuz faiz olarak kabul edilemezse de doğurması muhtemel sonuçlarının bileşik faiz ile özdeş olduğu söylenebilir. Ayrıca döviz kurlarının ya da altın fiyatlarının düşmesi durumunda negatif kur farkının hesap sahibine tediye edilmemesi, mülkiyet hakkına aykırılık teşkil edebilecektir.

D. YUVAM Hesaplarında ve Fiziki Altınların Ekonomiye Kazandırılması Amacıyla Açılan Altın Hesaplarında Uygulanan İlave Getiri İmkânının Hukuki Niteliği

Getirilen düzenlemeler arasında dikkat çekici olan bir diğer husus ise YUVAM hesapları ile fiziki altınların kaydi hale getirilmesi ile açılan altın hesaplarında karşımıza çıkan ilave getiri imkânıdır⁴⁹. İlave getiri olarak adlandırılan getiri, kur farkı ya da fiyat farkı olarak kabul edilemez. Kanaatimizce bu hesaplarda uygulanan ilave getiri hem mevduat hesaplarında ve hem de katılma hesaplarında hukuken faiz niteliğindedir. Gerçekten de söz konusu ilave getiri, iktisat bilimi uygulamasında faiz farkı (spread) olarak adlandırılmakta ve borçlanmanın maliyetini

⁴⁹ YUVAM hesaplarında ilave getiri vadeye göre değişen oranlarda olup 3 ay vadeli hesaplarda %1 iken, 24 ay vadeli hesaplarda %4'e kadar artmaktadır. Fiziki altınların kaydi hale getirilmesi ile açılan hesaplarda ise ilave getiri ayrıca vadeden önce çekim yapmamak kaydıyla, bu amaçla açılan ilave hesaba peşin olarak yatırılmaktadır. Böylelikle YUVAM hesaplarında ve fiziki altınların kaydi hale getirilmesi ile açılan hesaplarda hesap sahiplerine anapara, mevduat faizi veya kâr payı, kur ya da fiyat farkının yanı sıra ilave getiri adında ek bir edim taahhüdünde daha bulunmaktadır. İlave getiri YUVAM hesaplarında vade sonu döviz kurunun dönüşüm kurundan düşük olması da dahil her ihtimalde ödenirken; fiziki altınların kaydi hale getirilmesi ile açılan hesaplarda, sadece vade sonu fiyatının dönüşüm fiyatından yüksek olduğu ve fiyat farkının bulunduğu hallerde ödenebilmektedir.

göstermektedir⁵⁰. Örneğin ABD'nin tahvil faizlerine uyguladığı oran ve bunun getirisi ile, ilgili ülkenin aynı para birimini borçlanırken uyguladığı oran ve bunun getirisi arasındaki fark, o ülkenin borçlanma maliyetini ifade etmektedir⁵¹. Böylelikle aynı değer, farklı ülkelerde farklı faiz oranlarına tabi tutulmaktadır.

E. Hesapların Yenilenmesi Bakımından Özellik Arz Eden Haller

Kur korumalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarla ilgili hukuki düzenlemelerin hesapların yenilenmesi ile ilgili üç farklı uygulama benimsediği görülmektedir.

Bu uygulamalardan ilki döviz ve altın hesaplarından dönüşümlü hesaplarla YUVAM hesaplarına ilişkindir. Döviz hesaplarından dönüşümlü hesaplarla ilgili 2021/14 sayılı tebliğ md. 5/4 ve bu tebliğ ile ilgili TCMB'nin uygulama talimatı md. 5/6-7 hükmüne göre hesap sahibinin talep etmesi durumunda, vade sonunda hesabın yenilenebileceği ancak bu yenilemenin vade sonu kuru üzerinden ve vade başındaki döviz cinsinden gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Yine aynı hükme göre de yenilenen hesabın tutarının, vade sonu TL bakiyesinin karşılığını teşkil eden döviz tutarını aşamayacağı ifade edilmiştir. Altın hesaplarından dönüşüm ile ilgili 2021/16 Sayılı Tebliğ md. 5/4 ve bu tebliğe ilişkin uygulama talimatı md. 5/6-7 hükmünde de benzer düzenleme altın fiyatları bakımından söz konusudur. Yuvam hesapları hakkında da 2022/7 sayılı TCMB Tebliği md. 5/5 hükmünde de vade sonunda hesapların yenilenebileceği belirtilmiştir. Buna ilişkin TCMB uygulama talimatı md. 6/6-7 hükmünün benzer düzenlemeye yer verdiği görülmektedir. Acaba tüm bu düzenlemeler TBK md. 133 anlamında yenileme olarak telakki edilebilir mi? Teknik anlamda yenilemenin mevzu bahis olabilmesi için tarafların borçlanılan edimle ilgili şartları değiştirmesi yeterli olmamakta, aynı zamanda taraflar arasındaki borç ilişkisinin sebebinin de değişmesi gerekmektedir⁵². Bir başka ifadeyle teknik anlamda yenilemede yeni sözleşmedeki muhtevanın, eski sözleşmenin muhtevası ile örtüşmemesi, eski sözleşmenin muhtevasında değişiklik yapılmak ya da ek yapılmak suretiyle yeni sözleşmeye ulaşılamaması gerekmektedir⁵³. Ancak bu duruma rağmen tarafların açık bir şekilde yenileme iradesini ortaya koymak suretiyle yenilemenin gerçekleştirilmesi mümkündür⁵⁴. Nitekim, sözleşme taraflarının mevcut sözleşmede küçük bir değişiklik gerçekleştirmek suretiyle mevcut borcu sona erdirmek istemeleri halinde, ellerinde yenilemeden başka bir imkân bulunmamaktadır⁵⁵. Dolayısıyla dövizden ve altından dönüşümlü hesaplar ile YUVAM hesaplarında vadenin dolması ile açılan yeni hesapların yenileme olarak kabul edilmesi mümkündür. Söz konusu hesapların sahipleri ile banka arasında ayrı bir kredi ilişkisi de mevcutsa, taraflar arasındaki ilişkiyi banka ile hesap sahibi arasındaki çerçeve

⁵⁰ Talaslı İsmail Anıl/ Yılmaz Erdal/ Yılmaz Tuba. "Türkiye'de Dış Borçlanma Faiz Oranının Belirleyicileri", *TCMB Ekonomi Notları*, 20/13, 2020, s. 2.

⁵¹ Talaslı/ Yılmaz/ Yılmaz, s. 2.

⁵² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 992; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1295

⁵³ Önay, Işık. *Yenileme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 116; Koyuncuoğlu, Tennur/ Koyuncuoğlu, Hikmet/ Koyuncuoğlu, Ömrüncügül İçöz. *Borcun ve Sözleşmenin Yenilenmesi (Novatio- Yenileme)*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 121.

⁵⁴ Önay, s. 117; Koyuncuoğlu, s. 121.

⁵⁵ Koyuncuoğlu vd, s. 121.

ilişki olan genel kredi ve bankacılık sözleşmesi kapsamında ele alarak, teminatların akıbetinin de ona göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir⁵⁶.

İkinci uygulama ise altın cinsinden fiziki varlıkların dönüşümü ile açılan hesaplarla ilgilidir. Fiziki altın varlıkların ekonomiye kazandırılmasına ilişkin 2022/11 sayılı TCMB Tebliği md. 5/5 hükmü, bu amaçla açılan hesaplara yenilenme imkânı tanımış, konuyla ilgili TCMB uygulama talimatı md. 6/6-7 hükmünde ise; yenilenme durumunda alım yapılabilecek altın miktarı, hesabın açıldığı başlangıç tarihinde dönüşümü gerçekleştirilen altın miktarı ile sınırlı tutulmuş, bu miktarın vade sonu fiyatı ile alınabileceği ifade edilmiştir. Hesabın yenilenmesi de aynı şekilde başlangıçtaki altın miktarı üzerinden gerçekleşecektir. Dolayısıyla başlangıç tarihinde dönüşümü gerçekleştirilen fiziki altınlar 2022/11 sayılı Tebliğ uygulamasında her zaman için temel ilişkiyi teşkil etmektedir. Açılan hesapların vadeleri yenilense dahi, her yenileme başlangıç tarihinde kaydi hale getirilen fiziki altın miktarı üzerinden gerçekleştirilmekte ve bu aşamadaki hukuki işlem, sonrakilerin dayanağını oluşturmaktadır. Bu nedenle fiziki altınların kaydi hale getirilmesi ile açılan hesaplarda vade sonunda hesabın vadesinin yenilenmesi, teknik anlamda borcun yenilemesi olarak kabul edilemez.

Son olarak kur korumalı hesaplara gelince; bu hesaplarla ilgili 4749 sayılı kanun geçici md 35 hükmünde yenilenme ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Aynı şekilde geçici md. 35 hükmünün uygulanması ile ilgili 5206 sayılı Mevduat ve Katılma Hesaplarının Kur Artışlarına Karşı Desteklenmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda da bir düzenleme yoktur. Böyle bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte kur korumalı TL cinsi hesaplarda, bu hesaplardan yararlanma sayısı bakımından bir sınırlandırmaya da gidilmemiştir. Şu durumda kur korumalı TL hesaplarda kesin vadeli bir işlemin mevcut olduğunu ve vade sonunda hesabın kapatılması gerektiğini ifade edebiliriz. Bununla birlikte aynı imkândan tekrar yararlanılmak istenilmesi durumunda, kapatılan hesaptan bağımsız yeni bir hesap açılacaktır. Dolayısıyla açılan bu yeni hesabın, kapatılan hesapla bir ilişkisi de bulunmayacaktır. Bununla birlikte kapatılan hesabının faizli toplam bakiyesinin, yeni açılan hesapta anapara bakiyesi olarak belirlenmesi de mümkündür. Ayrıca yenileme konusunda yukarıdaki açıklamaların, kur korumalı TL hesaplar bakımından da belli durumlarda geçerli olabileceği belirtilmelidir.

SONUÇ

Kur korumalı veya kur ya da fiyat garantili mevduat ve katılma hesaplarının hukuki açıdan ele alındığı bu çalışmada ulaştığımız temel sonuçlar şöyledir:

1-Kur korumalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarda TCMB, banka ve hesap sahipleri arasında birbirinden bağımsız üçlü bir ilişki mevcuttur. İlişkinin temel aktörü banka olup, aracı konumundadır. Fiziki altınların kaydi hale getirilmesine ilişkin sistemde aynı zamanda yetkili kuyumcu ve altın rafinerilerinin de dahili bulunmaktadır. Tüm bu ilişkilerin temelinde vekalet sözleşmesine dayalı temsil ilişkileri karşımıza çıkmaktadır. İlişkilerin çoğunda hesap sahibine karşı dolaylı temsil durumu bulunur.

⁵⁶ Önay, s. 148-149.

2-Kur korumalı veya kur ya da fiyat garantili hesaplarda; kur farkı veya fiyat farkı ödemelerinin, ödemenin yabancı para ya da altın değer kaydına bağlandığı geciktirici hukuki şarta bağlı kısmi bir edim taahhüdü niteliğine sahip olduğu kanaatindeyiz.

3-Bu çalışmada kur korumalı veya kur ya da fiyat garantili katılma hesapları ile ilgili olarak kabul edilen düzenlemelerin, belli bir ödeme taahhüdü ve anapara garantisi içermesi nedeniyle, katılma hesaplarının işleyiş mantığı ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Sistemin uygulamaya devam etmesi halinde mevcut uygulamadan vazgeçilerek katılma hesaplarının doğrudan kur ya da altın fiyat endeksine bağlanmasının sorunu çözebileceği görülmüştür. Kuşkusuz bu çözüm tarzı hazine üzerinde yükü artırma potansiyeli içerir. Ancak halihazırda zaten bu hesaplar hukuken değilse de fiilen kur ya da altın fiyat endeksine göre işlem görmektedir. Kısacası fiili durumun hukukileştirilmesi katılma hesaplarındaki sorunu çözebilecektir.

KAYNAKÇA

Akev, Sahir Talat. *Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1964.

Altaş, Hüseyin. *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Altunkaya, Mehmet. *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı*, Ankara, 2005.

Arslan, Çetin/ Kırmızı, Mustafa. *Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Aydoğdu, Murat/ Ayan, Serkan. *Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 2014.

Ayrancı, Hasan. *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Başalp, Nilgün. *Sorumluluk Anlaşmaları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011

Battal, Ahmet. *Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001.

Battal, Ahmet. *Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1999.

Baygın, Cem. *Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1997.

Çeker, Mustafa. *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, 1. Baskı, Karahan Yayınevi, Adana, 2004.

Domaniç, Hayri. *Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1993.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Eren Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Feyzibeyoğlu, İhsan. *Dövize Çevrilebilir Türk Lirası Mevduat Uygulaması*, 1. Baskı, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1979.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1977.

Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-1*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Helvacı, Mehmet. *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa. *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Ankara, 2019.

Kazancı, Fatih. *Merkez Bankaları ve Faizsiz Bankacılık*, 1. Baskı, İktisat Yayınları, İstanbul, 2020.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Hukuk*, 1. Baskı, Ankara 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Korkmaz, Esfender. "DÇM Uygulaması ve Sonuçları", *IV. Türkiye Maliye Eğitimi Sempozyumu 26-28 Mayıs 1988 Çeşme-İzmir*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1988, s. 79-85.

Koyuncuoğlu, Tennur/ Koyuncuoğlu, Hikmet/ Koyuncuoğlu, Ömrüncügöl İçöz. *Borcun ve Sözleşmenin Yenilenmesi (Novatio- Yenileme)*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Kurt, Ekrem. *Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Nas Nesrin. "1980 Öncesinde Euro Piyasalar ve Türkiye", *Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 1989.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1*, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Önay, Işık, *Yenileme*. 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

Özden, T. Murat. “Dövizle Çevrilebilir Mevduat Hesabı”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 8/2, 1992, s. 117-154.

Pekcanitez, Hakan. *Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

Pulaşlı, Hasan. *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1989.

Sirmen, Lale. *Türk Özel Hukukunda Şart*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1992.

Talaslı İsmail Anıl/ Yılmaz Erdal/ Yılmaz Tuba. “Türkiye’de Dış Borçlanma Faiz Oranının Belirleyicileri”, *TCMB Ekonomi Notları*, 20/13, 2020.

Tekinalp, Ünal. *Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tiftik, Mustafa. *Türk Hukukunda Katılım Bankası Katılma Hesabı Sözleşmesi İşlevi-Hukuki Niteliği-Hükümleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Tiftik, Mustafa. *Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Şener, Oruç Hami. *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

www.legalbank.net

Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri ve “Non Bis In Idem” İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Ahmet KILIÇ 

Arş. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
Ankara, Türkiye a.kilic@aybu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 28.07.2022 Kabul: 12.10.2022 Yayın: 13.10.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Tehlike Arz Eden Hayvan, Kabahat, İçtima, Non bis in idem, Potansiyel Tehlike Suçu.</p>	<p>Tehlike arz eden hayvanları sokağa terk etme fiili, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu geçici m. 3/4'te kabahat olarak düzenlenmektedir. Bu fiil, 14 Temmuz 2021 tarihinde yürürlüğe giren 7332 sayılı Kanun ile ilk defa kabahat haline getirilmiştir. Yeni bir kabahat ihdas etmek için öncelikle buna ihtiyaç duyulması gerekir. İhtiyacın temel kaynağı, cezai veya idari yaptırım öngörülmemiş bazı fiil veya fiiller için yaptırım tehdidine gereklilik duyulmasıdır. Ancak ihdas edilecek kabahatin benzer nitelikteki diğer suç ve kabahatlerle uyumlu olması gerekir. Bu noktada suçların/kabahatlerin içtimaı ve non (ne) bis in idem ilkesi gündeme gelir. Çalışmamızda tehlike arz eden hayvanı sokağa terk etme kabahatinin gerekliliği ve yerindeliliği söz konusu kurumlar bağlamında değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeler, ihdas edilecek yeni kabahatler için de yol gösterici nitelikte olacaktır.</p>

Assessment of Misdemeanor of Abandoning a Dangerous Animal on The Street In Terms of Aggregation and “Non Bis In Idem” Principle

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 28.07.2022 Accepted: 12.10.2022 Published: 13.10.2022</p> <p>Keywords: Dangerous Animal, Misdemeanor, Aggregation, Non bis in idem, Potential Endangerment Offence.</p>	<p>The act of abandoning dangerous animals (an animal which constitutes a danger) on the street is regulated as a misdemeanor in the temporary Article 3/4 of the Animal Protection Code No. 5199. This act was regulated a misdemeanor for the first time with the Code No. 7332, which entered into force on 14 July 2021. To create a new misdemeanor, it must firstly be needed. The main source of the need is the necessity of the threat of sanction for the act or acts for which no criminal or administrative sanction is foreseen. However, the new misdemeanor must be compatible with other offences and misdemeanors, which are a similar nature. At this point, the aggregation of offences/misdemeanors and the principle of non (ne) bis in idem come to the fore. In our study, the necessity and expediency of the misdemeanor, abandoning dangerous animals on the street, will be assessed in the context of these institutions. These assessments will also be a guide for new misdemeanors to be created.</p>

Atf/Citation: Kılıç, A. (2022). Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri ve “Non Bis In Idem” İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s.629-646.

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

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’nda (HKK) hayvanlara ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmıştır. Bu ayrımlardan biri, tehlike arz eden hayvanlar ve diğer hayvanlar ayrımıdır. Bu ayrımın temel gayesi, tehlike arz ettiği gerekçesiyle bazı hayvanlara diğer hayvanlardan daha sıkı tedbirler öngörebilmek ve bu hayvanlarla ilişkili çeşitli fiilleri yaptırım altına alabilmektir. HKK’da değişiklik yapan ve 14 Temmuz 2021 tarihinde yürürlüğe giren 7332 sayılı Kanunda da bu ayrım esas alınarak tehlike arz eden hayvanlara ilişkin çeşitli hükümler ihdas edilmiş ve HKK mevcut halini almıştır.

Tehlike arz eden hayvana ilişkin kanunda bir tanıma yer verilmemiş, kapsamın sayma yöntemiyle belirlenmesi tercih edilmiştir. Bugüne kadar ise sadece bazı köpek ırkları tehlike arz eden hayvan olarak nitelendirilmiştir. Ancak yapılacak açıklamaların gelecekte bu kapsama dahil edilecek hayvanlar için de geçerli olduğu ifade edilmelidir.

Tehlike arz eden hayvanlar, 7332 sayılı Kanun ile ihdas edilen HKK geçici m. 3’te Pitbull Terrier, Japanese Tosa, Dogo Argentino, Fila Brasilerio ırkı köpekler ve bunların melezleri şeklinde geçici olarak belirlenmiştir. Bu kapsamın Tarım ve Orman Bakanlığınca yapılacak düzenlemeye kadar geçerli olduğu ifade edilerek kapsamın belirlenmesinde Tarım ve Orman Bakanlığı yetkilendirilmiştir. Tarım ve Orman Bakanlığının 7 Aralık 2021 tarihli ve 2021-48 sayılı genelgesinde ise Amerikan Pitbull Terrier, Dogo Argentino, Fila Brasilerio, Japanese Tosa, American Staffordshire Terrier ve American Bully ırkı köpeklerin tehlike arz ettiği kabul edilmiştir. Sonuç olarak söz konusu genelgede sayılan köpek ırkları, Türk pozitif hukukundaki tehlike arz eden hayvanları oluşturur¹. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, tehlike arz eden hayvan kavramı ev hayvanı kavramının bir alt başlığını oluşturur. Bu nedenle tehlikeli olmasına rağmen ev hayvanı olarak değerlendirilemeyecek hayvanlar bu kapsamda ele alınamaz².

Çalışmamızın konusunu, HKK geçici m. 3/4’teki “*Bu madde kapsamında hayvan sahibi olanlar, hayvanlarını en yakın bakımevine bırakabilirler. Bu hayvanların sokağa terki halinde otuz bin Türk lirası idarî para cezası verilir.*” hükmünün ikinci cümlesi oluşturur. “*Bu madde kapsamındaki hayvanlar*” ifadesiyle tehlike arz eden hayvanlar kastedilmektedir. Kanun koyucu; sahiplenilmesini yasaklamak, mevcutları kayıt altına almak ve kısırlaştırmak suretiyle tehlike arz eden hayvanların sayısını aşamalı şekilde sıfıra indirmeyi amaçlamaktadır. Ancak halihazırda sahip olunan tehlikeli hayvanlara doğrudan el konulmadığı³ ve hukuka aykırı olmasına rağmen bu

¹ Çeşitli hukuk sistemlerinde de tehlikeli ev hayvanlarına ilişkin benzer düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin Alman hukukunda; Pitbull Terrier, American Staffordshire Terrier, Staffordshire Bull Terrier, Bull Terrier ırkı köpekler ve bunların melezleri tehlikeli köpek ırkları olarak belirlenmiş, eyaletlere kapsamı genişletme yetkisi tanınmış ve bu köpek ırklarına ilişkin bazı sınırlamalar ve yaptırımlar öngörülmüştür. (Bkz. *Gesetz zur Beschränkung des Verbringens oder der Einfuhr gefährlicher Hunde in das Inland*) Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin, bu ırkların üretimini yasaklama gibi bazı sınırlamaları iptal ettiği de ifade edilmelidir. (Bkz. BVerfG, 16.03.2004, 1 BvR 1778/01.) İngiliz hukukunda ise Pit Bull Terrier, Japanese Tosa, Dogo Argentino, Fila Brasileiro ırkları tehlikeli köpek ırkları olarak belirlenmiş ve bu ırklarının üretimi, satışı gibi bazı hareketler yasaklanmıştır. (Bkz. *Dangerous Dogs Act 1991*)

² Bkz. Cumalıoğlu, Emre. “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertas’a Armağan*, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 596.

HKK m. 3’te ev hayvanı, “*Gerçek veya tüzel kişiler tarafından özellikle evde, iş yerlerinde ya da arazisinde özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvan*” şeklinde tanımlanmıştır.

³ **HKK Madde 14:** “Hayvanlarla ilgili yasaklar şunlardır:

kapsamdaki hayvanların sahiplenilmesi fiilen mümkün olduğu için söz konusu amaca kısa süre içinde ulaşılması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle tehlike arz eden hayvanı sokağa terk etme kabahati, kısa bir süreyle sınırlı olmaksızın işlenebilir niteliktedir.

Çalışmamızda öncelikle tehlike arz eden hayvanı sokağa terk etme kabahati ana hatlarıyla incelenecektir. Ardından bu kabahatin içtima hükümleri ve non bis in idem ilkesi bağlamında gerekliliği ve yerindeliği değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken söz konusu kabahat ve TCK m. 177’deki hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçu birlikte ele alınacaktır.

Bir Kabahat Olarak Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etmek

HKK geçici m. 3/4’teki “*Bu hayvanların sokağa terki halinde otuz bin Türk lirası idarî para cezası verilir.*” hükmüyle bir kabahat ihdas edilmiştir. Her ne kadar kabahatin tüm unsurları bu hükümde yer alsada kabahatin izahında aynı fıkranın birinci cümlesini oluşturan “*Bu madde kapsamında hayvan sahibi olanlar, hayvanlarını en yakın bakımevine bırakabilirler.*” hükmü de önem arz etmektedir.

Bu kabahat için tartışılması gereken ilk husus, HKK geçici m. 3/4’teki *bu hayvanlar* ifadesinin halihazırdaki kapsamıdır. Söz konusu ifadeyle tehlike arz eden hayvanlar kastedildiği açıktır. Ancak HKK geçici m. 3 kapsamındaki hayvanların tespitinde iki ihtimal gündeme gelir. İlk olarak 7332 sayılı Kanunla belirlenen ve geçici bir tespit olduğu kabul edilen Pitbull Terrier, Japanese Tosa, Dogo Argentino, Fila Brasilerio ırkı köpeklerin ve bunların melezlerinin söz konusu kabahatin maddi konusunu oluşturduğu söylenebilir. İkinci olarak ise HKK geçici m. 3’teki belirlemenin geçici olduğu ve bu nedenle Tarım ve Orman Bakanlığı’nın genelgesinde yer alan Amerikan Pitbull Terrier, Dogo Argentino, Fila Brasilerio, Japanese Tosa, American Staffordshire Terrier ve American Bully ırkı köpeklerin söz konusu kabahatin maddi konusunu oluşturduğu savunulabilir. Kanaatimizce, ikinci görüş yerindedir. Ancak bakanlığın genelgesi yürürlüğe girene kadar icra edilen fiiller bakımından kanunla belirlenen geçici kapsam esas alınır.

...

l) (Değişik:9/7/2021-7332/5 md.) Bakanlıkça belirlenen tehlike arz eden hayvanları üretmek, sahiplenmek, sahiplendirmek, barındırmak, beslemek, takas etmek, sergilemek, hediye etmek ve bunların ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapmak.”

HKK Madde 28: “Bu Kanun hükümlerine aykırı davrananlara aşağıdaki idarî para cezaları verilir:

...

j) 14 üncü maddenin birinci fıkrasının ... (1) bentlerine aykırı davrananlara hayvan başına on bir bin Türk lirası; ... idarî para cezası.”

HKK geçici m. 3: “14 üncü maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca, tehlike arz eden hayvanların belirlenmesine ilişkin Bakanlıkça yapılacak düzenleme yürürlüğe konuluncaya kadar; Pitbull Terrier, Japanese Tosa, Dogo Argentino, Fila Brasilerio türlerini veya bunların melezlerini üreten, sahiplenen, sahiplendiren, barındıran, besleyen, takas eden, sergileyen, hediye eden ve bunların ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapana hayvan başına on bir bin Türk lirası idarî para cezası verilir. Bu hayvanlara el konulur ve bu hayvanlar belediyeler tarafından hayvan bakımevine götürülür.

...

Bu madde kapsamında hayvan sahibi olanlar, hayvanlarını en yakın bakımevine bırakabilirler. Bu hayvanların sokağa terki halinde otuz bin Türk lirası idarî para cezası verilir.”

Bu bahiste Tarım ve Orman Bakanlığı'nın genelgesiyle birlikte HKK geçici m. 3'ün ilga edildiği ileri sürülebilir. Ancak bu görüşün yerinde olmadığı ifade edilmelidir. HKK geçici m. 3/3⁴ ve geçici m. 3/4'te çeşitli kabahatler düzenlenmiştir. Bu kabahatlerin hiçbirisi bakanlıkça yapılacak düzenlemeye kadar yürürlükte kalması için ihdas edilmemiştir. Ne lafzi ne de amaçsal yorumla aksi sonuca varmak mümkündür. Bu kabahatler, çeşitli ev hayvanlarının toplumu oluşturan bireyler için tehlike arz ettiği esasına dayanır. Bu tehlikelilik söz konusu hayvanların ev hayvanı olarak bakıldığı süre boyunca devam eder. HKK geçici m. 3/3-4'teki kabahatler bakımından tartışma konusu olabilecek tek husus kabahatlerin maddi konusudur. Bu hususta da yukarıda ifade ettiğimiz üzere Tarım ve Orman Bakanlığı'nın genelgesinin, genelgeden sonra icra edilen fiiller bakımından esas alınması gerektiği kanaatindeyiz⁵. Ayrıca bu kabulün Kabahatler Kanunu (KK) m. 4/1 gereği kanunilik ilkesine aykırı olmadığı da ifade edilmelidir. Zira HKK geçici m. 3/4 çerçeve hüküm niteliğindedir ve yaptırım kanunla belirlenmiştir.

Tarım ve Orman Bakanlığı'nın genelgesiyle HKK geçici m. 3'te sayılanlara bir yandan iki köpek ırkı ilave edilmiş, diğer yandan ise sayılan ırklarının melezleri tehlike arz eden hayvan kategorisinden çıkartılmıştır. Bu nedenle söz konusu ırkların melezleri artık tehlike arz eden hayvan olarak nitelendirilemez. HKK geçici m. 3'te yer almasına rağmen Tarım ve Orman Bakanlığı'nın genelgesinde melez ırklara yer verilmemesi yerinde olmamıştır⁶.

Mevzubahis kabahatin fiil unsurunu hayvanı sokağa terk etmek oluşturur. Hayvanlar, aksi yönde görüşler olmakla birlikte, taşınır eşya niteliğindedir ve üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilebilir⁷. 7332 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler bu sonucu değiştirmemiştir⁸. Bu durum tehlike arz eden hayvanlar için de geçerlidir. Terk, mülkiyet hakkından vazgeçme niyetiyle eşya üzerindeki hakimiyetin sona erdirilmesidir⁹. Hayvanın sahibi, mülkiyet hakkından vazgeçme

⁴ **HKK geçici m. 3/3:** “Kısırlaştırılan ve kayıt altına alınan bu hayvanlar kayıt belgesiz, ağızsız ve tasmasız olarak dolaştırılmaz, halkın yoğun olarak bulunduğu yerler ile çocuk oyun alanları ve parklarına sokulamaz. Ağızlık ve tasma takma zorunluluğu ile halkın yoğun olarak bulunduğu yerlere ve çocuk oyun alanları ve parklarına girme yasağı maddenin yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulanmaya başlanır. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenlere, on bir bin Türk lirası idarî para cezası verilir. Bu fıkrada belirtilen yasaklara aykırılığın tekrarı halinde, idarî para cezası verilir ve hayvanlara el konulur ve hayvan, konulabileceği bakımevi bulunan en yakın belediye tarafından hayvan bakımevine götürülür.”

⁵ Tarım ve Orman Bakanlığı'nın ilgili genelgesinde de görüşümüzü destekleyen açıklamalar yer almaktadır.

⁶ Melez ırkların kapsam dışına çıkartılması, kabahatlerin zaman bakımından uygulanması bahsinde özellik arz eder. Kabahatlerin zaman bakımından uygulanmasında KK m. 5 gereği Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 7 hükmü uygulanır. 7332 sayılı Kanunla yapılan belirleme geçici niteliktedir ve bu nedenle zaman bakımından uygulamada TCK m. 7/4 hükmü esas alınmalıdır. Buna göre kapsam dahilindeki melez ırkı 7332 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden bakanlığın söz konusu genelgesine kadar sokağa terk eden fail hakkında genelgenin yürürlüğe girmesinden sonra dahi idari para cezasına hükmedilmesi mümkündür.

⁷ Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 27; Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 18-19.

Aksi yönde görüşü savunan yazarlar için bkz. Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 8, dn. 26.

Doktrinde bir görüş, hayvanların mülkiyet hakkına konu olabildikleri için hak nesnesi oldukları, doğrudan doğruya yararlandıkları koruma normları nedeniyle ise bu belli ölçüde hak öznesi olduklarının söylenebileceğini; bu nedenle kişi ve eşya ayrımında hayvanlara özgü bir statü tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca hayvanları korumak için getirilen düzenlemelerin hayvanları aynı hakların konusu olmaktan çıkarmadığı da belirtilmiştir. Bkz. Çelebi, Özgün. “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76, S. 2, 2018, s. 610 vd.

⁸ Ünal / Başpınar, s. 24; Akçaal, s. 18.

⁹ Bkz. Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 526.

niyetiyle hayvan üzerindeki hakimiyetini sonlandırırrsa terk etme gerçekleşecektir. Ancak kabahatin fiil unsurunu oluşturan terk etme fiili mülkiyet hakkıyla sınırlandırılmaz. Hayvanın maliki olmamakla birlikte zilyedi konumundaki kişinin hayvanı sokağa terk etmesi de mümkündür. Bu durumda da kabahatin fiil unsuru sağlanmış olur. Dolayısıyla terk etmek, hayvan üzerindeki hakimiyeti bir daha tesis edilmemek üzere sonlandırmayı ifade eder.

Fiil unsurunda yer alan *sokak* ifadesi terkin yapılacağı yeri sınırlandırmamaktadır. Bu ifade, hayvanın, başka bir kişinin egemenliğine bırakılmaksızın terk edildiği hallerin cezalandırılacağını ifade eder. Diğer bir deyişle sokak ifadesi mekânsal değil, yönetsel bir sınırlamadır. Örneğin, hayvanın dışarı salıverilmesi halinde fiil unsuru gerçekleşecektir. Salıvermenin yerleşim yerinde olup olmaması fiil unsuru bakımından önem arz etmez. Ancak terk etme kastıyla hayvanın bir kişiye emanet edilip bir daha geri alınmaması halinde sokağa terk etmeden ve dolayısıyla bu kabahatin oluştuğundan söz edilemez.

Tehlike arz eden hayvanı sokağa terk etme, sırf hareket kabahati ve soyut tehlike kabahati niteliğindedir. Tehlike arz eden hayvanın terk edilmesiyle birlikte kabahat tamamlanır. Kabahatin tamamlanabilmesi için herhangi bir neticenin meydana gelmesi gerekmez. Yine kabahatin oluşması için kabahatin konusu üzerinde zarar veya somut tehlikenin meydana gelmesi aranmamıştır. Bu nedenle söz konusu kabahatin soyut tehlike kabahati olduğu ifade edilmelidir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, tehlike arz eden hayvanı sokağa terk etme kabahatinin konusu hayvan değil¹⁰, genel güvenlikten istifade eden bireyler ve bunların mallarıdır. Bu kabahatle hayvanların korunmasını amaçlamamakta, toplumu oluşturan bireylerin ve bunların mallarının tehlike arz eden ev hayvanlarından korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle kabahatin zarar-tehlike kabahati ayrımındaki yeri tespit edilirken tipik fiilin hayvan üzerindeki etkisi değil, genel güvenlik ve esenlikten istifade eden kişi veya şey üzerindeki etkisi esas alınmalıdır.

Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi

HKK’da hayvanın terkine ilişkin iki ayrı kabahat düzenlenmektedir. Birincisi, yukarıda açıklanan tehlikeli hayvanın sokağa terkidir. İkincisi ise ev hayvanını terk etmektir. Ev hayvanının terk edilmesi, HKK m. 28/1-j’de kabahat olarak düzenlenmiş ve hayvan başına iki bin Türk lirası idari para cezası öngörülmüştür. Bu iki kabahatin farklı hukuki değerleri koruduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle iki norm arasında özel norm-genel norm ilişkisi olmamakla birlikte tüketen norm-tüketilen norm ilişkisine dayalı görünüşte içtima ilişkisi vardır¹¹. Tehlikeli hayvanı sokağa terk etme kabahati tüketen norm niteliğindedir.

İçtima bahsinde esas olarak değerlendirilmesi gereken husus, tehlike arz eden hayvanı sokağa terk etme kabahati ile TCK m. 177’deki hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest

¹⁰ TCK m. 177’deki suç bağlamında benzer yönde görüş için bkz. Memiş Kartal, Pınar. “Türk Ceza Hukukunda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması veya Kontrol Altına Alınmasında İhmal Suçu (TCK. m.177)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 334.

HKK’daki kabahatlerin konusunun hayvan olduğu yönündeki görüş için bkz. Kangal, Zeynel T.. *Kabahatler Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 171.

¹¹ Görünüşte içtimaın üç görünüm biçiminden biri olan tüketen normun tüketilen norma göre önceliği ilkesi, farklı hukuki değerleri koruyan normlar arasında görünüşte içtima ilişkisine imkan tanıyan tek ilkedir. Bkz. Seher, Gerhard. “Zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre – Dogmatische Strukturen und Grundfälle”, *JuS*, 2004/6, s. 483.

bırakılması suçları arasındaki ilişkidir. Söz konusu suç ile kabahat arasındaki içtima ilişkisinin tespiti için öncelikle TCK m. 177’deki suçun zarar suçları-tehlike suçları ayrımındaki yeri belirlenmelidir.

Zarar suçları-tehlike suçları ayrımı, tipik fiilin suçları konusu üzerindeki etkisine göre yapılmaktadır. Bu hususta suçları konusu, suçları maddi konusu (fiilin konusu) ve korunan hukuki değer kavramları gündeme gelmektedir¹². Zarar veya tehlikenin söz konusu kavramlardan hangisi üzerinde meydana gelmesi gerektiğine ilişkin Türk ve Alman hukukunda farklı görüşler vardır. Bu görüş ayrılığına girmeden kendi görüşümüzü ifade edecek olursak, söz konusu ayrımında hukuki değeri temsil eden suçları konusu esas alınmalıdır¹³. Hangi kavramın esas alınması gerektiğine ilişkin fikir ayrılıkları olmasına rağmen zarar suçları ve tehlike suçları kavramlarının tanımı üzerinde fikir birliği vardır. Tipik fiilin suçları konusunu zarara uğratmasının gerekli olduğu suçları zarar suçları, suçları konusu üzerinde tehlikeye neden olunmasının suçları oluşması için yeterli olduğu suçları ise tehlike suçları olarak isimlendirilir¹⁴. Tehlike suçları çeşitli alt başlıklara ayrılmakta ve TCK m. 177 bakımından bu başlıklar önem arz etmektedir.

Türk hukukunda kabul gören ayrım somut tehlike suçları-soyut tehlike suçları ayrımıdır. Gerekeçedeki açıklamalardan hareketle TCK’da da bu ayrımın esas alındığı söylenebilir. Somut tehlike suçlarında, tipik fiilin suçları konusu üzerinde somut bir zarar tehlikesine neden olması aranır. Tehlikenin zarara dönüşmemesi bir tesadüf olarak görülür¹⁵. Somut tehlikenin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler vardır. Bir görüş somut tehlikenin netice olduğunu¹⁶, diğer görüş ise objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu¹⁷ kabul eder.

Soyut tehlike suçlarında ise tipik fiilin suçları konusu üzerinde herhangi bir tehlikeye neden olması gerekmez. Bu suçları, tipik fiilin suçları konusunu tehlikeye düşürdüğüne ilişkin kanuni bir

¹² Bkz. Walter, Tonio. *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 13. Auflage, De Gruyter, Berlin-Boston, 2019, vor § 13, kn. 67.

¹³ Bkz. Keçelioğlu, Elvan. “Sırf Hareket Suçları Soyut Tehlike Suçları Mudur?”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. XXV, S. 2, 2021, s. 460; Schmidhäuser, Eberhard. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1975, s. 37 vd.

¹⁴ Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 50. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2020, kn. 40 vd.; Rengier, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, s. 52 vd.; Heinrich, Bernd. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2014, s. 59; Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker-Humblot, Berlin, 1996, s. 264; Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 119 vd.; Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 229; Walter, vor § 13, kn. 65.

¹⁵ Kindhäuser, Urs / Zimmermann, Till. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Nomos, 2020, s. 76; Wessels / Beulke / Satzger, kn. 43.

¹⁶ Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang / Eisele, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, Giesecking, Bielefeld, 2021, § 6, kn. 51; Frister, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, C.H.Beck, München, 2020, s. 105; Ersoy, Uğur. “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 41, 2020, s. 42; Wessels / Beulke / Satzger, kn. 43; Walter, vor § 13, kn. 65; Kindhäuser / Zimmermann, s. 76.

¹⁷ Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 223; Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Ü. Kerim. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 678; Ünal, Osman Gazi. “Tehlike Suçları ve Zarar Suçları Arasındaki Suçların İçtima Konusunun Uzlaştırma Kurumu Bakımından Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 2, 2022, s. 868.

varsayıma dayanır¹⁸. Tehlike, bu suçların bir unsuru değildir. Bu nedenle mahkemenin tehlikeye ilişkin bir tespitte bulunması gerekmez¹⁹.

Alman hukukunda soyut tehlike suçu çeşitli alt başlıklara ayrılmaktadır. Çalışmamız bakımından, bu alt başlıklardan biri olan ve esas olarak gören potansiyel tehlike suçu kavramı (*potentielle Gefährdungsdelikte*) önem arz etmektedir²⁰. Türk doktrininde de bu kavramı kabul eden yazarların olduğu hemen ifade edilmelidir²¹. Potansiyel tehlike suçunun tamamlanması için suçun konusu üzerinde somut bir tehlikeye neden olunması gerekmez. Fiilin, suçun konusu üzerinde somut tehlikeye elverişli olması gerekli ve yeterlidir²². Potansiyel tehlike suçları, somut tehlikenin suçun unsuru olmaması nedeniyle somut tehlike suçlarından, ayrı bir tehlikeye elverişlilik değerlendirmesinin gerekliliği nedeniyle soyut tehlike suçlarından ayrılır. Ancak potansiyel tehlike suçu soyut tehlike suçunun alt başlığı olarak kabul edilirse bu açıklamalardaki soyut tehlike suçu ifadesi klasik soyut tehlike suçu olarak anlaşılmalıdır. Hangi başlık altında incelenirse incelensin potansiyel tehlike suçunun somut tehlike suçu ile (klasik) soyut tehlike suçu arasında yer aldığı söylenebilir.

Elverişlilik netice unsuruna değil, fiil unsuruna ilişkindir²³. Tehlikeye elverişlilik değerlendirmesinin, somut olaya genel bir bakış açısıyla yaklaşılarak yapılacağı ifade edilmektedir²⁴. Diğer bir deyişle fiilin somut olaydaki icra ediliş biçiminin genellikle zarar ve somut tehlikenin ortaya çıkmasına uygun olup olmadığı sorusuna cevap aranır²⁵.

TCK m. 177'nin gerekçesinde hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunun somut tehlike suçu olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay da bu suçun somut tehlike suçu olduğunu kabul etmektedir²⁶. Ayrıca Yargıtay'ın birçok kararda sadece tehlike suçu nitelemesi

¹⁸ Wessels / Beulke / Satzger, kn. 44; Özgenç, s. 221.

¹⁹ Wessels / Beulke / Satzger, kn. 44; Rengier, s. 52; Heinrich, s. 60; Frister, s. 38.

²⁰ Potansiyel tehlike suçu kavramı için soyut-somut tehlike suçu (*abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikte*) ve elverişlilik suçu (*Eignungsdelikte*) kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, § 6, kn. 53.

Potansiyel tehlike suçunun konumuna ilişkin görüş birliği yoktur. Bkz. BGH, 25.03.1999, 1 StR 493/98.

Tehlike suçunu çok sayıda alt başlığa ayıran görüş için bkz. Roxin, Claus / Greco, Luis. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5 Auflage, C.H.Beck, München, 2020, s. 531 vd.

²¹ Maden, Mehmet. “Bir Tehlike Suçu Olarak “Gürültüye Neden Olma” (TCK. m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 1, 2021, s. 443 vd.; Aygörmez, Gülsün Ayhan. “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçları (TCK mad.170, 171)”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2021, s. 352; Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 435; Ersoy, s. 49 vd.

²² Wessels / Beulke / Satzger, kn. 45; Rengier, s. 53; Walter, vor § 13, kn. 66.

Elverişliliği zarara dayalı olarak ifade eden yazarlar için bkz. Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, § 6 kn. 53; Kindhäuser / Zimmermann, s. 77; Heinrich, s. 60. Bu ifade farklılığının cezai sorumluluğun tespitinde özellik arz etmediği söylenebilir. Zira somut tehlikenin zarara dönüşmemesi tesadüfi olduğu kabul edilir. Bu durumda somut tehlikeye elverişlilik zarara da elverişlilik anlamına gelir.

²³ Baumann / Weber / Mitsch / Eisele, § 6 kn. 53; Ersoy, s. 53.

²⁴ Fischer, Thomas. *Beck'sche kurz Kommentare Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62. Auflage, C.H.Beck, München, 2015, vor § 13, kn. 19; Rengier, s. 53.

²⁵ Schröder, Horst. “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969/81, s. 22.

²⁶ “Hükümlü tarafından şehirlerarası otoyolun kenarında otlatılan büyükbaş hayvanlardan birinin yola çıkması sonucu maddi hasarlı trafik kazasının meydana geldiği somut olayda, kişilerin hayatı ve sağlığı açısından somut bir tehlikenin meydana gelmemiş olması nedeniyle TCK'nın 177. maddesinde belirtilen suçun yasal unsurları oluşmadığı” (Yargıtay 8. CD, T. 09.01.2020, E. 2019/12218, K. 2020/443.)

Ayrıca bkz. Yargıtay 8. CD, T. 20.05.2021, E. 2019/24334, K. 2021/14650; Yargıtay 8. CD, T. 18.10.2018, E. 2017/24869, K. 2018/11187.

yaptığı ve somut-soyut tehlike ayırımına yer vermediği, ancak ilgili açıklamaların somut tehlike suçuna yönelik olduğu da ifade edilmelidir²⁷. Doktrindeki ağırlıklı görüş de söz konusu suçun somut tehlike suçu olduğu kabul etmektedir²⁸. Bizim katıldığımız aksi yönde görüş ise TCK m. 177’deki hükmün bir potansiyel tehlike suçu olduğunu kabul etmektedir²⁹. *Başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde* ifadesi somut bir tehlikeyi değil, fiilin somut tehlikeye elverişli olmasını ifade eder. Buna göre fiilin, başkalarının hayatı ve sağlığı üzerinde genellikle somut tehlikeye neden olabilecek nitelikte olması suçun oluşması için gerekli ve yeterlidir. Tipik fiilin belli bir kişinin hayatı veya sağlığı üzerinde somut bir tehlikeye neden olması gerekmez. Bu değerlendirme somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak yapılır.

İçtima bahsinde önem arz eden husus, tehlike arz eden hayvanın sokağa terk etme fiilinin TCK m. 177’deki suçu oluşturup oluşturmayacağıdır. Tehlike arz ettiği kabul edilen altı köpek ırkı diğer ev hayvanlarına nazaran daha saldırgandır. Söz konusu köpek ırklarının toplumu oluşturan bireylerin can ve mal güvenliği bakımından tehlike arz ettiği aşıkardır. Bu nedenle kanun koyucu aşamalı şekilde söz konusu köpek ırklarını toplumdaki uzaklaştırmayı amaçlamaktadır ve bu köpek ırkları için diğer ev hayvanlarından ayrı hükümler ihdas etmiştir. Örneğin, HKK geçici m. 3/3’teki hükümlerle bu hayvanların ağızlıksız ve tasmasız dolaştırılması, halkın yoğun olduğu yerler, çocuk oyun alanları ve parklara sokulması yasaklanmıştır. Buradan hareketle tehlike arz eden hayvanların sokağa terk edilmesinin, başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeye elverişli olduğu ve zaten bu nedenle söz konusu hayvanlar için özel hüküm ihdas edildiği söylenebilir. Dolayısıyla tehlike arz eden hayvanların sokağa terk edilmesi halinde TCK m. 177 için aranan elverişlilik şartı kural olarak gerçekleşir.

Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, terk etme fiili ile TCK m. 177’deki serbest bırakma ve kontrol altına almada ihmal gösterme fiilleri arasındaki ilişkidir. Terk etmek, hayvanı serbest bırakma veya kontrol altına almada ihmal göstermenin bir görünüm biçimidir. Serbest bırakma veya kontrol altına almada ihmal gösterme terk etmeden daha kapsamlıdır. Diğer bir deyişle kişinin hayvanı terk etmesi aynı zamanda hayvanı serbest bıraktığı veya kontrol altına almada ihmal gösterdiği anlamına gelir. Dolayısıyla HKK geçici m. 3/4’teki kabahatin olduğu

²⁷ “TCK’nın 177. maddesinde ... belirtilen suçun tehlike suçu olduğu, suçun oluşumu için bir zararın meydana gelmiş olmasının gerekmediği, somut olayda ise izlenen CD görüntülerinde oldukça büyük bir köpeğin site içinde bağırsız, serbest şekilde dolaştığı ve motorsikletle yanından geçen müştekinin arkasından koşarak kovaladığı, bu suretle tehlike unsurunun gerçekleşmiş olduğu” (Yargıtay 8. CD, T. 01.07.2021, E. 2020/9845, K. 2021/17248.)

Ayrıca bkz. Yargıtay 12. CD, T. 02.06.2021, E. 2019/11887, K. 2021/4515.

²⁸ Taşkın, Ozan Ercan. “Genel Tehlike Yaratan Suçlara İki Örnek: İnşaat veya Yıkımla İlgili Emniyet Kurallarına Uymama ve Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 32, 2016, s. 74; Memiş Kartal, s. 337; Ünal, s. 869; Artuk, / Gökçen / Alşahin / Çakır, s. 678; Özgenç, s. 222.

²⁹ Ersoy, s. 57.

Bu suçun soyut tehlike suçu olduğu yönündeki görüş için bkz. Doğan, Koray. “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtima Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 16, 2014, s. 183. Ayrıca yazar, elverişlilik değerlendirmesinin tüm soyut tehlike suçları için gerekli olduğunu savunmaktadır.

Somut tehlike suçları bakımından TCK’nın metni ile madde gerekçeleri arasında genel bir tutarsızlık olduğu söylenebilir. Bu durum, bir suç tipini somut tehlike suçu vasfını kazandırmak için tercih edilen ifadelerin somut tehlike suçu ihdas etmeye elverişli olmamasından kaynaklanır. (Bu yönde görüş için bkz. Maden, s. 464.) Somut tehlike suçu ihdas etmeye yeterli olmayan kanuni düzenlemelere rağmen kanunun gerekçesi vasıtasıyla somut tehlike suçu ihdas edildiğinden bahsedilemez. Bu nedenle TCK m. 177’nin gerekçesine rağmen bu suçun somut tehlike suçu olmadığı kanaatindeyiz.

hallerde TCK m. 177’deki suçun da oluştuğu³⁰, ancak TCK m. 177’deki suçun oluştuğu tüm hallerde söz konusu kabahatin oluşmayacağı söylenebilir.

Bu açıklamalardan sonra içtima bahsine gelinecek olursa KK m. 15/3’ün öncelikle değerlendirilmesi gerekir. KK m. 15/3’teki hüküm, bir fiille hem kabahat hem de suçun işlenmesi halinde failin sadece suçtan dolayı cezalandırılacağını belirtmektedir. Bu hüküm, suçlar ile kabahatler arasında asli norm-tali norm ilişkisi tesis eder. Bu hükme göre tehlike arz eden hayvanı sokağa terk eden failin TCK m. 177’ye göre cezalandırılması gerekir.

KK m. m. 15/3’e paralel bir düzenleme Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) m. 21/1’de yer almaktadır. Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi söz konusu hüküm için genel bir istisna ihdas edilmemiştir. Buna rağmen Alman hukukunda, istisnai hallerde kabahatin suça nazaran özel norm niteliğini haiz olabileceği ve bu hallerde failin sadece kabahatten dolayı cezalandırılacağı kabul edilmektedir³¹. Bunun için iki şartın olduğu kabul edilmektedir. İlk olarak suçun ve kabahatin aynı hukuki değeri koruması gerekir. İkinci olarak ise kabahatin suça kıyasla özel bir unsur içermesi ve bu özel unsur nedeniyle kabahatin daha az bir haksızlık içeriğini temsil etmesi gerekir. İçtima öğretisi anlamında tek fiil, bu iki şartın birlikte sağlandığı istisnai hallerde hem suça hem de kabahate sebebiyet verilirse Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu m. 21/1’deki hükme rağmen failin kabahatten dolayı cezalandırılacağı kabul edilmektedir³². Aksi halde kabahat hükmünün gereksiz hale geleceği belirtilmektedir³³. Alman kanun koyucunun, özel içtima hükmüne ihtiyaç duyulmamasına rağmen söz konusu şartların sağlandığı bazı hallerde kabahati düzenleyen hükme ilgili suçun uygulanmayacağını dercettiği de ifade edilmelidir³⁴. Bu şartların sağlandığı hallerdeki suç ile kabahat arasındaki ilişki, bir suçun temel hali ile daha az cezayı gerektiren nitelikli hali arasındaki ilişkiye benzetilebilir.

Bu istisna bağlamında KK m. 15/3’ten hareketle tespit edilen yukarıdaki sonucun ayrıca incelenmesinde yarar vardır. Öncelikle HKK geçici m. 3/4’teki kabahat ile TCK m. 177’deki suçun aynı hukuki değeri koruduğu söylenebilir. He ne kadar TCK m. 177’deki suç ile bireylerin mal güvenliği korunmamasına rağmen³⁵ her iki hükmün de toplumun güvenliğini ve esenliğini koruduğu söylenebilir. Dolayısıyla kabahatin suça nazaran özel norm olması için gerekli ilk şart somut durumda sağlanır.

HKK geçici m. 3/4’teki kabahatte hayvan unsuru özelleştirilmiştir. Buna göre sadece tehlike arz ettiği kabul edilen hayvanlarla söz konusu kabahat işlenebilir. Kabahatin suça nazaran

³⁰ Tehlike arz eden hayvanların sokağa terk edilmesi halinde TCK m. 177 için aranan elverişlilik şartının kural olarak gerçekleşeceğini ifade ettik. İstisnai hallerde bu hayvanların sokağa terk edilmesi somut tehlikeye elverişli olmayabilir. Bu istisnai hallerin ayrı bir kabahat ihdas etmeyi gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilmelidir. Bu nedenle söz konusu ihtimal üzerinde durulması gereksizdir.

³¹ Bkz. Mitsch, Wolfgang. *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2018, § 21, kn. 7 vd.; Krenberger, Benjamin / Krumm, Carsten. *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, 6. Auflage, C.H.Beck, München, 2020, § 21, kn. 5; Kleszczewski, Diethelm. *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Auflage, Franz Vahlen, München, 2016, s. 190; Zeng, Claus. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5*, 3. Auflage, C.H.Beck, München, 2019, § 292, kn. 51.

³² König, Peter. “Vom Ausnahmeverrang der Ordnungswidrigkeit gegenüber der Straftat”, *Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2007, s. 525; BayObLG, 23. 11. 2004, 1 StRR 129/04.

³³ Kleszczewski, s. 190.

³⁴ König, s. 525.

³⁵ Bkz. Memiş Kartal, s. 332.

özel norm olarak kabul edilebilmesi için kabahatin içerdiği özel normun daha az haksızlık içeriğini temsil etmesi gerekir. Zaten aksi düşünülemez. Zira suç ile kabahat arasında haksızlık içeriği bakımından niceliksel bir fark vardır ve cezaya layık olmayan haksızlıklar kabahat olarak düzenlenir³⁶. Kabahatin suça nazaran özel norm kabul edildiği hallerde her ne kadar suçun unsurları gerçekleşmiş olsa da özellik arz eden bir husus nedeniyle (kabahatin özel unsuru nedeniyle) somut olayın kabahat bağlamında değerlendirilmesi haksızlık içeriğiyle orantılı cezalandırmanın bir gereğidir. Özetle, kabahatin özel unsuru, kabahatler ile suçlar arasındaki genel ilişkiye paralel şekilde daha az haksızlık içeriğini temsil eder. Sadece altı köpek ırkından oluşan tehlike arz eden hayvan unsuru ise TCK m. 177'deki gözetim altındaki hayvana nazaran daha ağır bir haksızlığı temsil eder. Bu nedenle HKK geçici m. 3/4'teki kabahat TCK m. 177'deki suça nazaran özel norm olarak kabul edilemez. Ayrıca daha ağır bir haksızlığı temsil eden tehlike arz eden hayvanın sokağa terk edilmesi kabahat olarak düzenlenmiş iken gözetim altındaki hayvanı serbest bırakmanın potansiyel tehlike suçu olarak düzenlenmesi suç ve kabahat arasındaki genel ilişkiye aykırıdır³⁷. Sonuç olarak HKK geçici m. 3/4'te düzenlenen kabahatin içtima hükümleri bağlamında gereksiz ve hatalı olduğu kanaatindeyiz.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, TCK m. 177'deki hükmün somut tehlike suçu olarak kabul edilmesi halinde söz konusu düzenlemelere içtima bahsinde mantıklı bir sonuç bağlanabilir. Bu durumda tehlike arz eden hayvanın sokağa terk edilmesi fiili, somut tehlike meydana gelmeden önce kabahat kapsamında cezalandırılabilir. Başkalarının hayatı veya sağlığı üzerinde somut bir tehlikenin ortaya çıkması halinde ise KK m. 15/3 gereği sadece TCK m. 177'deki hükme dayalı cezalandırma yoluna gidilecektir. Ancak TCK m. 177'deki hükmün lafzı bu suçun somut tehlike suçu olarak kabul edilmesine elverişli değildir.

Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin Non Bis In Idem İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Non (ne) bis in idem ilkesi, bir kişinin bir fiil nedeniyle sadece bir defa yargılabileceğini ve sadece bir defa cezalandırılacağını ifade eder. CMK m. 223/7'deki “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.*” hükmü non bis in idem ilkesine ilişkindir. AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4³⁸ ile non bis in idem ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da non bis in idem ilkesine özgü bir hüküm olmamasına rağmen yerinde bir şekilde “*hukuk devleti ilkesinde mündemiç olan aynı suç nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu*”nu ifade etmektedir³⁹.

³⁶ Koca / Üzülmez, s. 37; Akbulut, s. 84.

Suç ve kabahat ayrımında nitelik-nicelik kriterinin esas alınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. KANGAL, s. 63.

³⁷ TCK m. 177'deki suçun, kabahatler hukukunun veya özel hukukun sahasına dahil edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Taşkın, s. 84.

³⁸ AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4: “(1) Hiç kimse, bir devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargı yetkisi içindeki ceza yargılaması kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz.

(2) Yukarıdaki fıkra hükümleri, davanın sonucunu etkileyebilecek yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılmış delillerin mevcut olması veya önceki muhakemelerde temel bir eksikliğin bulunması halinde, ilgili devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak davanın yeniden açılmasına engel değildir.

(3) Bu maddeye, Sözleşme'nin 15. maddesine dayanmak suretiyle herhangi bir istisna getirilemez.”

³⁹ AYM, Ünal Gökpinar, B. No.: 2018/9115, T. 27.03.2019, § 49.

Non bis in idem ilkesinin idem unsuru bakımından ceza muhakemesi bağlamında fiil esas alınır⁴⁰. Ceza muhakemesi bağlamında fiil tekliği, içtima öğretisindeki fiil tekliğinden amaç ve kapsam yönünden farklıdır⁴¹. Hem Türk hukuku ve Alman hukukundaki hakim görüşler arasında hem de bunlar ile AİHM içtihatları arasında ceza muhakemesi bağlamında fiilin/fiil tekliğinin kapsamına ilişkin (*idem factum*) görüş ayrılığı vardır. Alman hukukunda daha geniş kapsamlı bir fiil tekliği kabulünün olduğu söylenebilir. Ancak failin tehlike arz eden hayvanı sokağa terk etmesi halinde ceza muhakemesi anlamında ve içtima öğretisi anlamında tek fiilin olduğu açıktır. Bu nedenle ceza muhakemesi bağlamında fiil tekliğinin kapsamına ilişkin görüş ayrılıkları ve iki fiil kavramı arasındaki farklar çalışmamız bakımından özellik arz etmez.

Çalışmamız bakımından önem arz eden husus, fail hakkında HKK geçici m. 3/4 gereği idari para cezasına karar verilmesinin, TCK m. 177’ye dayalı gelecekteki cezalandırmaya engel teşkil edip etmeyeceğidir. Tehlike arz eden hayvanın sokağa terk edildiğinin tespit edilmesi halinde idari para cezasına kısa bir süre içinde karar verilebilir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere bu fiil aynı zamanda TCK m. 177’deki suçu oluşturacaktır ve bu suça dayalı cezalandırma yüksek ihtimalle kabahate dayalı cezalandırmadan sonra gündeme gelecektir. TCK m. 177’deki suçun somut tehlike suçu olarak kabul edilip edilmediği bu hususta özellik arz etmez. Bu suçun somut tehlike suçu kabul edilmesi halinde ise idari para cezasına karar verildikten sonra somut tehlikenin meydana geldiği tespit edilebilir. Özetle, bu hallerde non bis in idem ilkesinin bis unsuru özellik arz eder. Bu hususun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında irdelenmesi gerekir.

Non bis in idem ilkesi, failin bir fiil nedeniyle iki defa ceza yargılamasına tabi tutulamayacağını ve buna bağlı olarak iki defa cezalandırılmayacağını ifade eder⁴². AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4’teki hüküm de bu yöndedir⁴³. Somut olayda bir cezanın ve ceza yargılamasının olup olmadığını tespit ederken ne AİHM ne de Anayasa Mahkemesi⁴⁴ kanun koyucunun yapmış olduğu tasnifle kendisini sınırlandırmaktadır. AİHM, Engel kriterleri⁴⁵ olarak ifade edilen kriterler vasıtasıyla iç hukukta kabahat ve idari yaptırım olarak nitelendirilen

Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası m. 103’te non bis in idem ilkesine açıkça yer verilmiştir.

⁴⁰ Centel, Nur / Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 646; Ranft, Otfried. “Der Tatbegriff des Strafprozessrechts”, *JuS*, 2003/5, s. 417; Stuckenberg, Carl-Friedrich. *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin-Boston, 2020, § 264, kn. 4.

⁴¹ Seher, Gerhard. “Zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre – Dogmatische Strukturen und Grundfälle”, *JuS*, 2004/5, s. 393; Stuckenberg, § 264, kn. 4; Jescheck / Weigend, s. 709; Kindhäuser / Zimmermann, s. 414.

Bu nedenle fikri içtima ile non bis in idem ilkesi arasında ilişki kuran TCK m. 44 ve KK m. 15’in madde gerekçesindeki açıklamaların yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

⁴² Bkz. Kelep Pekmez, Tuba. “How to Understand non bis in idem?: The Element of idem According to the ECtHR”, *Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul*, C. 67, 2018, s. 32; Centel / Zafer, s. 650.

⁴³ AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4’ün sadece iki defa cezalandırılmamayı değil, aynı zamanda iki defa yargılanmamayı da güvence altına aldığı yönünde karar için bkz. AİHM, Boman/Finlandiya, B. No: 41604/11, T. 17.02.2015, § 39

Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası m. 103’teki non bis in idem ilkesine ilişkin düzenlemenin de benzer nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Steinberg, Georg / Stam, Fabian. “Der strafprozessuale Tatbegriff”, *JURA*, 2010/12, s. 908; Ranft, s. 417.

⁴⁴ AYM, T. 04.11.2021 E. 2019/4, K. 2021/78.

⁴⁵ Engel kriterleri şu şekildedir: iç hukuktaki sınıflandırma, haksızlığın niteliği, öngörülen cezanın ağırlığı. İlk kriterin sağlanmadığı hallerde kümülatif olmayan ikinci ve üçüncü kriter birlikte değerlendirilerek somut olayda bir ceza ve ceza yargılamasının olup olmadığına karar verilmektedir. Bkz. Engel ve diğerleri/Hollanda, 08.06.1976; AİHM, Sergey Zolotukhin/Rusya, B. No: 14939/03, T. 10.02.2009, § 53.

hususların suç ve ceza kapsamında kaldığına karar verebilmektedir. Bu hallerde failin hem kabahate hem de suça dayalı cezalandırılması non bis in idem ilkesini ihlal edebilir. HKK geçici m. 3/4'teki otuz bin Türk lirası idari para cezasının tazmin yerine cezalandırma ve caydırma amacı güttüğü⁴⁶, TCK m. 177'ye göre hükmedilebilecek adli para cezasının en fazla on sekiz bin Türk lirası olabileceği dikkate alındığında HKK geçici m. 3/4'teki hükmünün AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4 bakımından ceza niteliğini haiz olduğu AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında söylenebilir.

Ceza muhakemesi bağlamında bir fiilin (*idem factum*)⁴⁷ birden fazla suçu ve/veya kabahati oluşturması mümkündür. Bu suçlar ve/veya kabahatler arasında gerçek içtima, fikri içtima veya görünüşte içtima ilişkisi olabilir. Bu ilişkilerin tespitinde içtima öğretisi anlamında fiil tekliği esas alınır. Bu ilişkiye bağlı olarak failin her bir suç ve kabahatten ayrı ayrı cezalandırılması gündeme gelebilir. Non bis in idem ilkesinin ihlal edilmemesi için ise söz konusu yaptırımların aynı süreç (yargılama) kapsamında veya bağlantılı süreçlerle belirlenmesi gerekir. Sürecin aynı olması esastır. Ancak AİHM tarafından geliştirilen ve Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilen çeşitli kriterlerin varlığı halinde birbiriyle bağlantılı süreçlerle birden fazla yaptırıma hükmedilmesi non bis in idem ilkesini ihlal etmeyecektir⁴⁸. Bu noktada, süreçler arasında esasa ilişkin ve zamansal olarak bağlantı olup olmadığı incelenir⁴⁹. Bağlantının tespitinde özellikle delil elde etme ve değerlendirme işlemlerinin tekrarlanıp tekrarlanmadığına, ikili sürecin öngörülebilir olup olmadığına, yaptırımların birbirini tamamlayıp tamamlamadığına, önce kesinleşen cezanın sonraki cezanın tespitinde dikkate alınıp alınmadığına önem atfedilmektedir⁵⁰.

AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'teki hükme dayalı değerlendirme yapan AİHM ve Anayasa Mahkemesi, non bis in idem ilkenin uygulanmasında kesinleşmiş hükme önem atfetmektedir⁵¹. Bu nedenle çalışmamızın konusunu oluşturan kabahat bakımından iki ihtimal özellik arz eder:

⁴⁶ Kabahatler Kanunu'na göre verilen Yüz Türk lirası idari para cezası için benzer yönde değerlendirme yapan AİHM kararı için bkz. AİHM, Sancaklı/Türkiye, B. No: 1385/07, T. 15.05.2018, § 29-30.

AİHM, savcının bir suça ilişkin soruşturma sonucunda yaklaşık 250 Euro değerinde iç hukukta idari para cezası olarak nitelendirilen bir cezaya karar verdiği olay için de aynı değerlendirmeyi yapmıştır. Bkz. AİHM, Mihalache/Romanya, B. No: 54012/10, T. 08.07.2019, § 62.

⁴⁷ AİHM, AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'te suçun aynılığı (*idem crimen*) ifadesi yer almasına rağmen non bis in idem ilkesi bakımından fiilin aynılığını (*idem factum*) esas almaktadır. (Bkz. AİHM, Ramda/Fransa, B. No: 78477/11, T. 09.04.2018, § 87.) Böylece mahkeme ceza muhakemesi bağlamında fiil kavramını esas almaktadır. Her ne kadar ceza muhakemesi bağlamında fiil kavramına bağlanan sonuçlar üzerinde fikir birliği olsa da bu fiil kavramının (tekliğinin) sınırlarına ilişkin farklı görüşler vardır.

⁴⁸ Bu durumun non bis in idem ilkesinin sağladığı korumayı azalttığı ve bu kriterlerin muğlak olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Lasagni, Giulia / Mirandola, Sofia. “The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law”, *The European Criminal Law Associations' Forum*, Issue 2, 2019, s. 127 vd.

⁴⁹ AİHM, A ve B/Norveç, B. No: 24130/11, 29758/11, T. 15.11.2016, § 130 vd.; AİHM, Rivard/İsviçre, B. No: 21563/12, 04.10.2016, § 28 vd.; AİHM, Boman/Finlandiya, B. No: 41604/11, T. 17.02.2015, § 42 vd.; AYM, T. 04.11.2021 E. 2019/4, K. 2021/78.

⁵⁰ AİHM, A ve B/Norveç, B. No: 24130/11, 29758/11, T. 15.11.2016, § 132 vd.; AİHM, Milošević/Hırvatistan, B. No: 12022/16, T. 31.08.2021, § 35 vd.; AİHM, Bragi Guðmundur Kristjánsson/İzlanda, B. No: 12951/18, T. 31.08.2012, § 55 vd.

Söz konusu kriterlerin iki başlık altında toplanabileceği ifade edilmektedir: farklı yaptırımların bütünlük arz etmesi ve süreçler arasında etkileşimin varlığı (Bkz. Bahçeci, Barış. “İHAM'ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İctihadı İle Türk Hukukunun Uyum Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 136, 2018, s. 159.

⁵¹ AİHM, Sergey Zolotukhin/Rusya, B. No: 14939/03, T. 10.02.2009, § 112 vd.; AYM, T. 16.12.2021, E. 2021/122, K. 2021/92.

1. Tehlike arz eden hayvanı terk ettiği tespit edilen fail hakkında HKK geçici m. 3/4 gereği idari makam tarafından idari para cezasına hükmedilir. Fail kanun yoluna başvuramaz veya KK m. 27 vd. yer alan kanun yollarını tüketir. Bunun sonucunda idari yaptırım kararı veya beraat niteliğindeki idari yaptırım kararının kaldırılması kararı kesinleşir. Ancak daha sonra fiilin suç teşkil ettiği gerekçesiyle TCK m. 177’ye dayalı ceza yargılaması yapılır ve mahkumiyet kararı verilir.
2. Tehlike arz eden hayvanı terk ettiği tespit edilen fail hakkında idari para cezasına hükmedilir. Fail kanun yoluna başvurur ve henüz başvuru yolları tüketilmeden aynı fiil nedeniyle TCK m. 177’ye dayalı iddianame düzenlenir ve kovuşturma evresine geçilir. Kovuşturma devam ederken idari para cezası kesinleşir. Akabinde fail, TCK m. 177 gereği ayrıca cezalandırılır.

Söz konusu kabahat ve suçun, korunan hukuki değer ve unsurlar bakımından esaslı şekilde benzer olması nedeniyle bu ihtimallerin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğu söylenebilir. Bu benzerlik, çok sayıda doğal anlamda fiilin icra edilmesine de bağlı değildir⁵². Zira söz konusu kabahat ve suçun doğal anlamda tek fiille işlenmesi mümkündür. Doğal anlamda fiil tekliği, içtima öğretisindeki fiil tekliğinin yanı sıra ceza muhakemesi bağlamında fiil tekliğinin (aynılığının) de en basit görünüm biçimidir⁵³. Bu nedenle yukarıdaki iki ihtimal non bis in idem ilkesinin idem unsuruna yüklenen anlamdan bağımsız olarak bu ilke bakımından önem arz eder.

Birinci ihtimalde öncelikle suç ve kabahat için öngörülen yaptırımlar arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir. HKK geçici m. 3/4’teki idari para cezası ile TCK m. 177’deki hapis veya adli para cezası birbirini tamamlayan nitelikte olmadığı gibi hukuka aykırı fiilin farklı yönlerine de odaklanmış değildir. Yaptırımlardan birinin idari, diğerinin cezai nitelikte olması tek başına bu sonucu değiştirmez. Dolayısıyla birinci ihtimalde idari para cezasının kesinleşmesinden ya da beraat niteliği taşıyan ve esasa ilişkin değerlendirme içeren⁵⁴ bir idari yaptırım kararının kaldırılması kararından sonra TCK m. 177’ye dayalı cezalandırma yoluna gidilemez. Aksi durum non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil eder. Özellikle vurgulanması gereken husus, ilk kararın beraat niteliğinde olduğu hallerde de bu sonucun geçerli olduğudur. Yine ilk cezanın sonraki cezadan mahsup edilmesi⁵⁵ veya sonraki cezayla birlikte ilk cezanın kaldırılması da non bis in idem ilkesine aykırılığı gidermek için yeterli değildir. Zira bu ilke öncelikle mükerrer yargılamayı yasaklamaktadır.

Birinci ihtimal için süreçler arasında herhangi bir bağlantı olduğu söylenemez. Özellikle delil elde etme ve değerlendirme süreçleri birbirinden bağımsızdır. İdari para cezasına karşı KK m. 27 gereği başvuru yoluna ve KK m. 29 gereği itiraz yoluna başvurulması bu sonucu

⁵² Suçların içtimaı bağlamında fiil tekliği temel olarak ikiye ayrılır: doğal anlamda fiil tekliği ve hukuki anlamda fiil tekliği. Doğal anlamda fiil tekliği, fiil tekliğinin en basit görünüm biçimidir. Örneğin, bir el ateş etmek, bir defa tokat atmak, köpeği serbest bırakmak doğal anlamda tek fiil teşkil eder. Hukuki anlamda fiil tekliği ise doğal anlamda birden fazla fiilin hangi hallerde hukuken tek fiil olarak kabul edileceğini ifade eder. İçtima öğretisindeki fiil tekliği ile ceza muhakemesi bağlamında fiil tekliğinin genellikle örtüşmesi nedeniyle suçların içtimaı bahsinde ele alınan bu kavramlar ceza muhakemesi bağlamında fiil kavramı için de yol göstericidir.

⁵³ Bkz. Stuckenberg, § 264, kn. 59.

⁵⁴ Bkz. AİHM, Mihalache/Romanya, B. No: 54012/10, T. 08.07.2019, § 99 vd.

⁵⁵ Bkz. AİHM, Maresti/Hırvatistan, B. No: 55759/07, T. 25.09.2009, § 65.

değiştirmez⁵⁶. Dolayısıyla yargılamanın mükerrer olduğu söylenebilir. Ancak bu kapsamda Cumhuriyet savcısının HKK geçici m. 3/4'e göre idari para cezasına karar vermesi ihtimalinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Her ne kadar bu sonucun yukarıdaki açıklamalar bağlamında hatalı olacağı kanaatinde olsak da Cumhuriyet savcısının TCK m. 177 bağlamında yürüttüğü soruşturma sonucunda ilgili fiilin suç oluşturmamasına rağmen HKK geçici m. 3/4'teki kabahati oluşturduğu sonucuna varabilir. Bu durumda kovuşturmayaya yer olmadığı kararına ilaveten idari para cezasına hükmedilmesi gerekir. Bu ihtimalde idari para cezasının kesinleşmesinden sonra kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kaldırılması özellik arz eder. AİHM, fail hakkındaki kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla verilen idari para cezasının kesinleşmesinden sonra kovuşturmayaya yer olmadığı kararının üst makam konumundaki savcılık tarafından kaldırılıp faile hapis cezası verilmesini non bis in idem ilkesine aykırı bulmuştur⁵⁷. İlgili devletin iç hukuku ile Türk hukuku arasındaki benzerlik de dikkate alınırsa birinci ihtimalde kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kaldırılarak yargılama yapılmasının AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'e aykırı olacağı sonucuna varılabilir. Yine AİHM; savcının, fiilin ağırlığına ilişkin yanlış kanaate vararak idari para cezasına karar verdiği ve bu kararın kesinleştiği, ardından ise bu kararın yanlış olduğu gerekçesiyle kaldırılarak yargılama yapıldığı olayda AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'ün ihlal edildiğine karar verilmiştir⁵⁸. Bu karar da birinci ihtimalde AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'ün ihlal edildiğini göstermektedir. Ayrıca idari para cezasının tahsil edilememesi veya tahsil edilen idari para cezasının geri verilmesi varılan sonuçlarda değişikliğe neden olmaz.

İkinci ihtimalde birinci ihtimalin aksine eşzamanlı iki süreç vardır ve ceza yargılaması devam ederken idari para cezasına ilişkin karar kesinleşir. Yine bu ihtimalde de söz konusu kabahat ve suç için öngörülen yaptırımların birbirini tamamlayıcı nitelikte olmaması ve yaptırımların hukuka aykırı fiilin farklı yönlerine ilişkin olmaması önem arz eder. AİHM, tek başına, aynı anda birden fazla sürecin yürütülmesinin AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'e aykırı olmadığını kabul etmektedir. Ancak mahkeme, süreçlerden birinin mahkumiyet kararıyla ve esasa ilişkin değerlendirme içeren beraat niteliğindeki bir kararla sona ermesi halinde diğer sürecin de sona erdirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁹. Diğer sürece dayalı yargılamaya devam edilmesinin AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'ün ihlali anlamına geleceği kabul edilmektedir. Yine bu hallerde de yürütülen süreçler arasında esas bakımından ve zamansal olarak bağlantı olup olmadığına önem atfedilmekte, bağlantının varlığı halinde iki farklı sürecin olması AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'e aykırılık olarak değerlendirilmemektedir⁶⁰. Somut durumda ise idari para cezasının veya esasa ilişkin değerlendirme içeren beraat niteliğindeki kararın kesinleşmesi, aynı fiile dayalı ceza yargılamasının sona erdirilmesini gerektirir. Zira ne söz konusu yaptırımlar birbirini tamamlayıcı niteliktedir ne de süreçler arasında içerik bakımından bir bağlantı vardır⁶¹.

⁵⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, HKK'ya göre yetkili makam tarafından verilen idari para cezasına karşı KK m. 27 gereği adli yargıya (sulh ceza hakimliği) başvurulabileceğine karar vermiştir. Bkz. UYM, T. 20.04.2018, E. 2018/216, K. 2018/212.

⁵⁷ AİHM, Mihalache/Romanya, B. No: 54012/10, T. 08.07.2019.

⁵⁸ AİHM, Stăvilă/Romanya, B. No: 23126/16, T. 01.03.2022, § 88 vd.

⁵⁹ AİHM, Zigarella/İtalya, B. No:48154/99, T. 03.10.2002; AİHM, Muslija/Bosna Hersek, B. No: 32042/11, T. 14.01.2014, § 36 vd.; AİHM, Nykänen/Finlandiya, B. No: 11828/11, 20.05.2014, § 49 vd.

⁶⁰ AİHM, Nykänen/Finlandiya, B. No: 11828/11, 20.05.2014, § 50.

⁶¹ Süreçler arasında zamansal bağlantının olduğu söylenebilir. Ancak AİHM, tek başına zamansal bağlantının varlığını ikili sürecin AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'e uygunluğu için yeterli görmemektedir. Bkz. AİHM, Velkov/Bulgaristan, B. No: 34503/10, 21.07.2020.

Türk hukukundaki mevcut hükümler gereği aynı fiile ilişkin hem idari para cezasına yönelik bir sürecin hem de TCK m. 177'ye yönelik ceza yargılaması sürecinin olduğu hallerde AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4'ün ihlal edilmemesi için, eğer başvurulmuşsa, KK m. 27 ve m. 29'a göre yetkili makam tarafından uyuşmazlığın esasına ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın idari para cezasının kaldırılmasına karar verilmeli ve esasa ilişkin karar için ceza yargılaması sürecini işaret etmelidir. Böylece fiilin suç teşkil ettiğine karar verilirse non bis in idem ilkesi ihlal edilmeksizin cezalandırma yoluna gidilebilecektir. Fiilin HKK geçici m. 3/4'teki kabahati oluşturduğunun tespit edilmesi halinde ise ceza mahkemesi tarafından idari para cezasına hükmedilecek ve yine non bis in idem ilkesi ihlal edilmemiş olacaktır. Ancak bu ihtimal idari para cezasına karşı kanun yoluna başvurulması halinde mümkündür. İdari para cezası vermeye yetkili makamın, fiilin suç teşkil edebileceği kanaatine vardıktan sonra ihbardan bulunması ve kabahate ilişkin kararı Cumhuriyet savcısına bırakması ise non bis in idem ilkesi bakımından ideal olandır. Bu ihtimalde non bis in idem ilkesinin ihlal edildiğinden söz edilemez⁶². Ayrıca KK m. 15/3'teki içtima hükmü de fiilin hukuki niteliğinin tek bir makam tarafından değerlendirilmesini gerektirir.

SONUÇ

Yeni ihdas edilen bir kabahatin ve suç tipinin mevcut kabahat ve suçlarla uyumlu olması gerekir. Uyumluluk, özellikle içtima bahsi ve non bis in idem ilkesi bağlamında gündeme gelir. Diğer bir deyişle kabahat veya suç ihdas edilirken bunun hangi kabahat ve/veya suçlarla tek fiil çatısı altında bir araya gelebileceği, bu suçlarla arasındaki içtima ilişkisinin ne olacağı ve bu suç/kabahat çokluğu için öngörülen yaptırımın non bis in idem ilkesi ihlal edilmeden nasıl belirleneceğinin göz önünde bulundurulması gerekir.

Tehlike arz eden hayvanı sokağa terk etme kabahatine ilişkin içtima bahsinde önem arz eden ilk husus TCK m. 170 vd. düzenlenen genel tehlike yaratan suçlardan hangilerinin somut tehlike suçu olduğudur. Kanun koyucu, tehlike suçlarında somut tehlike-soyut tehlike ayrımını esas almıştır. Ancak somut tehlike suçu ihdas etmek gayesiyle tercih edilen çeşitli kanuni ifadeler somut tehlike suçu ihdas etmeye elverişli değildir. TCK m. 177'deki hüküm bu durumun tipik örneğidir. TCK m.177'deki *tehlikeli olabilecek şekilde* ifadesi somut tehlikeyi ifade etmez ve gerekçedeki açıklamalarla bu suçun somut tehlike suçu sayılabilmesi mümkün değildir. Bu suçun potansiyel tehlike suçu olduğu kanaatindeyiz. Potansiyel tehlike suçu kavramının somut tehlike suçu ile (klasik) soyut tehlike suçu arasında yer aldığı, potansiyelliğin suçun konusu üzerinde somut bir tehlikeyi gerektirmediği ve fiilin bir niteliği olduğu söylenebilir. Genel güvenliği korumayı amaçlayan yeni bir suç veya kabahatlerin ihdasında bu hususun dikkate alınması gerekir. Ayrıca TCK'daki genel tehlike yaratan suçların potansiyel tehlike suçu kavramı dikkate alınarak yeniden gözden geçirilmesi veya yorumlanması gerektiği ifade edilmelidir.

KK m. 15/3'teki hüküm, suçlar ile kabahatler arasında asli norm-tali norm ilişkisi tesis etmektedir. Tehlike arz eden hayvanın sokağa terk etme fiili, kural olarak potansiyel tehlikeyi bünyesinde barındırır ve TCK m. 177'deki suçun diğer unsurlarını sağlar. Dolayısıyla söz konusu fiilin TCK m. 177'ye göre cezalandırılması mümkündür ve söz konusu fiilin kabahat olarak ayrıca düzenlemesi içtima hükümleri bağlamında gereksizdir. Ayrıca tehlike arz eden hayvanlar daha

⁶² Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu m. 41'de idari makamın, fiilin suç olduğuna dair emarelerin bulunması halinde olayı Cumhuriyet savcılığına iletmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

ağır bir haksızlığı temsil etmesine rağmen bu hayvanların sokağa terk edilmesinin kabahat olarak düzenlenmesi, suçlar ile kabahatler arasındaki genel ilişkiye aykırılık teşkil eder. TCK m. 177’deki suçun somut tehlike suçu olarak kabul edilmesi halinde ise içtima bahsinde tutarlı ve mantıklı sonuçlara varılabileceği de ifade edilmelidir.

HKK geçici m. 3/4’teki kabahat ile TCK m. 177’deki suçun unsurları arasında esaslı bir benzerliğin olduğu açıktır. TCK m. 177’deki suç, somut tehlike suçu kabul edilmesi halinde bile bu durum geçerliliğini korur. Bu nedenle somut olaydaki fiilin söz konusu suçu mu yoksa kabahati mi oluşturduğu her zaman net olmayabilir. Ayrıca TCK m. 177’deki suçun somut tehlike suçu olduğu kabul edilmesi halinde somut tehlikenin tespiti için esaslı bir hukuki değerlendirmeye ihtiyaç duyulur. Diğer yandan idari para cezasına idari makamın karar verdiği hallerde idari para cezasına ilişkin süreç ile ceza yargılaması arasında herhangi bir bağlantı yoktur. Mevzubahis suç ve kabahatin, haksız fiilin farklı yönlerine ilişkin olmaması ve yaptırımların birbirini tamamlamaması da dikkate alındığında, suç teşkil eden fiile hatalı değerlendirme sonucu HKK geçici m. 3/4 gereği idari para cezası uygulanması, fiilin TCK m. 177’ye dayalı cezalandırılmasına engel teşkil edecektir. Tehlike arz eden köpeğini sokağa terk etme fiili TCK m. 177’teki suçu oluşturması rağmen⁶³ yetkili makamın HKK geçici m. 3/4’e göre idari para cezasına karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, failin daha sonra TCK m. 177’ye dayalı cezalandırılması AİHS Ek 7 Numaralı Protokol m. 4 bağlamında non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu sonuç, kanun yolu aşamasında, esasa ilişkin bir değerlendirme içeren ve beraat niteliği taşıyan idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verildiği hallerde de geçerlidir.

Özetle, tehlike arz eden hayvanı sokağa terk etme kabahati, TCK m. 177’de düzenlenen hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunun uygulanmasını non bis in idem ilkesi bağlamında engelleyebilir. Ancak bu sonuç, söz konusu suç ve kabahat arasındaki benzerliğin yanı sıra bu gibi hallerde idari makamlara yaptırım kararı verme yetkisi tanınmasından kaynaklandığı söylenebilir. Kanaatimizce, suç ve kabahatlerin unsurları bakımından birbirine yaklaştığı alanlarda karar verme yetkisinin sadece Cumhuriyet savcısı ve mahkemeye verilmesi bir çözüm olabilir. Böylece ceza muhakemesi süreci ile idari yaptırımın belirlenme süreci bir araya getirilir ve AİHM içtihatlarına uygun bir sistem tesis edilebilir⁶⁴.

Sonuç olarak HKK geçici m. 3/4’teki kabahatin içtima hükümleri ve non bis in idem ilkesi bakımından amaca hizmet etmeyen ve yerinde olmayan bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Bu durumun temel sebebi ise söz konusu kabahatin zaten ceza tehdidi ile yasaklanan bir alana yönelik olmasıdır.

Son olarak şunu ifade etmek gerekir ki, HKK geçici m. 3/4’te öngörülen otuz bin Türk lirası idari para cezası, adli para cezasının tespitinde esas alınan yirmi ve yüz Türk lirası sınırlarının günümüzde yetersiz kaldığını ve cezanın amacına hizmet etmekten zamanla uzaklaştığını göstermektedir. Aynı amacı güden ve kabahat için öngörülen idari para cezasının suç için

⁶³ Kanaatimizce, söz konusu fiil TCK m. 177’deki suçu oluşturur ve HKK geçici m. 3/4’teki kabahatin herhangi bir uygulama alanı yoktur. TCK m. 177’deki suçun somut tehlike suçu kabul edilmesi halinde yukarıdaki ihtimal özellik arz eder. Ancak bu farklılık non bis in idem ilkesi bakımından önem arz etmez.

⁶⁴ *Bahçeci*, benzer bir çözümün vergi suç ve kabahatleri bakımından olumsuz sonuçlar doğuracağını ifade etmiştir. Ancak bu olumsuz sonuçların, vergi hukukunun özgün yapısından kaynaklandığı ve bunların çalışmamızın konusu bakımından geçerli olmadığı söylenebilir. Bkz. *Bahçeci*, s. 163.

öngörülen seçimlik nitelikteki adli para cezasından daha ağır olması bu durumu ortaya koyar niteliktedir. Bu nedenle adli para cezasının bir gün karşılığını oluşturan sınırların artırılması gerekir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Ü. Kerim. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aygörmez, Gülsün Ayhan. “Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçları (TCK mad.170, 171)”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2021.
- Bahçeci, Barış. “İHAM’ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İctihadı ile Türk Hukukunun Uyum Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 136, 2018.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang / Eisele, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, Gieseking, Bielefeld, 2021.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- Cumalıoğlu, Emre. “Madeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan*, C. 19, Özel Sayı, 2017.
- Çelebi, Özgün. “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76, S. 2, 2018.
- Doğan, Koray. “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 16, 2014.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Ersoy, Uğur. “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 41, 2020.
- Fischer, Thomas. *Beck’sche kurz Kommentare Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62. Auflage, C.H.Beck, München, 2015.
- Frister, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.
- Heinrich, Bernd. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2014.
- Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker-Humblot, Berlin, 1996.
- Kangal, Zeynel T.. *Kabahatler Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Keçelioğlu, Elvan. “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. XXV, S. 2, 2021.
- Kelep Pekmez, Tuba. “How to Understand non bis in idem?: The Element of idem According to the ECtHR”, *Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul*, C. 67, 2018.
- Kindhäuser, Urs / Zimmermann, Till. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Nomos, 2020.
- Kluszczewski, Diethelm. *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Auflage, Franz Vahlen, München, 2016.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- König, Peter. “Vom Ausnahmestellung der Ordnungswidrigkeit gegenüber der Straftat”, *Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2007.

Krenberger, Benjamin / Krumm, Carsten. *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, 6. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.

Lasagni, Giulia / Mirandola, Sofia. “The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law”, *The European Criminal Law Associations’ Forum*, Issue 2, 2019.

Maden, Mehmet. “Bir Tehlike Suçu Olarak “Gürültüye Neden Olma” (TCK. m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 1, 2021.

Memiş Kartal, Pınar. “Türk Ceza Hukukunda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması veya Kontrol Altına Alınmasında İhmal Suçu (TCK. m.177)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019.

Mitsch, Wolfgang. *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2018.

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Ranft, Otfried. “Der Tatbegriff des Strafprozessrechts”, *JuS*, 2003/5.

Rengier, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, C.H.Beck, München, 2019.

Roxin, Claus / Greco, Luis. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5 Auflage, C.H.Beck, München, 2020.

Schmidhäuser, Eberhard. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1975.

Schröder, Horst. “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969/81.

Seher, Gerhard. “Zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre – Dogmatische Strukturen und Grundfälle”, *JuS*, 2004/6.

Seher, Gerhard. “Zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre – Dogmatische Strukturen und Grundfälle”, *JuS*, 2004/5.

Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Steinberg, Georg / Stam, Fabian. “Der strafprozessuale Tatbegriff”, *JURA*, 2010/12.

Stuckenberg, Carl-Friedrich. *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin-Boston, 2020.

Taşkın, Ozan Ercan. “Genel Tehlike Yaratan Suçlara İki Örnek: İnşaat veya Yıkımla İlgili Emniyet Kurallarına Uymama ve Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 32, 2016.

Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.

Ünal, Osman Gazi. “Tehlike Suçu ve Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Konusunun Uzlaştırma Kurumu Bakımından Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 2.

Walter, Tonio. *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 13. Auflage, De Gruyter, Berlin-Boston, 2019.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 50. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2020.

Zeng, Claus. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5*, 3. Auflage, C.H.Beck, München, 2019.

Anonim Ortaklıklar Özelinde Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkının Korunması*

Gamze ÇAKI ÇİFCİ 

Arş. Gör., Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku ABD, Bolu, Türkiye gamze.caki@ibu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 09.06.2022

Kabul: 16.10.2022

Yayın: 16.10.2022

Anahtar Kelimeler:

Anonim Ortaklık, Tüzel Kişilik, Kişilik Hakkı, Kişilik Değerleri, Kişilik Hakkının Korunması.

Anonim ortaklıkların kişilik hakkı, tüzel kişi olmalarından hareketle tüzel kişilerin kişilik hakkı kapsamında incelenmelidir. Tüzel kişilerin, hak ehliyetlerinin bulunması temelinde cins, yaş, hısumluk gibi yaradılış gereği gerçek kişilere özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehil olmalarıyla paralel olarak kişilik hakkına da sahip oldukları kabul edilmelidir. Anonim ortaklıklar bakımından bu kişilik hakkı değerlerinin neler olabileceği konusunda ilk olarak akla gelen soru ticaret unvanının ad kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur. Ticaret unvanının anonim ortaklığın adı olarak değerlendirilerek kişilik hakkı değeri olarak da korunması gerekmektedir. Kişilik hakkı kapsamındaki bir değer olarak gizli ve özel hayat alanı korumasına ilişkin ise, temkinli bir yorum yapılmalıdır. Zira anonim ortaklıklar kurumsal yönetim anlayışının da gereği olarak şeffaflık ilkesi çerçevesinde faaliyet göstermelidir. Ancak ticarî sırlar bu hususta bir sınır olarak çizilmeli, ticarî sır oluşturan hususlar gizli ve özel hayat alanı içerisinde değerlendirilerek kişilik hakkı koruması kapsamına sokulmalıdır. Kişilik hakkı kapsamında korunması gereken bir değer olarak onur ve saygınlık ise anonim ortaklıklar bakımından sosyal ve ticarî olarak iki ayrı yönden incelenmelidir. Kişinin mesleki, ticarî ve sanatsal faaliyet ve yetenekleri sayesinde toplum içinde elde ettiği ekonomik kişiliği de korunması gereken kişilik hakkı değeri olarak ifade edilmelidir. Bu bağlamda anonim ortaklığın ekonomik potansiyelinin özgürce kullanılmasını sağlayan tüm değerleri koruma kapsamındadır. Kişilik hakkına ilişkin saldırılara karşı Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde gerekli koruma sağlanmıştır. Bu bağlamda anonim ortaklıkların kişilik haklarının ihlali durumunda öngörülen diğer talepler yanında manevî tazminat talebinde de bulunabilecekleri kabul edilmelidir. Anonim ortaklıklara karşı gerçekleştirilen bir fiil hem haksız rekabet hem de kişilik hakkına saldırı teşkil ediyorsa, ilgili hükümlerin düzenlenme amaçları farklılık arz ettiğinden aralarında genel ve özel hüküm ilişkisi bulunmadığı kabul edilmelidir. İlgili hükümler arasında somut olay bakımından taleplerin yarışması ya da taleplerin yığılması ilişkisi bulunmaktadır.

Protection of the Personal Rights of Legal Persons in Terms of Joint Stock Companies

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 09.06.2022

Accepted: 16.10.2022

Published: 16.10.2022

Keywords: Joint Stock Company, Legal Personality, Personal Rights, Personality Values, Protection of Personal Rights..

The personal right of joint stock companies (JSC) should be examined within the scope of the personal rights of legal persons, considering that they are legal persons. Based on legal persons' capacity to have rights and obligations, it should be accepted that they also have personality rights in parallel with their competence in all rights and obligations, excluding those that depend on characteristics peculiar to natural person by nature, such as gender, age, kinship. In this context, the trade name should be considered as the name of JSC and protected as a personal right value. As for the protection of confidential and private life space as a value within the scope of personal rights, a cautious interpretation should be made within the framework of the transparency principle as required by the corporate governance approach. However, trade secrets should be drawn as a limit in this regard. Honour and dignity as value that should be protected within the scope of personal rights, should be evaluated in two separate ways, social and commercial, in terms of JSC. All the values that enable the economic potential of the JSC to be used freely are also within the scope of personal rights protection. It should be accepted that JSC can also demand moral compensation in case of violation of their personal rights, in addition to the other demands stipulated in the Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations. If an act against JSC constitutes both unfair competition and an attack on personal rights, it should be accepted that there is no general and special judgement relationship between them, since the purposes for which the regulations are regulated differ. There is a relationship between the competition of claims or the accumulation of claims in terms of concrete event among the relevant regulations.

Atf/Citation: Çakı Çifçi, G. (2022). Anonim Ortaklıklar Özelinde Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkının Korunması, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s.647-674.

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 13-15 Mayıs 2022 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir."

