



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 6 Sayı: 1 Yıl: 2023

e-ISSN: 2667-4076





HUKUK FAKÜLTESİ

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YIL (YEAR): 2023

CİLT (VOLUME): 6 SAYI (ISSUE): 1

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2023


NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 6 Sayı/Number: 1 Yıl/Year: 2023

Sahibi / Owner


Necmettin Erbakan Üniversitesi/Necmettin Erbakan University


Baş Editör / Editor in Chief

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU 
(nkoyuncu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


Alan Editörleri / Issue Editors


(Kamu Hukuku/Public Law)

Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK 
(mcevikcelik@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Enes ERSÖZ 
(eersoz@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


(Özel Hukuk/Private Law)

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL 
(nurullah.bal@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


Arş. Grv. Abdurrahim ALTUN 
(aaltun@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yazım ve Dil Editörleri/ Writing and Language Editors


İngilizce/English

Arş. Grv. Begüm KAYA 
(begumkaya@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Fransızca/ French

Arş. Grv. Kübra İmran DİLER 
(kiartan@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Almanca/German

Arş. Grv. Bekir BOGA 
(bboga@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

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@erbakan.edu.tr

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

E-ISSN: 2667-4076

Haziran 2023

İÇİNDEKİLER

(CONTENTS)

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

Fransa'da Mahkeme Kararlarına Karşı Yasal Geçerlilik Uygulaması ve Ülkemizde Uygulanabilirliği	1	Implementation Of Legal Validity Against Court Decisions In France And Applicability In Our Country
<i>Ahmet Ziya ÇALIŞKAN</i>		<i>Ahmet Ziya ÇALIŞKAN</i>
Hart-Bodenheimer Tartışması Üzerinden Analitik Hukuk Bilimi Okuması	25	Analytical Jurisprudence Reading On The Hart-Bodenheimer Debate
<i>Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU, Onur ALTUNSU</i>		<i>Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU, Onur ALTUNSU</i>
Dijital Çağın Gözde Mesleği "Influencerlık" Ve Influencerların Hukukî Statüsü	43	Influencer: The Popular Profession Of The Digital Age And Their Legal Status
<i>Kübra DEMİR</i>		<i>Kübra DEMİR</i>
Cumhuriyetin İlk Yıllarında Müftünün Medeni Hukuk Uygulamasına Katkısı	60	The Contribution of Mufti to Civil Law Practice in the Early Years of the Turkish Republic
<i>Mahmud Esad KALIPÇI</i>		<i>Mahmud Esad KALIPÇI</i>
Uluslararası Ceza Yargısında Zorla Evlilik Suçunun Gelişimi	72	The Development of the Crime of Forced Marriage in International Criminal Jurisdiction
<i>Selçuk KOCA</i>		<i>Selçuk KOCA</i>
Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesinin Türleri ve Hukuki Nitelikleri	97	The Legal Character And Specialities Of Personal Data Processing Agreement
<i>Miray ÖZER DENİZ</i>		<i>Miray ÖZER DENİZ</i>
Güncel Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İcra İflâs Kanunu m. 278/3-1'e İlişkin Bir Değerlendirme	115	An Evaluation On Executive Bankruptcy Law Article 278/3-1 In The Light Of Current Constitutional Court Decisions
<i>Burçin YAZICI</i>		<i>Burçin YAZICI</i>

Emevîlerde Siyasi Otoritenin Meşruiyet Araçları ve Bazı Hukuk Kurumlarına Etkileri <i>Serhan YILDIRIM</i>	133	The Legitimacy Tools of Political Authority and Its Effects on Some Legal Institutions in Umayyads <i>Serhan YILDIRIM</i>
Piyango Biletinin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Nasıl Değerlendirileceği Meselesi <i>Selin SERT SÜTÇÜ</i>	151	The Issue Of How The Lottery Ticket Will Be Evaluated In The Liquidation Of The Regime Of Participation In Goods Acquired <i>Selin SERT SÜTÇÜ</i>
Hesaplamalı Hukuk <i>Merve Aysegül KULULAR İBRAHİM, Ali Semih ÇAMKERTEN</i>	160	Computational Law <i>Merve Aysegül KULULAR İBRAHİM, Ali Semih ÇAMKERTEN</i>
Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinde Sorumluluk <i>Uğur İHTİYAROĞLU</i>	183	Responsibility For Fulfilling An Unlawful And Binding Order <i>Uğur İHTİYAROĞLU</i>
Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Tarafların Tahliye Yönelik Kararlaştırdıkları Bildirimlerin Hükümü <i>Osman Levent ÖZAY</i>	202	Consequences of Notifications Regarding Evacuation Agreed by The Parties in Residential And Roofed Workplace Lease Agreements <i>Osman Levent ÖZAY</i>
Katma Değer Vergisi İadesi Yönünden Özel Esaslar <i>Kerem ÖNCÜ</i>	217	Exceptional Procedure for Value Added Tax Refund <i>Kerem ÖNCÜ</i>
Hukuk Analitiği <i>Ali Semih ÇAMKERTEN</i>	234	Legal Analytics <i>Ali Semih ÇAMKERTEN</i>
Osmanlı Tâbiiyet Hukuku Bağlamında Gerçek Vatandaşlık Statüsünün Önemi Göç, İltica Ve Sığınma Olguları Üzerinden Tarihî Bir Değerlendirme <i>İrem KARAKOÇ</i>	255	The Importance Of Real Citizenship Status In The Context Of Ottoman Nationality Law A Historical Evaluation On The Phenomena Of Migration, Asylum And Refuge <i>İrem KARAKOÇ</i>