GİRİŞ

Tüzel kişi, kendisini oluşturan kişilerden¹ bağımsız olarak hukukî bir varlığı bulunan, belirli ve sürekli bir amacın gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip olan kişi ve mal topluluklarını ifade etmektedir (TMK m. 47²)³. Anonim ortaklıklar da Kanunun öngördüğü tüzel kişilik tiplerinden biridir⁴.

Anonim ortaklık, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan bir sermaye ortaklığını ifade etmektedir (TTK m. 329). Bir ticaret ortaklığı olan anonim ortaklıklar ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadırlar (TTK m. 355)⁵. Anonim ortaklıklar, özellikle küçük sermaye sahiplerinin yatırımlarının toplanarak en etkin şekilde değerlendirilebilmesini ve bu sayede ulusal ekonominin gelişmesini sağlamaktadırlar. Toplumun her kesimi küçük de olsa yatırımlarını anonim ortaklıkta pay sahipliği elde ederek değerlendirebilmektedir⁶. Gelişen ve değişen ekonomik koşullarda anonim ortaklıklar sadece ulusal anlamda değil uluslararası boyutta da büyüme ve etki göstermektedirler. Bu kapsamda etkileri ve önemi düşünüldüğünde anonim ortaklıkların haklarının korunması özel bir anlam ifade etmektedir. Kişilik hakkı da anonim ortaklığın korunması gereken hakları arasında yer almaktadır.

Çalışmamızda anonim ortaklıkların kişilik hakkı tüzel kişi olmalarından hareketle tüzel kişilerin kişilik hakkı bağlamında ele alınacaktır. Bu kapsamda ilk olarak kişilik hakkı ve tüzel kişilerin kişilik hakkına ilişkin özellik arz eden hususlar ifade edilecektir. Daha sonra başlıca kişisel değerlerin anonim ortaklıklar özelinde karşılıkları Yargıtay kararlarından da yararlanılarak ortaya konacaktır. Son olarak kişilik hakkının korunma yolları anonim ortaklıklar özelinde farklılık arz eden hususlar çerçevesinde açıklanacaktır.

¹ Hukukta kişi, hak ehliyetine sahip varlıklara denmektedir. Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku*, C. II, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 5. Türk Medeni Kanunu (TMK) (RG. 08.12.2001, S. 24607)'da kişiler gerçek kişiler (TMK m. 8 vd.) ve tüzel kişiler (TMK m. 47 vd.) olarak ikiye ayrılarak hüküm altına alınmıştır. Gerçek kişiler ve tüzel kişiler hak sahibi olma ve borç altına girme bakımından eşit olup, aralarında sadece nicelik ve kapsam olarak farklılık söz konusu olmaktadır.

² Bkz. TMK m. 47: “Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz.”

³ Tanım ve açıklama için bkz. Öztan, Bilge. *Tüzel Kişiler*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 4; Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (2014)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 483-485; Dural/Öğüz, s. 213 vd.; Göktürk, Hüseyin Avni. *Türk Medeni Hukuku Birinci Kitap Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku)*, 2. Baskı, Siyasal Bilgiler Okulu, Ankara, 1945, s. 188-200; Feyzioğlu, Feyzi/Doğanay, Ümit/Aybay, Aydın. *Medenî Hukuk Dersleri*, C. I, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 122; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 245 vd.; Özsunay, Ergun. *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1982, s. 3 vd.; Gönen, Doruk. *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011; Taşkın, Alim. “Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkının Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 42, S. 1, 1992, s. 205-204.

⁴ Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) (RG. 14.02.2011, S. 27846) m. 124: “(1) Ticaret şirketleri; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.

(2) Bu Kanunda, kolektif ile komandit şirket şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketi sayılır.”; TTK m. 125/1: “Ticaret şirketleri tüzel kişiliği haizdir.”

⁵ Kurucu işlem için ayrıca bkz. TTK m. 335.

⁶ Anonim ortaklıkların bu kapsamdaki iktisadî işlevleri ile ilgili bkz. İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 1-3.

I. Kişilik Hakkı

A. Genel Olarak

Kişilik, hukukun koruduğu değerleri ile bir bütün olarak kişiyi ifade etmektedir⁷. Nitekim kişinin toplum içinde var olması hasebiyle gelişmesi ve diğer kişiler nezdinde saygı oluşturabilmesi için hukuken korunan birtakım değerlere sahip olması gerekmektedir.

Kişilik hakkı Kanunda açıkça tanımlanmamıştır. TMK kişilik hakkına ilişkin genel çerçeve bir hüküm öngörmüş, hükmün içinin doldurulması bir başka ifadeyle hangi varlıkların kişilik hakkının kapsamında kabul edileceğinin tespiti hâkime bırakılmıştır. TMK m. 24⁸ bu hususta genel çerçeve bir hüküm niteliğindedir⁹. Genel kişilik hakkı düzenlemesi olan TMK m. 24 yanında ad üzerindeki hak gibi (TMK m. 26, m 27) bazı kişisel varlıklara ilişkin özel düzenlemeler de öngörülmüştür. Ancak tek bir (genel) kişilik hakkı bulunmaktadır. Kişisel değerler tek bir kişilik hakkının çeşitli görünümünü ifade etmektedir¹⁰. Nitekim birden fazla kişilik hakkı kabul edip bunların tek tek sayılması uygun değildir. Zira kişilik hakkının içeriği yer ve zamana göre, gelişen teknolojiye göre değişim göstermektedir^{11, 12}. Yapılan açıklamalar ışığında kişilik hakkı, kişinin toplum nezdindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesini sağlayan değerlerin tümü üzerindeki hakkı ifade etmektedir¹³.

Kişilik hakkı, para ile ölçülemeyen ve devredilemeyen mutlak bir hak niteliğindedir. Mutlak hak olması dolayısıyla kişilik hakkı ihlâl eden herkese karşı ileri sürülebilmektedir^{14, 15}. Kişiler, kişiliklerini oluşturan değerleri koruma imkânına sahiptirler. Koruma altına alınan değerler, kişinin bedensel varlığından kaynaklanan kişisel değerler (yaşam, vücut, bedensel ve ruhsal sağlık gibi) ve toplumdaki konumuna ve etkinliğine ilişkin dış değerlerdir (ad, onur ve

⁷ Dural/Öğüz, s. 8-9. Kişi ve kişilik kavramlarına ilişkin öğretilerdeki diğer görüşler için ayrıca bkz. Dural/Öğüz, s. 9.

⁸ TMK m. 24: “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”. Hükmün mehzazı İsviçre Medeni Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) (ZGB) madde (Artikel) (Art) 28 düzenlemesidir. ZGB tam metin için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de, Erişim Tarihi (08.06.2022).

⁹ Kişilik hakkının anayasal dayanağına ilişkin bkz. Anayasa (AY) (RG. 09.11.1982, S. 17863) m. 12/I: “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.”; AY m. 17/I: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”.

¹⁰ Oral, Tuğçe. *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 51.

¹¹ Kişilik hakkının içeriğinin somutlaştırılmasının öğretisi ve yargı kararlarına bırakılmasının yerinde olduğu, nitekim tanım ve içeriğin belirtilmesinin aynı zamanda sınırlama oluşturacağı yönünde bkz. Dural/Öğüz, s. 101; Canbolat, Ferhat/Gönül Koşar, Günhan. “Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 151, 2020, s. 265-267; Canbolat, Ferhat. *Güncel Gelişmeler Işığında Kişilik Hakları ve Korunması*, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 226.

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), Tarih (T). 01.02.2012, Esas (E). 2011/4-687, Karar (K). 2012/26: “Kanun koyucu kişilik haklarını oluşturan değerlerin sürekli değişen ve gelişen yansımalarını dikkate alarak sınırlandırma yoluna gitmemiş; kişisel değerlerden oluşan kişilik hakkı esnek bir çerçeve içinde, ele alınmıştır.” (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

¹³ Dural/Öğüz, s. 99 vd.; Serozan, 2014, s. 446 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 153 vd.; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, s. 91 vd.; Gönen, s. 19-20; Göktürk, s. 143 vd.; Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükmeleri Kişiler Hukuku*, C. I, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 339 vd.; Oral, s. 49.

¹⁴ Kişilik hakkının özelliklerine ilişkin bkz. Gönen, s. 25-27.

¹⁵ Kişilik hakkı haksız fiille veya sözleşmenin ihlâli ile ihlâl edilebilmektedir.

saygınlık ve gizli ve özel hayat alanı gibi). Bir başka ifadeyle kişinin kişi olması hasebiyle ayrılmaz bir biçimde sahip bulunduğu bütün değerleri hukuk düzeni tarafından koruma altındadır^{16, 17}.

B. Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkına İlişkin Özellik Arz Eden Hususlar

Tüzel kişiler, kişinin hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetini ifade eden hak ehliyetine, kuruldukları andan itibaren mahiyetlerine uygun olduğu ölçüde sahiptirler. Nitekim TMK m. 48¹⁸ hükmünden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu tüzel kişilerin mahiyeti gereği sahip olamayacağı birtakım hakları vurgulamış ve bunlar dışında tam hak ehliyetine sahip olduğuna hükmetmiştir¹⁹. Buna göre hak ehliyetine sahip olmaları hasebiyle tüzel kişiler, cins, yaş ve hısımlık gibi yaradılışı gereğince insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK m. 48)²⁰. Bu kapsamda gerçek ve tüzel kişilerin hak ehliyeti arasında nitelik değil, içerik olarak bir fark bulunmaktadır²¹.

Tüzel kişilerin kişilik hakkına sahip olmaları, esas olarak hak ehliyetine sahip olmaları üzerinden temellendirilmektedir²². Bu kapsamda tüzel kişiler, gerçek kişilerin sahip bulunduğu bütün haklara ve borçlara bünyeleri elverdiği oranda sahip bulunmaktadırlar²³. Dolayısıyla gerçek

¹⁶ Gönen, s. 19.

¹⁷ HGK, T. 11.02.2021, E. 2017/2644, K. 2021/68: “...Kişilik hakları, bir bütün olarak kişinin maddi ve manevi varlığıyla ilişkili ve bu varlığın geliştirilmesini hedefleyen haklar ve özgürlükler olarak tanımlanır. Bu haklar; kişiliğe bağlı, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez haklardır. Kişilik haklarının mutlak bir hak oluşu, hak sahibine, bu hakka ve hakkın içerdiği değerlere herkesin saygı göstermesini isteme, kişisel değerlerin korunmasını herkesten isteme, yasaların, kamu düzeninin ve genel ahlak ile adabın çizdiği sınırlar içerisinde dilediği gibi kullanma hakkı verir. Kişilik hakkı kavramı; kişiyi var eden, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden bütün değerler üzerindeki haktır. Yaşam, vücut bütünlüğü, özgürlükler, şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim gibi kişisel varlıklar üzerindeki haklar kişilik hakkını ifade eder. Bu varlıklara yönelen saldırılar ise kişilik hakkının ihlali sonucunu doğururlar.

Kişilik haklarının korunmasına ilişkin temel düzenleme TMK'nın 23, 24 ve 25. maddelerinde yer almakta; Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi ile bu düzenlemeler tamamlanmaktadır. Ancak bu genel korumanın dışında bazı kişisel değerleri koruyan özel hükümler de bulunmakta olup...” (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

¹⁸ Anonim ortaklıklar bakımından ayrıca bkz. TTK m. 125/2: “Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır.”.

¹⁹ Öztan, s. 26-27; Dural/Öğüz, s. 245.

²⁰ Gerçek kişiler bakımından bkz. TMK m. 8.

²¹ Gönen, s. 33; Oral, s. 20.

²² Gönen, s. 27-28.

²³ Anonim ortaklıklar bakımından mülga Ticaret Kanunu (RG. 09.07.1956, S. 9353) döneminde *ultra vires* ilkesi uygulanmaktaydı. Ortaklıkların esas sözleşmelerinde belirtilen işletme konularının ortaklıkların ehliyetinin kapsamını belirlemesi, ortaklıkların söz konusu konular ile sınırlı ehliyete sahip olmaları *ultra vires* ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Mülga Kanun döneminde m. 137 hükmü ile kabul edilen *ultra vires* ilkesine göre esas sözleşmede belirtilen işletme konusu çevresine girmeyen işlemler hak ehliyeti dışında kabul edilmekte ve yok hükmünde sayılmaktaydı. Bununla ilgili bkz. Yıldız, Burçak. “AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti (“Ultra Vires” İlkesi) (Ultra Vires)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXIII, S. 3, 2006, s. 185-186; Yıldız, Burçak. “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeğinin Değerlendirilmesi (Ehliyet)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, 2006, s. 322. Mülga Kanun döneminde öğretilde *ultra vires* ilkesinin kaldırılması için ileri sürülen gerekçeler ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Yıldız, *Ehliyet*, s. 323-336. 6102 sayılı yeni TTK’da *ultra vires* ilkesi kaldırılmıştır. Bkz. TTK genel gerekçe N. 112; TTK m. 125/2. TTK’nın genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 96, s. 7-570.

Ultra vires ilkesi kaldırılmakla beraber işletme konusunun esas sözleşmede gösterilmesi ve ticaret siciline tescil ve ilânı zorunluluğunu korumaktadır (TTK m. 339/2). İşletme konusu kapsamı dışında gerçekleştirilen işlemler hak ehliyeti kapsamında bulunmakla birlikte, temsil yetkisi dışında kalmaktadır (TTK m. 371/2).

kişinin sahip olduğu bütün hak ve borçlara sahip olmaya ehil olan tüzel kişiler kişilik hakkına da sahip bulunmakta ve anılan hakka tanınan korumadan faydalanabilmektedirler^{24, 25}.

Tüzel kişiler kişilik hakkına, hak ehliyetlerini kazandıkları andan sona erme anına kadar, başka bir anlatımla tüzel kişinin kuruluşundan sona ermesi anına kadar sahip bulunmaktadırlar. Anonim ortaklıklar ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmakta (TTK m. 355) ve herhangi bir sona erme sebebinin (TTK m. 529, m. 530, m. 531) gerçekleşmesi üzerine tasfiye aşamasına girmeleri durumunda ise tasfiye²⁶ sürecinin sona ermesi ve akabinde ortaklık ticaret unvanının ticaret sicilinden terkinin ile tüzel kişiliklerini yitirmektedirler²⁷. Kişilik hakkı koruması da bu süreç bakımından söz konusu olmaktadır. Kuruluş aşamasındaki müdahaleye yönelik olarak herhangi bir korumanın söz konusu olup olamayacağı hususunda ise ancak tüzel kişiliğin kazanılmasından sonra ve tüzel kişi tarafından hukukî korumanın talep edilebileceği öne sürülmektedir. Bu kapsamda örneğin holding bünyesinde, defolu ürünlerin elden çıkarılması amacıyla bir yavru ortaklık kurulduğu yönündeki haksız ve mesnetsiz söylentiler, ticarî itibarı zedelenen ortaklığın ticarî hayata bir adım geriden başlamasına sebep oluyorsa, kişilik hakkının henüz kuruluş aşamasında saldırıya uğradığından söz edilebilmektedir²⁸.

II. Kişilik Hakkı Kapsamındaki Değerler

A. Genel Olarak

Tüzel kişilerin kişilik hakkının içeriğine hangi değerlerin dâhil olduğunun tartışılması ve tespiti gereklidir. Zira bu husus Kanunda açıkça belirtilmemiştir. Belirttiğimiz üzere kişilik hakkı kapsamındaki değerler tek tek sayılmamış, çerçeve hüküm getirilerek içinin doldurulması öğretisi ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Sınırlı sayıda belirtilmeyen kişilik hakkı değerleri yargı kararlarında ve öğretilerde temel olarak “*kişinin maddî değerleri*”, “*kişinin manevî değerleri*” ve “*kişinin meslekî onuru ve ticarî değerleri*” olarak sınıflandırılmaktadır²⁹.

²⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (HD), T. 08.07.1977, E. 1976/3518, K. 1977/7947: “... *Kişilerin şeref ve haysiyetleri, MK.nun 24. ve BK.nun 49. maddeleri gereğince korunması gereken kişilik haklarından. Tüzel kişilerin de bu hükümlerden yararlanabilecekleri bilimsel ve yargısal içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır. Kişiliğe karşı haksız bir tecavüz halinde bunun önlenmesi istenebileceği gibi (MK.m.24),...*” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); 4. HD, T. 01.03.2005, E. 2004/4553, K. 2005/1989 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵ Tüzel kişilerin ve gerçek kişilerin hak ehliyeti kapsamı genel olarak kesişmektedir. Ancak bununla beraber bazı hak ve yükümlülükler yalnızca tüzel kişiler; bazı hak ve yükümlülükler ise yalnızca gerçek kişiler tâbi olmaktadır. Bu bağlamda kesişim noktaları olarak tüzel kişilerin hak ehliyetinin kapsamına kişilik hakkı, iyi niyetten kaynaklanan hak ve yükümlülükler, dava ve taraf ehliyeti, maddî ve manevî tazminat talep hakkı, alacak hakkı, mülkiyet hakkı, yalnızca gerçek kişilerin yapabilecekleri hukukî işlemler dışındaki hukukî işlemlere taraf olma hakkı girmektedir. Tüzel kişiler nitelikleri gereği gerçek kişilerin sahip olamayacağı adın özgürce seçilmesi ve değiştirilmesi, yerleşim yerinin özgürce seçilmesi, anonim ortaklık bakımından pay sahibinin iskat edilmesi (TTK m. 482, m. 483) gibi haklara da sahip olabilmektedirler. Bununla birlikte insan olmamaları nedeniyle evlenme, boşanma, askerlik yapma yükümlülüğü, hısımlıktan kaynaklanan haklar gibi hak ve yükümlülükleri de bulunmamaktadır. Bkz. Oral, s. 20-21.

²⁶ Anonim ortaklık tasfiyesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çakı, Gamze. *Anonim Ortaklık Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 23 vd.

²⁷ Ortaklığın hukukî varlığının ne zaman sona ereceğine ilişkin öğretilerde yapılan tartışmalar için bkz. Şener, Oruç Hami. *Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 118-128; Çakı, s. 185 vd.

²⁸ Gönen, s. 42-43.

²⁹ HGK, T. 20.03.1991, E. 1990/4-617, K. 1991/137: “...*Kişilik hakkı, kişinin maddî ve manevî değerlerini korur; bu hakka saldırıdan söz edilebilmek için de kişilik hakkının koruduğu değerlerden birine bir saldırı olmalıdır. Bu nedenle kişilik hakkının tartışıldığı bir alanda öncelikle kişinin hukukça korunan bir değerinin bulunup bulunmadığı ortaya konmalıdır. Medeni Kanununun 24. Borçlar Kanununun 49. maddelerinde şahsiyet hakkından söz edilmiş ancak kişisel değerlerin nelerden ibaret olduğu açıklanmamıştır. Yasa koyucu bunların belirlenmesini yargıya bırakmıştır. Bugün*

Niteliğine uygun düştüğü ölçüde şekillenen hak ehliyetinde olduğu gibi, kişilik hakkı bakımından da tüzel kişinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde bir değerlendirme yapılmalıdır. Anılan bağlamda mahiyeti gereği tüzel kişiler bakımından kişinin yaşam ve beden bütünlüğünü koruyan maddî değerleri söz konusu olamayacaktır. Ancak adı, özel yaşamı ve onur ve saygınlığı olarak ifade edilebilecek manevî değerlerin korunması tüzel kişiler bakımından da geçerli olacaktır. Kişinin meslekî ve ticarî değerleri ise ekonomik kişilik adı altında tüzel kişiler bakımından da koruma altında olacaktır^{30,31}. Gelişen teknoloji ve buna bağlı olarak değişen sosyal ilişkiler nedeniyle tüzel kişilerin korunması gereken kişilik değerleri bakımından bir sınır çizilmesi yerinde olmamakla birlikte³², aşağıda tüzel kişilerin kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebilecek başlıca değerler tartışılmaya ve açıklanmaya çalışılmıştır.

B. Ad

Ad, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve toplumsal yaşamda onu belirli kılan işareti ifade etmektedir³³. Kişilik hakkının kapsamını oluşturan değer olarak ifade edilen adın korunması kişilik hakkı korunmasının özel bir görünümü olarak ayrı düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır (TMK m. 24, m. 26, m. 27).

Toplum içerisinde kişiyi belirtme ve tanıtmaya özelliği gösteren adın gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişiler bakımından da önemi haizdir. Tüzel kişilerin de bir adının olması ve bu adın korunması hususunda hukukî talepte bulunabilmesi mümkün olmalıdır³⁴. Nitekim TMK m. 26'da ad korumasının söz konusu olduğu kişiler gerçek kişiler değil "kişiler" olarak belirtilmiştir. Üstelik TMK m. 26'da yalnızca ad ifadesi geçmesine rağmen, öğretide kanunen kullanılması gereken adlar

genel kabul görmüş belirleme ve ayırma göre kişisel değerler (varlıklar) üç ana grupta toplanmaktadır. Birincisi, bedensel bütünlüğe ilişkin maddî varlıklar (yaşam-sağlık); ikincisi, ruhsal (manevî) varlıklar (onur-saygınlık, özgürlükler, sır, resim); üçüncüsü ise meslekî ve ekonomik değerlerdir." (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Turgut, Cemile. *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 111.

³⁰ Öğretide bir görüşe göre genellikle ekonomik ve sosyal bakımdan gerçek kişilere oranla daha güçlü konumda bulunan tüzel kişilerin, kişilik hakkının temin ettiği korumanın arkasına gerektiğinden fazla sığınılmasının ve koruma kapsamının kabul edilemeyecek olumsuz ve dengesiz sonuçlara yol açmasının önüne geçilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Serozan, Rona. *Tüzel Kişiler-Özellikle: Dernekler ve Vakıflar (1994)*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 33; Gönen, s. 58-59. Ancak kanaatimizce kişiliğin tanınmasının ardından tam olarak korunması zorunlu olup, gerçek kişilerle arasında bir fark olması eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Aynı yönde bkz. Oral, s. 55. AY'daki eşitlik ilkesi için bkz. m. 10.

³¹ Öğretide Gönen'e göre, tüzel kişinin toplumsal hayattaki konumu, bazı kişisel değerlerinin öneminin diğer tüzel kişilere oranla daha çok öne çıkmasına sebep olabilmektedir. Bu kapsamda tüzel kişinin türü ve gerçekleştirdiği faaliyetin niteliği dolayısıyla bir davranış diğer tüzel kişiler açısından ihlâl niteliğinde bir müdahale olarak değerlendirilmeyenken, o tüzel kişi için kişilik hakkının ihlâli olarak değerlendirilebilmektedir. Örneğin, organ ticareti yapıldığı yönünde haksız bir itham oto yedek parça üretimiyle ilgilenen bir ortaklıkta ciddi nitelik taşımazken, aynı itham engelli kişiler için tıbbî malzeme üreten bir ortaklık bakımından ihlâl niteliğindedir. Gönen, s. 59. Katıldığımız üzere aksi yönde Oral ise, tüzel kişinin kişilik hakkının zarara uğraması bakımından tüzel kişinin niteliği veya toplumsal hayattaki rolünün değil, tüzel kişiye isnat edilen davranış ya da unsurun önem arz ettiğini öne sürmektedir. Burada ancak maddî anlamda uğranılan zarar açısından bir farklılık söz konusu olabilecektir. Oral, s. 54-55.

³² Oral, s. 53.

³³ Özdemir, Hayrünnisa. "Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, s. 561 vd.

³⁴ Özatlan, Yurdal. "Ticaret Unvanı ve İşletme Adına Yönelik Tecavüzlerde Kişilik Hakkını Koruyucu Hukuki Mekanizmaların İşlevi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 141, 2014, s. 170; 4. HD, T. 11.10.1982, E. 1982/4544, K. 1982/8663 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

yanında ad yerine veya kişiyi tanımlamak için kullanılan tüm sıfat ve kelimelerin koruma kapsamında değerlendirileceği ifade edilmektedir³⁵.

Yapılan bu açıklamaların anonim ortaklıklar özelinde neyi ifade edeceği önem taşımaktadır. Gerçek kişilerin adının ve adına ilişkin korumanın anonim ortaklık bakımından neye karşılık gelebileceği düşünüldüğünde, akla anonim ortaklığın ticaret unvanı ve işletme adı gelmektedir³⁶. Ticaret unvanı, gerçek ya da tüzel kişi tacirlerin ticarî işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullandıkları addır³⁷. Sadece tacirler tarafından kullanılan ticaret unvanı, taciri tanıtmayı ve diğer tacirlerden ayırmayı sağlamaktadır^{38,39}. Bu bağlamda ticaret unvanı tacirin adıdır⁴⁰. TTK m. 39 hükmü, “*Her tacir, ticarî işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır.*” şeklindedir. Anonim ortaklık da bir ticaret ortaklığı olması hasebiyle tacir sıfatına sahiptir. Ticaret siciline tescil ile birlikte tacir sıfatı ve ticaret unvanı kullanma yükümlülüğü de başlamaktadır⁴¹. TTK m. 50 uyarınca tescil ve ilân edilmiş ticaret unvanını kullanma hakkı da sadece sahibine ait bulunmaktadır. Bu kapsamda ticaret unvanının Medeni Hukuk bakımından “ad” kabul edilerek

³⁵ Özdemir, s. 562-564.

³⁶ Markalar bu kapsamda değerlendirilemez. Zira marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan her türlü işareti ifade etmektedir (Arkan, Sabih. *Ticarî İşletme Hukuku*, 22. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 277). Aynı yönde bkz. *Gönen*, s. 65.

³⁷ Arkan, s. 263; Helvacı, Mehmet (Ülgen, Hüseyin/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün). *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 391; Yongalık, Aynur. “Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler, Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXI, S. 3, 2002, s. 5.

³⁸ Helvacı (Ülgen/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan), s. 391; Suluk, Cahit (Karasu, Rauf/Nal, Temel). *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 373. Ticaret unvanı çekirdek ve ek olmak üzere iki unsurdan oluşur. Ticaret unvanının esas unsurunu çekirdek unsuru oluşturmaktadır. Ek kullanılması kural olarak zorunlu bulunmamaktadır. Ancak ek kullanılmış ise, ticaret unvanı eki de kapsayacak biçimde bir bütün olarak korunur. Çalışma konumuzu oluşturan anonim ortaklıklarda ticaret unvanının çekirdek kısmı, işletme konusu ve ortaklığın türünü gösteren kelimelerden oluşmaktadır (TTK m. 43/1, m. 43/2). Arkan, s. 264-270; Suluk (Karasu/Nal), s. 374 vd. Ancak bir ticaret unvanına Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli bulunması durumunda, ek yapılması zorunludur (TTK m. 45). Bkz. 11. HD, T. 22.04.2008, E. 2007/3728, K. 2008/5436: “...TTK'nın 47/son maddesi hükmüne göre, bir tüzel kişinin ticaret unvanı Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmişse, bu unvanın diğer bir unvandan ayırılabilmesi için sonradan tescil edilen tüzel kişi ortaklığın unvanına gerekli ekleri yapması zorunlu ve ticaret ortaklıklarının merkezleri ayrı yerde olsa ve logolarında farklılık bulunsa bile, unvanlarında iltibas varsa, önceden ticaret sicil kaydını yaptıran tüzel kişilik, TTK'nın 43., 47., 54. ve 57/5. maddeleri uyarınca haksız rekabetin menî davası açabilir. Ancak, hareket tarzı itibarıyla hakkın ihlaline zımnen müsaade edildiği takdirde, karşı tarafın senelerden beri iyiniyetle kullandığı unvanının iptalinin dava konusu olup olamayacağı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi hükmü icabı olarak düşünülmüş, değerlendirilmesi gerekir.” (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

³⁹ Ticaret unvanının tacirin tanıtılması ve ayırt edilmesi işlevinde olduğuna ilişkin bkz. Bilge, Mehmet Emin. *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi* (2014), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 21; Suluk (Karasu/Nal), s. 373-374.

⁴⁰ Ayhan, Rıza. “Ticari İş- Ticari İşletme- Tacir- Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı- Haksız Rekabet”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 45-46. Aynı yönde ticaret unvanının ticarî faaliyetler bakımından tacirin kimliği niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Özatlan, s. 176 vd.

⁴¹ Tüzel kişi tacir sıfatının kazanılmasına ilişkin bkz. TTK m. 16/1: “*Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.*”

ilgili hükümler kapsamında korunan bir değer olup olmadığı sorusunun cevabı önem taşımaktadır⁴².

Öğretide bu husus tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ticaret unvanı, kişilik hakkı kapsamında olmayıp, malvarlığına ilişkin bir hak niteliğindedir^{43, 44}. Bu görüş uyarınca ticaret unvanının değiştirilebilmesi, rehin edilebilmesi, ticaret unvanı üzerindeki hakkın sona erdirilebilmesi, hatta belirli şartlar altında devredilebilmesi⁴⁵ ada kıyasla çok farklı özellikler içerdiğini göstermektedir. Ticaret unvanı ortaklığın malvarlığı içinde belirli bir yer tutmaktadır. Bu durumda ticaret unvanının kişilik hakkının içeriğini oluşturan ve korunması gereken değerlerden biri olarak kabul edilmemesi gerekmektedir⁴⁶.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, ticaret unvanı ortaklığı özgün kılan ve diğer ortaklıklardan ayırt eden bir unsur olması sebebiyle kişilik hakkı kapsamında değerlendirilen bir unsur niteliğinde kabul edilmelidir⁴⁷. Zira ticaret unvanına ilişkin genel açıklamalarda belirttiğimiz üzere ticaret unvanı özellikle tüzel kişi tacirler bakımından kullanılması zorunlu olan niteleyici bir ad özelliği göstermektedir⁴⁸. Ticaret unvanı tek başına ekonomik bir değere sahip olmayıp, tacirin kimliğini belirten ve onu diğer tacirlerden ayırmaya yarayan bir kavram niteliğindedir⁴⁹. Zira ticaret unvanının tescili sırasında hiçbir ekonomik değeri bulunmayıp, ancak tacirin zaman içerisinde gösterdiği çaba ve ticarî başarı ile bir değeri söz konusu olabilecektir. Ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceğinin hüküm altına alınması da bu görüşü doğrular niteliktedir (TTK m. 49/1)⁵⁰.

İşletme adının⁵¹ kişilik hakkı kapsamında ad olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda ise, işletme adının taciri değil işletmeyi diğer işletmelerden ayırması, bizzat işletmeyi nitelemesi,

⁴² Ticaret unvanının hukukî niteliğine ilişkin öğretilerdeki tartışmalarla ilgili ayrıntılı açıklama ve değerlendirme için bkz. Boyacıoğlu, Cumhur. *Ticaret Unvanı*, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 12 vd.

⁴³ Eriş, Gönen. *Ticari İşletme ve Şirketler*, C. I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 1005; Gönen, s. 78-79.

⁴⁴ Ticaret unvanı üzerindeki hakkın hukukî niteliğine ilişkin öğretilerdeki görüşler için bkz. Korkmaz, Şerife. *Ticaret Unvanının Korunması ve Marka ile İlişkisi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 13 vd.

⁴⁵ Ticaret unvanının devrine ilişkin bkz. TTK m. 49.

⁴⁶ Gönen, s. 78-81.

⁴⁷ *Arpacı*, Abdülkadir. *Kişiler Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 169; *Karayalçın*, Yaşar. *Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş-Ticari İşletme*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 394; *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, s. 108; *Oral*, s. 63; *Özatlan*, s. 179-181 vd.; *Özdemir*, s. 568; *Bilge*, 2014, s. 24-25. İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. *Özdemir*, s. 582-583.

⁴⁸ Ticaret unvanının “tüzel kişiler bakımından gerçek kişilerdeki ismin yerini tuttuğundan” söz edilebileceği yönünde bkz. *Aydoğan*, Fatih. “Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukukî Durum – Değişiklik (Madde) Önerisi – İtiraz Yolu Ve/Veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 30. Aynı yönde ticaret unvanının tüzel kişi tacirler bakımından medeni hukuktaki adın yerini tuttuğuna ilişkin bkz. *Bilge*, 2014, s. 19-20.

⁴⁹ *Yongalık*, s. 5.

⁵⁰ *Özatlan*, s. 179-181.

⁵¹ İşletme adı, işletme sahibini hedef tutmaksızın doğrudan işletmeyi tanıtmak ve benzeri işletmelerden ayırt etmek için kullanılmaktadır (TTK m. 53). Ticaret unvanının kullanımı sadece tacirlere özgü olarak söz konusu iken, işletme adını işletmelerini benzer işletmelerden ayırt etmek ve belirtmek isteyen esnaflar da kullanabilmektedir (TTK m. 15/1). İşletme adını kullanmak zorunlu değildir. Tescil edilen işletme adına ilişkin ticaret unvanını düzenleyen TTK m. 38, m. 45, m. 47, m. 50, m. 51, m. 52 hükümlerine atf yapılmıştır. İşletme adına ilişkin bkz. *Arkan*, s. 275-276.

kullanımının zorunlu olmaması ve işletmeden ayrı olarak da devredilebilmesi gerekçeleriyle ad olarak nitelendirilerek kişilik hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır⁵².

Bu konuda anonim ortaklıkların kullandıkları internet alan adlarının da ad korumasından yararlanıp yararlanamayacağı hususu tartışılmalıdır. 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu⁵³ m. 3/1-y’de internet alan adı sistemi “Okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan internet protokolü numarasını bulan ve kullanıcıya veren sistemi” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır⁵⁴. İnternetin dünya çapında yoğun kullanımı göz önünde tutulduğunda, ortalama bir internet kullanıcısı, internet erişim sağlayıcısını ararken alan adı ile alan adını kullanan kişi arasında düşünsel bir bağlantı kurabilecek, alan adı kullanıcılarının alan adını seçerken kendisine veya işletmesine işaret eden ve niteleyen işaretleri seçeceğini idrak edecektir. Tacirler de kendi ticaret unvanı, işletme adı ve markası ile aynı veya benzer olan alan adının tesciline ticarî politikaları açısından önem vermektedirler. Alan adı, ticaret unvanından veya işletme adından türetilmişse, tanıtma işareti olarak korunur. Alan adlarının ayırt edici işleve sahip bir tanıtma işareti niteliğinde olup olmadığı hususunun her somut olayda ayrı ayrı incelenmesi gerekir⁵⁵. Bu kapsamda alan adında anonim ortaklığın adı olarak kabul ettiğimiz ticaret unvanı yer alıyorsa ad korumasından faydalanabilecektir⁵⁶.

C. Gizli ve Özel Hayat Alanı

Öğretideki genel kabule göre kişinin hayat alanı üç alan teorisine göre üçe ayrılmaktadır⁵⁷. Bunlar kamuya açık, özel ve gizlilik alanı olarak ifade edilmektedir⁵⁸. Kamuya açık alan, insanların öğrenebileceği şekilde toplum önünde meydana gelen ya da ilgili kişinin çeşitli yollarla toplumun öğrenmesini sağladığı herkesçe bilinen olayları ve bilgileri ifade etmektedir. Özel alan, kişinin sadece kendisine yakın kişilerle paylaştığı ve aile, yakınlar ve arkadaşlar gibi sınırlı bir çevre tarafından bilinmesini arzu ettiği, kamudan saklı tuttuğu olaylardan oluşmaktadır. Gizlilik alanı ise, kişinin en mahrem alanı olup, diğer kişilerden gizlediği veya sadece kendilerine güven duyarak açıkladığı sınırlı kişilerce bilinmesini arzu ettiği olay ve bilgileri ifade etmektedir. Kişinin özel hayat alanı ve gizli hayat alanı kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır. Bu alanlara karşı gerçekleştirilecek müdahalelerin kural olarak kişilik hakkına saldırı oluşturacağı kabul

⁵² Bilge, 2014, s. 31-32; Özatlan, s. 181. Aksi yönde bkz. Oral, s. 64, 89-90.

⁵³ RG. 10.11.2008, S. 27050.

⁵⁴ İnternet alan adına ilişkin açıklama için bkz. Şenocak, Kemal. “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXV, S. 3, 2009, s. 89 vd.; Bilge, 2014, s. 32-37; Suluk (Karasu/Nal), s. 388 vd.

⁵⁵ Şenocak, s. 103-104.

⁵⁶ Tüzel kişileri diğerlerinden ayırt etmeyi sağlayan ad kısaltmaları, adresler, internet alan adları, elektronik posta adresleri ve tüzel kişinin direkt adıyla ya da kısaltmasıyla oluşturulan ya da adını çağrıştıran telefon numaralarının da koruma kapsamında değerlendirilebileceği yönünde bkz. Oral, s. 59-60, 90-94; Özdemir, s. 569-570.

⁵⁷ Teorinin eleştirisi ve alternatif öneriler için bkz. Gönen, s. 83, dn. 304, dn. 306, dn. 307, dn. 308; Oral, s. 66 vd., dn. 296.

⁵⁸ Gönen, s. 83-84.

edilmektedir⁵⁹. Zira bu iki hayat alanındaki olguların kişinin istemediği çevreler tarafından öğrenilmesi, kişinin kişisel değerlerinde bir yaralanmaya sebep olacaktır⁶⁰.

Anılan üç alan ayrımı tüzel kişiler bakımından da benimsenmektedir⁶¹. Anonim ortaklıklar bakımından bu hususta ilk tartışılan ekonomik duruma ilişkin bilgilerin koruma kapsamında olup olmadığıdır. Bu hususta bir görüş, ticarî ve ekonomik duruma ilişkin gerçeği yansıtan bilgiler verilmesinin kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilemeyeceğini öne sürmektedir⁶². Diğer bir görüş ise, ekonomik durumun sadece çalışanlar tarafından bilinmesi gerektiği, bu durumun ihlâlinin kişilik hakkına saldırı niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶³. Anonim ortaklık bakımından ikinci görüşün kabul edilebilirliği bulunmamaktadır. Zira anonim ortaklıklar (özellikle halka açık anonim ortaklıklar) bakımından hukukumuzda da kabul edilen kurumsal yönetim anlayışının⁶⁴ unsurlarından biri de şeffaflık unsurudur. Kurumsal yönetim anlayışı, özellikle alacaklıların ve hatta toplumun korunması bakımından ortaklığın malvarlığına ilişkin bilgiler başta olmak üzere genel bir şeffaflık temeli üzerine oturmaktadır. Kamuyu aydınlatma ilkesi olarak da adlandırılan şeffaflık; ortaklığın yönetimi, malvarlığı ve malî durumu gibi temel konularda bilgi açıklanmasını ifade etmektedir⁶⁵. Bütün pay sahipleri, menfaat sahipleri ve ilgililer için açıklanan bu bilgilerin açık, gerçeğe uygun, yeterli ve karşılaştırılabilir olması gerekmektedir⁶⁶. Şeffaflık, pay sahiplerinin ve özellikle halka açık anonim ortaklıklar bakımından sermaye piyasasında bulunan bütün ilgililerin, tam bilgilendirilmesini ve aydınlatılmasını amaçlamaktadır. Bu sebeple pay sahipleri ve alacaklılar başta olmak üzere bütün menfaat sahipleri, ilgililer ve sermaye piyasası aktörleri bakımından önemli olan tüm hususların açıklanmasını içermektedir. Şeffaf bir yönetim ile ortaklığa sermaye sağlayacak olan yatırımcının kendini güvende hissetmesini sağlamak amaçlanmaktadır⁶⁷.

⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8: “Herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” (<https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>, Erişim Tarihi: 07.03.2022); AY m. 20/İ: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

⁶⁰ Bu hayat alanı ayrımlarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Dural/Öğüz, s. 136 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 177-182; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 390-391; Gönen, s. 84-87.

⁶¹ Gönen, s. 87; İmre, Zahit. “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 39, S. 1-4, 1974, s. 157.

⁶² Özsunay, Ergun. *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1979, s. 143.

⁶³ Bkz. Ergün, Ömer. *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 141.

⁶⁴ “Kurumsal yönetim” anlayışı, yöneticilerin faaliyetlerinin bağımsız kişiler tarafından denetlenmesi, gözetilmesi, ortaklık işleyişinin kamuya açıklanması ve bu açıklamaların da kontrolü, temel kararlara pay sahiplerinin katılmasının sağlanması ve belirttiğimiz sorunlara yönelik çözüm arayışlarını ifade etmektedir. Pashı, Ali. *Anonim Ortaklıkta Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 36; Eminoğlu, Cafer. *Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 1 vd. Kanunî düzenleme için bkz. Sermaye Piyasası Kanunu (RG. 30.12.2012, S. 28513) m. 17, TTK m. 1529, II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği (RG. 03.01.2014, S. 28871). Söz konusu anlayış; şeffaflık, adillik, hesap verebilirlik ve sorumluluk unsurları üzerinde temellendirilmiştir. Bkz. TTK Genel Gerekeç N. 89.

⁶⁵ Pashı, s. 74; Eminoğlu, s. 15-16, 43-46.

⁶⁶ Pashı, s. 74; Eminoğlu, s. 15-16, 43-46.

⁶⁷ Pashı, s. 74; Eminoğlu, s. 15-16, 43-46.

Şeffaflık, anonim ortaklıklarda açılması zorunlu olan internet sitesi uygulaması ile sağlanmaktadır. Anonim ortaklığın bir internet sitesi olması, bu sitenin şeffaflık sağlayıcı bir düzen içinde çalışması gerekmektedir (TTK m. 1524)⁶⁸.

Şeffaflık ilkesinin sınırını ise ticarî sırlar belirlemektedir. Ticarî sır, bir ticarî işletme veya ortaklığın faaliyet konusu ile ilişkili yalnızca belirli kişiler tarafından bilinen, gizliliği nedeniyle rakipler tarafından bilinmemesi ve üçüncü kişilere açıklanmaması gereken, ancak mevzuatın gerektirdiği durumlarda yetkili mercilere verilebilen, ticarî işletmenin ve ortaklığın ekonomik başarısı ve verimliliği için büyük önemi bulunan, sahibinin sırrın saklanmasına ilişkin açık veya örtülü iradeye sahip olduğu gizli bilgi olarak tanımlanabilmektedir⁶⁹. Bu kapsamda anonim ortaklıklar bakımından ticarî sır⁷⁰ kapsamındaki bilgilerin özel ve gizli hayat alanı kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Öğretide ticarî sır alanının malvarlığını etkileyen bir alan olması hasebiyle kişilik hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşü bulunmaktadır⁷¹. Ancak katıldığımız üzere *Oral*, bir sırrın malvarlığını etkileyecek durumda olmasının sadece bu sebeple sırrın gizli ve özel hayat alanı kapsamında değerlendirilmesini engellememesi gerektiğini savunmaktadır. Kişinin gizli ve özel hayat alanının korunmasının amacı üçüncü kişilerden gizli tutmak istediği bilgilere ulaşılmasının ve bilgilerin yayılmasının engellenmesi, aksi durumda konunun eski hâle getirilmeye çalışılmasıdır. Ticarî sırlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Aksi bir kabul neredeyse tüzel kişilerin gizli ve özel hayat alanının olmadığı sonucuna ulaşılması ve hukuk düzeninin kişilik tanıdığı tüzel kişileri yeteri kadar koruyamamasına yol açacaktır⁷².

Bu noktada anonim ortaklıkların 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁷³ (KVVK) kapsamında korunup korunmayacağı hususuna da değinilmelidir. Kanunun amacı kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması olarak ifade edilmiştir (KVVK m. 1). Kişisel veri ise, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır. Tüzel kişilerin verileri kişisel veri kapsamına alınmamıştır. Bu durumda anonim ortaklıkların KVVK kapsamında koruma talep edebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu hususta öğretilerde bir görüşe göre, tüzel

⁶⁸ TTK genel gerekçe N. 89. Ancak 6335 sayılı Kanunla (RG. 30.06.2012, S. 28339) yapılan değişiklik ile internet sitesi açmak zorunda olan ortaklıklara bir sınırlama getirilmiştir. Bkz. TTK m. 1524/1: “397nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır.”

⁶⁹ Bilge, Mehmet Emin. *Ticari Sırların Korunması* (2005), 2. Baskı, Asil Yayın, Ankara, 2005, s. 5 vd.; Gürbüz Usluel, Aslı E.. *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticarî Sırrın Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 21 vd.

⁷⁰ Bu kapsamda üretime ilişkin teknik bilgiler, formüller, malî projeler, maliyet ve fiyatlandırma bilgileri, makine çizimleri, mühendislik raporları, bilgisayar programları, veri tabanları, besin öğelerinin içeriğini belirten belgeler, satış verileri, pazarlama teknikleri, personel politikaları, personel yetkinliği, know-how, müşteri çevresi, girmeye hazırlandığı ihaleler, müşterilerine sunacağı teklifler sınırlayıcı olmayacak bir şekilde anonim ortaklığın ticarî sırrına örnek olarak gösterilebilmektedir. Bkz. Bilge, 2005, s. 5-6; Gürbüz Usluel, s. 27; Oral, s. 101. Öğretilerde ticarî sır ve işletme veya şirket sırrı ayrımı yapıldığı görülmektedir. Bu hususta bkz. Oral, s. 101-102; Gürbüz Usluel, s. 51 vd. Ancak böyle bir ayrımın yapılmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. Gürbüz Usluel, s. 54 vd. Benzer yönde bkz. Bilge, 2005, s. 33-34.

⁷¹ Gönen, s. 90.

⁷² Oral, s. 101-103.

⁷³ RG. 07.04.2016, S. 29677.

kişilerin verilerinin de KVVK kapsamında korunma altında olmasının Kanunun kapsamını gereksiz yere genişleteceği ve yerinde olmadığı, özellikle ekonomik bir değer taşıyan ticarî sırların ise kişisel veri kapsamında değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır⁷⁴. Bu hususta bir başka görüş, düzenlemenin Kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu ancak tüzel kişilerin de kişisel verilerinin kişilik hakkı kapsamında korunması gerektiğini öne sürmektedir⁷⁵. Öğretide katıldığımız üzere bir başka görüş ise, bir kavram olarak ele alındığında kişisel verinin, kişiye ilişkin veri anlamına geldiği ve hukuk düzeninin kişilik tanıdığı tüzel kişilerin de kişisel verilerinin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Nitekim KVVK kapsamında korunmaması tüzel kişilerin kişisel verilerinin olmadığı anlamına gelmemektedir. Ancak tüzel kişilerin kişisel verileri KVVK kapsamında değil çeşitli özel düzenlemeler ile korunmaktadır. Bu bağlamda kişisel veri olarak değerlendirilebilecek ticaret unvanı ve işletme adı halihazırda tescil ve ilân edilmesi gereken dolayısıyla üçüncü kişilerin gözetim ve denetiminden korunmaya ihtiyaç bulunmayan verilerdir. Sonuç olarak anonim ortaklıkların kişisel verileri, TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri, ticaret unvanının ve işletme adının korunmasına ilişkin hükümleri ve TMK ve Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin⁷⁶ kişilik hakkına ilişkin hükümleri ile koruma altında bulunmaktadır⁷⁷.

D. Onur ve Saygınlık

Onur ve saygınlık⁷⁸, toplumun gerekli kabul ettiği ahlâkî değerlere sahip bulunduğu ya da böyle kabul edildiği için kişiye atfedilen değeri ifade etmektedir⁷⁹. Öğretide onur ve saygınlığın iki yönü bulunduğu kabul edilmektedir. Bir yönü sadece kişi olmaktan kaynaklanan onur ve saygınlık (iç görünüm), diğer yönü kişinin kendisini geliştirme ve olgunlaştırma çabaları ile kazandığı değerler sayesinde toplumda edindiği onur ve saygınlıktır (dış görünüm). Onur ve saygınlığın dış görünümü de ikili bir ayırımla ele alınmaktadır. Kişinin hukuka saygılı, mesleğindeki ilkeli ve dürüst davranışları ahlâkî saygınlığı ifade etmektedir. Kişinin sayılanlar dışındaki diğer nitelikleriyle entelektüel kapasitesi, ruh sağlığı, meslekî alandaki güvenilirliği de sosyal algılanışını ifade etmektedir⁸⁰. Kişinin sayılan tüm bu değerlere sahip olmadığı fikrini uyandırarak onu toplum nezdinde küçük düşürmeyi hedefleyen her türlü söz, yazı ya da resimle müdahale, onur ve saygınlığı ihlâl eder niteliktedir. Müdahalenin ihlâl niteliğinde kabul

⁷⁴ Gürbüz Usluel, s. 48.

⁷⁵ Oral, s. 74.

⁷⁶ RG. 04.02.2011, S. 27836.

⁷⁷ Tekin, Ufuk. ““Kişisel Veri” Kavramının Ticaret Şirketleri Bakımından Düşündürdükleri”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı C. III, C. 5, S. 1, 2020, s. 3133-3138.*

⁷⁸ Onur ifadesi şeref ifadesinin eş anlamlısı, saygınlık ifadesi de haysiyet kelimesinin eş anlamlısı olarak kullanılmaktadır. Demirbaş, Harun. “Sosyal ve Ticari İtibarına Yönelik Saldırlara Karşı Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 119-120, 2014, s. 136.*

⁷⁹ 4 HD, T. 16.04.2003, E. 2002/14497, K. 2003/4830: “... yalın bir ifade ile şeref ve haysiyet dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur. Bunlar kişinin ahlaki değerleridir. Herkesin, içinde yaşadığı toplumda ve ilişkiler kurduğu çevrelerde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığı mevcuttur. Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vaki davranışlar manevi değerleri nasıl zedelense, bir olayın aktarılması ya da bir olay veya kişinin eleştirilmesi de çok kez şeref ve saygınlığa, onura müdahale niteliğinde olabilir. Ancak hiç kuşku yoktur ki, bu müdahalenin haksız olması diğer bir deyimle hukuka aykırı bulunması gerekir. O halde, temyize konu edilen bu olayda her şeyden önce çözümlenmesi gereken sorun, davalının eyleminin hukuka aykırı olup olmadığı hususunun saptanmasıdır.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); HGK, T. 28.03.2001, E. 2001/276, K. 2001/289 ([Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı](#)).

⁸⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 168; Gönen, s. 124.

edilebilmesi için toplum içinde itibar kaybına sebep olabilecek nitelikte olmalıdır. Bu hususun tespitinde “*normal vatandaş*” kıstas olarak alınacaktır⁸¹. Müdahalenin ihlâl niteliğinde olup olmadığı hâkim tarafından her somut olayda ayrı olarak değerlendirilecektir.

Onur ve saygınlık, belirli bir mesleğin ya da ticarî faaliyetin gerçekleştirilmesi sebebiyle sahip olunan meslekî, ticarî onur ve saygınlığı da kapsamaktadır⁸². Anlatılanları tüzel kişiler özelinde değerlendirecek olursak, onur ve saygınlık kapsamında sağlanan korumadan tüzel kişilerin de yararlanması gerekmektedir⁸³. Zira onur ve saygınlık, ahlâkî bir değer olmanın yanı sıra sosyal bir değer niteliğine de sahiptir. Bu yönüyle kişinin toplumda elde ettiği itibarı, diğer kişiler nezdinde sahip olduğu tanınmışlığın sonucudur. Sonuç itibarıyla toplumsal yaşamda önemli bir yer tutan tüzel kişiler de, yapmış oldukları işler sonucunda kamuoyu nezdinde korunmayı hak eden sosyal bir statü kazanmaktadır^{84, 85}.

⁸¹ Aksi görüşte “üçüncü kişinin yorumunun” yeterli korumayı sağlayamayacağı, korunacak değerlerin hukuken objektif olarak belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Oral, s. 77-78.

⁸² Arpacı, s. 134.

⁸³ 4. HD, T. 13.12.1979, E. 10088, K. 14000: “... şeref, namus ve onur, gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de kişilik haklarındandır. Tüzel kişiler de, kendisine düşen ödevi dürüst ve güvenilir bir biçimde yerine getirme niteliği olmasını bekler. Bu nedenle, tüzel kişiler de sosyal onur ve mesleki itibarlarına yapılan saldırılara karşı korunmalıdır... Zira, tüzel kişiler yaşayabilmek için şeref ve onurlarını müdafaa etmek mecburiyetindedirler.” (Gönen, s. 127, dn. 485).

⁸⁴ Gönen, s. 128.

⁸⁵ Burada birçok kişilik değeri ile bağlantılı olmakla birlikte onur ve saygınlık ile de önemli bir ilişkisi olan ve kişilik hakkı kapsamında değerlendirilen unutulma hakkının anonim ortaklıklar bakımından söz konusu olup olmayacağı hususu da ifade edilmelidir. Bir HGK kararında unutulma hakkı, “üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı” olarak ifade edilmiştir. HGK, T. 17.06.2015, E. 2014/56, K. 2015/1679 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı). Bir başka tanımla unutulma hakkı, zamanın geçmesi ve güncelliğini/önemini yitirmesiyle artık üstün bir toplum menfaatinin de bulunmaması durumunda, kişiye ait içeriklerin diğer kişiler tarafından sürekli erişilebiliyor olmasının engellenmesini talep etme hakkı olarak ifade edilebilmektedir. Bu bağlamda içerik ilk yayınlandığında hukuka aykırı olmasa ve gerçeği yansıtsa dahi belirtilen durumda unutulma hakkının varlığı söz konusu olabilmektedir. Turgut, s. 115. AY Mahkemesi bu hususta verdiği kararlarında, onur ve saygınlığı AY m. 17’de belirtilen manevî varlık kapsamında değerlendirmektedir. İnternetin sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanması ve saklanması yönündeki kolaylık bakımından düşünüldüğünde, yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşliğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haber ve yazıların uzun süre internet ortamında erişilebilir kalması durumunda onur ve saygınlığın zedelenebileceğini belirtmiş ve bu durumu unutulma hakkı kapsamında ele almıştır. Bkz. AY Mahkemesi, Başvuru Numarası (BN): 2013/5653, Karar Tarihi (KT). 03.03.2016; AY Mahkemesi, BN: 2014/19685, KT. 15.03.2018 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

Unutulma hakkının tüzel kişiler bakımından söz konusu olup olmayacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, unutulma hakkı kişisel verilerin korunması ile de ilişkilendirilmiş ve tüzel kişilerin KVKK kapsamında korunmaması ve tüzel kişilerin sürekli ve belirli bir amaca sahip olmalarının temel unsur teşkil ettiği, toplum menfaati de gözetilerek tüzel kişiler bakımından şeffaflığın önem taşıdığı gerekçeleri ile tüzel kişilerin unutulma hakkına sahip olmaları kabulüne temkinli yaklaşılması gerektiği öne sürülmüştür. Bu bağlamda tüzel kişilerin unutulma hakkının olduğu kabul edilse dahi hukuka uygun aleni içeriklerin tamamen yok edilmesine değil, içeriğe erişimin zorlaştırılması yoluna gidilmesi daha uygun olacaktır. Burada tartışılan hususun tüzel kişiye ait hukuka uygun bilgi olduğu göz ardı edilmemelidir. Nitekim hukuka aykırı içerikler bakımından onur ve saygınlığın korunması başta olmak üzere kişilik hakkının korunmasına ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır. Bkz. Turgut, s. 255 vd. Bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca ise, tüzel kişiler sadece insana özgü olması dolayısıyla (vücut bütünlüğü gibi maddî değerler) sahip olamayacağı değerler dışında tüm kişilik değerleri bakımından koruma altında olmalıdır. Aksinin kabulü hukuk düzeninin kişilik tanıdığı oluşumun yeterince korunmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda onur ve saygınlığın korunması ile bağlantılı olması hasebiyle tüzel kişiler bakımından da unutulma hakkının varlığı kabul edilmelidir. Örneğin “X otelinde cinayet” başlığı taşıyan bir haber, söz konusu otelde konaklamayı düşünen kişilerin fikrini değiştirebilecektir. Oysa cinayetin işlenmesi ile otelin bir bağlantısı bulunmamaktadır. Bu gibi tüzel kişinin zarara uğradığı durumlar bakımından düşünüldüğünde unutulma hakkı tüzel kişiler bakımından da geçerli olmalıdır. Bu görüşte bkz. Çırak, Ezgi. “Dijital Çağda Sonsuz Kadar Hatırlamaya Karşı Unutulma Hakkı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 36, Nisan 2018, s. 165-166; Kançal, Ezgi. *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Unutulma Hakkı*,

Öğretilerde ortaklıklara onur ve saygınlık yönünden tanınan korumanın, onur ve saygınlığın ekonomik yönüyle sınırlı olup olmayacağı tartışılmıştır⁸⁶. Anonim ortaklıklar her ne kadar sermaye ortaklığı niteliğinde olup, kazanç elde etme ve paylaşma amacıyla faaliyet yürütse de, onur ve saygınlıklarının sadece ekonomik yönüyle düşünülmemesi gerekmektedir⁸⁷. Yukarıda belirttiğimiz kurumsal yönetim anlayışı da bunu gerektirmektedir. Zira anılan anlayış uyarınca anonim ortaklıkların kurumsal sosyal sorumlulukları olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda anonim ortaklıkların insan haklarına saygı, çevrenin korunması, toplumsal eğitim faaliyetlerine katkıda bulunmak, toplum içinde daha çok korunması gereken kesimin korunmasına yönelik faaliyetlerde bulunmak gibi sosyal sorumluluklarının da bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁸. Sonuç olarak ortaklıkların faaliyetlerini gerçekleştirme şekline kaynaklanan onur ve saygınlıklarının yanında, toplumsal hayattaki rolüne bağlı genel onur ve saygınlığının da varlığını kabul etmek gerekmektedir⁸⁹.

Anlatılanlar bağlamında anonim ortaklıklar bakımından onur ve saygınlığın “sosyal saygınlık” ve “ticarî saygınlık” olmak üzere iki ayrı yönü bulunmaktadır. Ticarî saygınlık faaliyet alanına ilişkin olarak piyasada devamlılıklarını sürdürebilmeleri için önem taşımaktadır. Ticarî saygınlık, ortaklığın dürüstlüğü, güvenilirliği, borcunu ödeyebilme olanağı açısından muhatapları nezdinde oluşturduğu algıyı ifade etmektedir⁹⁰. Ticarî onur ve saygınlık denildiğinde ilk olarak, ekonomik yaşantıda etkili olan unsurlar, örneğin iş hayatındaki dürüstlük, kredi itibarı ve yaratılan güven akla gelmektedir⁹¹. Ticarî saygınlığın zedelenmesi veya bütünüyle kaybı zarara yol açmakta olup, bu zararın tazmini için anonim ortaklık kişilik haklarını koruyan temel düzenlemelere başvurabilecektir⁹². Örneğin anonim ortaklığın suçsuz olduğu bilindiği hâlde art niyetli olarak, toplum nezdinde küçük düşürme ve itibarını sarsma amacı ile hakkında yapılan asılsız ihbar ve

İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s. 41-42. Bu husustaki öğretiy görüşlerine ilişkin ayrıca bkz. Kañçal, s. 37 vd.

⁸⁶ Bu husustaki tartışmalar için bkz. Gönen, s. 129-130.

⁸⁷ Oral, s. 105.

⁸⁸ Paşlı, s. 79.

⁸⁹ Demirbaş, s. 138-139.

⁹⁰ Demirbaş, s. 139.

⁹¹ Bu hususta bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında, turizm ortaklığı karikatürde adının değiştirilerek kullanıldığı ve bu nedenle adı üzerindeki hakkına saldırıda bulunulduğu iddiası ile gazeteyle dava açmıştır. Karikatürde, turizm ortaklığı Akdeniz’de terörün desteklendiği ve baskı rejiminin uygulandığı ülkelere turlar düzenlemesi ve bu ülkelere kaynak sağlama nedeniyle eleştirilmiş ve adı da büyük harflerle terör kulübü anlamına gelecek bir kelime ile ifade edilmiştir. Turizm ortaklığının adı “*Club Mediterranée*” iken “*Club Medityrannis*” olarak yazılmıştır. Federal Mahkeme, turizm ortaklığının adına değil, onur, haysiyet ve saygınlığına saldırı olduğuna hükmetmiştir. Oral, s. 109.

⁹² HGK, T. 02.02.2012, E. 2011/4-687, K. 2012/26: “Tüzel kişinin çevresinde kazandığı itibarı aşığılayıcı yazılı, sözlü veya görüntülü beyanlar, şu veya bu vasıflara sahip olmadığına dair yayınlar, kişilik haklarından şeref ve haysiyete yönelik tecavüz olarak kabul edilmelidir. Tüzel kişinin şeref ve haysiyeti yanında onun toplumsal itibarı, ticari itibarı da T.M.K.nun 24. maddesindeki korumadan yararlanır.” (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

şikâyetler kişilik hakkını ihlâl etmektedir⁹³. Anonim ortaklığa haksız takip⁹⁴ veya haksız haciz⁹⁵ işlemi yapılması da ticarî onur ve saygınlığını zedeler niteliktedir. Anonim ortaklığın iflâs ettiğine, mallarının haczedildiğine⁹⁶ veya karşılıksız çek keşide ettiğine ilişkin beyanlar, kredibilitelerini

⁹³ Demirbaş, s. 141.

⁹⁴ 11. HD, T. 14.06.2007, E. 2005/14550, K. 2007/9038: “Mahkemece davalı bankanın kredi sözleşmelerini tek yanlı feshi ve hesapları kat ettikten sonra girdiği haksız takipler ve gönderdiği İİK'nın 89/1 maddesine dayalı haciz ihbarnameleriyle davacının devam eden taahhüt işlerinin feshedilmesine ve yeni ihale alamamasına neden olduğu kabul ve tespit edildiğine göre, Borçlar Kanunu'nun 98/2. maddesi hükmü yollaması ile aynı Kanunun 49. maddesi uyarınca davalının sözleşmeye aykırı takiplerini ve işlemlerinin sektördeki şöhret ve saygınlığını dava tarihinde yürürlükte bulunan önceki Medeni Kanun'un 24. maddesi anlamında zedeleyici nitelikte haksız eylem olarak tezahür etmesi karşısında...” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁵ 4. HD, T. 07.02.2005, E. 2005/306, K. 2005/918: “... Haksız yere bir kimsenin mallarının haczettirilmesi, o kimsenin şeref ve haysiyetini ihlal eden, kişilik haklarına saldırı teşkil eden ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu tutulmayı gerektiren bir davranıştır. Haczin haksızlığı nedeniyle kişilik hakları zarar gören davacı yararına manevi tazminat takdiri gerekir...” (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı); 4. HD, T. 06.10.2003, E. 2003/5713, K. 2003/11158: “... Haczin haksızlığı saptandığı takdirde, TBK m. 49 anlamında davacı tüzel kişiliğin manevi değerlerine dahil bulunan ticari itibarının sarsıldığı kabulü gerekir...” ((Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

⁹⁶ HGK, T. 18.02.2004, E. 2004/4-74, K. 2004/88: “...Dava konusu edilen yayında “G.'ye rekor haciz” başlığı ile davacı şirket ortaklarından Ş.D.'nin borcu için fabrikada yapılan haciz işlemi anlatılmıştır. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre haciz işlemi Y.D.'nin asıl borçlu, Ş.D.'nin kefil olduğu borç nedeniyle Ş.D.'nin G.A.Ş.'deki hisselerine haciz konulmak istenmiştir. Böylece davacının borçlu sıfatını taşımadığı açık olan bir olay habere konu edilirken “G.'ye rekor haciz” başlığının kullanılması nedeniyle, sanki G.A.Ş. borçlarını ödeyemez duruma düşmüş gibi gösterilmiştir. Bu hali yayında gerçeklik ve öze biçim arasında bulunması gereken denge unsurlarından yoksun olduğundan hukuka aykırı niteliktedir.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Basın yoluyla kişilik hakkının ihlâli bakımından üstün nitelikteki kamu yararı hukuka uygunluk nedenidir (TMK m. 24/II). Bu hususta esas alınacak ölçütler gerçeklik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, güncellik ve öze biçim arasındaki denge olarak ifade edilmektedir. Gerçeklik bakımından öğretilde “o anda ve görünüşte mevcut olup sonradan gerçek dışı olduğu anlaşılan olayların” yayını bakımından basının sorumlu tutulmaması gerektiği belirtilmektedir. Ancak basının somut gerçeklik aranmadığı gerekçesi ile göstermesi gereken özeni göstermeden haber yapması sonucu sorumluluktan kurtulması da söz konusu olamamalıdır. Bu yönde bir karar için bkz. 4. HD, T. 24.12.2001, E. 2001/8795, K. 2001/12714: “...davalı, davacı hakkında kamu davası açıldığı, kamu davasından bilirkişi raporu bulunduğu ve emniyet cevabında açık bulunmadığının belirtildiği hususlarından haberdardır. Haberdar olunan bu konulardan yayında hiç bahsedilmediği gibi, basit bir araştırma yapılarak kamu davasının beraatle sonuçlandığı da öğrenilmemiştir. Yaklaşık 8,5 ay önceki müfettiş raporundan bahsedilerek yayın yapılması, haberdar olduğu belirtilen yukarıdaki hususların kamuoyuna bildirilmemesi ve kamu davasının sonucunun araştırılmamış bulunması, açıkça davacının kişilik hakkına saldırı oluşturmaktadır. Şu durum karşısında davalı yanın sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken yerel mahkemece yanlıgılı değerlendirme sonucu reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Öze biçim arasındaki denge ise, haberin içeriği ile verilmiş biçiminin birbirine uygun olması anlamına gelmektedir. İçeriğin yanında, kullanılan ifadeler, haberin yer alış şekli, haber metnine konulan resim ya da arka plandaki görüntüler bir araya gelerek okuyucuda etki doğurur ve algı oluşturur. Bu durumda haber gerçeği yansıtması dahi kullanılan kelimeler ve üslup, yapılacak yorumun gerektirdiği şekil ve ölçüde olmalıdır. Bu bağlamda yukarıda verilen 18.02.2004 tarihli HGK kararında belirtilen haberin verilmiş şeklinin gerçeği yansıtmadığı gibi öze biçim arasındaki dengeyi sağlamadığı da görülmektedir. Basın yoluyla kişilik hakkı ihlâlinde esas alınan ölçütlere ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirme için bkz. Canbolat/Gönül Koşar, s 275 vd.

düşüreceğinden gerçeği yansıtmaması durumunda⁹⁷ ticarî onur⁹⁸ ve saygınlığını^{99, 100} ihlâl¹⁰¹ edecektir^{102, 103}.

⁹⁷ Yargıtay bu hususta bir kararında, başkası hakkında yayılan bilginin doğru olması durumunda bu eylemin hukuka aykırı olmadığı, kişilik hakkının ve ticarî saygınlığın zedelenmiş sayılmayacağı yönünde hüküm tesis etmiştir [4. HD, T. 27.11.2008, E. 2008/13091, K. 2008/14674, (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı)]. Karar öğretilde Demirbaş tarafından, doğru da olsa rakibe ilişkin bu tür beyanların yapılmasının ticarî saygınlığı zedeleyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Demirbaş, s. 142. Yargıtay bu hususta katıldığımız bir kararında, kamuoyunu bilgilendirme amacıyla, yaşanan olaylara ilişkin doğru verilen bilgilerin yer aldığı bir gazete ilânının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve kişilik haklarına saldırı niteliği taşımadığı şeklinde hüküm tesis eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. 11. HD, T. 26.02.2019, E. 2017/2310, K. 2019/1552: “Davacı vekili, davalıların kamuoyuna duyuru başlıklı basın açıklaması yaptığı ve Türkiye çapında yayın yapan yüksek tirajlı gazetelerde bu basın açıklamasının yayımlandığını, işbu yayınlarda davalılar tarafından asılsız ve hukuka aykırı açıklamalar yapılarak müvekkillerinin kişilik haklarına saldırıda bulunduğu, müvekkili şirket tarafından yürütülen ...Suyu Projesi'ne ilişkin olarak yapılan açıklamalarla müvekkillerinin kişilik değerlerine, ticari itibarına saldırıda bulunduğu, taraflar arasında anılan projeye ilişkin çeşitli mahkemelerde devam eden davalar olduğunu, 05.08.2009 tarihli, beş ayrı gazetede yayınlanan kamuoyuna duyuru başlıklı ilanlarda haksız rekabet ve müvekkili şirketlerin itibarına tecavüz eden ibarelerin bulunduğunu ileri sürerek, 100.000,00 TL manevi tazminatın yayın tarihinden itibaren faiziyle davalılardan tahsili ile hükmün ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, husumet itirazında bulunmuş, davacın iddialarının yerinde olmadığını, kamuoyunu doğru bilgilendirmek bakımından ilanın hukuka uygun olarak hazırlandığını, haksız rekabet teşkil eden ya da davacıların kişilik haklarına saldırı mahiyetinde bir ifade kullanılmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, 05.08.2009 tarihli Türkiye’de yayınlanan beş ayrı gazete verilen kamuoyuna duyuru başlıklı yazıda içerik itibarıyla ...Suyu Projesi ile ilgili Dizayn grubunun görüşlerinin dile getirildiği, projeye ilişkin yapılan çalışmaların anlatıldığı ve kurulan konsorsiyum çerçevesinde bu konsorsiyumunu oluşturan ve içinde yer alan şirketler arasındaki sıkıntıların dile getirildiği, yapılan ilanların içeriği itibarıyla çalışmaların başlangıcından itibaren sıralandığı, yayında herhangi bir kişinin kötülenmesi, aşağılanması söz konusu olmadığı, ilanın konu ile ifade arasındaki düşünsel bağlantı yönünde ifade özgürlüğünün sınırları içerisinde kaldığı, kullanılan sözcüklerin ... 56 ve 57 m. Kapsamında tarafların kişiliğine ilişkin değil yaşanan olaylara ilişkin olduğu, davacılarla ilgili yanlış yanıtıcı, incitici veya kötüleme teşkil eden beyanların bulunmadığı, ilanın projeye ilişkin olarak bu proje içerisinde kurulan konsorsiyumun içinde de yer almaları nedeniyle konuya ilişkin görüşlerin kamuoyu ile paylaşıldığı, yayının yapıldığı tarih itibarıyla gerçek olaylara dayandığı, ... grubun ortaklık faaliyetlerinden duyduğu rahatsızlıkların dile getirildiği, proje ile ilgili çalışmaların özetlendiği, ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kalınarak kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla yapıldığı, davacıların kişilik haklarına ihlalin söz konusu olmadığı, davacı şirketlerin ticari itibarlarını zedeleyecek bir yönünün bulunmadığı, yasal sınırları içerisinde ifade özgürlüğü kapsamında hukuka uygun olarak düzenlendiği, ilanda yer alan sözlerin davacı tüzel kişilerin hak ve hukuklarını zedeleyici ibareler taşımadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir. 1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin ... sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.” (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

⁹⁸ Sahte tablo satıldığı isnadı nedeniyle ticarî itibarın sarsılacağı yönünde bkz. 11. HD, T. 01.05.2006, E. 2005/4938, K. 2006/4864 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

⁹⁹ Uluslararası bir saygınlığa sahip olan, hava taşımacılığı alanında faaliyet gösteren anonim ortaklığın mal alımlarında usulsüzlük yapıldığının iddia edilmesinin de kişilik hakkını ihlâl edeceği yönünde bkz. 4. HD, T. 25.03.2003, E. 2002/11470, K. 2003/3539 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı). Sözleşmeden doğan bir borcun belirli bir sürede ifa edilmesinde alacaklının özel menfaatinin bulunması durumunda, belirli bir sürede ifa etmemenin de kişilik hakkını ihlâl edebileceği yönünde bkz. 11. HD, T. 12.11.2001, E. 2001/5879, K. 2001/8933: “Davacı dershanenin, ilan ettiği deneme sınav tarihinden sonra soru kitapçıklarının geç ulaşması nedeniyle sınavı iptal ettiği, sonradan yapılan sınava ait kağıtların da değerlendirmeyi yapacak dava dışı şirkete ulaşmadığı noktalarında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sınavın zamanında yapılamaması, sonuçlarının da değerlendirilememesi yüzünden davacının, öğrenciler, veliler ve rakip dershaneler nezdinde itibar kaybedeceği ve eleştirilere maruz kalacağı, güvenilirliğini bir miktar yitireceği açıktır.” (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

¹⁰⁰ 11. HD, T. 15.10.2015, E. 2014/13783, K. 2015/10613: “Dava, fuar hizmeti veren davalı şirketle yapılan anlaşma ve protokollere aykırı olarak daha önce davacıya tahsis edilen yerin değiştirilmesi ve fuar içeriğine uygun olmayan yer tahsisi nedeniyle Türkiye ve Çin’de ticari itibar kaybına uğradığı iddiasıyla dava konusu yaptığı manevi tazminat talebi, mahkemece “...iddia konusu durumun şirketlere yönelik kişisel bir saldırı mahiyetinde olmadığı...” gerekçesiyle reddedilmiştir. 818 sayılı BK’nun 98/II. maddesi yollamasıyla aynı Kanununun 49. maddesi hükmü

E. Ekonomik Kişilik

Kişinin meslekî, ticarî ve sanatsal faaliyet ve yetenekleriyle toplum içinde elde ettiği ekonomik kişiliğinin de korunması gereken kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ekonomik kişiliğin ihlâli bakımından temel nokta, kişiyi zarara uğratan davranışın, kişinin ekonomik varlığının ve faaliyetlerinin hedef olarak seçilerek gerçekleştirilmesidir. Bu kapsamdaki koruma ile ekonomik varlık ve faaliyet özgürlüğü ve bu özgürlüğün korunması amaçlanmaktadır¹⁰⁴.

Ekonomik kişiliğe ilişkin koruma anonim ortaklıklar bakımından önem taşımaktadır. Anonim ortaklıkların toplum içinde elde ettiği konumunu borçlu olduğu meslekî ve ticarî faaliyetlerinin özgürce sürdürebilmesinin gereği olarak, ekonomik kişiliğinin kişilik hakkı kapsamında korunması elzemdir¹⁰⁵. Anonim ortaklıklar bakımından ekonomik kişilik, mevcut ve gelecekteki tüm ekonomik faaliyetleri kapsamaktadır. Ekonomik potansiyelin özgürce kullanılmasını sağlayan tüm değerler koruma kapsamındadır¹⁰⁶. Ekonomik kişiliğe yönelik koruma kapsamında ilk olarak, yapılacak sözleşmeler yoluyla tüzel kişinin tamamen yok edilmesi, kişiliğinin hukuka ve ahlâka aykırı bir biçimde sınırlanması engellenmektedir. Sözleşme ile ekonomik faaliyet özgürlüğünün hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanması durumunda,

karşısında koşullarının bulunması halinde sözleşmeye aykırı davranışlar nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunulması mümkündür.

Tüzel kişinin ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çığnemesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Ekonomik itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirilmektedir. Tüzel kişinin kişilik haklarından olan onur ve saygınlığı onun korunan değerlerinin başında gelir (HGK 01.02.2012 tarih, 2011/4-687 E. 2012/26 K.)

Dava konusu uyuşmazlıkta salt davacının, davalının organize ettiği fuara katılmama durumu söz konusu olmayıp davacı şirketin önderliğinde Ç. H. K. T. bölgesinden gelen 100'ün üzerinde firmanın fuara katılmaması durumu söz konusudur. Davalının haksız ve sözleşmeye aykırı eylemi nedeniyle anılan ülkelerden gelen firmaların fuara katılmadığı dosya kapsamı ve 04.11.2011 tarihli protokol içeriği ile sabit olup organizasyonun büyüklüğü, davacı önderliğinde fuara katılmak üzere gelen firma ve kişi sayısı nazara alındığında davacının söz konusu olay karşısında ticari itibarının zarar göreceğinin kabulü gerekir.” ((Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

¹⁰¹ Ortaklığın, arasında hizmet akdi bulunan bir çalışanın davranışı da kişilik hakkını ihlâl eder nitelikte olabilmektedir. Yargıtay bu hususta bir kararında, taşımacılık faaliyetinde bulunan ortaklığın çalışanlarının yolculardan birini darp etmesi durumunda, ortaklığın itibarının zedelendiği iddiasının yerel mahkemece göz ardı edilmesi nedeniyle bozma kararı vermiştir. 11. HD, T. 18.07.2011, E. 2011/8172, K. 2011/9006 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

¹⁰² Oral, s. 106-107; Demirbaş, s. 142.

¹⁰³ 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu (RG. 01.11.2005, S. 25983 Mükerrer) m. 7/1-a uyarınca bankalar anonim ortaklık şeklinde kurulmak zorundadırlar. Bankalara ilişkin bu hususta özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bankacılık Kanunu m. 74'de “5187 sayılı Basın Kanununda belirtilen araçlarla ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzeri yayın araçlarından biri vasıtasıyla; bir bankanın itibarını kırabilecek veya şöhretine ya da servetine zarar verebilecek bir hususa kasten sebep olunamaz ya da bu yolla asılsız haber yayılamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bu yükümlülüğün ihlâli durumunda m. 158 uyarınca hapis cezası ve adli para cezası öngörülmüştür. Gerçek dahi olsa bir bankanın finansal durumunun iyi olmadığı, içinin boşaltıldığı, güvenilir bir kurum olmadığına ilişkin açıklamaların suç teşkil etmesi karşısında; basının kamuoyu oluşturma görevini ifa ederken gerçek bilgilere dayanarak yaptığı haberlerin anayasal nitelikteki hakkın kullanılması olarak kabul edilerek yayın faaliyetinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Demirbaş, s. 159-160.

¹⁰⁴ Başpınar, Veysel. “Kişilik Hakkı Açısından Keleşme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 1999, s. 18.

¹⁰⁵ Gönen, s. 102. Bu çerçevede kartellerin ve benzeri oluşumların yarattığı ortama bağlı olarak, bazı kişilerin geçerli bir sebebe dayanmaksızın piyasanın dışına itilmeye çalışılmasının ekonomik kişiliğe bir saldırı niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Gönen, s. 102-103.

¹⁰⁶ Oral, s. 95.

sözleşme kesin hükümsüz olacaktır (TBK m. 27¹⁰⁷)¹⁰⁸. Örneğin, bir başkasının iradesine bağlı olarak ticarî faaliyette bulunulacağı ya da hiç ticarî faaliyette bulunulmayacağı yönünde yapılan sözleşmeler geçersizdir^{109, 110}. Yine örneğin basiretli bir iş adamı gibi davranması öngörülen anonim ortaklık aşırı kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesini kural olarak talep edemez (TTK m. 18/2, m. 22). Ancak ceza koşulunun aşırı oranda kararlaştırılması anonim ortaklığın ekonomik mahvına neden oluyorsa, ekonomik kişilik hakkını ortadan kaldıracak ya da ağır şekilde sınırlandırarak düzeydeyse yahut ekonomik geleceğini tehlikeye atacak biçimde ağırsa, ceza koşulu ahlâka ve adaba aykırı kabul edilerek kısmen veya tamamen geçersiz sayılacaktır¹¹¹. Sözleşmenin anılan nitelikte olup olmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilecektir¹¹².

III. Kişiliğin Korunma Yolları

A. Genel Olarak

Kişilik hakkının korunması, bir kişinin kişilik hakkı kapsamındaki değerlerini ihlâl eden hukuka aykırı müdahalelerin önlenmesi, sona erdirilmesi ve eğer müdahale sebebiyle bir zarar ortaya çıkmışsa bunun tazminini amaçlayan özel hukuk kurallarının bütünüdür¹¹³.¹¹⁴ Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını talep edebilmektedir (TMK m. 24/I). Korumanın söz konusu olabilmesi için, kişilik hakkının mevcudiyeti, kişilik hakkının saldırıya uğraması ve kişilik hakkına yönelik saldırının hukuka aykırı olması aranmaktadır. Kişiliği korumaya yönelik her türlü hukuk kuralına aykırılık, hukuk aykırılık anlamına gelmektedir¹¹⁵.

Kişilik hakkına saldırı durumunda ileri sürülebilecek talepler ikili bir ayrımla belirtilebilmektedir. Önleme, durdurma ve hukuka aykırılığın tespiti davası ve kararın

¹⁰⁷ TBK m. 27/I: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*”.

¹⁰⁸ Başpınar, s. 19.

¹⁰⁹ Bkz. Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre. *Medeni Hukuk*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 480.

¹¹⁰ Öğretide kelepçeleme sözleşmeleri olarak adlandırılan sözleşmeler ile bir taraf edim taahhüdü ile diğer tarafa ahlâka aykırı bir şekilde bağlanmaktadır. Kelepçeleme sözleşmeleri, kelepçe oluşturan kısımlar itibarıyla kısmen geçersizdir. Kelepçeleme sözleşmelerine ilişkin açıklama için bkz. Başpınar, s. 17 vd.

¹¹¹ Erçin, Ferhat. “Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlâka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2011, s. 104.

¹¹² Ekonomik boykot, ekonomik faaliyet gösteren belirli kişi ya da kişilerle organize bir biçimde ekonomik ve hukukî ilişkiye girmemeyi ifade etmektedir. Boykot kararının dayanak noktası, hedefteki kişi ya da kişilerin kınanabilir veya zararlı bir davranışta bulunduğu ya da beklenen bir davranışın yerine getirilmemesi nedeniyle cezalandırılması gerektiği düşüncesidir. Ekonomik boykota ilişkin çeşitli ayrımlarla, boykotun kişilik hakkı ihlâli teşkil edip etmemesi durumlarının tartışması ve değerlendirilmesi için bkz. Gönen, s. 115-123.

¹¹³ Bkz. Gönen, s. 137.

¹¹⁴ Kişinin rızası sonucunda ortaya çıkan saldırılara karşı kişiliğin korunması amacıyla TMK m. 23 hükmü öngörülmüştür. TMK m. 23/I-II: “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*”. Örneğin tüzel kişinin mesleki ve ticarî varlığını sona erdirecek derecede ekonomik sırlarına ulaşılabilmesini kabul etmesi, somut olayda TMK m. 23/II’ye aykırılık teşkil edebilmektedir. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 481.

¹¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 194.

yayımlanması ve üçüncü kişilere bildirilmesi talebi olarak ifade edilebilecek koruyucu davalar bu ayırımın ilk kısmını oluşturmaktadır^{116, 117}.

Hukuka aykırı saldırı sonucunda bir zarar meydana gelmişse¹¹⁸ ve fail kusurlu¹¹⁹ ise ikinci ayırım olan tazminat davaları devreye girmektedir. Bu kapsamda şartlarının oluşması durumunda maddî ve manevî tazminat davası yoluna gidilebilmektedir¹²⁰. Tazminat davaları, kişilik hakkı saldırıya uğrayan mağdurun bu saldırı nedeniyle sorumlu olan kişiden saldırıdan etkilenen durumunu (mümkün olduğunca) saldırı gerçekleşmeseydi bulunacağı noktaya taşınmasını talep ettiği davalar olarak tanımlanabilmektedir¹²¹. Maddî tazminat davası ile uğranılan malvarlıksal kaybın giderimi talep edilmektedir¹²². Manevî tazminat davası ise, kişiliğe yönelik saldırı sebebiyle uğranılan manevî zararın¹²³ tatmin edilerek giderilmesi gayesiyle kişiye tanınan dava hakkını ifade etmektedir¹²⁴.

¹¹⁶ TMK m. 25/I-II: “Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.”. Koruyucu davalara ilişkin açıklama için bkz. Gönen, s. 160-171.

¹¹⁷ Kişilik hakkı ihlâl edilen kişiler internet ortamındaki yayınlar dolayısıyla 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (RG. 23.05.2207, S. 26530) gereğince özel hayatın gizliliğinin ihlâli durumunda erişimin engellenmesini (m. 9A), diğer kişilik haklarına ilişkin ihlâller bakımından içeriğin yayından çıkarılmasını ve içeriğe erişimin engellenmesini (m. 9) talep edebilmektedirler. Yargıtay, internet ortamında yapılan yayınlarla kişilik hakkı ihlâli oluşması durumunda 5651 sayılı Kanunu TMK’ya göre özel kanun kabul etmiş ve kişilik hakkını koruyucu davaların bu Kanun hükümleri uyarınca açılması gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir (4. HD, T. 07.07.2011, E. 2011/2042, K. 2011/8051; 4. HD, T. 29.01.2013, E. 2012/2045, K. 2013/1218; 4. HD, T. 27.05.2013, E. 2013/7417, K. 2013/10004, (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı). Hakkı ihlâl edilen kişinin dilediği hukukî imkâna başvurabileceği gerekçesi ile ilgili kararların eleştirisi için bkz. Demirbaş, s. 160-161.

¹¹⁸ Sorumluluğun temel şartlarından birisi de zararın meydana gelmiş olmasıdır. Zarar, bir kimsenin malvarlığında (veya şahıs varlığında) rızası dışında oluşan azalma anlamına gelmektedir. Bkz. Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 39. Zarar kavramının öğretide dar ve geniş olmak üzere iki anlamda tanımlandığı da görülmektedir. Dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında oluşan eksilme olarak tanımlanmaktadır. Buna maddî zarar da denmektedir. Geniş anlamda zarar ise maddî zarar ile birlikte manevî zararı da kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. Bkz. Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 599 vd.

¹¹⁹ Kusur kavramı; hukuka aykırı sonucu istemeyi (kast) ya da söz konusu sonucu istememekle birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeteri derecede kullanmamak (ihmal) olarak tanımlanmaktadır. Oğuzman/Öz, s. 54.

¹²⁰ TMK m. 25/III: “Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.”; TBK m. 58: “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”.

¹²¹ Gönen, s. 171.

¹²² Maddî tazminat davasına ilişkin açıklama için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 231-233; Gönen, s. 173-176.

¹²³ HGK, T. 23.11.2016, E. 2014/1225, K. 2016/1078: “Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırap manevi zarar değil, onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir.” (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı). Manevî zarar kavramına ilişkin ayrıca bkz. Oral s. 26 vd.; Ürem, Müge. “Sözleşmeye Aykırılık Halinde TBK m. 58/I Hükümünce Tüzel Kişi Lehine Hükmedilecek Manevi Tazminat Borcunun Doğumu İçin Aranan Şartlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020/2, s. 1404 vd.

¹²⁴ Manevî tazminat davasına ilişkin genel açıklama için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 233 vd.; Oral, s. 162 vd.

Öğretide kişilik hakkına yönelik saldırı kapsamında tüzel kişilerin manevî tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı hususu tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, hukuk düzeninin tanınmasına bağlı olarak kişilik kazanabilen ve acı, elem ve ızdırıp gibi insanî duyguları hissetme yetisine sahip olmayan tüzel kişilerin¹²⁵ hakaret, iftira ya da benzeri sebeplerle manevî tazminat talep etmesi mümkün değildir¹²⁶. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, manevî tazminat yalnızca hissedilen acı, elem ve ızdırabı sona erdirmeye amacı gütmekte, bunun yanı sıra kişinin onurunu ve saygınlığını, daha genel bir ifadeyle parçası olduğu toplumdaki algılanışını da koruma altına almaktadır. Bu kapsamda tüzel kişilerin de manevî zararı söz konusu olabilir^{127, 128} ve manevî tazminat talebinde bulunabilirler¹²⁹. Bu görüşün dayanağına ilişkin öğretilerde farklı gerekçeler öne sürülse de temel olarak manevî tazminatın cezalandırma amacını ve denkleştirme bedeli fonksiyonunu vurgulamak daha önemli görülmektedir¹³⁰.

¹²⁵ Aksi yönde bir örnek olarak ortaklığın açılışı için fotoğraf ve video çekiminin yapılması amacıyla bir fotoğrafçıyla sözleşme kurulması ancak çekimin sağlıklı olarak yapılmaması ve ilgili kayıtların ortaklığa teslim edilmemesi durumunda, açılış merasiminin ortaklığın yaşamında özel öneme sahip olup telafisinin mümkün olmaması nedeniyle, bu hususun kişide oluşturacağı üzüntü ve elem hayatın olağan akışına uygun olduğu ve kişilik haklarının zedelenecek manevî zararın söz konusu olacağı yönünde bkz. Ürem, s. 1403.

¹²⁶ Gönen, s. 183.

¹²⁷ Taşkın, s. 242; Ergün, s. 159; Oral, s. 39-41; Ürem, s. 1383-1384.

¹²⁸ Örneğin on yıllık ortaklığın kuruluşundan bu yana uluslararası başarılarını anlatmak için yayım sözleşmesi uyarınca kitap basma borcu altına giren yayımcının özenli davranmayarak, ortaklığın işlerinin nitelik ve niceliklerini, yabancı iş ortaklarını, iş yaptığı ülkeleri yanlış yazması durumunda sözleşmeye aykırı davranış sonucunda kişilik haklarından ticarî saygınlığın ihlâl edildiğine karar verilirse manevî tazminata hükmedilebilir. Örnek için bkz. Ürem, s. 1402.

¹²⁹ Bu hususta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları da bulunmaktadır. Başvuranın halka açık ortaklık olduğu bir AİHM kararında, başvuran ortaklık “*Adil yargılanma hakkı*” başlıklı AİHS m. 6/1’de düzenlenen makul süre içerisinde yargılanma hakkının ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Karşısında yer alan Portekiz Hükümeti ise, yargılamaların oldukça karmaşık olduğunu ve mahkemelerin aşırı iş yüküne sahip olduğunu ileri sürerek bu iddiaya itiraz etmiştir. AİHM, davanın bazı yönlerinin karmaşık olduğu tespitinde bulunmuş, ancak bu hususun yargılamanın on yedi yıl beş ay sürmesini haklı çıkaracak bir gerekçe olamayacağını kaydetmiştir. Anılan gerekçelerle AİHS m. 6/1’in ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır. AİHM bununla birlikte başvuruyu AİHS m. 41 bağlamında da ele almıştır. “*Adil tazmin*” başlıklı AİHS m. 41, “*Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlâl edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf’ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.*” şeklindedir. Nitekim başvuran ortaklık maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuştur. Portekiz hükümeti, manevî tazminat talebine ilişkin olarak manevî tazminata hükmedilmesinin amacının kaygı, davanın sonucunu beklemek zorunda olmanın getirdiği stres vs. için tazminat sağlamak olabileceğini, bu duyguların gerçek kişilere özgü olduğunu ve bu kapsamda tüzel kişinin tazminat talep edemeyeceğini öne sürmüştür. AİHM, m. 41 kapsamında “*adil*” bir tazmini sağlamak adına ve “*gerekirse*” tazminat hususunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. AİHM, manevî tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceğinin davanın koşullarına bağlı olduğunu, üye devlet uygulamalarının da bu kapsamda dikkate alınması gerektiği ve birçok devletteki adli uygulamanın tüzel kişilere manevî tazminat ödenmesi olasılığını göz önünde bulundurduğunu, bu nedenle ticaret ortaklığına manevî tazminat ödenmesine karar verme olasılığının dışlanamayacağına hükmetmiştir. AİHM’e göre, bu tür ortaklıkların maruz kaldığı manevî zarar, nesnel veya öznel talep başlıklarını içerebilmektedir. Bu kapsamda ortaklığın itibarı, karar planlamadaki belirsizlik, ortaklık yönetimindeki aksama ve son olarak az derecede de olsa yönetim kurulu üyelerine verilen rahatsızlık ve endişe dikkate alınmalıdır (AİHM, Comingersoll S.A./Portekiz, BN: 35382/97, KT. 06.04.2000). AİHM, başvuranın Ünal Akpınar İnşaat, Sanayi, Turizm, Madencilik ve Ticaret Anonim Ortaklığı olduğu ve AİHS m. 41 bağlamında adil tazminin talep edildiği başvuruya ilişkin olarak da yukarıdaki kararda anılan gerekçelere paralel gerekçelerle anonim ortaklığın manevî zararının söz konusu olabileceği ve bu kapsamda manevî tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir (AİHM, Ünal Akpınar İnşaat, Sanayi, Turizm, Madencilik ve Ticaret AŞ/Türkiye, BN: 41246/98, KT. 08.09.2015, Paragraf. 38,39,40). Başvuran ortaklık lehine manevî tazminata hükmedilen bir başka karar için bkz. AİHM, Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano/İtalya, BN: 38433/09, KT. 07.06.2012). Yine dernek tüzel kişiliğinin manevî zarara uğrayabileceği yönünde bir karar için bkz. AİHM, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya, BN: 15153/89, KT. 19.12.1994.

¹³⁰ Yargıtay da tüzel kişilerin manevî tazminat talep edebileceği görüşündedir. 4. HD, T. 17.03.2008, E. 2007/8212, K. 2008/3486: “*Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırıp manevi*

B. Ada İlişkin Özel Düzenleme

Kişilik hakkı kapsamında bir kişisel değer olarak adın ihlâlinden bahsedilebilmesi için, koruma görececek bir adın mevcudiyeti, bu ada yönelik bir müdahale ve bu müdahalenin de haksız olması gerekmektedir. Kanunda iki çeşit müdahaleden söz edilmektedir. İlki bir kimsenin taşıdığı adı kullanmaya hakkı olmadığı yönünde başka kişiler ya da resmî makamlar tarafından itiraz edilmesidir (TMK m. 26/I). Diğeri ise, bir kimsenin başkasına ait bir adı hakkı olmadan kendi adı olarak ya da başka bir eşyayı belirtmek amacıyla kullanması (gasp) olarak ifade edilmiştir (TMK m. 26/II)¹³¹. Burada çekişme oluşturan kullanım veya haksız kullanım durumunda TMK m. 26 kapsamında koruyucu davalar söz konusu olacaktır¹³². Ancak söz edilenler dışında TMK m. 25’de öngörülen genel kişiliği koruyucu davalara da başvurulabilecektir. Zira ad kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel bir değerdir. TMK m. 26 ile özel olarak düzenlenmeseydi dahi TMK m. 25 uyarınca korunması söz konusu olacaktı¹³³.