**Mahkeme Kalem Teşkilatı
Görevlilerinin Karar ve İşlemlerine
Karşı Başvuru Yolları**

Osman DURAN

297

**Remedies Against Court Clerks
Decisions and Acts**

Osman DURAN

**Der Neu Eingeführte Jugendarrest
Zum Deutschen
Jugendgerichtsgesetz Neben Zur
Bewährung Ausgesetzter
Jugendstrafe**

Muhsin İshak DİNÇ

315

**The Newly Introduced Youth Detention
In Addition To Youth Penalty To The
German Youth Courts Act**

Muhsin İshak DİNÇ

**Ticari İşlerde Birlikte Borç Altına
Girilmesi ve Ticari Bir Borca Kefil
Olunmasının Sonuçları**

Aytekin ÇELİK

326

**Consequences Of Jointly Incurring A
Debt In Commercial Affairs And Being
A Guarantor For A Commercial Debt**

Aytekin ÇELİK

**Vasiyetnamenin Tenfizi Kavramı ve
Vasiyetnamenin Tenfizi Davası**

Mehmet AKÇAAL

374

**The Concept of Enforcement of Will
and Case For Enforcement of Will**

Mehmet AKÇAAL

**Birleşmiş Milletler Mal Satım
Sözleşmesinin Yeknesak Yorumu**

Eyüp İPEK, Alper AKGÜL

397

**The Concept of Enforcement of Will
and Case For Enforcement of Will**

Eyüp İPEK, Alper AKGÜL

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. Assoc. 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. 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 hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır. Dergimiz güncel hukuki meseleler ile hukuk tarihine ilişkin konularda yayım yapması sebebiyle hukukçu akademisyen ve öğrencilere hitap ettiği gibi hukuk uygulamasında yer alan avukat, hakim ve savcı gibi meslek gruplarına da hitap etmektedir.

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 yayım dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.

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. Dergimiz bir yazarın bir yılda en fazla bir makalesini incelemeye almayı kabul eder. Haziran sayısı için 15 Nisan, Aralık sayısı için 15 Ekim son gönderim tarihidir.

TARANDIĞI İNDEKSLER



I N T E R N A T I O N A L

DİJİTAL PLATFORMLAR



ARASTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

Fransa'da Mahkeme Kararlarına Karşı Yasal Geçerlilik Uygulaması ve Ülkemizde Uygulanabilirliği*

Ahmet Ziya ÇALIŞKAN 

Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye
azic@selcuk.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 30.09.2022

Kabul: 14.11.2022

Yayın: 06.01.2023

Anahtar Kelimeler:

Yasal Geçerlilik, İdari Yargı, İptal Kararı, Kamu Yararı.