Kişilik hakkı korumasına ilişkin genel hükmün yanında adın korunmasına ilişkin özel bir hüküm öngörülmesi Kanun koyucunun ada verdiği önemi göstermektedir. Bu kapsamda adın korunması anonim ortaklıklar bakımından da en az gerçek kişilerde olduğu kadar önem arz etmektedir. Anılan nedenle ticaret unvanının korunması bakımından koruma alanının mümkün olduğunda geniş tutulması gerekmektedir. Bu kapsamda adın korunmasına ilişkin hükümler ile ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümler değerlendirilmelidir. Hükümlerin amaçları doğrultusunda bir yorum yapılmalıdır. Adın korunması ile amaçlanan adın ayırma ve belirtme

zarar değil onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir. Acı ve elemin manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu, tüzel kişileri ve bilinçsizleri, öte yandan acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak, için yasalar, manevi tazminat verilebilecek olguları sınırlamıştır.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); 4. HD, T. 24.09.2001, E. 2001/4164, K. 2001/8421: “Kişilik haklarına saldırının kapsam ve koşulları MK.nun 24, 24/a maddesinde belirtilmiş, BK. nün 49. maddesinde de saldırı halindeki yaptırımın kapsam ve niteliği düzenleme altına alınmıştır. BK. nün 49. maddesinde belirtilen manevi zarar, kişinin kişisel çıkarlarında (haklarında) uğradığı bir eksildir. Bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının; bu manevi değerlerinde bir eksilmeye (manevi zarara) neden olacağı bir gerçektir. Gerçi, duyguları olmayan tüzel kişilerin elem ve izdi rap duymaları düşünülemez. Ancak bu onların kişilik değerlerinin saldırıya uğramadığı sonucunu doğurmaz. Hukuk düzeni tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahsedilmiş olduğuna göre (MK. nün 46), tüzel kişinin üzüntü duymayacağı gerekçesiyle davanın reddi doğru değildir. Zaten manevi zarar salt üzüntünün varlığı halinde değil, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda gerçekleşen bir zarardır. Bunun içindir ki gerek Medeni Yasa ve gerekse Borçlar Yasası (m. 49) yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerinde kişisel haklarını korumaktadır. Yargıtayın uygulaması ve bilimsel eserlerdeki baskın görüş, tüzel kişilerin de kişisel nitelikçe gerçek kişilerin kişiliklerine özgü olanların dışında kalan, kişisel haklarına saldırı halinde manevi tazminat isteyebilecekleri yolundadır. Bu yön gözetilmeksizin yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmektedir.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); 4. HD, T. 13.03.2002, E. 2001/11911, K. 2002/2952: “Dava, yayın yolu ile kişilik haklarının saldırıya uğradığı nedenine dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. Davaya konu olan olayda davacı şirkete verilen temizlik ihalesinde bir takım entrikalar yapıldığı, adı geçen şirket tarafından yerel gazetelerde halkın şikayetlerinin yazılmaması için elliser milyonluk ilanlar gönderildiği; davacı şirketin rüşvet ve tehditlerle bir yere gelmeye çalıştığı yönünde haber ve yorumlar yapıldığı görülmektedir. Temel ilkeler göz önüne alındığında davaya konu edilen yayın ile davacının kişilik haklarının saldırıya uğradığı açıktır. Buna karşın, davacı yararına manevi tazminat takdir edilmemiş olması hukuka aykırıdır.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); HGK, T. 01.02.2012, E. 2011/4-687, K. 2012/26 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı); 11. HD, T. 05.05.2003, E. 2002/12249, K. 2003/4456 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

¹³¹ Gönen, s. 63.

¹³² TMK m. 26: “Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevî tazminat ödenmesini isteyebilir.”

¹³³ Oral, s. 56; Özatlan, s. 171-172.

işlevinin korunmasıdır. TTK kapsamında ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümler ile tüzel kişi tacirin diğer tacirlerden ayırt edilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda adın korunmasına ilişkin hükmün amacı ile TTK’da düzenlenen ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin amacı paralellik göstermektedir. Burada ticarî faaliyetlerle sınırlı olarak TTK m. 52¹³⁴ hükmü TMK m. 26 karşısında özel hüküm niteliğindedir ve öncelikle uygulanmalıdır. Ancak ticarî faaliyetle sınırlı olmayan ve manevî menfaatlerin de söz konusu olduğu bir ticaret unvanı ihlâli durumunda TMK m. 26 hükmü uygulanacak ve böylelikle ada ilişkin geniş koruma ticaret unvanı özelinde de sağlanmış olacaktır. Bu kapsamda örneğin anonim ortaklığın ticaret unvanının bir dernek tarafından çıkarılan dergiye isim olarak seçilmesi durumunda TMK m. 26 hükmü işletilebilecektir^{135, 136}.

C. Kişilik Hakkının Korunmasına İlişkin Hükümler ile Haksız Rekabet Hükümleri Arasındaki İlişki

Haksız rekabet hükümleri tüm katılanların menfaatine olarak dürüst ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması amacıyla TTK m. 54 ve devamında öngörülmüştür. Bu kapsamda rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırı kabul edilmektedir (TTK m. 54). Verilen tanıma ek olarak, haksız rekabet durumunu ortaya çıkarabilecek başlıca davranışların neler olduğu TTK m. 55’de sınırlayıcı olmayacak bentler hâlinde sayılmıştır. Haksız rekabet oluşturan davranışların engellenmesinin temel sebebi, rakip kişi veya işletmeler arasında oluşacak rekabetin toplumun menfaatine ve ekonominin gereklerine daha uygun olduğu düşüncesidir. Haksız rekabet hükümleriyle kişinin ekonomik kişiliğinin korunması ve bunun yanında temel olarak toplumun menfaatine hizmet amaçlanmaktadır. Haksız rekabetin engellendiği bir ortamda kişilerin daha kaliteli mal ve hizmet üreteceği, bu durumun da

¹³⁴ TTK m. 52: “Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir. (2) Mahkeme, davayı kazanan tarafın istemi üzerine, giderleri aleyhine hüküm verilen kimseye ait olmak üzere, kararın gazete ile yayımlanmasına da karar verebilir.”.

¹³⁵ Oral, s. 86-89.

¹³⁶ Öğretide bir başka görüş ise haksız rekabet hükümlerini de hesaba katarak, düzenlemelerin uygulanma alanlarının ve koruduğu menfaatlerin farklılığından hareketle kümülatif bir korumanın söz konusu olabileceği, söz konusu hukukî düzenlemelerin yarışma içerisinde olduğunu öne sürmektedir. Bu kapsamda ticaret unvanı sahibi tacir, TTK m. 52 kapsamında bir koruma talep edebileceği gibi, haksız rekabet ya da adın korunmasına ilişkin TMK hükümlerine de başvurabilecektir. Bkz. Bilge, 2014, s. 26-27. TTK m. 52 vd. da yer alan ticaret unvanı korumasına ilişkin hükümler tescil edilmiş ticaret unvanı bakımından söz konusu olabilecektir. Eğer ticaret unvanı tescil edilmemişse koruma için haksız rekabete ilişkin hükümlere başvurulabilmektedir. Tescil edilmiş ticaret unvanının korunmasına ilişkin olarak ise haksız rekabet hükümleri ve ticaret unvanı korumasına ilişkin hükümler arasındaki ilişki hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bir görüşe göre haksız rekabet hükümleri ile ticaret unvanı korumasına ilişkin hükümler yarışma içerisinde yer almaktadır. Bkz. Bilge, 2014, s. 26-27. Yargıtay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Bkz. 11. HD, T. 22.04.2008, E. 2007/3728, K. 2008/5436 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı). Öğretide bir başka görüş uyarınca ise TTK m. 52 ve TTK m. 56 hükümleri değerlendirildiğinde, hangi hüküm kapsamında koruma talebinde bulunulduğu sonuç bakımından farklılık taşımamakta, bu çerçevede özel hükmün varlığı karşısında genel hüküm olan haksız rekabet hükümlerine başvurulması uygun bulunmamaktadır. Oral, s. 86-87. Kanaatimizce yukarıdaki açıklamamız doğrultusunda düzenlenme amaçlarının farklılığından hareketle haksız rekabet hükümleri ayrı ayrı ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümler ve ad korumasına ilişkin hükümler ile yarışma içerisinde. Kişilik hakkı korumasına ilişkin hükümler ile haksız rekabet hükümleri arasındaki ilişki için ayrıca bkz. III, 3.

bütünüyle toplumun menfaatine hizmet ettiği düşünülmektedir¹³⁷. Kişilik hakkı koruması kapsamında ise kişisel değerlerin korunması amaçlanmaktadır. Düzenlemeler arasında koruma kapsamında açılacak davalara ilişkin davacı sıfatları bakımından da farklılıklar bulunmaktadır¹³⁸.

Sonuç olarak ilgili hükümler incelendiğinde haksız rekabetin ve kişilik hakkı ihlâlinin örtüşmeler olsa da amaçları ve gerçekleşme şartları birbirinden farklıdır; somut olayda birinin varlığı diğerinin de zorunlu olarak var olduğu anlamına gelmemektedir. Somut olayda hem haksız rekabet durumunun hem de kişilik hakkına saldırı durumunun bulunması hâline ilişkin olarak¹³⁹ öğretide iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin özel hüküm niteliğinde kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu çerçevede eğer bir fiil hem kişilik hakkına aykırılık oluşturuyor hem de haksız rekabet yaratıyorsa, bu nitelikteki davranışlara ilkin haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır¹⁴⁰. İkinci görüş uyarınca ise, hükümlerin amaçları ve uygulanma şartları farklılık arz etmektedir. Bu nedenle birinin uygulanması diğerinin uygulanmasına engel teşkil edecek bir özel ve genel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır. Hükümlerin arasında taleplerin yarışmasından söz edilir¹⁴¹.

Biz öğretideki ikinci görüşe katılmaktayız. Ancak burada yarışma durumuna ilişkin açıklama yapılması gerekmektedir. Zira normların ya da kanun hükümlerinin ya da taleplerin yarışması sorunu öğretide görüş birliği bulunmayan, hukuk metodolojisinin en eski tartışma konularından birini oluşturmaktadır¹⁴². Taleplerin yarışması hususundan söz edebilmek için, aynı içeriğe sahip talep hakkının söz konusu olması gerekmektedir. Aynı vakıa nedeniyle söz konusu olan aynı içeriği bulunan taleplerin dayandığı birden çok hukukî sebebin birbirlerini dışlamadan/devre dışı bırakmadan veya birbirlerine alternatif/seçimlik olarak sunulmadan, her birinin uygulanabilmesini ifade etmektedir. Ancak çifte tazminat yasağı bulunmaktadır. Aynı içeriğe sahip olmaları nedeniyle birinin elde edilmesi durumunda diğeri sona ermektedir¹⁴³. Haksız rekabet durumunda başvurulabilecek yollar ve kişilik haklarının ihlâlinde başvurulabilecek yollar karşılaştırıldığında ikisinde de aynı edim muhtevasına sahip talebi içeren davalar olduğu görülmektedir¹⁴⁴. Aynı edim içeriğine sahip taleplerin bulunması durumunda taleplerin yarışmasından söz edilebilecektir. Ancak farklı edimi içeren talepler de söz konusu olabilecektir. Örneğin kişilik hakkına saldırı durumunda saldırının bulunduğuyla ilişkin kararın yayınlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesi talep edilebilmektedir, mahkeme bu hususa da hükmedebilmektedir. Yine haksız rekabete ilişkin TTK m. 56/1-c’de kişilik hakkı ihlâli nedeniyle öngörülmeleyen bir talep öngörülmüştür. Bu durumlarda taleplerin yarışmasından değil

¹³⁷ Arkan, s. 319 vd.; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 525 vd.; Özdemir, Semih Sırrı. *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 14 vd.

¹³⁸ Bkz. ve karşı. TMK m. 24 ve TTK m. 56/1.

¹³⁹ Örneğin ticarî sır kapsamında bir bilginin anonim ortaklığın rızası dışında elde edilmesi ve istemediği çevrelerce öğrenilmesi hem kişilik hakkına saldırı niteliği taşımakta hem de TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümleri kapsamında değerlendirilebilmektedir (özellikle bkz. TTK m. 55/1-c-1, m. 55/1-c-2, m. 55/1-d).

¹⁴⁰ Gönen, s. 110-112; Oral, s. 96-98.

¹⁴¹ Nomer Ertan, Füsün. *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 147-148.

¹⁴² Buz, Vedat. “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXIX, S. 2, 2013, s. 21 vd.

¹⁴³ Tosun, Çağdaş. *Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 78.

¹⁴⁴ Haksız rekabet durumunda ileri sürülebilecek taleplere ilişkin bkz. Özdemir, s. 99 vd.; Balık, İfakat. *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 212 vd.

yığılmasından söz edilmelidir. Öğretide “kümülatif yarışma” ya da “taleplerin yığılması” olarak ifade edilen bu husus, aynı vakıa nedeniyle ortaya çıkan farklı nitelikteki taleplerin bir arada ileri sürülebilmesini ifade etmektedir^{145, 146}. Ancak fiil ekonomik içerikli olmasına rağmen kişinin ekonomik faaliyetlerini aşarak doğrudan doğruya kendisine yönelmesi durumunda (örneğin doğrudan kişinin piyasadan silinmesine, sona ermesine yönelikse) doğrudan kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümler uygulanmalıdır¹⁴⁷.

SONUÇ

Anonim ortaklıkların kişilik hakkı, tüzel kişi olmalarından hareketle tüzel kişilerin kişilik hakkı bağlamında incelenmiştir. Tartışma ve değerlendirme sonucu tüzel kişilerin de özellikle hak ehliyetlerinin bulunması temelinde cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği gerçek kişilere özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehil olmalarıyla paralel olarak kişilik hakkına da sahip oldukları ifade edilmiştir. Kişilik hakkı bakımından da tüzel kişiler, mahiyetlerine uygun düşen bütün kişilik haklarına sahip bulunmaktadır. Bu kapsamda tüzel kişilerin gerçek kişilere özgü olan yaşam ve bedensel bütünlük gibi maddî bedensel değerlere sahip olmadıkları hususu açıktır. Ancak anılanlar dışındaki bütün kişisel değerler bakımından tüzel kişilerin kişilik haklarının korunduğu kabul edilmelidir. Aksinin kabulü hukuk düzeninin ehliyet tanıdığı hukuk süjesini yeterince koruyamaması anlamına gelmektedir.

Korunan kişilik değerleri Kanunda açıkça belirtilmemiş genel çerçeve bir hüküm öngörülmüştür (TMK m. 24). Yerinde olarak kişilik değerlerine ilişkin sınırlayıcı bir ifadeden kaçınılmıştır. Zira gelişen ve değişen teknolojide sosyal hayatın da evrimi ile kişilik değerlerinin kapsamı da farklılaşabilecektir. Bu kapsamda önüne gelen somut uyuşmazlık bakımından kişilik hakkının içeriğine dahil bir değer söz konusu olup olmadığını, hâkim tespit edecektir. Ancak yine de öğretide ve yargı kararlarında başlıca kişilik hakkı değerleri ifade edilmiştir. Anonim ortaklıklar bakımından bu kişilik hakkı değerlerinin neler olabileceği ve içeriğinin izahı önem taşımaktadır. Bu kapsamda ilk olarak ad koruması izah edilmelidir¹⁴⁸. Anonim ortaklıklar bakımından bu bağlamda akla gelen soru(n) ticaret unvanının ad kapsamında değerlendirilip

¹⁴⁵ Buz, s. 23-24, 27; Tosun, s. 76-77.

¹⁴⁶ Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının bulunduğu ilişkin bkz. Gönen, s. 113-114. Bu hususta bir Yargıtay kararında, davacı ortaklık TMK m. 25 uyarınca internet üzerinden yapılan yayınların hukuka aykırılığının tespitini, yayınların sona erdirilmesini ve lehine manevî tazminata hükmedilmesini talep etmiştir. Mahkemece TMK m. 25'in ancak gerçek kişilerin kişilik haklarına saldırı durumunda uygulanabileceği, somut olayda tartışılması gereken maddelerin TTK m. 55 vd. olduğu ve bu sebeple davanın ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilerek görevsizlik kararı verilmiştir. Yargıtay, tüzel kişilerin de kişilik haklarının olduğunu belirterek, TMK m. 25'in hem gerçek hem tüzel kişiler bakımından geçerli bir hüküm olduğuna, bu nedenle işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiğine hükmetmiş, ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur [11. HD, T. 16.02.2015, E. 2015/1252, K. 2015/2024 (Hukuk Türk- Hukuk Veri Tabanı)]. Yargıtay bu hususta bir başka kararında aksi yönde eleştirilebilir bir karar vermiştir. Karara konu olayda ilk derece mahkemesi davacı ortaklığın uygulamalarını bir internet sitesinde alçakça, rezilce, düşmanca gibi tabirlerle nitelemenin eleştiri sınırlarını aştığını, davacı ortaklığın ticarî itibarını zedelediğini, bu kapsamda kişilik haklarına tecavüz edildiği gerekçesiyle manevî tazminata hükmetmiş, ilgili yazının siteden çıkarılmasına karar vermiştir. Yargıtay ise uyuşmazlığın haksız rekabet nedeniyle tazminat istemine ilişkin olduğu ve bu kapsamda ticarî dava olduğu, görevli mahkemede açılmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur [11. HD, T. 01.06.2015, E. 2015/1372, K. 2015/7393 (Hukuk Türk- Hukuk Veri Tabanı)].

¹⁴⁷ Oral, s. 98-99.

¹⁴⁸ Ad koruması TMK m. 26'da hüküm altına alınmıştır ve kişilik hakkının özel bir görünümüdür. Bir diğer ifadeyle kişilik hakkı kapsamındaki bir değer olarak ifade edilmelidir.

değerlendirilemeyeceği hususudur. Biz ticaret unvanının anonim ortaklığın adı olarak değerlendirilerek kişilik hakkı değeri olarak da korunması gerektiği görüşündeyiz. Kişilik hakkı kapsamındaki bir değer olarak gizli ve özel hayat alanı korumasına ilişkin olarak ise, temkinli bir yorum yapılmalıdır. Zira anonim ortaklıklar kurumsal yönetim anlayışının da gereği olarak şeffaflık ilkesi çerçevesinde faaliyet göstermelidir. Ancak ticarî sınırlar bu hususta bir sınır olarak çizilmeli, ticarî sır oluşturan hususlar gizli ve özel hayat alanı içerisinde değerlendirilerek kişilik hakkı koruması kapsamına sokulmalıdır. Kişilik hakkı kapsamında korunması gereken bir değer olarak onur ve saygınlık ise anonim ortaklıklar bakımından sosyal ve ticarî olarak iki ayrı yönden ele alınmalıdır. Kurumsal yönetim anlayışının da bir gereği olarak, anonim ortaklıkları sadece ticarî anlamda değerlendirmek yerinde bulunmayıp, kurumsal sosyal sorumluluklarının varlığı da kabul edilmelidir. Bu kapsamda anonim ortaklıkların sosyal saygınlıkları da korunmaya değer bulunmaktadır. Ancak faaliyet gösterdiklerini alanda varlıklarını sürdürebilmeleri açısından anonim ortaklıkların ticarî onur ve saygınlıklarına özel önem atfedilmelidir. Öneme binaen bu hususta çok sayıda Yargıtay kararı da bulunmaktadır. Kişinin meslekî, ticarî ve sanatsal faaliyet ve yetenekleriyle toplum içinde elde ettiği ekonomik kişiliğinin de korunması gereken kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmekte olup, anonim ortaklığın da ekonomik potansiyelinin özgürce kullanılmasını sağlayan tüm değerleri koruma kapsamındadır. Bu bağlamda kişiliğinin yok edilmesi, hukuka ve ahlâka aykırı şekilde sınırlandırılması kişilik hakkı kalkımı ile engellenmelidir.

Kişilik hakkının korunmasına ilişkin açılacak davalar TMK m. 25’de düzenlenmiştir. Burada öğretide tüzel kişilerin manevî tazminat talep edip edemeyecekleri hususunun da tartışıldığı ifade edilmelidir. Ancak bizim de katıldığımız baskın görüş ve Yargıtay uygulaması tüzel kişilerin de manevî tazminat talep edebilecekleri yönündedir. Nitekim manevî tazminat sadece acı, elem, ızdırap hisleri bağlamında değerlendirilmemeli, toplumsal saygınlığı da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu çerçevede tüzel kişilerin de kişilik haklarının ihlali durumunda manevî tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilmelidir.

Bir fiil hem haksız rekabet hem de kişilik hakkına saldırı teşkil ediyorsa, hükümlerin düzenlenme amaçları farklılık arz ettiğinden aralarında genel ve özel hüküm ilişkisi bulunmadığı kabul edilmelidir. İlgili hükümler arasında somut olay bakımından taleplerin yarışması ya da taleplerin yığılması ilişkisi bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, C. I, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Arkan, Sabih. *Ticarî İşletme Hukuku*, 22. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.

Arpacı, Abdülkadir. *Kişiler Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

Aydoğan, Fatih. “Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukukî Durum – Değişiklik (Madde) Önerisi – İtiraz Yolu Ve/Veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 27-50.

Ayhan, Rıza. “Ticari İş- Ticari İşletme- Tacir- Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı- Haksız Rekabet”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 31-53.

Başpınar, Veysel. “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 1999, s. 17-34.

Balık, İfakat. *Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Bilge, Mehmet Emin. *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Bilge, Mehmet Emin. *Ticari Sırların Korunması*, 2. Baskı, Asil Yayın, Ankara, 2005.

Boyacıoğlu, Cumhur. *Ticaret Unvanı*, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2006.

Buz, Vedat. “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXIX, S. 2, 2013, s. 19-53.

Canbolat, Ferhat. *Güncel Gelişmeler Işığında Kişilik Hakları ve Korunması*, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 225-230.

Canbolat, Ferhat/Gönül Koşar, Günhan. “Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 151, 2020, s. 259-302.

Çakı, Gamze. *Anonim Ortaklık Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Çırak, Ezgi. “Dijital Çağda Sonsuza Kadar Hatırlamaya Karşı Unutulma Hakkı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Nisan 2018, S. 36, s. 161-189.

Demirbaş, Harun. “Sosyal ve Ticari İtibarına Yönelik Saldırlara Karşı Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 119-120, 2014, s. 133-166.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku*, C. II, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

Eminoğlu, Cafer. *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Ergün, Ömer. *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Eriş, Gönen. *Ticari İşletme ve Şirketler*, C. I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Göktürk, Hüseyin Avni. *Türk Medeni Hukuku Birinci Kitap Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku)*, 2. Baskı, Siyasal Bilgiler Okulu, Ankara, 1945.

Gönen, Doruk. *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Gürbüz Usluel, Aslı E.. *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticarî Sırrın Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Feyzioğlu, Feyzi/Doğanay, Ümit/Aybay, Aydın. *Medenî Hukuk Dersleri*, C. I, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

İmre, Zahit. “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 39, S. 1-4, 1974.

İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.

Kançal, Ezgi. *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Unutulma Hakkı*, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.

Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş-Ticari İşletme*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.

Korkmaz, Şerife. *Ticaret Unvanının Korunması ve Marka ile İlişkisi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Nomer Ertan, Füsün. *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

Oral, Tuğçe. *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Özatlan, Yurdal. "Ticaret Unvanı ve İşletme Adına Yönelik Tecavüzlerde Kişilik Hakkını Koruyucu Hukuki Mekanizmaların İşlevi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 141, 2014, s. 167-193.

Özdemir, Hayrünnisa. "Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, s. 561-598.

Özdemir, Semih Sırrı. *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Özsunay, Ergun. *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1982.

Özsunay, Ergun. *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1979.

Öztan, Bilge. *Tüzel Kişiler*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.

Paslı, Ali. *Anonim Ortaklıkta Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005.

Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (2014).

Serozan, Rona. *Tüzel Kişiler-Özellikle: Dernekler ve Vakıflar*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994 (1994).

Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Şener, Oruç Hami. *Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Şenocak, Kemal. "Tescilli Markanın Aynıısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXV, S. 3, 2009, s. 89-144.

Taşkın, Alim. "Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkının Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 42, S. 1, 1992, s. 205-243.

Tekin, Ufuk. "Kişisel Veri" Kavramının Ticaret Şirketleri Bakımından Düşündürdükleri, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı C. III*, C. 5, S. 1, 2020, s. 3127-3140.

Tosun, Çağdaş. *Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Turgut, Cemile. *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Ülgen, Hüseyin/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/ Helvacı, Mehmet/Nomer Ertan, N. Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Ürem, Müge. “Sözleşmeye Aykırılık Halinde TBK m. 58/I Hükmünce Tüzel Kişi Lehine Hükmedilecek Manevi Tazminat Borcunun Doğumu İçin Aranılan Şartlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020/2, s. 1381-1435.

Yongalık, Aynur. “Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler, Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXI, S. 3, 2002, s. 5-32.

Yıldız, Burçak. “AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti (“Ultra Vires” İlkesi)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXIII, S. 3, 2006, s. 185-206 (*Ultra Vires*).

Yıldız, Burçak. “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, 2006, s. 321-353 (*Ehliyet*).

Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre. *Medeni Hukuk*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.

İnternet Üzerinden Erişilen Kaynaklar

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de, Erişim Tarihi. 08.06.2022.

<https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>, Erişim Tarihi. 07.03.2022.

Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı.

Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

Osmanlı Son Dönem Hukuk Literatüründe Doğal Hukuk-Pozitif Hukuk Ayrımı: Mehmet Servet'in Mukaddime-i İlm-i Hukuk Adlı Eseri*

Ömer Can BAŞ 

Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Sakarya, Türkiye, omerbas@sakarya.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Abdullah ÖZÇELİK 

Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Sakarya, Türkiye, abdullahozcelik@sakarya.edu.tr

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 16.07.2022

Kabul: 16.10.2022

Yayın: 23.10.2022

Anahtar Kelimeler:

Doğal Hukuk, Pozitif Hukuk, Hukuk Teorisi, Hukuk Felsefesi, Adalet.

Doğal hukuk ve pozitif hukuk ayrımı, hukukun kaynaklarını göstermek için kullanılmaktadır. Bu ayrım, olan ve olması gereken hukuk arasındaki farka ilişkindir. Bu mesele modern hukuk mekteplerinin kurulduğu Osmanlı'nın son döneminde, özellikle ders kitapları içerisinde de kendisine yer bulmuştur. Makalenin amacı, özellikle tafsilatlı açıklamaları sebebiyle Mehmed Servet'in hukuka giriş türündeki kitabı incelenerek söz konusu ayrımın dayanaklarını, uygulamalarını ve günümüz hukuku karşısındaki konumunu ortaya koymaktır.

Mekteb-i Hukuk'ta hukuka giriş ve ceza hukuku dersleri veren Mehmed Servet, Mukaddime-i İlm-i Hukuk adlı eseri ders kitabı formatında hazırlamıştır. Eserde söz konusu husus Hukuk-ı Tabiiye ve Hukuk-ı Mevzua kavramlarıyla incelenmiştir. Benzer şekilde Mehmed Servet'in yanında İbrahim Hakkı Paşa'nın ve Münif Paşa'nın hukuka giriş niteliğindeki ders kitapları ve Mahmud Esad'ın, Kazım'ın ve Sadullah-Vartan'ın monografileri de bu alana ışık tutmaktadır. Ancak hukuka giriş niteliğinde bir eser olması hasebiyle açık ve berrak bir anlatımın seçilmesi, muadilleri karşısında daha tafsilatlı açıklamaların yer alması ve bizce meseleyi yalnız dini boyutta ele almaması nedeniyle Mehmed Servet'in söz konusu eseri önem arz ettiğinden tercih edilmiştir. Biz bu kapsamda dönemin kendi anlayışı içinde mevzubahis ayrımın, bir yandan dayanaklarını ve uygulamaya yansımalarını diğer yandan da günümüz hukuk anlayışı perspektifinden incelenmesini karşılaştırmalı şekilde ifade etmeye çalıştık.

Yazar, pozitif hukuk kavramını; devletin tebaası bulunan insanların kendi aralarındaki, devlet ile tebaası arasındaki ve devletlerin kendi aralarındaki ilişkilerden doğmak üzere üç kısma ayırmaktadır. Bu kısımlar sırasıyla; özel hukuk, kamu hukuku ve uluslararası hukuktur. Bunun yanında yazar doğal hukuk ve pozitif hukuk arasında öncelik-sonralık ilişkisi olduğunu ifade eder. Böylece az evvel sayılan hukuk bölümleri/türleri, doğada tek olan adalet kaynağından çıkmış bir pınarın döküldüğü havzalarıdır. Tam da buradaki adalet kaynağı doğal hukuku ifade etmektedir. Bu minvalde doğal hukuk değişmez kabul edilmekte ve özgürlük, eşitlik ile beraberinde iyiyi kötüden ayırma kudretini kanunlar/emirler vs. değil doğal hukukun kendisi bahşetmiştir.

The Natural Law - Positive Law Distinction in the Late Ottoman Legal Literature: Mehmed Servet's Mukaddime-i İlm-i Hukuk

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 16.07.2022

Accepted: 16.10.2022

Published: 23.10.2022

Keywords: Natural Law, Positive Law, Legal Theory, Philosophy of Law, Justice.

The distinction between natural and positive law is used to show the sources of law. In other words, this distinction is about the difference between the law that is and the law that should be. This issue also found its place in the textbooks in the last period of the Ottoman Empire, when modern law schools were established. The paper aims to reveal the grounds, practices, and position of the said distinction by examining Mehmed Servet's introduction to the law book, especially due to his detailed explanation at that time.

Mehmed Servet, who gave introductory law and criminal law lessons at the Mekteb-i Hukuk, prepared the book Mukaddime-i İlm-i Hukuk in the format of a textbook. In the textbook, the subject in question has been examined with the concepts of Hukuk-ı Tabiiye and Hukuk-ı Mevzua. Similarly, besides Mehmed Servet, the textbooks of İbrahim Hakkı Pasha and Munif Pasha are introductory law, and the monographs of Mahmud Esad, Kazım and Sadullah-Vartan shed light on this field. However, since it is an introductory work to law, it has been preferred because it has a clear and clear expression, contains more detailed explanations than its counterparts, and does not deal with the issue only in a religious dimension, Mehmed Servet's work is important. In this context, we tried to express comparatively the basis of the distinction in question and its reflections on practice, on the one hand, and the analysis from the perspective of today's understanding of the law, on the other hand, within the understanding of the period itself.

The author describes the concept of positive law; It divides the state into three parts, arising from the

relations between the people who are the subjects of the state, between the state and its subjects, and between the states themselves. These parts are respectively; private law, public law and international law. In addition, the author states that there is a precedence-later relationship between natural law and positive law. Thus, the law departments/types just mentioned are the basins where a spring, which is the only one in nature, comes out of the source of justice. The source of justice here refers to natural law. In this way, natural law is accepted as unchangeable, and freedom, equality, and the power to separate good from evil are laws/orders etc., not the natural law itself.

Atıf/Citation: Baş, Ö.C./Özçelik, A. (2022). Osmanlı Son Dönem Hukuk Literatüründe Doğal Hukuk-Pozitif Hukuk Ayrımı: Mehmet Servet'in Mukaddime-i İlm-i Hukuk Adlı Eseri, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s.675-692.

*Bu makale 13-15 Mayıs 2022 tarihinde düzenlenen Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde özet bildiri olarak sunulmuştur.

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

Günümüzde hukuka giriş türündeki hemen hemen tüm kitaplarda doğal hukuk pozitif hukuk ayırımından bahsedilmektedir. Bahse konu bu ayırım hukukun kaynaklarını göstermek amacıyla kullanılmaktadır. Hukukun kaynakları açısından doğal hukuk, hukuk kurallarının doğadaki mevcut değişmez ve sabit adalet anlayışından alırken pozitif hukuk, belli bir bölgedeki hâlihazırda uygulanan kuralların bütününe ifade etmektedir. Hem tarihsel olarak hem de mantıksal olarak doğal hukuk, pozitif hukuktan önce gelmektedir. Diğer bir yandan doğal hukuk ve pozitif hukuk anlayışları arasında bir zıtlık bulunmaktadır. Çünkü doğal hukuk teorisinin vurguladığı temel adalet anlayışı pozitif hukuk kurallarından kaynaklanan haksızlık ve adaletsizliklere çözüm getirmektedir. İlaveten doğal hukuk anlayışı tüm pozitif hukuk kurallarının da üzerinde yer almaktadır.

Yukarıda anlatılanlar ekseninde elinizdeki çalışma üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, hukuk teorisi çerçevesinde doğal hukuk ve pozitif hukuk kavramları kıyas edilmiştir. İkinci bölümde Osmanlı'nın son döneminde yazılan ve çalışma kapsamında örnek olarak ele alınan hukuka giriş ve konuyla alakalı monografi türündeki eserlerin bahse konu ayırımı nasıl işledikleriyle ilişkilendirilmiştir. Son bölümde ise doğal hukuk ve pozitif hukuk ayırımına kendine münhasır açıklamalar getiren ve geniş şekilde (diğerlerine nazarla) incelemelerde bulunan Mehmed Servet Bey'in Mukaddime-i İlm-i Hukuk adlı eseri incelemiştir. Bu sayede genel olarak doğal hukuk ve pozitif hukuk ayırımı derinlemesine işlenmiş olup Osmanlı'nın son dönemindeki hukuka giriş ve doğal hukukla pozitif hukuk konusunu esas alan türdeki kitaplar birbirleriyle mukayese edilmiştir.

I. Hukuk Teorisinde Doğal Hukuk - Pozitif Hukuk Ayrımı

Hak kelimesinin çoğulu olarak kullanılan hukuk kavramı ıstilahi manada, sosyal ilişkileri düzenleyen ve devlet tarafından uygulanan maddi yaptırımlarla geçerliliği temin edilen sosyal davranış kurallarının bütünü olarak tarif edilebilir.¹ Neticede hukuk kuralları diğer sosyal davranış kurallarına benzer şekilde toplumsal yaşamı düzenler ancak hukuk kuralları kamu gücü ile desteklenir.² Bunun yanında hukuk kurallarını diğer sosyal davranış kurallarından ayırarak söz konusu kuralların kaynak, işlev ve amaç açısından incelenmesi hukuk teorilerini gündeme getirir.³ Böylece hukuk teorileri, hukuk kurallarının ne şekilde meydana geldiği, toplum üzerinde ne gibi etkiler yarattığı ve neyi hedeflediği sorularına cevap arar. Hukuk teorileri incelendiğinde, hukuk anlayışı iki büyük teori üzerinde şekillenmiştir. Bu teoriler, doğal hukuk teorisi ve pozitivist hukuk teorileridir.⁴

Doğal hukuk teorisi temelde ideal hukuku/olması gereken hukuku (lege feranda) ifade eder. Pozitif hukuk teorisinin temelinde ise belli bir dönemde belli bir toplumda geçerlilik kazanmış hukuk kuralları yani olan hukuk (lege lata) kavramı yer almaktadır.⁵ Zikredilen iki teorinin

¹ Özyörük, Mukbil. *Hukuka Giriş*, Ege Matbaası, Ankara, 1959, s. 18.

² Gözübüyük, Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, XXV. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2006, s. 5.

³ Uygun, Oktay. *Hukuk Teorileri*, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2020, s. 1.

⁴ Uygun, s. 3.

⁵ Aybay, Aydın / Aybay, Rona / Pehlivan. Ali. *Hukuka Giriş*, IX. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2013, s. 64-66.

farklarına ilişkin değerlendirmeler aşağıdaki başlıklar altında ele alınacaktır. Doğal hukuk ve pozitif hukuk arasındaki farkların daha kolay anlaşılması bakımından öncelikle pozitif hukuk kavramı daha sonra doğal hukuk kavramı incelenecektir.

A. Pozitif Hukuk Kavramı

Pozitif hukuk, diğer bir ifadeyle müspet hukuk, belirli bir bölgede belirli bir dönemde yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütününe verilen isimdir.⁶ Pozitif hukuk kavramı bünyesinde yazılı ve yazılı olmayan hukuk kurallarını barındırır. Buna göre pozitif hukukun üç kısma ayrıldığı kabul edilir. Bunlar; kanuna dayalı olarak gelişen *kanuni hukuk* veya *mevzuat hukuku*, *geleneksel hukuk* (*örf ve âdet hukuku* olarak da isimlendirilebilir) ve *yargısal hukuktur*.⁷ Mer'i Türk Hukuku açısından pozitif hukukun kaynakları genel olarak; anayasa, kanunlar, milletlerarası anlaşmalar, cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler, örf ve âdetler ve mahkeme içtihatlarıdır.⁸ Yine bu minvalde doktrin de (ilmi içtihatlar da) pozitif hukuk kapsamında sayılır.⁹ 2017 Anayasa değişikliği sonrası, Bakanlar Kurulu'nun kaldırılmasıyla tüzükler ve kanun hükmünde kararnameler ilga edilmiştir.

B. Doğal Hukuk Kavramı

Modern insan hakları teorisinin felsefi zeminini oluşturan doğal hukuk teorisi, hem doğal yasa hem de doğal hak kavramlarından neşet etmiştir. Bunun sebebi, Latince'de doğal hukuku ifade eden *ius naturale* kavramının içeriğinden kaynaklanmıştır.¹⁰ Böylece söz konusu teoride doğal hukuk ve doğal hak kavramları birbirlerini beslemiştir. Esasen doğal hukuk teorisi, sosyal yaşamda geçerli olan pozitif hukuka karşı konumdadır. Zira insanlar çok eski zamanlardan bu yana yürürlükte yer alan hukukun ötesinde değişmez ve genel geçer adalet kavramının peşine düşmüşlerdir.¹¹

İnsanın kendi doğasından kaynaklanan kural ve kaideler ile birlikte akıl vasıtasıyla ulaşılabilen ve her zeminde geçerli olduğu düşünülen hukuk “doğal hukuk” olarak tanımlanmaktadır.¹² Diğer bir tanıma göre; doğal hukuk, üstün ve objektif bir alana ait, insanlar tarafından bilinebilen asırlardır pozitif hukuktan önce ve üstün konumda olup pozitif hukuku değerlendirme aracı niteliğindeki soyut ve genel nitelikteki normlar bütünüdür.¹³

Evrensel ilkelere uygun şekilde yasa yapılması gerektiği fikri Antik Yunan düşünürlerini etkilemiştir.¹⁴ Ancak doğal hukuk anlayışı Antik Yunan'dan günümüze aynı doğrultuda hareket etmemiştir. Çağıl'a göre, ilkçağ filozofları doğal hukuku, panteist bir dünya tasavvurunun da etkisiyle, evrende var olan ve kişilerden bağımsız olarak işleyen bir düzenin varlığı etrafında

⁶ Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kuramları*, XX. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2005, s. 26.

⁷ Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Hukuka Giriş*, IV. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 67.

⁸ Fendoğlu. s. 93-109.

⁹ Bilge. s. 26.

¹⁰ Uslu, Cennet. *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, II. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, Temmuz 2011, s. 35-36.

¹¹ Öktem, Niyazi / Türkbağ, Ahmet Ulvi. *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, Ekim 2009, s. 63.

¹² TÜBA *Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü / Sosyal Bilimler*, Ankara, 2011, s. 342.

¹³ Kozalı, Abdurrahim. *Kıyas/İstihsan ve Doğal Hukuk İlişkisi*, Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi, 2004, s. 23.

¹⁴ Ingram, David Bruce. *Hukuk Felsefesi (çev. Ezgi Su Dağabak)*, II. Baskı, Fol Kitap, Ankara, Mart 2020, s. 36.

incelemişlerdir. İnsan gerek kendi gerekse toplumda bu düzen sayesinde hayatını idame ettirir. Doğal hukuk insan zihninin ilişkili olduğu bu ebedi düzenden neşet etmiştir.¹⁵ Stoacılarla birlikte farklı bir zemine oturan doğal hukuk düşüncesi Cicero'da vücut bulmuştur. Zira yasanın kaynağının insanın bizatihi kendisinde aranması gerektiğini belirterek onun erdemli insanlar için uyulması gereken hukukun değişmez, evrensel ve süreklilik arz eden bir niteliğe sahip olduğunu vurgulamaktadır.¹⁶

Doğa hukuk anlayışı ortaçağda tanrısal iradeden neşet eden hukuk olarak ifade edilmiştir. İlkçağda tabiatın bir ürünü olarak tanımlanan doğal hukuk ortaçağda görüldüğü üzere farklı olarak dini niteliktedir. Ortaçağdaki doğal hukukçular hukuku Tanrı'nın emirlerinden oluşan bir düzen olarak telakki etmiştir.¹⁷ Yeniçağda ise doğal hukuk anlayışı laik bir içerik kazanarak hukuku Tanrı'nın iradesinden bağımsız kılmaya çalışmışlardır. Hukuk yeniçağda, Tanrı'dan değil akıldan kaynaklanmaktadır.¹⁸

Öğretide doğal hukuk teorisinin tarihine dair çeşitli dönemlendirmeler yapılmıştır. Bir görüşe göre, doğal hukuk teorisi esasen çok tanrılı ve tek tanrılı dinlerde farklılık göstermek kaydıyla teokratik doğal hukuk anlayışı ve On yedinci yüzyılda ortaya atılan liberal düşünceler neticesindeki laik doğal hukuk anlayışı olarak iki kısma ayrılmıştır.¹⁹ Diğer bir görüşe göre doğal hukuk anlayışı kronolojik olarak dört döneme ayrılmıştır. Bunlar; i) kadim doğal hukuk dönemi, ii) dini doğal hukuk dönemi, iii) akli doğal hukuk dönemi ve iv) doğal hukukun rönesansı olarak isimlendirilen dönemdir.²⁰

Doğal hukuk kuralları, ideal olanı amaçladığından yol gösterici niteliktedir. Doğal hukukun kaynağı olarak adalet, her toplumun değerleri bakımından aynı biçimde tezahür etmez. Bu sebeple doğal hukuk kuralları değişken kabul edilir. Doğal hukuk pozitif hukukun kaynağı olması hasebiyle pozitif hukukla sürekli bir ilişki hâlinindedir. Zira pozitif hukuk kurallarının doğal hukuka uygunluğu sürekli denetlenmelidir. Doğal hukuk düşüncesi tanrısal anlayıştan uzaklaştıktan sonra laik ve akılcı yapıya sahip olmuştur. Doğal hukuk kuralları genel nitelikte olup şahsa dönük kurallar koymaz.²¹ Nihayetinde, doğal hukuk yaklaşımları pozitivist yaklaşımlara nazaran daha çok hukukun kaynakları ve amaçları üzerine yoğunlaşmaktadır. Ancak pozitivist yaklaşımlar hukuku araç edinip hukukun kullanımına odaklanmaktadırlar.²²

¹⁵ Yıldırım, Şahban. "Natural Law Theory and Islamic Law in Terms of Philosophy of Law", Turkish Studies, Vol. 12/20, 2017, s. 326.

¹⁶ Cicero. *Yasalar Üzerine* (Çev. C. Cengiz Çevik), İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2016, s. 3-90.

¹⁷ Gözler, Kemal. "Tabîi Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", Muhafazakar Düşünce, Yıl: 4, Sayı: 15, 2008, s. 80-81.

¹⁸ Gözler. 81-82.

¹⁹ Uygun. s. 5-37.

²⁰ Fendoğlu. s. 69-70.

²¹ Üskül Engin, Zenyep Özlem. "Olan Hukuk - Olmayan Hukuk", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 23. Kitap, ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 150-164.

²² Akıllıoğlu, Tekin. *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstünlüğü İncelemesine Giriş*, III. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, Ekim 2017, s. 47.

II. Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuka İlişkin Mehmed Servet ile Aynı Dönemdeki Diğer Yazarlar

Günümüz hukuk kitaplarında kullanılan sistematik benzer şekilde Osmanlı'nın son döneminde yazılan hukuk eserlerinde kullanılmaya başlanmıştır. Bu dönemde elbette bahsi geçen sistematik dışında yazılan kitaplar da mevcuttur. Elinizdeki bu çalışma kapsamında seçilen eserler, zikredilen sistematige uygun şekilde hazırlanmış ve doğal hukuk - pozitif hukuk ayrımına yer veren kitaplardan meydana gelmektedir.

A. İbrahim Hakkı Paşa'nın Mukaddime-i İlm-i Hukuk Adlı Eseri

1862 yılında İstanbul'da doğan İbrahim Hakkı Paşa, Mekteb-i Mülkiye'yi birincilikle bitirmiştir. Dışişlerindeki çeşitli görevlerinin ardından 1883 yılında II. Abdülhamid'in emriyle Mabeyn-i Hümayun Mütercimliği'ne alınmıştır. Hakkı Paşa Mabeyn'deki görevinin yanı sıra Mekteb-i Hukuk'ta Siyasi Tarih, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk dersleri vermiştir. 1894 yılında Babıali hukuk müşavirliği görevini üstlenmiştir. Meşrutiyet'in ilanının akabinde Kamil Paşa hükümetinde Maarif Nâzırı olmuş ve bir süre sonra Dâhiliye Nâzırı görevi de kendisine verilmiştir. Görevlerinden istifa etmesi üzerine Roma Sefirliği görevine getirilmiş, bir yıla yakın bu görevinin ardından Hüseyin Hilmi Paşa'nın istifası üzerine paşalık rütbesini alarak sadrazamlığa tayin edilmiştir. Trablusgarp meselesinin ardından görevinden istifa eden Hakkı Paşa, 1916 yılında Berlin sefirliğine gönderilmiş ve 29 Temmuz 1918 tarihinde Berlin'de vefat etmiştir. Hakkı Paşa devlet adamlığının yanında Mekteb-i Hukuk'ta verdiği derslerle birlikte eğitimciliğiyle de kendisinden söz ettirmiş ve çoğu hukuk alanında olmak üzere pek çok eser miras bırakmıştır. Hukuk alanında; Medhal-i Hukuk-ı Beyne'd-Düvel (1887), Tarih-i Hukuk-ı Beyne'd-Düvel (1887), Hukuk-ı İdare I-II (1891-1892), Usûl-i Maliye (1899) ve Mukaddime-i İlm-i Hukuk (1903) eserlerini hazırlamıştır.²³

Hakkı Paşa, doğal hukuk ve pozitif hukuku hukukun kaynakları arasında saydığı Mukaddime-i İlm-i Hukuk²⁴ adlı eserini Hukuk Mektebi'ndeki talebelere verilen ilimlerin tarifi, tasnifi ve hukuk ilmine ilişkin konularını toplamak amacıyla hazırlamıştır. 4 bölüm üzerine meydana getirilen bu eserde müellif; ilk bölümde ilimleri tasnif ederek hukuk ilminin bu tasnifteki yerini göstermekte, ikinci bölümde hukuk ilminin kaynaklarını ifade ederek çeşitli açılardan ayrıma tabi tutmakta, üçüncü ve dördüncü bölümde ayrıntılı şekilde özel hukuk ve kamu hukuku alanlarını göstermektedir.²⁵

Söz konusu hukuka giriş niteliğindeki eserde yazar, akıl ve hikmeti doğal hukukun kaynakları olarak kabul eder. Diğer yandan doğal hukuk rehberlik vasfı gördüğünden pozitif hukukun sağlıklı oluşumuna katkı sağlar. Pozitif hukukun iyi uygulanması doğal hukuka olan hâkimiyetten geçer.²⁶ Toplumsal hayatın güvenliği (kamu düzeni) maksadıyla insanlar kendi hallerine bırakılmamalıdır. İnsan davranışlarının ve insanlar arasındaki görevlerin doğal hukuk vasıtasıyla belirlenmesi kamu düzeninin sağlanması için vazgeçilmez bir gerekliliktir. Bu

²³ Kurşun, Zekeriya. "İbrâhim Hakkı Paşa", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 21, İstanbul, 2000, s. 311-314.

²⁴ İbrahim Hakkı. *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*, Karabet Matbaası, İstanbul, 1319.

²⁵ İbrahim Hakkı [Paşa]. *Hukuk İlmine Giriş (Hazırlayan: Ömer Can Baş, Abdullah Özçelik)*, Dün Bugün Yarın Yayınları, İstanbul, 2021, s. 21-29.

²⁶ İbrahim Hakkı, *Mukaddime...* s. 36.

minvalde doğal hukuk kurallarına uyulmaması halinde vicdan dışında zorlayıcı bir gücün varlığına ihtiyaç duyulur. İşte bu zorlayıcı gücün koyduğu emir ve yasaklar pozitif hukuku oluşturur.²⁷

B. Münif Paşa'nın Medhâl-i İlm-i Hukuk ve Hikmet-i Hukuk Adlı Eserleri

Asıl adı Mehmed Tahir olan Münif Paşa, tarihte ihtilaf bulunmakla birlikte 1830 yılında Gaziantep'te doğmuştur. Uzun süre boyunca eğitim hayatını Mısır'da devam ettirmiş olan Münif Paşa, Mısır'daki olaylar sebebiyle buradan ayrılmak zorunda kalmış ve Şam'da eğitim hayatına devam etmiştir. Münif Paşa da Hakkı Paşa gibi bürokraside birçok görev almış ve devlet adamı kisvesine sahip olmuştur. Ancak ilmi ve edebi kişiliği bürokratik kişiliğine karşı çok daha önemli ve ilgi çekici hale gelmiştir. Münif Paşa, hukuktan tarihe, felsefeden iktisada pek çok alanda eser bırakmıştır. Basılmış eserleri arasında yer alan hukuk kitapları; Medhâl-i İlm-i Hukuk (1881), Telhîs-i Hikmet-i Hukuk (1883) ve Hikmet-i Hukuk (1884) şeklindedir.²⁸

Münif Paşa'nın Medhâl-i İlm-i Hukuk²⁹ adlı eseri Parfait Namur'dan tercümedir. Söz konusu eser klasik kitap formatından biraz farklı hazırlanmıştır. Ana başlıkların altında açılan alt başlıkların kısaca açıklanmasıyla oluşturulmuş olup çok sayıda ana ve alt başlıklar bulunmaktadır. Müellifin Hikmet-i Hukuk³⁰ eseri ise Mekteb-i Hukuk'ta verilen hukuk felsefesi derslerinin Sâbit Efendi tarafından alınan ders kayıtlarıyla meydana getirilmiştir. Eserin matbu nüshası 256 sayfadan ibaret olup söz konusu eser iki kısımdan müteşekkildir. Giriş bölümü; hukuk felsefesinin konu, köken, kaynak, tarih, amaç ve fayda bakımından incelenmesine dayanmaktadır. Diğer yandan bu eser ilk hukuk felsefesi kitabımız olarak kabul edilir.³¹

Yazar, doğal hukuku insanın fitratında yer alan iyiyi kötüden, hakkı şerden ayıran kuvvet olarak tanımlar ve hukuk teorisi ile eş tutar. Pozitif hukuk ise bir şeyi uygun gören veya yasaklayan kurallar olup yazılı ve yazılı olmayan kaynakları bulunur. Yazılı hukuk kanunlardan, yazılı olmayan hukuk ise örf, âdet ve teamülden oluşur. Yazılı olmayan hukukun icrailiği, toplumun zımnen onu tasdik etmesi ve onun hükmünü kabullenmesi sebebiyledir.³²

Münif Paşa, hukuk felsefesi (burada doğal hukuk kavramı da kullanılabilir zira yazar açıkça birbirini eşdeğerde görmektedir) ve pozitif hukuk arasında farklı bir ayrım yapar. Her şeyin bir zahiri ve bir de batını vardır. Hukukun zahiri pozitif hukuk, batını ise hukuk felsefesidir. Hukuk felsefesi zaman ve mekâna taalluk etmez, değişmez niteliktedir ve her türlü anlaşma ve sözleşmeden mukaddemdir(önceliklidir).³³ Ayrıca hukuk felsefesi kanunların tefsirinde ve tatbikinde oldukça önemli yere sahiptir.³⁴

²⁷ İbrahim Hakkı. *Medhâl-i Hukuk-ı Beyne'd-Düvel*, Karabet Matbaası, İstanbul, 1303, s. 6.

²⁸ Doğan, İsmail. "Münif Mehmed Paşa", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 32, İstanbul, 2006, s. 9-12.

²⁹ P. Namur. *Medhâl-i İlm-i Hukuk (Çeviren: Münif Paşa)*, Mekteb-i Sanayi-i Şahane Matbaası, İstanbul, 1299.

³⁰ Münif Paşa. *Hikmet-i Hukuk*, A.K. Tuzluyan İdare-i Şirket-i Mürettibiyye, İstanbul, 1302.

³¹ Münif Paşa. *Hikmet-i Hukûk (Sadeleştiren ve Yayına Hazırlayan: Gökhan Doğan)*, Çizgi Kitabevi, Konya, Eylül 2016, s. 7-15.

³² Münif Paşa. 1302, s. 16-17.

³³ Münif Paşa. 2016, s. 21-22.

³⁴ Münif Paşa. 2016, s. 31.

C. Mahmud Esad'ın Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabiiye ve Telhîs-i Hikmet-i Hukuk Adlı Eserleri

1856 yılında Seydişehir'de dünyaya gelen Mahmud Esad Seydişehirli, Seydişehir ve Konya'da başladığı eğitim hayatına İstanbul'da uzun süren medrese tedrisiyle devam etmiştir. 1880 senesinde açılan Mekteb-i Hukuk'a kayıt yaptırmış daha sonra medrese ilimleri alanında icazet almış ve daha sonra dersiâm yetkinliğini kazanmıştır. 1886 yılında Mekteb-i Hukuk'tan mezun olmuş, avukatlık ruhsatını almış ve uzun bir müddet hâkimlik görevi de yapmıştır. Daha sonra Maliye Nezâreti hukuk müşavirliği görevi için İstanbul'a döndüğünde Mekteb-i Mülkiye'de ve Mekteb-i Hukuk'ta genel iktisat, devletler hukuku, karşılaştırmalı hukuk ve Mecelle gibi pek çok ders vermiştir. Başarıyla yürüttüğü devlet adamlığı vasfına ilaveten özellikle hukuk alanında verdiği; Ferâid'ül-Feraiz (1301, 1311, 1326), Şerh-i Kanun-ı Ceza (1302), Usûl-i Fıkıh (1302), Telhîs-i Usûl-i Fıkıh (1303, 1309, 1313), Teaddüd-i Zevcât (1316), Hukuk-ı Düvel (1326), Kitâbü'n-Nikâh ve't-Talâk (1331) ve Tarih-i İlm-i Hukuk (1332) kitapları oldukça büyük bir önemi haizdir.³⁵

Mahmud Esad'ın Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabiiye³⁶ adlı eseri esasen Alman hukuk felsefecisi Ahrens'in eserine dayanmaktadır. Seydişehirli bu eserdeki görüşlere ilavelerde bulunmak suretiyle söz konusu çalışmayı genişletmiştir. Eser genel olarak hukuk felsefesinin tarifine ve tarihsel gelişimine inhisar etmektedir.³⁷ Müellifin diğer bir eseri olan Telhîs-i Hikmet-i Hukuk³⁸ kitabı ise az evvel ifade edilen kitaba nazaran daha geniş surette hazırlanmıştır. Seydişehirli bu eserini zamanında Münif Paşa'nın dersinde tuttuğu kayıt ve notlara dayanarak hazırladığını belirtmiştir. Eser, hukuk felsefesinin tarifi, gayesi ve tarihi gibi genel konulara değinilen giriş bölümünün ardından özel ve genel kısım olmak üzere iki bölüm ve bir ekle beraber 224 sayfa üzerine bina edilmiştir.³⁹

Yazar, Münif Paşa'nın ifade ettiği gibi doğal hukuk ve pozitif hukuk arasında hukukun kaynağı açısından zahir-batın ilişkisini kurmaktadır. Hukuk felsefesi; insanın meşru arzusunu teskin etmesiyle *manevi*, adliye işlerinin iyi işlemesine fayda etmesiyle *adli* ve siyasi işlere tamamıyla ve memleketin şan, şöhret ve imarına yararı olması sebebiyle *siyasi* faydalar meydana getirir.⁴⁰

Ç. Sadullah-Vartan'ın Hülâsa-yı Hukuk-ı Tabiiye Adlı Eseri

Eserin künyesinden anlaşıldığı üzere, kitap Yanya İstinaf azasından ve Mekteb-i Sultani Hukuk kısmı mezunlarından Vartan ve Kastamonu İstinaf Müddeiumumiliği'nden müstafî ve Mekteb-i Hukuk'tan mezun Sadullah isimli müellifler tarafından hazırlanmıştır. Eserin müellifleri hakkında herhangi bir bilgiye ulaşamadığımızdan dolayı hayat hikayeleri hakkında yalnızca

³⁵ Erdoğdu, Ali. "Seydişehir", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 37, İstanbul, 2009, s. 25-27.; Yaman, Ahmet / Karakuş, Bahaddin. "Osmanlı'nın Son Döneminde Bir Hukuk Mecrası: Ravza-i Hukuk", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79, S. 3, 2021, s. 1005-1009.; Yörük, Ali Adem. "Hukuk Tarihi Dersinin İhdâsı ve Mahmud Esad Seydişehirli", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 70, S. 1, 2012, s. 485-487.

³⁶ Mahmud Esad Seydişehirli. *Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabiiye*, Mekteb-i Sanayi-i Şahane Matbaası, İstanbul, 1301.

³⁷ Yaman/Karakuş. s. 1012-1013.

³⁸ Mahmud Esad Seydişehirli. *Telhîs-i Hikmet-i Hukuk*, Mekteb-i Sanayi-i Şahane Matbaası, İstanbul, 1301.

³⁹ Yaman/Karakuş. s. 1013-1015.

⁴⁰ Mahmud Esad Seydişehirli. s. 15.

kapakta yer alan bilgilerle iktifa etmek mecburiyetindeyiz. Kitabın kapağındaki tanıtım yazısında; doğal hukuk ilminin genel ve derin yönlerini, sosyal hayata dayanan esas noktalarını ve felsefe ve ahlak konularının inceliklerini barındıran ilaveten hür bir kavim için okutulması ve düşünülmesinde fayda bulunan bir eser olduğu ifade edilmektedir.⁴¹ Hülasa-yı Hukuk-ı Tabiiye adlı bu eser, 272 sayfadan müteşekkil olup giriş bölümünün ardından gelmek üzere dört kısımdan meydana gelmektedir.

Birinci kısımda doğal hukuk ve kanun tarifinden insanın fiillerini incelenmektedir. İkinci, üçüncü kısmın tamamında ve dördüncü kısmın ilk başlığında insanın (yaratıcısına, kendi nefesine ve kendi cinslerine olan) vazifelerinden bahsedilmektedir. Dördüncü kısmın devamında ise toplumların, devletlerin, hâkimiyet ve iktidarın oluşumuna, devlet erklerinin vazifelerine, ailenin meydana gelmesine ve temellük haklarına ilişkin meseleler yer almaktadır.

Eserde öncelikle doğal hukuk(hukuk-ı tabiiye) ve doğal kanun(kavanin-i tabiiye) ayrımı yapılmaktadır. Doğal hukuk da doğal kanunların toplanmış halidir. Daha sınırlı bir tanıma göre, insanların birbirlerine karşı olan vazifelerini gösteren doğal kanunların toplamına da doğal hukuk denir. Doğal kanunlar uyulması mecburi kaidelerdendir. Doğal kanunlara eğitim olmaksızın insanın kendi zekasıyla ulaşması fitriliği özelliğini ve insanda var olan değişimlere rağmen doğal kanunlardaki hakikatin izale olmaması değişmezlik özelliğini vurgulamaktadır. Doğal kanunlar; insanın yaratıcısına, kendisine ve hemcinslerine müspet ve menfi vazifelerini göstermektedir.⁴²

D. Mehmed Kâzım Efendi'nin Telhis-i Hukuk-ı Mevzua Adlı Eseri

Mehmed Kâzım Efendi Mekteb-i Hukuk'a büyük emek veren hocalar arasında yer almaktadır. Zira Mekteb-i Hukuk'ta uzun seneler görev yapmış birisi olarak okulla özdeşleştiği söylenir. Kâzım Efendi 1908'de görevden ayrılmasına kadar 22 yıl boyunca idarecilik görevi üstlenmiştir. Esasen kendisi de Mekteb-i Hukuk mezunu olan Kâzım Efendi, mezuniyet sonrası bir süre zabıt katipliği yaptığı sırada Mekteb-i Hukuk müdür yardımcılığı görevine getirilmiş ve birkaç yıl sonra müdürlüğe yükselmiştir. Kâzım Efendi hukuk muhakemeleri usulü, icra hukuku ve ticaret hukuku derslerini bizzat, idare hukuku dersini vekaleten vermiştir. Bu alanlarda eserler de yazmıştır.⁴³

Telhis-i Hukuk-ı Mevzu'a⁴⁴ adlı 267 sayfalık eserinde yazar, hukuk ilmi ve kanunların yapımını tarif ettikten sonra sırasıyla; Şura-yı Devlet, Genel Eğitim, Vilayet İdaresi, Belediye İdaresi, Nüfus İşlemleri, Pasaport, Kamulaştırma, Madenler Hukuku, Orman Hukuku, Sanat Hukuku, Vatandaşlık, Mali Hukuk, Alacaklar, Posta ve Telgraf, Polis ve Zabıta Hukuku, Emeklilik, Kovulma Tazminatları, Asker Alımı, Devletler Hukuku, Mahkemeler Teşkilatı, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Ceza Hukuku Ceza Muhakemeleri Usulü, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Arazi Kanunnamesi, Ticaret Hukuku ve Deniz Hukuku konularına detaylı şekilde başlıklar halinde değinmiştir.

⁴¹ Vartan/Sadullah. *Hülasa-yı Hukuk-ı Tabiiye*, Bekir Efendi Matbaası, Konstantiniyye, 1325.

⁴² Vartan/Sadullah. s. 22-26.

⁴³ Yörük, Ali Adem. *Mekteb-i Hukuk'un Kuruluş ve Faaliyetleri (1878-1900)*, Marmara Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 57-59.; Bilsel, Cemil. *İstanbul Üniversitesi Tarihi*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1943, s. 65-76.

⁴⁴ Kâzım. *Telhis-i Hukuk-ı Mevzu'a*, II. Tab', Âlem Matbaası, İstanbul, 1313.

Mehmed Kâzım Efendi, dönemin genel anlayışına uygun olarak, hukuk ilmini doğal hukuk ve pozitif hukuk olmak üzere ikiye ayırır. Pozitif hukukun; bir memlekette meri olan kanunlar, örf ve âdetlerden oluştuğunu ifade eder ve devletlerin kendi aralarındaki veya devletle ahali arasındaki ilişkileri konu edinen kamu hukuku ile kişiler arasındaki ilişkileri konu edinen özel hukuk şeklinde ikiye ayrıldığını tespit eder.⁴⁵ Yazar doğal hukuku, insan fıtratında bulunup iyi kötüden ayıran ve insanın nelere hakkı olduğunu gösteren hukuk dalı olarak tanımlamıştır. İlâveten doğal hukuku hukuk ilminin teorisi olarak ifade etmiştir.⁴⁶

III. Mehmed Servet ve Hukuk-ı Tabiiye ve Hukuk-ı Mevzua Hakkındaki Görüşleri

A. Mehmed Servet'in Hayatı

Mehmed Servet Bey, bahse konu eserinin künyesinden anlaşıldığı üzere Mekteb-i Hukuk'ta Hukuka Giriş ve Ceza Hukuku derslerini vermektedir. Diğer yandan hocalığı dışında İstanbul Birinci Ticaret Mahkemesi üyeleri arasında yer almaktadır. Sonraki yıllarda Üsküdar Bidayet Mahkemesi azalığına Mehmed Servet Bey getirilmiştir. Bu atamanın sebebi olarak, Mehmed Servet'in Mekteb-i Hukuk'tan aliyü'lâla derecesiyle mezun olması ve hukuk alanındaki kifayeti gösterilmiş ve üçüncü senesinden itibaren söz konusu mahkemenin başkanlığını yürütmüştür.⁴⁷ Bu görevinin ardından Dersaadet İstinaf Mahkemesi Müddeiumumiliğine geçmiş ve iki yıl sonra Temyiz Mahkemesi azalarından birinin emekliliğe ayrılması sebebiyle buraya atanmıştır.⁴⁸ Arşiv kayıtlarında yer aldığı üzere Beyoğlu 3. Noterliği görevinde bulunmuş ve Temmuz 1938 yılında 65 yaşını doldurmasına karşın görevi üç kez (bire yıllıkına) uzatılmıştır.⁴⁹

B. Mukaddime-i İlm-i Hukuk Adlı Eseri⁵⁰

Yazar 168 sayfalık bu eserinde ilk olarak hukuk ilminin tarifi ve amacı üzerine açıklamalarda bulunmuştur. Daha sonra doğal hukuk ve pozitif hukuk ayrımını aynı dönemdeki benzer eserlere nispetle geniş şekilde tartışmıştır. Pozitif hukukun en önemli temellerinden kanun, örf ve âdet konularından sonra sivil toplumu incelemiştir. Akabinde kamu hukukunun esasları arasında; hükümet, milli hâkimiyet, seçme ve seçilme hakkı ve anayasalardan bahsetmektedir. Anayasadan kaynaklanan haklara ayrı başlıklar altında ayrıca değinmiştir. Nihayet, Ceza Hukuku, İdare Hukuku ve Devletlerarası Hukuk alanlarını tanıttıktan sonra kanunların hazırlanması ve oluşturduğu etkileri ifade etmiştir.

Eserde hukuk ilminin taksimi bölümü irdelendiğinde; hukukun, birbirinden farklı şekillerde ayrıma tabi tutulabileceği ifade edilmekte, ancak genel olarak uygulanabilir ve kabul edilen ayrımın, doğal hukuk ve pozitif hukuk şeklinde olduğu zikredilmektedir. Özel hukuk, kamu hukuku ve devletlerarası hukuk pozitif hukukun kısımlarını oluşturmaktadır. Doğal hukuk

⁴⁵ Kâzım. s. 5-6.

⁴⁶ Kâzım. s. 5.

⁴⁷ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), İrade Adliye ve Mezahib (İ..AZN.), 84/29.; Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), İrade Adliye ve Mezahib (İ..AZN.), 106/16.

⁴⁸ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), İrade Adliye ve Mezahib (İ..AZN.), 117/25.; Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), İrade Adliye ve Mezahib (İ..AZN.), 119/28.

⁴⁹ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (BCA), Kararlar Daire Başkanlığı, (82/2/9), (86/36/12), (90/11/14).

⁵⁰ Mehmed Servet. *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*, II. Tab', İkdâm Matbaası, Dersaadet, 1328.

hukukun değişmeyen yönüne (*immuable*), pozitif hukuk ise hukukun keyfiliğine/değiştirilebilirliğine (*arbitraire*) vurgu yapmaktadır. Mehmed Servet'in doğal hukuk - pozitif hukuk ayrımına ilişkin eserde yer alan düşüncelerini başlıklar halinde inceleyebiliriz.⁵¹

1. Doğal Hukuk Anlayışı

Yazar doğal hukukun tanımını verirken doğada bulunan adaletten bahsetmektedir. Doğadaki bu adalet kaynağı, ırmakların denizle buluşması gibi bütün kanunları besler. Bu sayede kendisinden meydana gelen kanunların değerini artırır. Değişmez adalet kaynağından oluşturulan kanunlar, ırmakların suya karışması gibi uygulamaya girdikleri yerlerde değişime uğrarlar. Fakat bu doğal hukukun değişmez oluşunu zedelemesiz. Zira değişmez olan tabiatta bulunan adalettir.⁵² Pozitif hukuktan evvel doğal hukuka itimat etmek gerekir ki mevcut kanunlardan daha önce tabiat kanunları vardı. Aileyi, özgürlüğü, eşitliği, iyiyi kötüden ayırma yetisini kanun koyucu vermemiştir. Kanun koyucu bunları ancak bir usule bağlar ve müeyyidesini meydana getirir. Bir kanun Yaraticının kalbimize yerleştirdiği değişmez kanunlara ne oranda mutabık olursa o kadar kemale ermiş olur.⁵³

Doğal hukuk, tabiat ve akliselimin yön verdiği hukuktur. Tabiat adaletin kaynağıdır, akliselim ise eşit şekilde tüm insanlara verilmiş bir imkândır. İnsanların cemiyet hâlinde yaşamalarının sebebi de budur. Zira insan, kendini ebedi mutluluğa erdirecek şeyleri tanıması ve sevmesi için yaratılmıştır. Böylece insan hareketinin esası iyi olanı araştırmak ve ona bağlılık duymaktır. Bu yönelim, ortak iyiyi araştırmanın ve ona bağlılığın ancak insanlığın birbirine olan sevgi ve bağlılıkla gerçekleştirilebileceği yönünde ikinci bir yönelim meydana getirir.⁵⁴

İnsanlar akıl ve fikre iştirak bakımından eşit durumda bulunsalar da bunları kullanmada eşit bulunmazlar. Bazıları doğru yolu kendi hâlinde bulabilirken diğerlerini serbest bırakmak mümkün değildir. Ancak doğal hukukun zorlama gücü/ müeyyidesi bulunmaz. Bu sebeple hükümetler meydana gelmiş ve kamu gücünü kullanarak uyulması gereken kuralları koyar. Bahsedilen bu kuralları pozitif hukuku oluşturur.⁵⁵

2. Pozitif Hukuk Anlayışı

Mehmed Servet'e göre, pozitif hukuk hükümetler tarafından hak ve adalete uygun şekilde çıkarılan kanunlar, tüzükler/yönetmelikler, örf ve âdetler gibi emirlerin bütünüdür. Pozitif hukuk evveleminde toplumun/sosyal hayatın iyi şekilde işlenmesini temin etmekte ve ayrıca doğal hukukun toplumlar için öngördüğü ilkeleri fiiliyatta uygulamaya geçirmektedir.⁵⁶

İnsanlar pozitif hukuka uymakla mükellefirlenir. Zira bu mecburiyet pozitif hukukta yer alan kuralların arkasındaki kamu gücünden kaynaklanmaktadır. Kamu gücüyle desteklenen pozitif

⁵¹ Yazarın görüşleri ifade edilirken yalnızca eserin ilgili kısmına müracaat edilecektir. **Bkz.** Mehmed Servet. s. 5-13.

⁵² Yazar daha ileride, bu meseleye açıkça değinerek, doğal hukuk zaman ve mekanla değişmez, değişen şey anlayış veya bakış açılarıdır. Mehmed Servet. s. 10.

⁵³ Mehmed Servet. s. 7.

⁵⁴ Kanaatimize göre, yazar burada “İman etmedikçe cennete giremezsiniz; birbirinizi sevmedikçe de iman etmiş olmazsınız. Size yaptığınızda aranızda sevgi oluşturacak bir şey söyleyeyim mi? Aranızda selâmi yaygınlaştırın.” hadisinin bir yorumunu yapmaktadır. Hadis metni için **bkz.** Diyanet İşleri Başkanlığı. *Hadislerle İslam (Hadislerin Hadislerle Yorumu)*, Cilt: 7, IV. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 661.

⁵⁵ Mehmed Servet. s. 9.

⁵⁶ Mehmed Servet. s. 9-11.

hukuku oluşturan kuralların ise doğal hukukla uyumlu olması gerekmektedir. Bu yüzden doğal hukukun, pozitif hukuk kurallarının vaz edilmesi ve yorumlanması sırasında bilinmesi önem arz etmektedir.⁵⁷ Böylece doğal hukuk pozitif hukukun kurulmasında/oluşturulmasında (adil olanın tesisinde) temel mukayese zeminidir. Bu sebeple yazar burada doğal hukuk ve hukuk felsefesi arasında doğrudan bir ilişki kurmaktadır.

Pozitif hukuk doğal hukuk anlayışından farklı olarak değişmez nitelikte değildir. Çünkü pozitif hukuk doğal hukuka uygun olması gerektiğinden, doğal hukuk ve pozitif hukuk arasındaki bir uyumsuzlukta pozitif hukukun doğal hukuka uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda kanun ve yönetmeliklerde değişiklik yapılacağından bu durum pozitif hukukun keyfiliği şeklinde ifade edilmiştir. Zaten yazar pozitif hukukun keyfi hukuk olarak da bilindiğini ifade etmiştir.⁵⁸

Pozitif hukukun keyfiliği kanun koyucunun keyfiliği anlamına gelmez. Doğrusu, pozitif hukuk kuralları doğal hukukun aksine değiştirilebilir oluşu sebebiyle keyfi kabul edilir. İfade edilmelidir ki, pozitif hukukun müeyyidesi olmasa doğal hukuka ilişkin ilkelerin uygulanması mümkün olmaz ve toplum felakete sürüklenir. Böylece doğal hukuk ayrıntılardan ziyade genel ilkeleri belirler pozitif hukuk ise bu genel ilkelerin uygulanmasını temin eder ve bunun yanında ayrıntılarıyla belli bir düzenleme öngörür.⁵⁹

Yazar son olarak, doğal hukuk ve pozitif hukuk açısından icrailiği tartışmaktadır. Pozitif hukuk kurallarından örneğin kanunların ilan edilmesi belli prosedürlere tâbidir. Bu süreçlerin takip edilmesinin ardından icrailik niteliğini haiz olur. Böylece kanunlar geriye dönük hüküm ve sonuç doğurmaz.⁶⁰ Ancak doğal hukuk kaideleri her zemin ve zamanda geçerlidir.⁶¹ Nihayet, yazar doğal hukuk ve pozitif hukuk arasında üç farkı dile getirmiştir.⁶²

1. Doğal hukuk zaman ve mekâna göre değişmezken pozitif hukuk değişiklik gösterebilir.
2. Doğal hukuk insanlığın tamamına yönelik olmasına rağmen pozitif hukuk hangi hükümet tarafından konulmuş ise o hükümete tâbi olanlar için geçerlidir.
3. Doğal hukuka itaat mecburi değildir. Zira doğal hukukun koyduğu kurallara uymamak vicdani sorumluluk dışında bir müeyyide meydana getirmez. Ancak pozitif hukuk kurallarına uymak mecburidir. Çünkü kamu gücüne dayalı olarak hükümetin zorlama ve cezalandırma yetkisi bulunmaktadır.

IV. Mehmed Servet'e Ait Doğal Hukuk Düşüncesinin Karşılaştırılması

Makalenin girişinde ifade edildiği üzere, doğal hukuk – pozitif hukuk ayrımına dair Mehmed Servet'in düşüncelerinin çağdaşı olan yazarların fikirleriyle ve modern anlayışlarla karşılaştırılması gerekir. Zira hem kendi dönemindeki hukuka giriş literatüründe hem de günümüz

⁵⁷ Mehmed Servet. s. 11.

⁵⁸ Mehmed Servet. s. 11.

⁵⁹ Mehmed Servet. s. 11-12.

⁶⁰ Yasaların geriye yürümez oluşu, günümüzde hukuk devleti ilkesi altında hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Hukuk normlarının öngörülebilir olması kural olarak yasaların geriye yürüyemez oluşunu mecburi kılmaktadır. **Bkz.** Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas: 2020/93, Karar: 2021/72, Karar Tarihi: 13/10/2021.

⁶¹ Mehmed Servet. s. 13.

⁶² Mehmed Servet. s. 13.

doktrininde Mehmed Servet'in fikirleri farklı noktada değerlendirilebilir. İfade ettiğimiz bu hususu aşağıda iki başlık altında ele almanın uygun olacağına karar verdik.

A. Mehmed Servet'e Ait Görüşlerin Çağdaş Olan Yazarlarla Mukayesesi

Çalışma kapsamında ele alınan yazarlar, doğal hukuk konusunu değerlendirirken temelde bu idealin Allah tarafından insana verilen fitrata atıf yapmaktadır. İbrahim Hakkı Paşa doğal hukuk kurallarının, ilahi bir kudret olarak yaratılmış olan eşyaların ve mahlûkatın yaratılış gerekleri üzerine bina edildiğini ifade etmektedir.⁶³ Vartan/Sadullah'ın eserinde de benzer şekilde, doğal hukuk kurallarına insanların, eğitime ihtiyaç duyulmaksızın aklın nuruyla ulaşması söz konusu kuralların fitri oluşunu göstermektedir.⁶⁴ Mahmud Esad, doğal hukuk kurallarının değişmezlik niteliğini insanın fitratında yer almasıyla bağdaştırmıştır.⁶⁵ Münif Paşa ise doğal hukuku büyük bir hazine olarak görür. Zira insan kendi fitratındaki bu kuvveti ilerlemesi ve gelişmesi nispetinde idrak eder.⁶⁶ Yine aynı şekilde Mehmed Kâzım Efendi de doğal hukuku insanın fitratın bulunan bir kuvvet olduğunu bu sayede iyiyi kötüden ayıran ve sahip olduğu hakları bildiren bir hukuk olarak tarif etmektedir.⁶⁷

Fıtrat lügatte bir görüşe göre, “ilk yaratılış sırasında Allah'ın insan tabiatına bahşettiği yaratanını tanıma eğilimi, ruh temizliği vb. olumlu yetenek ve yatkınlıkları”⁶⁸ olarak ifade edilmektedir. Yine tanımda yer alan insan tabiatı kavramı da yukarıda sayılı müelliflerin kitaplarında çokça vurguladıkları bir kalıptır. Ancak fitrat kelimesinin uhdesinde taşıdığı mana itibarıyla daha kesin şekilde dini karakter taşıdığı söylenebilir. Zira insan tabiatı kavramının lâik şekilde yorumlanması mümkündür.

Mehmed Servet'in doğal hukuk tanımlaması öncelikle yaratıcıya veya fitrata değil doğadaki düzene atıf yapmaktadır. Hatta yazar, doğal hukukun tarifi sırasında fitrata doğrudan vurgu yapmamaktadır.⁶⁹ Yazar doğal hukukun kaynağı olarak öncelikle doğadaki adalete dikkat çekmektedir. Doğada bulunan söz konusu adalet(in kaynağı) uygulandıkları toplumlarda değişikliklere uğrayabilmektedir.⁷⁰ Bu bağlamda yazarın, en iyi hukukun “Allah'ın kalbimize işlediği ezeli kanuna uygunluğuyla”⁷¹ ölçülebileceğine olan vurgusu dikkat çekicidir. Söz konusu ifadede kalp kelimesinin yer alması ilginçtir. Çünkü diğer kitapların herhangi birisinde böyle bir

⁶³ İbrahim Hakkı. *Medhâl-i Hukuk-ı...*, s. 21.

⁶⁴ “Mademki insanlar bilâ-teallüm ve tederrüs nûr-ı zekâ delaletiyle kanun-ı tabiye kesb-i vukuf ediyorlar. Bu halde kanun-ı mezkûrun fitrî olmaklık hassasının kabulünde tereddüt edilmiz.” Vartan/Sadullah. s. 23.

⁶⁵ Mahmud Esad Seydişehirî. s. 7.

⁶⁶ Münif Paşa. 1302, s. 61.

⁶⁷ Kâzım. s. 5.

⁶⁸ Hökelekli, Hayati. “Fıtrat”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 13, İstanbul, 1996, s. 47.

⁶⁹ Doğal hukukun tarifi sırasında yazar yalnızca bir kez fitrat kelimesini kullanmış. Doğal hukukun kaynağı olarak gösterdiği tabiat ve aklîselimin fitratta yer alan beşeriyetle birlikteliğini vurgulamıştır. Ancak buradaki fitrat kavramı dini yoğunluktan uzak biçimde yaratılış anlamında kullanılmıştır. Yoksa esas vurgu doğal hukukun insanın yaratılışındaki mükemmelliğe değildir. Yazar esasen insan ve kanun/hukuk arasındaki bağlantıyı doğa üzerinden kurmaktadır. **Bkz.** Mehmed Servet. s. 10.

⁷⁰ “Tabiatta bir memba-ı adl vardır ki, bütün kanunlar, ufak ırmaklar gibi o mebadan istinbat-ı adl ederler; sonra bunlar, dağıldıkları, irva eyledikleri yerlerin ezvak ve elvanıyla itilaf eder ve o yerlere göre değişirler.” Mehmed Servet. s. 7.

⁷¹ “Hatta diyebilirim bir kanun, Allah'ın kalbimize hakkeylediği lâ-yetağayyer kavanin-i ebediye ve ezeliyeye ne kadar yaklaşıyor ise o kadar tekemmül etmiş olur.” Mehmed Servet. s. 10.

kullanım söz konusu değildir. Kanaatimizce yazar kasten alışılmış bazı kalıpları kullanmaktan kaçınmaktadır.

B. Mehmed Servet'e Ait Görüşlerin Günümüz Literatürüyle Mukayesesi

Özetle Mehmed Servet'in doğal hukuk – pozitif hukuk ayırımına ilişkin görüşleri şu şekildedir: **i)** Pozitif hukukun meydana çıkması doğal hukukun oluşumundan daha sonradır. Doğadaki adalet kaynağı ebedi, ezeli ve değişmez niteliktedir. **ii)** İnsanlar akli selimde derece olarak eşit konumdadırlar. Ancak bu kuvvetin kullanılmasında eşit değillerdir. **iii)** Doğal hukuk, tabiatın ve akliselimin gösterdiği hukuktur. **iv)** Doğal hukukun anlaşılması yıllar veya asırlar içinde değişebilir. Ancak doğal hukukun kendisi değişiklik göstermez. Fakat pozitif hukuk değişebilir niteliktedir. **v)** Pozitif hukuk doğal hukuka ne kadar yaklaşırsa o kadar mükemmelleşir. **vi)** Kanunların geriye yürüme yasağı pozitif hukuk için geçerlidir. Zira doğal hukuk kuralları her zaman ve zeminde uygulanabilir niteliktedir. **vii)** Doğal hukuka uymamak maddi bir sorumluluk doğurmaz, yalnızca insanın iç dünyasında vicdani mesuliyet doğurabilir.⁷²

Doğal hukuk ve pozitif hukuk ayırımına ilişkin günümüz anlayışı olması gereken hukuk ile olan hukuk temelinde irdelenmektedir. Doğal hukuk olarak ifade edilen olması gereken hukuk kurallarının özellikleri şu şekildedir:⁷³ **i)** Belirli bir bölgede/toplulukta uygulanan kuralları değil, toplumun ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılayan kuralları ifade eder. **ii)** Olması gereken hukukun içeriğine ilişkin bir uzlaşma bulunmadığından değişken nitelikte kabul edilmektedir. **iii)** Doğal hukuk mevcut hukuka rehberlik etmesi dolayısıyla aralarında sürekli bir ilişki bulunmaktadır. **vi)** Dini kökenleri terkedildikten sonra doğal hukuk lâik ve akılcı bir niteliğe bürünmüştür. **v)** Genel olarak pozitif hukuk kuralları herkes için geçerli olsa da (istinaen bir kişi için kanun çıkarılabilir) doğal hukuk kuralları geneldir.

Yukarıda zikredilen tanım ve değerlendirmelere bakıldığında günümüz doğal hukuk ve pozitif hukuk anlayışla çoğu noktada örtüşmektedir. Mehmed Servet'i söz konusu mukayesede farklılaştıran noktalardan biri doğal hukuku değişmez nitelikte kabul etmesidir. Mehmed Servet, doğal hukukun içeriğinin dönemden döneme değişmeyeceği ve sabit nitelikte var olduğunu belirtmektedir. Farklı zaman ve mekânlardaki doğal hukuk kurallarının değişimini insanların akliselim seviyesindeki eşitliğine rağmen bu erki kullanmadaki eşitsizliğine dayandırmaktadır. Fakat modern anlayış, doğal hukukun zamansal olarak (çağdan çağa) değişebileceğini ortaya koymaktadır. Toplum ihtiyaçlarına bütünüyle uygun halde bulunan doğal hukuk anlayışının değişmez nitelikte kabul edilmesi akla daha yatkın görünmektedir. Dönemsel olarak doğal hukuk anlayışındaki değişimler ancak bu ideal durumun yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Gerçi bu anlayış İslam dinine uygun görünmektedir. Zira Allah'ın tabiata/insana işlediği kanunlar/kurallar aklen aksi ispatlanamayacak ölçüde makuldür.

Diğer bir yandan Mehmed Servet'in doğal hukuk kurallarının geçmişe yürüme yasağına tabi olmayacağı açıklaması dikkat çekicidir. Yukarıda ifade edildiği üzere günümüz doğal hukuk anlayışında vurgulanmayan bir mesele olmasıyla da Mehmed Servet'e ait görüşler önemini korumaktadır. Aslında Mehmed Servet'in bu görüşü doğal hukuk kurallarının hem değişmezliğini hem de genelliğini vurgulamaktadır. Zira dönemlere göre değişmeyen bu kuralların geçmiş

⁷² Mehmed Servet. s. 7-13.

⁷³ Üskül Engin, s. 152-154.

zamanda meydana gelen hukuki meselelere de uygulanacağını göstermektedir. Ayrıca doğal hukuk kuralları, insan etkisinden masun olarak pozitif hukuk kuralları gibi konulduğu tarih itibarıyla uygulanması mecburiyetini taşımamaktadır.

SONUÇ

Doğal Hukuk – pozitif hukuk ayrımı, 19. ve 20. yüzyıllardaki Osmanlı son dönem hukuk literatüründe olduğu gibi bugün de geçerliliğini sürdürmektedir. Doğal hukuk teorisiyle pozitif hukuk anlayışı arasındaki muhalefetin bir sonucu olarak hukuk kuralları arasında olan ve olması gereken hukuk ayrımı meydana gelmiştir. Pozitif hukuk kuralları müeyyideye sahip olması itibarıyla uyulması mecburi kurallardan oluşmaktadır. Ancak pozitif hukuk kuralları, değişmez ve üstün adalet anlayışından kaynaklanan doğal hukuka aykırı olması kabul edilemez niteliktedir. Bu sebeple hukukta ideal olan düzenin veya kuralın sürekli uygulanabilir olması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Söz konusu ihtiyaç, ulusal veya uluslararası alanda hukukun ideale ulaşması yolunda adalete uygun hukuk kurallarının oluşturulmasına öncülük edecektir.

Doğal hukuk – pozitif hukuk ayrımı, Osmanlı'nın son dönem hukuk literatüründe yer almakla birlikte günümüz hukuk literatüründe çoğu hukuka giriş türündeki eserlerde hukuk teorisinin anlaşılması için temel bir işlev görmektedir. Bu iki anlayışın kıyaslanması iki teori arasındaki farkları belirtmekle birlikte aralarındaki kaçınılmaz ilişkiyi de ortaya koymaktadır. Söz konusu dönemin yazarları(hukukçuları), toplumda cari bulunan hukuk kurallarının doğal hukukun kaynaklarından biri olarak görülen Yaratıcının ihsan ettiği insan fitratına uygun olması gerektiğini sürekli vurgulamaktadır. Bu minvalde Mehmed Servet'in yeri önem arz etmektedir. Zira Mehmed Servet doğal hukuk ve insan ilişkisini yaratılıştan ziyade tabiatın kendisine dayandırmaktadır. Ayrıca bu minvalde adaletin kaynağını da yine tabiatta aramaktadır. Nihayetinde yazar, doğal hukuk kurallarının neşri ve ilanının tabiatın bir görevi olduğunu ifade etmiştir.

Mehmed Servet doğal hukuk – pozitif hukuk ayrımında dönemin diğer eserlerine uygun olmakla birlikte, ismine uygun şekilde, doğal hukukun kaynakları arasına doğadaki işleyen düzeni de ekleyerek tabiata dikkat çekmektedir. Buna ilaveten yazarın farklı olarak ortaya koyduğu kıyaslardan biri de iki hukuk anlayışının icrailiği/yürürlüğü kapsamındadır. Yazar, doğal hukuk kurallarının her zaman ve mekânda geçerli olduğunu ve bu nedenle geriye yürüme yasağı kapsamında yer almadığını vurgulamaktadır. Ancak pozitif hukuk bunun aksine belli bir bölgede ve belli bir zaman dilimi içerisinde geçerli olan bu kuralların/anlayışın icra edilmesi sırasında geriye yürüme yasağına takılacağını ve bu sebeple bir takım hakların kazanılarak korunacağına işaret etmektedir.

Doğal Hukuk	Pozitif Hukuk
Olması gereken (ideal) hukuku ortaya koyar. “ <i>lege feranda</i> ”	Olan (mevcut) hukuku tanımlar. “ <i>lege lata</i> ”

Genel olarak değişmez kabul edilir.	Zamanın ve toplumun ihtiyaçlarına göre değişebilir.
Hukukun kaynakları ve amaçları üzerine yoğunlaşır.	Hukukun uygulanma boyutuna yoğunlaşır.
Genel nitelikte kurallar emreder.	Şahsi nitelikte kurallar koyması mümkündür.
Herkes açısından geçerlidir.	Yalnızca kurallarla bağlı olanlar açısından geçerlidir.
Her daim caridir, geriye yürüyebilir.	Kurallarının geriye yürüme yasağı bulunur.
Uyulmaması durumunda herhangi bir yaptırım öngörmez.	İtaat edilmesi mecburidir, aksi halde cezai müeyyidesi bulunur.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin. *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş*, III. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, Ekim 2017.

Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas: 2020/93, Karar: 2021/72, Karar Tarihi: 13/10/2021.

Aybay, Aydın / Aybay, Rona / Pehlivan. Ali. *Hukuka Giriş*, IX. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2013.

Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kuramları*, XX. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2005.

Bilsel, Cemil. *İstanbul Üniversitesi Tarihi*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1943.

Cicero. *Yasalar Üzerine* (Çev. C. Cengiz Çevik), İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2016,

Diyanet İşleri Başkanlığı. *Hadislerle İslam (Hadislerin Hadislerle Yorumu)*, Cilt: 7, IV. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınevi, İstanbul, 2020.

Doğan, İsmail. "Münif Mehmed Paşa", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 32, İstanbul, 2006,

Erdoğan, Ali. "Seydişehir", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 37, İstanbul, 2009,

Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Hukuka Giriş*, IV. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Gözler, Kemal. "Tabîi Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", Muhafazakar Düşünce, Yıl: 4, Sayı: 15, 2008,

Gözbüyük, Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, XXV. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2006.

Hökekleli, Hayati. "Fıtrat", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 13, İstanbul, 1996, s. 47.

- Ingram, David Bruce. *Hukuk Felsefesi* (çev. Ezgi Su Dağabak), II. Baskı, Fol Kitap, Ankara, Mart 2020.
- İbrahim Hakkı [Paşa]. *Hukuk İlimine Giriş* (Hazırlayan: Ömer Can Baş, Abdullah Özçelik), Dün Bugün Yarı Yayınları, İstanbul, 2021.
- İbrahim Hakkı. *Medhâl-i Hukuk-ı Beyne'd-Düvel*, Karabet Matbaası, İstanbul, 1303.
- İbrahim Hakkı. *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*, Karabet Matbaası, İstanbul, 1319.
- Kâzım. *Telhîs-i Hukuk-ı Mevzu'a*, II. Tab', Âlem Matbaası, İstanbul, 1313.
- Kozalı, Abdurrahim. *Kıyas/İstihsan ve Doğal Hukuk İlişkisi*, Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi, 2004,
- Kurşun, Zekeriya. "İbrâhim Hakkı Paşa", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 21, İstanbul, 2000,
- Mahmud Esad Seydişehrî. *Hikmet-i Hukuk yahut Hukuk-ı Tabiiye*, Mekteb-i Sanayi-i Şahane Matbaası, İstanbul, 1301.
- Mahmud Esad Seydişehrî. *Telhîs-i Hikmet-i Hukuk*, Mekteb-i Sanayi-i Şahane Matbaası, İstanbul, 1301.
- Mehmed Servet. *Mukaddime-i İlm-i Hukuk*, II. Tab', İkdam Matbaası, Dersaadet, 1328.
- Münif Paşa. *Hikmet-i Hukûk* (Sadeleştiren ve Yayına Hazırlayan: Gökhan Doğan), Çizgi Kitabevi, Konya, Eylül 2016.
- Münif Paşa. *Hikmet-i Hukuk*, A.K. Tuzluyan İdare-i Şirket-i Mürettibiyye, İstanbul, 1302.
- Öktem, Niyazi / Türkbağ, Ahmet Ulvi. *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, Ekim 2009.
- Özyörük, Mukbil. *Hukuka Giriş*, Ege Matbaası, Ankara, 1959.
- P. Namur. *Medhâl-i İlm-i Hukuk* (Çeviren: Münif Paşa), Mekteb-i Sanayi-i Şahane Matbaası, İstanbul, 1299.
- TÜBA *Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü / Sosyal Bilimler*, Ankara, 2011,
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), İrade Adliye ve Mezahib (İ..AZN.), 84/29.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), İrade Adliye ve Mezahib (İ..AZN.), 106/16.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), İrade Adliye ve Mezahib (İ..AZN.), 117/25.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), İrade Adliye ve Mezahib (İ..AZN.), 119/28.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (BCA), Kararlar Daire Başkanlığı, (82/2/9), (86/36/12), (90/11/14).
- Uslu, Cennet. *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, II. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, Temmuz 2011.
- Uygun, Oktay. *Hukuk Teorileri*, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2020.
- Üskül Engin, Zenyep Özlem. "Olan Hukuk - Olmayan Hukuk", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 23. Kitap, ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012,
- Vartan/Sadullah. *Hülasa-yı Hukuk-ı Tabiiye*, Bekir Efendi Matbaası, Konstantiniyye, 1325.

Yaman, Ahmet / Karakuş, Bahaddin. "Osmanlı'nın Son Döneminde Bir Hukuk Mecrası: Ravza-i Hukuk", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79, S. 3, 2021, s. 1001-1027.

Yıldırım, Şahban." Natural Law Theory and Islamic Law in Terms of Philosophy of Law", *Turkish Studies*, Vol. 12/20, 2017,

Yörük, Ali Adem. "Hukuk Tarihi Dersinin İhdâsı ve Mahmud Esad Seydişehir", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 70, S. 1, 2012, s. 489-504.