Özellikle Fransız Hukukunda uygulamasını bulan dava edilmiş idari tasarruflara yasal geçerlilik kazandırma uygulamasıyla, genellikle iptal edilme ihtimali bulunan veya yerine göre ilk derece yargılamasında iptal edilmiş bir idari tasarrufun, hatta idarenin bazı özel hukuka tabi tasarruflarının, çıkarılan bir kanunla, ceza ve yaptırım uygulamaları hariç olmak üzere, geçmişe etkili bir şekilde, kamu yararı amacıyla yasal koruma altına alınması söz konusudur. Bu şekilde davanın konusuz kalması sağlanmaktadır. Mahkemelerde de karar vermeye yer olmadığına karar verilmektedir. Burada tamamen adil yargılanma hakkı ve yargı bağımsızlığı denkleminde, kuvvetler ayrılığı ile kamu yararı kavramları arasında bir denge güdülerek bir karara varılmaktadır. Gerek Fransız Danıştay (Conseil d'Etat) gerekse Anayasa Konseyi ölçü olarak bu gibi kriterler kullanılmaktadır. Kamu yararı ölçütüne başvurulun en yaygın örnek olarak bir kamu hizmetinin işleyişinin ve sürekliliğinin sağlanması veya kamu personelinin kariyer yapmasının sağlanması, sosyal güvenlik sistemindeki dengeyi bozup buna zarar verecek içtihat farklılıklarının önlenmesi gibi ihtimaller verilebilir.

Ülkemizde benzer bir uygulama Anayasa'nın "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesine göre çok da mümkün gözüküyor. Söz konusu maddeye göre; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

Ülkemizde mahkeme kararlarına yasal geçerlilik kazandırma anlamına gelebilecek bir uygulama olarak, 2012 yılında 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a bir madde eklenerek, özelleştirme uygulamalarının mahkemelerde iptali üzerine oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülmeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir, şeklinde bir düzenleme yapılarak kanunlaşmıştır. Anayasa Mahkemesi 2013 yılında verdiği kararlar söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olduğuna karar verdi ve bu yönetime başvurulmasının önünü kapatmış oldu. Anayasa'nın 138. maddesinde bir değişiklik yapılmadığı veya Anayasa Mahkemesi bu konudaki tutumunu değiştirmedeği takdirde, ülkemizde böyle bir uygulamaya gitmek çok mümkün gözüküyor.

Implementation Of Legal Validity Against Court Decisions In France And Applicability In Our Country

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 30.09.2022

Accepted: 14.11.2022

Published: 06.01.2023

Keywords:

Legal Validity, Administrative Judgment, Annulment Decision, Public Interest.

With the practice of giving legal validity to the sued administrative acts, which is especially applied in French Law, an administrative act that is likely to be annulled or that has been canceled in the first instance jurisdiction is put under legal protection for the purpose of public interest, with a retroactive effect. Penalties and sanctions are excluded from this application. It is also possible to apply this method for some private law dispositions of the administration. By this way, the dispute is led to devoid of essence and courts held that there is no need to make a decision. Here, in the equation of the right to a fair trial and the independence of the judiciary, a decision is reached by keeping a balance between the concepts of separation of powers and public interest. The most common example of using the public interest criterion is to ensure the functioning and continuity of a public service, or to ensure the career of civil servants, and to prevent case-law differences that will disrupt the balance in the social security system and damage it.

A similar practice in our country does not seem possible according to Article 138 of the Constitution titled "Independence of the Courts". According to the said article, "Legislative and executive organs and the administration must comply with court decisions (...).

In 2012, an article was added to the Law No. 4046 on Privatization Practices, as an application that could mean giving legal validity to court decisions in our country. The Constitutional Court annulled this article in 2013. Unless an amendment is made in Article 138 of the Constitution or the Constitutional Court does not change its stance on this issue, it does not seem possible to adopt such a practice in our country.

Atıf/Citation: Çalışkan, A. Z. (2023). "Fransa'da Mahkeme Kararlarına Karşı Yasal Geçerlilik Uygulaması ve Ülkemizde Uygulanabilirliği", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 1-24.

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 çalışma 13-15 Mayıs 2022 tarihleri arasında yapılan Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan bildirinin makale olarak düzenlenmiş halidir.

GİRİŞ

Mahkeme kararlarının etkilerini geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırmak ve yürütme organı ile idare teşkilatını söz konusu kararın gereğini yerine getirmekten kurtarmak için yasal düzenleme yapılması, bazı hukuk sistemlerinde sıklıkla başvurulan bir yöntem olarak uygulanmaktadır.

Bu uygulamaya genel itibariyle idari yargı kararlarının etkilerinin ortadan kaldırılması için başvurulsa da yerine göre özel hukuk uyuşmazlıkları için de başvurulduğu olmaktadır. Uygulamada çok yüksek oranda, belki de istisnasız bir şekilde idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar için bu yöntemin benimsendiği görülmektedir. Teorik olarak bakıldığında, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar için bu yöntemle başvurmayı gerektiren şartların oluşması durumunda, idareyle hiçbir ilgisi bulunmayan uyuşmazlıklar için de benzer bir uygulamaya gidilmesine engel bir durumun olmayacağı değerlendirilebilir.