Yörük, Ali Adem. *Mekteb-i Hukuk'un Kuruluş ve Faaliyetleri (1878-1900)*, Marmara Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

Yargıtay Kararları ve Doktrin Tartışmaları Işığında Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptal Sebeplerinin Değerlendirilmesi

Merve ARSLAN 

Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
merve.arslan.ma.ma@gmail.com

(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<p>Makale Geçmişi Geliş: 10.07.2022 Kabul: 22.10.2022 Yayın: 24.10.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Vasiyetname, Miras Sözleşmesi, İptal Edilebilirlik Yaptırımı, İptal Davası.</p>	<p>Miras bırakan ölümünden sonra terekesinin kime kalacağına ilişkin tasarruflarda bulunmayı isterse, bunu ölümüne bağlı tasarruflar yapma yoluyla gerçekleştirebilmektedir. Hukuk düzenimiz, ölümüne bağlı tasarrufların, vasiyetname ve miras sözleşmesi olarak iki şekilde yapılabileceğini kabul etmektedir. Ölümüne bağlı tasarrufların hükümsüzlüğü; yokluk, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik şeklinde görülebilmektedir. Yokluk ve kesin hükümsüz yaptırımları nadiren söz konusu olmakta; iptal edilebilirlik ölümüne bağlı tasarruflarda sıkça karşımıza çıkan bir yaptırımdır. Ölümüne bağlı tasarrufların iptal sebepleri kanunumuzda sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar, ehliyetsizlik, irade sakatlığı halleri, hukuka veya ahlaka aykırılık ve şekil kurallarına aykırılıktır. Özellikle irade sakatlığı halleri bakımından, ölümüne bağlı tasarrufların vasiyetname şeklinde mi miras sözleşmesi şeklinde mi yapıldığı önem arz etmektedir. Çalışmamızda, söz konusu şekli ayırım çerçevesinde, ölümüne bağlı tasarrufların iptal sebepleri açıklanacak, ardından açılacak iptal davasına ilişkin usul kuralları üzerinde durulacaktır.</p>

Evaluation Of Reasons For Annulment Of Testamentary Dispositions In The Light Of Jurisdiction Decisions And Doctrinal Discussions

Article Info	Abstract
<p>Article History Received: 10.07.2022 Accepted: 22.10.2022 Published: 24.10.2022</p> <p>Keywords: Testamentary Dispositions, Testament, Inheritance Contract, Sanction of Annulability, Annulment Lawsuit.</p>	<p>If the inheritor wishes to dispose of her/his inheritance after her/his death, she/he can achieve this by making testamentary dispositions. Our legal system accepts that testamentary dispositions can be made in two ways as testament and inheritance contract. Invalidity of testamentary dispositions; non-existence, nullity and annulability. While the sanctions of non-existence and nullity rarely occur; annulability is a sanction frequently encountered in testamentary dispositions. The reasons of annulment of testamentary dispositions are limited in our law. These are incompetence, incapacity of will, violation of law or morality and violation of formal rules. Especially in cases of disability of will, it is important whether the testamentary dispositions is made in the form of a testament or an inheritance contract. In our study, within the framework of the formal distinction, the reasons for the annulment of the testamentary dispositions will be explained, and then the procedural rules regarding the annulment lawsuit will be mentioned.</p>

Atıf/Citation: Arslan, M. (2022). "Yargıtay Kararları ve Doktrin Tartışmaları Işığında Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptal Sebeplerinin Değerlendirilmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s. 693-717.

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

Miras bırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuran ve miras bırakanın tereke üzerindeki iradesini içeren hukuki işlem niteliğindeki ölüme bağlı tasarruflar, bazı durumlarda hükümsüzlük yaptırımına tabi olabilmektedir. Söz konusu hükümsüzlük yokluk veya kesin hükümsüzlük olabileceği gibi, bazı durumlarda ölüme bağlı tasarrufların iptali şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir. Bir ölüme bağlı tasarrufun iptali istemiyle dava açılabilmesi ise bunun için bulunması gereken sebeplerin varlığı halinde mümkün olabilecektir. Söz konusu iptal sebepleri, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olup, ehliyetsizlik, irade sakatlığı halleri, hukuka veya ahlaka aykırılık veya şekil eksikliğidir. Ölüme bağlı tasarrufların iptal sebepleri, sağlar arası işlemler bakımından meydana geldiği kimi durumlarda, Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) farklı yaptırımlarla düzenlenmiştir. Bu çalışmada konu ayrıntılı şekilde ele alınacak olup, söz konusu farklılıkların yerinde olup olmadığı konusunda açıklamalarda bulunulacaktır.

I. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF KAVRAMI

Ölüme bağlı tasarruf kavramı her şeyden önce bir hukuki işlemi ifade etmektedir¹. Hukuki işlem, hukuk düzeni içinde istenen sonucun gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan irade açıklaması olup², malvarlığında artırıcı sonuç doğuruyorsa kazandırıcı hukuki işlem denir³. Miras hukukunda kazandırmanın gerçekleşmesi ya saklı pay müessesesi çerçevesinde 'kanun koyucunun iradesi' ile ya da saklı payları ihlal etmemek koşuluyla 'miras bırakanın iradesi' (ölüme bağlı tasarruflar) ile söz konusu olmaktadır⁴. Miras bırakanın iradesiyle gerçekleştirdiği kazandırıcı hukuki işleme konu olan kazandırma, kazandırmayı yapan kişi hayattayken hüküm ve sonuçlarını doğuruyorsa sağlar arası tasarruf; ölümden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuruyorsa ölüme bağlı tasarruf söz konusu olmaktadır⁵. Bu bağlamda, ölüme bağlı tasarruf kavramı, miras bırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracak olan ve miras bırakanın tereke üzerindeki iradesini içeren hukuki işlem şeklinde tanımlanabilecektir⁶. Ölüme bağlı tasarruflara ilişkin düzenlemeler Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 502 ve devamında düzenlenmiştir.

Ölüme bağlı tasarruf kavramının taşıdığı "tasarruf" kelimesi, sağlar arası tasarruf kavramındaki tasarruf kelimesinden farklıdır⁷. Öyle ki, tasarruf kelimesi doğrudan etki yaratan durumlar için kullanılmakta, sağlar arası tasarruf kavramı bu anlamı muhtevasında bulundurmakta, buna karşılık ölüme bağlı tasarruf kavramı ölümden sonra etki doğuran hukuki işlemi

¹ Dural, Mustafa/ Öz, Turgut. *Türk Özel Hukuku Cilt IV-Miras Hukuku*, XVII. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 50; Eren, Fikret. *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, I. Baskı, AÜHF Yayınları, Ankara, 1966, s. 3; Ruhi, Canan/ Ruhi, Ahmet Cemal. *Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 13.

² Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, XXVI. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 123.

³ Tekdoğan, Aydın. *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptal Davaları*, III. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 85; Ayan, Mehmet. *Miras Hukuku*, IX. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 93.

⁴ Serozan, Rona/ Engin, Baki İlkay. *Miras Hukuku*, VII. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 239.

⁵ Tekdoğan, s. 86.

⁶ İnan, Ali Naim/ Ertaş, Şeref/ Albaş, Hakan. *Türk Medeni Hukuku-Miras Hukuku*, X. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 159; Dural, Öz, s. 50; Antalya, O. Gökhan. *Miras Hukuku Cilt III*, V. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 148; Eren, 1996, s. 3; Ayan, s. 93.

⁷ Dural, Öz, s. 50.

karşılıktadır⁸. Bu sebeple, ölüme bağı tasarruf kavramı yerine ölüme bağı işlem kavramının benimsenmesi yerinde olacaktır⁹. Ancak yerleşmiş bir kavram olması sebebiyle çalışmanın devamında ‘ölüm bağı tasarruf’ kelimesi kullanılacaktır.

‘Ölüm’ ölüme bağı tasarrufların sebebinin (*causa*) oluşturan zorunlu unsurdur¹⁰. Bir başka ifadeyle ölüm gerçekleşmeden ölüme bağı tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır¹¹. Burada belirtmek gerekir ki, bir sağlar arası tasarruf ölüm şartına veya ölümün gerçekleşmesine ilişkin vadeye bağlanmışsa, burada ‘ölüm’ olgusu tasarrufun sebebi ve zorunlu unsuru olmadığından, bir ölüme bağı tasarrufun bulunduğu kabul edilemez, işlemin sağlar arası tasarruf niteliğinde olduğu kuşkusuzdur¹². Ancak bir işlemin, başka nedenlerle, sağlar arası tasarruf mu ölüme bağı tasarruf mu olduğu konusunda şüphe oluşursa, Yargıtay uyuşmazlığı işlem lehine yorum ilkesine göre, sağlar arası tasarruf olduğunu kabul etmek suretiyle çözüme kavuşturulmaktadır¹³.

Ölüme bağı tasarrufların çeşitleri, TMK m. 514 ve devamında düzenlenmiştir. Ölüme bağı tasarruflar iki şekilde kategorize edilmektedir: Miras bırakanın içerik olarak uyması gereken şekil kuralları bağlamında ölüme bağı tasarruflar ‘şekli anlamda ölüme bağı tasarruflar’ olarak adlandırılırken, içerikleri bakımından yapılan ayırmada ölüme bağı tasarruflar ‘maddi anlamda ölüme bağı tasarruflar’ adıyla adlandırılmaktadır¹⁴. Şekli anlamda ölüme bağı tasarruflar TMK m. 531 ve devamında düzenlenen vasiyetname ve miras sözleşmesidir¹⁵. Maddi anlamda ölüme bağı tasarruflar ise TMK m. 514 ve devamında düzenlenen koşul ve yüklemeler, mirasçı atama, belirli mal bırakma, yedek ve art mirasçı atama, vakıf kurma, vasiyeti yerine getirme görevlisi

⁸ Dural, Öz, s. 50; İnan, Ertaş, Albaş, s. 160.

⁹ Dural, Öz, s. 50.

¹⁰ Tekdoğan, s. 89; Dural, Öz, s. 50; Serozan, Rona. *Sağlar Arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağı Kazandırma*, I. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1979, s. 10; Antalya, s. 151; Öztan, Bilge. *Miras Hukuku*, X. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 165; Dural, Mustafa. *Miras Sözleşmeleri*, I. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1980, s. 10, dn. 26; Atlı, Banu. *Ölüme Bağı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 22.

¹¹ Yargıtay, İBK, E. 1994/4, K. 1994/4, T. 11.11.1994: “*Miras bırakanın, ölümünden sonra yapılmasını arzu ettiği hususlar hakkındaki irade açıklaması olan ölüme bağı tasarruflar bir hukuki muameledir ve ancak onun ölümünden sonra hüküm ifade eder. Ölüm olayı vuku bulmadan ölüme bağı tasarrufun hukuki sonuç doğurması mümkün değildir. Bu iradenin açıklanma biçimine şekli anlamda ölüme bağı tasarruf, muhtevasına da maddi anlamda ölüme bağı tasarruf denilmektedir. Şekli anlamda ölüme bağı tasarruf, ya miras bırakanın tek taraflı irade açıklaması olan vasiyetname veya karşılıklı irade açıklamasını öngören miras sözleşmesi şeklinde olmaktadır. Vasiyetname veya miras sözleşmesi ile yapılması arzu edilen şey, maddi manada ölüme bağı tasarrufu ifade eder. Mirasçı nasbı, muayyen mal vasiyeti, terekeye tenfiz memuru tayin etme gibi ölüme bağı tasarruflar maddi anlamda ölüme bağı tasarruflardır.*” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 30.03.2022); Yargıtay, 2. HD, E. 2007/2204, K. 2007/3809, T. 12.3.2007: “*Dava yoluyla ölüme bağı tasarrufun iptalini isteyebilmek için, dava tarihinde mirasçılık sıfatının kazanılmış olması şarttır. Vasiyetçi hayatta olduğu sürece, mirasçılar vasiyetnamenin iptali için dava açamazlar.*” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

¹² Dural, Öz, s. 51.

¹³ Yargıtay, 3. HD, E. 2004/12296, K. 2004/13423, T. 6.12.2004: “*Bizatihi ölüme bağı tasarruf şekline uyulmamış olsa bile tarafların bir sağlar arası işlemi kurmak istediklerini ve böyle bir işlemin ölüme bağı tasarruf hükümlerine bağlanmasının zorunlu olmadığını gösterebilir. Kuşku durumunda (kazandırıcı işlemin sağlar arası işlem mi yoksa ölüme bağı tasarruf mu sayılacağı sorununun çözümünde) favor negotii (işlemi kurtarıcı, geçerli kılıcı yorum) ilkesi doğrultusunda, geçersiz bir ölüme bağı işlem yerine geçerli bir sağlar arası işlemin varlığı kabul edilmelidir (BGE 99 11 268).*” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

¹⁴ Ayan, s. 94; Dural, Öz, s. 52; Olgaç, Furkan. *Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 24; Serozan, s. 11-12.

¹⁵ Ayan, s. 94; Dural, Öz, s. 53; Atlı, s. 23; Olgaç, s. 24; Serozan, s. 11.

atama, mirastan feragat, mirasçılıktan çıkarma şeklinde karşımıza çıkabilmektedir¹⁶. Her iki çeşit ölüme bağlı tasarruf bakımından da *numerus clausus* ilkesi geçerli olup, yalnızca vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla ve sadece kanunda düzenlenen şekillerde ölüme bağlı tasarruf yapılabilecektir¹⁷.

Ölüme bağlı tasarruf yapma hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir¹⁸. Bir başka ifadeyle, bu hakkın bizzat kullanılması gerekir, temsilci aracılığıyla kullanılması söz konusu değildir¹⁹.

II. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN İPTALİ

A. Genel Olarak

Ölüme bağlı tasarruflar hukuk düzeni içinde istenen hukuki sonucun gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan irade açıklamaları yani hukuki işlem niteliğindedirler²⁰. Söz konusu irade açıklaması, hukuki işlemin kurucu unsurunu oluşturmaktadır²¹. Hukuki işlemi meydana getiren kurucu unsurların yanında, hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlayan geçerlilik ve etkinlik unsurlarının da bulunması gerekir²². İşte bu unsurların eksikliği halinde karşımıza hükümsüzlük kavramı çıkmaktadır. Hükümsüzlük kavramı doktrinde tartışma yaratmakta, kimi yazarlar hukuki işlemin kurucu, geçerlilik veya etkinlik unsurlarının olmaması durumlarının tümü için hükümsüzlük kavramını kullanmaktadır²³. Kimi yazarlar ise kurucu unsurları mevcut olup, hüküm ve sonuç doğurmayan hukuki işlemlerin hükümsüz olduğundan bahsetmektedir²⁴. Fikrimizce, hükümsüzlük kavramının, içerisine tüm unsurlarda (kurucu, geçerlilik, etkinlik) eksiklik hallerinin dâhil edilerek açıklanması ve kendi içerisinde, temel olarak, yokluk (kurucu unsur eksikliği), kesin hükümsüzlük (geçerlilik unsuru eksikliği) ve iptal edilebilirlik şeklinde kategorize edilmesi anlaşılma kolaylığı sağlaması açısından yerinde olacaktır.

¹⁶ Ayan, s. 95; Dural, Öz, s. 141 vd; Atlı, s. 34.

¹⁷ Serozan, Engin, s. 244; Dural, Öz, s. 53; Olgaç, s. 25.

¹⁸ Tekdoğan, s. 90.

¹⁹ Yargıtay, 2. HD, E. 2007/6349, K. 2007/7938, T. 14.5.2007: “Mirastan feragat sözleşmesi (TMK. m. 528), miras sözleşmesinin bir çeşidi olduğundan, resmi vasiyetname şeklinde yapılması zorunludur (TMK. m. 545 ve Y.İç. B.K. 11.02.1959 tarih, 16/14 sayılı kararı). Davaya konu 07.06.2004 tarihli sözleşmeye miras bırakan Cemal bizzat katılmayıp vekaleten düzenlendiğinden, geçerli bir mirastan feragat sözleşmesinden söz edilemez. Davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 30.03.2022); Tekdoğan, s. 90.

²⁰ Eren, 2021, s. 123; Dural, Öz, s. 50; Ruhi ve Ruhi, 2015, s. 13.

²¹ Eren, 2021, s. 123-124: İrade açıklaması, hukuki işlemin tek kurucu unsuru olabileceği gibi, kimi durumlarda kanun koyucu irade açıklaması yanında başkaca kurucu unsurlara da yer verebilmektedir; Atlı, s. 50.

²² Eren, 2021, s. 124.

²³ Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*, XXII. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 218 vd: Yazara göre, hükümsüzlük; yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık, nispi etkisizlik kavramlarını içine alan bir kavramdır; Atlı, s. 51.

²⁴ Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, H. Murat. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 173; Eren, 2021, s. 385, 387: Yazara göre, kurucu unsurlardaki eksiklik hükümsüzlük olarak değil, yokluk olarak adlandırılmaktadır. Hükümsüzlük ise geçerlilik unsurlarındaki eksikliği ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Yazar, hükümsüzlük çeşitlerinin doktrinde eksiklik, kesin hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlük, nispi hükümsüzlük yani iptal edilebilirlik şeklinde kabul edildiğini ifade etmiştir.

Ölümüne bağlı tasarruflarda hükümsüzlük halleri, yokluk, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik şeklinde karşımıza çıkmaktadır²⁵. Ancak ölümüne bağlı tasarruflar, hukuki işlemi yapan kişinin ölmesi sebebiyle tekrarlanması güç olduğundan, tasarrufun ayakta tutulması amacıyla, çoğunlukla iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulmuştur²⁶.

Ölümüne bağlı tasarruflar, kurucu unsurlarının bulunmaması halinde yokluk yaptırımına tabi olur²⁷. Ölümüne bağlı tasarrufların kurucu unsuru, miras bırakanın irade açıklamasıdır²⁸. Söz gelimi, miras bırakanın henüz tamamlamadığı, imzalamadığı bir vasiyetname taslağı veya miras bırakan dışındaki kişinin miras bırakanmışçasına düzenlediği vasiyetname kurucu unsur olan miras bırakanın iradesini içermediğinden yokluk yaptırımına tabi olacaktır. TBK m. 27’de düzenlenen kesin hükümsüzlüğe sebep olan kimi haller (hukuka ve ahlaka aykırılık gibi) ölümüne bağlı tasarruflar bakımından iptal edilebilirlik (TMK m. 557) yaptırımına tabi olsa da, ölümüne bağlı tasarrufların kimi durumlarda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması mümkündür. Söz gelimi, muvazaa, zihni kayıt veya latife beyanı ile meydana getirilen vasiyetname kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur²⁹. Son olarak, ölümüne bağlı tasarruflar çoğunlukla iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulmuştur. Bu yaptırımın uygulanmasına yol açan sebepler, TMK m. 557/I’de tasarrufun murisin tasarruf ehliyetine sahip olmadığı bir anda yapılması; yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılması; içeriğinin, bağlandığı koşul veya yüklemelerin hukuka veya ahlâka aykırı olması; kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmış olması şeklinde sınırlı olarak düzenlenmiştir³⁰. Konumuzun esasını oluşturan ölümüne bağlı tasarrufların iptal sebepleri ve iptal davası aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, ölümüne bağlı tasarruflara hukuk düzenince cevaz verilmesinde amaç, miras bırakanın son arzularının yerine getirilmesini sağlamaktır. Hal böyle olunca, iptal sebepleri, somut olaylar çerçevesinde dar yorumlanmalı, mümkün olduğunca tasarrufun ayakta tutulması ve böylece miras bırakanın son arzularının yerine getirilmesi amaçlanmalıdır. Yargıtay’ın da bu prensibi benimsediği kararları mevcuttur³¹.

²⁵ Atlı, s. 67.

²⁶ Atlı, s. 91.

²⁷ Kocayusufoğlu, Necip. *Miras Hukuku*, II. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1978, s. 348-349; Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*, VI. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 185 (Naklen: Dural, Öz, s. 224).

²⁸ Atlı, s. 68.

²⁹ Aydos, Oğuz Sadık. *Pratik Miras Hukuku*, I. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021, s. 55; Dural, Öz, s. 224.

³⁰ Yargıtay, 3. HD, E. 2013/15169, K. 2013/17434, T. 9.12.2013: “Kural olarak, muvazaa, iki taraflı işlemler için söz konusu olup, tek taraflı irade beyanı niteliğinde olan ölümüne bağlı tasarruflarda (vasiyetnamelerde), muvazaadan söz edilemez. Mahkemece, muvazaa nedeniyle vasiyetnamenin iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 19.04.2022): Yargıtay söz konusu kararda, muvazaanın iptal sebepleri arasında sayılmamış olması nedeniyle, muvazaa iddiasına dayanan iptal istemini reddetmiştir; Yargıtay, 3. HD, E. 2010/19745, K. 2011/2854, T. 28.2.2011: “Ölümüne bağlı tasarrufların iptali davasında iptal nedenleri sınırlanmıştır. Kural olarak ilgili hükümde yer alanlar dışında bir nedenle vasiyetnamenin iptali istenemez ve hakim bu nedenlerle bağlıdır. Bu bakımdan vasiyet alacaklısının miras bırakandan önce ölmesi olgusuna dayanılarak vasiyetnamenin iptali istenemez. Vasiyet alacaklısı miras bırakandan önce ölmüş ise, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü, vasiyet yükümlüsünün yararına ortadan kalkar. Bu husus vasiyetname alacaklısı tarafından açılan vasiyetnamenin tenfizi davasında itiraz olarak ileri sürülebilir. O halde mahkemece davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddine karar verilmelidir.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

³¹ Yargıtay, 3. HD, E. 2013/13211, K. 2013/17415, T. 9.12.2013: “Kural olarak, murisin ölümüne bağlı tasarruflarını iptal etmekten veya hükümsüz saymaktan çok, bunları muhafaza etmek, vasiyetçinin iradesine ve istemine daha uygun düşer.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 20.04.2022).

Ölümüne bağlı tasarrufların yokluk, kesin hükümsüzlük veya iptal edilebilirlik yani hükümsüzlük yaptırımlarına tabi olması ile hükümden düşmesinin karıştırılmaması gerekir. Zira, hükümsüzlük hallerinde, hükümsüzlük sebebi baştan itibaren (tasarrufun yapıldığı andan itibaren) mevcutken; hükümden düşme halinde, mevcut ve geçerli ölümüne bağlı tasarrufun, sonradan, belirli sebeplerin ortaya çıkmasıyla hüküm ifade etmemesi söz konusudur³². Ancak yokluk ve kesin hükümsüzlük halinde de hükümden düşme halinde de ölümüne bağlı tasarruf artık hüküm ifade etmemekte, hüküm ifade edebilmesi için tekrar yapılması gerekmektedir³³.

B. Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptal Sebepleri

1. Ölümüne Bağlı Tasarrufların Ehliyetsizlik Sebebiyle İptali

Ehliyet, TMK m. 8 ve 9'da hak ve fiil ehliyeti olarak düzenlenmiştir. Hak ehliyeti, kişinin haklara ve borçlara ehil olma ehliyeti iken; fiil ehliyeti, bir kimsenin kendisini hak sahibi yapabilme ve borç altına sokabilme ehliyetidir³⁴. TMK m. 8 gereğince her insanın hak ehliyeti vardır, ancak TMK m. 10 gereğince, fiil ehliyetine sahip olmak için, ayırt etme gücüne sahip olmak, kısıtlı olmamak ve ergin olmak gerekir. TMK'da düzenlenen ehliyete ilişkin genel hükümler bu şekildeyken, ölümüne bağlı tasarruf yapma ehliyeti, TMK m. 502-503'te vasiyet ve miras sözleşmesi bakımından özel olarak düzenlenmiştir.

Vasiyetname yapma ehliyetinin bulunduğu kabul edilebilmesi için, TMK m. 502 gereğince, vasiyetçinin ayırt etme gücünün bulunması ve on beş yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. TMK m. 13 ifadesiyle ayırt etme gücü, "*akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmamayı*" ifade etmektedir. Bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olduğunun kabul edilebilmesi için, gerçekleştirdiği fiillerin sonuçlarını anlayabilecek durumda olması gerektiği kabul edilmektedir³⁵. Bir kimse vasiyetnameyi yapmasının sonuçlarını anlayabilecek durumdaysa, vasiyetname yapma anlamında, ayırt etme gücüne sahiptir. Ayırt etme gücünün bulunmadığı haller TMK m. 13'te "*yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebepler*" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak, TMK m. 502'de yalnızca ayırt etme gücünün bulunması istenmiştir. Vasiyetname bırakan kimsenin akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bulunması ve hatta bu sebeple kısıtlanmış olması söz konusu olabilmektedir. TMK m. 502'de vasiyetname yapma bakımından kısıtlanmış olmama şartı bulunmadığından, ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen kısıtlanmış bir kimsenin, on beş yaşını da doldurmuşsa, vasiyetname yapmasına bir engel bulunmamaktadır³⁶. Ayırt etme gücünün varlığı her somut olay bakımından ayrı ayrı incelenmelidir³⁷.

³² Öztrak, İlhan. *Tek Taraflı Ölümüne Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyet Namenin Ziyatı*, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964, s. 27.

³³ Öztrak, s. 28-29; Atlı, s. 68.

³⁴ Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt I – Kişiler Hukuku*, XXII. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 217.

³⁵ Dural, Ögüz, s. 217.

³⁶ Eren, 1996, s. 21; Serozan, Engin, s. 283; İmre, Zahit/ Erman, Hasan. *Miras Hukuku*, XIV. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 64; Öztan, s. 182; Güneri, Cemal. *Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 91.

³⁷ Çiftçi, Hasan. *Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali*, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 160.

Vasiyetname ehliyetinin mevcut kabul edilmesi için bir diğer kural, kişinin on beş yaşını doldurmuş olmasıdır. Kanun koyucu, burada, on sekiz yaşın doldurulmasını yani erginliği aramamış, kişinin vasiyetname düzenleme hakkını erken edinmesini sağlamıştır. Aksi takdirde, on beş yaşını doldurmuş ergin olmayan kimselerin, vasiyetname yapma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olma niteliği sebebiyle, temsilci yoluyla vasiyetname yapmaları da mümkün olmayacağından, hak kısıtı söz konusu olurdu. Hal böyle olunca, on beş yaş kuralı hakkın kullanılması açısından yerinde bir düzenlemedir. Ancak, açıklanan iradenin on beş yaşındaki kimsenin kendi iradesi olup olmadığı konusunda mahkemelerin hassas davranması, şüphe uyandıran durumların bulunması halinde gerçek iradeye ulaşmaya çalışması gerekmektedir. Zira, burada on beş yaşındaki kimsenin üçüncü kişilerin etkisi altında hareket etme riski oldukça fazladır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sınırlı ehliyetsiz olarak nitelendirilen ayırt etme gücüne sahip küçükler (on sekiz yaşını doldurmamış kimseler) sınıfına, ayırt etme gücüne sahip ve on beş yaşını doldurmamış kimseler de girmektedir. Söz konusu kimseler ve vasileri (TMK m. 343 gereğince velileri) bakımından yasak işlemler, TMK m. 449'da "*Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır*" şeklinde düzenlenmektedir. Her ne kadar ayırt etme gücüne sahip on beş yaşını doldurmuş küçüklerin, veli ve vasileri aracılığı dahi, vakıf kurması yasaksa da, vasiyetname aracılığıyla vakıf kurmaları mümkün olmaktadır³⁸.

Miras sözleşmesi yapma ehliyeti, miras bırakan kişi bakımından, TMK m. 503 gereğince, ayırt etme gücüne sahip olmayı, ergin olmayı ve kısıtlı bulunmamayı, bir başka ifadeyle fiil ehliyetine (TMK m. 10) sahip olmayı gerektirmektedir. Burada, ayırt etme gücü anlamında, vasiyetname için yaptığımız açıklamalar geçerli olup, buna ek olarak sözleşmenin bağlayıcı olacağına da farkında olunması gerekir³⁹. Bir diğer ehliyet şartı, ergin olma şeklinde belirlenmiş, on sekiz yaşını doldurması mutlak olarak aranmamıştır. Dolayısıyla, burada erginliğin nasıl kazanıldığı önem arz etmeyecek, söz gelimi evlilikle kazanılan erginlik de miras sözleşmesi ehliyeti için gereken ergin olma şartını sağlayacaktır⁴⁰. Son olarak kısıtlı bulunmama şartı mevcuttur. Kısıtlama sebepleri, TMK m. 404 ve devamında, sınırlı olarak, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle kısıtlama ve istek üzerine kısıtlama olarak sayılmıştır. Bu hallerde mahkeme tarafından kısıtlama kararı verilir ve kişiye vasi atanır⁴¹. Kısıtlanan kişinin miras sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmamaktadır. Ancak burada belirtmek gerekir ki, kendisine yasal danışman atanan kişi, TMK m. 429'da miras sözleşmesi yapma konusunda yasal danışman iznine ilişkin hüküm bulunmadığından, miras sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olabilecektir⁴². Miras sözleşmesinin iki tarafı da miras bırakmaya ilişkin bir tasarruf yapıyorsa, her iki tarafın da miras sözleşmesine ilişkin ehliyet kurallarını sağlaması gerekir⁴³. Ancak, sözleşmenin bir tarafını miras bırakan oluştururken, diğer taraf ölümüne bağlı tasarrufta bulunmuyorsa, söz konusu diğer taraf için genel ehliyet şartlarının sağlaması aranır⁴⁴.

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 139-140.

³⁹ Dural, s. 55; Atlı, s. 91.

⁴⁰ İmre ve Erman, s. 68; Dural, s. 57.

⁴¹ Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 126.

⁴² Kocayusufpaşaoğlu, s. 141; Dural, s. 60; Eren, 1996, s. 25; Öztan, s. 184; Gönensay, Samim/ Birsen, Kemaleddin. *Miras Hukuku*, II. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1963, s. 43.

⁴³ Dural, Öz, s. 59; Serozan, Engin, s. 284; Dural, s. 54.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Atlı, s. 92 vd.

Ehliyet kurallarının ölümüne bağlı tasarruf yapılırken mevcut olması gerekir⁴⁵. Ölümüne bağlı tasarruf yapıldıktan sonra ehliyetle ilişkin mevcut olmayan şartın sağlanması ölümüne bağlı tasarrufun iptali istemiyle dava açılmayacağı anlamına gelmez⁴⁶. Örneğin, vasiyetname düzenleyen on iki yaşındaki bir kimsenin on yedi yaşında ölmesi halinde, on beş yaşını geçmiş olması sebebiyle, vasiyetnamenin iptali için dava açılmayacağı söylenemeyecektir. Ayrıca, ölümüne bağlı tasarrufun yapıldığı anda sağlanmış olan ehliyet şartı, sonradan ortadan kalkarsa, söz konusu ölümüne bağlı tasarrufun iptali için dava açılmayacaktır⁴⁷.

Kanunda düzenlenen ölümüne bağlı tasarruf yapma ehliyetinin hak ehliyeti mi fiil ehliyeti mi olduğu, bir başka ifadeyle niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ölümüne bağlı tasarruf yapma ehliyeti yaş sınırı içerdiğinden ve söz konusu yaşa gelmemiş kimselerin ölümüne bağlı tasarruf yapma ehliyeti bulunmayacağından, bu ehliyet hak ehliyeti niteliğindedir⁴⁸. Bir başka görüşe göre, kanunda ölümüne bağlı tasarruf ehliyeti için yaşın yanında ayırt etme gücüne sahip olma gibi kurallar da getirilmiştir, bu sebeple ölümüne bağlı tasarruf yapma ehliyeti fiil ehliyeti niteliğindedir⁴⁹. Ancak bu şekilde teorik bir nitelendirme yapılması gerekli olmayıp, hem yaşa hem ayırt etme gücüne ilişkin kurallar ile şekillenen ölümüne bağlı tasarruf yapma ehliyeti, hak ve fiil ehliyeti niteliğini birlikte taşımaktadır⁵⁰.

Ehliyetsizlik hali mevcutsa, ölümüne bağlı tasarrufun iptali, ancak ölümden sonra istenebilmektedir⁵¹. TMK m. 6'da, ispata ilişkin, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça,*

⁴⁵ Yargıtay, 7. HD, E. 2022/1278, K. 2022/4606, T. 29.6.2022: "*Davacı vekili,... mirasbırakanın vasiyetname düzenleme tarihinde fiili ehliyetine sahip olmadığı gerekçesiyle vasiyetnamenin iptaline karar verilmesini istemiştir... Mahkemece ilk olarak Adli Tıp Kurumu raporuna göre M. Kamuran Kuntol'un 24/01/2013 tarihinde fiili ehliyetine sahip olduğu gerekçesiyle davanın reddine dair verilmiştir. Davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 12.02.2018 tarihli ve 2016/13299 Esas, 2018/864 Karar sayılı ilamı ile onanmıştır. Davacı vekili, daire ilamına karşı karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 06.12.2018 tarihli 2018/2959- 12501 E. K. sayılı ilamında; "...Somut olayda; davacı taraf cevaba cevap dilekçesi ile vasiyetnamedeki imzanın murise ait olup olmadığı yönünde inceleme yapılmasına yönelik talepte bulunmasına rağmen, mahkemece davacının bu iddiasına ilişkin olarak inceleme ve araştırma yapılmamış, gerekçeli kararda bu hususa değinilmemiştir. Hal böyle olunca mahkemece; müteveffanın vasiyetnamenin düzenlendiği tarihten önce (yakın tarihli), attığı samimi imza asıllarının toplanarak, imzanın müteveffaya ait olup olmadığı konusunda, yeterli incelemeyi ve değerlendirmeyi içeren bir bilirkişi raporu aldırılarak, varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermek gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..." denilerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir..." <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 20.10.2022); Yargıtay, 3. HD, E. 2021/464, K. 2021/1988, T. 1.3.2021, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 20.10.2022); Aydos, s. 56; Atlı, s. 86.*

⁴⁶ Aydos, s. 56; Gönensay, Birsen, s. 70: Esasen ölümüne bağlı tasarruf yapıldıktan sonra, ehliyetle ilişkin mevcut olmayan şartın sağlanmasının ölümüne bağlı tasarrufu geçerli hale getirmeyeceği ifade edilmiş olsa da, burada iptal edilene kadar geçerli bir tasarruf mevcut olduğundan, söz konusu durumda tasarrufu iptal istemiyle dava açılabileceğinin ifade etme gereği duymaktayız.

⁴⁷ Eren, 1996, s. 19; Gönensay, Birsen, s. 70.

⁴⁸ Eren, 1996, s. 14-15.

⁴⁹ İmre, Erman, s. 63; Antalya, s. 213; Ayiter, Nüşin/ Kılıçoğlu, Ahmet. *Miras Hukuku*, Genişletilmiş II. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 1991, s. 155; Ruhi, Canan/ Ruhi, Ahmet Cemal. *Tereke Davaları*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 388.

⁵⁰ Aynı görüşte yazarlar için bkz. Serozan, Engin, s. 281; Dural, Öz, s. 56; Kocayusufpaşaoğlu, s. 135; Atlı, s. 85; Güneri, s. 89; Çiftçi, s. 158.

⁵¹ Yargıtay, 2. HD, E. 2007/2204, K. 2007/3809, T. 12.3.2007: "*...Ehliyetsiz kişilerin yaptığı vasiyetnameler kendiliğinden batıl olmaz. Mirasçılar vasiyetname geçersiz de olsa; miras bırakanın son arzularına saygı duyup, vasiyetnameye geçerlik tanıyabileceklerinden dava açılıp, iptal hükmü alınmadıkça bu vasiyetnameler geçerliliklerini korurlar. Dava yoluyla ölümüne bağlı tasarrufun iptalini isteyebilmek için, dava tarihinde mirasçılık*

tarafından her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür” kuralı getirilmiştir. Dolayısıyla, ölüme bağlı tasarrufu yapan miras bırakanın ehliyetsizliğini ileri süren kimse, bunu ispatlamakla yükümlüdür. Yaş ve kısıtlılığın ispatı kolayken, ayırt etme gücüne ilişkin ispatı oldukça zordur. Bu sebeple, tam bir ispat aranmamakta, buna ilişkin ciddi şüphe oluşturacak durumların ispatı yeterli görülmektedir⁵². Ayırt etme gücünün varlığı asıl, bulunmaması istisna olduğundan, bulunmadığını iddia eden kimse, ispat yükü altındadır⁵³. Ancak akıl hastalığı, çok küçük veya çok büyük yaş gibi kimi durumlarda ayırt etme gücünün yokluğu asıl, varlığı istisna olduğundan, burada ispat yükü ters çevrilmekte, ayırt etme gücünün bulunduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmek durumunda kalmaktadır⁵⁴. Ayırt etme gücünün yokluğunun akıl hastalığı gibi uzmanlık gerektiren bir durumdan kaynaklandığı ileri sürülmekteyse, Yargıtay’ın da belirttiği üzere Adli Tıp Kurumundan rapor alınmalı ve mahkemece bu doğrultuda karar verilmelidir⁵⁵.

2. Ölüme Bağlı Tasarrufların İrade Sakatlığı Hallerine İlişkin Sebeplerle İptali

a. Genel Olarak

Ölüme bağlı tasarruflar hukuk düzeni içinde istenen hukuki sonucun gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan hukuki işlemdir⁵⁶ ve söz konusu, hukuki işlemin kurucu unsurunu irade açıklaması oluşturur⁵⁷. İradenin açıklanması, irade beyanı veya irade faaliyeti ile olmaktadır⁵⁸.

Ölüme bağlı tasarruflarda irade açıklaması, irade beyanının kanundaki şekli şartlara uygun şekilde yapılması yoluyla gerçekleştirilmektedir. İrade beyanı, irade ve beyan olmak üzere iki unsurdan oluşur⁵⁹. İradenin oluşumunda veya beyan edilmesindeki sakatlıklar, irade bozukluğu

sifatının kazanılmış olması şarttır. Vasiyetçi hayatta olduğu sürece, mirasçılar vasiyetnamenin iptali için dava açamazlar...” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 06.04.2022); Serozan, Engin, s. 284; Dural, Öz, s. 105.

⁵² Dural, s. 56; Atlı, s. 97.

⁵³ Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 126; İmre, Erman, s. 65.

⁵⁴ Eren, 1996, s. 102; Öztan, s. 181; Atlı, s. 96; İmre, Erman, s. 65.

⁵⁵ Tekdoğan, 319; Yargıtay, 3. HD, E. 2020/253, K. 2020/1956, T. 4.3.2020: “...Muris doğum tarihine göre, davacı tarafca davaya konu edilen vasiyetnamenin düzenlendiği tarih itibariyle murisin iradi ve fiziki zaifiyetinin olduğu, kanser hastası olduğu ileri sürülmüş olmakla, vasiyetname tarihinde murisin hukuki işlem ehliyetine haiz olup olmadığı konusunda tüm deliller toplanarak, ehliyetsiz olduğu iddia edilen murise ait doktor raporları, tıbbi belge, film grafiğinin de getirilmesi suretiyle Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; Adli Tıp raporu alınmadan hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 06.04.2022); Yargıtay, 3. HD, E. 2018/3204, K. 2018/6267, T. 4.6.2018: “Fiil ehliyetinin nispi bir kavram olması, kişiye, eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kuruluşu olan ... Kurumundan rapor alınmasını da zorunlu kılmaktadır. Esasen TMK m. 409/2’de akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceği hüküm altına alınmıştır... O halde mahkemece, ehliyetsizlik iddiası yönünden, işlem tarihinde murisin fiil ehliyetinin olup olmadığının tespiti için ... Kurumundan rapor alınması gerekirken, ... raporu alınmaksızın, eksik inceleme ve yanlılgı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 06.04.2022).

⁵⁶ Eren, 1996, s. 123; Dural, Öz, s. 50; Eren, 1996, s. 3; Ruhi, Ruhi, 2015, s. 13.

⁵⁷ Eren, 1996, s. 123-124: İrade açıklaması, hukuki işlemin tek kurucu unsuru olabileceği gibi, kimi durumlarda kanun koyucu irade açıklaması yanında başkaca kurucu unsurlara da yer verebilmektedir; Atlı, s. 50; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir. Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Birinci Cilt, VII. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 90.

⁵⁸ Eren, 2021, s. 124.

⁵⁹ Çiftçi, s. 184; Eren, 2021, s. 132.

olarak adlandırılmaktadır⁶⁰. Başka bir ifadeyle, “*iradenin oluşumunda bozukluk*” ve “*iradenin beyan edilmesinde bozukluk*” olmak üzere iki çeşit irade bozukluğu hali mevcuttur⁶¹. İradenin oluşumundaki bozuklukta, irade beyanı, iradeye uygundur, ancak irade yanlış bir algı etkisiyle oluşmuştur ve bu sebeple sakattır⁶². İradenin oluşumundaki bozukluklar, saik yanılması, aldatma ve korkutmadır⁶³. İradenin beyan edilmesindeki bozuklukta ise, irade geçerli şekilde oluşmuştur, ancak irade beyanı, irade sahibinin gerçek iradesine uygun değildir⁶⁴. İradenin beyan edilmesindeki bozukluklar, beyan yanılması, zihni kayıt, latife beyanı ve muvazaadır⁶⁵.

İradeyle beyan arasındaki uyumsuzluk halinde hangisinin dikkate alınacağı konusu tartışmalı olup bu konuda çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki irade teorisi olup, bu teoriye göre, dikkate alınması gereken iç iradedir, iç iradenin dışa yansmasıyla ortaya çıkan beyan sonuç doğurmamaktadır⁶⁶. Beyan teorisi ise, dikkate alınması gerekenin irade değil, dışa yansıyan beyan olduğunu ifade etmektedir⁶⁷. İki teori de menfaat dengesinin kurulması ve güvenin sağlanması açısından eksik kaldığından, güven teorisi ortaya atılmış olup, bu teori klasik güven teorisi olarak ortaya çıkmış, ardından değişerek yeni güven teorisi adını almıştır⁶⁸. Klasik güven teorisinde, beyanda bulunan kimse yerine, kendisine beyanda bulunulan kimse dikkate alınmakta, ancak beyan konusundaki değerlendirme farazi bir kimse (dürüst, makul, orta zekâlı kimse) esas alınarak yapılmaktadır⁶⁹. Farazi kişi esas alındığında, gerçekteki muhatabın bilgisi dikkate alınmış olmayacağından, bu görüş eleştirilmiştir⁷⁰. Bunun karşısında, doğrudan, gerçekte kendisine beyanda bulunulan tarafın dürüst, makul, orta zekâlı kişi bakımından değerlendirilmesi gerektiğini savunan, yeni güven teorisi ortaya çıkmıştır⁷¹. Hukukumuzda yeni güven teorisi hâkimdir⁷². Ancak, burada, ölüme bağlı tasarruflar (vasiyetname ve miras sözleşmesi) bakımından hangi teorisinin uygulanacağını açıklanması gerekir. Vasiyetnameler, varması gerekli olmayan tek taraflı hukuki işlemler olduklarından, bunların her zaman geri alınması mümkün olup, lehine tasarrufta bulunulan kişinin ayrıca korunması gerekmediğinden, doktrin vasiyetnameler bakımından irade teorisinin uygulanacağını kabul etmektedir⁷³. Miras sözleşmeleri bakımından, irade teorisinin mi

⁶⁰ Çiftçi, s. 184; Eren, 2021, s. 432.

⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 344; Eren, 2021, s. 436.

⁶² Eren, 2021, s. 436.

⁶³ Çiftçi, s. 184-185; Atlı, s. 99.

⁶⁴ Eren, 2021, s. 436.

⁶⁵ Atlı, s. 99.

⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 133; Güneri, s. 100; Atlı, s. 100; Eren, 2021, s. 154; Çiftçi, s. 185; Altuğ, Yılmaz. “Ölüme Bağlı Tasarruflarda İrade Sakatlıkları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 29, S. 9-10, 1955, s. 401-402.

⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 133; Güneri, s. 101; Atlı, s. 100; Eren, 2021, s. 155; Çiftçi, s. 186; Altuğ, s. 402.

⁶⁸ Atlı, s. 101; Eren, 2021, s. 157.

⁶⁹ Güneri, s. 102; Eren, 2021, s. 158.

⁷⁰ Atlı, s. 101; Eren, 2021, s. 159.

⁷¹ Güneri, s. 102; Atlı, s. 101; Eren, 2021, s. 159.

⁷² Eren, 2021, s. 159.

⁷³ Yargıtay, 3. HD, E. 2013/13211, K. 2013/17415, T. 9.12.2013: “*Vasiyetnamenin yorumunda miras bırakanın son arzularını gerçekleştirmenin yolu, irade teorisinin mutlak bir şekilde uygulanmasıdır. Zira irade teorisi, dışa vurulmuş irade yerine, beyan sahibinin gerçek iradesini üstün tutmakla, vasiyetnamenin varması gerekli olmayan tek taraflı işlem karakterine uygun çözümü sunmaktadır. İrade teorisinin uygulanması sayesinde, içeriği eksik, hatalı ya da muğlak olan tasarruf ile mirasbırakanın gerçekte ne istemiş olduğu saptanmaya çalışılır.*” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 20.04.2022); Kocayusufpaşaoğlu, s. 329; Öztan, s. 227; Serozan, Engin, s. 286; Eren, 1996, s. 30; Ayiter, Kılıçoğlu, s. 156; Olgaç, s. 25.

güven teorisinin mi uygulanacağı ise tartışmalıdır. Bir görüş, vasiyetnamede uygulanan irade teorisinin burada da geçerli olduğunu; miras sözleşmesinde tasarrufta bulunan taraf bakımından irade teorisi dikkate alınırken, tasarrufta bulunmayan karşı taraf için TBK'nın irade sakatlıklarına ilişkin genel hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁷⁴. Bir diğer görüşe göre, miras sözleşmesi bağlayıcı olduğundan ve serbestçe geri alınmadığından, karşı tarafın korunmaya muhtaç güveni söz konusu olup, güven teorisinin uygulanması gerekmektedir⁷⁵. Fikrimizce taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilerek, uyuşmazlıkların çözümünde hakkaniyetli sonuçların doğması bakımından güven teorisinin uygulanması yerinde olacaktır.

Ölüme bağlı tasarrufların iptaline sebep olabilecek haller, TMK m. 557/I-2'de “yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama” şeklinde ifade edilmiştir. Diğer irade sakatlığı halleri, ölüme bağlı tasarruflar bakımından, iptal edilebilirlik yaptırımına değil, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır⁷⁶.

b. Ölüme Bağlı Tasarrufların Yanılma Sebebiyle İptali

Yanılma kavramı, dar anlamda, gerçek hakkında bilinçsizce sahip olunan yanlış veya eksik düşünce iken; geniş anlamda yanılma, dar anlamda yanılmaya ek olarak, yanılanın gerçek hakkında bilgisinin de olmamasıdır⁷⁷. Dolayısıyla, geniş anlamda yanılma, gerçek hakkında, bilinçsizce ve bilgisizce sahip olunan yanlış veya eksik düşünce olarak tanımlanabilir. İrade bozukluğu hallerinden yanılma, TBK m. 30 ve devamında düzenlenmiştir. TBK m. 30 ile “sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen tarafın, sözleşme ile bağlı olmayacağı” belirtilmiştir. İradenin oluşum aşamasındaki yanılma, ‘saikte yanılma’yı oluştururken; iradenin beyan edilmesindeki yanılma ise ‘beyan yanılması’dır⁷⁸. TBK m. 31’de beyan yanılması niteliğinde olan ve esaslı yanılma kabul edilen haller, örnekleme suretiyle, “1. Yanılanın, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklaması. 2. Yanılanın, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklaması. 3. Yanılanın, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklaması. 4. Yanılanın, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklaması. 5. Yanılanın, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklaması” şeklinde sayılmıştır. TBK m. 32’de ise, saikte yanılmanın esaslı yanılma olmadığı, ancak yanılan kimse, yanıldığı saiki, sözleşmenin temeli saymışsa ve bu durum dürüstlük kuralına aykırı değilse, saikte yanılmanın da esaslı yanılma sayılacağı kabul edilmiştir.

İrade sakatlığı hali olan yanılmanın, ölüme bağlı tasarruflarda nasıl değerlendirileceği, vasiyetname ve miras sözleşmesi bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. TMK m. 557/I-2’de sayılan ölüme bağlı tasarrufların iptaline sebep olabilecek haller arasında yanılma hali de mevcuttur.

⁷⁴ Ayiter, Kılıçoğlu, s. 156; Eren, 1996, s. 30.

⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 330; Serozan, Engin, s. 286; Atlı, s. 104; Çiftçi, s. 188.

⁷⁶ Atlı, s. 99.

⁷⁷ Eren, 2021, s. 437; Berki, Ali Himmet. *Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*, I. Baskı, Ege Matbaası, Ankara, 1961, s. 56.

⁷⁸ Eren, 2021, s. 436.

Buradaki yanılma halinin, yalnızca esaslı yanılmayı mı kastettiği, yoksa esaslı yanılma olmayan yanılmaları da mı kapsadığı değerlendirilmelidir. Vasiyetname bakımından bu konuda doktrinde görüş birliği olup, esaslı veya esaslı olmayan tüm yanılma hallerinin, vasiyetnamenin iptaline sebep oluşturduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Bu bağlamda, iradenin oluşum aşamasındaki, esaslı olmayan saikte yanılma dahi vasiyetnamenin iptali sebebidir. Esaslı olsun veya olmasın, her türlü yanılma hali, vasiyetnamenin iptal sebepleri kapsamına alınmıştır. Bunun sebebi, TMK 557’de, TBK m. 30’da olduğu gibi “*esaslı yanılma*” değil, yalnızca “*yanılma*” ifadesinin yer alması ve vasiyetnamenin tek taraflı irade açıklaması olması ve bu nedenle karşısında korunmaya muhtaç bir kimsenin bulunmamasıdır⁸⁰.

Miras sözleşmesi bakımından iptal sebebi oluşturacak yanılma halinin, yalnızca esaslı yanılmayı mı kastettiği, yoksa esaslı yanılma olmayan yanılmaları da mı kapsadığı konusunda, doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. İrade teorisini esas alan bir görüşe göre, TMK m. 557’de ölümüne bağlı tasarruf kavramı kullanılmış, miras sözleşmesi de kapsama dâhil edilmiştir ve vasiyetname gibi burada da her türlü yanılma sebebiyle iptal davası açılabilir⁸¹. Ancak bu miras sözleşmesinin tasarrufta bulunan tarafı bakımından geçerli olup, tasarrufta bulunmayan taraf mevcutsa, o taraf bakımından genel hükümler geçerli olacak ve TBK m. 30 gereğince, sadece esaslı yanılma mevcutsa iptal davasının açılması söz konusu olabilecektir⁸². Bu görüş sözleşmenin iki tarafı arasında eşitsizlik yaratabilmesi sebebiyle eleştirilmektedir⁸³. Bizim de katıldığımız, güven teorisini esas alan bir diğer görüşe göre, her ne kadar maddede ölümüne bağlı tasarruf ifadesi kullanılarak ayırım yapılmamış olsa da, miras sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlem olduğundan, sözleşmenin karşı tarafının korunma ihtiyacı bulunduğu için esaslı olmayan yanılmada tasarrufun iptal edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır⁸⁴. Bu sebeple de, miras sözleşmesi bakımından yanılmanın, her iki taraf bakımından da, yalnızca esaslı yanılmaysa iptal sebebi olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁵.

c. Ölümüne Bağlı Tasarrufların Aldatma Sebebiyle İptali

Aldatma, bir kimsenin irade beyanında bulunması amacıyla, o kişide bilerek yanlış kanaat oluşturma veya mevcut kanaati muhafaza etme veya devam ettirmeye ilişkin davranışlardır⁸⁶. TBK m. 36’da aldatma düzenlenmiş olup, ilk fıkrada “*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir*” düzenlemesi getirilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere, aldatan kimse, aldatılan kimseyi saikte yanılmaya düşürmektedir⁸⁷. Hüküm gereğince, iradenin oluşum aşamasında meydana gelen saik yanılmasının esaslı olması gerekmemektedir. Söz gelimi, bir kimsenin sattığı telefon için gerçekte 32 GB

⁷⁹ Dural, Öz, s. 226; Güneri, s. 113.

⁸⁰ Dural, Öz, s. 226.

⁸¹ Eren, 1996, s. 38; Dural, Öz, s. 227; Aydos, s. 56.

⁸² Dural, Öz, s. 227.

⁸³ Dural, Öz, s. 227.

⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 330; Serozan, Engin, s. 289; Atlı, s. 112; Dural, Öz, s. 227; Güneri, s. 115; Aydos, s. 56.

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 330; Serozan, Engin, s. 289; Atlı, s. 112; Dural, Öz, s. 227; Güneri, s. 115; Aydos, s. 56.

⁸⁶ Eren, 2021, s. 458; Berki, s. 56; Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, XVII. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 102.

⁸⁷ Eren, 2021, s. 458; Nomer, s. 102.

olmasına rağmen, 128 GB hafızaya sahip olduğunu söylemesinde, satıcı alıcıyı aldatmakta, alıcı saik yanılması sonucu ürünü satın almaktadır. Aynı şekilde, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişide, aldatan kişi tarafından, büyük oğlunun yaşlılıkta kendisine çok iyi bakacağı, küçük oğlunsa kendisini huzurevine yatıracağı konusunda kanaat oluşturulması halinde de miras bırakan saikte yanılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, TBK m. 36/II gereğince, üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde sözleşmeyle bağlı değildir.

Aldatmanın söz konusu olabilmesi için aldatma fiili, aldatma kastı ve illiyet bağı unsurlarının bulunması gerekir: Aldatma fiili, aldatanın, olumsuz (yapmama) veya olumlu (yapma) bir fiildir⁸⁸. Aldatma kastı, aldatılmak istenen kişinin yanılarak bir hukuki işlem yapması yönündeki isteği ifade etmektedir⁸⁹. Aldatma kastının mevcut olduğunun kabulü için, ayrıca aldatmadan menfaat sağlanması veya aldatmayla aldatana zarar verilmesi kastının da bulunması gerekmemektedir⁹⁰. Son olarak yapılan hukuki işlem ile aldatma arasında illiyet bağı bulunmalı, yani hukuki işlem aldatma sonucu yapılmış olmalıdır⁹¹.

Ölüme bağlı tasarruflar bakımından aldatma, vasiyetname ve miras sözleşmesi için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yukarıda açıkladığımız üzere, vasiyetnamenin iptali için, her türlü yanılma halinde, iptal davası açılabilir. Ancak, vasiyetnamelerde TBK m. 36/II’de düzenlenen, aldatanın üçüncü bir kişi olduğu durumlarda, aldatılanın aldatmayı biliyor veya bilecek durumda olması halinde, karşı tarafın söz konusu işlemle bağlı olmayacağına ilişkin hüküm, vasiyetnameler bakımından geçerli olmamaktadır. Başka bir deyişle, lehine tasarrufta bulunan kişi, *aldatmayı bilmeseyse veya bilebilecek durumda olmasa dahi*, tasarrufun iptali sağlanabilmektedir⁹².

Miras sözleşmesinin, aldatma sonucu yapılması halinde, iptalinin talep edilmesi mümkündür. Ancak, burada TBK m. 36/II hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır⁹³. İrade teorisini esas alan bir görüşe göre, vasiyetnamelerde de olduğu gibi, lehine tasarrufta bulunan kişi *aldatmayı bilmeseyse veya bilebilecek durumda olmasa dahi*, tasarrufun iptali sağlanabilecektir⁹⁴. Güven teorisini esas alan bir başka görüşe göre, TBK 36/II aynen geçerli olur ve lehine tasarrufta bulunan kişi aldatmayı bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, iptal istemiyle dava açılmaz⁹⁵. Ancak burada, haksız fiil hükümlerine dayanılarak, üçüncü kişiden tazminat istenebilir⁹⁶.

d. Ölüme Bağlı Tasarrufların Korkutma veya Zorlama Sebebiyle İptali

Korkutma, sağlar arası tasarruflar için, TBK m. 37 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m. 37/I ile “*Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması*

⁸⁸ Çiftçi, s. 204.

⁸⁹ Eren, 2021, s. 460.

⁹⁰ Eren, 2021, s. 461.

⁹¹ Çiftçi, as. 205-206; Eren, 2021, s. 461.

⁹² Öztan, s. 229; Antalya, s. 305; İmre ve Erman, s. 212; Eren, 1996, s. 42; Dural, Öz, s. 228; Aydos, s. 57.

⁹³ Dural, Öz, s. 228; Atlı, s. 121.

⁹⁴ Eren, 1996, s. 42; İmre, Erman, s. 212.

⁹⁵ Nomer, s. 103; Dural, Öz, s. 228; Aydos, s. 57.

⁹⁶ Dural, s. 276; Nomer, s. 103; Atlı, s. 122.

sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir” düzenlemesi getirilmiştir. Bu hükümden de yola çıkılarak, korkutma, bir kimseyi bir hukuki işlemi yapmaya itmek amacıyla, söz konusu hukuki işlemi yapmadığı takdirde kendisine veya yakınlarına zarar geleceği hususuna inandırmak şeklinde tanımlanabilir⁹⁷. Ölümüne bağlı tasarruflar bakımından düzenleme ise TMK 557/1’de yer almakta olup, “tasarruf ... korkutma veya zorlama sonucunda yapılmışsa” ölümüne bağlı tasarrufun iptali için dava açılabilirliğini belirtmektedir⁹⁸. Görüldüğü üzere, TBK m. 37’de yalnızca ‘korkutma’ kavramı kullanılmışken, TMK 557’de ‘korkutma veya zorlama’ ifadelerine yer verilmiştir. Korkutma kavramı, söz gelimi bir sırrın açıklanması konusunda korkutmada olduğu gibi *manevi korkutmayı* ifade ederken, zorlama kavramı ise, söz gelimi bıçağın boğaza dayanması yoluyla ölümüne bağlı tasarruf yapmaya sevk edilme şeklinde gerçekleşen *maddi korkutma* anlamına gelmektedir⁹⁹. Söz gelimi, miras bırakanın elinin tutularak vasiyetname yazdırılması, imzalatılması gibi davranışlarda, yani *fiziksel zorlamada*, ortada herhangi bir irade mevcut olmadığından, iradenin sakatlanması hali olan korkutma sebebiyle iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanmaz, zira söz konusu ölümüne bağlı tasarruf yok hükmündedir¹⁰⁰. Hal böyle olmakla birlikte, Yargıtay kararlarında fiziksel zorlamanın maddi korkutma olarak değerlendirdiği görülmektedir ve bu değerlendirme açıkladığımız sebeplerle doğru değildir¹⁰¹. Ayrıca, Yargıtay ölümüne bağlı tasarrufların korkutma sebebiyle iptaline ilişkin kimi kararlarında TBK m. 37-38’de düzenlenen korkutma şartlarını saymaktadır ki bu durum yerinde değildir¹⁰².

Korkutma veya zorlama sonucunda uygulanacak olan iptal edilebilirlik yaptırımı vasiyetname ve miras sözleşmesi bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Bu bağlamda, özellik

⁹⁷ Eren, 2021, s. 464; Aydos, 57; Berki, s. 56; Nomer, s. 104.

⁹⁸ Yargıtay, 3. HUKUK DAİRESİ, E. 2021/43, K. 2021/3897, T. 12.4.2021: “...Davacı, dava dilekçesinde; vasiyetname tarihinde miras bırakanın fiil ehliyetinin olmadığı iddiasının yanında davalı tarafından miras bırakana uygulanan korkutma ve zorlama sonucunda vasiyetnamenin düzenlendiğini ileri sürmüş, bu iddiasının ispatı için de tanık deliline dayanmıştır. Ne var ki, ilk derece mahkemesince, tanık delilinin yalnızca fiil ehliyetinin olmadığı yönündeki iddianın ispatı için gösterildiği yönündeki yanlış değerlendirme sonucunda, davacının bildirdiği tanıklar dinlenmeden hüküm kurulmuştur. O halde ilk derece mahkemesince; davacının iddiasının ispatı için sunduğu tanıkların usulünce dinlenilmesi, sonrasında toplanan diğer delillerle birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre uyumsuzluğun esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 10.10.2022).

⁹⁹ Oğuzman, s. 103 (Naklen: Dural, Öz, s. 224).

¹⁰⁰ Atlı, s. 123.

¹⁰¹ Yargıtay, 3. HD, E. 2012/22612, K. 2013/10, T. 14.1.2013: “İkrah maddi ve manevi olmak üzere iki türdür. Bir kimseye o akdi yapmasını temin için maddi tazyik yapılmışsa, örneğin eli tutularak zorla sözleşmenin altı imzalatılmışsa bu halde maddi ikrah hali varsayılır. Öte yandan bir kimsede korku yaratarak ona istenilen işlemi yaptırmayı amaçlayan tehdide de manevi ikrah denilir.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 14.04.2022); Yargıtay, 3. HD, E. 2014/17426, K. 2015/10029, T. 02.06.2015, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 18.04.2022); Yargıtay, 3. HD, E. 2012/22612, K. 2013/10, T. 14.01.2013 www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 18.04.2022).

¹⁰² Yargıtay, 3. HD, E. 2014/17426, K. 2015/10029, T. 02.06.2015: “Bir ölümüne bağlı tasarrufun meydana gelmesine tesir edecek her türlü ikrah, bir iptal sebebi teşkil eder (TMK m. 557/2). Ancak, her iki türünde de ikrahın ciddi olması, ikrahın ağır bir tehlike teşkil etmesi, tehdidin yaratacağı tehlikenin derhal gerçekleşecek nitelikte olması, tehdidin bizzat akdın tarafına veya yakınlarına yapılması ve yapılan tehdidin haksız ve hukuka aykırı olması, tehdidin şahsa, namusa, cana, mala veya hürriyete yönelmiş bulunması ve nihayet tehdit ile yapılan işlem arasında illiyet bağı bulunması koşulu aranır.” www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 18.04.2022); Yargıtay, 3. HD, E. 2012/22612, K. 2013/10, T. 14.01.2013 www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 18.04.2022).

gösteren husus, sağlar arası tasarruflarda uygulanan TBK m. 37¹⁰³ ve 38¹⁰⁴ hükümlerinin ölümüne bağlı tasarruflar bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Vasiyetnameler bakımından irade teorisi geçerli olup, burada TBK m. 37 ve 38'in uygulanmayacağı, bir başka ifadeyle, her türlü korkutma sebebiyle yapılan vasiyetname için iptal edilebilirlik yaptırımını uygulanacağı konusunda fikir birliği mevcuttur¹⁰⁵.

Miras sözleşmeleri bakımından TBK m. 37 ve 38 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, miras sözleşmelerinde de irade teorisi geçerli olup, TBK'daki şartlar uygulanmayacak, yani söz konusu korkutma şartları mevcut olmasa bile, korkutma sebebiyle bir miras sözleşmesi yapılmışsa, iptal edilebilirlik yaptırımını uygulanacaktır¹⁰⁶. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, burada güven teorisi geçerli olup, TBK m. 37 ve 38 burada uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁷. TBK m. 37/II hükmüne göre, korkutan bir üçüncü kişiye ve diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür. Söz konusu görüşe göre, korkutma üçüncü kişi tarafından yapılmış ve lehine tasarrufta bulunulan korkutmayı bilmiyorsa, miras sözleşmesi iptal edildiği takdirde, miras bırakan, hakkaniyet gerektiriyorsa, tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır¹⁰⁸.

e. Miras bırakanın Yanıldığını veya Aldatıldığını Öğrenmesi ve Korkutma veya Zorlamanın Etkisinden Kurtulması

TBK m. 504/I hükmü, “*Miras bırakanın yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisi altında yaptığı ölümüne bağlı tasarruf geçersizdir. Ancak, miras bırakan yanıldığını veya aldatıldığını öğrendiği ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulduğu günden başlayarak bir yıl içinde tasarruftan dönmediği takdirde tasarruf geçerli sayılır*” şeklindedir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, miras bırakan yanıldığını veya aldatıldığını öğrendikten veya korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulduktan bir yıl içinde vasiyetnamesini geri almalı veya miras sözleşmesinden dönmelidir. Aksi takdirde, söz konusu ölümüne bağlı tasarruf geçerlilik kazanır.

¹⁰³ TBK m. 37: “(1) Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir. (2) Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür.”

¹⁰⁴ TBK m. 38: “(1) Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır. (2) Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması hâlinde, korkutmanın varlığı kabul edilir.”

¹⁰⁵ Dural, Öz, s. 228; Eren, 1996, s. 43; Yargıtay, 3. HD, E. 2012/22612, K. 2013/10, T. 14.1.2013: “...Dava dilekçesinde murisin düzenleme şeklindeki vasiyetnamenin iptali istenilmiştir. Olayımızda; ikrah olarak öne sürülen, husus, tanıkların beyanlarına göre murisin hasta olup, hastalığının son zamanlarında davalıların lehlerine vasiyetname düzenlemesi için baskı yaptıkları, vasiyetname düzenlemeye yanaşmadığı takdirde kendisine bakmayacakları yönünde korkutup, murise zorlama ile eşi ve diğer davalı lehine vasiyetname düzenlettirdikleri olgusudur. Muris Mahmure'nin, vasiyetnamenin yapıldığı tarihte tasarruf ehliyetinin bulunduğu Adli Tıp Kurumu raporundan anlaşılmış ise de; vasiyetnamenin murise manevi ikrah altında yapıldığı dosya kapsamıyla sabit olduğundan davacıların davasının kabulü gerekir.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 14.04.2022).

¹⁰⁶ Oğuzman, s. 103 (Naklen: Dural, Öz, s. 224); Eren, 1996, s. 43.

¹⁰⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 332; Dural, Öz, s. 228.

¹⁰⁸ Dural, Öz, s. 228; Atlı, s. 126.

Miras bırakan tasarrufun geçerlilik kazanmasından sonra ölürse, mirasçıları ölümüne bağlı tasarrufu iptal ettiremezler¹⁰⁹. Buradan da anlaşılacağı üzere, TBK m. 504/I'de yer alan bir yıllık süre hak düşürücü süre niteliğindedir¹¹⁰.

Miras bırakan, bir yıllık süre içinde vasiyetnamesini geri almak isterse, TMK m. 542-544 gereğince, yeni bir vasiyetname yaparak veya vasiyetnameyi yok ederek vasiyetnameden dönebilir. Miras bırakanın dönmek istediği tasarruf, vasiyetname değil de miras sözleşmesi ise, bunun nasıl gerçekleştirileceği tartışmalıdır. Zira, miras sözleşmesi vasiyetname gibi tek taraflı bir hukuki işlem olmadığından, vasiyetname düzenleyen miras bırakan, her zaman (süre geçmiş olsa bile) vasiyetnamesini geri alabilirken, miras sözleşmesinde, iki taraflı hukuki işlem niteliği gereğince, kural olarak, geri alma söz konusu değildir. Miras bırakanın miras sözleşmesinden dönmeye ilişkin bir görüş, miras bırakanın yeni bir vasiyetname yapması gerektiği yönündedir. Bir başka görüş ise, yeni vasiyetname düzenlenmesi ve bununla beraber, TBK m. 39¹¹¹ hükmü uygulanarak miras sözleşmesinden döndüğüne ilişkin bildirim yapılması gerektiğini belirtmektedir¹¹². Bu konudaki bir diğer görüş, miras bırakanın, yenilik doğuran dava niteliğindeki bir davayla miras sözleşmesini geçmişe etkili olarak sona erdirmesi gerektiği yönündedir¹¹³. Son görüş ise, TBK m. 39 uyarınca, miras bırakanın yalnızca miras sözleşmesinden döndüğünü sözleşmenin diğer tarafına bildirmesinin yeterli olacağını savunmaktadır¹¹⁴. Fikrimizce yerinde olan son görüşte, bildirim resmi şekilde yapılması, bir uyuşmazlık durumunda, ispat hususunda doğabilecek sakıncaları önlemek açısından yerinde olacaktır.

3. Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hukuka veya Ahlaka Aykırılık Sebebiyle İptali

Hukuka ve ahlaka aykırılığa ilişkin hüküm, sağlar arası işlemler bakımından uygulanmak üzere, TBK m. 27/I'de "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka... aykırı... sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*" şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca, TBK m. 176'da "*Bir koşul, hukuka veya ahlaka aykırı bir yapma veya yapmama fiilini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere sağlar arası işlemlerde hukuka veya ahlaka aykırılık kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur. Buna karşın, ölümüne bağlı tasarruflar bakımından getirilen TMK m. 557 hükmü gereğince, "*tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlaka aykırı ise*" iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulur. TBK m. 27/I'de kesin hükümsüzlük yaptırımı öngörülmesine karşın, TMK m. 557'de iptal edilebilirlik yaptırımına yer verilmiştir. Bu durum, üç sebeple doktrinde eleştirilmektedir¹¹⁵. Bu sebepler, iptal davası açma süresinin kaçması halinde ahlaka aykırı ölümüne bağlı tasarrufun geçerli olması, genel hüküm niteliğindeki TBK m. 27/I'e

¹⁰⁹ Dural, Öz, s. 229.

¹¹⁰ Dural, Öz, s. 229.

¹¹¹ TBK, m. 39: "*Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.*"

¹¹² Gönensay, Birsen, s. 46; Eren, 1996, s. 90.

¹¹³ Berki, s. 57.

¹¹⁴ Serozan, Engin, s. 292; Oğuzman, s. 184 (Naklen: Dural, Öz, s. 224); Kocayusufpaşaoğlu, s. 333; Dural, s. 284-285; Atlı, s. 128.

¹¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 336; Dural, Öz, s. 230.

aykırı olarak TMK 557’de hüküm getirilmiş olması ve bunu haklı gösterecek menfaat durumunun bulunmamasıdır¹¹⁶. Bizim de katıldığımız söz konusu görüşe göre, hukuka veya ahlaka aykırılık mevcutsa ölümüne bağlı tasarruf bakımından da kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır¹¹⁷.

Hukuka ve ahlaka aykırılık kavramlarının tanımı ne TBK ne TMK’da yapılmıştır. Doktrinde yapılan tanıma göre, hukuka aykırılık, kanunun emredici hükümlerine (mutlaka uyulması gereken, taraflarca aksi kararlaştırılamayan hükümler), kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılıktır¹¹⁸. Emredici kurala aykırılık, kanunun hükmünün lafzından veya konuluş amacından anlaşılmaktadır. Ahlaka aykırılıktan kasıt ise, bir toplumda, belirli bir zaman diliminde, orta zekâlı, dürüst ve makul bireylerin benimsemesiyle toplumun genel ahlakını oluşturan kurallara aykırılıktır¹¹⁹.

Bir ölümüne bağlı tasarrufun hukuka veya ahlaka aykırılığı, tasarrufun içeriğinden veya tasarrufun bağlandığı koşul ve yüklemelerden kaynaklanabilmektedir (TMK m. 557). Ölümüne bağlı tasarrufun içeriğinin hukuka veya ahlaka aykırı olmasının iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olması TMK m. 557’de düzenlenmiştir. Bu hale örnek olarak, uyuşturucu madde vasiyeti¹²⁰, bir evin genelev olarak işletilmesine ilişkin vasiyet¹²¹ ve evli kişinin evlilik dışı ilişkisini sürdürmek amacıyla yaptığı vasiyetname¹²² verilebilir.

Ölümüne bağlı tasarruflarda koşul ve yüklemenin hukuka veya ahlaka aykırı olmasına ilişkin düzenlemeye, TMK m. 515/II’de “*Hukuka veya ahlâka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin buldukları tasarrufu geçersiz kılar*” şeklinde yer verilmiştir. TMK m. 557’de ise söz konusu durumda iptal edilebilirlik yaptırımının uygulanacağı kabul edilmiştir. TMK m. 515/II’deki geçersizlik kavramının iptal edilebilirlik şeklinde anlaşılması gerekir¹²³. Koşul ve yüklemenin hukuka veya ahlaka aykırılığına örnek olarak, evlenmeye veya evlenmemeye ve bir dine veya dini gruba mensup olmaya bağlanan ölümüne bağlı tasarruflar verilebilir¹²⁴.

Her iki durumda da iptal edilecek ölümüne bağlı tasarruf, hukuka veya ahlaka aykırı olan maddi anlamdaki tasarruf olup, şekli anlamdaki tasarruf olan vasiyetname ve miras sözleşmesinde başka maddi anlamda tasarruf varsa bunlar ayakta tutulur¹²⁵. Ancak, TBK m. 27/II gereğince, miras bırakanın iptal edilecek maddi anlamdaki tasarruflar olmasaydı, diğer maddi anlamdaki tasarrufu yapmayacağı anlaşılıyorsa, tasarrufların tümü iptal edilecektir¹²⁶.

Hukuka ve ahlaka aykırılık sebebiyle iptal edilebilirlik bakımından dikkate alınacak an, miras bırakanın ölüm anı yani mirasın geçiş anıdır¹²⁷. Buna göre, mirasın geçiş anında, hukuka

¹¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 336; Dural, Öz, s. 230.

¹¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 336; Dural, Öz, s. 230.

¹¹⁸ Eren, 2021, s. 366; Antalya, s. 307.

¹¹⁹ Eren, 2021, s. 371.

¹²⁰ Serozan, Engin, s. 295.

¹²¹ Eren, 1996, s. 55.

¹²² Atlı, s. 132.

¹²³ Eren, 1996, s. 47; Atlı, as. 129.

¹²⁴ Serozan, Engin, s. 295; Atlı, s. 134; Güneri, s. 128.

¹²⁵ Atlı, s. 132, 138.

¹²⁶ Atlı, s. 132, 138.

¹²⁷ Antalya, s. 306; Atlı, s. 133; Güneri, s. 128.

veya ahlaka aykırı tasarruf, hukuka veya ahlaka uygun hale gelmiş bulunmaktaysa, iptali söz konusu olmayacaktır¹²⁸.

4. Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekil Kurallarına Aykırılık Sebebiyle İptali

Şekil kurallarına aykırılığa ilişkin genel hüküm, TBK m. 12'de, “(1) Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. (2) Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, sağlar arası işlemler için bir şekil öngörülmüşse, bu şekle uyulmaması, kural olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Buna karşın, TMK m. 557 gereğince, ölüme bağlı tasarruflarda, şekle uyulmaması kesin hükümsüzlüğe değil, iptal edilebilme yaptırımına tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla, vasiyetname veya miras sözleşmelerinin, kanunda düzenlenen şekil kurallarına uygun yapılmamış olması halinde, iptal istemiyle dava açılabilir¹²⁹.

Vasiyetnamelere ilişkin şekil kuralları, TMK m. 531 ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre, vasiyetname, resmî vasiyetname, el yazılı vasiyetname veya sözlü vasiyetname şeklinde yapılabilmektedir. Resmi vasiyetname, iki tanığın huzurunda, resmî memur tarafından düzenlenir; miras bırakana okutulur (veya okunur¹³⁰); miras bırakan, resmi memur ve tanıklar tarafınca imzalanır (TMK m. 532-535). El yazılı vasiyetnamenin şekle uygun düzenlenmiş olması için, tamamen miras bırakanın el yazısıyla yazılmış olması, tarihin tam olarak belirtilmiş olması ve miras bırakanın imzasının bulunması gerekir¹³¹ (TMK m. 538). Sözlü vasiyetnamede ise, diğer

¹²⁸ Atlı, s. 133.

¹²⁹ Yargıtay, 3. HD, E. 2021/464, K. 2021/1988, T. 1.3.2021: “...Davacılar, dedeleri olan muris Ş.E.'un ... tarihli vasiyetnamesi ile davalılar lehine kazandırmada bulunduğunu, ancak vasiyetname tanıklarından birinin lehine kazandırmada bulunulan davalılardan ...'un kardeşi olduğundan vasiyetnamenin şekle aykırı olarak düzenlendiğini, yine murisin vasiyetnamenin düzenlendiği tarih itibarıyla sağlık sorunları olduğunu belirterek, şekle aykırılık ve ehliyetsizlik nedenlerine dayalı olarak vasiyetnamenin iptaline, olmaz ise tenkisine karar verilmesini istedikleri anlaşılmaktadır. Ne var ki, mahkemece davacıların ileri sürdükleri iptal sebepleri ile ilgili herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmadan, eldeki dava "muris muvazaası" davası olarak nitelendirilerek hatalı şekilde inceleme ve değerlendirme yapılarak yazılı şekilde hüküm tesisi yoluna gidildiği görülmektedir. Buna göre, mahkemece yapılması gereken iş; davacıların şekle aykırılık ve ehliyetsizlik iddialarına ilişkin Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da gözetilmek suretiyle, inceleme ve değerlendirme yapılması, iptal sebepleri yerinde görülmez ise, tenkis isteminin değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar vermek olmalıdır...” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 20.10.2022).

¹³⁰ Yargıtay, 3. HD, E. 2020/10068, K. 2021/1776, T. 22.2.2021: “... Okuryazar kişilerce, okuyamayan veya imzalamayanlar gibi resmi vasiyetname düzenleme yolunun seçilmesi halinde de; TMK'nın 535. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen şekle uyulmak zorundadır. Somut olayda vasiyetname, noter tarafından, şeker hastalığı bulunan ve diyaliz hastası olan miras bırakanın iyi göremediği için okuyamadığını beyan etmesi üzerine; okuryazar olmadığı belirtilerek, okuyamayan veya yazamayanlara özgü vasiyetname şeklinde düzenlenmiştir. Ne var ki, vasiyetnamede tanıkların “miras bırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını” tevsik eden beyanları yoktur. Bu beyanın yokluğu vasiyetnameyi geçersiz kılar. Hal böyle olunca, ilk derece mahkemesince; TMK'nın 535. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmeyen vasiyetnamenin iptali talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 20.10.2022).

¹³¹ Yargıtay, 3. HD, E. 2020/398, K. 2020/8049, T. 22.12.2020: “...Vasiyetnamenin baştan sona el yazılı olduğu ve Türk Kanuni Medenesi'nde belirtilen el yazılı vasiyetname için gerekli unsurları taşıdığı, şekil noksanlığı bulunmadığı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vasiyetnamenin iptali gerekçeleri kapsamında mahkemece yapılan araştırmalar neticesinde vasiyetnamenin iptalini gerektirir bir hususun tespit olunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. vasiyetnameyi düzenleyen miras bırakan Fransız vatandaşı olup, yine iptali istenen el yazılı vasiyetname de Fransa'da düzenlenmiştir. Buna göre;

türde vasiyetname düzenleyemeyecek olağanüstü durumun bulunması, iki tanık tarafından miras bırakanın dinlenmiş olması, tanıklardan birinin vasiyetnameyi derhal, açık tarih belirterek yazıya dökmesi ve vasiyetnamenin iki tanık tarafından imzalanması veya tanıkların vakit kaybetmeksizin mahkemeye başvurarak tutanak tutturması gerekir (TMK m. 539-540). Vasiyetnamenin kanunda düzenlenen söz konusu şekil kurallarına uymaması halinde, TBK m. 557 uyarınca, iptali istenebilecektir¹³².

Miras sözleşmelerine ilişkin şekil kuralları, TMK m. 545'te düzenlenmiştir. Buna göre, miras sözleşmesinin resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, resmi vasiyetnameye ilişkin şekil kuralları, miras sözleşmesi için de geçerlidir. Miras sözleşmesinin resmi vasiyetnameye ilişkin şekil kurallarına uyulmaksızın düzenlenmesi halinde iptali istenebilecektir.

Şekil kurallarına aykırılık sebebiyle iptal davası açılırsa ve istem haklı görülürse, kural olarak tüm tasarruf iptal edilir¹³³. Bu durumun istisnasını TMK 558/III oluşturmakta; hükme göre, şekle aykırılık, kendileri, eşleri veya hısımları lehine kazandırma yapılan kişilerin, ölümüne bağlı tasarrufun düzenlenmesine katılmaları sebebiyle ortaya çıkmaktaysa, ölümüne bağlı tasarrufun tümü değil, yalnızca söz konusu kişilere yapılan kazandırmalara ilişkin kısımları iptal edilmektedir¹³⁴.

III. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN İPTALİ DAVASI

A. Genel Olarak

Ölümüne bağlı tasarrufların iptal sebeplerinden birinin mevcut olması halinde, ölümüne bağlı tasarruf kendiliğinden hükümsüz hale gelmemekte, bunun için bir iptal davasının açılması gerekmektedir¹³⁵. Ölümüne bağlı tasarruflar iptal edilinceye kadar geçerliliklerini korurlar¹³⁶. Hem vasiyetnameler hem miras sözleşmeleri iptal davasına konu olabilmektedir¹³⁷.

İptal davasında hâkim iptal sebepleriyle bağlıdır ve bu sebepler dışında bir sebeple ölümüne bağlı tasarrufun iptaline karar veremez¹³⁸. İptal sebeplerinin varlığı halinde açılacak iptal davası

iptali istenen vasiyetnamenin Fransız Hukukuna uygun düzenlenmesi halinde geçerli olacağı açıktır. Ancak, mahkemece; dava konusu vasiyetnamenin Fransız Hukukuna uygunluğu yönünden gerekli inceleme ve araştırma yapılmamıştır... bozmayı gerektirmiştir.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 20.10.2022).

¹³² Yargıtay, 3. HD, E. 2021/855, K. 2021/4103, T. 14.4.2021: “... Muris tarafından düzenlenen el yazılı belgede, “... .. kendime mirasçı olarak seçtim, ...'ın bana ölünceye kadar bakmasını, bu şartla ben öldükten sonra kalan bütün mirasımın ...'a kalmasını istiyorum, söz konusu mirasım numara 11 deki gayrimenkulden oluşmaktadır...” şeklinde beyanda bulunulduğu, bu şekilde, davalıya bakım borcu karşılığında taşınmaz devrinin vaadedildiği görülmektedir. Buna göre; söz konusu belgenin, ölünceye kadar bakma akdinin unsurlarını taşıdığı anlaşılacakla, resmi şekilde yapılmadığından geçersiz olduğu gerekçesiyle bir kısım davacılar yönünden iptaline karar verilmesi gerekirken; yanılığın değerlendirme ile el yazılı vasiyetname niteliği yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir...” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 20.10.2022).

¹³³ Dural, Öz, s. 230.

¹³⁴ Dural, Öz, s. 230.

¹³⁵ Dural, Öz, s. 231; Antalya, s. 309.

¹³⁶ Dural, Öz, s. 231; Antalya, s. 310.

¹³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 341; Antalya, s. 310.

¹³⁸ Antalya, s. 313.

bozucu yenilik doğuran dava olup, hâkimin verdiği karar da bozucu yenilik doğuran karar niteliğindedir¹³⁹.

B. Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Taraflar

TMK m. 558’de “İptal davası, tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılabilir” düzenlemesi getirilmiştir. Dolayısıyla, iptal davasında davacı tarafı ölümüne bağlı tasarrufun iptal edilmesinde menfaati olan mirasçı (kanuni ve iradi mirasçılar¹⁴⁰) veya vasiyet alacaklısı oluşturmaktadır. Burada ölümüne bağlı tasarrufun iptal edilmesinde menfaati olan kişiler mirasçı veya vasiyet alacaklısı şeklinde belirtilmek suretiyle sınırlanmıştır. Hal böyle olunca, iptalden menfaat edinebilecek diğer kimseler, miras bırakanın alacaklıları veya borçluları, mirasçılarının alacaklıları ve borçluları, mirasçılarının mirasçıları iptal davası açamayacaktır¹⁴¹. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin de iptal davası açamayacağı kabul edilmekteyse de¹⁴², TMK m. 552¹⁴³ düzenlemesi gereğince, ölümüne bağlı tasarruf, iptal sebeplerinden birinin mevcut olması sebebiyle, miras bırakanın gerçek iradesini yansıtmıyorsa ve vasiyeti yerine getirme görevlisi durumdan haberdarsa, tüm işlemleri yapmaya yetkili olduğu gibi iptal davası açmaya da yetkili olmalıdır. Zira, burada miras bırakan, kendisinin son arzusunu yerine getireceğine güvendiği kişileri görevli olarak atamaktadır. Söz konusu yetkinin bu kişilere verilmemesi, miras bırakanın iradesini ortaya koyması konusunda kısıtlama niteliğinde olacağından, kabul edilemez.

Ölümüne bağlı tasarrufların iptali davasında, davalı taraf, iptal halinde menfaat elde edebilecek kişilerdir¹⁴⁴. Söz gelimi, atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı iptal davasının davalısı olabilecektir. Davaya konu olan ölümüne bağlı tasarruf bakımından görevlendirilen vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras bırakan aleyhine açılan iptal davasında, esasen davalı konumunda olmaktadır¹⁴⁵. Vasiyetname ile kurulan vakıflar bakımından da söz konusu vakfın menfaati bulunduğundan, Vakıflar Genel Müdürlüğü de davanın davalılarından olabilir¹⁴⁶.

¹³⁹ Antalya, s. 310.

¹⁴⁰ Antalya, s. 311.

¹⁴¹ Antalya, s. 311.

¹⁴² Eren, 1996, s. 99; Antalya, s. 311.

¹⁴³ TMK m. 552: “Miras bırakan, tasarrufunda aksini öngörmüş veya sınırlı bir görev vermiş olmadıkça vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras bırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkilidir.”

¹⁴⁴ Dural, Öz, s. 233; Antalya, s. 311.

¹⁴⁵ Yargıtay, İBK, E. 1955/16, K. 1955/25, T. 7.12.1955: “Vasiyeti tenfiz memurunun tayini ile ilgili ölümüne bağlı tasarrufun, yasal sebeplerle iptali için yalnızca tenfiz memuru aleyhine açılan davanın incelenmesi ve görülmesi gerekir.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 19.04.2022): İlgili karar gereğince, vasiyeti yerine getirme görevlileri iptal davasında davalı tarafı oluşturabilmektedir; Günay, Erhan. *Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davaları*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 101; Kocayusufpaşaoğlu, s. 343; Eren, 1996, s. 100; Antalya, s. 311-312.

¹⁴⁶ Antalya, s. 312.

C. Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Süre

TMK m. 559'da "(1) İptal davası açma hakkı, davacının tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın geçmesi tarihinin üzerinden, iyiniyetli davalılara karşı on yıl, iyiniyetli olmayan davalılara karşı yirmi yıl geçmekle düşer. (2) Hükümsüzlük, def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir" düzenlemesi getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle, iptal davası açılabilmesi için bir, on ve yirmi yıllık süreler öngörülmüştür. İptal davası açma hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle, söz konusu süreler hak düşürücü sürelerdir¹⁴⁷. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, söz konusu sürelerin başlangıcı, bir yıllık süre için, davacının, ölümüne bağlı tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarih; davalının iyiniyetli olması durumunda uygulanan on yıllık süre ile davalının kötüniyetli¹⁴⁸ olduğu durumda uygulanan yirmi yıllık süre için, vasiyetnamede vasiyetnamenin açıldığı an, miras sözleşmesinde mirasın geçmesi (miras bırakanın ölmesi) anıdır.

TMK m. 559/II düzenlemesi ile iptal davasının açılmaması veya açılması için öngörülen sürelerin kaçırılması durumunda, her zaman kullanılabilir bir defi hakkı verilmiştir. Bu hakkın kullanılabilmesi için, ölümüne bağlı tasarrufun ifasının gerçekleştirilmemiş olması ve ifa talebiyle dava açılmış olması gerekir¹⁴⁹. Bu halde, ölümüne bağlı tasarrufun hükümsüzlüğü defi yoluyla, süreye bağlı olmaksızın, ileri sürülebilmektedir.

D. Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Yetkili ve Görevli Mahkeme

Davada görevli olan mahkeme, HMK m. 2 gereğince, değeri ve miktarı önemli olmaksızın, Asliye Hukuk Mahkemesidir¹⁵⁰. Yetkili mahkeme ise, HMK m. 11/I-a gereğince, miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olup, bu yetki kesin yetki niteliğindedir, taraflarca aksi kararlaştırılamayacaktır¹⁵¹.

¹⁴⁷ Dural, Öz, s. 233; Ruhi, Ruhi, 2022, s. 396; Günay, s. 109.

¹⁴⁸ TMK m. 3 kuralı geçerli olup, madde metni "*Kanunun iyi niyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz*" şeklindedir. Bir başka ifadeyle, davalı, iptal sebebini biliyorsa veya özen göstermesi halinde öğrenebilecek durumdaysa, kötü niyetli kabul edilecektir (Dural, Öz, s. 233).

¹⁴⁹ Dural, Öz, s. 234.

¹⁵⁰ Ruhi, Ruhi, 2022, s. 396; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, IX. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 39; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim. *Medeni Usul Hukuku*, III. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 90: "*Bir davanın hangi mahkemenin görev alanına gireceği tespit edilirken öncelikle bu uyumsuzluğun özel mahkemelerden birinin görev alanına girip girmediğine bakılır. Herhangi bir özel mahkemenin görev alanına giriyorsa dava o özel mahkemede açılmalıdır. Özel mahkemelerden birisinin görev alanına girmiyorsa sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girip girmediği araştırılmalı, sulh hukuk mahkemesinin görev alanına da girmiyorsa dava en genel mahkeme niteliğindeki asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır.*"; HMK m. 2: "*(1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. (2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.*"

¹⁵¹ Ruhi, Ruhi, 2022, s. 396; Atalı, Ermenek, s. 99; Pekcanitez, Atalay, Özekes, s. 78; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, XIX. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 231; Yargıtay, 2. HD, E. 2003/8680, K. 2003/10234, T. 7.7.2003: "*...Miras, miras bırakanın ölüm günündeki hükümlere göre mirasçılara intikal eder (4722 S.K. m. 17). Miras bırakan Kemal 20.5.2001 günü ölmüştür. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 518. maddesi, mirasın bütün malları kapsamak üzere ölenin son yerleşim*

E. Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davasının Sonuçları

Ölümüne bağlı tasarruflara ilişkin iptal sebeplerinin mevcut olması durumunda açılan iptal davasında, mahkeme ölümüne bağlı tasarrufun iptaline karar verebilir. Bu karar bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğindedir¹⁵². İptal kararı, geriye etkili sonuç doğuran bir karardır¹⁵³.

Ölümüne bağlı tasarrufun iptaline ilişkin karar, yalnızca iptal davasının tarafları (davalı ve davacı) bakımından (nispi) sonuç doğurmaktadır¹⁵⁴. Söz gelimi, dört mirasçıdan üçü, davada, davacı tarafı oluşturmaktayken, bir mirasçı davada davacı sıfatına haiz olmamışsa, iptale ilişkin karar yalnızca davacı durumundaki üç mirasçı için sonuç doğurmakta, bu mirasçılardan ölümüne bağlı tasarrufun yerine getirilmesi istenemezken, ancak davacı olmayan bir mirasçı bakımından iptal kararı sonuç doğurmadığından, ölümüne bağlı tasarrufu yerine getirmesi istenebilmektedir. Doktrinde konuya ilişkin bir bakış açısı verilen örnek yönündedir. Bizim de katıldığımız bir başka fikir ise, buradaki nispiğin, miras bırakanın irade eksikliği sebebiyle mirasçı konumuna gelen kimselere karşı açılan iptal davalarında söz konusu olduğuna ilişkindir¹⁵⁵. Söz gelimi, miras bırakan ehliyetsizken bir vasiyetname düzenlemiş, iki kişiyi mirasçı olarak atamışsa, yasal mirasçı ise bu kişilerden birine karşı iptal davası açmış ve dava kabul edilmişse, kendisine iptal davası açılmayan mirasçı açısından tasarruf iptal edilmez, dava yalnızca kendisine dava açılan mirasçı bakımından sonuç doğurur¹⁵⁶.

Ölümüne bağlı tasarrufun tümünün değil, bir kısmında iptal sebeplerinin olduğu gerekçesiyle, bir kısmının iptalinin talep edilmesi de mümkün olup, bu halde verilen iptal kararı yalnızca iptali istenen kısım için sonuç doğurmaktadır¹⁵⁷. İptal sebebi ehliyetsizlik gibi tüm ölümüne bağlı tasarrufu etkileyecek nitelikteyse¹⁵⁸ veya miras bırakanın, iptal sebebini bilseydi, tasarrufu yapmayacağı anlaşılıyorsa (TBK m. 27/II kıyasen) kısmi iptal söz konusu olmamaktadır¹⁵⁹.

SONUÇ

1. Ölümüne bağlı tasarrufların yapılmasına hukuk düzenince sonuç bağlanmasında amaç, miras bırakanın son arzularının yerine getirilmesini sağlamaktır. Hal böyle olunca, iptal sebepleri, somut

mahkemesinde açılacağını, ölümüne bağlı tasarruflarının iptali, tenkis ve mirasın taksimi ile miras sebebiyle istihkak davalarının da bu mahkemede görüleceğini hükme bağlamıştır. Miras bırakan emekli avukattır. Toplanan delillerden ölene kadar Maltepe'de oturduğu anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında yerleşim yeri Kartal'dır. Dava mirasta iade ve tenkise ilişkindir. Yetki kesindir. Mahkemece işin esasının incelemesi gerekirken Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 13. maddesinden söz edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır... ” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 06.04.2022).

¹⁵² Öztan, s. 237; Antalya, s. 313; Günay, s. 107.

¹⁵³ Dural, Öz, s. 231; Antalya, s. 313; Günay, s. 107.

¹⁵⁴ Dural, Öz, s. 231; Günay, s. 107; Ayrıntılı bilgi için bkz. Yelmen, Adem. “Ölümüne Bağlı Tasarrufun İptali Davasının Davada Yer Almayan İlgililer Üzerindeki Etkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, 2022, s. 73 vd.

¹⁵⁵ Serozan, Engin, s. 424; Yelmen, s. 75.

¹⁵⁶ Serozan, Engin, s. 428; Yelmen, s. 75.

¹⁵⁷ Dural, Öz, s. 232.

¹⁵⁸ Dural, Öz, s. 232; Antalya, s. 314.

¹⁵⁹ Antalya, s. 314; Kocayusufpaşaoğlu, s. 342; Dural, Öz, s. 232.

olaylar çerçevesinde dar yorumlanmalı, mümkün olduğunca tasarrufun ayakta tutulması ve böylece miras bırakanın son arzularının yerine getirilmesi amaçlanmalıdır.

2. Vasiyetnamede irade teorisinin benimsenmesinin aksine, miras sözleşmesinin bağlayıcı niteliği ve serbestçe geri alınamazlığı sebebiyle, karşı tarafın korunmaya muhtaç güveni söz konusu olduğundan, uyuşmazlıkların çözümünde miras sözleşmeleri bakımından güven teorisinin benimsenmesi yerinde olur. Zira, bu yolla, taraflar arasındaki eşitsizlik giderilmiş, uyuşmazlıkların çözümünde hakkaniyetli sonuçların doğması sağlanmış olur. Bu doğrultuda, miras sözleşmesinin hata, hile ve korkutma veya zorlama hallerinden biri etkisinde yapılması sebebiyle ortaya çıkan haksız durum, güven teorisi esas alınarak çözüme kavuşturulur.

3. Ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin karar, nispi niteliktedir. Bir başka ifadeyle, söz konusu karar, yalnızca iptal davasının tarafları bakımından sonuç doğurmaktadır. Nispilik kuralının değerlendirilmesi, bu kuralın, miras bırakandaki irade eksikliği sebebiyle, mirasçı konumuna gelen kimselere karşı açılan iptal davalarında uygulanacağı yönünde yapılmalıdır. Aksi takdirde, her mirasçı bakımından, aynı iptal sebebi mevcut olmasına rağmen, kimi mirasçılar bakımından tasarruf geçerliken, kimileri bakımından geçersiz sayılır. Hal böyle olunca, mirasçılar arasında eşitsizlik ortaya çıkmakta ve bu durum hukuka ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına yol açmaktadır.