Bahsedilen uygulamaya her ne kadar özel hukuk uyuşmazlıkları için de başvurulsa da uygulamada daha ziyade maksadın, idarenin taraf olduğu idari uyuşmazlıklardaki mahkeme kararlarının sonuçlarının bertaraf edilmesi, hatta daha doğru ifadesiyle, idare aleyhine sonuçlanan iptal davalarının sonuçlarının geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması olduğu çok rahatlıkla söylenebilir. Bu şekilde, iptal kararlarının sonuçlarını geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırmak için yasal düzenleme yapılması ve bir kanun hükmüyle iptal edilen idari tasarrufun hukuka uygun olduğunun kural altına alınması, hatta bazı uygulamalarda söz konusu idari tasarrufun yasal düzenlemeye dönüştürülmesi, bu şekilde kanun gücüne kavuşturulması söz konusu olmaktadır.

Yerine göre görülmekte olan davalar için de kullanılmakta olan söz konusu uygulama ile henüz sonuçlanmamış, yani derdest olan davalarda da verilecek olası bir iptal kararının önüne geçilebilmesi amacıyla, uyuşmazlık mahkemece karara bağlanmazdan evvel, dava konusu idari tasarrufun yasal güvence altına alınması da yine söz konusu olmaktadır. Esasında bugün itibariyle, uluslararası düzenlemelerin ve kendini bunlara adapte eden Fransız Anayasa Mahkemesi'nin özellikle yargı bağımsızlığına ve kesin hükme saygı anlayışına ilişkin katı tavrı karşısında, uygulamanın sadece bu sonuncu ihtimale indirgenmiş vaziyette olduğu ifade edilebilir.

Özellikle Fransız Hukukunda uygulamasını bulan yasal geçerlilik kazandırma uygulamasıyla, genellikle iptal edilme ihtimali bulunan, dava edilmiş veya yerine göre, özellikle önceki dönem uygulamaları açısından, iptal edilmiş bir idari tasarrufun¹, hatta idarenin bazı özel hukuka tabi tasarruflarının ve yine idarenin sözleşmelerinin², çıkarılan bir kanunla, ceza ve

¹ Mülakat sınavlarına karşı açılan davada uygulama, Conseil d'Etat 3 Kasım 1999 tarihli kararı, bkz. Chapus, René. *Droit du Contentieux Administratif*, 10. Bası, Montchrestien, Paris 2001, s. 868; 1947 yılında 225 öğrencinin katıldığı yüksek okul giriş sınavının iptali üzerine, bu kadar öğrenci için yeniden sınav yapıp geçen süredeki eğitimlerinin geçersiz sayılmaması için 2 Ağustos 1949 tarihli kanun çıkarılarak mahkeme kararı devre dışı bırakılmıştır, bkz. Chapus, s. 1037; Ülkemizde 2010 yılında yapılan KPSS sınavının mahkemece iptali üzerine aynı uygulamaya 670 sayılı OHAL KHK'sı ile gidilmiştir, söz konusu KHK daha sonra 7091 sayılı Kanunla aynen kanunlaşmıştır, bkz. Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Bası, Ekin Yayınları, Bursa 2020, s. 515.

² Fransa'da idarenin hem özel hukuk tasarrufu ve hem sözleşmesine örnek olması bakımından, birtakım kamu tüzel kişilerinin imzaladıkları kredi sözleşmeleri açısından çıkarılan 29 Temmuz 2014 tarih ve 2014-844 sayılı Yasa bulunmaktadır. İsmi "kamu tüzel kişilerinin imzaladıkları kredi sözleşmelerinin güvence altına alınmasına dair yasa" olan bu metinle, kısmi bir yasal geçerlilik uygulamasına gidilmiş ve sözleşmeci kamu tüzel kişileri tarafından imzalanan kredi sözleşmelerinden sadece, ana para ve faizine ilişkin tutarın veya ödeme vadelerinin, vadelerin dönemselliği ve sayısının veya kredinin süresinin müştereken ve yazılı olarak belirlendiği sözleşmeler

yaptırım uygulamaları hariç³ olmak üzere geçmişe etkili bir şekilde, kamu yararı amacıyla yasal koruma altına alınması söz konusudur⁴.

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında da görüleceği üzere, dönem dönem Yunanistan'da, Belçika'da, İngiltere'de örneğin, olağan bir şekilde bu yönteme başvurulduğu görülmektedir. Ülkemizde kural olarak böyle bir yola başvurulması çok mümkün gözükmesine de ender örneklerde de olsa, çok istisnai durumlarda aynı uygulamaya gidildiği söylenebilir.

Söz konusu uygulamanın, mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesinde güçlüklerle karşılaşacak olan yürütme organı ve idare teşkilatı açısından çok büyük pratik faydalar sağlayacağını ifade etmek gerekir. Mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesi konusunda zorluk yaşanan haller açısından, özellikle de fiili veya hukuki imkânsızlık durumlarında örneğin, mevcut uygulamanın kamu yönetimine büyük bir rahatlama ve kolaylık getireceğini belirtmek gerekir. Temelde Fransa'da uygulamasını bulan mevzu bahis yöntemle, temel maksat birtakım haksızlıkların önüne geçilmesi⁵, kamu yararının korunması ve gerçekleştirilmesidir. Zaten bugün itibarıyla de en temel gerekçe olarak kamu yararının zorunlu kıldığı haller aranmaktadır.

Bütün bu faydalarına rağmen, böyle bir uygulamaya gitmenin her zaman için hukuki güvensizlik ve belirsizlik kaynağı olacağı da muhakkaktır⁶. Kanunların geriye yürümezliği şeklinde ifade edilen genel ilkeye aykırı bu uygulamanın, yasama yetkisinin genelliğine getirilen bir istisna olduğunu da ayrıca belirtmek gerekir. Bu anlamda yasama yetkisi mutlak ve sınırsız olmadığı gibi, anayasal ve uluslararası düzenlemeler kadar Anayasa Mahkemesi'nin başvurduğu birtakım genel hukuk ilkeleriyle de bağlıdır.

Kanunun genel iradenin ifadesi veya milli iradenin tecellisi şeklindeki geleneksel anlayışın, burada kaçınılmaz olarak farklılaştığını ve yasama yetkisinin git gide daha da çerçevelenmiş bir yetkiye dönüştüğünü, yani Kanunun Anayasaya uygun olduğu ölçüde genel iradenin ifadesi olduğu anlayışının artık daha egemen olduğunu da ifade etmek gerekir⁷.

Fransa kadar olmasa da başkaca Avrupa ülkelerinde de dönem dönem uygulanmış olan bu yöntemin, bugün itibarıyla özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin getirdiği katı kurallar ve ülkelerin anayasa mahkemelerinin kendilerini bunlara adapte etmelerinin neticesinde, eskisi kadar kolayca başvuru olan bir yöntem olmaktan çıktığını da belirtmek gerekir⁸.

I. FRANSIZ HUKUKUNDAKİ UYGULAMA

Mahkeme kararlarına karşı yasal geçerlilik kazandırma uygulamasının, Fransa'da kanunların geriye yürümezliği ilkesine getirilen en temel istisna olduğu rahatlıkla söylenebilir.

yargı denetiminden korunmuş, sabit veya basit değişken oranlı olanlar ise kapsam dışı bırakılmıştır, bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000029307742/>, (E.T. 24.6.2022).

³ Burada salt ceza hukuku değil herhangi bir müeyyide öngören bütün tasarruflar kastedilmektedir, bkz. Fransız Senatosu Hukuki Araştırmalar Birimi, *Le Régime Juridique des Validations Législatives*, 2006, (Senato Çalışması), https://www.senat.fr/ej/ej_validation/ej_validation.pdf, s. 10, (E.T. 10.9.2022).

⁴ Gicquel, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 19. Bası, Montchrestien, Paris 2003, s. 684.

⁵ Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 3. Bası, Asil, Ankara 2004, s. 204.

⁶ Mathieu, Bertrand. *La Loi*, Dalloz, Paris 1996, s. 114.

⁷ Rosoux, Géraldine. *Le contrôle juridictionnel des « validations législatives » en France et en Belgique: un conflit de légitimités*, <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/4371/1/GR-Validations%202005.pdf>, s. 2, (E. T. 06.9.2022).

⁸ Broyelle, Camille. *Contentieux Administratif*, 2. Bası, L.G.D.J., Paris 2013, s. 222.

Ülkemizdeki durumun aksine, söz konusu ilke Fransız Medeni Kanunu'nda pozitif düzenleme olarak yer alsada bunun sadece türevsel düzenleme yetkisi açısından var olduğu ve yasama organını bağlamadığı⁹ ve bunun yasama organı açısından bir ayrıcalık olduğu¹⁰ kabul edilmektedir.