4. Sağlar arası işlemler bakımından, TBK m. 27/I’de, hukuka veya ahlaka aykırılık için kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörülmesine karşın, TMK m. 557’de iptal edilebilirlik yaptırımına yer verilmiş olması yerinde olmamıştır. Ayrıca iptal davası açma süresinin kaçması halinde ahlaka aykırı ölüme bağlı tasarrufun geçerli olması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Yine genel hüküm niteliğindeki TBK m. 27/I’e aykırı olarak TMK 557 hükmünün getirilmiş olması doğru bir düzenleme olmamıştır. Bu sebeplerle, hukuka veya ahlaka aykırılık halinde, ölüme bağlı tasarruf bakımından da, sağlar arası işlemlerde olduğu gibi, kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Altuğ, Yılmaz. “Ölüme Bağlı Tasarruflarda İrade Sakatlıkları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 29, S. 9-10, 1955, s. 401-429.

Antalya, O. Gökhan. *Miras Hukuku Cilt III*, V. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*, XIX. Baskı, Yetkin yayınevi, Ankara, 2020.

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim. *Medeni Usul Hukuku*, III. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Atlı, Banu. *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Ayan, Mehmet. *Miras Hukuku*, IX. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

- Aydos, Oğuz Sadık. *Pratik Miras Hukuku*, I. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021.
- Ayiter, Nûşin/ Kılıçoğlu, Ahmet. *Miras Hukuku*, II. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 1991.
- Berki, Ali Himmet. *Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*, I. Baskı, Ege Matbaası, Ankara, 1961.
- Çiftçi, Hasan. *Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali*, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Dural, Mustafa. *Miras Sözleşmeleri*, I. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1980.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt I – Kişiler Hukuku*, XVII. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Dural, Mustafa/ Öz, Turgut. *Türk Özel Hukuku Cilt IV-Miras Hukuku*, XXII. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, XXVI. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Eren, Fikret. *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, I. Baskı, AÜHF Yayınları, Ankara, 1966.
- Gönensay, Samim/ Birsen, Kemaleddin. *Miras Hukuku*, II. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1963.
- Günay, Erhan. *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- Güneri, Cemal. *Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- İmre, Zahit/ Erman, Hasan. *Miras Hukuku*, XIV. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- İnan, Ali Naim/ Ertaş, Şeref/ Albaş, Hakan. *Türk Medeni Hukuku-Miras Hukuku*, X. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*, II. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1978.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Birinci Cilt*, VII. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, XVII. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*, VI. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1995.

Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*, XXII. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Olgaç, Furkan. *Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Öztan, Bilge. *Miras Hukuku*, X. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Öztrak, İlhan. *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyet Namenin Ziyat*, I. Baskı, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, IX. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Ruhi, Canan/ Ruhi, Ahmet Cemal. *Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali*, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 13.

Ruhi, Canan/ Ruhi, Ahmet Cemal, Tereke Davaları, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Serozan, Rona. *Sağlar Arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma*, I. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979.

Serozan, Rona/ Engin, Baki İlkay. *Miras Hukuku*, VII. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Tekdoğan, Aydın. *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptal Davaları*, III. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, H. Murat. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Yelmen, Adem. “Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davasının Davada Yer Almayan İlgililer Üzerindeki Etkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, 2022, s. 70-105.

Mülteci Hukuku Açısından İslâm Hukuku ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK/UNHCR) Koruyuculuğunu Yaptığı 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Arasında Metodolojik Bir Mukayese*

Mehmet CENGİZ 

Dr. Öğretim Üyesi, Şırnak Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı,
Şırnak, Türkiye
mehmetcengizfakih@gmail.com

(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
<p>Makale Geçmişi Geliş: 21.09.2022 Kabul: 23.11.2022 Yayın: 23.11.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Mülteci, İslâm Hukuku, UNHCR, 1951 Cenevre Sözleşmesi, 1967 Protokolü.</p>	<p>İnsanlık tarihinin hemen her döneminde çeşitli sebeplerden kaynaklı meydana gelen göç/iltica, günümüzde çok daha ciddi bir olgu olarak karşımızdadır. Dinsel, ırksal, cinsel, kültürel, politik vb. sebeplerden dolayı baskı ve zulüm gören/görme korkusu yaşayan kimselerin meydana getirdikleri iltica hareketinin temelinde can güvenliği ve yaşam hakkı bulunmaktadır. Söz konusu sebep veya sebeplerle kendi vatanlarını terk etmek zorunda kalıp başka ülkelere sığınmak mecburiyetinde kalan mültecilerin korunması ahlakî olmakla birlikte hukukî bir zorunluluktur. Bundan dolayı iltica hakkı tarihin her döneminde dinlerin ve geleneksel hukukun korumaya çalıştığı bir hak olmuştur. Bu konuda nihayet Avrupa'da yabancıların tabi olacakları hukukî rejim konusunda kısmî düzenlemeler içeren 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'yle önemli bir adım atılmıştır. En önemli açılım ise Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin koruyuculuğunu üstlendiği 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'yle sağlanmıştır. Bu iki sözleşme metni, mülteci hukukunun korunması konusunda halen de geçerliliğini koruyan temel iki hukukî metin olarak kabul edilmektedir. Mülteci hukukunun korunması konusunda İslâm'ın tavrı ise nettir. Zira, insanlar arasındaki ırk, renk, dil gibi arızî ayrımları tanışma ve kaynaşma için birer vesile kabul eden İslâm hem davetinin evrensel olması hem de dinde zorlamayı kabul etmemesi ilkeleriyle müslümanlarla gayr'ı-müslimlerin bir arada yaşadığı bir dünya tasavvurunu esas almıştır. Kur'ân'ın Tevbe süresinin emân âyeti olarak bilinen 6. âyeti ile özellikle Nisâ süresinin 89. ve 90. âyetleri mültecilerle ilgili özel hükümler içermektedir. Aslında nübüvvetin Mekke döneminde bir grup sahâbînin Habeşistan'a hicret edip Necâşî nezdinde sığınma talebinde bulunmaları ve daha sonra Akabe bey'atlarını takiben bizzat Hz. Peygamber'in (s.a.s.) Medine'ye hicret etmesi iltica fikriyle ilgili önemli verileri ortaya koymaktadır. Hanefî hukukçusu Serahsî'nin, "müste'men, dârü'l-İslâm'da ehl'i-zimmet mesabesinde" şeklindeki ifadesi de iltica konusunda İslâm hukukundaki genel eğilimi ortaya koymaktadır. Tüm bu veriler, mültecileri kendi vatandaşlarıyla eşit saymada ileri derecede olan İslâm hukukunun diğer hukuklara göre bariz bir farka ve önceliğe sahip olduğunu belgelemektedir.</p>

A Methodological Comparison Between The Islamic Law And The 1951 Geneva Convention And The 1967 Protocol Relating To The Status Of Refugees Under The Aegis Of The United Nations High Commissioner For Refugees (UNHCR) In Terms Of Refugee Law

Article Info	Abstract
<p>Article History Received: 21.09.2022 Accepted: 23.11.2022 Published: 23.11.2022</p>	<p>Migration has occurred for several reasons throughout history, but it is currently a far more serious issue. An asylum movement, started by oppressed and persecuted individuals or fear being oppressed and persecuted for religious, racial, sexual, cultural, political, and other reasons, is based on the security of life and the right to life. The protection of refugees, flee their homes and seeking asylum</p>

* Bu makale, İslâm ve Yorum VI (13-15 Mayıs 2022/Malatya) sempozyumunda sadece sözlü olarak sunduğumuz tebliğden bağımsız, orijinal bir çalışmadır.

Keywords:

Refugee, Islamic Law, UNHCR, 1951 Geneva Convention, 1967 Protocol.

elsewhere because of the aforementioned reason(s), is both a moral and legal obligation. Religions and traditional law have therefore worked to safeguard the right to asylum throughout history. The 1948 UDHR, containing certain provisions on the legal environment foreigners would face in Europe, represented a major advancement in this regard. The UNHCR provided the most significant opening with the 1951 Geneva Convention and the 1967 Protocol. These two texts are acknowledged as the major legal texts still relevant and legitimate for refugee law protection. Islam's position on refugee law protection is unequivocal. Because Islam, which sees inherent differences between people such as race, color, and language as opportunities for meeting and mixing, is based on the vision of a world where Muslims and non-Muslims coexist, its universal call, and the principle that it rejects religious compulsion. The Qur'an 9:6, known as the verse of security provision, and particularly the Qur'an 4:89-90, provide provisions for refugees. Indeed, some companions' migration to Abyssinia in seeking asylum by Najashi during the prophethood's Makkah period, and the Prophet's own migration to Medina after the Aqabah pledges reveal signification information about asylum. The Hanafi jurist Sarakhsi's remark that "musta'min are similar to ahl al-dhimma in dar al-Islam" also indicates the prevalent view in Islamic law about asylum. All of these facts show that Islamic law, advanced in treating migrants as equal to Muslims, stands apart from and surpasses other laws.

Atıf/Citation: Cengiz, M. (2022). "Mülteci Hukuku Açısından İslâm Hukuku ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK/UNHCR) Koruyuculuğunu Yaptığı 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Arasında Metodolojik Bir Mukayese", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s. 718-761.

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 İslâm hukuku alanında kapsamlı bir çalışma olan bu makalemiz, mülteci hukuku açısından İslâm hukuku ile Birleşmiş Milletler hukuku arasında mukayese temeli üzerine kurulmuştur. Mültecinin tanımı, mülteciliğin şartları, mültecilerin hakları ve görevleri, mülteciliğin ilkeleri, mülteciliği engelleyen sebepler, mülteciliğin sona ermesi başlıklarıyla İslâm hukuku ile Birleşmiş Milletler hukuku arasında mukayeseye dayalı bu çalışmamız değerlendirme ve sonuçla tamamlanmıştır.

I. Mültecinin Tanımı

A. İslâm Hukukuna Göre Mültecinin Tanımı

Köken olarak Arapça'daki اِلْتِجَاءُ/il-t-c-e sülâsî fiilinden türeyen اِلْتِجَاءُ/il-t-c-e sülâsî mezîd fiilinin ism'i-fâili olan اِلْتِجَاءُ/mülteci kelimesi lugavî olarak dayanan¹ ve sığınan² anlamlarına gelmektedir.³ İslâm hukukunun Hz. Peygamber'in (s.a.s.) sünnetiyle beraber aslî kaynağını oluşturan Kur'ân, اِلْتِجَاءُ/il-t-c-e fiilinin mastarı olan اِلْتِجَاءُ/ilticâ'yla aynı kökten gelen "melce" kavramını kullanmakla birlikte her biri diğerinden farklı içerikler taşıyan, ancak temelde iltica hakkının varlığını ispatlayıcı bir mahiyet arz eden "îvâ", celâ/ihrâc, isticâre/eman, hicret, zimmi" kavramlarını

¹ Cevherî, İsmâil b. Hammâd. *Muhtâru's-Sihâh*, V. Baskı, el-Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut, 1999, s. 279.

² Râzî, Ahmed b. Fâris. *Mekâyisü'l-Luga*, Dâru'l-Fikr, 1979, C. 5, s. 235.

³ اِلْتِجَاءُ/il-t-c-e kelimesiyle aynı harflerden oluşan اِلْتِجَاءُ/il-t-c-e kelimesi de korku vb. sebeplerden dolayı yurdundan ayrılmayı ifade etmektedir. Bkz. Zebîdî, Muhammed Murtażâ. *Tâcu'l'Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, Dâru'l-Hidâye, Kuveyt, 2001, C. 37, s. 361.

kullanarak insana dair hürriyete büyük bir vurgu yapmıştır. Kur'ân'ın, iltica/mülteci olgusuyla alakalı olarak kullandığı kavramları ve bunların mahiyetlerini kısaca şöyle açıklayabiliriz:

1. Melce'

Müfessirlerin, birçok âyette geçen melce' kelimesini genelde korunmak, sığınmak, kaçmak, kurtulmak için gidilen yer şeklinde tefsir etmeleri göstermektedir ki melce' ilticaya kaynaklık teşkil etmektedir.⁴ Zaten günümüzde Arapça'da kendi ülkesini terk edip başka bir ülkeye sığınmak zorunda kalan kimseleri ifade etmek üzere -aslına uygun olarak- daha çok "lâci'/lâciûn" kelimesi kullanılmaktadır. Türkçe'de ise daha çok "mülteci" kelimesinin kullanımı yaygınlaşmıştır. Bahsi geçen âyetler⁵, melce' kavramını lugavî anlamda kullanmış olsa da zahmetlerle karşılaşan insanın fitratında var olan güvenli bir yere sığınma ihtiyacını göstermesi açısından önem arz etmektedir.

2. İvâ'

Yerleştirmek, barındırmak, kurtarmak, korkudan emniyete ulaştırmak anlamlarına gelen "İvâ",⁶ kelimesinin türevleri, Kur'ân'ın birçok âyetinde geçmektedir. "O vakti hatırlayın ki siz yeryüzünde güçsüz ve zayıf idiniz. İnsanların sizi kapıp götürmesinden korkuyordunuz. Derken Allah sizi barındırdı, yardımıyla destekledi ve sizi temiz şeylerden rızıklandırdı ki şükredesiniz."⁷ âyeti bunlardan birisidir.⁸

3. Celâ'/İhrâc

جلا/ل-c-e kelimesinde geçen harflerin farklı dizilişinden oluşan جلا/c-l-â kelimesi, korku vb. sebeplerle yurdundan ayrılmayı veya zorla yurdundan çıkarılmayı/sürülmeyi ifade etmek için kullanılmaktadır.⁹ Kur'ân, insanın yurdundan çıkarılmasını bazen celâ' kelimesiyle bazen de ihrâc kelimesinin türevleriyle kullanmıştır.¹⁰ Temelde aynı mânaya gelen celâ ile ihrâc arasında detaylarda ortaya çıkan şu farktan bahsetmek mümkündür: Celâ, kişinin ailesiyle ve çocuklarıyla birlikte bulunduğu yerden sürülmesini ifade ederken; ihrâc, kişinin bazen yanında ailesi ve çocukları olmadan da tek başına sürülmesini ifade etmektedir. Yani celâ, sadece cemaat/topluluk için kullanılırken ihrâc hem fert hem cemaat için kullanılabilme imkanına sahiptir.¹¹

⁴ Örnek için bkz. Zeccâc, Ebû İshâk İbrâhim b. es-Serî. *Meâni'l-Kur'ân ve İ'râbuh*, I. Baskı, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut, 1988, C. 4, s. 402; Taberî, Muhammed b. Cerîr. *Câmiu'l-Beyân 'an Te'vili 'Ayi'l-Kur'ân*, Dâru't-Terbiyeti ve't-Turâs, Mekke, t.y., C. 21, s. 555.

⁵ İlgili âyetler için bkz. Tevbe 9/57, 9/118; Şûrâ 42/47.

⁶ Taberî, C. 15, s. 422; Sem'ânî, Ebû'l-Muzaffer Mansûr b. Muhammed. *Tefsîru's-Sem'ânî*, Dâru'l-Vatan, Riyad, 1997, C. 2, s. 282.

⁷ Enfâl 8/26.

⁸ Diğer âyetler için bkz. 8/72, 8/74; Hûd 11/80; Yûsuf 12/69; Kehf 18/10, 18/63; Mü'minûn 23/50; Duhâ 93/6.

⁹ İbn Düreyd, Ebûbekir Muhammed b. Hasen. *Cemheretü'l-Luga*, Dâru'l-İlm, Beyrut, 1987, C. 2, s. 1044; Zebîdî, C. 37, s. 361.

¹⁰ Bkz. Haşr 59/3; Hac 22/40; Muhammed 47/13; İsrâ 17/76; Enfâl 8/30.

¹¹ İbnü'l-Cevzî, Ebû'l-Ferec Cemâlüddîn. *Zâdü'l-Mesîr fi İlmi't-Tefsîr*, Dâru'l-Kitâb, Beyrut, 1422, C. 4. s. 255.

4. İsticâre/Eman

Lugatte civâr (yakınlık) kelimesinden türeyen ve istiâze (korunma) kelimesiyle tanımlanan isticâre, korunma/sığınma/eman talebinde bulunmak demektir.¹² Emn kökünden gelen eman, korkunun zıddıdır.¹³ *أَمِنْ*/E-mi-ne fiilinin mastarları olan “emn”, “emanet” ve “eman” kelimelerinin tümü, nefsin itmi'nan/güven içinde olmasını ve havf/korku halinden uzak kalmasını ifade etmektedir.¹⁴ İstılahta ise isticâre/eman, İslâm devletinin hakimiyeti altındaki topraklar olarak kabul edilen dârü'l-islâm'a girmek isteyen harbî'ye/gayr'ı-müslim devletin vatandaşına verilen can ve mal güvencesi demektir.¹⁵ Böylece kendisine eman verilen kişi/ler müste'men kabul edilir ve belli bir süre canları ve malları İslâm devleti tarafından koruma altına alınır.¹⁶ Kur'ân, isticâre kelimesini eman âyeti olarak bilinen Tevbe 9/6. âyetinde kullanarak iltica hakkının varlığını -genel karakterli bir şekilde de olsa-¹⁷ ortaya koymuştur: “*Ve eğer müşriklerden biri senden aman dilerse, Allah'ın kelâmını işitip dinleyinceye kadar ona aman ver, sonra (müslüman olmazsa) onu güven içinde bulunacağı bir yere ulaştır. İşte bu (müsamaha), onların, bilmeyen bir kavim olmalarından dolayıdır.*”¹⁸ Bu âyet, müslümanlardan yakınlık talep edip onların arasına katılmak isteyen müşrikler için -hem kendi özgür iradeleriyle İslâm'ın hidayet çağrısına gönüllerini açmaları halinde hem de İslâm'ın hidayet çağrısına gönüllerini açmayıp vatanlarına geri dönmek istemeleri halinde- emniyetin sağlanmasını şart koşmaktadır ki İslâm'ın insana ve insan hürriyetine verdiği değeri ortaya koyması açısından dikkat çekici bir hususiyete sahiptir. İbn Kesîr'in (ö. 774/1373) tespitine göre birçok müşrikin İslâm'a girmesinde etkili olan faktör, İslâm'da var olan eman sistemidir. Zira Hz. Peygamber (s.a.s.), kendisine gelen herkese eman vererek onların hidayetle buluşmalarına vesile olmuştur. Meselâ, Hudeybiye antlaşması gününde Hz. Peygamber'den (s.a.s.) eman alarak müslümanları gözlemlene fırsatını bulan 'Urve b. Mes'ûd, Mikraz b. Hafs, Süheyl b. Amr gibi nice elçiler, hiçbir melik ve kayser için tanık olmadıkları bağlılığı sahâbenin İslâm peygamberine olan bağlılığında görünce bundan ziyadesiyle etkilenmişler ve gördüklerini kavimlerine anlatmaktan kendilerini alamamışlardır.¹⁹

5. Hicret

Lugatte hicret, ayrılıktır (mufârekât).²⁰ Bir yerden başka bir yere intikal etmektir. Bu intikal birinci yer için bir terktir, ikinci yer için ise bir istikrardır. Dolayısıyla hicretin aslı bir şeyden yüz çevirmek (i'râd) ve başka bir şeye yönelmektir (ikbâl).²¹ İstılahta ise hicret, en meşhur tanımıyla,

¹² Taberî, C. 1, s. 11; Sem'ânî, C. 2, s. 289.

¹³ İbn Manzûr, Ebû'l-Fadl Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-'Arab*, Dâru Sâdir, Beyrut, 1414, C. 13, s. 21.

¹⁴ Mevsûâtü'l-Fikhiyye, II. Baskı, Vizâretü'l-Evkâf, Kuveyt, 1427, C. 6, s. 633.

¹⁵ Mevsûâtü'l-Fikhiyye, C. 2, s. 54; Bozkurt, Nebi. “Eman”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 11, 1995, s. 79.

¹⁶ Mevsilî, Mecdüddîn Abdullah b. Mahmud. *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, Matbaatul-Halebî, Kahire, 1937, C. 4, s. 136; Özel, Ahmet. “Harbî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 16, 1997, s. 112.

¹⁷ Genel karakterli bir şekilde olmasından kasıt, âyette geçen *حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ* ifadesi nedeniyle İslâm'ı tanıma amacına matuf olarak daha geniş anlamda ülkeye giriş talebine olumlu cevap verme hükmünün konulmasıdır. Bkz. Yaman, Ahmet. “Kur'ân ve Örnek Uygulamalara göre Müftecinin Temel Hak ve Özgürlükleri”, *Mehir*, S. 4, 1999, s. 75-77.

¹⁸ Tevbe 9/6.

¹⁹ İbn Kesîr, İsmâil b. Ömer. *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, Dâru't-Taybet, y.y., 1999, C. 4, s. 113.

²⁰ Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed. *el-Misbâhu'l-Münîr fî Ğaribi Şerhi'l-Kebîr*, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut, 1431, C. 2, s. 634.

²¹ Hâmîdî, Muhammed b. Futûh. *Tefsîru Ğaribi mâ fî Sahihayn*, Mektebetü's-Sünnet, Kahire, 1995, s. 37.

“dâr-ı küfürden dâr-ı islâm'a göç etmek” şeklinde tanımlanmıştır.²² Hz. Peygamber'in (s.a.s.) nübüvvet hayatı esas alındığında temelde iki tür hicretten bahsetmek mümkündür: Birincisi, bir kısım müslümanın Mekke'den Habeşistan'a hicret etmeleri örneğinde olduğu gibi korku ülkesinden (dârü'l-havf) emniyet ülkesine (dârü'l-emn) yapılan hicrettir. İkincisi de Hz. Peygamber'in (s.a.s.) Medine'ye iyice yerleşmesinden sonra müslümanların Medine'ye yaptıkları hicret etmeleri örneğinde olduğu gibi dâr-ı-küfürden dâr-ı-islâma yapılan hicrettir.²³ Hicreti gerek cihad'la birlikte zikreden gerekse müstakil olarak ele alan âyetlerde dikkati çeken en önemli husus, Allah'ın rızasını arayarak İslâm'ı tebliğ eden muhacirler için sevgiye dayalı özel bir dilin kullanılmasıdır. Söz konusu âyetler, muhacirlerin Allah katında büyük bir mertebede olduklarını ifade ettiği gibi²⁴ onların maddî/manevî anlamda desteklenmelerinin tüm müslümanlar için bir vefa borcu olduğunu ortaya koymaktadır.²⁵ Daha da ötesi Kur'ân, Medine'ye hicretten sonra Hz. Peygamber'in (s.a.s.) ensâr ile muhacirîn arasında tesis ettiği muâhât/kardeş edinme düzenlemesinin beraberinde -belli bir süre dahi olsa- mirasçılık hükümlerini doğurduğunu belirtmiş ve aralarında kardeşlik tesis edilen kimselerin birbirlerine mirasçı olmalarını da hicret etmiş olmak şartına bağlamıştır. Bu şartı yerine getirmeyen, yani Medine'ye hicret eden müslümanlarla hicret etmemiş müslüman hısımları arasında ise mirasçılık ilişkisinin olmayacağını hüküm olarak ortaya koymuştur.²⁶ Tesis edilen muâhât yoluyla ortaya çıkan iki tarafın birbirine mirasçı olma hükmü²⁷ her ne kadar daha sonra inen âyetle²⁸ neshedilse de ve fıkha göre mirasçı olmak, sadece nesep açısından birbirine yakın olan akrabalar arasında hüküm doğuracak şekilde düzenlense de hicretin bir zamanlar -temelde taabüdî nitelikte olan mirasa bile etki etki edecek bir hüviyete sahip olması onun İslâm hukukundaki ehemmiyetini ortaya koyması açısından gerçekten dikkat çekicidir. İslâm'a göre yaşadığı dârü'l-küfr toplumunda tekrar küfre dönme veya dinlerini rahatça yaşamama tehlikesi içine girenlerin -hicrete göçleri yetiyor ise- dârü'l-islâm'a hicret etmeleri farz, dârü'l-harpte kalmaları haramdır.²⁹ Hz. Peygamber'in (s.a.s.) Medine'ye yerleşmesinden sonra Medine'ye hicretin farz olması Mekke'nin fethine kadar devam etmiştir. Yani hicret sınırlaması fetihle birlikte kaldırılmıştır. Hz. Peygamber'in (s.a.s.), “*Fetihten sonra hicret yoktur, ancak cihad ve niyet kalmıştır; cihada çağrıldığınızda icâbet edin*”³⁰ şeklindeki hadisi fetihle dârü'l-islâm'a dönüşen Mekke'den hicret etmeye artık ihtiyaç kalmadığını, ancak dininden dolayı baskıya uğrayan kimselerin göç etmelerinin kıyamete kadar devam edeceğini ifade etmektedir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.s.), “*Tövbe sona ermedikçe hicret sona ermez, güneş*

²² Âlûsî, Şihâbüddîn Mahmûd. *Rûhu'l-Meânî*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1415, C. 3, s. 105.

²³ Özel, Ahmet. “Hicret”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 17, 1998, s. 464.

²⁴ Tevbe 9/20.

²⁵ Enfâl 8/72.

²⁶ Enfâl 8/72.

²⁷ Ensâr ile muhâcirîn arasında tesis edilen muâhât sebebiyle meydana gelen iki tarafın birbirine mirasçı olmasını yürürlüğe sokan, buna karşılık hicret eden bir müslümanla dârü'l-harpte İslâm'a girmiş ve henüz hicret etmemiş olan akrabası arasında mirasçılığı reddeden âyetin hükmü Mekke'nin fethine kadar devam etmiştir. Çünkü Mekke'nin fethiyle hicretin hükmü, “*Fetihten sonra hicret yoktur*” (Bkz. Tirmizî, Muhammed b. İsâ. es-Sünen, Mektebetu el-Bâbî Halebî, Mısır, 1975, “Siyer”, 33, No: 1590) hadisiyle neshedildiği gibi, “*Hısımlar Allah'ın kitabında birbirine daha yakındır*” (Enfâl 8/75) âyetiyle de müslümanlar arasında tevarüsün hicrete değil, akrabalık bağına dayandığı belirtilmiş ve önceki hüküm neshedilmiştir. Bkz. Cessâs, Ahmed b. Alî. *Ahkâmu'l-Kur'ân*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Lübnan, 1994, C. 2, s. 98-99; Özel, s. 464.

²⁸ Enfâl 8/75.

²⁹ Bu hükme delalet eden Kur'ân'nın âyetleri şunlardır: Enfâl 8/72; Nisâ 4/97-98.

³⁰ Tirmizî, “Siyer”, 33 (No: 1590).

batıdan doğmayıncaya kadar da tövbe son bulmaz"³¹ diyerek hicretin/göçün kıyamete kadar devam edeceğini belirtmiştir. Sonuç itibarıyla İslâm'a göre hicret, ilticanın/göçün bir türüdür ve muhacir olma statüsü hukukî bazı sonuçları doğurmaktadır: Meselâ, müslüman bir ülkeye hicret eden/iltica eden müslüman kimseler o ülkenin vatandaşı olma hakkını elde ederler. Çünkü İslâm Şeriati, tüm Müslümanları tek bir ümmet kabul etmiştir.³² Bu ümmetin ferlerinin farklı ırklara sahip olmaları veya farklı dilleri konuşmaları onların bir tek ümmet oldukları hakikatine zarar vermez. Zira inanç birliği esastır ve inanç birliği müslümanları birbirine kardeş kılmıştır.³³ Harbîler için devlet dârü'l-harb olduğu gibi müslüman fertler için de devlet darü'l-islâm'dır ve her müslüman darü'l-islâm'ın ehlidir/vatandaşdır. Kur'an birçok âyetinde bu hakikati beyan etmiştir.³⁴

6. Zimmî

Lugatte ahit, mîsâk, kefalet, emanet, hak, borç, mesuliyet, eman anlamındaki zimmet³⁵ kelimesinden gelen zimmî, kendisine eman verilerek koruma altına alınan kişi demektir.³⁶ İstilahta ise zimmet antlaşmasına dayalı olarak dârü'l-islâm'da ikamet eden -Yahudi, Hıristiyan ve bunların dışındakiler gibi- ğayr'ı-müslimlere verilen addır. Bu kimselere zimmî veya ehlü'z-zimmet denilir.³⁷ Zimmîlik sistemi diğer din müntesiplerinin inanç hürriyetlerine, can ve mal güvenliklerine sahip çıkan İslâm'ın evrensel karakterli bir din olduğunu göstermesi açısından önem arz etmektedir. İslâm, müslümanlığı kabul etmeyen, ancak İslâm ülkesinde yaşamak isteyenlere malî bir mükellefiyet olan cizyeyi yükleyerek, buna karşılık olarak da onların din, can ve mal güvenliklerini korumayı yüklenerek hangi inanca sahip olursa olsun tüm insanların barış içinde bir arada yaşayabilecekleri bir dünya tasavvuru ve tecrübesi ortaya koymuştur. Nitekim, Hz. Peygamber'in (s.a.s.) Medine'ye hicret ettikten sonra müslüman, müşrik ve yahudi topluluklarının hak ve sorumluluklarını "Medine Vesikası"yla kayıt altına alması, farklı din ve kültürlere sahip insanların bir arada yaşamalarını mümkün kılan bir toplum modelini oluşturduğu gibi zimmîlik sistemi için de ön bir hazırlık sayılmıştır ve nihayet Mekke'nin fethinden sonra, hicretin 9. yılında nazil olan Tevbe sûresinin cizye âyeti olarak bilinen 29. âyetiyle zimmîlik akdi/sistemi yürürlüğe girmiştir.³⁸ Hangi dinî gruplarla zimmet antlaşması yapılacağı fakîhler arasında tartışılmış ve neticede üç farklı görüş ortaya çıkmış olmakla birlikte Evzaî'nin (ö. 157/774), İmâm Mâlik'in (ö. 179/795) ve Zeydiyye mezhebinin görüşü olarak bilinen ve modern dönemde birçok âlimin de katıldığı üçüncü görüşe göre zimmet antlaşması sadece ehl'i-kitaptan olan din müntesipleriyle değil, müslümanlar dışında kalan tüm inanç gruplarıyla yapılabilen bir

³¹ Dârimî, Abdullah b. Abdirrahmân. *e-Müsned*, Dârü'l-Müğni, Suudi Arabistan, 2000, "Siyer" 70.

³² Enbiyâ 21/92; Mü'minûn 23/52; Âl'i-İmrân 3/110.

³³ Hucurât 49/10.

³⁴ Zeydan, Abdülkerîm. *Ahkâmu'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'minîn fi'l-İslâm*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1982, s. 62-63.

³⁵ İbn Manzûr, Cemâlüddîn. *Lisânü'l-'Arab*, Dârü's-Sadir, Beyrut, 1414, C. 12, s. 221; Ömer, Ahmed Muhtar. *Mu'cemu Luğati'l-Arabiyyeti'l-Muasira*, Alemü'l-Kütüb, y.y., 2008, C. 1, s. 821.

³⁶ Zebîdî, *Tâcu'l-Arûs*, C. 32, s. 205.

³⁷ Zeydan, s. 22.

³⁸ Tevbe 9/29: "Kendilerine Kitap verilenlerden Allah'a ve ahiret gününe inanmayan, Allah'ın ve Rasûl'ünün haram kıldığını haram saymayan ve hak dini kendine din edinmeyen kimselerle, küçülerek elleriyle cizye verinceye kadar savaşın."; Ayrıca bkz. Fayda, Mustafa. "Zimmî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 44, 2013, s. 428;

antlaşmadır. Bizim de katıldığımız bu görüşün birçok âyette dile getirilen İslâm'ın evrensel kimliğine daha uygun bir görüş olduğu açıktır. Zimmet akdinin Tevbe 29. âyette geçen “ehl’i-kitap” ifadesi nedeniyle sadece bu kategoriye giren kimselerle yapılacağı şeklinde anlaşılması isabetli değildir. Zira söz konusu âyet, ehl’i-kitap dışındaki kimselerle zimmet akdinin yapılamayacağına işaret etmediği gibi Hz. Peygamber’in (s.a.s.) ehl’i-kitap dışındaki kimselerle zimmet akdinin yapılabileceğini ortaya koyan Büreyde hadisi³⁹ de delil olarak mevcuttur. Ayrıca Allah'ın aynı sûrenin önceki âyetlerinde tüm gayr’ı-müslimlerle savaşmayı emrettiği halde zimmet âyetinde özellikle ehl’i-kitabı zikretmesi, onların kitap sahibi olmaları ve tevhidî, peygamberleri ve şariatleri bilmeleri sebebiyle uğradıkları ikramı ifade etmektedir. Buna göre âyette ehl’i-kitabın zikredilmesi sadece ahl’i-kitapla zimmet antlaşmasının yapılabileceği sonucunu ortaya çıkarmaz.⁴⁰

B. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne Göre Mültecinin Tanımı

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin (BMMYK/UNHCR)⁴¹ koruyuculuğunu yaptığı ve mülteciğin uluslararası temel antlaşması sayılabilecek 1951 Cenevre Sözleşmesi⁴² mülteciyi⁴³ şu şekilde tanımlamıştır: “Mülteci, 1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıstır.”⁴⁴ Söz konusu sözleşme, “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar”

³⁹ Bkz. Müslim, b. Haccâc. *es-Sahih*, Dârü’t-Tibâeti’l-‘Amire, Türkiye, 1433, “Cihâd”, 3.

⁴⁰ Zeydan, s. 28-29.

⁴¹ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) resmi adresi için bkz. <https://www.unhcr.org/>. Erişim Tarihi: 23. 08. 2022. Ayrıca Türkiye’deki resmi adresi için bkz. <https://www.unhcr.org/tr/>. Erişim Tarihi: 23. 08. 2022.

⁴² 1951 Cenevre Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış ve 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalamıştır. 29 Ağustos 1961 tarihli ve 359 sayılı onayı uygun bulma kanunu ile Sözleşmenin resmi Türkçe çevirisi, 5 Eylül 1961 tarih ve 10898 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 30 Mart 1962 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiştir. Türkiye, Sözleşmenin hiçbir hükmünün mülteciye “Türkiye’de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde” yorumlanamayacağına ilişkin bir çekince koyarak Sözleşmeye taraf olmuştur. Ayrıca, Sözleşmenin 1. maddesine ilişkin bir beyanda bulunulmuş ve bu beyanla, Sözleşmeye coğrafi sınır kaydı konularak, Sözleşmenin uygulanması Avrupa’da gerçekleşen olaylar sonucunda mülteci olan bireylerle sınırlandırılmıştır. Bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/114-multecilerin-hukuki-durumuna-dair-sozlesme/>. Erişim Tarihi: 25. 08. 2022.

⁴³ Mülteci kavramına benzer yönleri olmakla birlikte temelde ondan farklı iki kavram bulunmaktadır. Birincisi sığınmacıdır. Sığınmacı, ülkesini çeşitli nedenlerden terk eden ve henüz sığınma talebi kaçtığı/sığındığı ülkenin yetkililerince soruşturma safhasında olan, yani mülteci statüsünü henüz kazanamayan kişidir. Sığınmacı, sığındığı ülkenin yasalarından mülteci gibi yararlanamamaktadır. İkincisi de göçmendir. Göçmen, mülteci tanımında bulunan nedenlerin dışında, çoğu zaman ekonomik nedenlerden dolayı ülkesini gönüllü olarak terk edip başka bir ülkeye, o ülkenin yetkililerinin bilgisi ve izni ile yerleşme amacıyla giden kişi olup o ülkede o devletin uyrukluğunu kazanana kadar özel bir mevzuata bağlı bulunan kişidir. Ekonomik kaygılar ile daha müreffeh bir ülkede yaşama gayesi güdülen kişilerini terk edenler veya başka bir sebeple ülke değiştirenler mültecilik statüsünden yararlanmazlar. Bkz. Hamurcu, Onur. “Türkiye Örneği Üzerinden Mülteci Hakları ve Güncel Sorunlar”, *Conference Proceedings*, ed. Recai Aydın vd. 2017, s. 302-303.

⁴⁴ BMMYK, s. 11. Makalemizde geçen BMMYK, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin kısaltması olup söz konusu komiserlik, *Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı*, 2013, adıyla bir kitap yayınlamıştır

ibaresini de “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da meydana gelen olaylar veya 1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar anlamında anlaşılacak ve her taraf devlet bu sözleşmeyi imzaladığı, onayladığı ya da ona katıldığı sırada bu sözleşme uyarınca taahhüt ettiği yükümlülükler bakımından bu ibarenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacaktır” şeklinde izah etmiştir. 1967 Protokolü⁴⁵ 1951 Cenevre Sözleşmesinin belirlediği mülteci tanımını -tanımda geçen tarihsel ve coğrafi iki sınırlama hariç- olduğu gibi kabul etmiştir.⁴⁶

II. Mülteciliğin Şartları

A. İslâm Hukukuna Göre Mülteciliğin Şartları

1. Kişinin, Dârü'l-İslâm Sınırları İçinde Olması

Fıkıh literatüründe genel olarak, “müslümanların hakimiyeti altındaki yer” veya “müslümanların imâmının/devlet başkanının hüküm ve sultanının yürürlükte olduğu ülke” şeklinde tarif edilen dârü'l-islâm,⁴⁷ Hanefilerce, “İslâm ahkâmının zuhur ettiği/yürürlükte olduğu yer/ülke(ler)”,⁴⁸ Mâlikîlerce, “müslümanlara ait ahkâmın uygulandığı yer”,⁴⁹ Şâfiîlerce, “İslâm’ın otoritesinin altında olan yer/ülke”,⁵⁰ Hanbelîlerce, “müslümanların hakimiyeti altında bulunan ve İslâm ahkâmının yürürlükte olduğu yer”⁵¹ olarak tanımlanmıştır. Dârü'l-İslâm’ın tanımlarında göze çarpan ortak iki nokta, İslâm’ın otoritesinin varlığı ve İslâm’a ait ahkâmın uygulanmasıdır. Bu vurgu, Ebû Hanîfe’nin (ö. 150/767), “Dârü'l-İslâm, üç şartla dâr’ı-küfre/harbe döner: Dârü'l-İslâm’da küfür ahkâmının zuhuru/ortaya çıkması, dârü'l-islâm’ın dâr’ı-küfre sınır olması ve ne müslüman ne de zimmî olan hiç kimsenin müslümanların emânı/güvenliği altında artık emniyette kal(a)maması.”⁵² şeklindeki tespitinde de göze çarpmaktadır. Buna göre Ebû Hanîfe, bir yeri orada İslâmî hükümlerin uygulanması, müslümanların ve zimmîlerin orada İslâm’ın velayeti altında olması, kara/deniz parçasının İslâm bölgelerine sınır/komşu olması şartlarıyla dârü'l-İslâm kabul etmektedir. Ebû Yusûf (ö. 182/798), İmâm Muhammed (ö. 189/805) ve diğer bazı fakihler ise bir yerin dârü'l-İslâm veya dârü'l-harb sayılmasında temel faktörün orada İslâmî hükümlerin uygulanması veya uygulanmaması olduğunu savunmaktadırlar.⁵³ Dârü'l-İslâm’ın tanımlarındaki ortak iki nokta olan İslâm’ın otoritesinin varlığı ve İslâm’a ait ahkâmın uygulanmasının kendi

ve bu kitap rehberliğinde 1951 Cenevre Sözleşmesini ve 1967 Protokolünü esas alarak mülteciliğin tüm yönleriyle anlaşılır hale gelmesini amaçlamıştır.

⁴⁵ Türkiye’nin 1967 Protokolünü onaylaması, 1 Temmuz 1968 tarih ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu kararı 5 Ağustos 1968 tarih ve 12968 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Ayrıca, 25 Eylül 1968 tarih ve 6/10733 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, Protokol’ün Türkiye bakımından 31 Temmuz 1968 tarihinden itibaren geçerli olmasına karar verilmiştir. Türkiye Protokol’ü onaylarken, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmeye konulan coğrafi sınırlamanın geçerli olmaya devam edeceğini beyan etmiştir. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/115-multecilerin-hukuki-durumuna-dair-1967-tarihli-protokol/>. Erişim Tarihi: 25. 08. 2022.

⁴⁶ BM Enformasyon Merkezi UNIC, *Mültecilerin Hukuk Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü*, Ankara, 2000, s. 1.

⁴⁷ Özel, Ahmet. “Dârü'l-İslâm”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 8, 1993, s. 541.

⁴⁸ Kâsânî, Alâüddîn. *Bedâiü's-Sanâi'*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y., 1986, C. 7, s. 130; Aynî, Mahmûd b. Ahmed. *el-Binâye Şerhü'l-Hidâye*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2000, C. 7, s. 217.

⁴⁹ İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed. *el-Mukaddimâtü'l-Mümeħhidât*, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1988, C. 2, s. 153.

⁵⁰ Cüveynî, Abdülmelik b. Abdillâh. *Nihâyetü'l-Matlab fi Dirâyeti'l-Mezheb*, Dârü'l-Menâhic, y.y., 2007, C. 8, s. 531.

⁵¹ İbn Kayyim el-Cevziyye, Muhammed b. Ebîbekr. *Ahkâmu Ehli'z-Zimmet*, Dârü İbn Hazm, Beyrut, 2021, C. 1, s. 497.

⁵² Kâsânî, C. 7, s. 130.

⁵³ Ebû Zehra, Muhammed. *el-Cerîmetu ve'l-Ukûbetu fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dârü'l-Fikri'l-'Arabî, Kahire, 1998, s. 263.

İçinde taşıdığı ana gaye/maksadü'ş-şerîa, şüphesiz başta müslümanlar olmak üzere iltica kapsamına giren tüm insanlar için emanı sağlayarak insanlığın güven içinde yaşamasını temin etmektir. Hanefî hukukçusu Kâsânî'nin (ö. 587/1191), Ebu Hanîfe'ye nispet ettiği “dâr/yurt kelimesinin İslâm veya küfür kelimesine izafe edilmesindeki maksat, İslâm'ın kendisi veya küfrün kendisi değildir, asıl maksat emndir/güvendir veya havfdır/korkudur.”⁵⁴ sözünden de anlaşıldığı kadar dârü'l-islâm'ın İslâm hukukuna göre mülteciliğin ilk şartı olarak belirlenmesi İslâm'ın kendi içinde büyük bir emn/güven ve emniyet/güvenliği sağlama potansiyeli taşıdığını ortaya koymaktadır. Nitekim Kâsânî, atıfta bulunduğu sözü şöyle yorumlamaktadır: “Eğer bir yerde/yurtta müslümanlar için mutlak olarak emân/güven varsa ve (İslâm düşmanı) kafirler için de mutlak olarak havf/korku varsa orası dârü'l-islâm'dır. Eğer bir yerde (İslâm düşmanı) kafirler için mutlak olarak eman varsa ve müslümanlar için de mutlak olarak korku varsa orası da dâr'ı-küfrdür. Dolayısıyla (ilgili) hükümler, eman/güven veya havf/korku üzerine bina edilmiştir, İslâm veya küfür üzerine değil. Bu konuda güvenin ve korkunun esas alınması önceliklidir. Bir yer/yurt, emniyetini kaybetmesi ve dâr'ı-küfre sınır/bitişik olması şartlarıyla dârü'l-islâm vasfını kaybeder. Dârü'l-islâm'da mutlak olarak müslümanlar için var olan emniyet zimmî ve müste'men statüsündeki kafirler için de vardır.”⁵⁵ Sonuç itibariyle fakihlerin dârü'l-islâm/dârü'l-harb tespitinde iki görüş üzerinde kümelendiğini söylemek mümkündür: Birinci görüşe göre bir yerde uygulan hükümler/hukuk İslâmî ise orası dârü'l-islâm'dır, uygulanan hükümler/hukuk İslâmî değilse orası dârü'l-harb'tir. İkinci görüşe göre ise bir yerde müslümanlar güvendeler ise orası dârü'l-islâm'dır, güvende değilse orası dârü'l-harb'tir. Emniyeti/Güveni esas alan bu son görüşün sayıca çoğunluğu dikkate aldığı ve bunu yeterli kabul ettiği söylenebilir. Bu bakış açısına göre bir yerdeki sayısal çoğunluk müslüman ise -hukuku ve sistemi İslâmî değilse bile- orası dârü'l-islâm'dır.⁵⁶

2. Kişinin, İlticayı Gerektiren Herhangi Bir Sebep İçinde Bulunması

Bu şart, mülteci hukuku açısından hiçbir hukukun İslâm hukukunu geçemeyeceğinin ispatını oluşturmaktadır.⁵⁷ Zira İslâm hukukuna göre iltica talebinde bulunan kişinin yalnızca dârü'l-islâm topraklarında yaşama arzusu bile iltica için geçerli bir sebep kabul edilmektedir. Kur'an, bu hususu emân âyeti olarak bilinen Tevbe sûresinin 6. âyetinde çok etkileyici bir tarzda ortaya koymuştur. “Söz konusu âyet, sûrenin önceki âyetleriyle birlikte bir bütünlük içinde mütalaa edildiğinde sûrede yapılan bildirim İslâm tebliği bakımından bir dönemeç noktası oluşturduğunu haber vermekte, müslümanlar için en kutsal mekân olan Beytullah çevresinin müşriklere yasaklandığını ortaya koymaktadır. Bununla beraber ahde vefa ilkesinin İslâm'da önem arz eden konumundan dolayı antlaşması olanlara –antlaşmalarını çiğnemiş bile olsalar– belirli bir süre tanınmakta, bu süreden sonra hangi gruptan olursa olsun müşriklerin bu mekândan uzaklaştırılmaları istenmektedir. Âyetlerde anılan amaç doğrultusunda kapsamlı bir düzenleme

⁵⁴ Kâsânî, C. 7, s. 131.

⁵⁵ Kâsânî, C. 7, s. 131.

⁵⁶ Çağdaş âlimlerden Muhammed Ebû Zehra, dârü'l-islâm/dârü'l-harb belirlenmesinde sayısal çoğunluğu/nüfusu esas alan görüşü şöyle örneklendirmektedir: “Türkiye dârü'l-islâm'dır, sistemi İslâmî olmasa da!” Bkz. Ebû Zehra, s. 264.

⁵⁷ İslâm hukukuna göre bu şart diğer iki şartla birlikte ele alındığında, yani kişinin dârü'l-islâm sınırları içinde olması ve İslâm şeriatı/müslümanlar aleyhinde faaliyette bulunmaması söz konusu olduğunda mülteci olan kişinin, sığınmacı veya göçmen olması arasında fark yoktur. Zira Tevbe sûresi 6. âyeti, “Allah'ın kelâmını işitip dinleyinceye ona emân ver...” ifadesiyle âmm bir hüküm ortaya koymaktadır.

yapılmış olmasına rağmen, Rasûlullah'ın (s.a.s.) herkes için rahmet olduğu gerçeği ve İslâm'ın hoşgörü anlayışı böyle kesin tavır almayı gerektiren bir durumda dahi hemen dikkat çekmektedir; zira 6. âyette Hz. Peygamber'den (s.a.s.), verilen sürenin tamamlanmasından sonra bile olsa bir müşrik kendisinden himaye ve güvence isterse ona güvence verilmesi istenmiştir. Âyetten anlaşıldığına göre böyle bir güvence sağlanmasının amacı, yeterli bilgi sahibi olmayan putperestlerden isteyenlere Allah'ın dinini daha yakından tanıma ve üzerinde düşünme fırsatı vermektir. Ayrıca bu âyetten, verilecek güvencenin her türlü baskı ve kaygı ihtimalini ortadan kaldıracak biçimde olması gerektiği de anlaşılmaktadır. Çünkü âyete göre güvence verilen kişinin sadece Allah'ın sözüne muttali olması, yani İslâm dinini tanıması sağlanacak, asla baskı yapma yoluna gidilmeyecektir. Şayet bu imkân sağlandıktan sonra o kişi kendi tercihiyle baş başa kalmak istiyorsa sadece serbest bırakılmakla yetinilmeyecek, güvende olacağı yere kadar ulaştırılması da sağlanacaktır. İslâm âlimleri bu âyetten, müslümanların, –kendilerine savaş açtıkları bir topluluğun üyesi bile olsa– Allah'ın birliği ve Hz. Muhammed'in (s.a.s.) peygamberliği konusunda delil gösterilmesini isteyen bir gayri müslime bunu açıklamakla ve Allah'ın dinini öğrenmek isteyenlere bu hizmeti vermekle yükümlü oldukları sonucunu çıkarmışlardır. Yine bu âyetin yanı sıra, Rasûlullah'ın (s.a.s.) söz ve uygulamalarından ister İslâm dinini yakından tanıma amacıyla isterse ticarî, turistik veya diplomatik bir amaçla İslâm ülkesine güvence alarak girmiş kimseye/müste'min'e verilen teminat hükümlerine titizlikle riayet edilmesinin farz olduğu hükmüne ulaşılmıştır.⁵⁸ İbn Abbâs'ın (r.a.) rivayet ettiğine göre müşriklerden birisi Hz. Alî'ye (r.a.), “emân antlaşması gereği bize verilen süre bittikten sonra bile Allah'ın kelamını işitmek veya başka bir ihtiyaç için Rasûl'e gelsek öldürülür müyüz acaba?” diye sormuş, Hz. Alî de “Hayır, öldürülmezsiniz.” diyerek Tevbe sûresinin 6. âyetini okumuştur.⁵⁹

3. Kişinin, İslâm Şeriatının ve Müslümanların Aleyhinde Faaliyetlerde Bulunmaması

İslâm hukukuna göre dârü'l-islâm sınırları içinde başta can güvenliği olmak üzere birçok hakkın kendilerine tanınarak özgür bir yaşam alanına kavuşan hem zimmîler hem de müste'menler İslâm'a veya müslümanlara zarar verecek faaliyetler içine girmeleri durumunda zimmet/emân antlaşmaları İslâm devleti tarafından feshedilir. “Zimmet antlaşması zimmîler açısından bağlayıcı (lâzım) değildir; dolayısıyla istedikleri zaman antlaşmayı bozup ülkeyi terk etme hakkına sahiptirler. Buna karşılık müslümanlar açısından bağlayıcı olduğundan zimmet antlaşması devletin tek taraflı iradesiyle feshedilemez. Zira ahde vefa İslâm'ın en temel ilkelerinden biridir. Antlaşma ancak, zimmînin kendi isteğiyle bunu bozması veya antlaşma şartlarını çiğnemesi ya da ihaneti sebebiyle feshedilebilir. Zimmînin müslümanlığı kabulü ise zimmet antlaşmasını kendiliğinden sonlandırır.”⁶⁰ Zimmînin dârü'l-harb'e kaçma, isyan edip devlete savaş açma ve dârü'l-islâm'ın bir kısmını işgal etme gibi fiillerinin zimmet akdini bozacağında fakîhler görüş birliği içinde olmakla beraber Hanefilerin dışındaki diğer fıkıh mezheplerine göre zimmînin cizye vermekten kaçınması, İslâm'a veya Kur'an'a hakaret etmesi, Hz. Peygamber'i (s.a.s.) kötölemesi, müslümanlara eziyet etmesi gibi fiilleri de zimmet akdini bozar. Hanefî mezhebine göre ise bu tür

⁵⁸ Karaman, Hayreddin/Çağrı, Mustafa/Dönmez, İbrahim Kâfi/Gümüş, Sadrettin. *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2014, s. 186; Ayrıca bkz. Reşid Rıza, Muhammed. *Tefsîrü'l-Menâr*, el-Hey'etü'l-Mısriyye, 1990, C. 10, s. 162.

⁵⁹ Hererî, Muhammed Emîn. *er-Ravhu ve'r-Reyhân*, Dâru Tavki'n-Necât, Beyrut, 2001, C. 11, s. 135.

⁶⁰ Yaman, Ahmet. “Zimmî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 44, 2013, s. 434.

fiileri irtikab eden zimmînin fiilleri onun küfründen daha aşağı derecedeki bir günahkarlıktır, dolayısıyla bu türden edepsiz fiilleri işleyen zimmînin zimmet akdi bozulmaz, akdi de küfrü gibi baki/yerinde kalır, ancak hukuka aykırı bu tür fiilleri şer'î ilgili kurallara göre cezalandırılır.⁶¹ İslâm devletine veya müslümanlara zarar verme, ihanet etme, kâfirler lehine casusluk yapma gibi akdi bozan tüm faaliyetler iltica hakkına sahip zimmîlerin ve müste'menlerin aleyhinde birtakım sonuçları beraberinde getirir. "Kendi eylem ve ihlali yüzünden zimmet sözleşmesi bozulduğu için zimmî niteliğini kaybeden gayr-ı müslim, Hanefiler'e göre mürted hükümlerine tâbidir. Ülkeyi terk etmesi halinde ölü kabul edilir, buna bağlı olarak da ülkede kalan karısıyla evlilik bağı sona erer, malı mirasçılara taksim edilir, pişman olup dönmesi durumunda ise zimmet antlaşması devam ettirilir. Sözleşmeyi bozan sebeplerin niteliğine ve ağırlığına bağlı şekilde aralarında bazı görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte diğer mezhepler zimmî kimliğini kaybeden gayr-ı müslim hakkında devletin öldürme, köleleştirme, müslüman esirlere karşılık fidye olarak verme yahut serbest bırakma seçeneklerinden birini tercih edebileceği hükmünü benimsemiştir. Sözleşmesini bozan zimmînin bu davranışı fakîhlerin çoğunluğuna göre eşine, çocuklarına, yakınlarına ve kendi toplumuna herhangi bir zarar vermez. Bunların zimmet akdi devam eder."⁶²

B. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne Göre Göre Mülteciliğin Şartları

1951 Cenevre Sözleşmesinde ilticanın tanımı yapılırken, "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda..." ve "1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar..." şeklinde ifade edilerek dikkate alınan, ancak 1967 Protokolünde kaldırılan zamansal ve mekânsal kayıtlar hariç tutulacak olursa hem 1951 Cenevre Sözleşmesinin hem de 1967 Protokolünün ittifakla (ilk iki madde hariç) kabul ettiği mülteci sayılmanın şartlarını sekiz maddede ortaya koymak mümkündür. Ayrıca BMMYK'nın, "mülteci statüsünün belirlenmesinde uygulanacak ölçütler ve usuller hakkında elkitabı" adıyla hazırladığı kitapçıkta ilticanın şartları genişçe açıklanmış ve yorumlanmıştır.

1. İlticanın 1 Ocak 1951 Öncesi Meydana Gelmiş Olaylar Sonucunda Meydana Gelmesi

1967 Protokolü, "mülteci" terimini sözleşmenin 1. maddesinin A 2 kısmında mevcut "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ..." ve "söz konusu olaylar sonucunda" ifadeleri metinden çıkarılmış addedilerek sözleşmenin 1. maddesinde yer alan tanıma giren her şahıs anlamına gelecek şekilde belirlemiştir.⁶³ BMMYK'ya göre "1967 Protokolünün kabulünden beri bu tarihsel sınırın uygulama alanı önemli ölçüde daralmıştır. Yani "olaylar" sözcüğü, yalnızca 1951 sözleşmesine taraf olup da 1967 Protokolüne imza koymamış olan az sayıdaki devletlerin durumunu açıklama amacını taşımaktadır. Yine BMMYK'ya göre "Olaylar" sözcüğü 1951 Sözleşmesinde tanımlanmamış olmakla birlikte, ülke topraklarındaki ya da köklü siyasi

⁶¹ Bkz. Merğînânî, Alî b. Ebîbekr. *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mübeddî*, Dâru İhyâi't-Turâsî'l-Arabî, Beyrut, 1431, C. 2. s. 405; Haraşî, Muhammed. *Şerhu'l-Haraşî 'alâ Muhtasari'l-Halîl*, el-Matbaatü'l-Kübrâ, Mısır, 1317, C. 3. s. 149; Şirbînî, Hatîb. *Müğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, y.y., 1994, C. 6, s. 83; Behûtî, Mansûr b. Yûnus. *Keşşâfü'l-Kına' 'ani'l-İknâ'*, Vizâretü'l-'Adl, Suudi Arabistan, 2008, C. 7, s. 205; Yaman, "Zimmî", s. 434-438.

⁶² Yaman, "Zimmî", s. 435.

⁶³ BM Enformasyon Merkezi UNIC, s. 1.

değişikliklerle, daha önceki değişiklikler neticesinde sistemli zulüm uygulamalarına neden olan “çok önemli olaylar” olarak anlaşılır. Tarih sınırlaması ise ilgilinin mülteci durumuna düştüğü ya da ülkesini terk ettiği tarihi değil, kişinin mülteci olmasına sebep olan olayların gerçekleştiği tarihi ifade eder. Taşındığı haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu bu tarihten önce meydana gelmiş olaylara ya da bu olayların daha sonraki bir tarihte ortaya çıkacak sonuçlarıyla bağlantılı olduğu sürece mülteci bu sınır tarihten önce veya sonra ülkesini terk etmiş olabilir.”⁶⁴

2. İlticanın, Coğrafi Bir Sınırla Belirlenmesi

1951 Cenevre Sözleşmesi, taraf devletlere sözleşme yükümlülüklerini özellikle sadece Avrupa'da meydana gelen olaylar sonucu mülteci durumuna düşen kişilerle sınırlandırma olanağı vermiştir. Bu anlayışa uygun olarak, 1951 sözleşmesinin 1B maddesi şu hükmü öngörmüştür: “İşbu sözleşme bakımından 1. maddenin A bölümündeki “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar” ibaresi, “1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar” veya “1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar” anlamında anlaşılacak ve her taraf devlet bu sözleşmeyi imzaladığı, onayladığı ya da ona katıldığı sırada bu sözleşme uyarınca taahhüt ettiği yükümlülükler bakımından bu ibarenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacaktır.”⁶⁵ Ancak 1967 Protokolü, taraf devletlerin sözleşmeyi hiçbir coğrafi sınırlama olmaksızın uygulayacaklarını kararlaştırarak söz konusu mekânsal kısıtlamayı ortadan kaldırmıştır.⁶⁶

3. Kişinin; Irkı, Dini, Tâbiyeti, Belirli Bir Toplumsal Gruba Mensubiyeti ya da Siyasi Düşünceleri Nedeniyle Takibata/Zulme Uğrayacağından Korkması

Buna göre mülteci sayılabilmek için kişinin, yukarıda belirtilen nedenlerden birinden kaynaklanan haklı nedenlere dayalı zulüm korkusu taşıması gerekir. BMMYK'ya göre ırk ayrımcılığı zulmün varlığını belirlemede önemli bir unsur oluşturur. 1951 Sözleşmesi kapsamında ırka dayalı ayrımcılık çoğu kez zulüm teşkil eder. Bu durum, ırk ayrımcılığı sonucu kişinin insanlık onuru en temel ve vazgeçilmez insan hakları ile bağdaşmayan ölçülerde zarar görürse veya ırk ayırımından kaynaklanan engellerin görmezlikten gelinmesi ağır sonuçlar doğurursa oluşur. Belirli bir ırksal gruptan olmak, genellikle bir mülteci statüsü talebinin haklılığı için tek başına yeterli sayılmaz. Ancak grubu etkileyen belirli koşullar sebebiyle bu gruba mensubiyetin zulüm korkusuna temel oluşturmaya yeterli olacağı durumlar olabilir. BMMYK, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesine dayanarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkını kabul eder. Ona göre bu hak, kişinin dinini ya da inancını değiştirmesi ve bunu özel yaşamında ya da toplum içinde açığa vurması, öğretmesi, uygulaması özgürlüğünü de içerir. “Dinsel nedenlerle” zulüm; örneğin, belirli bir dinsel topluluğa mensubiyetin, tek başına ya da toplum içinde ibadetin, dinini öğrenme ya da öğretmenin yasaklanması veya kişilere dinsel vecibelerini yerine getirdikleri ya da belirli bir dinsel topluluğa mensup oldukları için ciddi ayrımcı önlemler uygulanması gibi çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. BMMYK'ya göre “tabiiyet” terimi sadece “vatandaşlık” olarak anlaşılmamalıdır. Tanımda geçen tabiiyet terimi ayrıca belli bir etnik gruba ya da dil grubuna mensubiyet anlamına

⁶⁴ BMMYK, s. 11-12.

⁶⁵ BMMYK, s. 23.

⁶⁶ BM Enformasyon Merkezi UNIC, s. 1.

da gelebileceği gibi, zaman zaman da “ırk” terimiyle de üst üste binebilir. Tabiiyete dayalı zulüm, belirli bir milli (etnik, dil) azınlığa yöneltilen olumsuz davranış ve uygulamalardan oluşabilir ve belirli koşullarda böyle bir azınlık grubundan olmak, tek başına, haklı nedenlere dayalı zulüm korkusuna zemin hazırlayabilir. “Belirli bir toplumsal grup” ise normalde benzer geçmişe, alışkanlıklara ya da toplumsal statüye sahip kişilerden oluşur. Belirli bir toplumsal gruba mensuba dayalı zulüm korkusu iddiası ile ırk, din ya da tabiiyete dayalı zulüm korkusu iddiaları çoğu kez çakışabilir. Toplumsal gruba hükümete sadakati konusunda güven duyulmadığından, toplumsal grubun üyelerinin siyasi bakış açıları, siyasi geçmişleri, iktisadi etkinlikleri, hatta toplumsal grubun sadece varlığı, hükümet politikalarına engel teşkil ettiğinden böylesi bir toplumsal gruba mensup olmak zulmün nedenini oluşturabilir. Yine BMMYK’ya göre hükümetten farklı siyasi düşüncelere sahip olmak, tek başına mülteci statüsü talebi için yeterli neden sayılmaz ve başvuru sahibinin bu tür düşünceler taşıması yüzünden zulme uğramaktan korktuğunu göstermesi gerekir. Bu, başvuru sahibinin, hükümet politikalarını ve yöntemlerini eleştiren, otoritelerce hoş görülme-yen düşüncelerinin bulunmasını gerektirir. Yine başvuru sahibinin bu düşüncelerinden, otoritelerin haberdar olması veya bu tür düşüncelerin başvuru sahibine otoritelerce atfedilmiş olması gerekir. Dolayısıyla ilgilinin davranışlarının kaynağı olan siyasi görüşlerinin belirlenmesi ve bu görüşlerle korktuğunu öne sürdüğü zulüm arasında bağ kurulması zorunludur.⁶⁷

4. Kişinin, Haklı Nedenlere Dayanan Zulüm Korkusu Yaşamayı

BMMYK’ya göre “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” ibaresinde geçen “korku” unsuruna eklenen “haklı nedenlere dayanma” koşulu, mülteci statüsünün belirlenmesinde yalnız kişinin ruh halinin dikkate alınmasıyla yetinilmeyip, aynı zamanda bu ruh halinin nesnel bir durumla desteklenmesi gerektiğini gösterir. Bu itibarla, “haklı nedene dayanan korku/well founded fear” terimi öznel ve nesnel unsurlar içermekte olup “haklı nedenlere dayanan korku”nun varlığında bu her iki unsurun da dikkate alınması gerekir. Kişinin macera peşinde koşmadığı ya da sadece dünyayı gezme hevesine kapılmadığı takdirde, zorlayıcı bir neden olmadıkça ülkesini ve evini terk etmeyeceğini varsaymak yanlış değildir. Zorlayıcı nedenler arasında akla uygun pek çok neden bulunabilir, ancak, bunlar arasında yalnızca bir tek neden mülteçiliği nitelendirir: “Haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu”. Bu ifade, belirtilen sebepler itibariyle spesifik bir neden öne sürerek diğer kaçış nedenlerini tanım ile bağlantısız kılmaktadır. Örneğin, kıtlık ya da doğal afet mağduru olan kimselere, sayılan nedenlerden biri sebebiyle haklı nedenlere dayanan bir korku da duymadıkları sürece, mülteci statüsü tanımayacaktır. “BMMYK’ya göre 1951 Sözleşmesinin 33. maddesinden, “ırk, din, tabiiyet, siyasi düşünceler ya da belli bir sosyal gruba mensubiyet nedeniyle yaşam ve özgürlüğünün tehdit altına bulunması halinin her zaman zulüm oluşturacağı” anlamı çıkarılabilir. Aynı nedenlerle, insan haklarının ağır biçimde ihlali de zulüm olarak kabul edilir. Yine BMMYK’ya göre zulmü, adi suçun cezalandırılmasından ayırmak gerekir. Cezai kovuşturmadan ya da işledikleri adi bir suçtan dolayı cezalandırılmadan kaçan kişiler genellikle mülteci sayılmazlar. Mültecinin adalet kaçağı değil, adaletsizliğin mağduru – ya da potansiyel mağduru- olduğu unutulmamalıdır, ancak, yukarıdaki ayrımın zaman zaman birbirine karıştığı da olur. Birinci olarak, adi suçtan hüküm giymiş bir kişinin aşırı bir cezaya çarptırılmış olması ve

⁶⁷ BMMYK, s. 17-20; Ayrıca bu konuda örneklere dayalı geniş bilgi için bkz. Ekşi, Nuray. “1951 Cenevre Konvansiyonu’ndan Günümüze Mülteci Tanımı”, *İnsan Hakları Perspektifinden Mülteçilik*, haz. Ümmühan Özkan vd., Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, Ankara, 2017, s. 45-48.

bunun da tanımında verilen anlamda zulüm teşkil etmesi mümkündür. İkinci olarak, işlediği adı suçtan dolayı adli kovuşturma ve cezadan korkan kişilerin aynı zamanda “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” taşıması da mümkündür. Böyle durumlarda bu kimse mülteci değildir. Bununla birlikte, söz konusu suçun, başvuru sahibini mülteci statüsünün haricinde tutulmaya ilişkin hükümler kapsamına dahil edecek ağır suçlardan olup olmadığı belirlenmesi gerekebilir. Ayrıca adli kovuşturmanın zulüm boyutlarına varıp varmadığının saptanmasında, söz konusu ülkenin yasalarının evrensel insan hakları standartlarına uygun olup olmadığı bilinmesi de önemlidir. Göçmeni, “mülteci tanımında belirtilenlerin dışındaki nedenlerle başka bir ülkede yerleşmek üzere kendi rızasıyla ülkesini terk eden kimsedir.” şeklinde tanımlayan BMMYK, sadece, ekonomik sebeplerle hareket eden kişiyi, mülteci değil, ekonomik göçmen olarak kabul etmektedir. Zira değişiklik veya macera isteği, ailevi ya da kişisel nedenler kişiyi ülkesini terke itmiş olabilir. Ancak BMMYK, ekonomik göçmenlerle mültecilerin ayırt edilmesinin güçlük arz etmesinden dolayı şu yoruma gitmiştir: Kişinin geçimini etkileyen ekonomik düzenlemelerin altında belirli gruplara yönelik ırksal, dinsel veya siyasi amaçların yatması mümkündür. Ekonomik düzenlemelerin toplumun belirli bir kesiminin ekonomik yaşantısını tahrip etmesi halinde, (örneğin; belirli bir etnik veya dinsel grubun elinden ticari haklarının alınması veya bu gruba ayrımcı ya da aşırı vergiler uygulanması gibi) bu politikanın mağdurları ülkelerini terk ettiklerinde mülteci olabilirler. Son olarak BMMYK, zulmün normalde, bir ülkenin yetkili makamları tarafından gerçekleştirilen bir eylem ile ilgili olmakla birlikte, ülke yasalarıyla konulan standartlara aykırı davranan nüfus kesimlerinden de kaynaklanabileceğini kabul etmektedir. BMMYK'ya göre bu duruma örnek, laik bir ülkede, komşularının dinsel inançlarına saygı göstermeyen büyük nüfus kitlelerince, zulme varan dinsel hoşgörüsüzlük halidir. Bu tür nüfus kesimlerince girilen ciddi düzeydeki ayrımcı ve saldırgan eylemlerin, yetkili makamlarca hoşgörü ile karşılanması veya bu makamların etkin koruma sağlamayı reddetmesi veya etkin koruma sağlayamaması halinde bu ayrımcı ve saldırgan eylemlerin zulüm oluşturduğunu öne sürmek mümkündür.”⁶⁸

5. Kişinin, Tâbiyetini Taşdığı Ülkenin Dışında Bulunması/Yabancı Olması

BMMYK, “tâbiyet” ifadesiyle belli bir ülke vatandaşlığını kastetmektedir. “Ona göre “tabiiyetini taşıdığı ülke dışında bulunma” ifadesi, vatansızların aksine, bir tabiiyeti olan kimseleri ifade eder. Çoğu durumda, mülteciler asıl ülkelerinin tabiiyetini taşımaktadırlar. Mülteci statüsü talebinde aranan genel koşullardan biri de bir başvuru sahibinin tabiiyetini taşıdığı ülkenin dışında bulunmasıdır. Bu kuralın istisnası yoktur. Kişi asıl ülkesinin topraklarında bulunduğu sürece uluslararası korumadan yararlanamaz. Şu hâlde bir başvuranın tabiiyetini taşıdığı ülkede zulme uğramaktan korktuğunu öne sürmesi halinde, öncelikle bu kişinin gerçekten söz konusu ülkenin vatandaşı olup olmadığı saptanmalıdır. Vatandaşlığın kesin olarak saptanamadığı durumlarda, mülteci statüsü, vatansız kişilere uygulanan usullere göre tayin edilir ve vatandaşlığını taşıdığı ülke yerine kişinin önceki daimî ikametinin bulunduğu ülke dikkate alınır. Dolayısıyla başvuranın haklı nedenlere dayalı zulüm korkusu, tabiiyetini taşıdığı ülkesi ile bağlantılı olmalıdır. Tabiiyetini taşıdığı ülke yönünden hiçbir korku duymadığı sürece ilgilinin bu ülkenin korumasından yararlanması mümkündür. Bu durumda uluslararası korumaya ihtiyacı yoktur ve kendisi de

⁶⁸ BMMYK, s. 12-15.

mülteci değildir. Ancak zulme uğrama korkusu her zaman, mültecinin tabiiyetini taşıdığı ülkenin tümünü kapsamayabilir. Etnik çatışmalarda ya da iç savaşa varan ciddi çalkantılarda belirli bir etnik ya da ulusal gruba uygulanan zulüm, ülkenin sadece bir kısmında ortaya çıkabilir. Böyle durumlarda, eğer zulme uğrayan kişi, ülkesinin başka bir bölgesine kaçarak sığınabileceği halde bunu yapmasının beklenmesi mantıklı değilse, mülteci statüsü haricinde tutulmayacaktır. BMMYK'a göre kişinin mülteci statüsüne hak kazanması için ülkesi dışında bulunması koşulu, ülkesini mutlaka yasa dışı yollardan terk etmiş olması ya da haklı nedenlerle zulüm korkusuyla yurt dışına çıkması gerektiği anlamına gelmez. Kişi, ülkesinden ayrıldıktan ve yurt dışında halihazırda belli bir süre kaldıktan sonra da mülteci statüsü talebinde bulunabilir. Ülkesini terk ettiği sırada mülteci olmayan, fakat daha sonra yurt dışındayken bu statüye hak kazanan kimseye “yerinde mülteci” denir. Kişiler yerinde mülteci statüsünü, yokluklarında menşe ülkelerinde meydana gelen koşullar sebebiyle kazanırlar. Yurtdışında ikametleri sırasında mülteci statüsü tanınması talebinde bulunan diplomatlara, savaş tutsaklarına, öğrencilere, göçmen işçilere ve diğerlerine bu statü tanınmıştır. Kişinin yerinde mülteci olması, diğer mültecilerle iş birliğinde bulunması ya da ikamet ettiği ülkede siyasi düşüncelerini açıklaması gibi kendi eylemlerinin sonucunda gerçekleşebilir. Bu eylemlerinin, haklı nedenlere dayanan bir zulüm korkusu için yeterli gerekçe oluşturup oluşturmadığı titiz bir inceleme ile saptanmalıdır. Özellikle dikkat edilmesi gereken nokta, başvuru sahibinin eylemlerinin, menşe ülkesinin otoritelerince bilinip bilinmediği ve biliniyorsa nasıl karşılanabileceğidir.”⁶⁹

6. Kişinin, Vatandaşı Olduğu Ülkenin Korumasından Yararlanamaması Ya da Böyle Bir Korku Nedeniyle Bu Korumadan Yararlanmak İstememesi

BMMYK'ya göre “söz konusu korumadan yararlanılamaması, ilgili kişinin iradesi dışında koşullar olduğunu ima eder. Örneğin savaş, iç savaş veya benzeri ciddi çalkantılar, vatandaş olunan ülkenin koruma sağlamasını engelleyebilir veya bu korumayı etkisiz kılabilir. Ayrıca, vatandaş olunan ülke, kişiyi özellikle korumadan yoksun bırakmış da olabilir. Korumanın reddi başvuru sahibinin zulüm korkusu iddiasını doğrulayabileceği veya güçlendirebileceği gibi, başlı başına bir zulüm unsuru da olabilir. Korumanın reddini neyin oluşturduğu, başvurunun kendi koşulları içinde değerlendirilerek belirlenmelidir. Başvuru sahibinin, normalde her yurttaşa sağlanan hizmetlerden yoksun kılınması (örneğin bir ulusal pasaport verilmemesi ya da pasaport süresinin uzatılmaması ya da kişinin ülkeye girişine izin verilmemesi gibi), bu kimsenin tanım çerçevesinde korumadan mahrum bırakıldığı anlamına gelebilir. “Yararlanmak istemeyen” ifadesiyle, tabiiyetini taşıdıkları ülkenin hükümetinin korumasını kabul etmeyen mülteciler kastedilmektedir. Bu ifade, “böyle bir korkuya dayanarak” ibaresi ile tanımlanır. Tabiiyeti taşınan ülke koruma sağladığı ve bunu reddetmek için haklı nedenlere dayanan bir korkuya dayalı herhangi bir neden bulunmadığı sürece, ilgili kimsenin uluslararası korumaya ihtiyacı olmaz ve kişi mülteci sayılmaz.”⁷⁰

⁶⁹ BMMYK, s. 20-21.

⁷⁰ BMMYK, s. 21-22.

7. Kişinin, Herhangi Bir Tâbiyeti Yoksa, Bu Tür Olaylar Sonucunda Önceki Olağan İkamet Ülkesine Geri Dönmemesi Ya a Söz Konusu Korku Nedeniyle Dönmek İstememesi

Genel tanımda yer alan bu ifadeler, vatansızları konu edinmektedir. Vatansız mültecilerin önceki olağan ikamet ülkesinin himayesinden yararlanması doğal olarak söz konusu değildir. Buna ek olarak, vatansız bir kişinin tanımda belirtilen nedenlerle, ikametgâh ülkesini terk etmesi halinde bu ülkeye dönmesi genellikle mümkün değildir. Bütün vatansız kişiler mülteci değildir. Bu kişilerin mülteci sayılabilmeleri için, mülteci tanımında öngörülen nedenlerle önceki olağan ikamet ülkelerinin dışında bulunmaları gerekir. Bu nedenlerin bulunmadığı hallerde vatansız kişi mülteci değildir. Söz konusu nedenler, korku duyulduğu öne sürülen “önceki olağan ikamet ülkesi” açısından incelenmelidir. Önceki olağan ikamet ülkesi kavramı, 1951 Sözleşmesini kaleme alanlarca “Kişinin daha önce ikamet ettiği ve zulme maruz kaldığı veya döndüğünde zulme maruz kalabileceğinden korktuğu ülke” şeklinde tanımlanmıştır.⁷¹

8. Kişinin Çifte veya Çoklu Vatandaşlık Almış Olması

1951 Cenevre Sözleşmesi, madde 1, A (2) bendinde bu durum şöyle ifade etmektedir: “Birden fazla tabiiyeti olan bir kimse hakkındaki “vatandaşı olduğu ülke” deyimini, tabiiyetini taşıdığı ülkelerden her birini kasteder. Haklı nedenlere dayanan bir korkuya dayalı geçerli bir neden olmaksızın vatandaşı olduğu ülkelerden birinin korumasından yararlanamayan kimse, vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yoksun sayılmaz.” BMMYK’ya göre “bu hüküm, birden çok vatandaşlık taşıyan kişilerden vatandaşlığını taşıdığı ülkelerden en az birinin korumasından yararlanma olanağı bulunanları mülteci statüsü dışında bırakmak amacıyla öngörülmüştür. Ulusal koruma, her zaman uluslararası himayeden önce gelir. Ancak, birden çok vatandaşlık taşıyan kişilerin başvuruları incelenirken, hukuki bakımdan bir ülke vatandaşlığına sahip olmakla bu ülkede korumanın mevcut olup olmadığı arasındaki ayrıma dikkat edilmelidir. Başvuru sahibinin, korku duymadığı bir ülkenin vatandaşlığını taşıdığı, fakat söz konusu vatandaşlığın bu kimseye bu ülkenin korumasından diğer vatandaşlar gibi yararlanma olanağı vermediği için etkisiz görülebileceği durumlara rastlanabilir. Böyle durumlarda, ikinci bir vatandaşlığa sahip olunması, mülteci statüsü ile çelişmeyecektir. Kural olarak, belirli bir vatandaşlığın koruma açısından yetersiz olduğunun saptanabilmesi için koruma talebinin yapılmış ve geri çevrilmiş olması gerekir. Koruma açıkça reddedilmemişse de makul bir süre zarfında koruma talebine cevap verilmemesi de koruma talebinin reddedildiği anlamına gelebilir.”⁷²

III. Mültecilerin Hakları ve Görevleri

A. İslâm Hukukuna Göre Mültecilerin Hakları ve Görevleri

Kur’an’ın şu âyeti mülteciler konusunda müslümanlara büyük bir mesuliyet/görev yüklemektedir: “*Size ne oldu da Allah yolunda ve ‘Rabbimiz, bizi halkı zalim olan bu şehirden çıkar, bize tarafından bir sahip gönder, bize katından bir yardımcı yolla!’ diyen çaresiz erkekler, kadınlar ve çocuklar uğrunda savaşıyorsunuz?*”⁷³ Hanefî hukukçusu Serahsî’nin (ö. 483/1090)

⁷¹ BMMYK, s. 22.

⁷² BMMYK, s. 22-23.

⁷³ Nisâ 4/75.

şu tespiti mültecilerle ilgili İslâm hukukunun sahip olduğu genel hukukî eğilimi ortaya koymaktadır: “Bu konuda asıl olan şudur ki müslümanların devlet başkanının müste'menlere (yabancılara/mültecilere) -ülkemizde kaldıkları sürece- yardım etmesi ve onları, kendilerine zulmeden kimselere karşı koruması vaciptir. Ehl'i-zimme'yi (zimmîleri) korumasının kendisine vacip olduğu gibi! Çünkü müste'men(yabancı/mülteci), dârü'l-İslâm'da kaldığı sürece ehl-i-zimme mesabesinde.”⁷⁴ Fakîhler tarafından Hz. Alî'ye (r.a.) nispet edilen şu ifade ise ehl'i-zimme'nin konumunu belirleme açısından dikkat çekicidir: “Onlar zimmet akdini, malları bizim mallarımız, kanları da bizim kanlarımız gibi olsun diye kabul etmişlerdir.”⁷⁵ Tüm bu deliller, “kişiliğe bağlı haklar bakımından müslümanlarla mülteciler arasında önemli sayılabilecek ayrılıkların olmadığını göstermektedir. Bunun yanında İmâm Evzâ'î (ö. 157/774) ile İmâm Şâfiî'nin (ö. 204/820) kanaatlerine göre⁷⁶ ilticanın bir adım ötesinde, eğer cizye mükellefi olabilecek kimselerden ise gerektiğinde mültecinin vatandaşlığa (zimmî olmasının) kabulünün bile mümkün olduğu anlaşılmaktadır.”⁷⁷ Zira “İnsanlar arasındaki ırk, renk ve dil gibi ârîzî ayırımları tanışma ve kaynaşma için birer vesile kabul eden İslâm, gerek davetinin evrensel olması gerekse dinde zorlamayı kabul etmemesi bakımından müslümanlarla gayri müslimlerin bir arada yaşadığı bir dünya tasavvurunu esas almıştır. Bundan dolayı, İslâm inancını benimsemeyenler hem vatandaş (zimmî) hem yabancı (müste'men) sıfatıyla inanç hürriyetine, can ve mal güvenliğine sahip olarak İslâm toplumlarında yaşama imkânına kavuşmuştur. Bunlardan zimmîlerin İslâm devletiyle siyasî ve hukukî bir bağları olmasına karşılık müste'menler sadece devletin hukukî himayesi altında İslâm ülkelerinde geçici bir süre ikamet hakkına sahip olmuştur. İslâm'da yabancılara tanınan hakların kaynağı, milletlerarası hukuk ve mütakabiliyet prensibi olmayıp onların insan olma vasfı ve İslâm devletinin himayesine girmiş olmalarıdır. Bu sebeple başka devletlerin müslümanlara karşı tavrı farklı da olsa İslâm devleti müste'menlere bu hakları tanır. İslâm'da başlangıçtan itibaren yabancılarla ilişkiler hukuka dayandırılmış, yabancılara İslâm ülkelerine girişi hiçbir zaman yasaklanmadığı gibi bütün temel haklardan faydalanmalarına da imkân tanınmıştır.”⁷⁸ İslâm hukukuna göre iltica kapsamında zimmîlerin ve müste'menlerin sahip olduğu hakları ve yerine getirmekle yükümlü oldukları görevleri ana hatlarıyla şu şekilde tasnif etmek mümkündür:

1. Zimmîlerin Hakları

İslâm hukukunda “kamu yönetimi ve inançla ilgili istisnalar dışında genel kural, zimmîlerin müslümanlarla aynı hak ve sorumluluklara sahip olmasıdır. Bu kural Hz. Peygamber'in (s.a.s.), “Eğer İslâm egemenliğini tanıyıp vatandaşlığı kabul ederlerse onlara bildir ki müslümanların lehine olan haklar onların da lehine, müslümanlar için var olan yükümlülükler onlar için de var olacaktır”⁷⁹ gibi sözleri başta olmak üzere Yahudi, Hıristiyan ve Mecûsiler'le bizzat yaptığı pek çok zimmet antlaşmasındaki yazılı hükümlere dayanmaktadır. Hicretin hemen

⁷⁴ Serahsî, Muhammed b. Ahmed. *Şerhü's-Siyerü'l-Kebîr*, eş-Şerîketü's-Şarkıyye, y.y., 1971, s. 1853.

⁷⁵ Kâsânî, C. 7, s. 111: وماؤهم كدماننا، وإنما قبلوا عقد الذمة؛ لتكون أموالهم كأموالنا، ودماءهم كدماننا

⁷⁶ Şâfiî, Muhammed b. İdrîs. *el-Ümm*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1990, C. 4, s. 181-182.

⁷⁷ Yaman, Ahmet. *İslâm Geleneğine Göre Mülteci ile Birlikte Yaşamak*, Konya İl Müftülüğü Kültür Yayınları, Konya, 2015, s. 134.

⁷⁸ Özel, Ahmet. “Müste'men”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 32, 2006, s. 141.

⁷⁹ Şâfiî, Muhammed b. İdrîs. *el-Müsned*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1400, s. 169.

ardından Medineli Yahudilerle yapılan sözleşme de bu açıdan önemli bir örnektir.”⁸⁰ Yine “Hz. Peygamber (s.a.s.), zimmîye haksızlık yapan, gücünün üstünde malî sorumluluk yükleyen ve rızası dışında ondan bir şeyler alan kimsenin karşısına hesap gününde bizzat kendisinin çıkacağını ifade etmiş, bir zimmîyi öldüren kimsenin kırk yıllık mesafeden duyulan cennet kokusunu alamayacağını belirtmiştir.”⁸¹ Dolayısıyla “tüm bu yönlendirmeleri esas alan müslüman hukukçular, “Onlar da tıpkı müslümanlar gibi hak ve yükümlülüklerle sahiptir” genel kuralı çerçevesinde gayr-ı müslimlerin inançlarıyla baş başa bırakılmaları gerektiğini vurgulamışlardır.”⁸²

1. 1. Din ve Vicdan Hürriyeti

Din seçiminde tüm insanlar için özgürlüğü esas alan bir kimliğe sahip İslâm, dinde zorlamayı reddeder. İslam'ın insanları kendisine inanmaya davet etmesi, insanları İslam'a zorlamak anlamına gelmez. Birinci durum (tebliğ) İslam'da makbul kabul edilirken ikinci durum (ikrah) merdud kabul edilmiştir. Dârü'l-İslam sınırları içinde yaşayan zimmîlerin din ve vicdan hürriyeti de ifade ettiğimiz bu çerçevenin bir parçasıdır. Yani zimmîlerin inandıkları dinle baş başa bırakılması şer'î bir kaide olarak İslam hukukunda yerini almıştır.⁸³ Ayrıca “her ne kadar fıkıh geleneğinde, savaşla alınmış yerlerde fetihten önce yapılmış ve halen ayakta olan gayr-ı müslim mâbedlerine dokunulmayacağı, ancak yenilerinin yapılmasına da izin verilmeyeceği hükmü bulunmakla birlikte özellikle İmam Mâlik başta olmak üzere bazı fakîhler, yarar görülmesi halinde ve anlaşma şartları muvacehesinde gayr-ı müslim vatandaşlara mâbed açma izni verilebileceğini söylemişlerdir.”⁸⁴ Yine fitneye sebebiyet vermediği sürece zimmîlerin İslam devletinde kendi dinlerine özel ritüelleri açıktan uygulama hakkına sahip oldukları, meselâ, kiliselerinde çan çalmaları, mâbedleri dışında açıkça haç taşımaları gibi hakları İslam hukukunda kabul edilmiş ve asırlar boyunca da uygulanmıştır.⁸⁵

1. 2. Can ve Mal Dokunulmazlığı

İslâm dini, zimmîlerin şahsiyetlerinin korunması ve kat'î bir şekilde onlara zulmü yasaklaması bakımından müstesna bir konuma sahiptir. Öyle ki zimmîlere zulmedilmemesini ve onların himaye edilmelerini emreden hukukî ilkeler bizatihi Hz. Peygamber'in (s.a.s.) nassıyla ortaya konulmuştur. “*Kim bir zimmîye/muâhide zulmederse veya ona gücünün üstünde bir iş yüklerse ya da ondan zorla bir şey almaya çalışırsa ben onun hasmıyım.*”⁸⁶ hadisi ile “*Kim bir zimmîye eziyet ederse ben onun hasmıyım. Ben (bu dünyada) kime hasım olursam, kıyamet gününde de ona hasım olurum.*”⁸⁷ gibi hadisler bu konudaki ilkelere kaynaklık eden nasslardan sadece bazılarıdır. Zimmîleri kollayan bu nebevî gelenek Hz. Peygamber'den (s.a.s.) sahâbesine geçmiş ve zimmîler dârü'l-İslâm'da tarih boyunca emniyet içinde yaşamışlardır. Hz. Ömer'in

⁸⁰ Yaman, “Zimmî”, s. 436.

⁸¹ Buhârî, Muhammed b. İsmâil. *es-Sahîh*, Dâru İbn Kesîr, Dimaşk, 1993, “Cizye”, 5 (No. 2995).

⁸² Yaman, “Zimmî”, s. 436; Yine bkz. Serahsî, Muhammed b. Ahmed. *el-Mebsût*, Dârü'l-Marife, Beyrut, 1993, C. 11, s. 102; Kâsânî, C. 2, s. 311.

⁸³ Zeydan, s. 95.

⁸⁴ Yaman, “Zimmî”, s. 436; Zeydan, s. 98-99.

⁸⁵ Zeydan, s. 100.

⁸⁶ Ebû Dâvûd, Süleymân b. Eş'as. *es-Sünen*, Dârü'r-Risâleti'l-'Alemye, 2009, “Haraç”, 33 (No. 3052).

⁸⁷ Suyûtî, Celâlüddîn. *el-Câmiü's-Sağîr ve Ziyâdetuh*, y.y., 1431, s. 12093.

(r.a.), hayatının sonuna doğru zimmîlerle ilgili şu vasiyeti İslâm'ın âlicenâb kimliğini göstermesi açısından önem arz etmektedir: “*Benden sonraki halifeye zimmîlere iyi davranmasını, onlarla olan ahde vefa göstermesini, (gerektiğinde) onların arkasındaki (düşmanlara karşı) lerle savaşmasını ve onlara güçlerinin üstünde yük yükletilmemesini vasiyet ediyorum.*”⁸⁸ İslâm hukukuna göre “zimmînin canı ve malı dokunulmazdır. Zimmîyi öldürmek, malını çalmak haram kılınmıştır. Zimmînin malını çalan hırsıza had cezasının uygulanacağı fakihler tarafından ittifakla kabul edilirken zimmînin katiline uygulanacak ceza konusunda ise farklı görüşler ileri sürülmüştür: Zimmîyi düşmanca duygularla kasten öldüren kişi müslüman ise çoğunluğa göre diyete; Mâlikîler'e ve Leys b. Sa'd'a (ö. 175/791) göre malı için pusu kurarak veya hile yaparak öldürmüşse kısasa, diğer durumlarda diyete; Hanefîler'e, İbn Ebî Leylâ (ö. 148/765), Şa'bî (ö. 104/722) ve Osman el-Bettî (ö. 143/760) gibi müctehidlere göre ise doğrudan kısasa hükmedilir. Nisâ sûresinin 92. âyetinin zâhirî mânasını esas alan İbn Hazm, (ö. 456/1064) zimmîyi hata ile öldüren müslümana herhangi bir ceza verilmeyeceğini, kasten öldürme durumunda ise ta'zîr uygulanacağını söylemiştir. Benzer yaklaşımlar yaralamalarda da geçerlidir. Zimmînin diyeti Hanefîler'e ve Zeydîler'e göre tam diyet iken, diğerleri zimmînin ehl-i kitâb'tan olup olmamasına göre farklı oranlar tespit etmişlerdir. Yahudi ve Hıristiyan olan zimmînin diyeti Mâlikîler'e ve Hanbelîler'e göre müslümanın diyetinin yarısı, Şâfiîler'e göre ise üçte biridir. Ca'ferîler bunu 800 dirhem gümüş olarak belirlemişlerdir. Zimmî kadınların diyeti ise her mezhebe göre erkekler için öngörülenin yarısıdır.”⁸⁹

1. 3. Özel Hakları

İslâm hukukuna göre zimmîler İslâm'la ilgili olmayan, ancak kendileriyle ilgili olan konularda fikirlerini açıkça belirtme özgürlüğüne sahiptirler. Zimmîler kendi inançlarına göre kendi okullarını açabilirler ve çocuklarının eğitimini bu okullarda sağlayabilirler. Hayber'in fethi sonrasında Yahudilerden elde edilen ganimetler içinden çıkan bazı Tevrat nüshalarının Hz. Peygamber'in (s.a.s.) emriyle Yahudilere iade edilmesi, İslâm'ın diğer dinlerin inançlarına ve bu inançların müntesiplerinin fikir ve eğitim hürriyetine gösterdiği saygının önemli bir göstergesidir.⁹⁰ Yine zimmîler alışverişlerinde, ticaretlerinde ve diğer tüm tasarruflarında müslümanlarla aynı haklara sahiptirler. Ancak zimmîlerin yaşadıkları mahallelerde ve köylerde kendi dindaşları arasında içki ve domuz alıp satmaları, faizli alışverişlerde bulunmaları caiz kabul edilmekle birlikte bu ticarî muameleleri müslümanların buldukları yerlerde yapmalarının caiz olmadığı/yasaklandığı konuyla ilgili bilinmesi gereken önemli bir ayrıntıdır.⁹¹ Mesken dokunulmazlığı hakkına sahip olan zimmîlerin İzinleri olmadan hiç kimse onların evlerine girmeye hak sahibi değildir. Kur'an'ın “*Ey iman edenler! Kendi evinizden başka evlere, geldiğinizi farketirip (izin alıp) ev halkına selâm vermedikçe girmeyin.*”⁹² emri sadece

⁸⁸ Yahyâ b. Âdem. *el-Harâc*, el-Matbaatü's-Selefiyye, 1384, s. 70.

⁸⁹ Yaman, “Zimmî”, s. 436. Konuyla ilgili klasik kaynaklar için bkz: Kudûrî, Ahmed b. Muhammed. *et-Tecrîd*, Dârü's-Selâm, Kahire, 2006, C. s. 5438; Kışnâvî, Ebûbekr b. Hasan. *Eshelü'l-Medârik*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1436, C. 3, s. 115; İzzeddîn b. Abdisselâm. *el-Ğaye fî İhtisâri'n-Nihâye*, Dârü'n-Nevâdir, Beyrut, 2016, C. 6, s. 255; Hüdayr, Abdülkerîm b. Abdillâh, *Şerhu Muhtasari'l-Hirakî*, y. y., 1432, C. 62, s. 5; İbn Hazm, Alî b. Ahmed. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1431, C. 10, s. 220.

⁹⁰ Zeydan, s. 101.

⁹¹ Zeydan, s. 110.

⁹² Nûr 24/27.

müslümanların mahremiyet dokunulmazlığını değil, amm beyanıyla zimmîleri de kapsamaktadır.⁹³ Bunların da ötesinde zimmîler, çalışamaz duruma geldiklerinde veya muhtaç olduklarında beytül-mal'in gelirlerinden/devlet hazinesinden -müslümanların yararlandıkları gibi- yararlanma hakkına da sahiptirler. Hz. Peygamber'in (s.a.s.), Yahudilerden olan bir ev halkına bir miktar tasaddukta bulunması,⁹⁴ yine Hz. Peygamber'in (s.a.s.), kıtlık yıllarında Mekke halkının fakirlerine dağıtılmak üzere -ki Mekke halkı o zamanlar harbî olup zimmî bile değildi- oraya beş yüz dinar göndermesi⁹⁵ bu konuda önemli veriler olarak karşımızda durmaktadır. Ayrıca Hz. Ebû Bekir'in hilafeti döneminde Hâlid b. Velîd'in (r.a.) Hire halkıyla yaptığı antlaşmada yer alan, “yaşlı biri çalışamaz duruma gelir veya bir kaza geçirir ya da zengin iken yoksullaşır da dindaşları kendisine sadaka vermeye başlarsa o kimse İslâm ülkesinde oturduğu müddetçe vergiden muaf olacak ve geçimi devlet hazinesinden sağlanacaktır” şeklindeki madde İslâm'ın derin merhametini ve engin hoşgörüsünü belgelemektedir.⁹⁶ Sonuç itibarıyla “zimmîler İslâm devletinde eğitim, ulaşım, haberleşme, temizlik, sulama, mahkemede hak arama gibi genel ve ortak ihtiyaçların karşılanması amacıyla devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından verilen hizmetlerden faydalanma hakkına sahip oldukları gibi dinî duyarlılıklar sebebiyle ve kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan tedbirler saklı kalmak şartıyla herhangi bir sınırlama olmadan iş, sanat ve ticaret hayatında da serbestçe faaliyet gösterebilirler.”⁹⁷

1. 4. İkamet ve Seyahat Hürriyeti

Müslümanlarca kutsal sayılan bölge ve mekânlara dönük bazı kısıtlamalar ile güvenlik amaçlı yasaklamalar bir yana bırakılırsa zimmîler İslâm ülkesinde tam bir ikamet ve seyahat hürriyetine sahiptir.⁹⁸ Ancak, İslâm beldelerini Harem (Mekke şehri ve “alem” le sınırlı çevresi), Hicaz (Mekke, Medine şehirleri, Yemâme bölgesi ve Tâif, Hayber gibi çevresi) ve bu ikisinin dışındaki yerler olmak üzere üç kısma ayıran fakîhler, gayr'ı-müslimlerin çok kısa bir süre olsa bile harem bölgesi sayılan yerlere girmelerinin Kur'ân nassıyla haram kılındığını,⁹⁹ hicaz bölgesine ise üç günü geçmemek şartıyla ticaret vb. amaçlarla girebileceklerini söylemişlerdir. Ebû Hanîfe'ye göre ise bir gayr'ı-müslim Hicaza girebildiği gibi Hareme de -orada ikamet etmeksizin, üç gün geçmemek kaydıyla- girebilir.¹⁰⁰

1. 5. Yargı ve Hukuk Özerkliği

Kur'ân, “gayri müslimlerin kendi aralarındaki anlaşmazlıklarla ilgili olarak Hz. Peygamber'e (s.a.s.) şunu tavsiye etmiştir: “... Eğer sana gelirlerse ister aralarında hüküm ver ister onlardan yüz çevir. Onlardan yüz çevirirsen sana asla hiçbir zarar veremezler. Eğer hüküm verirsen aralarında adaletle hükmet. Şüphesiz Allah âdil olanları sever.”¹⁰¹ “Gayr'ı-müslimlerle

⁹³ Zeydan, s. 94.

⁹⁴ Ebû Ubeyd, Kâsım b. Sellâm, *el-Emvâl*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1431, s. 728.

⁹⁵ Serahsî, *Şerhü's-Siyerü'l-Kebîr*, s. 96.

⁹⁶ Zeydan, s. 102-103.

⁹⁷ Yaman, “Zimmî”, s. 436.

⁹⁸ Yaman, “Zimmî”, s. 437.

⁹⁹ Tevbe 9/28.

¹⁰⁰ Zeydan, s. 92-93; Ayrıca bkz. Şâfiî, *el-Ümm*, C. 4, s. 187-188; Aynî, *el-Binâye*, C. 12, s. 238; İbn Kudâme, Muvafakuddîn. *el-Müğni*, Dâru 'Alemlî'l-Kütüb, Suudi Arabistan, 1997, C. 13, s. 245-246; Şinkitî, Ahmed b. Ahmed. *Mevâhibü'l-Celîl min Edilleti'l-Halîl*, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-İslâmî, Katar, 1407, C. 2, s. 333;

¹⁰¹ Mâide 5/42.

ilgili adlî-hukukî bir özerkliğe işaret eden daha başka âyetlerle¹⁰² birlikte Hz. Peygamber (s.a.s.) dönemindeki bazı özerklik uygulamaları¹⁰³ göz önüne alan İslâm hukukçuları, din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olarak şahıs, aile, miras ve borçlar gibi dinî inançla yakın ilgisi olan özel hukuk alanıyla bazı ceza hukuku meselelerinde gayri müslimlerin hukuk ve yargılama özerkliğinin bulunduğu görüşündedir. Tarihî süreçte de onlar kendi aralarındaki meselelerde kendi mahkemelerine dava açma ve kendi hukuklarını uygulama hakkına sahip olmuştur. Zâhirîler dışında¹⁰⁴ genellikle kabul gören bu özerklik anlayışı Hanefî fakîhlerce, “Onları kendi inançlarıyla baş başa bırakmakla emrolunduk”¹⁰⁵ cümlesiyle ifade edilmiştir. Meselelerini çözmek üzere kendi mahkemelerine değil de müslümanların mahkemesine başvuran zimmîlerin davalarına bakıp bakmama hususunda mahkemenin serbest olduğu yönündeki Mâlikî ve Hanbelî ichtihadları,¹⁰⁶ söz konusu hukukî ve yargısal özerkliğin boyutlarını göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Taraflardan birinin müslüman olması veya konunun kamusal boyutunun bulunması ya da dinlerini ilgilendirmemesi halinde ise davaya İslâm mahkemesinin bakacağı ve İslâm hukukunun uygulanacağı açıktır.”¹⁰⁷ Ayrıca İslâm hukukundaki “ne suç ne de ceza şer’î nass olmadan yoktur” ilkesi gereği kanunda suç olduğu belirlenmiş bir suçu işlemediği sürece zimmînin hapsedilmesi veya cezalandırılması söz konusu değildir.¹⁰⁸

1. 6. Siyasal Hakları

Müslüman düşüncede “hukukî ve siyasî hâkimiyet İslâm inanç ve öğretisinden kaynaklanıp meşruiyetini de buradan aldığı için¹⁰⁹ gayr’ı-müslimler devlet başkanlığı konusunda seçme ve seçilme hakkına sahip değildir. Aynı şekilde vali, hâkim ve ordu kumandanı gibi üst düzey kamu görevlisi olarak tayin edilemezler. Bu genel kabulün yanında İslâm hukukçularının çoğunluğu, zimmîlerin diğer kamu hizmetlerine girmelerine de olumlu bakmamıştır. Gayr-ı müslimlerin dost, sırdaş, velî edinilmesini yasaklayan âyetleri¹¹⁰ ve bazı ilk dönem uygulamalarını¹¹¹ dikkate alarak ümmeti temsil ve onun adına tasarrufta bulunma anlamındaki velâyetin ancak müslümanlarda olacağı fikrini esas alan çoğunluğa karşılık bir kısım hukukçular, bunların düşmanlık yapan gayri müslimlerle ilgili olduğu gerekçesiyle alt kademelerdeki kamu görevlerine zimmîlerin getirilmesini câiz görmüşlerdir. Vezirleri tam yetkili tefvîz ve uygulamaya yetkili tenfiz şeklinde ikiye ayıran Mâverdî (ö. 450/1058) ve Ebû Ya’lâ (ö. 458/1066), zimmîlerin ihtiyaç halinde sadece uygulamaya yetkili olarak görevlendirilebileceğini ifade etmişlerdir.”¹¹²

2. Zimmîlerin Görevleri

Zimmî, İslâm ülkesinin bir ferdidir. Bu sebeple onun en başta gelen görevi, İslâm’ın hâkimiyetini kabul etmesi, müslümanların inançlarına, hukuk kurallarına ve örflerine saygı

¹⁰² Bkz. Mâide 5/43, 47.

¹⁰³ Müslim, “Hudûd”, 26-29.

¹⁰⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C. 8, s. 427.

¹⁰⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, C. 11, s. 102: وَقَدْ أَمَرْنَا أَنْ نَتْرُكَهُمْ، وَمَا يَدِينُونَ لِمَكَانِ عَقْدِ الذِّمَّةِ

¹⁰⁶ İbn Kudâme, *el-Müğni*, C. 13, s. 250.

¹⁰⁷ Yaman, “Zimmî”, s. 437.

¹⁰⁸ Zeydan, s. 91.

¹⁰⁹ Bkz. Nisâ/59.

¹¹⁰ Bkz. Âl-i İmrân 3/59.

¹¹¹ Bkz. Ebû Dâvûd, “Salât”, 27.

¹¹² Yaman, “Zimmî”, s. 437; Zeydan, s. 78-80.

göstermesi, müslüman toplumun güvenilir bir üyesi olup kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı davranışlardan uzak durmasıdır. Zimmîlerin, ibadetleri ve kendi aralarındaki din kaynaklı bazı özel hukuk ilişkileri dışında kalan konularda İslâm hükümlerini benimseyip uygulama zorunlulukları vardır. Yine her biri için özel şartlar bulunan cizye, haraç, öşür (uşûr) gibi vergi yükümlülüklerini yerine getirmek de zimmîlerin diğer önemli görevleridir.¹¹³ “Baş vergisi diye nitelenen cizye zimmet akdinin zorunlu bir sonucudur.¹¹⁴ Fakîhlerin çoğunluğuna göre genel güvenliklerinin sağlanması karşılığında alınan bu vergiyle sadece ergin, akıl ve beden sağlığı yerinde, ödeme gücü bulunan erkekler mükelleftir. Buna göre küçükler, kadınlar, akıl sağlığı yerinde olmayanlar, körler, kötürümler, yatalak hastalar, çalışamayacak derecede yaşlı olanlar, yoksullar ve çoğunluğa göre din adamları bu vergiyi ödemezler. Ülke savunmasına fiilen katkıda bulunanlar ve devlete yararlılıkları dokunanlar da cizyeden muaf tutulmuştur.”¹¹⁵ “Bazı hadislerde¹¹⁶ Hz. Peygamber (s.a.s.) döneminde gayr-ı müslimlerden tahsil edildiği bilgisi yer almakla birlikte toprak vergisi olan haraç ile gümrük ve ticaret vergisi olan öşür Hz. Ömer (r.a.) tarafından kurumsallaştırılmıştır. Zimmîlerle ilgili bu üç verginin özellikle zikredildiği fıkıh geleneğinde, gerekli olması durumunda devletin başka vergiler de koyabileceği ifade edilmiştir.”¹¹⁷

3. Müste'menlerin Hakları

İslâm hukuku açısından gayr-ı-müslim yabancı/müste'men, gayr-ı-müslim vatandaş/zimmî menzilesinde kabul edildiği için¹¹⁸ İslâm devleti içinde sahip olduğu hakları da -bazı farklılıklar istisna edilmekle birlikte- ehl-i-zimme'nin haklarına yakındır. Bu hakların sağlayıcısı da şüphesiz İslâm Şeriatıdır. Zira İslâm Şeriatı, emanı ve vefayı zulmün ve ihanetin karşısında temel ilkeler olarak kabul etmiştir. Öyle ki bu ilkelere bağlılıktan dolayı İslâm hukukçularına göre İslâm devletinin, eman verdiği bir müste'meni -kendisi rızası olmadığı sürece veya onun bağlı olduğu devlet tarafından savaş tehditleri gelse bile- müslüman bir esire karşılık fidye olarak vermesi caiz değildir.¹¹⁹ Çünkü İslâm devleti, müste'meni himaye etmeyi ve ona zulmedilmesine karşı çıkmayı emanın bir gereği olarak kendisine vazife kabul etmiştir. Yine müste'menin az miktardaki malı ile İslâm devletine sığınması durumunda devletin, bu maldan -malın tümünü tüketecek derecede- ticarî vergi alamayacağı hukukî bir karar olarak fakîhlerce kabul edilmiştir. İslâm devletinde birçok hukukî konuda zimmî gibi muamele gören müste'menin zimmîden farklı olduğu konular da vardır. Bunların başında cizye gelmektedir. İki de gayr-ı-müslim olmasına rağmen darü'l-islâm vatandaşı olması ve devletin onu korumaya karşılık olması nedeniyle zimmînin cizye vergisini vermesi bir yükümlülük iken, aynı yükümlülük kendisine eman verilmiş olsa da henüz dârü'l-islâm'a yabancı sayılan müste'men için söz konusu değildir.¹²⁰

¹¹³ Yaman, “Zimmî”, s. 437.

¹¹⁴ Tevbe 9/29.

¹¹⁵ Yaman, “Zimmî”, s. 437; Klasik kaynaklar için bkz. Şeybânî, Muhammed b. Hasan. *el-Asl*, Dâru İbn Hazm, Beyrut, 2012, C. 7, s. 546-548; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C. 8, s. 416-418.

¹¹⁶ Bkz. Ebû Dâvud, “İmâre”, 33.

¹¹⁷ Yaman, “Zimmî”, s. 437; Zeydan, s. 138, 208-209.

¹¹⁸ Serahsî, *Şerhü's-Siyerî'l-Kebîr*, s. 1853.

¹¹⁹ Serahsî, *Şerhü's-Siyerî'l-Kebîr*, s. 1612-1613.

¹²⁰ Zeydan, s. 74.

3. 1. Din ve Vicdan Hürriyeti

İslâm'ın, İnanç özgürlüğü konusunda ortaya koyduğu “dinde zorlama yoktur” prensibinden dolayı İslâm devleti kendi vatandaşı olan gayr'ı-müslim zimmîyi bile dinini değiştirmeye zorlamazken, kendi vatandaşı olmayan gayr'ı-müslim müste'meni dinini değiştirmeye nasıl zorlayabilir ki? Zira müste'men, dininin değiştirilmemesi konusunda zimmîye göre daha çok hak sahibidir. Dolayısıyla din ve vicdan hürriyeti başta olmak üzere eğitim, çalışma/iş, mesken hürriyeti konularında müste'men, İslâm devletinin vatandaşı olan zimmî gibi dokunulmazdır.¹²¹

3. 2. Can ve Mal Dokunulmazlığı

Müste'menin canı da malı da dokunulmazdır. Müste'men, İslâm devleti sınırları içinde bulunduğu sürece her türlü tehlikeye karşı devletin emanı/güvencesi altındadır. Öyle ki Müslüman bir esire karşılık olsa bile bir Müste'men -kendi rızası olmadıkça- dârü'l-harbe veya vatandaşı olduğu devlete teslim edilemez. Zira müste'men/mülteci İslâm'ın emanı altındadır, onu zulüm göreceği bir yere teslim etmek emana zulümdür. İslâm devleti söz konusu müste'meni güvenli bir yere ulaştırıncaya kadar korumak zorundadır.¹²²

3. 3. Özel Hakları

Müste'men İslâm devleti içinde ailevî, malî, ticarî gibi özel hukukunu ilgilendiren meşru her türlü faaliyette bulunma konusunda hak sahibidir. Ancak müste'menin silah ticareti yapması -silahın savaşta müslümanların aleyhinde kullanılma ihtimalinden dolayı- fakihler tarafından genel itibariyle caiz görülmemiştir.¹²³ Yine müste'menin İslâm devletinde menkul veya gayr-menkul her tür mülkiyet hakkına sahip olması özel hakları bakımından önemli bir atılım olarak göze çarpmaktadır. Öyle ki müste'men, komşu olduğu müslümanın evi konusunda şuf'a hakkına sahip kişi bile kabul edilmiştir.¹²⁴

3. 4. İkamet ve Seyahat Hürriyeti

Müste'men, İslâm devleti sınırları içinde dilediği gibi ikamet ve seyahat etme özgürlüğüne sahiptir. Ancak “özellikli bakımından zaman ve mekânla sınırlanabilir bir akid olan eman, İslâm ülkesinde gayr'ı-müslimlerin girmeleri yasaklanan bölgelere giriş izni sağlamaz. Bu bölgelerin tayini konusunda âlimler arasında görüş ayrılığı vardır. Gayr'ı-müslimlerin Harem bölgesine girmelerine izin verilmeyeceği görüşünde olan Şâfiîler ile Hanbelîler, müslümanların maslahatı gereği ya da devlet başkanının izni halinde Hicaz'da üç günlük geçici ikametlerine imkân tanımışlardır. Mâlikîler, gayr'ı-müslimlerin Hicaz ve Arap yarımadasında yerleşmelerini câiz görmemekle birlikte eman verilmesi halinde Mescid-i Harâm dışındaki Harem bölgesine üç günlük veya ihtiyaca göre daha fazla bir süre için girebilecekleri görüşündedirler. Ebû Hanîfe'ye göre ise Mescid-i Harâm da dahil olmak üzere Harem bölgesine girip misafirlik müddeti kadar (üç

¹²¹ Zeydan, s. 112.

¹²² Zeydan, s. 118.

¹²³ İbn Rüşd, C. 2, s. 254.

¹²⁴ Serahsî, *Şerhü's-Siyerî'l-Kebîr*, s. 1984: وَأِذَا بِيَعْتُ دَارًا بِجَنْبِ دَارِ الْحَرَبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ فِي دَارِنَا فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ

gün üç gece) kalmaları. Hicaz'da ise ikamet etmeleri câizdir.”¹²⁵ Müste'menlerin İslâm devletinin Harem ve Hicaz bölgeleri dışındaki diğer yerlerde ne kadar kalabilecekleri de fakihler arasında tartışılmıştır: Hanefî, Zeydiyye, İmâmiyye mezheplerine göre bu süre bir yılı aşamaz. Mâlikîler'e göre belli bir maksada yönelik olarak verilen eman, -şartları çiğnenmediği sürece- o maksadın yerine gelmesiyle sona erer. Zaman sınırı belirlenmeyen ya da dört ayın altında tutulan emanın âzami süresi ise dört aydır. Emânın süresi, Şâfiîler'in bir görüşüne göre dört ay, diğer bir görüşüne göre ise en fazla bir yıldır. Hanbelîler'e göre ise eman süresi on yıla kadar uzatılabilir, ancak on yılı geçemez. Emânın süresiyle ilgili olarak fakihler tarafından belirlenen bu süreler icthâdi olup, her devirde örf'e veya devletin aldığı karara göre değişebilir.¹²⁶ İslâm devletinde yaşayan müste'menin -zimmî olmadığı sürece- kendi vatanına dönmesi engellenemez. müste'menin, eman statüsünü zimmîliğe çevirmesi durumunda ise dârü'l-İslâm'la bağımlı koparıp dâr'ı-harbe dönmesi uygun görülmemiş¹²⁷ ise de ticaret vb. meşru faaliyetler sebebiyle kendi vatanına seyahat etmesi mümkün kabul edilmiştir.¹²⁸

3. 5. Yargı ve Hukuk Özerkliği

İslâm ülkesinde “gayr-ı müslimlere tanınan inanç özgürlüğü gereği zimmî ve müste'menlere aile, şahıs, miras ve borçlar hukuku gibi alanlarda adlî ve hukukî muhtariyet tanınmıştır. Gayr'ı-müslimler aralarındaki hukukî ihtilaflar için İslâm mahkemelerinde dava açabilecekleri gibi bu ihtilafları kendi mahkemelerine de götürebilirler. Taraflardan birinin müslüman olması halinde görevli merci İslâm mahkemesidir. Ancak, hukuk davalarında gayr'ı-müslimlere tanınan adlî ve hukukî muhtariyet ceza davaları için söz konusu değildir. Ceza hukuku alanında inanç hürriyetinden kaynaklanan bazı istisnalar dışında genel kural müslümanlara uygulanan hükümlerin gayr-ı müslimler için de geçerli olmasıdır. Meselâ, şarap içmeleri halinde kendilerine had cezası uygulanmaz; açıktan içmeleri durumunda kamu düzenini ihlal sebebiyle ta'zîr cezası verilir. Hanefîler, -Ebû Yûsuf hariç- zina cezasındaki “ihsân” şartı için müslüman olmayı gerekli gördüklerinden ister zimmî ister müste'men olsun recm değil, celde cezasının uygulanacağı görüşündedirler. Mâlikîler, zimmîye zina haddi uygulanmayıp cezalandırılmak üzere kendi mahkemelerine teslim edileceğini, müste'menin ise müslüman bir kadınla zina etmesi halinde cezalandırılacağını belirtmişlerdir. Müste'menin zina suçu konusunda Hanbelîler de bu görüştedir. Şâfiîlere göre ise zinadan dolayı müste'mene had cezası verilmez. Bunun dışında zimmîler had ve kisası gerektiren bir suç işlediklerinde müslümanlara uygulanan hükümlere tabi olurken müste'menlerde yine farklı bazı durumlar söz konusudur. Meselâ, öldürme ve kazf gibi suçlarda müste'mene kisas ve had cezası verileceği hususunda görüş birliği bulunmakla beraber hırsızlık suçunda had uygulanıp uygulanmayacağına ihtilaf edilmiştir. Mâlikîler, Hanbelîler ile Hanefîler'den Ebû Yûsuf bu suç için de had uygulanacağını belirtirken Ebû Hanîfe ve Muhammed eş-Şeybânî uygulanmayacağını söylemiştir. Şâfiîler ise olumlu ve olumsuz iki görüş ileri sürmüşlerdir. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre ölen ve öldüren taraf müste'men veya

¹²⁵ Zuhaylî, Vehbe. “Eman”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 11, 1995, S. 81; Ayrıca bkz. Şâfiî, *el-Ümm*, C. 4, s. 187-188; Aynî, *el-Binâye*, C. 12, s. 238; İbn Kudâme, *el-Müğnî*, C. 13, s. 245-246; Şınkîti, *Mevâhibü'l-Celîl*, C. 2, s. 333;

¹²⁶ Zeydan, s. 115-116; Zuhaylî, “Eman”, s. 81.

¹²⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, C. 2, s. 396.

¹²⁸ Zeydan, s. 123.

zimmî ise kâtile kısas uygulanır; fakat bir zimmî veya müste'meni öldürmesinden dolayı müslümana kısas uygulanmaz. Böyle bir durumda Mâlikî ve Hanbelîler'e göre müslümanın diyetinin yarısı ödenir, Şâfiîler'e göre ise üçte biri kadar diyet ödenir. Hanefîler'deki hâkim görüş, bir zimmîyi öldüren müslümana kısas gerekmesine karşılık bir müste'meni öldüren zimmî veya müslümana kısas uygulanmayacağı ve müslümaninkine denk diyet ödeneceği yönündedir; Ebû Yûsuf ise kısas uygulanacağı kanaatindedir. Ayrıca Mâlikîler bir gayr'ı-müslimi malını almak amacıyla öldüren müslümanın kısas yoluyla olmasa bile kamu düzenini ihlal sebebiyle ölüm cezasına çarptırılacağını belirtmişlerdir. Öte yandan Hanefîler, müste'menin müste'meni öldürmesi halinde kıyasen kısas uygulamak gerekse de istihsanen uygulanmayacağı kanaatindedirler.¹²⁹

3. 6. Siyasal Hakları

Müste'menlerin geçici bir süreyle İslâm devletinin emanı altında olmaları nedeniyle kamu hizmetine yönelik siyasi bazı görevleri almaları fakîhlerce isabetli kabul edilmemiş ve buna cevâz verilmemiştir.¹³⁰

4. Müste'menlerin Görevleri

Zimmînin İslâm devletine karşı yerine getirmesi gereken malî sorumluluğu cizye, haraç ve uşûr iken müste'menin malî sorumluluğu yalnızca uşûr ile sınırlıdır. Gayr'ı-müslim tâcirlerin İslâm devletine ticaret mallarını sokması sebebiyle onlardan alınan bir tür gümrük vergisi anlamındaki uşûr/uşr (uşru't-ticâre) vergisi müste'menleri de bağlayan bir vergi olarak kabul edilmiştir. Çünkü müste'men emanla İslâm devleti topraklarına girdiğinde malı da canı gibi İslâm devleti tarafından korunmaya alınmaktadır. Buna karşılık ona uşûr vergisini ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Malî görevleri dışında müste'menin kendisine tanınan can ve mal güvenliği sebebiyle bulunduğu ülke halkının can ve mal güvenliğini ihlal etmekten kaçınması, İslâm dinine ve değerlerine dil uzatmaktan sakınması, müslümanların yanında aleni olarak içki ve domuz ticaretini yapmaması gibi bazı temel görevleri daha vardır.¹³¹

B. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne Göre Mültecilerin Hakları ve Görevleri

1. Mültecilerin Hakları

1. 1. Dinî Hakları

Sözleşme hükümlerinin mülteciler arasında sahip oldukları ırk, din veya geldikleri ülke farkı gözetilmeksizin uygulanmasının esas olduğunu karara bağlayan 1951 Cenevre Sözleşmesine göre taraf devletler, ülkelerindeki mültecilere dinî vecibelerini yerine getirme hürriyeti ve

¹²⁹ Özel, Ahmet. "Müste'men", s. 141-142; Klasik kaynaklar için bkz: Şâfiî, *el-Ümm*, C. 6, s. 40, 127, Serahsî, *el-Mebsût*, C. 9, s. 55-57; C. 10, s. 95-96; C. 11, s. 102-103; Kâsânî, C. 7, s. 34,35, 40; 131-132, 168; Haraşî, C. 3, s. 127, 154, C. 8, s. 3-6; İbn Kudâme, *el-Müğnî*, C. 11, s. 465-479.

¹³⁰ Zeydan, s. 85.

¹³¹ Zeydan, s. 137, 190, 208, 210.

çocuklarının dinî eğitim hürriyeti bakımından en az vatandaşlara uyguladıkları muamele kadar uygun muamele uygulayacaklardır.¹³²

1. 2. Hukukî Hakları

Genel hükümler açısından sözleşmenin daha uygun hükümler içerdiği durumlar hariç tutulmak şartıyla her akit devletin mültecilere genel olarak yabancılara uyguladığı muameleyi uygulayacağını ve ayrıca tüm mültecilerin akit devletlerin topraklarında üç yıl ikametten sonra kanunî mütakabiliyet şartından muafiyet kazanacaklarını karara bağlayan 1951 Cenevre Sözleşmesine göre¹³³ her mültecinin şahsi statüsü ikametgahının bulunduğu ülkenin kanununa, ikametgahı yoksa bulunduğu ülkenin kanununa tabidir.¹³⁴ Mülteci tarafından daha önce kazanılan ve şahsi statüye dair olan haklara, özellikle evliliğe ait olan haklara her akit devleti tarafından gerekirse bu devletin mevzuatının gösterdiği şartları yerine getirmek kaydıyla riayet edilir.¹³⁵ Akit devletler, menkul ve gayr-ı menkul mülkiyet edinme ile buna bağlı diğer hakları, menkul ve gayr-ı menkul mülkiyete ait kira ve diğer sözleşmelerle ilgili hakları her mülteciye mümkün olduğu kadar müsait ve her halde aynı şartlar içinde genel olarak yabancılara sağlanandan daha az müsait olmayan bir şekilde uygularlar.¹³⁶ Akit devletler, yasal olarak ülkelerinde ikamet eden mültecilere siyasî amaç ve kâr amacı taşımayan dernekler ile meslek sendikaları bakımından aynı koşullar içinde yabancı bir ülkenin vatandaşlarına tanınan en müsait muameleyi uygularlar.¹³⁷ Sözleşmeye göre her mülteci, bütün taraf devletlerin toprakları üzerindeki hukuk mahkemelerine serbestçe ve kolayca başvurma hakkına sahiptir. Her mülteci, sürekli ikametgahının bulunduğu taraf devlette adli yardım ve teminat akçesinden muafiyet dahil, mahkemelere müracaat bakımından vatandaş gibi muamele görür ve her mülteci, sürekli ikametgahının bulunduğu ülkenin dışındaki taraf devletlerde o ülkelerin vatandaşlarına 2. fıkrada bahsedilen konular hakkında yapılan muamelenin aynından istifade eder.¹³⁸

1. 3. Çalışma, Ticaret, Eğitim ve Sosyal Yardım Hakları

1951 Cenevre Sözleşmesine göre akit devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden her mülteciye ücretli bir meslekte çalışmak hakkı bakımından aynı şartlar içinde yabancı bir memleketin vatandaşına verilen en müsait muameleyi uygularlar.¹³⁹ Akit devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere tarım, sanayi, küçük sanatlar ile ticaret sahalarında kendi işyerlerini açmak ve sanayi, ticarî şirketler kurmak haklarıyla ilgili olarak mümkün olduğu kadar müsait ve her halde genel olarak aynı şartlardaki yabancılara tanıdıklarından daha az müsait olmayan muameleyi uygularlar.¹⁴⁰ Sözleşmeye göre bütün ahalinin tabi olduğu ve nadir bulunan maddelerin genel dağıtımını düzenleyen bir vesika usulü mevcut olan hallerde mültecilere

¹³² Mülteci Hukuku Kanunu (MHK), *Resmî Gazete* 10898 (5 Eylül 1961), Kanun No. 359, md. 4.

¹³³ MHK, md. 7/1, 2.

¹³⁴ MHK, md. 12/1.

¹³⁵ MHK, md. 12/2.

¹³⁶ MHK, md. 13.

¹³⁷ MHK, md. 15.

¹³⁸ MHK, md. 16/1, 2, 3.

¹³⁹ MHK, md. 17/1.

¹⁴⁰ MHK, md. 18.

vatandaşlar gibi muamele edilir.¹⁴¹ Eğitim konusunda ise akit devletler, mültecilere temel eğitim konusunda vatandaşlarına uyguladıkları muamelenin aynısını uygularlar.¹⁴² Sosyal yardım konusunda da akit devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere sosyal yardım/iâne konularında vatandaşlarına uyguladıkları muamelenin aynısını uygularlar.¹⁴³ Yine akit devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere yasalarla düzenlendiği veya idarî makamların yetkisine tabi oldukları ölçüde istihkaka dahil olmak şartıyla aile yardımları, işçi istihkakları, çalışma müddeti, düzenlenmiş çalışma saatleri, ücretli tatil, evde çalışmaya ait sınırlamalar, çalışmaya başlama yaşı, çıraklık ve meslekî yetiştirme, kadınların ve gençlerin çalışması, toplu iş sözleşmeleri ve ikram edilen menfaatler konularında vatandaşlarına uyguladıkları muamelenin aynısını uygularlar.¹⁴⁴ 1951 Cenevre Sözleşmesi, bazı sınırlamakla birlikte mültecilere sosyal güvenlik hakkının verilmesini de öngörmektedir.¹⁴⁵

1. 4. İkamet ve Seyahat Hakları

1951 Cenevre Sözleşmesine göre akit devletler, mesken/konut edinme bakımından bu konu yasalar ve yönetmeliklerle düzenlendiği ya da kamu makamlarının kontrolüne tabi olduğu oranda, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere her halde genel olarak aynı şartlar altındaki yabancılara uygulanandan daha az olmayacak biçimde, mümkün olduğu kadar müsait bir muamele sağlayacaklardır.¹⁴⁶ Yine her akit devlet, ülkesinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, genel olarak aynı şartlardaki yabancılara uygulanan mevzuattaki istisnalar korunmak şartıyla ikamet edeceği yerleri seçme ve özgürce seyahat etme hakkını tanırlar.¹⁴⁷ Akit devletler, ülkelerinde bulunan ve geçerli bir seyahat belgesine sahip olmayan her mülteciye hüviyet/kimlik kartı belgelerini verirler. Ayrıca akit devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere ulusal güvenlikleri veya kamu düzenleri ile ilgili engelleyici ciddi sebepler bulunmadıkça kendi toprakları dışında seyahatlerini temin edecek seyahat belgeleri de verirler.¹⁴⁸ Mal nakli konusunda her akit devlet, kendi yasa ve yönetmeliklerine uygun olarak mültecilerin, ülkelerine getirdikleri malları yerleşmek üzere kabul edilecekleri bir başka ülkeye nakletmelerine izin verirler.¹⁴⁹

2. Mültecilerin Görevleri

1951 Cenevre Sözleşmesi, mültecilerin görevlerini 2. maddede genel bir karakterde şu şekilde ifade etmiştir: “Her mültecinin, bulunduğu ülkeye karşı, özellikle yasalara, yönetmeliklere ve kamu düzeni için alınan önlemlere uymayı öngören görevleri/yükümlülükleri vardır.”¹⁵⁰

¹⁴¹ MHK, md. 20.

¹⁴² MHK, md. 22/1.

¹⁴³ MHK, md. 23.

¹⁴⁴ MHK, md. 24/1 (a).

¹⁴⁵ MHK, md. 24/1 (b).

¹⁴⁶ MHK, md. 21.

¹⁴⁷ MHK, md. 26.

¹⁴⁸ MHK, md. 27, 28.

¹⁴⁹ MHK, md. 30.

¹⁵⁰ MHK, md. 2.

VI. Mülteciliğin İlkeleri

A. İslâm Hukukuna Göre Mülteciliğin İlkeleri

1. Geri Göndermeme İlkesi

Kesin olarak denilebilir ki İslâm; mültecinin, hürriyetinin ve temel haklarının tehlikeye gireceği bir yere gönderilmesini reddeder. Daha cesur bir ifadeyle söylemek gerekirse suç işleyen -özellikle siyasî anlamda- kimselerin geri gönderilmemesini ve teslim edilmemesini ilk olarak karara bağlayan İslâm'dır.¹⁵¹ İlticada geri göndermeme ilkesi, örf temeline de dayanan köklü bir yapıya sahiptir.¹⁵² "Örfen maruf olan şart kılınmış gibidir.", "Örfe sabit olan nassla sabit olmuş gibidir.", "Âdet muhakkemdir." gibi örfle dair ilkeleri¹⁵³ esas alan İslâm hukuku, toplumda çıkan problemleri çözmeye dinamizme ve güçlü bir etkiye sahip olduğunu ispat etmiştir. Mekke'li müşriklerin Hz. Peygamber'in (s.a.s.) amcası Ebû Tâlib'e gelerek Hz. Peygamber'i (s.a.s.) kendilerine teslim etmesini istediklerinde Ebû Tâlib'in, uğrunda canından bile olsa Hz. Peygamber'i (s.a.s.) kendilerine teslim etmeyeceğini söyleyerek müşriklerin teklifini reddetmesi,¹⁵⁴ yine Habeşistan meliki Necâşî'nin, kendisine sığınan müslümanları teslim almak üzere gelen Kureyş heyetine onları teslim etmemesi, yani müslümanları kendi ülkesinde en güzel biçimde ağırlayıp iade etmemesi,¹⁵⁵ "geri göndermeme" ilkesinin İslâm'ın ilk yıllarındaki dikkat çekici iki örneğidir. İslâm hukukuna göre mültecinin, hayatının tehlikeye gireceği veya temel haklarının elinden alınacağı bir devlete gönderilmesi zulümdür. Zulüm ise İslâm tarafından haram kılınmıştır. İslâm hukukuna göre mülteci ister müslüman olsun ister zimmî olsun isterse de müste'men olsun bunların her birisi geri göndermeme ilkesi çerçevesinde hak sahibidir.¹⁵⁶ Bu nedenle İslâm hukukçularına göre rızası olmadığı sürece eman dilemiş bir harbînin/müste'menin ne fidye karşılığında ne de müslüman bir esirle değişiminin sağlanarak iade edilmesi, yani geri gönderilmesi câiz değildir. Bu kat'î tavır, dârü'l-harb devletinin darü'l-İslâm devletini savaşa tehdit etmesi durumunda bile muhafaza edilmesi gereken bir tavidir. İlk dönem Hanefî hukukçusu İmâm Muhammed'in, "Eğer müşrikler, müslümanlara 'sizden eman almış harbîyi/müste'meni bize geri gönderin. Geri göndermezseniz sizinle savaşıyoruz' deseler ve müslümanların da onlara karşı koyacak kuvveti olamasa bile yine de müslümanların eman dilemiş harbîyi geri göndermeleri gerekmez. Çünkü, geri göndermek emana zulümdür, buna da ruhsat yoktur."¹⁵⁷ şeklindeki sözlerinden ve devamındaki hükümlerden şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:¹⁵⁸

- İslâm devletinden eman almış müste'menin -kendisi istemediği sürece- ne fidye talebi ne de esir değişimi yoluyla geri gönderilmesi câiz değildir. Bunun aksi, zulümdür ve emana ihanettir.

¹⁵¹ Ebü'l-Vefâ, Ahmed. *Hakku'l-Lucûi Beyne's-Şeriatî'l-İslâmiyyeti Ve'l-Kânûni'd-Devliyyi lilâciîn*, Riyad, 2009, s. 46.

¹⁵² Ebü'l-Vefâ, 46.

¹⁵³ Cevdet, Ahmed vd. *Mecelletü'l-Ahkâmi'l-Adliyye*, Dâru İbni Hazm, Lübnan, 2004, s. 90-92.

¹⁵⁴ İbn Kesîr, İsmâil b. Ömer. *el-Bidâye ve'n-Nihâye*, Dâru Hicr, y. y., 1997, C. 4, s. 134-135.

¹⁵⁵ İbn İshâk, Muhammed. *Siretu İbn İshâk*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1978, s. 213-217.

¹⁵⁶ Ebü'l-Vefâ, s. 48.

¹⁵⁷ Serahsî, *Şerhü's-Siyerî'l-Kebîr*, s. 1613.

¹⁵⁸ Ebü'l-Vefâ, s. 50-51.

- Sadece İslâm devlet başkanının veya devlet içindeki yetkili organın, müste'menin İslâm topraklarından çıkıp dilediği yere gitmesini teklif etme hakkı vardır. Bu durumda müste'men, dilediği yere gitmek isterse gider. Gitmek istemezse geri gönderilmez ve güvenli başka bir yere gidinceye kadar eman antlaşmasına bağlı olarak İslâm devleti topraklarında güvenle yaşamaya devam eder.

- İslâm'a göre mülteciye sunulan emana vefa göstermek ve gereğini yerine getirmek her şeyden daha önceliklidir. Zira bu yolla mültecinin hayat hakkı başta olmak üzere tehlike altındaki diğer tüm hakları koruma altına alınır.

- Mülteci hukuku ve özellikle de geri göndermeme ilkesi açısından uluslararası hukukun ancak son iki asırda sınırlı bir gelişmeyle kat ettiği hakların, İslâm tarafından asırlar önce ortaya konulmuş olması İslâm'ın kaynaklığını yaptığı şer'î hukukun ne derece ileri bir hukuk olduğunun ispatıdır.

2. Dâru'l-İslâm'a İzinsiz Giren Kimseyi Cezalandırmama İlkesi

İslâm hukukuna göre gayr'ı-müslimler dâru'l-İslâm'a ancak iznle/emanla girebilir. Ancak geçerli olan bu genel kuraldan bazı durumlar istisna edilmiştir. Buna göre devlet elçisinin, ticaretle uğraştığını gösteren deliller ışığında tâcirin dâru'l-İslâm'a izinsiz girmesi mümkündür. Yine âdetin/örfün, aleyhinde bir hükme varmayıp emin kabul ettiği bir kimsenin veya içinde bulunduğu hali ile söyledikleri arasında çelişki olmayıp uyum olan bir kimsenin ya da eman almak için gelmiş olan kimsenin -ihtiyaçlarını tedarik edecek süreyle- dâru'l-İslâm'a izinsiz girmesi fakihlerce mümkün kabul edilmiştir.¹⁵⁹

3. İltica Hakkını Fark Gözetmeksizin Talep Eden Herkese Verme İlkesi

İslâm hukukuna göre iltica hakkı; din, cinsiyet, etnik ve servet ayrımı olmaksızın talep eden herkese verilmesi gereken insanî bir haktır.¹⁶⁰ Zira herhangi bir ayırım gözetmeksizin tüm insanların haklarını himaye etmek İslâm'ın evrensel karakterinin bir tezahürüdür. Sığınma talebinde bulunan kişi müşrik dahi olsa onun Allah'ın kelamını işitmesine fırsat vermek için koruma altına alınması ve daha sonra güvenli bir bölgeye ulaştırılması Kur'ân'ın öğretisidir.¹⁶¹ İnsanlar arasındaki ırk, dil, renk gibi ayrımları Allah'ın kudretinin birer nişanesi olarak kabul eden İslâm'ın değerli görme/görmeme hususundaki yegâne ölçüsü takvadır.¹⁶² 19 Eylül 1981 yılında ilan edilen İslâm'da İnsan Hakları Beyannamesi de 9. maddesinde sığınma hakkına yer vererek önemli mesajlarda bulunmuştur: "İşkenceye ve zulme maruz kalan her müslüman, dâr'ül-İslâm sınırları içinde, emin olabileceği bir yere sığınma hakkına sahiptir. İslâm; bu hakkı cinsiyeti, inancı

¹⁵⁹ Şâfiî, *el-Ümm*, C. 4, s. 308; Behûtî, *Keşşâfü'l-Kıma'*, C. 7, s. 203; Merdâvî, Muhammed b. Müflih. *el-Furû' ve Tashîhu'l-Furu'*, Müessesetu'r-Risâle, 2003, C. 10, s. 309; Fakihlere göre genel kuraldan istisna edilen bu durumlardan herhangi birisinin kapsamına girmeyen gayr'ı-müslim'in, harbi/İslâm düşmanı olduğu kabul edilir ve bu kişi esir statüsüne düşer. Dâru'l-İslâm devlet başkanı, böyle bir kimseye karşı dört işlemten birisini yerine getirmede hak sahibidir: Öldürme, köleleştirme, eman verme, fidyeye karşılığında serbest bırakma. Bkz. Behûtî, *Keşşâfü'l-Kıma'*, C. 7, s. 203.

¹⁶⁰ Ebü'l-Vefâ, s. 63.

¹⁶¹ Tevbe 9/6.

¹⁶² Hucurât 49/13.

veya rengi ne olursa olsun her zulme maruz kalan şahsa tanır ve müslümanlara da kendilerine sığınacak kimselere emniyet ve güven içinde yaşama hakkını vermeleri görevini yükler.”¹⁶³

B. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne Göre Mülteciliğin İlkeleri

1. Cezalandırmama İlkesi

1951 Cenevre Sözleşmesine göre mültecilerin iltica ülkesinde usulsüz durumda/yasadışı bulunması halinde akit devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin madde 1’de gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğruca gelerek izinsizce kendi topraklarına giren veya bu topraklarda bulunan mültecilere yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza vermezler. Ancak bunların da vakit geçirmeden resmî makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının makul sebeplerini anlatmaları şarttır. Akit devletler, bu mültecilerin hareketlerine gerekli olanların dışında kısıtlama uygulamazlar. Bu kısıtlamalar ancak, söz konusu mültecilerin ülkedeki statüleri belirleninceye veya bir başka ülkeye kabulleri sağlanıncaya kadar uygulanır. Akit devletler, bu mültecilerin diğer bir ülkeye kabullerini temin etmeleri için makul bir süre ve gerekli bütün kolaylıkları sağlarlar.¹⁶⁴

2. Geri Göndermeme/ Sınır Dışı Etmeme (Non Refoulement) İlkesi

1951 Cenevre Sözleşmesine göre hiçbir akit devlet, bir mülteciyi ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına her ne şekilde olursa olsun geri gönderemez veya iade (refouler) edemez. Ancak, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle vahim/adî bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturan bir mülteci de işbu hükümden yararlanmayı talep edemez.¹⁶⁵ Akit devletlerin, ülkelerinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili sebepler dışında sınır dışı edemeyeceklerini karara bağlayan sözleşmeye göre böyle bir mültecinin sınır dışı edilmesi, ancak ilgili yasal sürece göre alınmış bir karara uygun olabilir. Ayrıca, zorunlu ulusal güvenlik nedenlerinin aksine bir uygulamayı gerekli kıldığı haller dışında mültecinin durumunu açıklaması için delil sunmasına, temyiz etmesine, bu amaçla yetkili bir makamın ya da yetkili makamın özel olarak atayacağı bir kişinin veya kişilerin önünde temsil edilmesine izin verilir.¹⁶⁶

3. Vatandaşlığa Alma İlkesi

1951 Cenevre Sözleşmesine göre akit devletler, mültecileri özümlemeyi ve vatandaşlığa almayı her türlü imkân ölçüsünde kolaylaştırırlar. Vatandaşlığa alma işlemlerini çabuklaştırmaya ve bu işlemlerin masraf ve resimlerini her türlü imkân ölçüsünde azaltmaya bilhassa gayret ederler.¹⁶⁷

¹⁶³ Akgündüz, Ahmet. İslam’da *İnsan Hakları Beyannamesi*, İstanbul, Timaş yayınları, 1993, md. 9.

¹⁶⁴ MHK, md. 31.

¹⁶⁵ MHK, md. 33/1, 2.

¹⁶⁶ MHK, md. 32/1, 2.

¹⁶⁷ MHK, md. 34.

V. Mülteciliği Engelleyen Sebepler

A. İslâm Hukukuna Göre Mülteciliği Engelleyen Sebepler

Bazı durumlar/sebepler iltica talebinde bulunan kimseye mültecilik hakkının verilmesine engel teşkil eder. Çünkü bu sebepler iltica talebinde bulunan kimsenin işlediği bir suçtan dolayı cezalandırılması gerektiğini ortaya koyan sebeplerdir. Meselâ, amden/kasten adam öldüren bir kâtile -maktûlün velisinin/mirasçılarının kâtili affetmemesi halinde- kısas cezasının uygulanması İslâm hukukuna göre sabit olan bir hükümdür. Dolayısıyla bu kişinin işlediği katl/öldürme suçu, onun mülteci sıfatıyla herhangi bir devlete sığınmasına engel teşkil eder. Mülteciliğin oluşmasını engelleyen -ve siyasî olmayan- sebepleri kısaca iki başlıkta mütalaa etmek mümkündür:¹⁶⁸

1. Devletler Arası Yapılan Bir Sözleşmenin Mülteciliği Engellemesi

İslâm devletinin imzaladığı devletler arası bir antlaşmaya -antlaşma şer'î nasslarla çelişmediği sürece- vefa gösterip gereğini yerine getirmesi esastır. Medine'de yaşayan Müslümanlar, Yahudiler ve Müşrik Araplar arasında hicretten kısa bir süre sonra Hz. Peygamber'in (s.a.s.) önderliğinde hazırlanan Medine vesikasının 20. ve 22. maddeleri belirli özellikteki kimselerin iltica/sığınma taleplerini reddederken söz konusu antlaşmaya riayet in ise şart olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁶⁹

“Hiçbir müşrik, bir Kureyş'linin mal ve canını himayesi altına alamaz ve hiçbir mü'mine bu hususta engel olamaz.”

“Bu sahifenin muhteviyatını kabul eden, Allah'a ve ahiret gününe inanan bir mü'minin, bir katile/caniye yardım etmesi ve onu desteklemesi/ona sığınacak yer temin etmesi helâl değildir. Ona yardım eden ve destekleyen/sığınacak yer temin eden kişi, kıyamet gününde Allah'ın lanetine ve gazabına uğrayacaktır ki o zaman artık kendisinden ne bir fidye ne de bir taviz alınacaktır.”

İslâm hukukuna göre devletler arasında akdedilen bir antlaşma, belirli sebepler dolayısıyla mültecilik hakkını ortadan kaldırıyor ise bu antlaşmaya riayet hukukun temel ilkelerinden olan vefanın bir gereğidir. Bu duruma müslümanlar ile müşrikler arasında akdedilen Hudeybiye antlaşması örnek verilebilir. Hudeybiye antlaşmasında yer alan “Mekke'den (müslüman) bir kimse Hz. Peygamber'e (s.a.s.) kaçıp sığınırsa -velisinin isteği üzerine- iade edilecek. Fakat Hz. Peygamber'in (s.a.s.) yanından (mürted olan) bir kimse Mekke'ye kaçıp sığınırsa iade edilmeyecek” maddesinden dolayı Hz. Peygamber (s.a.s.), Hudeybiye antlaşmasından sonra Mekke'den kaçarak kendisine sığınan Ebû Basîr (ö. 6/628) ve Ebû Cendel (ö. 18/639) isimli iki sahâbisini antlaşmaya sadakatten dolayı müşriklere derin bir üzüntü içinde iade etmek zorunda kalmıştır.¹⁷⁰ Ancak bilinmeli ki devletler arası bir antlaşmanın yürürlükte olmadığı durumda müslümanın gayr'ı-müslimlere iadesi söz konusu değildir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.s.), henüz

¹⁶⁸ Ebû'l-Vefâ, s. 167-168.

¹⁶⁹ Mecma'u'l-Vesâiki's-Siyâsiyye, Beyrut, 1987, No:1.

¹⁷⁰ Hem Ebû Basîr'in hem de Ebû Cendel'in antlaşma gereği Hz. Peygamber (s.a.s.) tarafından müşriklere teslim edilirken söyledikleri “Siz müşriklerin beni dinimde fitneye düşürmesini mi istiyorsunuz ki onlara teslim ediyorsunuz?” şeklindeki acı feryatlarını Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle teselli ediyordu: “Sabret ve mükafatını Allah'tan bekle! Şüphesiz ki Allah, sana ve seninle birlikte olan müstaz'af mü'minlere kurtuluş ve çıkış yolu yaratacaktır.” Bkz. Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin. *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Merkezi Hicr, Kahire, 2011, C. 19, s. 144-145.

Hudeybiye antlaşması imzalanmadan kendisine sığınan iki köleyi -sahiplerinin onları geri alma çabalarına rağmen- iade etmemiştir.¹⁷¹ Dolayısıyla bu husustaki kural şudur: İslâm'a göre bir şahsın kendi devletine iade edilmesinin câiz olması, İslâm devletiyle muhatap devlet arasında antlaşmanın yapılmasından sonradır. Antlaşma öncesi herhangi bir bağlayıcılık yoktur. Bağlayıcı bir antlaşma olmadan şahsın teslimi emanete ihanettir.¹⁷² Bu konuda yine bilinmesi lazım ki fakîhler, kâfirlerin/düşmanların elinde olan müslüman esirlerin durumunu istisnâ olarak farklı bir kategoride değerlendirmişlerdir. Şöyle ki; fakîhlere göre düşmanlarının elinde esir olup da kendisini onlardan kurtaran ve İslâm devletine sığınan müslüman esirlerin iadesi -iki devlet arasında iadeye dair bir antlaşma olsa dahi- ittifakla câiz değildir. Çünkü müslüman bir esirin gayr'ı-müslim devlete teslimi üzere yapılan bir antlaşma bâtil bir şart üzere yapılan antlaşma demektir ve böyle bir antlaşmanın hükmü yoktur.¹⁷³ İbn Hazm'ın şu sözleri de bu hususa ışık tutmaktadır: "Her kim kâfirlerin elinde esir olsa ve fidye karşılığında serbest bırakılsa bu kişinin ne kâfirlerin yanına geri dönmesi ne de fidye vermesi câizdir. İslâm devlet başkanının da bu esir adına herhangi bir bedel/fidye vermesi câiz değildir. Ancak müslüman esirin kurtarılması için fidyeden başka bir yol kalmamışsa müslümanların onun adına -esirin fidye verecek gücü yoksa- fidye verip onu kurtarmaları farzdır."¹⁷⁴

2. Hükmü/Cezası Tatbik Edilmesi Gereken Bir Suçun Mülteciliği Engelleme

İslâm hukukuna göre tabi olduğu devletin sınırları içinde veya başka bir yerde suç işleyen/zulmeden bir suçlunun/zalimin, işlediği fiile karşılık verilen şer'î cezadan kaçarak herhangi bir devlete iltica talebinde bulunması dikkate alınmaz. Başka bir ifadeyle, zulme dayalı fiileri irtikâb eden kimseler iltica/sığınma hakkını kaybederler. İslam hukukçuları hadis nassına dayanarak, suç işleyen/zulmeden ve buna karşılık kendisine verilmiş cezadan kaçmak için iltica talebinde bulunan suçlulara yardım eden kimselerin (de) büyük günah kapsamına girdiklerini belirtmişlerdir. Bu konuda dayanak kabul edilen hadis nassından birisi şudur: "*Mü'minlerin kanları (kıymetçe) birbirine eşittir. Onlar (mü'minler), kendilerinin dışındaki kimseler için bir el/kuvvet (hükümünde) dirler. Müslümanların (sayıca) en azı/aşağısı (bile) onların zimmeleri uğrunda koşar. Dikkat ediniz! Bir mü'min bir kâfir karşılığında öldürülemez. Ahdinde (sadık) olan bir zimmî de bir (harbî) kâfir karşılığında öldürülemez. Kim (aslı olmayan) bir yenilik (bid'at) çıkarırsa veya bid'at çıkarana/isyankâra/câniye destekçi olursa Allah'ın, meleklerin ve tüm insanların laneti onun üzerinde olsun.*"¹⁷⁵ Hz. Alî'den (r.a.) gelen şu rivayet de aynı mahiyettedir: "Hz. Alî'ye 'Rasûlullâh'ın (s.a.s.) sana sır olarak verdiği şeyi bize de ver!' denilince, Hz. Alî şöyle dedi: 'Rasûlullâh (s.a.s), insanlara gizlediği hiçbir şeyi bana sır olarak vermedi, ancak Ondan (s.a.s.) şunu işittim: 'Allah'tan başkası adına kesene Allah lanet etsin. Bid'atçıyı/câniyi/isyankarı himaye edene Allah lanet etsin. Annesine-babasına lanet edene Allah lanet etsin. Tarlanın sınır taşlarını değiştirene Allah lanet etsin.'"¹⁷⁶ Sığınma/İltica talebinde bulunan kimseye karşı müslümanın ortaya koyması gereken tavır İbn Teymiyye'nin (ö. 728/1328) kaleminden şu şekilde

¹⁷¹ Hattâbî, Hamd b. Muhammed. *Me'âlimü's-Sünen*, el-Matbaatü'l-İlmiyye, Halep, 1932, C. 2, s. 295.

¹⁷² Ebü'l-Vefâ, s. 178.

¹⁷³ Ebü'l-Vefâ, s. 182.

¹⁷⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C. 5, s. 364.

¹⁷⁵ Ahmed b. Hanbel. *el-Müsned*, Müessesetü'r-Risâle, 2001, C. 2, s. 286, No. 993.

¹⁷⁶ Müslim, "Edâhi", 44, No. 1978.

ifade edilmiştir: “İltica talebinde bulunan kişi mazlum ise ona yardım etmek vaciptir. Ancak mazlum olma hususu sadece iddiayla sabit olmaz. Nice halinden şikâyet kimse vardır ki aslında zalimdir. O halde iddianın doğruluğu önce araştırılmalı ve açığa çıkarılmalıdır. Eğer bir kimse zalimse yaptığı zulümden ya sulh yoluyla veya adaletli bir hükümle imkân ölçüsünde yumuşaklıkla vazgeçmesi sağlanmalıdır. Eğer bu yol fayda vermez ise zalimin zulmüne kuvvet yoluyla engel olunmalıdır.”¹⁷⁷

Bilindiği üzere günümüzde yeryüzündeki tüm müslümanları kuşatacak büyük bir İslâm devleti -sembolik de olsa- olmadığı için müslüman toplumlar çeşitli devletlere bölünmüşlerdir. Bu realiteyi dikkate alarak İslâm hukukuna göre suçluların teslimiyle ilgili bazı hükümleri şu şekilde mütalaa etmek mümkündür:¹⁷⁸

- İslâm devletlerinden birisinin sınırları içinde suç işledikten sonra başka bir İslâm devletine kaçan (müslüman) bir suçluya terettüp eden ceza, -suçlunun muhakeme edilmesine ve cezalandırılmasına dair tüm işlemlerin sağlanması şartıyla- orada uygulanır. Bu firarın haddi gerektiren bir suç olması nedeniyle veya kulların hakkının ihlal edilmesi nedeniyle ya da malî bir hakkın gasp edilmesi nedeniyle gerçekleşmiş olması arasında fark yoktur. Burada asıl olan, hangi İslâm devletinin sınırları içinde olursa olsun şer’î cezanın ikamesinin sağlanmasıdır. Zira Kur’ân iyilik ve takva üzerinde yardımlaşmayı emretmiştir.¹⁷⁹

- İslâm devletlerinden birisinin sınırları içinde suç işleyen, işlediği suça karşılık şer’î cezasına da hükmedilen, ancak daha sonra başka bir İslâm devletine kaçan (müslüman) bir suçlunun, kendisinden kaçtığı devlete -bu devletin cezanın infazında suçluya zulmetmemesi şartıyla- iadesinin sağlanması gereklidir. Fakat suçlunun iadesini talep eden devletin; suça karşılık tatbik edeceği ceza şer’î değilse ve ceza adalete değil zulme dayanıyorsa, meselâ, kasıtsız işlenen katl/öldürme suçuna karşılık, idam cezasının verilmesi gibi ceza suçtan büyükse bu durumda suçlunun teslim edilmemesi esastır. Zira günah ve zulüm üzerinde yardımlaşmak Kur’ân’ın emrinde aykırıdır.¹⁸⁰

- Bir müslümanın veya zimmînin dârü’l-harpte suç işledikten sonra -meselâ, adam öldürmesi, hırsızlık yapması veya zina etmesi gibi- dârü’l-İslâm sayılan devletlerden birisine kaçması durumunu ise fakîhler iki farklı görüşle karara bağlamışlardır: Hanefilere göre bu vasıftaki suçluya ceza terettüp etmez. Zira Hanefiler, suçun işlenmesi esnasında cezayı infaz edecek İslâmî velayetin varlığını şart koşmaktadırlar. Onlara göre cezalar, kendi sebeplerine dayanır. Sebebin vukuu zamanında tenfiz mümkün değilse müsebbib de sabit olmaz. Fakîhlerin çoğunluğunu oluşturan cumhura göre ise bu vasıftaki suçlunun cezası -suçu ya ikrâr yoluyla veya şahitlik gibi diğer deliller yardımıyla sabit olduktan sonra- dârü’l-İslâm’da tatbik edilir. Zira cumhura göre müslüman her nerede olursa olsun İslâm’ın hükümlerine tabidir. Fıkıh mezhepleri, suçlunun dârü’l-harpte suç işledikten sonra dârü’l-İslâm’a kaçması sonrasında dârü’l-harb devletinin, İslâm devletiyle yaptığı antlaşma gereği suçlunun iadesini şart koşmasının bağlayıcı olup olmadığı konusunu ise üç farklı ictihadla hükme bağlamışlardır: Bahsi geçen suçlu eğer

¹⁷⁷ İbn Teymiyye, Takiyüddîn. *Mecmû’l-Fetâvâ*, Mecmau’l-Melik Fehd, Medine, 1995, C. 28, s. 327.

¹⁷⁸ Bkz. Ebû Zehra, s. 265-272.

¹⁷⁹ Ebû Zehra, s. 265-270.

¹⁸⁰ Ebû Zehra, s. 266-267.

müste'men ise tüm fakîhlere göre antlaşmada geçen iade şartına itibar edilir ve suçlu bağlı bulunduğu devletin talebi üzerine onlara teslim edilir. Zira müste'men kısa süreli olarak İslâm devletine bağlı olsa da esasında onun temelden bağlı olduğu, yani vatandaşı olduğu devlet dârü'l-harb devletidir. Dolayısıyla işlediği suç sonrasında kendi devletine teslim edilmesi aslında antlaşmaya vefanın bir gereğidir. Bahsi geçen suçlu eğer müslüman veya zimmi ise İmâm Mâlik'in iki görüşünden birisi ile Ahmed b. Hanbel'e göre teslim şartı antlaşmaya dahil edildiğinde bu şarta riayet etmek gerekir. Şâfiîlere göre suçlu eğer müslüman ise ve dârü'l-harb devletine teslim edildiğinde onu orada koruyacak bir topluluğu/kuvveti var ise anlaşmadaki teslim şartına riayet edilir. Aksi takdirde böyle bir şart yürürlüğe giremez ve bu şarta dayanarak bir müslüman dârü'l-harb devletine teslim edilemez. Şâfiîler, kendisini koruyacak bir kuvvetin varlığı şartıyla suç işleyen erkek müslümanın dârü'l-harb devletine teslim edilme şartına riayeti mümkün görünce, suçlunun müslüman kadın olması durumunda ise teslim şartına riayetin söz konusu olamayacağını belirtmişlerdir. Hanefîler ise müslümanın dârü'l-harb devletine teslim edilme şartını bâtil bir şart olarak kabul ederler. Çünkü Hanefîler'e göre cezaların tenfizi, ancak velayet yoluyla olur. Halbuki gayr'ı-müslimin müslüman üzerinde velayeti yoktur. Fakîhlerin ihtilaf ettikleri nokta antlaşmada teslim şartının olması durumunda bu şarta riayetin bağlayıcı olup olmadığıdır. Böyle bir şartın câri olmadığı durumda tüm fakîhler dârü'l-harpte suç işleyen müslümanın dârü'l-harb devletine teslim edilmeyeceğini ittifakla zaten kabul etmektedirler. Zira cumhura göre gayr'ı-müslim bir kâdî'nın/hâkimin müslümana kâdılık yapması, tüm fakîhlere göre de bir müslümanın Kur'ân ve Sünnet kaynaklı olmayan bir hukukla muhakeme edilmesi câiz değildir.¹⁸¹

- Bir müslümanın veya zimminin dârü'l-İslâm'da suç işledikten sonra dârü'l-harb'e kaçması durumunda söz konusu suçlu kişi dârü'l-harp'te kaldığı sürece orada cezalandırılmaz, ancak cezasının dârü'l-İslâm'da tahakkuku için devletler arasında akdedilmiş antlaşma veya câri olan örf gereği suçlunun dârü'l-harb devletinden iadesi sağlanır. Bu konuda devletler arasında imzalanmış bir antlaşma yoksa bile örf tek başına antlaşma gibi kabul edilir. Zira örfen maruf olan şey, şart kılınmış (antlaşma) gibidir.¹⁸²

B. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne Göre Mülteciliği Engelleyen Sebepler

1951 Cenevre Sözleşmesine göre bazı hükümler/sebepler, kişinin mülteci statüsünün haricinde tutulmasını gerektirir. Buna göre ilticayı engelleyen sebepler temelde üç kısımdır:

1. Halihazırda Birleşmiş Milletlerin Yardım veya Korumasından Yararlanmakta Olan Kimselerin Bulunması

1951 Cenevre Sözleşmesinin konuyla ilgili maddesi şöyledir: "Bu Sözleşme, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği dışında, diğer bir Birleşmiş Milletler organı veya kuruluşundan halen himaye veya yardım görmekte olan kimselere uygulanmaz. Böyle bir himaye

¹⁸¹ Zeylaî, Osman b. Alî. *Tebyînü'l-Hakâik*, el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Kahire, 1314, C. 3, s. 182-183, C. 4, s. 180, Kâdî Abdülvehhâb. *el-İşrâf 'alâ Nüketi Mesâilî'l-Hilâf*, Dâru İbn Hazm, 1999, C. 2, s. 871; Nevevî, Mühüiddîn. *Ravdatü't-Tâlibîn ve 'Umdetü'l-Müftîn*, el-Mektebü'l-İslâmî, 1991, C. 10, s. 94-96; İbn Kudâme, *el-Müğnî*, C. 12, s. 260; Ebû Zehra, s. 268-272.

¹⁸² Ebû Zehra, s. 269.

veya yardım herhangi bir sebeple, bu kişilerin durumu BM Genel Kurulunun bu konuya ilişkin kararlarına dayanılarak kesin biçimde çözüme kavuşturulmaksızın sona ermiş ise, bu kimseler bu sözleşmenin olanaklarına kendiliğinden hak kazanırlar.”¹⁸³ Statü haricinde bırakmaya ilişkin bu hüküm, BMMYK dışında herhangi bir Birleşmiş Milletlerin organ veya kuruluşundan yardım veya koruma görmekte olan herkesi kapsar. Bu tür yardım veya koruma, evvelce Birleşmiş Milletler Kore Kalkınma Ajansı (UNKRA), günümüzde ise Birleşmiş Milletler Yakın Doğu'daki Filistinli Mültecilere Yardım ve Çalışma Ofisi (UNRWA) tarafından sağlanmaktadır. Dolayısıyla, Filistinli mülteciler konusunda UNRWA'nın yalnızca Orta Doğu'nun belirli bölgelerinde faaliyet gösterdiğine ve bu koruma ve yardımların yalnızca buraya sağlandığına bakılır. Bu nedenle söz konusu bölgeler dışına çıkan Filistinli bir mültecinin artık UNRWA'nın bahsi geçen yardımından yararlanması mümkün olmayacağından bu kimsenin statüsünün tespiti 1951 Sözleşmesi hükümlerine göre yapılabilir.¹⁸⁴

2. Uluslararası Korumaya İhtiyacı Olmadığı Addedilen Kişilerin Bulunması

1951 Cenevre Sözleşmesinin konuyla ilgili maddesi şöyledir: “Bu Sözleşme, ikamet ettiği ülkenin yetkili makamlarınca, o ülkenin vatandaşlığına özgü hak ve yükümlülükleri taşıdığı kabul edilen bir kimseye uygulanmaz.”¹⁸⁵ BMMYK'ya göre bu fıkra hükmü, bir ülkede yerleşmiş olup bu ülke vatandaşlığını resmi olarak kazanmamış olmakla birlikte bu ülkede vatandaşların yararlandıkları hakların büyük bölümü kendilerine sağlanmış olan ve bu koşullar olmasaydı mülteci kabul edilmesi gerekecek kimselerdir Bu kimselere genellikle “ulusal mülteciler” denmektedir. Bu kimseleri kabul eden ülkeler, çoğu zaman halkı mültecilerle aynı etnik kökenden olan ülkelerdir.¹⁸⁶

3. Uluslararası Korumaya Layık Olmadığı Ciddi Kanaat Edilen Kimselerin Bulunması

1951 Cenevre Sözleşmesinin 1 F fıkrasına göre bu sözleşme hükümleri; uluslararası hukukî belgelerin ilgili maddelerinde belirtildiği anlamda barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlediği, mülteci sıfatıyla sığınma ülkesine kabul edilmeden önce sığınma ülkesi dışında ağır bir adi suç işlediği ve Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerden suçlu olduğunu düşünmek için ciddi sebeplerin bulunduğu kişiler hakkında uygulanmaz.¹⁸⁷

VI. Mülteciliğin Sona Ermesi

A. İslâm Hukukuna Göre Mülteciliğin Sona Ermesi

1. Mültecinin İslâm Dinine Girmesi

Yaşadığımız asırda dünya üzerinde birbirinden bağımsız birçok İslâm devleti olsa da temelde dârü'l-İslâm tek bir devlet/yurt olarak tüm müslümanların devletidir/yurdudur. İslâm,

¹⁸³ MHK, md. 1/D.

¹⁸⁴ BMMYK, s. 30.

¹⁸⁵ MHK, md. 1/E.

¹⁸⁶ BMMYK, s. 30.

¹⁸⁷ MHK, md. 1/F.

kendisini din olarak kabul etme noktasında tüm inananları arasında eşitliği getirmiştir. Hz. Peygamber'in (s.a.s.), *"müslüman müslümanın kardeşidir. Ona zulmetmez ve onu (düşmana) teslim etmez. Her kim kardeşinin ihtiyacını giderirse Allah da onun ihtiyacını giderir."*¹⁸⁸ şeklindeki hadisi de müslüman kardeşler arasındaki mutlak hakkı beyan etmektedir. Dârü'l-İslâm çatısı altında bazı müslümanların vatandaş sayılıp vatandaşlığın tüm haklarından yararlanması, bazı müslümanların ise mülteci kabul edilip sadece mültecilik haklarından yararlanması İslâm'ın müslüman olma noktasında tüm müntesipleri için getirdiği eşitlik hakkına aykırıdır. Bu sebeple şunu demek bir hakır: Müslüman dârü'l-İslâm'da mülteci değildir.¹⁸⁹

2. Mültecinin İslâm Devletinin Güvenliğini Tehlikeye Sokacak Fiiller İçine Girmesi

Kur'ân bu konuda şu âyetleriyle müslümanlara yol göstermektedir: *"Şayet antlaşma yaptıktan sonra yeminlerini bozarlar ve dininizi karalamaya kalkıştırlarsa, siz de küfrün elebaşlarıyla vuruşun; çünkü onların yeminleri yok sayılır. Umulur ki vazgeçerler."*¹⁹⁰ *"Eğer bir topluluğun antlaşmayı bozacağından endişe edersen antlaşmayı derhal sona erdirdiğini onlara açıkça bildir. Allah hainleri/ahdini bozanları asla sevmez."*¹⁹¹

3. Mülteciliği Gerektiren Sebeplerin Ortadan Kalkması

Bu duruma biraz da edebî bir neşve içeren Kasidetü'l-Bürde (Bânet Sü'âd) şairi Ka'b b. Züheyr'in (ö. 24/645) etkileyici hayat hikayesi örnek verilebilir.¹⁹² Medine döneminin ilk yıllarında Hz. Peygamber'i (s.a.s.) hicveden bir şiir söylemesi nedeniyle Hz. Peygamber (s.a.s.) tarafından ölüm fermanı çıkartılan Ka'b b. Züheyr için artık başta kendi kabilesi olmak üzere çeşitli yerlere sığınma/iltica günleri başlamıştı. İlticanın bu günlerinde yeryüzü bütün genişliğine rağmen Ka'b b. Züheyr'e dar gelmişti. İslâm'ı seçen kardeşi Büceyr'in de teşvikiyle kalbi İslâm'a ısınan Ka'b, Hz. Ebûbekir'in yardımıyla Rasûlullâh'a (s.a.s.) giderek Ona biat etmişti ve müslüman olmuştu. Ka'b, Hz. Peygamber'e (s.a.s.) biat esnasında Bânet Sü'âd kasidesini okuyup *"Şüphesiz ki Rasûlullâh kendisiyle aydınlatılan bir nurdur. O, Allah'ın çekilmiş yalın kılıçlarından bir kılıçtır."* beytine geldiğinde Hz. Peygamber (s.a.s.) etkilenerek üzerinde bulunan Yemen hırkasını/bürdesini Ka'b'ın omuzlarına atmıştı.¹⁹³ Hz. Peygamber'in (s.a.s.) Ka'b b. Züheyr'e teveccühü, Ka'b'ı kalbinin darlığından kurtararak asude bir hayatın içine atmıştı ve artık Ka'b'ın iltica günleri sona ermişti.

B. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne Göre Mülteciliğin Sona Ermesi

1951 Sözleşmesinin 1. maddesinin C bendinde bir mültecinin statüsünün sona ereceği koşullar altı hükümde belirlenmiştir. Bu altı hükümden ilk dördü, mültecinin kendi rızası sonucu meydana gelen değişiklikleri yansıtmaktadır. Statünün sona ermesiyle ilgili son iki hüküm ise zulme uğramaktan korkulan ülkede meydana gelen değişiklikler sonucu kişinin mülteci durumuna

¹⁸⁸ Buhârî, "İkrâh", 7, no. 6551. *المُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، لَا يَظْلِمُهُ وَلَا يُسْلَمُهُ، وَمَنْ كَانَ فِي حَاجَةِ أَخِيهِ كَانَ اللَّهُ فِي حَاجَتِهِ.*

¹⁸⁹ Ebü'l-Vefâ, s. 209.

¹⁹⁰ Tevbe 9/12.

¹⁹¹ Enfâl 8/58.

¹⁹² Ebü'l-Vefâ, s. 213.

¹⁹³ Savran, Ahmet. "Ka'b b. Züheyr", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 24, 2001, s. 7.

düşmesine yol açan nedenlerin ortadan kalkmasıyla uluslararası koruma için artık neden kalmayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu hükümler şunlardır:¹⁹⁴

1. Mültecinin, Vatandaşı Olduğu Ülkenin Himayesinden Kendi İsteğiyle Yeniden Yararlanması

BMMYK'ya göre bu sona erdirme hükmü; mültecinin gönüllü olarak hareket etmesini, vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yeniden yararlanma niyetiyle hareket etmesini ve söz konusu korumayı fiilen elde etmesini şart koşmaktadır.

2. Mültecinin, Vatandaşlığını Kaybettikten Sonra Kendi Arzusıyla Yeniden Kazanması

BMMYK'ya göre vatandaşlığın yeniden kazanılması gönüllü olarak gerçekleşmelidir. Vatandaşlığın yasa ya da kararname hükmü uyarınca verilmesi durumunda mülteci bunu zımnın veya açıkça kabul etmedikçe gönüllü kazanma anlamına gelmez. Mültecinin kendi isteği ile vatandaşlığını yeniden kazanmayı tercih edebilecek olması, tercih fiilen gerçekleşmediği sürece kişinin mülteci statüsünü sonlandırmaz.

3. Mültecinin, Yeni Bir Vatandaşlık Kazanması ve Vatandaşlığını Kazandığı Ülkenin Himayesinden Yararlanması

BMMYK'ya göre mültecinin kazandığı vatandaşlık genellikle ikamet etmekte olduğu ülkenin vatandaşlığıdır. Ancak mültecilerin belirli durumlarda ikamet ettiği ülke dışındaki bir ülkenin vatandaşlığını kazanmaları da mümkündür. Yeni vatandaşlığın bu ülkenin korumasını da sağladığı sürece kişinin mülteci statüsü sona erer. Bu gereklilik, "vatandaşlığını kazandığı ülkenin korumasından yararlanıyorsa" ifadesinden kaynaklanır.

4. Mültecinin, Zulüm Korkusu Nedeniyle Ayrıldığı ya da Dışında İkamet Ettiği Ülkeye Kendi İsteğiyle Yeniden Yerleşmek Üzere Dönmesi

BMMYK'ya göre mülteciliğin son bulması ile ilgili dördüncü fıkra hükmü hem bir tabiiyete sahip olan hem de vatansız mültecilere uygulanır. Bu fıkra, menşe ülkesine ya da eskiden sürekli ikamet etmekte olduğu ülkeye geri dönmüş olup dönmeyen önce sığınma ülkesindeki ikameti sırasında mülteciliğin sona ermesine ilişkin birinci veya ikinci fıkralar uyarınca mülteci statüsü sona ermemiş kişileri kapsar.

5. Mültecinin, Mülteci Statüsünün Kazanılmasını Gerektiren Koşulların Ortadan Kalkması Nedeniyle Vatandaşı Olduğu Ülkenin Korumasından Yararlanmayı Artık Reddetmemesi

1951 Cenevre Sözleşmesine göre bu fıkra, daha önceki zulümden kaynaklanan mücbir sebepleri öne sürerek vatandaşı olduğu ülkenin korumasını reddeden işbu 1A(1) maddesi kapsamında olan bir mülteciye uygulanmaz. Ancak BMMYK'ya göre "beşinci fıkranın ikinci bendi, birinci bentteki hükme bir istisna getirmektedir. Bu ikinci bent menşe ülkedeki koşullarda

¹⁹⁴ Bkz. MHK, md. 1/C; BMMYK, s. 24-28.

esaslı değişiklikler gerçekleşmiş olsa dahi geçmişte gördüğü ağır zulüm nedeniyle mülteci statüsünü muhafaza eden kişilerin özel durumuyla ilgilidir. 1A(1) maddesine yapılan atıf, söz konusu istisnanın “sözleşme öncesi mültecilere” uygulanabileceğine işaret etmektedir. Esasen 1951 Sözleşmesi hazırlandığında, bu kategorideki kimseler, dünyadaki mültecilerin büyük çoğunluğunu oluşturmaktaydı. Ancak, bu istisnai hüküm aslında daha genel bir insani ilkeyi dile getirmektedir ve “sözleşme öncesi mülteciler” haricindeki mülteciler için de geçerli görülmelidir.”¹⁹⁵

6. Mültecinin, vatansız olup da mülteci statüsünün tanınmasına yol açan nedenler ortadan kalktığı için mutlak ikamet ülkesine dönebilecek durumda olması

1951 Cenevre Sözleşmesine göre bu fıkra, mutlak ikamet ülkesine dönmeyi reddetmek için önceden uğradığı zulümden kaynaklanan mücbir sebepler öne sürebilen 1A(1) maddesi kapsamındaki bir mülteciye uygulanmaz.

SONUÇ

Köken olarak Arapça'daki التَّجَّاء/il-t-c-e sülâsî fiilinden türeyen التَّجَّاء/il-t-c-e sülâsî mezîd fiilinin ism'i-fâilî olan التَّجَّاء/mülteci kelimesi lugavî olarak dayanan ve sığınan anlamlarına gelmektedir. İslâm hukukunun Hz. Peygamber'in (s.a.s.) sünnetiyle beraber aslî kaynağını oluşturan Kur'ân, aynı kökten gelen “melce” kavramını kullanmakla birlikte her biri farklı mahiyetlerde olan, ancak temelde mülteci hakkının varlığını ispatlayıcı bir mahiyet arz eden “îvâ”, celâ/ihrâc, isticâre/emân, hicret, zimmî” kavramlarını kullanarak mülteciliği kapsamlı bir perspektifte ele almış ve insana dair özgürlüğe büyük bir vurgu yapmıştır. Birleşmiş Milletler tarafından mültecilere uluslararası koruma sağlamak ve mültecilerin sorunlarına kalıcı çözümler aramak göreviyle 3 Aralık 1949'da kurulan ve 1 Ocak 1951 tarihi itibarıyla görevine başlayan BMMYK/UNHCR'nin ise mülteciliği, koruyuculuğunu yaptığı 1951 Cenevre Sözleşmesinde 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucuyla sınırlı tutması ve bu ifadeyle 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olayların veya 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da veya başka bir yerde meydana gelen olayların kastedildiğini ifade ederek taraf devletlere istediğini uygulamakta serbestlik sunması kapsamlı bir bakış açısına ve hareket alanına sahip olmasını yok etmiştir. Zaten bundan dolayı olmalı ki sözleşme için tamamlayıcı bir mahiyet arz eden 1967 Protokolü devreye girmiştir. 1967 Protokolü Cenevre Sözleşmesindeki eksik kabul edilen hususları tamamlama cihetine giderek mültecilik için sözleşmede kabul edilen tarihsel ve coğrafi sınırlamaları ortadan kaldırmıştır; ancak protokolün bu ikmal edici tavrıyla birlikte belirli şartları taşıyan kişileri mülteci olarak kabul etmeyi sürdürmesi, yani sözleşmedeki mülteci tanımını olduğu gibi kabul ederek onaylaması Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin -mülteciler konusundaki övgüye değer tüm çalışmalarına rağmen- kapsayıcı bir görüş açısına henüz sahip olmadığını göstermektedir. İslâm hukukuna göre kişinin mülteci olmayı gerektiren herhangi bir sebep içinde bulunmasının, meselâ iltica talebinde bulunan kişinin yalnızca dârü'l-islâm topraklarında yaşama arzusu içinde olmasının -Tevbe sûresi 6. âyeti- bile mültecilik şartları açısından geçerli bir sebep kabul edilmesi mülteci hukuku açısından hiçbir hukukun İslâm hukukunu geçemeyeceğinin ispatını oluşturmaktadır. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü açısından ise mülteciliği gerektiren

¹⁹⁵ BMMYK, s. 28.

şartlar, tüm durumları kapsayıcı genişlikte ve yeterlilikte değildir. Mesela, “ilticayı gerektiren şartlardan birisi olan zulüm/takibata uğrama tehlikesini dikkate alırken zulmün her şeklini değil, yalnızca sözleşmede sayılan kişinin ırk, milliyet gibi doğuştan gelen veya din, siyasal düşünce gibi sonradan benimsenen nitelikleri gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı ve kişinin temel insan hakları ile ilgili nitelikler nedeniyle gerçekleşmiş olmasını mülteci sayılmak için esas almıştır.”¹⁹⁶ Yine sözleşme metni, “silahlı çatışmalar gibi genel olarak tehlike doğuran olaylar nedeniyle kaçıp sığınma talebinde bulunan kimseleri de kapsamına alacak yeterlilikte bir ifade kullanmamış, bunun yerine haklı sebebe dayalı korkunun var olması gibi ilticayı sınırlayıcı bir dil kullanmıştır. Ayrıca Sözleşme'nin koruması yangın, sel, deprem ve volkanik patlamalar gibi doğal afetlerden kaynaklı zorunlu göç olayları ile insan kaynaklı eylemlerden kaynaklı her zorunlu göç doğuran olayı da kapsamamaktadır. Çünkü bu durumların her koşulda kişi açısından ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir gruba mensubiyeti veya siyasal görüşü nedeniyle haklı zulüm korkusu meydana getireceği kesin değildir.”¹⁹⁷ Sözleşmede yer alan, kişinin; tabiiyetini taşıdığı ülkenin dışında bulunması/yabancı olması şartı nedeniyle de ülke içerisinde yer değiştirmiş kişiler (dahilî mülteciler), mültecilerle aynı nedenlerle yer değiştirmiş olsalar, mültecilerle benzer koşullarda bulunsalar ve aynı ihtiyaçlara gereksinim duysalar da günümüz itibarıyla 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolünün konusunu oluşturmamaktadırlar, çünkü bunlar kendi ülkelerinde kalmışlardır ve halen o ülkenin hukukuna tabidirler. Yani 1951 Sözleşmesi, uluslararası koruma mekanizmasını ancak “sınırların geçilmesi” durumunda işletebilmektedir. Bu konuda, günümüzde ülke içerisinde yer değiştirmiş kişilerin hukuki bir statüye sahip olmalarını amaçlayan tek uluslararası belge, 23 Ekim 2009 tarihli, Afrika'da ülke içerisinde yer değiştirmiş kişilerin korunmasına İlişkin Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi (Kampala Sözleşmesi) dir.¹⁹⁸

Hanefî hukukçusu Serahsî'nin, “müste'men (yabancı/mülteci), dârü'l-İslâm'da kaldığı sürece ehl-i-zimme (vatandaş) mesabesinde dir.” şeklinde ifade ettiği düşünce, mültecinin sahip olduğu haklar konusunda İslâm hukukundaki genel eğilimi ortaya koymaktadır. Dolayısıyla mülteciler (zimmî/müste'men) başta inanç hürriyeti, can ve mal güvenliği olmak üzere fikir, eğitim, çalışma, ikamet/mesken, seyahat hürriyetleri, kamu hizmetlerinden faydalanma ve yargı/hukuk özerkliği gibi birçok alanda temel haklara sahip olarak İslâm toplumunda rahat bir şekilde yaşama imkânına kavuşmuştur. 1951 Cenevre Sözleşmesinde de mültecilere sosyal, eğitim, ticarî, hukukî, seyahat, mal nakli gibi birçok alanda haklar sunulmuş olmakla birlikte akit devletlerin, mültecilerin yabancılara veya yabancılardan çalıştırılmalarına konan sınırlama tedbirlerinden muaf olmak için onların ülkede üç yıl ikamet etmiş olmak, ikamet ettiği ülkenin vatandaşı olan bir kimse ile evli bulunmak, ikamet ettiği ülkenin vatandaşlığını taşıyan bir veya daha fazla çocuğu olmak gibi şartlara bağlaması çalışma hayatını zorlaştıran hususlar olarak göze çarpmaktadır. Yine mültecilere sosyal güvenlik hakkının verilmesini de karara bağlayan 1951 Cenevre Sözleşmesi, bu hakkı bazı kayıtlarla sınırlamaktadır.¹⁹⁹ Geri göndermeme ilkesi ve iltica hakkının fark gözetilmeksizin talep eden herkese verilmesi ilkesi gibi ilkeleri hayata geçirmede öncü bir hukuk olan İslâm hukukuna göre mültecinin, hayatının tehlikeye gireceği veya temel

¹⁹⁶ Barkın, Ersan. “1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/1, s. 340.

¹⁹⁷ Büyükçalık, Mürvet Ece. “Mülteci Hukukunun Gelişimi ve Türkiye’de Mültecilerin Sosyal Hakları”, Yüksek Lisans Tezi, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2014, s. 40.

¹⁹⁸ Ergüven, Nasıh Sarp /Özturanlı, “Beyza. Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, *AÜHFİD*, C. 62, S. 4, s. 1022.

¹⁹⁹ Bkz. MHK, md. 7, 24.

haklarının elinden alınacağı bir devlete gönderilmesi zulümdür. Zulüm ise İslâm tarafından haram kılınmıştır. İslâm hukukuna göre mülteci ister müslüman olsun ister zimmî olsun isterse de müste'men olsun bunların her birisi geri göndermeme ilkesi çerçevesinde hak sahibidir. Yine İslâm hukukuna göre iltica hakkı din, cinsiyet, etnik ve servet ayrımı olmaksızın talep eden herkese verilmesi gereken insanî bir haktır. Zira herhangi bir ayırım gözetmeksizin tüm insanların haklarını himaye etmek İslâm'ın evrensel karakterinin bir tezahürüdür. 1951 Cenevre Sözleşmesinin de mülteci hakları açısından bazı önemli ilkeleri dikkate aldığı söylemek mümkündür: Mülteciye iltica ülkesinde usulsüz/yasadışı bulunması halinde ceza vermeme, mülteciyi ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili sebepler dışında sınır dışı etmeme, mülteciyi ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına geri göndermeme, mülteciye sığındığı ülkenin vatandaşlığına girme yolunu kolaylaştırma gibi ilkeler sözleşmenin bünyesinde yer verdiği önemli ilkelerdir.

Sonuç olarak İslâm hukuku, beşerî hukuk sistemlerinin ancak 19. yüzyıldan sonra çeşitli sözleşmeler ve protokollerle düzenlemeye çalıştıkları mülteci hukukunu Kur'an'ın nüzul tarihinden başlayarak ve Hz. Peygamber'in (s.a.s.) konuyla ilgili uygulamalarını esas alarak düzenlemiştir. İslâm hukukunun bu konuda da öncü olduğu izahıta varededir. Ayrıca bu konuda İslâm'ın kendi müntesiplerine gayr'ı-müslimlerle insanî ilişkileri (hasta iken ziyaretlerine gitmek, taziyelerinde başsağlığı dilemek, komşulukta güzel geçinmek gibi) iyi tutmayı emretmesi, onları dinlerini değiştirme konusunda zorlamamaları gerektiğini tembihlemesi, adaleti tesis konusunda müslim/gayr'ı-müslim arasında fark gözetilmemesini ilke olarak benimsemesi, İslâm'a karşı savaşmadıkları sürece gayr'ı-müslimlerin hayatlarını himaye etmesi İslâm'da kabul edilmiş şu umûmî kaidenin tezahürüdür: "Lâci'/Mülteci gayr'ı-müslim de olsa Şeriat'e göre mükerremdir."

KAYNAKÇA

- Ahmed b. Hanbel. *el-Müsned*, Müessesetü'r-Risâle, 2001.
- Akgündüz, Ahmet. *İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi*, İstanbul, Timaş yayınları, 1993.
- Âlûsî, Şihâbüddîn Mahmûd. *Rûhu'l-Meânî*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1415.
- Aynî, Mahmûd b. Ahmed. *el-Binâye Şerhü'l-Hidâye*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2000.
- Barkın, Ersan. "1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, s. 333-360.
- Behûtî, Mansûr b. Yûnus. *Keşşâfü'l-Kına' 'ani'l-İknâ'*, Vizâretü'l-'Adl, Suudi Arabistan, 2008.
- Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin. *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Merkezu Hicr, Kahire, 2011.
- BM Enformasyon Merkezi UNIC. *Mültecilerin Hukuk Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü*, Ankara, 2000.

BMMYK (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği). *Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı*, 2013.

Bozkurt, Nebi. "Eman", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 11, 1995, s. 79-81.

Buhârî, Muhammed b. İsmâîl. *es-Sahîh*, Dâru İbn Kesîr, Dımaşk, 1993.

Büyükcılık, Mürvet Ece. "*Mülteci Hukukunun Gelişimi ve Türkiye'de Mültecilerin Sosyal Hakları*", Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

Cessâs, Ahmed b. Alî. *Ahkâmu'l-Kur'ân*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Lübnan, 1994.

Cevdet, Ahmed vd. *Mecelletü'l-Ahkâmi'l-Adliyye*, Dâru İbni Hazm, Lübnan, 2004, s. 90-92.

Cevherî, İsmâîl b. Hammâd. *Muhtâru's-Sihâh*, V. Baskı, el-Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut, 1999.

Cüveynî, Abdülmelik b. Abdillâh. *Nihâyetü'l-Matlab fi Dirâyeti'l-Mezheb*, Dârü'l-Menâhic, y.y., 2007.

Dârimî, Abdullah b. Abdirrahmân. *e-Müsned*, Dârü'l-Mügnî, Suudi Arabistan, 2000.

Ebû Dâvûd, Süleymân b. Eş'as. *es-Sünen*, Dârü'r-Risâleti'l-'Alemiyye, 2009.

Ebû Ubeyd, Kâsım b. Sellâm. *el-Emvâl*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1431.

Ebû Zehrâ, Muhammed. *el-Cerîmetu ve'l-Ukûbetu fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dârü'l-Fikri'l-'Arabî, Kahire, 1998.

Ebü'l-Vefâ, Ahmed. *Hakku'l-Lucûi Beyne's-Şeriatî'l-İslâmiyyeti Ve'l-Kânûni'd-Devliyyi lilâciîn*, Riyad, 2009.

Ekşi, Nuray. "1951 Cenevre Konvansiyonu'ndan Günümüze Mülteci Tanımı", *İnsan Hakları Perspektifinden Mültecilik*, haz. Ümmühan Özkan vd., Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, Ankara, 2017, s. 39-60.

Ergüven, Nasıh Sarp /Özturanlı Beyza. "*Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye*", AÜHFD, C. 62, S. 4, s. 1007-1061.

Fayda, Mustafa. "Zimmî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 44, 2013, s. 428-434.

Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed. *el-Misbâhu'l-Münîr Fî Ğarîbi Şerhi'l-Kebîr*, el-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, 1431.

Hâmidî, Muhammed b. Futûh. *Tefsîru Ğarîbi mâ fi Sahîheyn*, Mektebetu's-Sünnet, Kahire, 1995.

Hamurcu, Onur. "Türkiye Örneği Üzerinden Mülteci Hakları ve Güncel Sorunlar", *Conference Proceedings*, ed. Recai Aydın vd. 2017, 301-310.

- Haraşî, Muhammed. *Şerhu'l-Haraşî 'alâ Muhtasari'l-Halîl*, el-Matbaatü'l-Kübrâ, Mısır, 1317.
- Hattâbî, Hamd b. Muhammed. *Me'âlimü's-Sünen*, el-Matbaatü'l-İlmiyye, Halep, 1932.
- Hererî, Muhammed Emîn. *er-Ravhu ve'r-Reyhân*, Dâru Tavki'n-Necât, Beyrut, 2001.
- Hüdayr, Abdülkerîm b. Abdillâh. *Şerhu Muhtasari'l-Hirakî*, y. y., 1432.
- İbn Düreyd, Ebûbekir Muhammed b. Hasen. *Cemheretü'l-Luga*, Dâru'l-İlm, Beyrut, 1987.
- İbn Hazm, Alî b. Ahmed. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1431.
- İbn İshâk, Muhammed. *Sîretu İbn İshâk*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1978.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Muhammed b. Ebîbekr. *Ahkâmu Ehli'z-Zimmet*, Dâru İbn Hazm, Beyrut, 2021.
- İbn Kesîr, İsmâil b. Ömer. *el-Bidâye ve'n-Nihâye*, Dâru Hicr, y. y., 1997.
- İbn Kesîr, İsmâil b. Ömer. *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, Dâru't-Taybet, y.y., 1999.
- İbn Manzûr, Cemâlüddîn. *Lisânü'l-'Arab*, Dârü's-Sadir, Beyrut, 1414.
- İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed. *el-Mukaddimâtü'l-Mümehhidât*, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1988.
- İbn Teymiyye, Takiyüddîn. *Mecmûu'l-Fetâvâ*, Mecmau'l-Melik Fehd, Medine, 1995.
- İbnü'l-Cevzî, Ebü'l-Ferec Cemâlüddîn. *Zâdü'l-Mesîr fi İlmi't-Tefsîr*, Dârü'l-Kitâb, Beyrut, 1422.
- İnsan Hakları Merkezi. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/114-multecilerin-hukuki-durumuna-dair-sozlesme/>. Erişim Tarihi: 25. 08. 2022.
- İzzeddîn b. Abdisselâm. *el-Ğaye fi İhtisâri'n-Nihâye*, Dârü'n-Nevâdir, Beyrut, 2016.
- Kâdî Abdülvehhâb. *el-İşrâf 'alâ Nüketi Mesâili'l-Hilâf*, Dâru İbn Hazm, 1999.
- Karaman, Hayreddin/Çağrıçı, Mustafa/Dönmez, İbrahim Kâfi/Gümüş, Sadrettin. *Kur'ân Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2014.
- Kâsânî, Alâüddîn. *Bedâiü's-Sanâi'*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y., 1986.
- Kişnâvî, Ebûbekr b. Hasan. *Eshelü'l-Medârik*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1436.
- Kudûrî, Ahmed b. Muhammed. *et-Tecrîd*, Dârü's-Selâm, Kahire, 2006.
- Mecma'u'l-Vesâiki's-Siyâsiyye, Beyrut, 1987.
- Merdâvî, Muhammed b. Müflih. *el-Furû' ve Tashîhu'l-Furu'*, Müessesetu'r-Risâle, 2003.

- Mergînânî, Alî b. Ebîbekr. *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, 1431.
- Mevsilî, Mecdüddîn Abdullah b. Mahmud. *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, Matbaatul-Halebî, Kahire, 1937.
- Mevsûâtü'l-Fıkhîyye, II. Baskı, Vizâretü'l-Evkâf, Kuveyt, 1427.
- MHK, *Mülteci Hukuku Kanunu*, (Kanun No. 359). Resmî Gazete 10898 (5 Eylül 1961).
- Müslim, b. Haccâc. *es-Sahîh*, Dârü't-Tibâeti'l-'Amire, Türkiye, 1433.
- Nevevî, Mühyiddîn. *Ravdatü't-Tâlibîn ve 'Umdetü'l-Müftîn*, el-Mektebü'l-İslâmî, 1991.
- Ömer, Ahmed Muhtar. *Mu'cemu Luğati'l-Arabiyyeti'l-Muasıra*, Alemü'l-Kütüb, y.y., 2008.
- Özel, Ahmet. "Dârü'lislâm", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 8, 1993, s. 541-543.
- Özel, Ahmet. "Harbî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 16, 1997, s. 112-114.
- Özel, Ahmet. "Hicret", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 17, 1998, s. 462-466.
- Özel, Ahmet. "Müste'men", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 32, 2006, s. 140-143.
- Râzî, Ahmed b. Fâris. *Mekâyisu'l-Luga*, Dâru'l-Fikr, 1979.
- Reşîd Rıza, Muhammed. *Tefsîrü'l-Menâr*, el-Hey'etü'l-Mısriyye, 1990.
- Savran, Ahmet. "Ka'b b. Zühayr", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 24, 2001, s. 7-8.
- Sem'ânî, Ebü'l-Muzaffer Mansûr b. Muhammed. *Tefsîru's-Sem'ânî*, Dâru'l-Vatan, Riyad, 1997.
- Serahsî, Muhammed b. Ahmed. *el-Mebsût*, Dârü'l-Marife, Beyrut, 1993.
- Serahsî, Muhammed b. Ahmed. *Şerhü's-Siyerî'l-Kebîr*, eş-Şerîketü's-Şarkîyye, y.y., 1971.
- Suyûtî, Celâlüddîn. *el-Câmiü's-Sağîr ve Ziyâdetuh*, y.y., 1431, s. 12093.
- Şâfiî, Muhammed b. İdrîs. *el-Müsned*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1400.
- Şâfiî, Muhammed b. İdrîs. *el-Ümm*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1990.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasan. *el-Asl*, Dâru İbn Hazm, Beyrut, 2012.
- Şinkîtî, Ahmed b. Ahmed. *Mevâhibü'l-Celîl min Edilleti'l-Halîl*, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-İslâmî, Katar, 1407.