Burada, normlar hiyerarşisi açısından bir değerlendirme yapılarak, kanunun idari işlemin üzerinde olduğu gerçeğinden hareketle, yasama organının düzenlemelerinin adli veya idari yargı denetimine tabi olmamaları sebebiyle, dolayısıyla kanunilik ilkesine de tabi olmayarak herhangi bir idari işlemin kanuniliğini geçmişe etkili olacak şekilde düzeltebilecekleri kabul edilmektedir. Fakat kanunilik boyutunun aksine, eğer söz konusu işlemde anayasa veya bir uluslararası düzenleme açısından herhangi bir aykırılık varsa, bunun kanunla düzeltilmesi mümkün değildir¹¹. Kısaca Kanun kendisi bizzat legaliteden, yani kanunilik ilkesinden mücerret olduğu ve onun esasında bizzat kaynağı da olduğu için, kanunilik ilkesinin muhatabı olan idari işlemleri, geçmişe etkili bir şekilde düzenleyebilmekte ve düzeltebilmektedir.

Fransa'da bahsedilen uygulamaya her türlü mahkeme kararı açısından başvurulabilmektedir. Aşağıda da görüleceği üzere, idarenin yargıya intikal etmiş veya duruma göre, özellikle önceki dönem uygulamaları açısından, mahkeme kararına dahi konu olmuş, yani bu anlamda aleyhine karar çıkmış, kesin hüküm halini almış, özel hukuk tasarrufları¹² ve daha da yaygın bir şekilde idari işlemler için bu uygulamaya gidilmesi söz konusu olmuştur.

İdari tasarruflar açısından bakıldığında; burada bir idari karar veya bir genel düzenleyici işlem veyahut da bunun uygulama işlemleri ve hatta tekml işlemleri dahi bahsedilen uygulamanın konusunu oluşturabilmektedir¹³. Burada yapılan bir yasal düzenlemeyle, söz konusu idari tasarruf açısından var olan davanın konusuz kalması sağlanmaktadır. Sonuçta mahkemelerce de karar vermeye yer olmadığına karar verilmektedir¹⁴. Burada tamamen adil yargılanma hakkı ve yargı bağımsızlığı, dolayısıyla da kuvvetler ayrılığı ile kamu yararı kavramları arasında bir denge güdülerek bir karara varılmaktadır¹⁵. Gerek Fransız Danıştay gerekse Fransız Anayasa Konseyi ölçü olarak bu kriterleri kullanmaktadır.

İdarenin özel hukuk uygulamaları açısından ise durum çok sakıncalı gözükmektedir. İdari işlemler açısından işlemin geçmişe etkili olarak yasama organınca hukuka uygunluğu kural altına alınırken, özel hukuk uyuşmazlıklarında idare aleyhine sonuçlanan davalarda, bizzat hukuk düzeni, hukuki durum değiştirilmektedir¹⁶. Burada açıkça mahkeme kararının sonuçları yok sayılmakta ve karara rağmen veya bazı durumlarda dava devam ederken, yasama organı tarafından idarenin haklılığına karar verilmektedir. Bu durumun idari uyuşmazlıklardaki kadar yaygın bir uygulamasının olmadığını da belirtmek gerekir.

⁹ Mathieu, s. 115.

¹⁰ Rosoux, s. 7.

¹¹ Rosoux, s. 7-8.

¹² Örneğin birtakım taşınmaz kredi sözleşmeleri için 25.6.199 tarih ve 99-532 sayılı tasarruf ve mali güvenlik konularına ilişkin yasanın 115. maddesi kabul edilmiştir, Senato Çalışması, s. 7.

¹³ Senato Çalışması, s. 5.

¹⁴ Debbasch, Charles/Ricci, Claude. *Contentieux Administratif*, 8. Bası, Dalloz, Paris 2001, s. 565.

¹⁵ Chapus, s. 1038-1039.

¹⁶ Rosoux, s. 6.

Çalışmanın bu aşamasından sonra, özel hukuk uygulamalarının daha az olması ve genel sistematüğın dışında kalması sebebiyle, konuya büyük oranda idari işlem ve idari yargı kavramları çerçevesinde yaklaşılacaktır.