- Şirbînî, Hatîb. *Müğnî'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y., 1994.
- Taberî, Muhammed b. Cerîr. *Câmiu'l-Beyân 'an Te'vili 'Ayi'l-Kur'ân*, Dârü't-Terbiyeti ve't-Turâs, Mekke, t.y.
- Tirmizî, Muhammed b. İsâ. *es-Sünen*, Mektebetu el-Bâbî Halebî, Mısır, 1975.
- UNHCR. <https://www.unhcr.org/>. Erişim Tarihi: 23. 08. 2022.
- UNHCR/TR. <https://www.unhcr.org/tr/>. Erişim Tarihi: 23. 08. 2022.
- Yahyâ b. Âdem. *el-Harâc*, el-Matbaatü's-Selefiyye, 1384, s. 70.
- Yaman, Ahmet. "Kur'ân ve Örnek Uygulamalara göre Mültecinin Temel Hak ve Özgürlükleri", *Mehir*, S. 4, 1999, s. 75-77.
- Yaman, Ahmet. *İslâm Geleneğine Göre Mültecî ile Birlikte Yaşamak*, Konya İl Müftülüğü Kültür Yayınları, Konya, 2015.
- Yaman, Ahmet. "Zimmî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 44, 2013, s. 434-438.
- Zebîdî, Muhammed Murtazâ. *Tâcu'l'Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, Dârü'l-Hidâye, Kuveyt, 2001.
- Zeccâc, Ebû İshâk İbrâhim b. es-Serî. *Meânî'l-Kur'ân ve İ'râbuh*, I. Baskı, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut, 1988.
- Zeydan, Abdülkerîm. *Ahkâmu'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'minîn fi'l-İslâm*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1982.
- Zeylaî, Osman b. Alî. *Tebyînü'l-Hakâik*, el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Kahire, 1314.
- Zuhaylî, Vehbe. "Eman", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, C. 11, 1995, s. 79-81.

“Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır” Önermesinin Doğruluk Değeri*

Hasan İBA 

Arş. Gör., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye hiba@erzincan.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 12.06.2022 Kabul: 08.11.2022 Yayın: 22.12.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Hukuka Aykırılık, Tipiklik, Hata, Haksızlık, Hukuka Uygunluk Nedenleri.</p>	<p>Türk öğretisinde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olarak ileri sürülen bir görüşe göre, bir fiil bir hukuk dalında hukuka aykırı ise hukukun diğer dalları bakımından da hukuka aykırıdır. Bu önermenin, hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ileri sürülmektedir.</p> <p>Hukuk, normların bağımsız ve rastgele bir araya geldiği kaotik bir sistem değildir. Hukukun temel fonksiyonu davranışlara rehber olmaktır. Hukukun bu fonksiyonunu yerine getirilebilmesi için aynı davranışın bir hukuk dalına göre hukuka uygun, diğerine göre hukuka aykırı olmaması gerekir. Dolayısıyla bir hukuk dalı bakımından hukuka aykırı olan fiilin diğer hukuk dalları bakımından da hukuka aykırı olduğunu ifade eden önermenin arka planındaki düşünce doğrudur. Hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesini ortaya koymak için ileri sürülen önermenin kendisinin ise doğruluk değeri yoktur. Hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi ile uyumlu olan önerme şudur: Hukukun bir dalında hukuka uygun olan bir fiil, hukukun diğer dalları bakımından da hukuka uygundur.</p>

The Truth Value of the Proposition of “Unlawful Act in terms of One Branch of Law is Also Illegal in terms of All Other Branches of Law”

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 12.06.2022 Accepted: 08.11.2022 Published: 22.12.2022</p> <p>Keywords: Unlawfulness, Typicality, Mistake, Wrongfulness, Justification.</p>	<p>According to an opinion put forward regarding the illegal element of crime in Turkish teaching, if an act is illegal in one branch of law, it is also illegal in terms of other branches of law. It is argued that this proposition is a requirement of the principle of unity and integrity of the legal order.</p> <p>Law is not a chaotic system where norms come together independently and randomly. The main function of law is to guide behavior. In order for this function to be fulfilled, the same behavior must not be lawful according to one branch of law and unlawful according to another. Therefore, we agree with the thought behind the agreed proposition. What we do not participate is the proposition that is put forward to reveal the principle of unity and integrity of law. In our opinion, the correct proposition is this: An act that is lawful in one branch of law is also lawful in other branches of law.</p>

Atıf/Citation: İba. H. (2022). “Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır” Önermesinin Doğruluk Değeri, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s.762-787.

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, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 2022’de sunulan, "Ceza Hukukunda Genel Kabul Gören; 'Hukukun Bir Dalında Hukuka Aykırı Olan Fiil Zorunlu Olarak Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır' Önermesine Eleştirel Bir Bakış" başlıklı bildirinin geliştirilmiş halidir.

GİRİŞ

Türk öğretisinde bir görüşe göre, bir fiil bir hukuk dalında hukuka aykırı ise zorunlu olarak diğer hukuk dalları bakımından da hukuka aykırıdır.¹ Bu önermenin manası şudur; bir fiilin salt bir hukuk dalında hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez. Örneğin fiilin sadece ceza hukukuna, medeni hukuka ya da idare hukukuna aykırı olduğu ileri sürülemez. Ceza hukukuna aykırı olan fiil aynı zamanda medeni hukuka da idare hukukuna da ve diğer hukuk dallarına da aykırıdır; aynı şekilde medeni hukuka ya da idare hukukuna aykırı olan bir fiil hukukun diğer tüm dallarına da aykırıdır.

Bu önerme ceza hukukunun iskeletini oluşturan yapının temel bileşenlerinden biri ile ilgilidir. Ceza hukukunun iskeletini cezalandırılabilir fiilin yapısı oluşturur. Ceza hukukundaki diğer tüm kurumlar bu iskeletin üzerindeki dokulardır. Cezalandırılabilir fiil, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur olmak üzere üç unsurdan oluşur. *Suç* kavramı yerine *cezalandırılabilir fiil* kavramını tercih etmemizin nedeni, Türk öğretisinde kusurun suçun bir unsuru olup olmadığı meselesinin tartışmalı olmasıdır. Öğretide bir görüşe göre² kusur suçun bir unsuru iken diğer bir görüşe göre³ kusur suçun bir unsuru değildir. Ancak iki görüşe göre de failin tipik ve hukuka aykırı fiili dolayısıyla cezalandırılabilmesi için kusurlu olması gerekir. Bu yüzden Alman hukukunda, yerinde olarak, suç kavramı yerine daha kapsayıcı bir kavram olan *cezalandırılabilir fiil* kavramı kullanılmaktadır.⁴

Cezalandırılabilir fiilin tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurdan oluşan yapısında hukuka aykırılık bağımsız bir unsurdur; ancak konu öğretide tartışmasız da değildir. Bir görüşe göre cezalandırılabilir fiilin yapısı tipiklik ve kusur unsurlarından oluşur (*tipikliğin negatif unsurları teorisi*).⁵ Bu görüşe göre, hukuka aykırılık tipikliğe mündemiçtir; fiil tipikse zaten hukuka da aykırıdır.

¹ Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 303; İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Ünver, Yener. *Suç Teorisi (2)*, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2003, s. 101.

² Özgenç, s.178; Koca, Mahmut/Üzülmez. İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 88; Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Adalet, Ankara, 2019, s. 134; Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Adalet, Ankara, 2019, s. 194.

³ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 219; Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 165; Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Bası, Savaş Kitabevi, 2021, Ankara, s. 129.

Kasta ve taksir çifte fonksiyon yükleyen ve kusurluluğu suçun bir unsuru olarak kabul eden bazı yazarlar için bkz. Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 207; Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 169.

⁴ Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*, 1. Bası, Seçkin, 2017, Ankara, s. 49; *Keyman* ise bu üç unsuru kapsayacak bir terim olarak “geniş anlamda tipiklik” terimini kullanmaktadır: “Geniş anlamda tipiklik, hukuk düzenince gerçekleştirilen değerlendirme faaliyetinin, konu ve değerlendiren yargı diye ikiye ayrılabilceğini reddeder. Suçun unsurları ele alınırken, değerlendirmenin konusunu oluşturan hareket (objektif ve sübjektif unsurları ile birlikte ele alınan) ile bunun üzerindeki değer yargısını oluşturan hukuka aykırılık ve normativist anlamda kusurluluk arasında bir ayırım yapmak doğru değildir”. Keyman, Selahattin. “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S.1, 1980, s. 74.

⁵ Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, Stevens and Sons, London, 1961, s. 241; Dan-Cohen, Meir. “The Actus Reus and Offences of Situation”, *Israel Law Review*, Vol. 7, No. 2, 1972, s. 188; Moore, Michael S. *Act and Crime: The Theory of Action and Its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1993, s. 179; Huigens, Kyron. “Fletcher's Rethinking: A Memoir”, *Tulsa Law Review*, Vol. 39, No. 4, 2004, s. 811.

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde hukuka aykırılığın suç tipinin bir unsuru olup olmadığı tartışması üzerinde duracağız. Bu tartışmaya yer vermemizin nedeni, tartışmak istediğimiz önermenin suç teorisi içerisindeki yerini belirginleştirmektir; zira hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin olumsuz nitelikteki unsuru ise tartışmak istediğimiz önerme cezalandırılabilir fiilin tipiklik unsuru ile ilgili olmaktadır. Cezalandırılabilir fiilin yapısına ilişkin açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere bize göre hukuka aykırılık cezalandırılabilir fiilin bağımsız bir unsurdur ve tartışmak istediğimiz önerme cezalandırılabilir fiilin hukuka aykırılık unsuru ile ilgilidir. İkinci bölümde bir hukuk dalı bakımından hukuka aykırı olan fiilin diğer hukuk dalları bakımından da hukuka aykırı olduğunu ileri süren önermenin doğruluk değerini tartışacağız. Bize göre bu önerme hatalıdır; hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesini yansıtan önerme, “bir hukuk dalı bakımından hukuka uygun olan fiil hukukun diğer dalları bakımından da hukuka uygundur” şeklindeki önermedir.

I. HUKUKA AYKIRILIĞIN SUÇUN BAĞIMSIZ BİR UNSURU OLUP OLMADIĞI SORUNU

A. Genel Olarak

İnsan nedenlere duyarlı bir doğaya sahiptir; hukuk normları bireylere belli bir şekilde davranmaları ya da davranmamaları için nedenler sunar.⁶ Örneğin, TCK m. 81/1’e göre, “bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır”. Yaptırımla desteklenen normun uyarısı, muhataplarına bu fiili işlememeleri gerektiği konusunda bir neden sunar.

Davranışları konu edinen hukuk normları davranış normlarıdır. Bu tip normlar belli bir şekilde davranmayı ya da davranmamayı yasaklayan ya da normalde (*prima facie*) yasak olan davranışa izin veren normlardır.⁷ İlk kategorideki normlar yükümlülük normları, ikinci kategorideki normlar izin normlarıdır. Dolayısıyla davranış normlarının biri yükümlülük normları diğeri izin normları olmak üzere iki türü vardır.

Normlar hukuk düzeninin yapı taşlarıdır; hukuk düzeni normlar aracılığı ile benzer karakteristik özelliğe sahip olan belirsiz sayıda insan davranışını konu edinir ve bu davranışlar hakkında bir değerlendirmede bulunur.⁸ Suç tiplerini düzenleyen normlar ceza normlarıdır. Ceza normları yükümlülük normlarının bir kategorisidir.

Ceza normunun biri kural, diğeri yaptırım olmak üzere iki unsuru vardır.⁹ Ceza normunun kural unsuru, yapılması ya da yapılmaması yasaklanan davranışları tasvir eder.¹⁰ Yaptırım unsuru ise ceza normunun kural unsurunun ihlalinin hukuki sonucunu içerir. Ceza normunda yaptırım unsuruna yer verilmesinin nedeni, bireyi yasağa iten motifi bastırmak ve normun ihlalinin

⁶ Robinson, Paul H. “Rules of Conduct and Principles of Adjudication”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 57, No. 3, 1990, s. 731.

⁷ Dan-Cohen, Meir. “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 97, No. 3, 1984, s. 627-628; Mousourakis, George. “Justification and Excuse”, *Criminal Law and Legal Philosophy*, Vol. 7, No. 35, 1998, s. 36.

⁸ Keyman, s. 70.

⁹ Hafizoğulları, Zeki. *Ceza Normu*, 2. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 279. Yazara göre, davranış kuralı ve yaptırım aynı normda yer alıyorsa “tam ceza normu”ndan, yaptırım başka bir normda yer alıyorsa “eksik ceza normu”ndan söz edilir. Age., s. 279-280.

¹⁰ Hafizoğulları, s. 143.

kaçınma yönünde karşıt bir motivasyon oluşturmaktır.¹¹ Yasak ve yaptırım arasındaki ayrım, tasnif ve çözümlenme bakımından önemli olmakla birlikte yasak ve yaptırım, ceza normunun birlikteyken işlevsel olan iki kurucu unsurudur.¹²

Hukuka uygunluk nedenleri ise izin normlarında tasvir edilir.¹³ İzin normlarının varlık nedeni ceza normlarına istisna getirmektir. Ceza normlarının istisnasız uygulanması halinde ortaya çıkan sakıncalar izin normları ile giderilir. Örneğin, hürriyetten yoksun bırakma suçunun istisnası olmasa idi; şüpheli gözaltına alınamaz, hükümlünün cezası infaz edilemezdi; aksine şüpheliyi gözaltına alan ve hükümlünün cezasını infaz edenler hürriyetten yoksun bırakma suçunu işlemiş olurdu. Hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen izin normları bu sakıncayı gideren türev/tali nitelikli normlardır.¹⁴

Ceza normlarını olumlu ya da olumsuz gereklilik kipleri (-malı/-meli; -mamalı/-memeli) karakterize ederken, izin normlarını izin kipleri (-abil;-ebil) karakterize eder.¹⁵ Ceza normlarını gereklilik kipleri karakterize ettiği için ceza normları emir ya da yasak içerir. İzin normlarını izin kipleri karakterize ettiği için izin normları yasak ya da emir değil, serbesti içerir. İzin normları muhatabına “yap” ya da “yapma” değil; “yapabilirsin” ya da “yapmayabilirsin” der. Yaptırım, yasak ya da emirin ihlali halinde söz konusu olabileceğinden izin normlarının ceza normlarından bir diğer farkı izin normlarının yaptırım unsurunun olmamasıdır.

İzin normları ceza normlarına istisna getirdikleri için ceza normları ile izin normları arasındaki ilişki norm çatışmasıdır. Örneğin, meşru savunmanın koşulları oluştuğunda, TCK m. 81’in muhatabına uyarısı “öldürme!” iken TCK m. 25/1, muhatabına “öldürebilirsin” demektedir. Her iki normda aynı davranışı konu edinmekte biri davranışı yasaklarken diğeri davranışa izin vermektedir.

Hukuk, davranış normlarının rastgele bir araya geldiği kaotik bir yapı değildir. Hukukun varlık nedeni düzen ihtiyacıdır. Bu ihtiyacın karşılanabilmesi için hukukun kendi düzeni olmalıdır; bu yüzden normlar arasındaki çatışma giderilmelidir. Normlar arasındaki çatışmayı gideren kurallara meta-kurallar denir ve meta kuralların; “üstün olan kanun alttakini yürürlükten kaldırır” (*lex superior derogat inferiori*), “sonraki kanun önceli kanunu yürürlükten kaldırır” (*lex posterior derogat priori*) ve “özel kanun genel kanunu yürürlükten kaldırır” (*lex specialis derogat generali*) şeklinde üç farklı türü vardır.¹⁶

Hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen izin normları ceza normlarına istisna getirdikleri için ceza normları ile izin normları arasında genel norm-özel norm ilişkisi vardır. Örneğin, meşru savunmanın koşulları oluştuğunda fiil, hem insan öldürmeyi düzenleyen norm (TCK m. 81/1) hem

¹¹ Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 92.

¹² Katoğlu, Tuğrul. *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s. 26.

¹³ Opalek, Kazimierz. “Norm and Conduct, the Problem of the ‘Fulfillment’ of the Norm”, *Logique et Analyse*, Vol. 14, No. 53-54, 1971, s. 111; Huang, Zhisheng/Masuch, Michael. “The Logic of Permission and Obligation”, *Logique et Analyse*, Vol. 38, No. 119, 1995, s. 55-74.

¹⁴ Boella, Guido/ Van Der Torre, Leendert. “Permissions and Obligations in Hierarchical Normative Systems”, in *Proceedings of the 9th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, eds. [John Zeleznikow](#), Association for Computing Machinery, Edinburgh, 2003, s. 110.

¹⁵ Alchourrón, Carlos E. “Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems”, *Law and Philosophy*, Vol. 10, No. 4, 1991, p. 417.

¹⁶ Boella/van der Torre, s.111.

de meşru savunmayı düzenleyen norm (TCK m. 25/1) bakımından tipik olmaktadır. Çünkü, meşru savunmanın varlığı halinde insan öldürmeyi düzenleyen TCK m. 81’in, fiilin bir insana yönelmesi ve onun ölümüne yol açması unsurlarına, TCK m. 25/1’in bir saldırının olması, savunmada gereklilik bulunması ve savunmanın orantılı olması şeklindeki unsurları eklenmektedir.

Ancak öğretilerde bir görüşe göre hukuka uygunluk nedenleri ile ceza normları arasındaki ilişki norm çatışması değildir; hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiilin suç teşkil etmemesinin nedeni fiilin ceza normu bakımından tipik olmamasıdır. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri bağımsız bir norm kategorisi olmayıp ceza normlarının negatif nitelikli unsurlardır.

B. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi

Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu tipikliğin negatif unsurudur.¹⁷ Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil hukuka aykırı olmadığı için değil, tipik olmadığı için haksız değildir.¹⁸ Tipikliği hukuka aykırılığın karinesi olarak gören görüşe göre ise somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, fiil tipiktir; fakat hukuka aykırı değildir. Örneğin, meşru savunma halinde kasten insan öldürmede, tipikliğin negatif unsurları teorisine göre meşru savunmanın yokluğu suç tipinin olumsuz unsuru olduğu için kasten insan öldürme suçunun tipi oluşmaz; fiilin tipik olması için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olmaması gerekir. Tipikliği hukuka aykırılığın karinesi olarak gören görüşe göre ise örnekte kasten insan öldürme suçunun tipi oluşur; ancak meşru savunma dolayısıyla hukuk tipik fiile izin verir.

Türk hukukunda bizim tespit ettiğimiz kadarıyla tipikliğin negatif unsurları teorisini kabul eden yazar yoktur. Ancak öğretilerde tipikliğin negatif unsurları teorisine yakın görüşler vardır. Örneğin, *Toroslu/Toroslu*’ya göre, hukuka aykırılık suçun bağımsız bir unsuru değildir; suçun biri maddi (fiil), diğeri manevi (kusur) nitelikte olmak üzere iki unsuru vardır.^{19,20} Ontolojik bir ölçütten hareket eden yazarlara göre, fiil ve kusur maddi dünyaya ait doğal fenomenlerdir, hukuka aykırılık ise doğaya ait bir gerçeklik olmayıp doğal gerçeklik hakkındaki değer yargısıdır.²¹ Suçun doğal bir fenomen olduğunu ileri süren yazarlara göre hukuka aykırılık doğal dünyaya ait bir fenomen olmadığı için suçun bir unsuru değildir.²² *Kartezyen düalizmi* esas alan yazarlar, insanın madde ve ruhtan oluşan doğası ile maddi ve manevi unsurlardan oluşan suçun düalist yapısının paralel olduğunu ileri sürmektedirler.²³ *Hafizoğulları/Özen*’e göre de meseleye salt ontolojik açıdan yaklaşıldığında ve suç doğal bir fenomen olarak kabul edildiğinde, hukuka aykırılık suçun bir unsuru olamaz.²⁴ Zira hukuka aykırılık, doğal bir fenomen olmayıp normatif nitelikte bir kavramdır. Ancak, suçun salt doğacı ya da salt normatif bir açıdan değerlendirilemeyeceğini ileri

¹⁷ Öğretilerde bu görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Williams, s. 241; Dan-Cohen, s. 188; Moore, s. 179; Huigens, s. 811.

¹⁸ Keyman, s. 89.

¹⁹ *Toroslu/Toroslu*, s. 128.

²⁰ Bu yaklaşıma göre, suç, herhangi bir fiil değil, hukuka aykırı olan fiildir; yani hukuka aykırılık fiilin hukuk düzeni ile çatışmasının adıdır. Dolayısıyla hukuka aykırılık suçun bir unsuru değil, bizatihi kendisidir. Suçun tamamını niteleyen bir kavramın aynı zamanda suçun bir parçası olduğu ileri sürülemez. Katoğlu, s. 140-141.

²¹ *Toroslu/Toroslu*, s. 128.

²² *Toroslu/Toroslu*, s. 129.

²³ *Toroslu/Toroslu*, s. 129.

²⁴ *Hafizoğulları/Özen*, s. 164.

süren *Hafizoğulları/Özen*’e göre “didaktik” ve “pragmatik” gereksinimlere daha uygun olduğu için hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak ele almak gerekir.²⁵

Hukuka uygunluk nedenleri hukuka aykırılık değerlendirmesinin içeriğini oluşturur. Toroslu/Toroslu’nun hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak kabul etmemesi, yazarların tipikliğin negatif unsurları teorisini kabul ettiğini akla getirirse de, yazarlar hukuka uygunluk nedenlerini ceza normunun dışında tuttukları için bu teoriye taraftar değillerdir: “...ceza kanunlarında öyle bazı ipotезler veya durumlar öngörölmüştür ki, bu durumlarda işlenen fiil ceza normunda tanımlanan bütün unsurları taşımasına rağmen cezalandırılmamaktadır. Örneğin bir şahsın ölümüne neden olmak normal olarak yasaktır; ancak meşru savunma nedeniyle öldürölen kimseye ceza verilmez”.²⁶ Yazarlara göre hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil ceza normunda tanımlanan bütün unsurları taşımaktadır. Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre ise hukuka uygunluk nedenleri ceza normunun negatif nitelikli unsurlardır; bu yüzden somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olması, fiilin ceza normunda tanımlanan unsurları taşımadığı anlamına gelir.

Tipikliğin negatif unsurları teorisinin en ayırıcı özelliklerinden biri hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunu kastın kapsamına dâhil etmesidir.²⁷ Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata bu teoriye göre kasti kaldırır.²⁸

Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre hukuka aykırılık suç tipine mündemiç olduğu için haksızlık, tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarından oluşmaz. Bu modele göre fiil tipikse aynı zamanda hukuka da aykırıdır ve dolayısıyla haksızdır; yani bu görüşe göre haksızlık tipikliğe karşılık gelmektedir; fiilin tipik olduğunu tespit etmek fiilin haksız olduğunu tespit etmektir.

Tipikliğin negatif unsurları teorisinin cezalandırılabilir fiilin tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklindeki üç basamaklı yapısını tipiklik ve kusurluluktan oluşan iki basamaklı bir yapıya indirgemesinin suç teorisinde çok önemli yansımaları vardır. Örneğin, öğretideki hâkim görüşe göre hukuka uygunluk nedenleri kanunda sayılanlarla sınırlı değildir.²⁹ Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin içerisinde yer aldıkları için kanunilik ilkesi gereği hukuka uygunluk nedenlerinin de kanunla düzenlenmesi gerekir. Keza Türk öğretisinde bu mesele ile ilgili olan bir başka tartışmalı konu, düğün konvoyunun önünü kesme, damadın sırtını hafifçe yumruklama, meyve ağacından birkaç meyve alma gibi sosyal olarak hoş karşılanan fiillerin niteliğidir. Bir görüşe göre bu tür fiiller kanun koyucunun cezalandırmak istediği fiiller değildir; dilin sınırlılığı gereği bu tür fiiller lafzen tipe uygunmuş gibi görünse de gerçekte tipik değildir (maddi anlamda hukuka aykırılık kavramı).³⁰ Bir başka görüşe göre ise

²⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 164-165.

²⁶ Toroslu/Toroslu, s. 129.

²⁷ Keyman, s. 90.

²⁸ Keyman, s. 90; Özgenç, s. 526.

²⁹ Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 220-221; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s.297; Koca/Üzölmez, s. 273; Demirbaş, s. 284; Hakeri, s. 315; Zafer, s. 356; Akbulut, s. 419; Aksi yönde bkz. Kunter, Nurullah. *Suçun Kanuni Unsurları (Köksal bayraktar vd.)*, 2. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2022, s. 149.

³⁰ Akbulut, s. 198; Hakeri, Hakan. “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 20, S. 69, 2007, s. 61; Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2003, s. 924.

kanundaki tanıma uydukları için bu tür fiiller tipiktir; ancak hukuka uygundur.³¹ Tipikliğin negatif unsurları teorisi haksızlığı tipikliğe indirgediği için bu teoriye göre bahse konu fiiller tipik olmadığı için haksız değildir. Söz konusu durumlarda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu kabul edilse dahi tipikliğin negatif unsurları teorisine göre hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin olumsuz unsurları olduğu için sonuç itibarıyla bahse konu durumlarda fiil tipik olmamaktadır.

Cezalandırılabilir fiilin hukuka aykırılık unsuruna ilişkin en temel tartışma konularından birisi hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunudur. Örneğin, (A), (B) ile ilişkiye girer. (A), alkolün etkisi nedeniyle (B)’nin kendisinde olmadığını ve bu yüzden (B)’ye cinsel saldırıda bulunduğu inanmaktadır. (B) ise kendindedir ve ilişkiye rıza göstermiştir. Rıza, cinsel saldırı suçunda bir hukuka uygunluk nedenidir.³² Örnekte, (B) fiile rıza göstermiştir; yani rıza objektif olarak vardır; ancak (A) bu durumu bilmemektedir.

Öğretide, fiilin hukuka uygun olabilmesi için sübjektif bir unsurun varlığının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedir; somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiil hukuka uygundur (objektif teori).³³ Karşı görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin hem objektif hem de sübjektif unsurları vardır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse ve fail bu durumu bilmiyorsa fiil hukuka uygun değildir (sübjektif teori).³⁴ Cinsel saldırı örneğinde, objektif teoriye göre, (A)’nın fiili hukuka

³¹ Dönmezer, Sulhi/Erman Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 2. Cilt*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 1997, s. 15-16; Önder, s. 215; Demirbaş, s. 284. Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Özkan, Salih, *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 193 vd.

Yargıtay da bir kararında bu yönde görüş belirtmiştir: “Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece mübet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülün, fiili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca kanunun asıl fikrine ‘ratio legis’ e bakmak gerekir. Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda hukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin ‘adil’ veya ‘haklı’ sayılabilmemesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirtilen halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza hukukunun da zımni sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz”. CGK, 28.03.1983, 56/144, aktaran: Hakeri, “Önemsiz Hareketler”, s. 67.

³² Öğretide azınlık görüşe göre, rızanın yokluğu cinsel saldırı suçunda tipiklik unsurudur. Azınlık görüş için bkz. Ekici Şahin, Meral. *Ceza Hukukunda Rıza*, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2012, 87; Taner, Fahri Gökçen. *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2017, s. 120; Akbulut, Berrin. “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 14, S. 40, 2019, s. 265.

³³ Dönmezer/Erman, s. 21; Alacakaptan, Uğur. *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 84; Önder, s. 223; Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 395; Kunter, s. 136; Toroslu/Toroslu, s. 160; Hafizoğulları/Özen, s. 212; Soyaslan, s. 362-363; Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2007, s. 63; Zafer, s. 362; Kangal, Zeynel Temel. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2010, s. 203; Demirbaş, s. 289; Dursun Selman/Bozbayındır, Ali Emrah. “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73, S. 1, 2015, s. 86-87; Erdin, Selim. *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu*, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2021, s. 427; Tunç, Kübra. *Ceza Hukukunda Kastı Engellenen Hata*, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2020, s. 288; Uğraş, Dilek Özge. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suçun Yapısı İçerisindeki Yeri ve Muhtevası”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 9, S. 18, 2021, s. 411.

³⁴ Koca/Üzülmez, s. 271; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 310; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Adalet, Ankara, 2018, s. 595; Hakeri, s. 342; Akbulut, s. 421; Öztürk/Erdem, s. 418; Ersan, Aykut. *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*,

uygunken sübjektif teoriye göre fiil hukuka aykırıdır. Sübjektif teoriyi savunan yazarlara göre, tipiklik objektif ve sübjektif unsurlardan oluşur. Hukuka uygunluk nedenleri tipik fiilin haksızlığını ortadan kaldıran nedenlerdir. Tipik fiilin objektif unsurları hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları ile denkleştir. Tipikliğin haksızlığının tamamen ortadan kalkması için tipikliğin sübjektif unsurlarının haksızlığı da ortadan kalkmalıdır. Tipikliğin sübjektif unsurlarının haksızlığının ortadan kalkması için hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının da olması gerekir (denkleştirme tezi).³⁵ Sübjektif teoriyi savunan yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmediği durumlarda, failin sorumluluğu bakımından farklı görüşleri savunmaktadırlar. Bir görüşe göre, bu tip bir durumda tipikliğin objektif unsuru denkleştirdiği sübjektif unsuru denkleşmediği için fail suça teşebbüsten sorumlu olmalıdır; zira suça teşebbüste fail netice gerçekleşmediği için neticenin haksızlığından değil, kastla karakterize olan hareketin haksızlığından sorumlu olur.³⁶ Karşı görüşe göre, bu tür durumlarda fail tamamlanmış suçtan sorumlu olmalıdır.³⁷ Bu iki görüşü cinsel saldırı örneğine uyarlayacak olursak, sübjektif görüşü savunan yazarların bazılarına göre, (A) cinsel saldırı suçuna teşebbüsten sorumlu olmalıyken, diğer bazılarına göre tamamlanmış cinsel saldırı suçundan sorumlu olmalıdır.

Tipikliğin negatif unsurları teorisi, hukuka uygunluk nedenlerini suç tipinin unsuru olarak kabul ettiği için objektif teori ile aynı sonuca ulaşmaktadır. Fiilin tipik olabilmesi için tipikliğin pozitif (olumlu) unsurlarının gerçekleşmesi negatif (olumsuz) unsurlarının ise gerçekleşmemesi gerekir. Pozitif unsurlar objektif olarak gerçekleşmemişse ya da negatif unsurlar objektif olarak gerçekleşmişse fiil objektif olarak tipik değildir. Suç tipi objektif olarak gerçekleşmemişse, Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs cezalandırılmadığı için fail sorumlu olmaz. Örneğin, (A), husumet yaşadığı çiftçi (B)'ye ateş ettiğini zanneder; ancak gerçekte ateş ettiği çiftçi (B) değil, tarladaki korkuluktur. Örnekte, insan öldürme suçunun insan unsuru bulunmadığı için fiil objektif olarak tipik değildir. Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif nitelikli unsurları olduğu için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmişse fiil objektif olarak tipik değildir. Yukarıdaki cinsel saldırı örneğinde tipikliğin negatif unsurları teorisine göre rıza suçun tipiklik unsurudur. Fiilin tipik olabilmesi için fiile maruz kalanın rızasının olmaması gerekir. Örnekte, fiile maruz kalanın rızası bulunduğu için fiil objektif olarak tipik değildir.

Tipikliğin negatif unsurları teorisinin cezalandırılabilir fiilin üç basamaklı yapısını, tipiklik ve kusurluluktan oluşan iki basamaklı bir yapıya indirgemesinin bir başka önemli sonucu hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesi ile ilgilidir. Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif nitelikli unsurları olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata suç tipinin maddi unsurlarında hatadır.³⁸ Suç

1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 50; Ozansü, Mehmet Cemil. *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2007, s. 118; Göktürk, Neslihan. “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 27, 2015, s. 16; Karakurt, Ahu. “Türk Ceza Kanunu'nda Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 10, 2009, s. 128-129.

³⁵ Göktürk, “Objektif Nitelikte midir?”, s. 17 vd.; Erdin, s. 211 vd.; Öztürk/Erdem, s. 260.

³⁶ Koca/Üzülmez, s. 272; Göktürk, “Objektif Nitelikte Midir?”, s. 27; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 595.

³⁷ Kazaker, Gözde. *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2019, s. 268; Öztürk/Erdem, s. 261; Ersan, s. 52-53; Ozansü, s. 118-119.

³⁸ Keyman, s. 90; Özgenc, s. 526.

tipinin maddi unsurlarında hata TCK m. 30/1’e göre kastı kaldırır. Dolayısıyla tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı kaldırır. Hata kaçınılabilsen ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.

Öğretide tipikliğin negatif unsurları teorisini kabul eden yazarlar, biri norm, diğeri hak teorisinden kaynaklanan iki temel argümana dayanmaktadır:

Norm teorisine dayanan argümana göre, hukuka uygunluk nedenleri bağımsız bir norm kategorisi teşkil etmezler ve bu yüzden ceza normlarının içerisinde yer alırlar.³⁹ Hukuk normları “yap” ya da “yapma” buyrukları ile davranışları yönlendirir. Hukuka uygunluk nedenleri ise davranışları yönlendirmezler. Örneğin, meşru savunmada saldırıya uğrayan kendisini savunup savunmama, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu suçlarda ilgili maruz kaldığı fiile rıza gösterip göstermeme ya da hakkın icrasında hak sahibi hakkını kullanıp kullanmama konusunda özgürdür. Hukuka uygunluk nedenlerinde muhatap hangisini tercih ederse etsin sorumlu olmayacağına göre, hukuka uygunluk nedenlerinde davranışın yönü belli değildir. Davranış normlarının temel özelliği emir ya da yasak şeklinde bir buyruk içermeleri ve buyruğa aykırılığın norma aykırılık anlamına gelmesidir. Davranış normları ihlal edildiğinde muhatap yaptırımla karşılaşır. Hukuka uygunluk nedenlerinde “yap” ya da “yapma” şeklinde bir buyruk yoktur. Muhatap hukuka uygunluk nedeninin kendisine bahsettiği ceza normunu ihlal etme serbestisini kullanıp kullanmama konusunda serbesttir; hukuka uygunluk nedenlerinin yaptırım unsuru yoktur; hukuka uygunluk nedenlerinin ihlali kabil değildir. İhlali kabil olmayan dolayısıyla ihlal edilemediği için yaptırım içermeyen önermeler norm olamaz.⁴⁰ Ayrı bir norm kategorisi teşkil etmedikleri için hukuka uygunluk nedenleri olumsuz bir unsur olarak ceza normlarının içerisinde yer alırlar. Suç teorisine uygun bir terminoloji ile ifade etmek gerekirse, hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif nitelikteki unsurlarıdır.

Hak teorisine dayanan argümana göre ise hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde hak ihlali yoktur.⁴¹ Tıpe uygunluk bir hakkın ihlali manasına gelir. Hukuka uygunluk nedenlerinde hak ihlali olmadığına göre fiil tipik olmamaktadır. Fiilin bir hakkı ihlal etmesi için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olmaması gerekir. Dolayısıyla ihlalin başka bir deyişle tipikliğin unsurlarından biri somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasıdır; yani hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif nitelikli unsurlarıdır. Bu çıkarım “*hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde hak ihlali yoktur*” önermesine dayanır. Bu yüzden bu önermenin gerekçesi üzerinde durmamız gerekir. Hak, niteliği gereği, sahibine yetki verirken muhatabına ödev yükler.⁴² Örneğin, alacak hakkında hak sahibinin alacağını isteme yetkisi, borçlunun ise

³⁹ Ross, Alf. *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London, 1968, s. 120; Opalek, Kazimierz/Woleński, Jan. “Normative Systems, Permission and Deontic Logic”, *Ratio Juris*, Vol. 4, No. 3, 1991, s. 341; Lewis, David. “A Problem about Permission”, in *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, eds. Esa Saarinen et al., Reidel, Dordrecht, 1981, s. 163 vd.

⁴⁰ Ross, s. 120; Opalek/Woleński, s. 341.

⁴¹ Mullins, Robert. “Moral Conflict and the Logic of Rights”, *Philosophical Studies*, Vol. 177, No. 3, 2020, s. 637; Wellman, Christopher Heath. “On Conflicts Between Rights”, *Law and Philosophy*, Vol.14, No. 3-4, 1995, s. 274.

⁴² Hohfeld, Wesley Newcomb. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, Vol. 23, No. 1, 1913, s. 31-32.

borcunu yerine getirme ödevi vardır. Ceza hukukundan bir örnek vermek gerekirse, yaşama hakkı hak sahibine hakkını ihlal etmemeyi talep yetkisi verir; diğer kimseler de yaşam hakkını ihlal etmeme yükümlülüğü altındadırlar. Hak varsa ödev; ödev varsa hak vardır. Örneğin meşru savunma da muhatap, koşulları oluşmuşsa, saldırganı öldürebilmektedir; yani muhatabın başkasının yaşam hakkını ihlal etmeme ödevi yoktur; olsaydı öldürmesine izin verilmezdi. Hak kavramı zorunlu olarak ödev kavramını içeriyorsa ve ödev olmadığında hak da olmuyorsa, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde aslında bir hak ihlali yoktur; bir hak ihlal edilmediğine göre fiil tipik değildir.

Tipikliğin negatif unsurları teorisinin gerek norm teorisi gerekse de hak teorisine dayanan argümanları teorik olarak kuvvetli argümanlardır. Ancak tipikliğin negatif unsurları teorisinin zayıf yönleri de vardır.

Kanunilik ilkesine göre, suç niteliğindeki fiillerin kanunda dilin elverdiği ölçüde açıkça tanımlanması gerekir; bu yüzden suç tipinde yer verilen kavramların olabildiğince günlük dildeki anlamına yakın olması ve deskriptif (tasvir edici) olması gerekir.⁴³ Hukuka uygunluk nedenleri suç tiplerine eklemlendiği ve onlara istisna getirdiği için soyut, normatif karakteri ön plana çıkan kavramlardan oluşur.⁴⁴ Örneğin, meşru savunma niteliğine uygun düştüğü bütün suçlarda fiili hukuka uygun hale getirir. Meşru savunmanın bu fonksiyonu yerine getirebilmesi için kanunda yer verilen suç tiplerinin ekseriyeti ile uyumlu olabilecek esneklikte unsurlardan oluşması gerekir. Tipikliğin negatif unsurları teorisi hukuka uygunluk nedenlerini suç tipinin unsuru olarak kabul ettiği için hukuka uygunluk nedenlerine vücut veren soyut kavramlar tipikliğe dâhil olmaktadır. Suç tipinin muğlak, esnek kavramlardan oluşması belirlilik ilkesi ile bağdaşmaz.⁴⁵

Tipikliğin negatif unsurları teorisine yöneltilen bir diğer eleştiri tipikliğin negatif unsurları teorisinin yargı pratiğinin doğasına aykırı olmasıdır.⁴⁶ Yargı pratiğinde, varlığı mahkeme tarafından araştırılan hususlar sanığın mahkûm olması için gerekli hususlardır. Hukuka uygunluk nedenleri, dosyadan anlaşılmıyorsa ya da taraftarca ileri sürülmediyse mahkeme tarafından dikkate alınmaz. Mahkeme her uyuşmazlıkta somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırır ve hüküm de bu duruma yer vermez. Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin negatif nitelikli unsurları olduğu için mahkemenin her uyuşmazlıkta somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını araştırması ve faili mahkûm edebilmesi için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını tespit ederek bu duruma kararında yer vermesi gerekir.

Kanaatimizce tipikliğin negatif unsurları teorisine yöneltilen bu eleştiriler tek başına tipikliğin negatif unsurları teorisini ret etmek için yeterli değildir. Birçok suç tipinde soyut, esnek nitelikte kavramlara yer verilmektedir. Örneğin, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda, özel hayat kavramı teknolojik ve sosyal gelişmelere paralel olarak içeriği sürekli değişen bir kavramdır. Keza,

⁴³ Özgenç, s.130.

⁴⁴ Fletcher, George P., “The Nature of Justification”, in *Action And Values in Criminal Law*, eds. Stephen Shute et. al., Clarendon Press, Oxford, 2003, s. 180-181.

⁴⁵ Fletcher, “The Nature of”, s. 180-181.

⁴⁶ Luis Duarte d’Almeida, “‘O Call Me Not to Justify the Wrong’: Criminal Answerability and the Offence/Defence Distinction”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 6. No. 2, 2012, s. 230 vd.

tipikliğin negatif unsurları teorisinin yargı pratiğinin doğası ile çeliştiği eleştirisine de mahkemenin hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını her somut olayda araştırmasının daha adil olacağı yönünde bir yanıtla karşılık verilebilir.

Tipikliğin negatif unsurları teorisinin en zayıf yönü, tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkını göz ardı etmesidir.⁴⁷ Welzel’in ünlü veçhesinde belirttiği gibi bir sineği öldürmekle meşru savunma halinde bir insanı öldürmek aynı şey değildir.⁴⁸ Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, meşru savunma halinde birini öldürmek tipik değildir. Kanunda suç olarak tanımlanmadığı için bir sineği öldürmek de tipik değildir. Yani bir sineği öldürmekle meşru savunma halinde bir insanı öldürmek arasında hukuki nitelikleri bakımından bir farklılık yoktur; ikisinde de bir hak ihlal edilmemektedir; ikisi de tipik değildir. Bizim de katıldığımız tipikliği hukuka aykırılığın karinesi olarak gören görüşe göre ise meşru savunmada fiil tipiktir; zira bir insan kasten öldürülmüştür; ancak meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin varlığı dolayısıyla ihlal haksız değildir. Bir sineği öldürmede ise tipik bir fiil yoktur; çünkü hak ihlali yoktur. Tipik olmadığı için haksız olmayan fiille tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan fiil arasında değer farkı vardır; tipik olmadığı için haksız olmayan fiil bir hukuki değeri ihlal etmemektedir; tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil ise bir hukuki değeri ihlal etmektedir; ancak bu ihlal haksız değildir.

Thomson’un kullandığı terminoloji, bu değer farkını ortaya koyabilmesi bakımından oldukça işlevseldir.⁴⁹

(1) *Tamamen hukuka uygun davranış (perfectly legal)*: Bu tür davranışlar uyumak, yemek yemek gibi herhangi bir yükümlülüğe konu olmadıkları için hukuka uygun olan davranışlardır.

(2) *Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için hukuka uygun olan davranışlar (infringement)*: Bu tür davranışlar, normalde yasaklanmış ya da emredilmiş olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için izin verilen davranışlardır. Bu kategorideki davranışların ilk kategorideki davranışlardan farkı, bu tür davranışların bir hukuki değeri ihlal etmekle birlikte haksız olmamasıdır. İlk kategorideki davranışlar herhangi bir hukuki değeri ihlal etmemektedir.

(3) *Haksız davranış (violation)*: Davranış, yasağa ya da emire aykırı ise ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoksa haksızdır. İkinci kategorideki davranışlarla bu kategorideki davranışların ortak noktası, emir ya da yasakla korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmiş olmasıdır. Farklılık, ikinci kategoride hukuki değer ihlaline izin verilmiş olmasıdır.

Bu terminoloji suç teorisine uyarlandığında: ilk kategori, ceza normu bakımından tipik olmayan ve başka bir hukuk normuyla da çelişmeyen davranışlara; ikinci kategori ceza normuyla çelişmekle birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için hukuka uygun olan

⁴⁷ Thomson, Judith Jarvis. “Some Ruminations on Rights”, *Arizona Law Review*, Vol. 19, No. 1, 1977, s. 47 vd.

⁴⁸ Welzel, Hans. “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 67, No. 2, 1955, s. 211.

⁴⁹ Thomson, s. 47 vd.

davranışlara ve son kategori ceza normuyla çelişen ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı için haksız olan davranışlara karşılık gelmektedir.

C. Tipikliği Haksızlığın Karinesi Olarak Gören Görüş

Türk öğretisinde tipikliğin hukuka aykırılığın karinesi olduğu kabul edilmektedir.⁵⁰ Fiilin tipe uygun olması ceza normuyla çeliştiği anlamına gelir; ancak ceza normuyla çelişme fiilin hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez; zira somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunabilir. Örneğin, başkasının konutuna ilgilinin rızası olmaksızın girme TCK m. 116’da yer verilen davranış normunu ihlal eder. Ancak somut olayda ev sahibi rıza göstermese de konuta arama emrine dayanarak kolluk tarafından girilmişse fiil hukuka aykırı olmaz.

Bu görüşe göre, haksızlık tipikliğin negatif unsurları teorisinin ileri sürdüğü gibi yalnızca tipiklikten oluşan monist bir yapıda değildir; haksızlığın tipiklik ve hukuka aykırılıktan oluşan düalist bir yapısı vardır. Tipiklik ve hukuka aykırılık haksızlığın iki bağımsız unsurudur. Bu iki unsur arasında metodik olarak öncelik sonralık ilişkisi vardır. Fiilin haksız olabilmesi için öncelikle tipik olması gerekir. İkinci aşamada hukuka aykırılık değerlendirmesi yapılır. Hukuka aykırılık değerlendirmesinin konusu tipik fiildir. Tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ilişki haksızlık ile kusurluluk arasındaki ilişkiye benzer. Haksızlık, kusur yargısının konusudur.⁵¹ Haksızlığın kusur yargısının konusu olması haksızlığı kusurun bir unsuru yapmadığına ve ikisi ayrı unsurlar olarak varlığını koruduğuna göre, tipik fiilin hukuka aykırılık değerlendirmesinin konusu olması, tipiklik ve hukuka aykırılığın ayrı unsurlar olmadığı anlamına gelmez.

Tipiklik ve hukuka aykırılık ayrımı, insan davranışının doğası ile de uyumludur. Her bilinçli insan davranışının arkasında bir motif (neden) vardır.⁵² Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde belli şekilde davranma motifi ile belli şekilde davranmama motifi arasında çatışma vardır. Failin ceza normunu ihlal etmeme konusundaki motifi ceza normuyla korunmak istenen hukuki değer (örneğin insan öldürmeme) iken ceza normunu ihlal etme konusundaki motifi izin normuyla korunmak istenen hukuki değerdir (kendisinin ya da başkasının yaşam hakkını korumak).⁵³ Aynı norm birbiri ile çelişen iki farklı davranışa faili yönlendiremeyeceğine göre, çatışan nedenlerin farklı normlara konu olması gerekir.

Tipikliğin negatif unsurları teorisinin zayıf yönleri tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüşün güçlü yönleridir:

1- Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş soyut ve esnek kavramlar içeren hukuka uygunluk nedenlerini suç tanımının dışında tuttuğu için kanunilik ilkesi ile uyumludur. Kanunilik ilkesi dolayısıyla ceza hukuku kapalı bir normatif sistemdir. Hukuka uygunluk nedenlerinin kanunilik ilkesinin kapsamında olmaması, kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinin tanınmasına imkan verir. Bu durum somut olay adaletini gerçekleştirme konusunda ceza hukukuna esneklik katar; zira adil olana hükmetme konusundaki beklentilerin en fazla yöneldiği hukuk dalı

⁵⁰ Özgenç, s. 309; Öztürk/Erdem, s. 196-197; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 202; Koca/Üzülmez, s. 109; Centel/Zafer/Çakmut, s. 296.

⁵¹ Özgenç, s. 232; Koca/Üzülmez, s. 155.

⁵² Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford: 2002, s. 15 vd.

⁵³ Gardner, John. *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 81-82; Campbell, Kenneth. “Offence and Defence”, in *Criminal Law And Justice: Essays From The W.G. Hart Workshop*, eds. I. H. Dennis, Sweet and Maxwell, London, 1987, s. 73.

ceza hukukudur. Örneğin 765 sayılı Kanun döneminde rızaya bir hukuka uygunluk nedeni olarak kanunda yer verilmemiştir. 765 sayılı Kanun döneminde rıza kanunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir.⁵⁴

Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüşün kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinin tanınmasına imkân vermesi mevcut 5237 sayılı Kanunun 25. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen zorunluluk halinin hukuki niteliği bakımından önem arz etmektedir. 5271 sayılı CMK m. 223/3’e göre zorunluluk hali kusuru etkileyen bir nedendir. Öğretide ise zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵⁵ zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni; başka bir görüşe göre⁵⁶ kusuru etkileyen bir neden; bir başka görüşe göre⁵⁷ ise bazı durumlarda hukuka uygunluk nedeni bazı durumlarda ise kusuru etkileyen bir nedendir. Hukuka uygunluk nedenlerinin tipikliğin negatif unsuru olarak kabul edilmemesinin önemli sonuçlarından biri, kanunilik ilkesinin hukuka uygunluk nedenlerini kapsamamasıdır. Bu yüzden öğretilerde kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinin de olabileceği ileri sürülmektedir.⁵⁸ Kanun üstü hukuka uygunluk nedenlerinin olabileceğini ileri süren görüş, zorunluluk halinin hukuki niteliğini de tartışmalı hale getirmektedir. Çünkü bu görüş kabul edildiğinde kanun da açıkça kusuru etkileyen bir neden olarak düzenlenen bir kurumun hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi olanaklı hale gelmektedir. Bunun en güzel örneği, Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1927 yılında verdiği karardır. Kararın verildiği dönemde yürürlükte olan 1871 tarihli Alman Ceza Kanununda zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni değildir. 1927 tarihinde Alman İmparatorluk Mahkemesi evlilik dışı bir ilişkiden gebe kalan ve bu yüzden intihar etme olasılığı yüksek olan bir kadının gebeliğini sona erdiren doktorun fiilini (o tarihte Alman hukukunda kürtaj suçtur) kanun üstü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmiştir.⁵⁹

2- Yargı pratiğinde taraflarca ileri sürülmedikçe ya da yargılamaya konu olaydan anlaşılmadığı sürece mahkeme hukuka uygunluk nedenleri hakkında araştırma yapmaz. Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş hukuka uygunluk nedenlerini suç tipinden ayırdığı için fiilin tipik olup olmadığını araştırırken hâkimin hukuka uygunluk nedenleri hakkında da araştırma yapması ve hükmünde bu hususa değinmesi gerekmez; bu yüzden tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş yargı pratiğinin doğası ile uyumludur.⁶⁰

3- Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüşün en güçlü yönü tipik olmadığı için haksız olmayan fiille tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil

⁵⁴ Dönmezer/Erman, s. 28 vd.; Önder, s. 228.

⁵⁵ Taner, s. 423; Dönmezer/Erman, s. 127; Önder, s. 251; Toroslu/Toroslu, s. 173; Hafizoğulları, Özen, s. 221.

⁵⁶ Koca, Üzülmöz, s. 347; Özgenç, s. 479; Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz Serra. *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 542; Hakeri, s. 422- 423; Akbulut, s. 516; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 519; Önok, R. Murat/Önay, Işık. “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 77, S. 2, 2019, s. 879.

⁵⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 326; Zafer, s. 386; Demirbaş, s. 317; Kangal, s. 279; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray. “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, 2007, s. 218-219.

⁵⁸ Önder, s. 220-221; Centel/Zafer/Çakmut, s.297; Koca/Üzülmöz, s. 273; Demirbaş, s. 284; Hakeri, s. 315; Zafer, s. 356; Akbulut, s 419; Aksi yönde bkz. Kunter, s. 149.

⁵⁹ Karar ve değerlendirmesi hakkında bkz. Lencker, Theodor. “The Principle Of Interest Balancing As A General Basis of Justification”, *BYU Law Review*, Vol. 3, 1986, s. 645 vd.

⁶⁰ Duff, Robin Antony, *Answering For Crime; Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, s. 207.

arasındaki değer farkını yansıtabilmesidir.⁶¹ Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüşe göre fiilin tipik olması ile hukuka aykırı olmaması farklı değerlendirme aşamalarıdır. Fiilin ceza normu bakımından tipik olması ceza normu ile korunmak istenen hukuki değer ihlal edildiği anlamına; fiilin izin normu bakımından tipik olması ise izin normu ile korunmak istenen hukuki değer korunduğu anlamına gelir. Fiilin hukuka uygun olması ceza normuyla korunmak istenen hukuki değer ihlal edilmesi gerçeğini örneğin meşru savunmada saldırganın yaşam hakkının ihlal edilmesi gerçeğini değiştirmez. Meşru savunma halinde de olsa bir insan yaşamını kaybetmiştir. Haksız olmasa da bu durumun ahlaki bir kalıntısı (moral residue) vardır.

Tipikliğin negatif unsurları teorisinin önemli bir özelliği haksızlığı tipikliğe indirgediği için daha yalın bir suç teorisine imkan sağlamasıdır. Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş ise haksızlığın yapısına tipiklik dışında ikinci bir unsur eklediği için daha karmaşıktır.

Örneğin tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, damadın sırtının yumruklanması, meyve ağacından tek bir meyvenin alınması gibi durumlar da failin cezalandırılmamasının nedeni fiilin tipik olmamasıdır; çünkü bu tür durumlar hukuka uygunluk nedeni olarak nitelense dahi, tipikliğin negatif unsurları teorisine göre hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin unsuru olduğu için ne nihayetinde fiil tipik olmamaktadır. Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüşü savunan yazarlar arasında ise fikir ayrılığı vardır. Bir görüşe göre bu tür durumlarda fiil tipik olmadığı için fail cezalandırılmazken bir diğer görüşe göre bu tür durumlarda fiil tipik olmakla birlikte hukuka aykırı olmadığı için fail cezalandırılmaz.

Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre, hukuka uygunluk nedenleri suç tipinin unsurları olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata suç tipinin maddi unsurlarında hatadır ve TCK m. 30/1'e göre kastı kaldırır.⁶² Tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüşe savunan görüşe göre ise bir alt başlıkta değineceğimiz üzere bu konuda adeta teori enflasyonu vardır.

Tipikliğin negatif unsurları teorisi ile tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş arasındaki bir diğer önemli farklılık, kanuni tanımında suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan “hukuka aykırı”, “hukuka aykırı olarak”, “haksız” gibi ifadelerle yer verilen suç tiplerine ilişkindir. Kanun koyucu, korumak istediği hukuki değeri ihlal edebilecek fiilleri tiplendirerek, hangi davranışların suç niteliğinde bir hukuka aykırılık olduğunu ortaya koyar; bu yüzden hukuka aykırılık ifadesine ayrıca suç tiplerinde yer verilmez.⁶³ Türk hukukunda bu durum “hukuka özel aykırılık” olarak da adlandırılmaktadır.⁶⁴ Tipikliğin negatif unsurları teorisine göre hukuka uygunluk nedenleri tipin negatif nitelikli unsurları olduğu için bu ifadeler suç tipinde yer alsa da almasa da hukuka aykırılık değerlendirmesi tipiklikten ayrı bir değerlendirme savhası değildir. Bu

⁶¹ Thomson, Judith Jarvis, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Massachusetts, 1990, s. 84; Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000, s. 561.

⁶² Keyman, s. 90; Özgenç, s. 526.

⁶³ Katoğlu, s. 129; Göktürk, Neslihan. "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 422

⁶⁴ Dönmezer/Erman, s. 19; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 280; Demirbaş, s. 285; Centel/Zafer/Çakmut, s. 306; Zafer, s. 364.

Hukuka genel aykırılık hukuka özel aykırılık ayrımını eleştiren görüş için bkz. Katoğlu, s. 128 vd.

tür ifadelerin hukuki niteliği tipikliği haksızlığın karinesi olarak gören görüş açısından ise tartışmalıdır.

Hâkim görüşüne göre, bu tür suçlarda, hukuka aykırılık suç tipinin unsuruna dönüşmektedir; failin kastından söz edilebilmesi için failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu da bilmesi gerekir.⁶⁵ Hukuka aykırılık suç tipinin unsuru olduğu için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil hukuka aykırı olmamakta başka bir deyişle tipik olmamaktadır.

Diğer bir görüşe göre, hukuk zaten aykırı gördüğü davranışları ceza normunda tasvir eder. Ceza normunda tasvir edilen davranış hukuka aykırı olan davranıştır. Ayrıca tipte hukuka aykırı ifadesine yer verilmesi hukukun kendi kendisini referans göstermesi anlamına gelir; bu yüzden ilgili ifade suçun hukuka aykırılık unsurunun gereksiz bir tekrarıdır.⁶⁶

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, ilgili ifadelerin suç tipi içerisindeki fonksiyonuna bakmak gerekir. Şayet ifade suç tipinin tamamını niteliyorsa, bu, hukukun kendi kendisini referans göstermesidir; bunun nedeni somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olabileceği konusunda hâkimi uyarmaktır; ne var ki ilgili ifade suç tipindeki bir unsuru niteliyorsa suç tipinin bir unsuru haline gelir.⁶⁷

Sonuç olarak, bize göre, hukuka aykırılık suçun bağımsız bir unsurudur. Normalde suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olan bir ifade suç tipinde yer alıyor ve bir unsuru niteliyorsa hukuka aykırılık suçun bir unsuruna dönüşmektedir; ancak bu durum istisnaidir; kural tipikliğin hukuka aykırılığın karinesi olmasıdır.

Hukuka uygunluk nedenleri tipik fiilin olumsuz unsurları olmadığı için “hukukun bir dalı bakımından hukuka aykırı olan fiil, hukukun diğer dalları bakımından da hukuka aykırıdır” önermesi suçun tipiklik unsuru ile değil, hukuka aykırılık unsuru ile ilgilidir.

II. Bir Hukuk Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiilin Diğer Hukuk Dalları Bakımından da Hukuka Aykırı Olup Olmadığı Meselesi

Hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi gereği hukuka aykırılık değerlendirmesi belli bir hukuk dalına özgülenemez. Bu yüzden öğretilerde bir hukuk dalına aykırı olan fiilin diğer hukuk dallarına da aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bize göre de hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi gereği bir hukuk dalında hukuka aykırı olan bir fiile başka bir hukuk dalında izin verilemez. Bu yüzden “bir hukuk dalı bakımından hukuka aykırı olan fiil, diğer hukuk dalları bakımından da hukuka aykırıdır” önermesinin arka planındaki düşünceye katılıyoruz. Bize göre önermenin gerekçesi değil, kendisi hatalıdır. Doğru olan önerme; “hukukun bir dalında hukuka uygun olan bir fiil, hukukun diğer dalları bakımından da hukuka uygundur” şeklindeki önermedir.

İlk önermenin hatalı olmasının nedeni iki hususun göz ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır:

⁶⁵ Özgenç, s. 311; Centel/Zafer/Çakmut, s. 306-307; Hafizoğulları/Özen, s. 258; Demirbaş, s. 286.

⁶⁶ Robinson, s. 739; Alexander, Larry. “Mistakes and The Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Balyes”, *Law and Philosophy*, Vol. 12, No.1, 1993, s. 42.

⁶⁷ Öztürk/Erdem, s. 258; Koca/ Üzülmez, s. 268-269.

(1) Kayıtsız kalma ile izin verme farklı normatif durumlardır.

(2) İzin normları ve yükümlülük normları normatif bir sistemde farklı hukuki ilişkiler yaratır.

Bir davranış belli bir hukuk dalına özgü norm ile yükümlülüğe konu edilmişse ve başka bir hukuk dalında aynı davranış herhangi bir norma konu edilmemişse, yükümlülüğe kayıtsız kalınmış demektir. Bir hukuk dalının başka bir hukuk dalında yükümlülüğe konu edilmiş bir davranışa kayıtsız kalması hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesine aykırılık teşkil etmez. Zira bu ihtimalde davranışın normatif yönü değişmemektedir; norma aykırılık hukuka aykırılıktır. Örneğin, borcu vadesinde ödememek özel hukuka özgü bir hukuka aykırılıktır. Söz konusu davranış ceza hukukunda herhangi bir norma konu edilmemiştir. Borcu vadesinde ödememe davranışına ceza hukukunun kayıtsız kalması hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Ceza hukuku ilgili davranışa kayıtsız kaldığı için borcu vadesinde ödememe şeklindeki davranış ceza hukukuna aykırı değildir. Ceza hukukunun ilgili davranışa kayıtsız kalması dolayısıyla davranışın ceza hukukuna aykırı olmaması davranışın hukuka aykırı olmadığı anlamına gelmez.

Hukuk bir bütündür; medeni hukuk, ceza hukuku, idare hukuku gibi hukuk dalları bu bütünün parçalarıdır. Parçaların birindeki eksiklik bütünde de eksiklik anlamına gelir; ancak bir parçadaki eksiklik zorunlu olarak diğer parçalarda da eksilmeye neden olmaz. Hukukun bir dalında hukuka aykırı olan bir fiil, zorunlu olarak diğer hukuk dalları bakımından da hukuka aykırı olmaz.

Her hukuk dalı belli tipteki hukuki ilişkileri düzenlemekte ve düzenlediği hukuki ilişkilerin niteliğinden kaynaklanan bir yaptırım sistemi içermektedir. Hukukun bir dalında hukuka aykırılıktan söz ediliyorsa o hukuk dalına özgü yaptırımların uygulanması gerekir. Ceza hukuku özelinde ifade edecek olursak, kopya çekmeye teşebbüs eden bir öğrencinin idare hukuku bakımından hukuka aykırı olan fiilinin ceza hukuku bakımından da hukuka aykırı olduğu ileri sürülürse, akla bu fiilin hangi suçu oluşturduğu sorusu gelebilir.

Kopya çekmeye teşebbüs fiilinin ceza hukuku bakımından suç teşkil etmemesinin nedeni ceza hukukunun bu fiile kayıtsız kalmasıdır. Bir hukuk dalının yasakladığı ya da emrettiği davranış karşısında başka bir hukuk dalı susmuşsa, hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesi ihlal edilmiş olmaz; ancak bu fiilin ceza hukukunda hukuka uygun olduğu kabul edilip, özel hukukta fail hakkında bir tazminata hükmedilmiş olsaydı, o zaman hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesine aykırılık söz konusu olurdu.

Bir hukuk dalına özgü norma konu edilen davranış başka bir hukuk dalında da bir norma konu olmuşsa o hukuk dalında davranışa kayıtsız kalınmamış demektir. Bir hukuk dalı, başka bir hukuk dalında yükümlülüğe konu olan davranışa iki şekilde kayıtsız kalmaz.

Birinci ihtimal, aynı davranışın yine bir yükümlülüğün konusu olmasıdır. Bu ihtimalde davranışın normatif statüsü değişmemektedir. Örneğin kasten insan öldürme hem ceza hukukunda (TCK m.81/1) hem de borçlar hukukunda (TBK m.53), yükümlülük normlarına konu edilmiştir; iki hukuk dalı da bu davranışı yasaklamakta faile fiilden kaçınması gerektiği uyarısında bulunmaktadır.

İkinci ihtimal ise yükümlülüğe konu olmuş davranışın aynı ya da farklı bir hukuk dalında izne konu edilmiş olmasıdır. Bu ihtimalde, davranış sadece onu izne konu eden hukuk dalı

bakımından değil, bütün hukuk dalları bakımından hukuka uygun olur. Davranışın sadece onu izne konu eden hukuk dalı bakımından hukuka uygun olduğunu söylemek hukuk düzeninin varlığı ve birliği ilkesine aykırılık teşkil eder; çünkü ilk ihtimaldeki örnekte hem ceza hukukunun hem de borçlar hukukunun davranış hakkındaki değer hükmü aynıdır; ikisi de faile fiilden kaçınması gerektiğini söyler. Bir hukuk dalının fiile izin vermiş olması ihtimalinde ise davranış hakkındaki değer hükümleri birbiri ile çelişir; bir hukuk dalı davranışı hukuka aykırı görmekte iken diğer hukuk dalı hukuka uygun görmektedir; daha açık bir ifadeyle hukuk düzeni muhatabının “bu şekilde davranabilir miyim” sorusuna hem “evet” hem de “hayır” demektedir. Bu çelişkinin giderilmesi gerekir.

Belli bir hukuk dalındaki yükümlülük normuna aykırı olan davranışa diğer hukuk dallarında kayıtsız kalınması davranışın normatif statüsünü değiştirmemektedir. İlgilinin normu ihlalden kaçınma ödevi varlığını devam ettirmektedir. Bu durumda hukuk düzeni muhatabının "neyi yapabilirim" sorusuna yanıt vermektedir. Hukuka uygunluk nedenleri ise belli bir hukuk dalına özgülenemezler.⁶⁸ Ceza normuna aykırı olan bir fiile medeni hukukta izin verilmişse, o fiile medeni hukukta kayıtsız kalınmamış demektir. Aynı davranışın hem yasağa hem de izne konu olduğu durumlarda hukuk düzeni muhatabının "neyi yapabilirim" sorusuna yanıt verememektedir. Hukuk normlarının en önemli işlevi davranışlara rehber olarak toplumsal düzen ihtiyacını karşılamaktır. Bir hukuk dalının yasakladığına başka bir hukuk dalının izin vermesi hukuk normları arasındaki bağlantıyı keser.

Bu tartışmanın hukuka uygunluk nedenlerinde hata konusuna da yansımaları vardır.

765 sayılı Kanun döneminde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kanunda düzenlenmemiştir. Öğretide bu tür bir hatanın hukuki niteliğine ilişkin olarak iki görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre bu tür bir hata kaçınılmazsa hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir; yani hata kaçınılmazsa fiil hukuka uygundur.⁶⁹ Bir diğer görüş ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı fiili hata olarak nitelemiş ve bu tür bir hatanın kastı engelleyeceğini ileri sürmüştür.⁷⁰ İki görüş arasındaki bir başka fikir ayrılığı hatanın kaçınılabilir olması ihtimaline ilişkindir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı fiili hata olarak niteleyen yazarlara göre hata kaçınılmazsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılmaz hatanın fiili hukuka uygun hale getireceğini ileri süren yazarlar arasında kaçınılabilir hatanın mahiyeti ise tartışmalıdır. *Dönmezer/Erman*'a göre, kaçınılabilir hataya ilişkin bir düzenleme 765 sayılı kanunda yer almadığı için hata kaçınılabilir olsa dahi fail

⁶⁸ Öğretide hukuka aykırılığın her hukuk dalı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği ve bu bağlamda hukuka uygunluk nedenlerinin ilgili oldukları hukuk dallarına özgülenebileceğini ileri süren görüş ve eleştirisi için bkz. Katoğlu, s. 32 vd.

⁶⁹ Kunter, s. 137-139; Dönmezer/Erman, s. 26-27; Alacakaptan, s. 86; Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, 1. Bası, 1995, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 148 vd.;

⁷⁰ Önder, s. 226; Erem, s. 327; Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 160; Bengü, Cemil Halit. *Ceza Hukukunda Hata*, Sakarya Kitabevi, Ankara, 1948, s. 75.

cezalandırılmaz.⁷¹ *Soyaslan* ise kaçınılabılır hatada fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse failin taksirli suçtan sorumlu olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁷²

Mevcut 5237 sayılı Kanun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunu “hata” başlıklı 30. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir.⁷³ Düzenlemeye göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa fail hatasından yararlanır. “Hatasından yararlanır” ifadesinin ne anlama geldiği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusuna ilişkin 765 sayılı Kanun dönemindeki belirsizlik 5237 sayılı Kanun döneminde de devam etmektedir. Üstelik konu 765 sayılı Kanun dönemine nazaran mevcut 5237 sayılı kanun döneminde daha tartışmalıdır. Tartışmanın genişlemesinin nedeni mevcut 5237 sayılı Kanunun, kast ve taksiri suç tipinin sübjektif unsurları olarak kabul eden Şahsi Haksızlık Teorisi esas alınarak hazırlanmış olmasıdır. 765 sayılı Kanun döneminde kast ve taksir suç tipinin unsurları olarak kabul edilmediği için (objektif haksızlık anlayışı), hatanın suçun tipiklik unsurunu etkilemesi mümkün değildir. Mevcut 5237 sayılı Kanun döneminde ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın fiilin tipik olmasını engelleyip engellemediği meselesi tartışmalı hale gelmiştir.

Hata, sübjektif bir gerçekliktir. Hatanın ontolojik doğasının mantıki sonucu; hatanın, failin sübjektif gerçekliğinin bir bileşen olduğu ceza hukuku kurumları üzerinde hukuki sonuç doğurmasıdır. Örneğin, objektif haksızlık anlayışı kabul edilirse, bu görüşe göre haksızlığın sübjektif unsurları bulunmadığı için hata haksızlığı değil, kusuru etkiler. Mevcut 5237 sayılı Kanun döneminde ağırlık kazanan Şahsi Haksızlık Teorisine göre haksızlığın sübjektif unsurları vardır. Bu görüşe göre kast ve taksir haksızlığın bileşenleri iken failin diğer sübjektif durumları kusur değerlendirmesinde nazara alınır.⁷⁴ Şahsi Haksızlık Teorisine göre failin sübjektif durumu hem haksızlığı hem de kusuru etkilediği için sübjektif bir gerçeklik olan hatanın da iki hukuki sonucu olabilir; hata ya haksızlığı ya da kusuru etkiler. Bu yüzden her ne kadar mevcut 5237 sayılı Kanun döneminde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda çok sayıda teori ileri sürülse de sonuç itibarıyla bütün bu teoriler iki kategoriye indirgenebilir; hukuka

⁷¹ Dönmezer/Erman, s. 27; Aynı yönde bkz. Özen, s. 148 vd. *Alacakaptan*’a göre bu durum takdiri bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. *Alacakaptan*, s. 86.

⁷² Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 1998, 487.

⁷³ Düzenlemede doğrudan “hukuka uygunluk nedenleri” ifadesi kullanılmamış, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ifadesi kullanılmıştır. Bu terminoloji, 5237 sayılı Kanunun birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümün “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” şeklindeki başlığı ile uyumludur. Bu başlık altında hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru etkileyen nedenler kümülatif olarak düzenlenmiş, ceza sorumluluğunu etkileyen nedenlerden hangilerinin hukuka uygunluk nedenleri hangilerinin kusuru etkileyen nedenler olduğu açıkça belirtilmemiştir. Kanun koyucunun bu tercihi çeşitli gerekçelerle eleştirilmektedir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 213; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 425; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 281.

TCK m. 30/3’ün hem kusuru etkileyen nedenlerde hatayı hem de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatayı düzenlediği öğretinin ekseriyeti tarafından kabul edilmektedir. Mahmutoglu/Karadeniz, s. 730; Zafer, s. 414; Hakeri, s. 476; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 592; Özgenç, s. 530; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 437; Demirbaş, s. 291; Akbulut, s. 480.

Ancak öğretilerde bazı yazarlar düzenlemenin yalnızca kusuru etkileyen nedenlerle sınırlı olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Koca/Üzülmez, s. 301, Hafizoğulları/Özen, s. 299.

⁷⁴ Türk öğretilerinde azınlıkta olan bir görüşe göre ise kast ve taksir hem haksızlığın hem de kusurun bileşenleridir (kasta ve taksire çifte fonksiyon yükleyen görüş). Türk öğretilerinde bu görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 207; Öztürk/Erdem, s. 169.

uygunluk nedenlerinde hata ya haksızlığı ya da kusuru etkiler. Teori sayısındaki çokluk yazarların bu iki sonuca farklı gerekçelerle ulaşmasından kaynaklanmaktadır.

Öğretide bir görüşe göre kast münhasıran haksızlığın bir bileşenidir; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı engeller; hata kaçınılabilsen ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur. Bu görüşe göre kast ve taksir haksızlığın bileşenleri olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabilsen olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fiil suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmez (sınırlı kusur teorisi).⁷⁵

Kast ve taksiri haksızlığın bileşenleri olarak kabul etmekle birlikte kast ve taksirin kusurun da bileşenleri olduğunu ileri süren görüşü (kast ve taksirin çifte fonksiyonu) savunan bazı yazarlara göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusurun bileşeni olan kastı engeler; hata kaçınılabilsen fail taksirli suçtan sorumlu olur (hukuki sonuçları ile sınırlı kusur teorisi).⁷⁶ Bu görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığın bileşeni olan kastı değil, kusurun bileşeni olan kastı engellediği için fiil kasıtlı bir haksızlık olma niteliğini korur. Hata kaçınılmazsa ya da kaçınılabilsen olmakla birlikte fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse fail kasıtlı haksızlığı dolayısıyla cezalandırılmaz. Hata kaçınılabilsen fiil kasıtlı bir haksızlık olmakla birlikte fail hakkında taksirli suç için öngörülen cezaya hükmedilir.

Kast ve taksiri münhasıran kusurun bileşenleri olarak kabul eden Klasik Suç Teorisini savunan bazı yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı engellediğini, hata kaçınılabilsen ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse failin taksirli suçtan sorumlu olacağını ileri sürmektedir (kast teorisi)⁷⁷

Öğretideki bazı yazarlar ise 765 sayılı Kanun döneminde hâkim olan görüşü savunmaktadırlar. Söz konusu yazarlara göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılmazsa fiil hukuka uygundur (saf sübjektif teori).⁷⁸ Hatanın kaçınılabilsen olması durumunda ise mevcut 5237 sayılı Kanun döneminde saf sübjektif teoriyi savunan yazarlar arasında yine 765 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi fikir ayrılığı vardır. Bir görüşe göre hata

⁷⁵ Özgenç, s. 527; Koca/Üzülmez, s. 301; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 593; Akbulut, s. 535-536; Abanoz, Buket. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 230; Ersan, s. 59-60; Göktürk, Neslihan. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 26, 2014, s. 22 vd.; Değirmenci, Olgun. “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 110, 2014, s. 176-177; Dülger, Murat Volkan/Özkan, Onur/Bakdur, Merve. “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 12, S. 5, 2021, s. 229; Sarıgül, Ali Tanju. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 3, 2020, s. 346; Karakurt, s. 130-131.

Bu görüşü savunan bazı yazarlar (örneğin, Koca/Üzülmez, s. 301), hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada, TCK m. 30/1’in doğrudan uygulanacağını ileri sürerken; bazı yazarlara göre (örneğin, Göktürk, “Yanılgının Hukuki Niteliği” s. 22 vd.), bu tür bir hatada TCK m. 30/1’in örnekseme yoluyla uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

⁷⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 438; Erman, Ragıp Barış. “Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 377-378.

⁷⁷ Toroslu, Toroslu, s. 269-270.

⁷⁸ Hafizoğulları, Özen, s. 212; Demirbaş, s. 293-294; Zafer, s. 417; Centel/Zafer/Çakmut, s. 304-306; Tunç, s. 268. Öztürk/Erdem, teorik olarak yerinde görmese de 5237 sayılı Kanunda bu görüşün esas alındığını ileri sürmektedir. Öztürk, Erdem, s. 481.

kaçınılabılırse fail taksirli suçtan sorumlu olur.⁷⁹ Bir diğer görüşe göre bu ihtimalde fiil kasıtlı haksızlık teşkil eder ve failin hatası kusuru etkiler.⁸⁰ Üçüncü bir görüşe kaçınılabılır hatanın ceza sorumluluğuna herhangi bir etkisi yoktur.⁸¹

Şahsi haksızlık teorisini kabul etmekle birlikte kast ve taksiri yalnızca haksızlığın tipiklik unsuru ile sınırlayan bir görüşe göre ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler. Bu görüşe göre kast münhasıran haksızlığın bir bileşenidir; bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hata kaçınılabılır olsun ya da olmasın fiil kasıtlı haksızlık olma niteliğini korur. Hata kaçınılabılırse failin kusurunu etkiler. Hatadan kaçınmanın derecesi arttıkça kusurun derecesi de artar (katı kusur teorisi)⁸²

Daha öncede ifade ettiğimiz üzere teori sayısındaki çokluğun nedeni yazarların farklı gerekçelerden hareket etmeleridir. Bütün bu görüşler iki temel kategoriye indirgenebilir. Söz konusu teorilerin bazıları hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığı etkilediğini ileri sürerken bazıları kusuru etkilediğini ileri sürmektedir. Konunun bu derece tartışmalı olmasının nedeni hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki niteliğidir.

Hukuka uygunluk nedenleri suçun hukuka aykırılık unsuru ile ilgilidir. Hukuka aykırılık ise haksızlığın bir unsurudur. Haksızlık daha öncede ifade ettiğimiz üzere düalist bir yapıdadır. Bir fiilin suç niteliğinde bir haksızlık teşkil edebilmesi için tipik olması ve hukuka aykırı olması gerekir. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa tipik fiil hukuka aykırı değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinin haksızlıkla ilgili olmaları, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın haksızlığı etkilediğini ileri süren teorilerin temel hareket noktasıdır. Bu tür bir hatanın haksızlığı etkilediğini ileri süren yazarlara göre suç tipinin maddi unsurlarında hata kastı engelliyorsa; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata da kastı engeller; zira iki tür hatada da hataya düşülen konu haksızlıkla ilgilidir ve olgusal karakterlidir.

Hatanın kusuru etkilediğini ileri süren görüşe göre ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada örneğin meşru savunmanın koşullarının oluştuğunu zannederek bir kimseyi öldürmede suç tipinin (örnekte insan öldürme TCK m. 81) unsurları gerçekleşmektedir. Fiilin hukuka uygun olabilmesi için somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bütün objektif unsurları gerçekleşmelidir. Gerçekleşmiyorsa, unsur eksikliği dolayısıyla fiil hukuka uygun olmaz. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hataya düşülen hukuka uygunluk nedeninin unsurları gerçekte gerçekleşmemekte fakat fail ilgili unsurların gerçekleştiğini

⁷⁹ Demirbaş, s. 293-294; Hafizoğulları/Özen, s. 212; Gerçekler, s. 457.

⁸⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 305-306; Zafer, s. 417; Tunç, s. 268.

⁸¹ Öztürk/Erdem'e göre, TCK m. 30/3'te hatanın kaçınılabılır olması hususu düzenlenmediği için TCK m. 30/3'ün mevcut hali karşısında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında kaçınılabılır hatanın failim sorumluluğuna herhangi bir tesirinin olmadığını kabul etmek gerekir. Öztürk/Erdem, s. 481.

⁸² Türk öğretisinde bir çok yazar -teorik olarak katılmasalar da- 5237 sayılı Kanunun hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata meselesinde bu tür bir hatanın kusuru etkilediğini ileri süren Katı Kusur Teorisini esas aldığını belirtmektedir. Öztürk/Erdem, s. 481; Abanoz, s. 206; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 437; Keçelioğlu, Elvan. “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 87, 2010, s. 315; Şenol, Cem. “5237 sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S.149, 2019, s. 64; Karaaslan, Reşit. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Unsurlarında Hata”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 172, 2017, s. 1694 vd.

zannetmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada fiil gerçekte hukuka uygun değildir. Fiil tipik ve hukuka aykırı olduğuna göre haksızdır; bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığı değil, kusuru etkiler.

İki yaklaşımında haklılık payı olan noktaları vardır. Bize göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kusuru etkiler. Zira 5237 sayılı Kanunda hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru etkileyen nedenlerin koşullarında hata ortak düzenlenmiştir. Aynı düzenlemeye konu edilen iki hata türünün hukuki sonuçlarının da aynı olması gerekir. Ayrıca düzenlemede “kaçınılmaz hata” kavramına yer verilmiştir. Kast, ontolojik bir kavramdır; kast varsa bilme vardır. Bilme yoksa, kast yoktur. Hata bilmemedir; bu yüzden kastın kapsamına giren konularda hata kastı engeller. Hatanın kastı engellemesi için kaçınılmaz olması gerekmez. Nitekim kastı engelleyen hatayı düzenleyen TCK m. 30/1’de hatanın kaçınılabılır olup olmamasına bu yüzden değinilmemiştir. TCK m. 30/3’de “kaçınılmaz hata” kavramına yer verilmesi hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada hatanın kastı engellemediğini gösterir.

İzin normunun hukuk düzeninin bütünüyle, yükümlülük normunun ise ilgili olduğu hukuk dalıyla sınırlı bir etkisinin olduğu şeklinde görüşümüzün pratik sonucu hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusuna ilişkin tartışmada ortaya çıkmaktadır. Somut olayda bir izin normu bulunduğu için fiilin suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmediğini ileri süren görüş kabul edilirse, fiil bütün hukuk düzeni bakımından hukuka uygun olacak ve hataya düşen fail aleyhine tazminata hükmedilemeyecektir.

Manevi unsurdaki eksiklik dolayısıyla fiilin suç teşkil etmediğini ileri süren görüş kabul edilirse, fiil ceza hukukuna aykırı olmayacaktır; ancak fiilin ceza hukukuna aykırı olmaması hukuka aykırı olmadığı anlamına gelmez. Fiil ceza hukukuna aykırı olmasa da başka bir hukuk dalına aykırı olduğu için tazminat sorumluluğunu gerektirebilir. Örneğin, meşru savunmanın koşulları gerçekleşmemesine rağmen koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen ve saldırıda bulunduğunu zannettiği (B)’yi öldüren (A), bu görüşe göre, suç işlemiş olmaz; ancak örnekteki fiil, borçlar hukukundaki yükümlülük normu ile çeliştiğinden haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde tazminat sorumluluğunu gerektirir. “Bir hukuk dalında hukuka aykırı olan fiil zorunlu olarak diğer hukuk dallarında da hukuka aykırıdır” önermesi doğru olsaydı borçlar hukukuna göre hukuka aykırı olan bu fiil, ceza hukukuna göre de hukuka aykırı olmalıydı. Bu fiil borçlar hukukuna aykırı olduğu için ceza hukukuna da aykırı ise suç niteliğindeki haksızlık vasfının devam ettiğini kabul etmek gerekirdi.

SONUÇ

Hukuka aykırılık fiilin yalnızca hukukun bir dalı bakımından değil, hukukun bütünü bakımından hukuka aykırı olduğu manasına gelir.

Hukuka aykırılığı suç tipinin negatif unsuru olarak gören görüş tipik olmadığı için haksız olmayan fiille tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkını göz ardı ettiği için yerinde değildir. Bize göre, hukuka aykırılık suçun bağımsız bir unsurudur. Bununla birlikte tipikliğinde “hukuka aykırılık” veya bu manaya gelen başka ifadeler yer verilen istisnai suç tiplerinde ilgili ifade tipin unsurlarından birini niteliyorsa ilgili unsur bağlamında hukuka aykırılık suç tipinin unsuruna dönüşür. Kural, hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olması olduğu için “bir hukuk dalı bakımından hukuka aykırı

olan fiil hukukun diğer dalları bakımından da hukuka aykırıdır” önermesi suçun tipiklik unsuru ile değil, hukuka aykırılık unsuru ile ilgilidir.

Hukuk muhatabına neyin hukuka uygun neyin hukuka aykırı olduğunu söylemelidir; bu yüzden hukukun bir dalının yasakladığı davranışa başka bir hukuk dalı izin veremez. Öğretide hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesini ifade etmek üzere, hukukun bir dalı bakımından hukuka aykırı olan bir fiilin hukukun diğer dalları bakımından da hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bize göre bu önerme hatalıdır. Bir hukuk dalında bir fiil hukuka aykırı ise o hukuk dalına özgü yaptırımların uygulanması gerekir. Bir memurun işine bir gün gelmemesi diğer hukuk dallarına da aykırı ise ilgili hakkında söz konusu hukuk dallarına özgü yaptırımların uygulanması gerekir. Ayrıca ilgili ifade hukuk pratiğine de aykırıdır; “memurun bir gün işe gelmesi ceza hukukuna aykırıdır” dendiğinde akla bu fiilin bir suç oluşturduğu gelmektedir. Önermenin hatalı olmasının nedeni meselenin sadece “hukuka uygunluk” ve “hukuka aykırılık” kavramları üzerinden ele alınmasıdır. Denklem “kayıtsız kalma” kavramı dâhil edildiğinde sorun çözümlenmektedir. Bir hukuk dalında hukuka aykırı olan bir fiile başka bir hukuk dalı kayıtsız kalmış olabilir. Bu durum hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesi ile bir çelişkiye neden olmaz. Memurun bir gün işe gelmemesi ceza hukukunda hukuka aykırı değildir, ceza hukuku bu fiile kayıtsız kalmıştır. Ceza hukukunun fiile kayıtsız kalması fiilin normatif statüsünü değiştirmemektedir. Hukukun memura “işine gelmemek hukuka aykırıdır” uyarısı “ceza hukuku bu fiile kayıtsız kalmıştır” önermesi ile bağdaşır. Sorun, bir hukuk dalının hukuka uygun gördüğü bir fiili başka bir hukuk dalının yasaklamasıdır. Bu tür durumlarda hukuk davranışa rehber olma fonksiyonunu yerine getiremez; bu yüzden hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesini ortaya koyacak önermenin bağlam noktası hukuka uygunluk nedenleri olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenleri fiili ceza hukuku, medeni hukuk ya da idare hukuku gibi belli bir hukuk dalı bakımından değil, bütün hukuk dalları bakımından hukuka uygun hale getirirler.

Sonuç olarak, “bir hukuk dalında hukuka aykırı olan fiil zorunlu olarak diğer hukuk dallarında da hukuka aykırıdır” şeklindeki öneme, hatalı bir önermedir; hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi ile uyumlu olan önerme, “bir hukuk dalında hukuka uygun olan fiil, zorunlu olarak diğer hukuk dallarında da hukuka uygundur” önermesidir.

KAYNAKÇA

Abanoz, Buket. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2021.

Akbulut, Berrin. “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 14, S. 40, 2019, s. 265-288.

Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Adalet, Ankara, 2019.

Alacakaptan, Uğur. *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

Alchourrón, Carlos E. “Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems”, *Law and Philosophy*, Vol. 10, No. 4, 1991, s. 413-425.

Alexander, Larry. “Mistakes and The Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Balyes”, *Law and Philosophy*, Vol. 12, No.1, 1993, s. 33-70.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Adalet, Ankara, 2018.

Boella, Guido/ Van Der Torre, Leendert. “Permissions and Obligations in Hierarchical Normative Systems”, in *Proceedings of the 9th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, eds. [John Zeleznikow](#), Association for Computing Machinery, Edinburgh, 2003, s. 109-118.

Campbell, Kenneth. “Offence and Defence”, in *Criminal Law And Justice: Essays From The W.G. Hart Workshop*, eds. I. H. Dennis, Sweet and Maxwell, London, 1987, s. 73-86.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2020.

D’Almeida, Luis Duarte. “‘O Call Me Not to Justify the Wrong’: Criminal Answerability and the Offence/Defence Distinction”. *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 6. No. 2, 2012, s. 227-245.

Dan-Cohen, Meir. “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 97, No. 3, 1984, s. 625-677.

Dan-Cohen, Meir. “The Actus Reus and Offences of Situation”, *Israel Law Review*, Vol. 7, No. 2, 1972, s. 186-194.

Değirmenci, Olgun. “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 110, 2014, s. 129-188.

Dönmezer, Sulhi/Erman Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 2. Cilt*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 1997.

Duff, Robin Antony. *Answering For Crime; Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007.

Dursun Selman/Bozbayındır, Ali Emrah. “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73, S. 1, 2015, s. 63-90.

Dülger, Murat Volkan/Özkan, Onur/Bakdur, Merve. “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 12, S. 5, 2021, s. 227-264.

Ekici Şahin, Meral. *Ceza Hukukunda Rıza*, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2012.

Erdin, Selim. *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu*, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2021.

Erman, Ragıp Barış. “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2006.

Ersan, Aykut. *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2013.

Fletcher, George P. “The Nature of Justification”, in *Action and Values in Criminal Law*, eds. Stephen Shute et. al., Clarendon Press, Oxford, 2003, s. 175-187.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2000.

Gardner, John. *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Göktürk, Neslihan. “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 27, 2015, s. 7-28.

Göktürk, Neslihan. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 26, 2014, s. 7-30.

Göktürk, Neslihan. “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 407-450.

- Güngör, Devrim. *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*. 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2007.
- Hafizoğulları, Zeki. *Ceza Normu*, 2. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Hakeri, Hakan. “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 20, S. 69, 2007, s. 55-96.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Adalet, Ankara, 2019.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, Vol. 23, No. 1, 1913, s. 16-59.
- Huang, Zhisheng/Masuch, Michael. “The Logic of Permission and Obligation”, *Logique et Analyse*, Vol. 38, No. 119, 1995, s. 55-74.
- Huigens, Kyron. “Fletcher's Rethinking: A Memoir”, *Tulsa Law Review*, Vol. 39, No. 4, 2004, s. 803-817.
- İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener. *Suç Teorisi (2)*, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2003.
- Kangal, Zeynel Temel. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2010.
- Karaaslan, Reşit. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Unsurlarında Hata”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 172, 2017, s. 1665-1721.
- Karakurt, Ahu. “Türk Ceza Kanunu'nda Hata”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 10, 2009, s. 109-155.
- Katoğlu, Tuğrul. *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.
- Kazaker, Gözde. *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2019.
- Keçelioğlu, Elvan. “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 87, 2010, s. 299-321.
- Keyman, Selahattin. “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S.1, 1980, s. 59-105.
- Koca, Mahmut/Üzülmez. İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- Kunter, Nurullah. *Suçun Kanuni Unsurları* (Köksal bayraktar vd.), 2. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2022.
- Lencker, Theodor. “The Principle Of Interest Balancing As A General Basis of Justification”, *BYU Law Review*, Vol. 3, 1986, s. 645-668.
- Lewis, David. “A Problem about Permission”, in *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, eds. Esa Saarinen et al., Reidel, Dordrecht, 1981, s. 163-175.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz Serra. *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
- Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*, 1. Bası, Seçkin, 2017.
- Moore, Michael S. *Act and Crime: The Theory of Action and Its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- Mousourakis, George. “Justification and Excuse”, *Criminal Law and Legal Philosophy*, Vol. 7, No. 35, 1998, s. 35-64.

- Mullins, Robert. “Moral Conflict and the Logic of Rights”, *Philosophical Studies*, Vol. 177, No. 3, 2020, s. 633-651.
- Opalek, Kazimierz. “Norm and Conduct, The Problem of the ‘Fulfillment’ of the Norm”, *Logique et Analyse*, Vol. 14, No. 53-54, 1971, s. 111-119.
- Opalek, Kazimierz/Woleński, Jan. “Normative Systems, Permission and Deontic Logic”, *Ratio Juris*, Vol. 4, No. 3, 1991, s. 334-348.
- Ozansü, Mehmet Cemil. *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2007.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Önok, R. Murat/Önay, Işık. “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 77, S. 2, 2019, s. 847-895.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray. “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, 2007, s. 195-222.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 1995.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- Özkan, Salih, *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford: 2002.
- Robinson, Paul H. “Rules of Conduct and Principles of Adjudication”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 57, No. 3, 1990, s. 729-771.
- Ross, Alf. *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London, 1968.
- Sarıgül, Ali Tanju. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m. 30/3)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 3, 2020, s. 325-359.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Yetkin, Ankara, 2020.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 1. Bası, Yetkin, Ankara, 1998.
- Şenol, Cem. “5237 sayılı TCK’ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S.149, 2019, s. 60-69.
- Taner, Fahri Gökçen. *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2017.
- Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949.
- Thomson, Judith Jarvis. “Some Ruminations on Rights”, *Arizona Law Review*, Vol. 19, No. 1, 1977, s. 45-60.
- Thomson, Judith Jarvis. *The Realm of Rights*. Harvard University Press, Massachusetts, 1990.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 160; Bengü, Cemil Halit. *Ceza Hukukunda Hata*, Sakarya Kitabevi, Ankara, 1948.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Bası, Savaş Kitabevi, 2021.
- Tunç, Kübra. *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata*, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2020.

Uğraş, Dilek Özge. “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suçun Yapısı İçerisindeki Yeri ve Muhtevası”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 9, S. 18, 2021, s. 369-411.

Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2003.

Wellman, Christopher Heath. “On Conflicts Between Rights”, *Law and Philosophy*, Vol.14, No. 3-4, 1995, s. 271-295.

Welzel, Hans. “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 67, No. 2, 1955, s. 196-228.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, Stevens and Sons, London, 1961.

““HUKUKUN BİR DALI BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI OLAN FİİL HUKUKUN DİĞER DALLARI BAKIMINDAN DA HUKUKA AYKIRIDIR” ÖNERMESİNİN DOĞRULUK DEĞERİ

Mandamus Emirnamesi ve Kıbrıs Türk Hukukundaki Yeri

Emete GÖZÜGÜZELLİ 

Doç, Dr. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Lefkoşa, KKTC,
emete.gozuguzelli@asbu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 03.03.2022 Kabul: 19.12.2022 Yayın: 22.12.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Mandamus, İngiliz Hukuku, Kıbrıs Türk Hukuku, Emir, Kamu Yararı.</p>	<p>Yargı denetimi, kamu hukukumuzun temel taşıdır. Yargı denetimi yoluyla Yüksek Mahkeme, kamu yönetimine önemli bir katkı sağlamaktadır. Hakları, yükümlülükleri veya çıkarları kanunla korunan veya tanınan herhangi bir mahkeme veya başka bir kamu otoritesinin kararından etkilenen her kişi, kanuna uygun olarak, bu kararın yargısal denetimi için yargıya başvurma hakkına sahiptir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde anayasal zeminde öngörülen Emirnamesi İlkesi İngiliz Dönemi'nden beri Kıbrıs'ta uygulanmaktadır. Bu çalışmada, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin 1985 Anayasasında yer alan 151. madde 3. fıkrası kapsamında öngörülen Mandamus Emirnamesi incelenmiş ve halen dar çerçevede uygulanma alanı olduğuna değinilmiştir.</p>

Mandamus Ordinance and Its Place in Turkish Cypriot Law

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 03.03.2022 Accepted: 19.12.2022 Published: 22.12.2022</p> <p>Keywords: Mandamus, English Law, Turkish Cypriot Law, Order, Public Interest.</p>	<p>Judicial review is the cornerstone of our public law. Through judicial review, the Supreme Court makes an important contribution to public administration. Every person affected by the decision of any court or other public authority whose rights, obligations or interests are protected or recognized by law has the right to apply for judicial review of that decision, in accordance with the law. In the Turkish Republic of Northern Cyprus, the principle of Orders envisaged on the constitutional basis has been implemented in Cyprus since the British period. In this study, an evaluation has been made on the mandamus ordinance envisaged within the scope of the 3rd paragraph of article 151 of the 1985 Constitution and stated the principle which is used by the narrow framework since its application.</p>

Atıf/Citation: Gözügüzelli, E. (2022). Mandamus Emirnamesi ve Kıbrıs Türk Hukukundaki Yeri, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), s.788-812.

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

Yüksek Mahkeme'nin asli yetkisi 15 Kasım 1985'te onaylanan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) Anayasası Yargı - Dördüncü Bölüm'de ifade edilir. Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, Anayasanın 151. maddesi (3) fıkrası uyarınca İngiliz hukukundan kaynaklanan **certiorari** (iptal emri), **prohibition** (yasaklayıcı emir), **mandamus** (zorlayıcı emir), **habeas corpus** ve **quo warranto** emirnamelerini isdar etme yetkisi vardır. Bu emirnamelerin yargısal ve yönetsel yetki kullanan organların denetimini *Yüksek Mahkeme* yapabilmektedir. Anılan emirnamelerin her biri farklı uygulamaların denetlenmesini sağlar.

KKTC Anayasası madde 152'ye dayanarak Yüksek İdare Mahkemesi nezdinde idari davalar ele alınarak incelenmekte (Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası madde 117(3)) ve hüküm verilmektedir. Burada Yüksek İdare Mahkemesi'nin huzurunda görülen davaların, bizzat yetki temelinde idarenin eylem, işlem, karar veya ihmallerinden kaynaklı meseleler genellikle aşağıdaki şekildedir:

- a) *Anayasaya aykırılık olması,*
- b) *Var olan mevzuat veya yasalara aykırılık bulunması,*
- c) *Herhangi bir surette yetki aşımı durumu olması,*
- d) *Var olan yetkilerin kötü kullanılması.*

KKTC hukukunda *idari davalar, anayasa ve ceza davaları* kamu hukukunun parçası olarak ele alınmaktadır. Diğer meseleler, örneğin kişiler arası uyuşmazlıklar, sözleşmeler, akitler, haksız fiiller v.b. haller hukuk davalarının parçasıdır.

İdarenin eylem ve işlemlerinde hukuka aykırılık meselesi söz konusu olduğunda bu işlemleri **iptal etmek** veya **önlemek** ya da **yapılması gereken işlem ve eylemlerin hayata geçirilmesini sağlamak** amacıyla idareye Yüksek Mahkeme tarafından emirler verilmesini sağlamak, emirname ilkesinin parçasıdır. Esasen, İngiliz hukukundan kaynaklanan emirnameler, Kıbrıs hukuk sisteminde halen uygulanmaktadır. Bilindiği üzere, İngiliz hukukunda *yargı birliği* ilkesi söz konusu olup, idarenin denetimi dahil tüm yargısal görevleri tek bir adli yargıda görülerek bunların kararlarının aynı yüksek mahkemelerde temyiz edilebilmektedir. Kıbrıs Türk hukuk sisteminde Yüksek Mahkeme: Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Yüksek İdare Mahkemesi¹, Yüce Divan olarak görev yapmaktadır. KKTC Anayasası 143. maddesine göre, Yüksek Mahkeme'nin yedi üyesi ve bir başkanı vardır. Başka bir anlatımla, KKTC yargısında tek bir Yüksek Mahkemesi

¹ Yüksek İdare Mahkemesi idarenin herhangi bir yetki kullanımında (organ, makam veya kişi) karar, kişi veya ihmalinin yasalar veya anayasada öngörülen hükümlere aykırı olarak ya da yetkinin kötü maksatla kullanılması veya bu durumun anlaşılması halinde meşru menfaati zarar gören ya da olumsuz etkilenen kişilerin bu işlem veya kararı, idari bir dava olarak Yüksek Mahkemeye taşınmasıdır. Tek yargıç veya üç yargıçlı davalara bakılabilir. Tek yargıcın verdiği kararı istinaf ederek üç yargıcın değerlendirmesi ile karar kesin olur. Başvuru hakkı söz konusu olan karar veya işlemde ya da ihmalden meşru menfaati doğrudan doğruya zarar gören ve olumsuz yönde etkilenen kişilere aittir.

vardır ve Türk yargılama sisteminde var olan ayrı yargılama birimleri ve uzmanlaşmış kadrolamalar² KKTC hukukunda bulunmamaktadır³.

Bu çalışmada, mandamus emirnamesi ele alınarak KKTC yargılaması gösterilecektir. Mamafih mandamus konusunda 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası dönemi, 1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası Döneminde yer alan mandamus ve kaldırılan Fasıl 17 (Yasa 17) detaylarına odaklanılmamıştır⁴.

Çalışmanın ilk bölümünde, *Yüksek Mahkeme Emirnameleri* özetle açıklanmıştır. İkinci bölümde, *Mandamus Emirnamesi* kısa tarihçesi ele alınmış ve çıkarılması hususunda gerekli olan unsurlar izah edilmiştir. Üçüncü bölümde, KKTC yargısı tarafından uygulanan *Mandamus Emirnamesi* değerlendirilmiştir. İlaveten başvuru şartları belirtilerek adaleti sağlama fonksiyonu ele alınmıştır. Dördüncü bölümde, olağanüstü çözüm yolu olarak görülen mandamus konusu analiz edilmiştir. Sonuç olarak ortak hukuk sisteminin parçası olarak görülen mandamus, İngiliz koloni yönetiminin uygulaması olup, Kıbrıs Türk hukuk sisteminde uygulaması değerlendirilmiştir.

I. KKTC'DE YÜKSEK MAHKEME EMİRNAMELERİ

9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 38. Maddesi, İngiltere'deki Common Law (**Ahkamı Umumiye**) ilkelerinin KKTC Mahkemeleri tarafından da uygulanabileceğini öngörmektedir. Bu nedenle daha önce de ifade edildiği üzere Yargıtay, İngiltere Yüksek Mahkemesinin yapabildiği gibi Mandamus emri verme yetkisini haizdir⁵.

KKTC hukuk sisteminde Mandamus başvuruları 1964 öncesi yürürlükte olan İngiliz Yüksek Mahkeme Nizamlarının ilgili maddelerine ve KKTC Anayasa'nın 151(3) maddesi ve dayanılarak yapılabilmektedir⁶.

KKTC Anayasasının 151. Maddesi 3. Fıkrası ile Yargıtay'ın yetkileri şu şekildedir:

“(3) Yetkisiz tutuklamanın kaldırılması için emirname (*Habeas Corpus*), bir yetkinin kullanılmasını sağlamak için emirname (*mandamus*), herhangi bir mahkeme veya yargı niteliğinde yetki kullanan herhangi bir makamın yanlış bir kararının uygulanmasını önlemek için emirname (*Prohibition*), bir makamın herhangi bir yetkiye dayanılarak işgal edildiğinin soruşturulmasına ilişkin emirname (*quo warranto*) ve herhangi bir mahkeme veya yargı niteliğinde yetki kullanan herhangi bir makamın kararının iptali için emirname (*certiorari*) çıkarmaya münhasıran Yüksek Mahkeme, Yargıtay olarak yetkilidir”⁷.

A. Habeas Corpus Emirnamesi

Hukuk ilkelerine göre yasanın veya yasada yer alan hükümlerin tefsiri, yasadaki hükümlerin gayeleri göz önünde tutularak yapılır. Yasa hükümlerinde yer alan kelime veya

² Erhurman, Tufan, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku*, Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Işık Kitapevi, Kıbrıs 2012, s.189-223.

³ Turhan, Turgut “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi”, AÜHF 2008, ss.253-283, s.278.

⁴ Bu konuda bakınız: Erhurman, 2012.

⁵ Necatigil,Zaim, *Anayasa ve Yönetim Hukukunu Esasları*, Işık Kitapevi, Lefkoşa, 2015, s.321; Yargıtay Asli Yetki 6/1998 D.1/1998, Yargıtay/ Asli Yetki: 1/2015 D.1/2017.

⁶ Necatigil, 2015, s.321.

⁷ KKTC Anayasası,1985.

ibarelerin anlamı kendi kendilerine açık, belli ise ve muğlâk değilse bu gibi kelimeler veya ibarelere alelâde veya tabii anlamları verilir.⁸ Ceza hukukumuzun bir devamı ve parçası olan infaz kuralları ile cezaların infazı sırasında yapılan işlem ve kararlar idari yargı sahası dışında olup bu mahkemenin yetkisi dahilindedir. Nitekim Anavatan Türkiye’de de ceza infazı ile ilgili konular ve bunlardan doğan ihtilâflarda yetkili mahkemeler ceza mahkemeleridir. Profesör Sıddık Sami Onar özel hukuk ile kamu hukukunun mukayesesini yapıp iki hukuk sistemi arasındaki irtibatı izah ederken ceza hukukunun tamamen ayrı olduğunu vurgulamaktadır. Cilt I sayfa 113’de şöyle denmektedir:

“Ceza hukuku ise mevzu ve esas bakımından idare hukukundan çok farklı olmakla beraber aralarında sıkı bir alaka vardır; Devletin idari faaliyetlerinden bir çoğu suç işlenmesine mani olmak içindir. Mani zabıta ve teşkilatının hedefi bundan ibarettir. Buna mukabil İdare Hukukunun bir çok kaidelerinin müeyyidelerini cezai müeyyideler teşkil eder. Bu suretle bu iki hukuk branşı karşılıklı yardımları ile birbirlerini ikmal ve aynı suretle hukuki emniyet gayesine hizmet ederler.”⁹

Ceza infaz kuralları ceza hukukumuzun bir devamı olduğuna göre bunların uygulanmasında yapılan işlemlerin de genelde idari yargı sahası dışında olması gerekir. Ne var ki geçmişte af yasaları ve cezaların infazından doğan ihtilâflarda Yüksek Mahkemeye Yüksek İdare Mahkemesi olarak başvuruda bulunulmuştur.

Yüksek Mahkeme tarafından yetkisiz tutuklanma konusunda verilen emirnamedir. Başka bir ifadeyle, şayet bir kişi yetkisizce tutuklanırsa **habeas corpus** emirnamesi ile bunun önüne geçilir. Burada idarenin kullandığı yetki adaletin dışına çıkan bir tutuklama ise bu yola başvurulacaktır. Burada mesele ceza davalarına ilişkin olması hasebiyle, KKTC’de ceza davalarının iki şekilde açılabilirdiğini belirtmekte fayda olacaktır. İlk yol *sulh ve sukün* içinde şikâyet ile açılan davalardır. İkinci yol ise şikâyet olmaksızın, kamu düzenine tehdit gerekçesiyle açılan davalardır. Kanuna ve kamu düzenine aykırı bir eylem içinde bulunulduğunda ve kanunda öngörülen suçlar kapsamında bir fiil işlendiği durumlarda o kişi/ler aleyhine ceza davası açılır. Böyle bir olayda ilgili suç fiili gerçekleşmiş ise olay polise intikal ettiği an polisin derhal incelemelerde bulunup soruşturma başlatması gerekir. Başka bir ifadeyle, suç fiili konusunda polisin ceza davası açması için bizzat işlemleri başlatması gerekir. Bu durumda, bireysel manada kişiyi ilgilendiren durumda genel olarak polise şahsen yapılan şikâyet başvurusunda gerekli tutanak tutulduktan sonra polis karşı tarafı ifadeye çağırır, kanuna aykırı fiiller varsa tespit edilir ve ceza davası açılır. Polisin hazırladığı dosya Başsavcılığa gönderilir ve uygunluğu halinde dosya ceza davası kapsamında Başsavcılık tarafından açılır. Dosya içerisinde şahısların ifadeleri ve polis tarafından yapılan araştırmada yer alan bulgular yer alır. Mesele kamu düzenine aykırı olduğu hallerde ifade alınmaya dahi gerek yoktur.

Bu süreçte, kişinin hukuka aykırı şekilde hürriyetinden yoksun kalması durumu oluşması halinde hiç beklemeden *Habeas Corpus Davası* için mahkemeye gidebilir. Mahkeme tarafından, tutuklanan kişinin hukuka uygun veya başka bir şekilde gözaltına alınıp alınmadığını inceleyebilmesi için tutuklanan kişinin huzuruna çıkarılmasını emreder. Mahkeme, kişinin

⁸ İstida No: 1/75, YKKTC Yüksek Mahkeme, Asli Yetki, 21 Ekim 1975.

⁹ D.1/90 Yargıtay/Asli Yetki 1/90.

yasadışı olarak gözaltına alındığına ikna olursa, serbest bırakılması için emir verebilir. Habeas corpus emri, tutuklu bir kişinin yargıç önüne çıkarılmasını veya mahkemeye çıkarılmasını gerektiren bir emirdir (mahkeme kararı). Habeas corpus ilkesi, bir mahkûmun hukuka aykırı gözaltından, yeterli neden veya kanıttan yoksun tutukluluktan salıverilmesini sağlar. Çözüm, mahkum tarafından veya mahkumun yardımına gelen başka bir kişi tarafından aranabilir.

Burada yargıç kaidelerinden bahsetmekte fayda vardır. Ceza Usul Yasası'nın kapsamına giren bu konu İngiltere'de *Queen's Bench* yani ifade alımlarıyla ilgili kaidelerdir. Buna "Yargıç Kaideleri" denir. İngiltere'de alınan ifadelere olduğu kadar KKTC dahilinde alınan ifadelere de uygulanmaktadır. Yargıç kaideleri dokuz tanedir. Bu kaidelerin biri de tutuklu kişilere nasıl davranılması gerektiği yönündedir. Burada habeas corpus ile arzulanan maksadın devletin en önemli gücü olan kolluğun veya devletin keyfi eylemlerine karşı bireysel özgürlüğü koruyan önemli bir hukuki araç olmasıdır.

"1898 Queen's Bench, Ex Parte Dorothy Hopkins davasında olduğu gibi, polis dışı otoritelere de genişletilmiştir..."¹⁰ Dolayısıyla, yetki meselesi kapsamında habeas corpusun keyfi idari işlem ve eylemle kişinin özgürlüğünden alıkonulamayacağına dair bir güvence olarak görülmektedir.

Ex parte Mooney davasında Batı Virginia Yüksek Mahkemesi şu şekilde ifade etmiştir:

*"Habeas corpus'un emri, iki farklı dava sınıfına uygulanabilir. Birincisi, kısıtlama veya alıkoymanın özel makam tarafından yapıldığı hallerde; ve ikincisi, gözaltının yasal süreç kapsamında taahhülle gerçekleştirilmesidir. İkinci sınıf, bu durumda dikkate alınması gereken tek şeydir. Bu sınıfta yargı yetkisi, genel anlamda, doğası gereği yüksek mahkemedir; çünkü bireyin hapsedilmesi kararı her zaman habeas corpus emri başvurusundan önce gelmelidir; ve ilam her zaman bu kararın gözden geçirilmesi amacıyla olmalıdır ve bu nedenle doğası gereği temyizdir."*¹¹

Diğer taraftan şartlı tahliye yasası kapsamında mesele ele alınır. Yargıtay/Asli Yetki 7/91 sayılı kararda, Habeas Corpus için şöyle denmiştir:

*"Anayasa'ya göre bir "Habeas Corpus" emirnamesi verilmesi için ortada bir gayriyasal, yetkisiz tutuklamanın mevcut olması gerekir. Bu nedenle Müstedinin istidasında başarılı olabilmesi için Müstedaaleyh tarafından gayriyasal ve yetkisiz olarak tutuklanmakta olduğunu ispat etmesi gerekir."*¹²

Yargıtay'a göre anılan prensipler, Habeas Corpus Emirnamesi için istida dosyalanmasına izin verilse de, yetkisiz tutuklamanın kaldırılması emirnamesinin ısdarı için aranan unsurları ihtiva etmektedir. Böyle bir istidanın dosyalanabilmesi için izin talep edildiğinde, ilk mahkeme hangi esaslardan hareketle izin vermeli veya reddetmelidir? Yetkisiz tutuklamanın kaldırılması için gayriyasal ve yetkisiz tutuklamanın mevcudiyeti arandığına göre, böyle bir tutuklamanın varlığını

¹⁰ Kapoor, Tanu, "Analysis of Types of Writs under Constitution of India: Landmark Cases", *Latest Laws*, 2020: <https://www.latestlaws.com/articles/analysis-of-types-of-writs-under-constitution-of-india-landmark-cases-by-tanu-kapoor/> (Erişim Tarihi: 3.09.2022)

¹¹ E. R. S., "Habeas Corpus as a Method of Review: Prohibition: Mandamus", *Michigan Law Review*, Vol. 41, No. 5, Nisan, 1943, ss. 937-943.

¹² D. 1/2015 Yargıtay/Asli Yetki/İstinaf:1/2014 (Yargıtay/Asli Yetki Dava No:18/2014).

ortaya koyabilecek yeterli sebebin bulunduğu mahkemenin ikna olması halinde, çift taraflı istida dosyalanmasına izin verilmelidir¹³. Buna göre, ilk derece mahkemesinin, müstedinin izin talebini değerlendirirken, gayriyasal ve yetkisizce tutulduğunu gösterecek yeterli sebebin bulunduğu sonucuna varabilmesi için, serdedilen olguları değerlendirmesi ve bu konularda bulgu yapması gerekir. İlk derece mahkemesinin burada dikkat etmesi gereken husus, izin verilmiş gibi istidayı esastan karara bağlayacak nitelikte bulgu yapmamasıdır. Ancak, ilk derece mahkemesinin ulaştığı sonuç, aksine karar verilmesi mümkün olmayan ve başka türlü yorumlanması imkânsız veya yoruma muhtaç olmayacak kadar açık olan bir hususu ihtiva ediyorsa, böyle bir sonuca izin aşamasında ulaşıldığı gerekçesiyle karar hatalı sayılmaz. Burada gözetilmesi gereken nokta, izin müracaatı reddedilen müstedinin, mahkemeye başvurma hakkının olumsuz yönde etkilenmemesidir. İlk derece mahkemesi, huzurundaki istidayı değerlendirirken, önüne çıkabilecek hukuki soruna göre yorum kaidelerini kullanabilir, maddi ve hukuki olguları bu çerçevede yorumlayabilir. Bunu yapmasında hukuki bir engel yoktur¹⁴.

Habeas Corpus emirnamesi verileceği zaman mutlaka hukukun ilkelerine göre ve ilgili yasanın ya da yasada yer alan hükümler doğrultusunda amaç tespit edilerek tasnif edilmelidir. Burada önem arz eden husus yasada her alan hükümlerin açık ve belirgin halinin alalede veya tabii manada kelimelerin anlamlandırıldığıdır.

B. Prohibition Emirnamesi

Yasaklama Emri: Yasaklamak veya durdurmak anlamına gelir. Bu Emir, bir alt mahkeme veya bir organ, *kendisine verilen sınırları veya yetkileri aşmaya çalıştığı*nda verilir. Bir üst mahkeme tarafından alt mahkemeye verilebileceği gibi Yüksek Mahkeme tarafından yargı yetkisi dışında bir eylemde bulunulmasını yasaklayan bir emirdir. Bu emrin yayınlanmasından sonra alt mahkemede işlemler durur. Yasaklama Emri, Yüksek Mahkeme tarafından herhangi bir alt mahkemeye verilir ve ikincisinin hukuki yargılama yetkisinin olmadığı belirli bir davada yargılamaya devam etmesini yasaklar. Mandamus Emri belirli bir şeyin yapılmasını emrederken, yasaklama Emri esasen hareketsizliği emreden ve alt mahkemeye yöneliktir. Yüksek Mahkeme, bu emri yalnızca temel bir hakkın etkilendiği durumlarda yayınlabilir. Başka bir ifadeyle, yasaklama kararı, öncelikle, bir alt mahkemenin veya mahkemenin önünde bekleyen davalarda yargı yetkisini aşmasını veya doğal adalet kurallarına aykırı hareket etmesini önlemek için verilir. Bir üst mahkeme tarafından, alt mahkemelere, yasal olarak kendisine verilmeyen bir yargı yetkisini gasp etmeleri veya başka bir deyişle, alt mahkemeleri kendi yetki sınırları içinde kalmaya zorlamaları için verilir. Bu nedenle, emir, yetki aşımının olduğu ve yargı yetkisinin bulunmadığı her iki durumda da verilir. Kısaca, yargı veya yasama işlevlerine karşı verilebilir.

Prohibition herhangi bir mahkeme veya yargısal nitelikte yetki kullanan bir makamın başka bir ifadeyle bakan ya da kamu kuruluşunun veya bir mahkemenin yetkisini aştığı durumlarda ya da yanlış bir kararının uygulanmasını engellemek için emirname çıkarmak anlamına gelse de burada amaç *ultra vires* yani yetki aşımı hususunda ya da doğal adalet ilkelerinin ihlali oluşan hallerde bunlara prohibition emirnamesi ile engel olmandır. İptal emrinde olduğu gibi hukuki hataların düzeltilmesi bu emirnamede olmaz. Esasen prohibition her ne kadar ara emir

¹³ D. 1/2015 Yargıtay/Asli Yetki/İstinaf:1/2014.

¹⁴ D. 1/2015 Yargıtay/Asli Yetki/İstinaf:1/2014.

(injunction) benzese de yasaklayıcı emir ile meydana gelecek olan hukuka aykırı kararların önlenmesini hedeflemektedir.

Asli Yetki 8/78'de sayfa 4, para 4'de "prohibition" emirlerinin ne gibi hallerde verilebileceği aşağıda serdedildiği şekilde belirtilmiştir:

*"'Prohibition' yetki yokluğu veya yetki aşımı için çıkarıla-bileceği gibi, doğal adalet kurallarına uyulmadığı zaman da kullanılabilir. Yetki yokluğu veya yetki eksikliği dosyadan (on the face of the proceedings) açıkça görülebiliyorsa 'prohibition' emirnamesi bir hak olarak çıkarılır. Bu gibi hallerde 'prohibition' gecikme olsa bile, herhangi bir zaman, hatta hükümden sonra bile, çıkarılabilir. Eğer yetki yokluğu veya yetki eksikliği dosyadan açıkça görünmüyorsa, emirnamenin çıkarılması Mahkemenin takdirine bağlıdır. Mahkeme takdir hakkını kullanırken, emirnameyi talep etmekte gecikme olup olmadığını, gecikmenin ne kadar olduğunu ve diğer başka hususları dikkate alır."*¹⁵

Yargıtay/Hukuk 7/81'de ise sayfa 3, para.2'de şöyle denmiştir:

"Teati edilen takrirlerin kapsamadığı hususlar için Mahkemenin hüküm vermeye yetkisi olmadığı açıktır... Tüm bu nedenlerden dolayı alt mahkemenin yetkisini aşarak vermiş olduğu hükmün iptal edilmesi gerekir."

1901 2 K.B., s.833'de yayınlanan Alderson v. Palliser and another davasında sayfa 836'da şöyle denmektedir:

"Yargılamalar karşısında beliren bir yetkisizlikten feragat edilemez bir alt Mahkemede ki yargılamalar karşısında yargı yetkisinin bulunmaması halinde, Mahkeme yasaklama kararı vermek zorundadır. Başvuran yargılamada mütalaa vermiş olsa bile."

Halsbury, 3. baskı, Cilt II, s.115'de ise şöyle denmektedir:

*"Ne zaman yasak hak olarak. Yargılamadaki kusurun zahiren belli olması ve başvurunun taraflardan biri tarafından yapılması hâlinde, karar haktan doğar ve takdire bağlı değildir. İhtilafli konunun küçüklüğü ve başvuru sahibinin gecikmesi, kendi başlarına bir ret gerekçesi değildir. Bununla birlikte, yetki kusuru açık olmadıkça bu kararın hak iddia edilemeyeceği gibi, kural olarak, iddia edilen kusurun savunmada yapılacak bir değişiklik olması durumunda da verilmeyecektir."*¹⁶

Alıntısı yapılan kararlardan da görülebileceği gibi bir kişi hükmün çıkmasına rıza gösterse ve itirazda bulunsa dahi tutanaklardan Mahkemenin yetkisizliği açıklıkla görülebilirse hükmün çıkmasından sonra aradan zaman geçmesine de bakılmaksızın isendiği şekilde bir "prohibition" emri verilmesi gerekir. İlgili kişinin yetkisizlik nedeni ile istinaf etmemiş olması ya da aynı zamanda istinafa baş vurması istenen emrin verilmesine engel değildir.

C. Certiorari Emirnamesi:

Kelimenin tam anlamıyla certiorari, daha yüksek bir Mahkemenin bir alt Mahkemesinin kararını gözden geçirdiği bir emir anlamına gelir. Başka bir ifadeyle, Certiorari Emri, Yüksek

¹⁵ D.1/84 Yargıtay/Asli Yetki 3/83.

¹⁶ D.1/84 Yargıtay/Asli Yetki 3/83.

Mahkeme tarafından konuyu uygun şekilde değerlendirilmesi için bazı alt mahkemelere verilir. Certiorari Emri, bir alt mahkeme tarafından verilmiş olan emri bozmak için Yüksek Mahkeme veya herhangi bir Yüksek Mahkeme tarafından verilebilir. Başka bir deyişle, yasak daha erken bir aşamada mevcutken, Certiorari daha sonraki bir aşamada benzer gerekçelerle kullanılabilir. Yasak ilamının bir alt mahkeme nezdinde takibata gidilmesi sırasında mevcut olduğu, Certiorari'ye ancak emir veya kararın açıklanmasından sonra başvurulabileceği de söylenebilir.

İhtarname yargı organlarına aittir Bir certiorari ilamının verilmesine ilişkin temel ilkelerden biri, ilamın yalnızca hukuki işlemlerin geçerliliğini kaldırmak veya hüküm vermek için kullanılabilir. Hukuki işlemler ifadesi, idari organlar veya makamlar veya bu tür işlevleri yerine getirmekle yükümlü kişiler tarafından yargı benzeri işlevlerin yerine getirilmesini içerir.

Certiorari emri, aşağıdaki gerekçelerle verilebilir:

1. Yetki eksikliği veya fazlalığı olması durumunda, yargı hatalarını düzeltmek için adli yargı işlevi gören bir organa verilir, bir alt mahkeme veya mahkemenin yetkisiz olup veya yetkisiz hareket etmesi durumu öne çıkar. Yetkisizlik, konunun niteliğinden kaynaklanabilir . Yetkisizlik ayrıca bir ön kovuşturmanın olmamasından veya mahkemelerin yetkisinin kullanılması için gerekli bazı özel olguların varlığından da kaynaklanabilir.

2. Kayıtlarda görünen hukuk hatasını düzeltmek için de ilam verilir. Ancak bir olgu hatasını düzeltmek için verilemez. Kayıtlara bakıldığında görünen bir hukuk hatasının ne olduğu mahkemeler tarafından her davanın olgularına göre kararlaştırılacaktır.

3. Doğal adalet ilkesinin göz ardı edilmesi

Dolayısıyla *Ceritorari* de herhangi bir mahkeme veya yargısal yetki kullanan bir makamın kararının iptali için emirname çıkarmak anlamına gelmekte olsa da *prohibition ve ceritorari* emirnamelerinin alt mahkeme kararlarına karşı verilebilecektir. Başka bir ifadeyle, Yargıtay olarak Yüksek Mahkemenin, Anayasa Mahkemesi veya Yüksek İdare Mahkemesinin yargı kararlarını *prohibition ve ceritorari* ile denetleme yetkisi yoktur¹⁷.

D. Quo Warranto Emirnamesi

Quo-Warranto emirnamesi ile bir kimsenin, yetkisi olmayan bir kamu görevinde görev yapmasını engellemek amacıyla verilen bir ilamdır. Quo warranto Emri, herhangi bir kamu görevinin yasadışı olarak üstlenilmesini veya herhangi bir kamu görevinin herhangi biri tarafından gasp edilmesini önlemek için kullanılır. Örneğin, bir kamu görevine 62 yaşında bir kişi atanmışken, emeklilik yaşının 60 olması quo warranto emirnamesine başvuru ile ihlalin önlenmesinin önüne geçilebilecektir.

Bir kişi, eğer mahkemeyi aşağıdaki hususlarda tatmin ederse, bir Quo-Warranto ilamı talep edebilir:

1. Söz konusu görevin kamu görevi olduğu
2. Hukuki yetkiye sahip olmayan bir kişi tarafından tutulduğu

¹⁷ Necatigil, Zaim, *Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku*, Rüstem Kitapevi, 1988, s.130.

Diğer yandan **quo warranto** bir makamın hangi yetki çerçevesinde işgal edildiğinin sorgulanmasıdır. Başka bir ifadeyle, quo warranto belirli bir kişinin işgal ettiği kamu görevini üstlenmek için hukuki hakka sahip olup olmadığı konusundaki bir anlaşmazlığı çözmek için kullanılan özel bir yasal işlem şeklidir. Örneğin, bir kamu görevlisinin atandığı ilçedeki kurumda işe gitme şartını yerine getirip getirmediğini belirlemek için açılacağı gibi bir kamu görevlisinin birbiriyle uyumsuz iki işte görev yapıp yapmadığı denetimi de quo warranto ile istenebilir. Kısaca bu emirname de tamamen kamu görevinin bütünlüğü ile ilgilidir.

“Quo warranto, hukuka aykırı olarak ileri sürülen bir yetkinin sürekli olarak kullanılmasını önlemeyi amaçlar. İddia edilen gasp sona erdiğinde, quo warranto reddedilecektir. Aynı şekilde, quo warranto sürekli bir gaspı sona erdirmeye hizmet ettiğinden, eylem için hiçbir zamanaşımı süresi uygulanmaz¹⁸. Şu anda, quo warranto prosedürünün en yaygın uygulaması, bireylerin kamu görevinde bulunma hakkına karar vermektir.”¹⁹ Genel olarak bu, fiili bir memur maaş gibi bazı iş olaylarını geri almak için mandamus gibi bir dava açıldığında ortaya çıkar ve dilekçe sahibinin görev olayını geri alma hakkına sahip olup olmadığına dair bir karardan önce var olması gerekir.”²⁰

Esasen bu durum bir kamu görevlisi ya da bir kamu kurumunun kendisine verilen görevi yerine getirmemesi hususunda denetimde de çare olarak görüldüğü kanaatindeyiz.

II. MANDAMUS'UN TARİHÇESİ

Mandamus emirnamesinin tarihsel düzlemde tam olarak ne zaman başladığı bilinmese de kökeninin İngiliz krallarının buyruklarına ya da fermanlarına dayandığı anlaşılmaktadır. Zaten ileri anlatımlarda da görüleceği üzere, önem arz eden mandamusun Yüksek Mahkeme tarafından bir yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin eylem, işlem ve karar veya ihmalinin hukuka aykırılığı iddialarına bakacaktır.”²¹

Devlet veya egemen adına yetkili bir yargı yetkisine sahip bir ortak hukuk mahkemesinde verilen bir emir" olarak tanımlanan mandamus emrinin²² kesin kökenleri belirsizliğini korusa da, on üçüncü yüzyıla kadar uzanabilir²³. Bununla birlikte, mandamus "ayrıcalıklı emirnameler-prerogative orders/writs" statüsündedir. İngiliz örf ve adet hukuku mahkemeleri bu konuda önemli bir hukuk yapısı geliştirmiştir. King's Bench'in Baş Yargıcı, Bagg'ın Davasında Lord Coke'un görüşüne göre mandamusun doğuşunu 1615 yılına kadar takip eder²⁴. Sonraki 150 yıl boyunca, fermanın kullanımını sadece bir kişiyi kamu görevine geri döndürmenin ötesinde genişletilmiş ve yanlış bir şekilde reddedilen çok çeşitli kamu veya yarı-kamusal görevlerin yerine getirilmesini zorlamak için kullanılmıştır.²⁵ Bu gelişim döneminde, King's Bench'in iki Baş Yargıcı, ilamın

¹⁸ “Quo Warranto, Resolution of Disputes -- Right to Public Office”, California Attorney General's Office,1990, ss.1-24, s.5-10.

¹⁹ Quo Warranto, Resolution of Disputes -- Right to Public Office, s.5-10.

²⁰ Quo Warranto, Resolution of Disputes -- Right to Public Office,1990, s.5-10.

²¹ Erhurman, s.223.

²² “Control of Governor by Mandamus”, *Columbia Law Review*, Vol. 6, No. 6, Ocak,1906, ss. 453-454, s.453.

²³ Tapping, Thomas, “The Law And Practice Of The High Prerogative Writ Of Mandamus”, 1853, s. 56.

²⁴ Bagg's Davası, 77 Eng. Rep. 1271 (K.B. 1615).Akt. Costello, Kevin, “Mandamus and Borough Political Life, 1615 to 1780”, *The Journal of Legal History* Volume 42, Issue 2, 2021,ss..171-201.

²⁵ Henderson, G., *Foundations of English administrative law: certiorari and mandamus in the seventeenth century*, Harvard University Press; London: Oxford University Press. 1963, s.127-42.

kullanımlarının genişletilmesinde önemli roller oynamış ve böylece King's Bench'i Lord Coke'un tüm alt mahkemeler ve idari yetkililer üzerinde genel bir denetleyici role sahip olma imajına itmiştir. Ne de olsa kralın buyrukları bu dönemde bir denetimin aracı idi. Nitekim “*On dördüncü ve on beşinci yüzyılın başlarında "mandamus" yalnızca hükümdarın kişisel bir buyruğu olarak görülebilir; On beşinci yüzyılın ikinci yarısında, fermanın Parlamento'ya, genellikle kamu görevine iade edilmek üzere bir dilekçe üzerinedir.*”²⁶

Bagg'ın Davasında olduğu gibi, mandamus, kamu görevlilerini başkalarına karşı yasal görevlerini yerine getirmeye zorlamak için mevcuttur; mandamus, aslen İngiliz kraliyeti tarafından bir memura, işinin görevi dahilinde belirli bir eylemi gerçekleştirmesini emreden resmi bir yazıdır. Daha sonra, bir görevlinin gereken görevi yerine getirmemesi nedeniyle çıkarlarının olumsuz etkilendiği iddia edilen bireysel bir başvuru talebi üzerine, Kraliçe'nin Divanı Mahkemesinden egemen adına çıkarılan bir hukuki emir haline gelmiştir. Bir hak meselesi olarak değil, mahkemenin takdirine bağlı olarak verilir ve bu nedenle büyük ölçüde hakkaniyet ilkeleri tarafından kontrol edilir. Emirname normalde alternatif bir hukuk yolu mevcut olduğunda verilmez ve yönlendirileceği görevlinin talep edilen eylemi yapmak veya yapmaktan kaçınmak için yasal takdir yetkisine sahip olduğunda asla verilmez. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde mandamus, üst mahkemeler tarafından bir alt mahkeme tarafından reddedilen, örneğin alt mahkemenin yetkisine giren bir davanın görülmesi gibi belirli bir fiilin yerine getirilmesini zorlamak için de kullanılır.²⁷ Dolayısıyla kanuna aykırı bir şekilde reddedilen çok çeşitli kamu ve yarı-kamusal görevlerin yerine getirilmesini zorlamak için emir olarak kullanılmıştır. Bugün de mandamus kelimesinin gerçek anlamı emirdir. Mandamus'un bu ayrıcalıklı yolu, her türlü kamu makamları tarafından kamu görevlerinin yerine getirilmesini zorlamak için kullanılır.

• “Mandamus emri için, muhatap olduğu kişi veya organın bir kısmında bazı faaliyetler gerektirir.

• Talep, bir kurum veya kişinin yapmayı reddettiği ve yerine getirilmesi başka bir kanun yolu ile yerine getirilemeyecek olan *bir kamu veya yarı kamu görevinin* yerine getirilmesine dairdir”²⁸.

Daha farklı bir deyişle, başka bir çarenin bulunmadığı durumlarda mandamus, esasa giren konularda doğrudan mahkemenin kararına bağlıdır, Yargı yetkisi her zaman bir hukuk meselesidir, bir dizi olguya bağlı olabilir, ancak yargı yetkisini oluşturan bu olguların kaynağı yasadır. Anayasanın yargı yetkisi veren hükümleri zorunludur ve herhangi bir davanın esası hakkında mahkemede usulüne uygun bir duruşma yapılmasını gerektirir.

Mandamus'un emri, en kapsamlı iyileştirici nitelikte yüksek imtiyazlı bir emirdir²⁹

Amacı adalet kusurlarını gidermektir

²⁶ Goodman, Leonard S., “Mandamus in the Colonies-The Rise of the Superintending Power of American Courts”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 1, No. 4, Ekim 1957, ss. 308-335,309-310.

²⁷ Mandamus, *Britannica Dictionary*: <https://www.britannica.com/topic/mandamus> (Erişim Tarihi: 3.01.2022).

²⁸ Writ of Mandamus [Writs in Indian Constitution]; <https://cdn1.coolgyan.org/wp-content/uploads/2020/10/Writ-of-Mandamus.pdf> (Erişim Tarihi: 13.01.2022).

²⁹ Chitty T. Willes, *The Laws of England*, Crown Practice, Canada Law Book Company, Limited, Toronto, Canada.1909, s77.

“Bütün yasaların amacı, sebeplerin esasına göre belirlenmesini sağlamaktır. Bir mahkemenin yetkisini aşması halinde, yargılamasının hükümsüz sayılacağı ve iptal edileceği şüphesiz yerleşik hukuktur. Aynı şekilde, bir mahkemenin yargı yetkisinin bulunmadığını varsaydığı zaman, hukuken yetkili olduğu zaman, kararının bozulamayacağı görüşünü savunmak için yeterli bir neden ileri sürülemez. Gerçek kural, bir mahkemenin, sahip olmadığı bir yargı yetkisine sahip olduğu gibi veya sahip olduğu bir yargı yetkisinden kendisini mahrum bırakma yetkisinin olmadığıdır”³⁰.

Dolayısıyla, bir mandamus ilamının verilmesi, büyük ölçüde mahkemenin takdirine bağlı bir konudur.³¹ Çoğu yargı, üçüncü kişilerin haklarını etkileyen yasaların anayasaya uygunluğunun mandamus davalarında belirlenmeyeceğini söylemektedir.³² Davacının bir muafiyetin anayasaya aykırılığını ileri sürmesi halinde, mandamusun reddedilmesinin gerekçesi, yargının tahakkuk etme yetkisinin bulunmamasıdır³³. Her hâlükârda menfaati zarar görenlerin bu konuda öne çıkan taraf olması da gerekmektedir.

Özellikle belirtmekte fayda vardır ki, mandamus emirnamesi, kamu otoritesi görevini yerine getirmediğinde, iyi bir hukukçunun yaygın olarak kullandığı silahtır. Zira, mandamus, bireyi doğrudan etkileyen birçok görevin yerine getirilmesini sağlamak için kullanılır. Mandamus, takdir yetkisini kullanma görevinin olduğu, mahkemenin kendi yetki alanı içindeki bir davayı dinleme ve karara bağlama görevinin olduğu durumlarda verilebilir.

Burada, “emrediyoruz” anlamına gelen bir mandamus talebi veya basitçe mandamus, ortak hukuktaki imtiyazlı emirlerin birinin adıdır ve bir üst mahkeme tarafından bir alt mahkemeyi veya bir devlet görevlisini zorunlu veya tamamen belli bir görevi ifaya zorlanır. Başka bir ifadeyle, Mandamus, bir üst mahkemeden herhangi bir hükümete, alt mahkemeye, şirkete veya kamu otoritesine, belirli bir eylemi yapması veya yapmaktan kaçınması için de bir hukuki çare kullanılan bir emir şeklinde olan bir yargı yoludur.

İlaveten, isdar edilmesi gereken mandamus yetkisi ile kamu görevi niteliğinde olan ve bazı durumlarda hukuki bir görev niteliğinde olanı kanunen yapmak veya yapmaktan kaçınmakla yükümlülük sağlanması konusunda kullanılabilir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, bir makamı kanun hükmüne aykırı bir şey yapmaya zorlamak için verilemez.

Bir mandamus emrinin uygulanması için talepte bulunan başvuru sahibi, davalıyı belirli bir eylemi yapmaya veya yapmaktan kaçınmaya zorlamak için gerçekten talebi hakkında bir hakkı olduğunu göstermelidir. İcra edilmek istenen görevin iki niteliği olduğu kanaatindeyiz;

1. Kamusal nitelikte bir görev olmalıdır; ve
2. Görev zorunlu olmalı ve isteğe bağlı olmamalıdır.

³⁰ Control by Mandamus over Jurisdictional Mistake of Law, *Virginia Law Review*, Vol. 1, No. 4 Ocak, 1914, ss. 320-322.

³¹ Gay - Torrence Case, Ekim 18, 1904, ss. 144-157: <https://casetext.com/case/gay-v-torrence-2>

³² “Anres v. The People Case, 1899.” Akt: Mandamus. Determination of Constitutionality *Columbia Law Review*, Vol. 24, No. 3, Mart 1924, ss. 317-318.

³³ State v. Hurd Case , USA Law, 47,1895,: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1981/86-n-j-525-0.html>

Dolayısıyla, Mahkemenin bir mandamus emri çıkarması için bir takım koşulların yerine getirilmesi gerekir. Dragan/Kanada (MCI) davasında yazan Yargıç Kelen, Apotex Inc./Kanada (Başsavcı)davasında Federal Mahkeme tarafından belirlenen kriterleri gözden geçirmiştir.³⁴

“(1) Harekete geçmek için bir kamu hukuku görevi olmalıdır.

(2) Görevle, başvuru sahibine borçlu olmalıdır.

(3) Bu görevin yerine getirilmesi konusunda açık bir hak vardır,

özel:

(a) başvuranın, göreve yol açan tüm emsal koşulları yerine getirmesi;

(i) görevin yerine getirilmesi için önceden bir talep olması;

(ii) tamamen reddedilmediği sürece talebe uymak için makul bir süre; ve

(iii) açık veya zımni olabilen müteakip bir ret, örneğin; mantıksız gecikme.

(4) Başvuru sahibi için başka bir yeterli hukuk yolu bulunması...”

Kimi durumlarda, mandamus başvuruları, bir memuru, en azından başvuranın görüşüne göre, "makul olmayan" bir süre için bekleyen bir başvuru hakkında karar vermeye zorlamak için kullanılabilir. Bu konu göçmenlik meselelerine dair de ortaya çıkar.

Mandamus, *viva voce* (sözlü duruşma) şeklinde başlamaz. Hak ihlalinin varlığı somut bir şekilde ortaya konabilmelidir. Özetle, Mandamus, “gerçekten olağanüstü sebepler için ayrılmış, şiddetli ve olağanüstü bir çaredir.”³⁵ Yalnızca “yargısal yetki gaspına veya takdir yetkisinin açık bir şekilde kötüye kullanılmasına varan istisnai koşullar, mandamus” a başvurulmasını haklı kılacaktır.³⁶

A. Mandamus Unsurları

Bir mandamus emirnamesi, talep ile oluşur. Bu talebin yargıç tarafından değerlendirilmesinde bir meşru menfaatin ihlalinin ortaya konabilmesi ve bu konuya dair hukuksal yolun mevcudiyetinin yokluğu gerekir. Mandamus zorlayıcı bir emirdir. Bir üst mahkemenin yetkisinin, bir alt mahkemeye veya devlet kurumuna yasayı uygulama veya takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını düzeltme görevini tamamlamasını emretmesi gerektiğinde de bir emir verilebilir. Bir mandamus emrinin uygulanmasını talep eden taraf, davalıyı belirli bir eylemi yapmaya veya yapmaktan kaçınmaya zorlama konusunda hukuksal bir hakları olduğunu gösterebilmelidir. Daha önce de vurgulandığı üzere kamusal nitelikte bir görev hususunun varlığının önemi belirtilmesinin son derece önem arz ettiği izah edilmelidir. Kanaatimizce mandamus talebi ile istenen görev *zorunlu olmalı ve ihtiyari olmamalıdır*. Bu statü o kadar kesin çizgi ile belirlidir ki başka yollarla hukuki çare söz konusu olabiliyorsa, mandamus tipik olarak talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, mandamusun amacı *adaletin kusurlarını*

³⁴ Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) Case, 21 Şubat 2003, 2003, 228 F.T.R. 52 (TD): Akt: Bellissimo, Mario D., “Mandamus: A Compelling Remedy?” ss.1-17: <https://www.cba.org/cba/cle/pdf/Bellissimo.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2022).

³⁵ Cheney v. United States District Court for the District of Columbia, 542 U.S. 367, 2004.

³⁶ In The United States Court Of Appeals For The Ninth Circuit, Case: 17-72917, 10/24/2017, ID: 10628844, ss. 1-234,s.10. <https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/press/answer-petition-writ.pdf> (Erişim Tarihi: 3.02.2022).

gidermektir. Belirli bir hakkın olduğu ancak bu hakkın uygulanması için belirli bir hukuki çare veya yolun olmadığı durumlarda yatmaktadır. Genel olarak, dilekçe sahibinin hukuksal bir görevi ihlal eden resmi bir eylemden etkilenmesi muhtemeldir. Mandamus'un verilmesi bu nedenle adil bir çözümdür. Dolayısıyla, bu husus mahkemenin takdirine bağlı bir konu olup, kullanımı iyi belirlenmiş ilkelere tabidir. Mandamus isteğe bağlı bir çare olduğundan, başvuru dolaylı amaçlarla değil, iyi niyetle (*good faith*) yapılmalıdır. Ancak rıza (*consent*), mandamus meselesini engelleyemez. Dilekçe sahibi, elbette, Mahkemeyi, salt yetki takdirinden farklı olarak, hukuksal görevi yerine getirme konusunda yasal haklara sahip oldukları konusunda ikna etmelidir. Normal olarak, bir memur veya bir makamın yasa gereği bir görevi yerine getirmesi gerektiğinde ve bu görev, yazılı olarak talep edilmesine rağmen yerine getirilmediğinde ne olacaktır? Mandamusu çıkarmaya hangi mahkemeler yetkili olacaktır?

Burada ifade etmek gerekirse, Mandamus isdar etme yetkisi Yargıtay'ındır. KKTC hukukunda Yargıtay'dan alınan izinle Yüksek Mahkeme mandamus incelemesi yapacaktır. "*Mandamus emri, kamuya ait bir görevi geri almak, kabul etmek veya seçmek için yasal zemin sunacaktır; resmi belgelerin teslimi, üretimi ve denetimi için; yasal hak ve görevleri uygulamak; resmi belgeler talep etmek; yasal hak ve görevleri uygulamak; kamu görevlilerinin ve kamu kurumlarının görevlerini yerine getirmelerini istemek; ve yargı yetkisini kullanmak için alt mahkemelere komuta etmektir*"³⁷. Unutulmamalıdır ki, mandamusun olmazsa olmazı, aleyhine mandamusun istendiği kişi veya kuruma düşen kanuni bir kamu görevinin varlığıdır. Dilekçe sahibinde, kendisine bu tür bir kamu görevinin yerine getirilmesini talep etme hakkı olmalı ve kendisinin meşru menfaati bulunmalıdır. Bu iki ön koşul, mandamus konusunun temelini oluşturur. Mandamus'un birincil kapsamı ve işlevi, "soruşturmak" ve "hüküm vermek" değil "emir vermek" ve "yürütmek"tir. Dolayısıyla, mandamus bir organın kararını dilekçe sahibine uyacak şekilde değiştirmek için verilemez. Kanuni nitelikte olmayan yükümlülükler mandamus tarafından uygulanamaz. Mandamus emri, idari ve yerel organlar da dahil olmak üzere herhangi bir kamu otoritesine karşı kullanılabilir ve bir tüzük veya genel hukuk tarafından yüklenen bir görev kapsamında belirli bir eylemi yapmakla yükümlü (ve yükümlü olan) herhangi bir kişiye karşı geçerlidir. Kime karşı mandamusun istendiği ve bu hakkın dilekçe tarihinde mevcut olması gerekir. Mandamus emrinin verilmesi (veya reddedilmesi) mahkemenin takdirindedir. Mahkemeler, başvuruçunun açık bir yasal hakkı veya davalının yasal görevi olduğu gösterilmedikçe talebin uygun bulunması mümkün olmayacaktır.

B. Mandamus Usul

Mandamus emirnamesi isdar edilmesine dair istida dosyalanması için izin (leave) talep edilmesi halinde ilk nazarda (prima facie) bakılması gereken hususlar Yargıtay tarafından izah edilmiştir. *Yargıtay'a göre; izin talep edilmesi halinde ilk nazarda (prima facie) bakılması gereken hususlar şu şekilde ifade edilebilir:*

1. Müstedinin böyle bir talepte bulunmaya yasal hakkı olup olmadığı;
2. Talepte bulunulan Müstedialeyhin Mandamus emirnamesine tabi olup olmadığı;

³⁷ Chitty, s79.

3. *Müstedialeyhın Müstediye karşı ilk etapta, Yargıtay tarafından değerlendirilebilecek bir görevinin var olup olmadığı*³⁸.

Esasen bir Mandamus emirnamesi ısdar edilmesine dair istida dosyalaması talebinin olabilmesi için izin talep edilmesi ilk nazarda (prima face) dikkate alınması gereken bir olgudur. Lakin İngiliz hukuk sistemine dayalı bir şekilde KKTC’de kullanılan mandamus emirnamesinin hukuki mahiyeti ve amacı hususunda daha önce izah edilen detaylara özetle aşağıda değinilmektedir:

- a) *İngiliz Hukuk sisteminde mandamus olağanüstü hallerde başvuru ve ek bir olup, başka bir çare yoksa sadece adaletin gerçekleşmesi için verilebilmektedir.*
- b) *Mahkeme başvuranın talep ettiği konuyu incelerken, tüm diğer gerekleri yerine getirirse dahi, Mahkeme aynı derece uygun, yararlı ve etkili yasa ile öngörülen spesifik, alternatif başka bir çarenin bulunduğuna dair tespit yaptığında mandamus emri vermemektedir. Bunun nedeni de İngiliz Hukuku’nda statute law’un, common law’un ürettiği çarelere karşı üstünlüğüdür*³⁹

Mandamus emrinin mahiyeti, en son **Yargıtay/Asli Yetki 1/2015 D. 1/2017**’de, **Yargıtay/Asli Yetki 6/1998 D.1/1998’e** ve **Halsbury’s Laws of England, 4.ed, vol 1 sayfa 229 para 128’e** atfen ortaya konmuştur. Nitekim, Mandamus emrinin mahiyeti ile ilgili olarak **Halsbury’s Laws of England. 3. ed vol 11 sayfa 84 para 159’da** şöyle denmektedir⁴⁰:

Mandamus, Yüksek Mahkeme tarafından verilebilen en kapsamlı çare niteliğinde olup, herhangi bir kişiye, kuruma veya **inferior tribunal**’a yönelik görevleri veya kamu görevi ile ilgili herhangi bir şeyi yapmasını buyuran nitelikte emirlerdir. Bu emirlerin amacı adaletin kusurlarını gidermektedir (**supply defects of justice**). Buna göre; Mandamus spesifik/belli bir hakkın olduğu ve bu hakkın icrası için spesifik/belli bir hukuki çarenin mevcut olmadığı tüm meselelerde (**in all cases where there is a specific legal right and no specific legal remedy for enforcing that right**) adaletin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Alternatif hukuki çareler olsa bile, bu çareler etkili, kolay ve fayda sağlayıcı değilse mandamus emri verilebilmektedir.⁴¹

“Mandamus”, hakkaniyete uygun bir şekilde Yüksek Mahkeme tarafından sağlanan "olağanüstü" bir çözümdür. Bir vekalet avukata verildiğinde, dilekçe sahibi, Yüksek Mahkemeden, bir alt adli veya idari organdan bir şey yapması için yönlendirmesini ister. Yargıç Ahmet İzzet’e göre, mandamus gayet seri bir usuldür ve Yüksek İdare Mahkemesine gitmekten ve orada bir karar aldıktan sonra tekrar başka yöntemlere başvurmaktan çok daha az zaman alır ve daha etkilidir. Bu bakımdan mandamus, yasal bir görevin yerine getirilmediği hallerde, İdare

³⁸ Yargıtay/Asli Yetki/İstinaf 2/2017 D.1/2018.

³⁹ Judicial Review of Administrative Action S.A de Smith,1.baskı, 1959, s.452; Zaim Necatigil, s.321; The Queen v. The Commissioners of Inlands Revenue – In Re Nathan. (In the Court Of Appeal) Queen’s Bench Division,1884 Jan 25, Vol XII s.461; Akt.D.2/2020,Yargıtay /Asli Yetki No: 15/2019.

⁴⁰ D.2/2020,Yargıtay /Asli Yetki No: 15/2019.

⁴¹ D.2/2020,Yargıtay /Asli Yetki No: 15/2019.

Mahkemesine başvurmağa tercih olunmalıdır⁴². İdari Mandamus arayan bir kişi, bu konuda ya “yararlı” ya da “kamu” menfaatine sahip olmalıdır⁴³.

Zaim Necatigil’in Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları isimli eserinde KKTC Hukuk sisteminde mandamus yetkisine dair yapılabilecek başvurularda anayasanın esas olduğunu ve bunun yalnızca 151(3) ve 1964 öncesi yürürlükte olan İngiliz Yüksek Mahkeme Nizamlarının ilgili maddelerine dayanılarak yapılabileceği belirtilmektedir⁴⁴.

Bir mandamus emirnamesinin çıkarılması (ısdar) hususunda bir dilekçe (istida) dosyalanmasına izin verilmesinin ilk bakışta (prima face) ele alınması gereken bir mesele olduğu Yargıtay/ Asli Yetki/İstinaf 2/2017 D.1/2018’de özetlenmiştir.

Prima face’in bir uluslararası hukuk ibaresi olarak mandamus hususunda ortaya çıkardığı mana önemlidir. "İlk bakışta" veya "ilk nazarda" anlamına gelen Latince bir terimdir. Bu ilke, ispat yükümlülüğüne sahip tarafın yalnızca iddia edilen konunun doğru olduğuna dair çürütülebilir bir karine oluşturmak için yeterli kanıt sunması gereken ispat standardına atıfta bulunur. Prima face belirtilen yerde ilk bakışta ispat standardı nispeten düşüktür. Kanıtların üstünlüğünden çok daha az talepkar, açık ve ikna edici kanıtlar ve yine yaygın olarak kullanılan makul şüphenin ötesinde standartlardır⁴⁵.

O halde Yargıtay’dan izin talep edilmesi halinde prima face konusu dahilinde meseleye bakılmasında izinin verilip verilmeyeceği birtakım kriterlere tabi olacaktır.

1. *“Müstedinin böyle bir talepte bulunmaya yasal hakkı olup olmadığı;*
2. *Talepte bulunulan Müstedialeyhın Mandamus emirnamesine tabi olup olmadığı;*
3. *Müstedialeyhın Müstediye karşı ilk etapta, Yargıtay tarafından değerlendirilebilecek bir görevinin var olup olmadığı”⁴⁶.*

Kanaatimizce herhangi bir surette şekil ve ehliyet şartlarının talebin ortaya konmasında önemli rol oynadığı, talep konusu meselenin adaletin sağlanması yönünden daha başkaca kanunlara tabi olmayan bir durum varlığını maddi anlamda ispat etmesi ve idari işlem veya eylem ya da ihmalin doğrudan etkisinin somut olarak ortaya konması neticesinde Yargıtay’ın görev hususunda her iki tarafın statüsünü değerlendirerek hakkaniyeti sağlayacağı açıktır.

Özetle, mandamus, görevine giren bir eylemi gerçekleştirmek için bir üst mahkemeden bir alt mahkemeye veya mahkemeye veya kamu otoritesine verilen bir emirdir. Kamu görevlerinin

⁴² Yargıtay/Asli Yetki 1/79. K.T.F.Devleti Anayasası’nın 117(3) maddesi hakkında tapu müdürünün mal devri ile ilgili işlem yapması için mandamus ısdar edilmesine izin konusunda görülen meseledir, 20 Haziran 1979.

⁴³ Sacramento County Puplic Law Dictionary, Writ, <https://saclaw.org/law-101/appeals-topic/> (Erişim Tarihi: 5.02.2022).

⁴⁴ Bkz. Necatigil Zaim, s.321; Yargıtay Asli Yetki 6/1998 D.1/1998, Yargıtay/ Asli Yetki: 1/2015 D.1/2017.

⁴⁵ İlk bakışta bir kanıt standardı, çeşitli ortamlarda kullanılabilir. Örneğin mahkemeler, avukat-müvekkil imtiyazının suç-dolandırıcılık istisnası kapsamında imtiyazlı olduğu iddia edilen belgelerin bulunmasını isteyen bir tarafın, itiraz edilen belgelerin bir suç veya sahtekarlığı ilerletmek için oluşturulduğunu gösteren bir prima facie yapması gerektiğine hükmetmiştir. Keşfedilen taraf bunu gösterdiğinde, direnen taraf, itiraz edilen belgelerin bir suç veya dolandırıcılık amacıyla oluşturulmadığını gösteren kendi çürütücü kanıtını sunmalıdır. Bakınız: Prima Face, Thomson Reuters Dictionary, 2022.

⁴⁶ D.1/98 Yargıtay/Asli Yetki 6/98.

yerine getirilmesini güvence altına almak ve kamu makamları tarafından tutulan özel hakları uygulamak için verilir. Basitçe, bir kamu görevlisine, resmi görevinin bir parçası olan ancak şimdiye kadar yapmadığı bir şeyi yapması için verilen bir emirdir. Bu ilam bir hak olarak ileri sürülemez. Bu tür emirleri yayınlamak bir mahkemenin takdir yetkisidir. Maksat Devlet mekanizmasının düzgün çalışmasını sağlamaktır. Bir mandamus emri, herhangi bir kişiye, şirkete veya bir alt mahkemeye, görevleriyle ilgili ve bir kamu görevi niteliğinde olan belirli bir şeyi yapmalarını gerektiren bir emirdir. Kamu görevlileri, kamu görevlerinin hukuka uygunluğundan ve buna bağlı olarak yaptıkları işlemlerden halka karşı sorumludurlar. Bir kamu makamı, yasaların gerektirdiğini yapmazsa veya yapılması gerekenin ötesine geçerse, yasanın gerektirdiğini yapması için bir mandamus emri verilebilir. Mandamus ayrıca, kullanmayı reddettiği yargı yetkisini kullanmaya zorlamak için bir mahkemeye verilebilir. Mandamus ayrıca, belirli bir yasal hakkın bulunduğu, bu hakkın uygulanması için özel bir çare bulunmadığı ve mantıksızlığın yeri olmadığı durumlarda da verilebilir. Yargıtay çeşitli kararlarında meşru beklenti doktrininin doğal adalete, makullüğe ve taahhüdü engellemeye benzer olduğuna karar vermiştir.

Böylece mandamus niteliğindeki ferman veya emir, zorunlu bir görevin yerine getirilmemesi durumunda verilir. Ancak, zorunlu görevin ihlal edildiği iddiaları söz konusu olduğunda bile, taraf, bu görevi yerine getirmek için ayrı bir talepte bulunduğunu göstermelidir.

Mandamus'un emri, ancak başvuranda, yetkili makama verilen bazı görevlerin yerine getirilmesini zorlama hakkı olduğunda verilebilir. Yerine getirilmek istenen görev, özel bir görev değil, kamu görevi olmalıdır.

Böylece, anayasaya aykırı ilan edilen bir yasa uyarınca hareket etmesini engellemek için kamu otoritesine mandamus emri verilebilir.

Sadece ilgili memura kanuni bir görev yüklenmişse ve bu memurun kanuni yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda mandamus emri verilebilir.

Aşağıdaki hallerde mandamus emri verilemez:

1. Görevin sadece *takdire bağlı* olduğu durumlarda,
2. Kamu görevi ile görevlendirilmediği için *özel bir kişi veya herhangi bir özel kuruluş aleyhine*.
3. *Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi için mandamus emri verilemez*.

III. KKTC YÜKSEK MAHKEMELERİNDE MANDAMUS'UN DEĞERLENDİRİLMESİ

KKTC'de Yargıtay Asli Yetki kapsamında 2017 senesinde verdiği bir kararında mandamusun yetkiye dair bir mesele olduğu ve bunun esasen kamu görevine dair bir meselede herhangi bir kişiye, kuruma veya yargı niteliğindeki bir makama yönelik bir şeyi yapmasını buyuran emir olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Esasen mandamus bir şeyi yapma veya yapmama yetkisini kapsar. Adaletin gerçekleşmesi hukukun temel ilkesi olduğundan KKTC Yargıtay makamı bunun

⁴⁷ D. 3/2017 Yargıtay/Asli/Yetki No: 17/2017.

gerçekleştirilmesine dair hukuksal bir boşluğun varlığı olup da bir hakkın zedelendiği esnada adaleti tesisi etmek için kullanılan hukuki çaredir. Tamamı ile mahkemenin takdir yetkisinde değerlendirilir. “Alternatif hukuki çareler var olsa dahi, mağdur olan tarafa etkili bir sonuç veya kolay ya da fayda sağlayıcı bir çare sunamaz durumda ise Mandamus Emri verilebilir”⁴⁸

Mandamus emirnamesinin çıkarılmasında Yargıtay’ın buna izin (**leave**) vermesi gerekmekte olduğunu daha önce belirtmiştik. 1998 yılına dair bir değerlendirmede Yargıtay, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasamızın 151. Maddesi 3. Fıkrasını ele alarak habeas corpus, prohibition, quo warranto, certiorari, mandamus çıkarmaya yetkili olanın Yargıtay olduğunu vurgulamıştır⁴⁹. Temelde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukukunda İngiliz Yüksek Mahkeme Nizamlarına yapılan atıfla 1985 anayasasının 151.maddesi 3. fıkrasında belirtilen emirnameler 9/76 sayılı KKTC Mahkemeler Yasasına dayanır. Zira anılan yasal mevzuat kapsamında 38. Madde İngiliz Ortak hukukunun (**Ahkâm-ı Umumiye**) prensiplerinin KKTC Mahkemelerince gerektiğinde uygulanmasına amirdir. Bu kapsamda, KKTC Mahkemelerinin anılan emirnameleri ve bizzat mandamus emrini verme serbestisi bulunmaktadır. Bu yapı 1960 Kıbrıs Ortaklık Cumhuriyeti döneminde de ayındır. Daha öte, KKTC hukukunda var olan ve İngiliz döneminden beri sürdürülen Fasil 17 Mandamus Yasa’sının anayasaya aykırı bulunarak kaldırılmıştır.

“Halsbury’s Laws of England, Fourth Edition (Reissue) vol. I(1) sayfa 229, paragraf 128 de ‘Mandamus’u izah etmektedir.İngiltere’de Mandamus emrinin bir şirket aleyhine verildiği (şirketin tuttuğu kayıtlar ile ilgili) vakidir⁵⁰. Yine kamu görevlileri aleyhine, görevlerini yapmakta kusur etmeleri nedeni ile, görevlerini yerine getirmeleri için verildiği emsaller de mevcuttur⁵¹. Ancak bu emsaller incelendiğinde, emrin kamu görevlileri aleyhine verildiği hallerde ilgili kamu görevlisinin, yapmakla yükümlü olduğu yasal görevi, yapmamasına herhangi makul neden ve izahı olmadığı haller olduğu gözlemlenmektedir”⁵²

A. Mandamus Başvurusu

Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü kapsamında, *Mandamus Davaları* Elli Altıncı Emir başlığı altında Nizam 1, Nizam 2, Nizam 3 ve Nizam 4 olarak açıklanır. Bu doğrultuda Emir 56 Nizam 1 şöyledir:

“Davacı yerine getirilmesinde şahsen menfaati bulunan herhangi bir kamu görevini yerine getirmesi için davalıya emir veren bir mandamus emrinin, Fasil 117, Görevin Yapılmasını Sağlamak Emri (**Mandamus**) Yasası uyarınca bir davada, bu talebini celptamenin arka tarafında yapacağı açıklamada belirtir.”⁵³

⁴⁸ D. 3/2017 Yargıtay/Asli/Yetki No: 17/2017.

⁴⁹ D.1/98 Yargıtay/Asli Yetki 6/98.

⁵⁰ Halsbury’s Laws of England, Fourth Edition (Reissue) vol. I(1) sayfa 229, paragraf 128.

⁵¹ Bakınız: Halsbury’s Laws of England yukarıda iktibas edilen aynı cilt aynı baskı, sayfa 241-243 paragraf 134.

⁵² D.1/98 Yargıtay/Asli Yetki 6/98.

⁵³ Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü, 2006, Emir 56, N.1, s. 195.

Emirname çıkarılması için başvuracak kişi, ilk önce Mahkemeden izin almak için başvuruda bulunur. İzin başvurularını tek yargıç dinleyip karara bağlamakta, onun kararından Yargıtay'a istinafen gidilebilmektedir."⁵⁴ Burada en önemli ayrım tek yargıcın sadece izin (**leave**) verebileceğidir. Tek yargıçlı ilk mahkeme görevli/yetkili olduğu ve bu hali ile tek yargıç olarak oturum yapma yetkisi bulunur. Bu kapsamda izin talebini dinlemeye yetkili/görevlidir. Ancak bu talebin incelenmesine, başvuru, Başkan ve 2 yargıçtan oluşan veya sadece 3 yargıçtan oluşan Yargıtay (Yargıtay/Asli yetki heyeti)'dir. Tek yargıçla mandamus incelemesi olamayacağı bunun olması halinde yetki aşımı söz konusu olacağından cihetle yetkisizlik sebebi ile tek yargıç tarafından sadece izin konusu ele alınır⁵⁵.

Bir şeyi yapma veya yapmama, kişisel veya fiili hak kapsamında çok şeyi ifade eder. Hukukun devreye konulması için her daim bir hakkın varlığı aranır. Bu hakkın yasada belirtilmiş olması hak aranmasında önemlidir. Hakkı arayan ve aleyhine işlem yapılanın karşılıklı bir şekilde talep konusu ile bağlantılı olması gerekir. Mesele bir görev ifasına dayanmakta ise o halde kanundan kaynaklı bir hakkın varlığının aranması zaruri olacaktır. Pek tabii ki bir eylemin veya görevin yerine getirilmesini isteme her zaman hak sahibinin önceliğindedir. Şayet bir kişi kamu görevini yerine getirmiyorsa yasal görevini yapmasına mecbur edileceği hukuki çare adaletin tesisini sağlayacak çaredir.

Nitekim, Tufan Erhürman KKTC İdari Yargılama Hukuku adlı eserinin 667.sayfasında iptal davasının gereklerini yerine getirmeyen idareye karşı Mandamus talebiyle Yargıtay'a müracaat edilebileceği görüşünü şu sözlerle ifade etmiştir:

"Yukarıda açıklandığı gibi, iptal kararlarının gereklerini gecikmeksizin yerine getirmek idarenin Anayasal bir yükümlülüğüdür. İdarenin bu Anayasal yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesi halinde, davacı, Anayasa'nın 151. maddesinin (3). fıkrasından hareketle, "bir yetkinin kullanılması için emirname" çıkarılması istemiyle Yargıtay'da mandamus davası açabilecektir. Kanımca, bu durumda Yargıtay, mandamus davasında, yargılama sürecini hiç uzatmadan derhal mandamus emirnamesi ısdar etmelidir. Çünkü elde YİM tarafından verilmiş bir iptal kararı varsa, Yargıtay, Anayasa'nın 152. maddesinin (5). fıkrasından hareketle, bu kararla bağlıdır. Bu fıkra göre, YİM'in, (4). fıkra uyarınca vereceği kararlar, yalnızca Devlet içindeki organ, makam ve kişileri değil, "bütün mahkemeler"i de bağlamaktadır. O hâlde Yargıtay'ın, böyle bir mandamus davasında, YİM'in kararının hukuka uygun olup olmadığını denetlemek gibi bir yetkisi yoktur. Bu şartlar altında Yargıtay'ın, böyle bir mandamus davasında, derhal, âdeta otomatik olarak, mandamus emirnamesi ısdar etmesi beklenir. Mandamusun bir emir olduğundan kuşku duyulamayacağına göre, bu durumda Mahkemeler Yasası'nın 50. maddesinin ve HMUT emir 42 A nizam 1'in uygulanabileceği açıktır." ⁵⁶

Yüksek İdare Mahkemesi, YİM 144/2015 (D. 1/2016) sayılı kararında, Yüksek İdare Mahkemesinin iptal davası sonrası verdiği kararların veya gerekçelerinin uygulanmasının sağlanması için ihmal davası açılabileceğini şu sözlerle ifade etmiştir:

⁵⁴ Necatigil, Zaim, 1988, s.129.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi 5/1977; Yargıtay/Asli Yetki 10/1976.

⁵⁶ Erhurman, 2012, s. 667; D. 11/2021 Yargıtay/Asli/Yetki No: 14/2021.

“Dolayısıyla, ülkemizde iptal davası sonrası verilen bir kararın uygulanmasını sağlamak için, zımni redde bağlı ikinci bir iptal davası açılması mümkün olmamakla birlikte, bunun yerine, Mahkeme kararlarının İdarece uygulanması yasal ve anayasal bir zorunluluk olduğundan, ihmalin sonlandırılması davası açılabilir.”⁵⁷

Görülebileceği gibi, Yüksek İdare Mahkemesi alanı kamu hukukunun veya kamu makam veya kişilerinin aldığı kararlara dairdir. Yargıtay esasen kamu hukukunun da dahil olduğu özel hukuk konuları varlığında kimi meselelerde kamu hukuku varlığının kısmen de olsa ilgili olduğu sonucuna varmıştır. Başka bir ifadeyle Yargıtay “kamu hukuku alanına kısmen girse bile tamamen kişileri ilgilendiren ve özel hukuka bağlı yetkilerin kullanılmasından kaynaklanan hallerde, Mandamus Emri vermekte veya talebi incelemeyi kabul etmektedir”⁵⁸.

B. Mandamus’un Adaleti Sağlayıcı Fonksiyonları

Ubi Jus Ibi Remedium, 'Bir Hakkın olduğu yerde bir çare vardır' anlamına gelir. Çözüm, bir hakkın ihlali durumunda Mahkeme tarafından bir hakkın uygulanma veya yerine getirilme şeklini ifade eder. Hakkı ihlal edilen kişi, mahkeme önünde bir dava yoluyla ihlal edilen hakkı kullanma hakkına sahiptir. Etkilenen taraf, davalı tarafından ihlal edilen asli hakkını bir mahkeme önündeki bir davada kanıtlamalıdır. İdari işlem için çözüm yollarının yargısal ve yargı dışı çözüm yollarına ayrılması bu manada önemlidir. Ancak, temel hakların uygulanmasında, Yüksek Mahkemenin görevi ağırlık taşımamaktadır. Bir kamu görevlisi veya hükümet tarafından, bir kişinin temel hakkını ihlal eden bir eylemde bulunulduğunda, Mahkeme, kişinin haklarının ihlal edilmemesi için bu tür makamlara mandamus emri çıkarır.

Mandamus emrinin verilmesi için koşullar :

(i) Yasal bir Hakkın varlığı

Dilekçe sahibi yasal haklara sahip olmalıdır.

(ii) Yasal Görev yetkili makamca kullanılacak

Yetkili makama yasal bir görev yüklenmiş olmalı ve görevin yerine getirilmesi zorunlu olmalıdır.

(iii) İyi Niyet

Mandamus'un emri için bir başvuru, herhangi bir art niyetle değil, iyi niyetle yapılmış olmalıdır. Davalıyı taciz etmek veya kişisel şikayetlere neden olmak için tasarlanmışsa mandamus emri verilmeyecektir.

Özel hukuk meselesinin varlığı söz konusu olduğunda her ne kadar mandamus konusunda özel hukuk kamu hukuku ayrımı net olarak belirtilmese de işin özünde mandamusa dayandırılması gereken temel prensip “kamu yararının veya bir hakkın varlığı” olup olmadığıdır. Örneğin, Massachusetts'te, bir demiryolu şirketinin hisselerini satın alan kişinin mandamus aradığı

⁵⁷ D. 11/2021 Yargıtay/Asli/Yetki No: 14/2021.

⁵⁸ D. 1/2017Yargıtay/Asli Yetki: 1/2015.

Stackpole v. Seymour Dava'sında Mahkeme, "kamu yararı veya şirket hakkı söz konusu olmadığı için" talebin reddedilmesi gerektiğine karar verdi."⁵⁹

IV. OLAĞANÜSTÜ ÇÖZÜM YOLU OLARAK MANDAMUS

Mandamus, bir hukuk davası olmasına rağmen, kesinlikle olağanüstü bir çözümdür ve yalnızca olağanüstü durumlarda verilecektir.

*"Mandamus, ister ara ister nihai olsun, bir alt mahkemenin hatalı kararlarını düzeltmek veya tersine çevirmek için verilmez."*⁶⁰

"..Nihayetinde Mandamus, yerine getirilmeyen belirli bir görevin yerine getirilmesini gerektiren adli bir emirdir".⁶¹

*"Mandamus, bir bakanlık görevi reddediğinde performansı zorlamak için kullanılır. Mandamus, yargıyı belirli bir şekilde yönlendirmek veya herhangi birinin uygulanması sırasında halihazırda yapılmış olan eylemin geri çekilmesini veya geri alınmasını yönlendirmek için değildir."*⁶²

De novo yargılamada yani yargılamanın yeniden yapılması durumunda istinaf veya temyiz mahkemelerinin durumu da önemlidir.⁶³ Mandamus, yetki sınırları ve yürütmenin takdir yetkisi meselesi olarak riayetli bir gözden geçirme standardını gerektirir. Spesifik olarak, mahkemeler, genellikle *de novo* incelemeye tabi olan "hukuk" sorunları bilincindedir ve böylesine bir durumda incelenen "olgu" sorunları arasında ayırım yapabilecek durumdadır.

Mandamusun bir *dictum* olarak değerlendirilmesi kamu görevlilerinin, makamlarının veya organlarının herhangi bir takdir yetkisine sahip olmadığı ve kendisine açıkça kanunla verilen veya zorunlu olarak yapması gereken bir görevi yerine getirmeye zorlamak içindir..⁶⁴ O halde, son olarak, alıntıladığımız durumlar dizisinden çıkarılacak sonuçlar bazı önermelerle özetlenebilir:

*"Birincisi, Sabit, belirli, kesin bir edimin olduğu ya da kanıtlanabildiği yerde; bir kamu görevlisinin, belirli bir şekilde ve belirli bir zamanda, mutlak görevi yapması gerekir ve davacının bunu yapma konusundaki açık yasal hakkı bulunmalıdır; önemli bir konu ile ilgili bir hak ve başka bir yeterli yasal yol bulunmadığında, bu tür bir eylemin ve/veya bu tür bir görevin yerine getirilmesi, bu hakkın uygulanması, mandamus tarafından güvence altına alınabilir"*⁶⁵.

Sebepsiz yere görevden alınan kişinin de mandamusa başvurma hakkı olmalıdır. **Mandamus emirnamesinin kamu yararına hizmet ettiği sürece özel hukuk alanında da kullanılabilir.** Örneğin özünde, mandamus "adaletin reddi veya ihmali"ni gideriyordu⁶⁶. Bundan

⁵⁹ Mandamus, *The Yale Law Journal*, Nisan., Vol. 19, No. 6, Nisan 1910, ss. 462-465.

⁶⁰ Mandamus: When Issued, *Michigan Law Review*, Vol. 21, No. 7, Mayıs, 1923, ss. 813-814.

⁶¹ E. R. S. Habeas Corpus as a Method of Review: Prohibition: Mandamus, *Michigan Law Review*, Vol. 41, No. 5, Nisan 1943, ss. 937-943.

⁶² Mandamus in Administrative Actions: Current Approaches, *Duke Law Journal*, Vol. 1973:15, ss.207-217, s.208.

⁶³ Bamzai, Aditya, The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation, *The Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 4, Şubat 2017, ss. 908-1001.

⁶⁴ Fenn Augustus H., Two Questions concerning Mandamus, *The Yale Law Journal*, Jun., Vol. 2, No. 6, Ocak 1893, ss. 219-227, s.221.

⁶⁵ Fenn, s.225.

⁶⁶ Pfander James E., Marbury, Original Jurisdiction, and the Supreme Court's Supervisory Powers, 101 *Colum. Law. Review*, 2001, ss. 1515, 1525.

sonra, emir genellikle bazı kamu endişeleriyle ilgili anlaşmazlıkları ele aldığı gözlemlenmektedir. Bu bağlam, örneğin, geleneksel olarak tamamen özel anlaşmazlıkları çözen bir ihtiyati tedbirin bağlamıyla çelişmektedir⁶⁷. Kamuya karşı özel ayrımı, avukatların mahkemedeki argümanlarında,⁶⁸ mahkeme görüşlerinde ve risalelerde olağan hale gelmiştir. Örneğin bir özel nitelikli bir kurumda çalışan kişinin görevden haksız şekilde alınması durumunda dikkat edilmesi gereken bu özel hukuk kişinin bulunduğu görevin kamu yararına hizmet edip etmediğidir. Kamuya hizmet niteliğinde bulunan bir görevden haksız yere alınan kişinin mandamus ile tekrar görevine döndürülmesi mümkün olacaktır. Zaten Kamu Görevliliğine dönüşte on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda, bireyler bir kamu görevine geri dönmek için sık sık mandamus kullandılar.⁶⁹ Bu kullanım mahkemeler tarafından memnuniyetle karşılandı ve daha sonra incelemelerde mahkemenin mandamus vereceği birincil dava türü olarak listelendi. Kamu görevine iade talebi, mandamusun birçok temel özelliğini devreye sokmuştur. Davacı, göreve iade edilememesinin açık ve yasal bir hak olduğunu ileri sürecektir. Daha sonra, davacı, usulüne uygun olarak borçlu olduğu şeyi -durumunu- geri almanın tek yolunun, davalıyı davacıyı eski konumuna getirmeye zorlamak olduğunu iddia ederek, yeterli bir hukuk yolunun bulunmadığını kolaylıkla gösterecektir.

Nihayetinde Yüksek Mahkeme, temel hakların uygulanması dışındaki amaçlar için mandamusa başvurabilir, örneğin:

- Kamu görevlisinin Anayasa veya kanunla kendisine verilen yetkiye sahip olduğu durumlarda kanuni bir görevi ifa etmek veya yapmayı reddetmesi durumunda, Mahkeme, kendisine yetkiyi kullanma talimatını veren bir emirdir.

Burada ikinci bir iş yapan kamu görevlisi örneğine baktığımızda, bu konuda nasıl bir yol izlenebilir? Bu konuda Yargıtay'ın verdiği bir karar bulunmaktadır. Konu kamuda sağlık çalışanlarının ikinci işi yapıp yapmamasına dairdir. Yargıtay *“ikinci iş yapan kamu görevlisi hekimin disiplin suçu işlediğinden bahseder ve disiplin suçu teşkil eden böyle bir fiilden dolayı kamu görevlisi hekim aleyhine disiplin işlemi başlatılması zorunludur”* demektedir. Bu hukuki durumdan hareketle, *Bakanın himayesinde bulunan kamu hizmetlilerinin ikinci iş yapma aleyhinde işlem başlatması ile ilgili genel bir takdir hakkı ve Yasayı uygulamama yetkisi yoktur. Bu konuda yetki zorlayıcıdır(mandatory). Yasa bu görevi Bakan'a verdiği için Bakan ve başında bulunduğu kamu organının bu görevi yapmasını sağlamak amacıyla Mandamus Emri verilmesi kaçınılmazdır*⁷⁰.

SONUÇ

Mandamus Halsbury's Laws of England, 4. Basım, Vol.1, sayfa 229, paragraf 128'de tanımı ortaya konurken, Yüksek Mahkeme tarafından verilebilen en kapsamlı çare olarak görüldüğü ve herhangi bir kişiye, kuruma veya yargı niteliğinde yetki kullanan makamlara yönelik

⁶⁷ Viner Charles, *A General Abridgement Of Law And Equity*, London, 1742, 422–28.

⁶⁸ R v. Lord Montacute, “in which counsel for the plaintiff and defendant argued about whether or not the issue was in “furtherance of public justice.” (1751) ifadeleri.; Davis Audrey, A Return To The Traditional Use of The Writ Of Mandamus, *Lewis & Clark Law Review*, Vol 24.4, 2020, ss.1527-1548.

⁶⁹ R v. Corp. of Wells (1767) 98 Eng. Rep. 41, 41–42; 4 Burr. 1999 (KB); R v. Mayor of Wilton (1697) 87 Eng. Rep. 642, 642; 5 Mod. 257 (KB), Akt: Audrey, Davis, A Return To The Traditional Use Of The Writ Of Mandamus, *Lewis & Clark Law Review*, Vol 24.4, 2020, ss.1527-1548.

⁷⁰ Mandatory yetki ile ilgili bakınız: Moschatos Case (1895)I CLR.381, Aktaran:D.1/2017, Yargıtay/ Asli Yetki: 1/2015

görevleri veya kamu görevi ile ilgili belirli bir şeyi yapmasını buyuran nitelikte emir olduğu anlaşılmaktadır. İlâveten, bir hakkın olduğu ancak belli bir hukuki çarenin mevcut olmadığı her durumda uygulandığı, takdir hakkına bağlı olarak öne çıktığı bir emirdir. Mandamus emri, yetkilerini kullanmayan kamu görevlisi veya kamu kurumlarına karşı verilebilmektedir. Anayasanın 151(3) maddesi böyle bir yetkiyi verdiği göre anayasanın 152. Maddesi ile çatışmayacak şekilde kamu görevi veya yarı kamu karakterindeki bir yetkinin kullanılmasını sağlamak için, mandamus emri verilmesine mâni bir durum yoktur. Bu durumu mandamus prensipleri çerçevesinde açıklanacak olursa, bir kamu görevlisi, görevi veya kanuni vecibeleriyle ilgili yetkisini kullanmadığında aleyhine mandamus emri ısdarı için talepte bulunabilir; ancak talebin Yüksek İdare Mahkemesi yetkisine girmesi halinde Yargıtay'ın Mandamus Emri ısdar etmeye yetkisi yoktur⁷¹.

Bu sonuca göre, Yargıtay;

- a) Özel hukuk sahasına giren bir konuda, yetkisini kullanmayan kamu makamlarına karşı Mandamus Emirnamesi ısdar edebilir.
- b) Kısmen kamu hukuku kapsamına girse bile, özel kişileri ilgilendiren bir konuda Mandamus Emirnamesi ısdar edilebilir.
- c) Belli bir konuda yetkilerini kullanmayan herhangi bir kamu görevlisi veya kamu kuruluşu aleyhine, kullanmadığı yetkilerini kullanması yönünde Mandamus emirnamesi ısdar edilebilir. Ancak konunun münhasıran YİM yetkisine girmesi halinde, Yargıtay'ın Mandamus Emirnamesi ısdar etme yetkisi yoktur⁷².

Prohibiton, İngiltere'deki King's Bench Mahkemesi tarafından dayatılan kontrol sisteminin bir parçası olarak certiorari ile birlikte geliştirildi. Geriye dönük değil, ileriye dönük bir çareydi. “Öncelikle, bir alt mahkemenin yetkisini aşan bir şey yapmasını yasaklamakla ilgiliydi” (Wade ve Forsyth, yukarıda, 603). O da isteğe bağlı bir çareydi (ve hâlâ da öyle). “Yasaklanacak bir şey kalmadıkça” verilmeyecekti.⁷³ **Ancak, mandamus hak veren emir olmadığı gibi konu Mahkeme'nin takdir yetkisinde olan bir duruma özgüdür.** Başka bir ifadeyle meseleye bağlı doğal bir emir olarak verilmemektedir. **Özel nitelikli emirdir** ve belli görevlerin yapılmasını sağlamada zorlayıcıdır. Burada kamu görevlisinin görevini yapmamasında **makul bir nedeni olmadığı** durumlarda mandamus istidası ile mandamus emri istenir. Buradaki temel kriter hukuken bir hakkın varlığının mevcudiyeti olduğunun gösterilmesi ve kendisine karşı kanuni vecibelerini ve/veya yükümlülüklerini yerine getirmesi gereken bir görev olduğunun gösterilmesidir. Kısaca bu görev yasadan kaynaklanmaktadır. Yasada var olan ve yapması gereken bir göreve rağmen bu hakkın yerine getirilmesini yerine getirmeyen kamu görevlisi ve/veya kamu kuruluşu yalnızca yasal ve somut bir görevin yerine getirilmesine karşı istenebilir. Başka bir ifadeyle kamu kuruluşlarının genel yetkilerine dair bir talep söz konusu olmaz. Zira kişisel menfaatin somut bir hakla varlığı gerekir.

⁷¹ D.2/2020, Yargıtay /Asli Yetki No: 15/2019.

⁷² D.2/2020, Yargıtay /Asli Yetki No: 15/2019.

⁷³ Review Of Prerogative Writs, *Issues Paper/Law Commission*, New Zeland, Wellington 2008, ss.1-44, s.7 <https://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/projectAvailableFormats/NZLC%20IP9.pdf> (Erişim Tarihi: 16.01.2022)

Yargıtay'ın Mandamus Emirnamesi ısdar etme yetkisinin sınırı nedir diye bakıldığında, Yargıtay D.1/2017 kararında da vurguladığı üzere, Anayasa'nın 151(3) maddesinde yer alan Mandamus Emirnamesinin mehazı İngiltere olsa da İngiliz Hukuk Sisteminde'de Anayasa'nın 152. Maddesindeki gibi bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla Kıbrıs Türk hukuk sistemi bahsettiği çareler açısından karma niteliktedir. Özellikle hukuk davalarında Anglo-Sakson sistemi benimsenirken, idari davalarda Kara Avrupası sistemine yakın bir sistem benimsenmiştir.

Sonuç itibarıyla, mandamus emirnamesi, Kıbrıs Türk hukuk sisteminde idari davalarda Kara Avrupası sistemine yakın bir sistem benimsenmesine rağmen emirnameler konusunda on dokuzuncu yüzyılın sonunda İngiltere'den, özellikle Halsbury Laws of England ve İngiliz içtihatlarından ithal edildiği çerçevede hukuk davalarında yer aldı. Esasen dar ve sınırlı bir yörüngede işlev gördü. Hukuk Usulü Muhakemeleri Tüzüğü, Elli Altıncı Emir'de "Mandamus Davaları" hususunu izah ederken ortaya konan ihtiyaç ve taleplere cevap vermek için oluşturulmuş usul olsa da 21. yüzyılın başında meydana gelen hızlı değişimlere rağmen halen aynı kalıpta kalmıştır. Neticede bir somut hakkın varlığı yasal zeminde söz konusu olduğunda ilgili kamu görevlisi bu konuda yasa gereği ortaya çıkan görevini yerine getirmek zorundadır. Daha öte, kamu görevlisi alınan mahkeme kararlarını da uygulamak zorundadır. Bir kamu görevlisi, bir kişiye karşı kamu hizmetini iyi niyet dışında engelliyorsa bu hakkın yerine getirilmesi dışında ilgili kamu idaresinin güvenilirliğine karşı da suçtur.

KAYNAKÇA

(?), "Control of Governor by Mandamus", *Columbia Law Review*, Vol. 6, No. 6, Haziran 1906, ss. 453-454.

(?), "Quo Warranto, Resolution of Disputes -- Right to Public Office", *California Attorney General's Office*, 1990, ss.1-24, ss.5-10.

Anayasa Mahkemesi 5/1977; Yargıtay/Asli Yetki 10/1976.

Audrey, Davis, A Return To The Traditional Use Of The Writ Of Mandamus, *Lewis & Clark Law review*, Vol 24.4, 2020, ss.1527-1548.

Banzai, Aditya, The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation, *The Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 4, Şubat 2017, ss. 908-1001.

Bellissimo Mario D., Mandamus: A Compelling Remedy?, ss.1-17.

Costello, Kevin, "Mandamus and Borough Political Life, 1615 to 1780", *The Journal of Legal History* Volume 42, Issue 2, 2021, ss..171-201.

Cheney v. United States District Court for the District of Columbia, 542 U.S. 367, 2004.

Chitty T. Willes, *The Laws of England*, Crown Practice, Canada Law Book Company, Limited, Toronto, Canada, 1909, s77.

Control by Mandamus over Jurisdictional Mistake of Law, *Virginia Law Review*, Vol. 1, No. 4, Ocak 1914, ss. 320-322.

D. 1/2017 Yargıtay/Asli Yetki: 1/2015.

D. 11/2021 Yargıtay/Asli/Yetki No: 14/2021.

D. 3/2017 Yargıtay/Asli/Yetki No: 17/2017.

D.1/1998 Yargıtay Asli Yetki 6/1998.

D.6/2021 Yargıtay/Asli Yetki No: 3/2021.

D.2/2020 Yargıtay/Asli Yetki No: 15:2019.

D. 1/2015 Yargıtay/Asli Yetki/İstinaf:1/2014 (Yargıtay/Asli Yetki Dava No:18/2014).

D.1/84 Yargıtay/Asli Yetki 3/83.

Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) Case,21 Şubat 2003, (2003), 228 F.T.R. 52 (TD): Akt: Bellissimo, Mario D., “Mandamus: A Compelling Remedy?” ss.1-17: <https://www.cba.org/cba/cle/pdf/Bellissimo.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2022).

E. R. S., Habeas Corpus as a Method of Review: Prohibition: Mandamus, *Michigan Law Review*, Vol. 41, No. 5 (Nisan 1943), ss. 937-943.

Erhurman, Tufan, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İdari Yargılama Hukuku*, Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Işık Kitapevi, Kıbrıs 2012.

Fenn Augustus H., Two Questions concerning Mandamus, *The Yale Law Journal* , Haziran 1893, Vol. 2, No. 6 (Ocak 1893), ss. 219-227.

Gay - Torrence (1904) Ekim 18, 1904, 144, 145,147: <https://casetext.com/case/gay-v-torrence-2>

Goodman, Leonard S., “Mandamus in the Colonies-The Rise of the Superintending Power of American Courts”, *The American Journal of Legal History* , Oct., 1957, Vol. 1, No. 4, Ekim 1957, ss. 308-335.

Henderson, G., *Foundations of English administrative law : certiorari and mandamus in the seventeenth century*, Oxford University Press, 1963, s.127-42.

İstida No: 1/75, KKTC Yüksek Mahkeme, Asli Yeti,21 Ekim 1975. <https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/press/answer-petition-writ.pdf> (Erişim Tarihi: 3.02.2022).

James E. Pfander, Marbury, Original Jurisdiction, and the Supreme Court’s Supervisory Powers, 101 *Columbia Law Review*, 2001. https://www.researchgate.net/publication/272552187_Marbury_Original_Jurisdiction_and_the_Supreme_Court%27s_Supervisory_Powers (Erişim Tarihi: 2.09.2022)

Kapoor, Tanu, “Analysis of Types of Writs under Constitution of India: Landmark Cases”, *Latest Laws*,2020: <https://www.latestlaws.com/articles/analysis-of-types-of-writs-under-constitution-of-india-landmark-cases-by-tanu-kapoor/> (Erişim Tarihi: 3.09.2022)

Mandamus in Administrative Actions: Current Approaches, *Duke Law Journal*, Vol. 1973, ss.207-217.

Mandamus, *Britannica Dictionary*: <https://www.britannica.com/topic/mandamus> (Erişim Tarihi: 3.01.2022).

Mandamus, *The Yale Law Journal*, Nisan 1910, Vol. 19, No. 6, Nisan 1910, ss. 462-465.

Mandamus. Original Jurisdiction of the Supreme Court of the United States. Mandamus in Aid of Appellate Jurisdiction, *Columbia Law Review* , Şubat 1933, Vol. 33, No. 2, Şubat 1933, ss. 366-368.

Mandamus. Determination of Constitutionality Source: *Columbia Law Review*, Vol. 24, No. 3, Mart 1924, ss. 317-318.

Mandamus. Public School Authorities. Administrative Law, *Columbia Law Review* , Aralık 1921, Vol. 21, No. 8, ss. 823-824.

Mandamus. Revocation of Void License Granted by Mayor , *Columbia Law Review*, Vol. 28, No. 7 (Nov., 1928), ss. 979-980.

Mandamus. Writ to Compel Recognition as Officer of Private Corporation. Mandamus , *The Yale Law Journal*, Vol. 32, No. 5, Mart, 1923, ss. 503-504.

Mandamus: When Issued, *Michigan Law Review*, Vol. 21, No. 7, Mayıs, 1923, ss. 813-814.

Necatigil, Zaim, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku*, Rüstem Kitapevi, İstanbul, 1988.

Necatigil, Zaim, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku*, Işık Kitapevi, İstanbul, 2015

Prima Face, Thomson Reuters Dictionary, 2022.

Review Of Prerogative Writs, *Issues Paper/Law Commission*, New Zeland, Wellington 2008, ss.1-44, s.7 <https://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/projectAvailableFormats/NZLC%20IP9.pdf> (Erişim Tarihi: 16.01.2022).

State v. Hurd Case (1895), USA Law, 47: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1981/86-n-j-525-0.html>

Sacramento County Puplic Law Dictionary, Writ, <https://saclaw.org/law-101/appeals-topic/> (Erişim Tarihi: 5.02.2022).

Tapping, Thomas, “The Law and Practice of The High Prerogative Writ of Mandamus 2” (1853). s 56.

The United States Court Of Appeals For The Ninth Circuit, Case: 17-72917, 10/24/2017, ID: 10628844, ss.1- 234.

Turhan, Turgut, “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi”, *AÜHFD* 2008, ss.253-283.

Viner Charles, *A General Abridgement of Law and Equity*, London, 1742, 422–28.

Writ of Mandamus [Writs in Indian Constitution]; <https://cdn1.coolgyan.org/wp-content/uploads/2020/10/Writ-of-Mandamus.pdf> (Erişim Tarihi: 13.01.2022).

Yargıtay/Asli Yetki 10/76, 9 Aralık 1976, <https://www.mahkemeler.net/Kararlar/Yargitay/asli-yetki/kno/1976/K-10-76.doc> (Erişim Tarihi 10.10.2022)