Kamu yararı ölçütüne başvurulmuş en yaygın örnek olarak bir kamu hizmetinin işleyişinin ve sürekliliğinin sağlanması¹⁷ veya kamu personelinin kariyer yapmasının sağlanması gibi ihtimaller verilebilir¹⁸. Bunların yanı sıra; sosyal güvenlik sistemindeki dengeyi bozup buna zarar verecek içtihat farklılıklarının önlenmesi, kamusal barışın bozulmasının önlenmesi, bankacılık sistemindeki dengeyi alt üst edecek şekilde yargısal içtihat oluşmasının önlenmesi, sosyal güvenlik sistemindeki finansal dengenin sağlanması amaçlarıyla yapılan yasal geçerlilik kazandırma uygulamaları yine Fransız Anayasa Konseyi tarafından kamu yararı amacına uygun kabul edilmiştir¹⁹. Söz konusu usulün uygulama alanı olarak yine aynı şekilde mahkeme tarafından bir idari sözleşmenin iptaline veya geçersizliğine karar verilecek olursa, o sözleşmenin hukuka uygun olduğuna dair bir kanun çıkarmak suretiyle sözleşmenin ayakta tutulması da söz konusu olabilmektedir. Örneğın Stade de France isimli futbol stadyumunun yapım işini konu alan imtiyaz sözleşmenin mahkemece hukuka aykırı bulunması üzerine, 11 Aralık 1996 tarihli bir kanun çıkartılmış ve sözleşmeye yasal geçerlilik kazandırılmıştır²⁰. Burada kamu yararı hususu ağır basmıştır, çünkü o gün için 2 yıl sonra 1998 Futbol Dünya Kupası Fransa'da düzenlenmişti ve söz konusu stadı buna yetiştirmek için mahkeme kararı Fransız Parlamentosunca bertaraf edilmiştir.

Mahkeme kararlarına rağmen, idarenin kamu hukukuna veya özel hukuka tabi bir işlemine yasal geçerlilik kazandırma konusunda, Fransız Danıştay yargılama aşaması olarak kararın İstinaf mahkemesince karara bağlanmamış olması şartını aramaktadır. Bu aşamadan sonra artık kararın kesin hüküm halini aldığı ve kesin hükmün yasa ile dahi değiştirilemeyeceği kabul ediliyor²¹. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlara rağmen, geçmişe etkili bir şekilde, iptal edilmiş bir idari uygulamaya yasal geçerlilik kazandırılabilir. Conseil d'Etat uygulamasında istinaf başvurusunun yapılmış olmasının bu yola başvurmaya engel olmadığını görebiliyoruz. Bu durumda sadece idarenin davacı açısından meydana gelen zararları tazmin etmesi gerekiyor²². İstinafta karara bağlananlar ve de doğal olarak sonraki aşama olan temyiz aşamasına gelen kararlar açısından yasal geçerlilik kazandırmak gibi bir imkân bulunmuyor. Fransız Danıştay bu konuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 maddesindeki adil yargılanma hakkını temel referans olarak alıyor ve devletin taraf olduğu davalarda, tek istisna olarak; sadece kamu yararı gerekçeleriyle bu yola başvurulmasında davanın konusuz kalacağını

¹⁷ Senato Çalışması, s. 11-12.

¹⁸ Chapus, s. 1038.

¹⁹ Senato Çalışması, s. 12.

²⁰ Richer, Laurent. *Droit des Contrats Administratifs*, 4. Bası, L.G.D.J., Paris 2004, s. 190; 11 Aralık 1996 tarih ve 96-1077 sayılı yasa için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000195825/>, (E.T. 24.6.2022); söz konusu yasa bir tek maddeden ibaretti ve mevzubahis sözleşmenin özetle, ulusal yarar gereği her açıdan onaylandığını düzenlemekteydi. 2010 yılında Fransız Yargıtayı tarafından bahsi geçen yasanın anayasaya aykırılığı iddiasıyla Fransız Anayasa Mahkemesine başvurulması üzerine, 11 Şubat 2011 yılında yüksek mahkeme bu yasanın anayasaya aykırılığına karar vermiştir. Kararda özetle, sözleşmenin hangi boyutunun kamu yararı gereğince yasal koruma altına alındığına değinilmediği belirtilerek, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık hususlarına vurgu yapılmaktadır, bkz. https://webview.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2010100qpc/2010100qpc.pdf, (E.T., 24.6.2022).

²¹ Senato Çalışması, s. 10.

²² Debbasch/Ricci, s. 565.

kabul ediyor²³. Bu konudaki tutumunun katı olduğu da söylenebilir. Bununla birlikte ilk derece mahkemesi sıfatıyla yani doğrudan Conseil d'Etat'da açılan davalar açısından, salt davanın açılmış olması da kesin hüküm anlamını taşımadığı için, bu tür yargılamalar sürerken de yasal geçerlilik kazandırma yöntemine başvurmaya engel gözüküyor²⁴. Daha önceki dönem uygulamalarında Conseil d'Etat'nın kesinleşmiş yargı kararlarına rağmen böyle bir uygulamaya gidildiği örnekler de bulunmaktadır²⁵.

Fransız uygulamasında, konuya ilişkin örneklere bakıldığında, kesin hükme ve kuvvetler ayrılığı ilkesine saygı düşüncesiyle, bu yöneme başvurulmasındaki amacın iptal edilen bir işleme hukuka uygunluk sağlamaktan çok, o iptal kararı neticesinde ortaya çıkacak uygulama sorunlarına ilişkin kolaylıklar getirme veya bunları bertaraf etme olduğu ifade edilebilir²⁶. Burada iptal edilen bireysel veya genel düzenleyici işleme aynı etkiyi, geçmişe etkili bir şekilde gösterecek bir yasal düzenleme yapılmaktadır. Yani burada iptal kararı geçmişe yürüyeceği için, iptal edilen idari tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren hukuka uygun bulunduğu dair bir kanun hükmü kabul edilmektedir. Zaten Conseil d'Etat uygulamasında da doğal olarak, geçmişe etkili olmayan bir yasal düzenleme bu çerçevede değerlendirilmemekte ve görülmekte olan davaya herhangi bir etki etmemektedir. Yani bu ihtimalde söz konusu dava konusuz kalmamakta ve karar vermeye yer olmadığına dair bir karar da verilmemektedir. Fransız Anayasa Mahkemesi bu uygulama açısından yasama organının buna yetkisi olduğunu genel olarak kabul etmektedir. Ona göre bir iptal kararından doğacak sorunları sadece yasama organı giderebilir. Uygulamada daha ziyade, dava açılması üzerine böyle bir uygulamaya gidilerek muhtemel bir iptal kararı üzerine çıkabilecek sorunların önüne geçildiği görülmektedir²⁷.

Söz konusu yasal geçerlilik, kısmi veya tam olabileceği gibi, sadece idari tasarrufun idari yargı organları önünde hukuka uygunluk denetimine engel olup ondan doğacak zararlar açısından buna engel olmayacak şekilde de yapılmış olabilir. Buradaki uygulamanın yasal korumaya alınan idari işlemin kimliğine etki etmediği ve onun hala idari bir tasarruf olarak kaldığı ve idarenin onun üzerinde yine tasarruf yetkisinin olduğu kabul edilmektedir. Maksat idari tasarrufu kanun hükmü haline getirmekten ziyade, onu mahkemeden kurtarmak veya verilmiş olan bir mahkeme kararını devre dışı bırakmaktır²⁸.

Geçmişe etkili olarak yapılan bu yasal düzenlemelerin kendi içerisinde de farklı şekillerde tezahür ettikleri söylenebilir. En olağan olan yöntem, şu ana kadar bahsedilenler çerçevesinde, doğrudan idari işlem hukuka uygundur şeklinde yasal düzenleme yapma, yani yasama organının iradesini ikame etme yöntemidir. Burada yapılan aslında idari işlemin geçmişe etkili olarak, şeklen ayakta tutulmasıdır. İdari işlemin düzeltilmesidir. Buna idari işlemin tedavi edilmesi şeklinde bir tanımlama da getirilmektedir. Bu yöntemde idari işlem çift görünümlü bir hal almaktadır. İdari

²³ Debbasch/Ricci, s. 566; Chapus, s. 1039.

²⁴ CJA (Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu) R311 vd maddelerinde genel olarak Fransa'daki düzenleyici ve denetleyici kurulların kararlarına karşı veya Cumhurbaşkanı karar ve kararnamelerine karşı, yine birtakım bireysel işlemlere karşı davanın ilk derece mahkemesi sıfatıyla Fransız Danıştayında açıldığı düzenlenmektedir, bkz. www.legifrance.gouv.fr.

²⁵ 1947 yılında veya 1999 yılında iptal edilen mülakat sınavları açısından, Conseil d'Etat'nın kesinleşmiş yargı kararının akabinde söz konusu sınavların geçerli olduğuna dair kanun çıkarılmıştır, bkz. 1 no'lu dipnot.

²⁶ Chapus, s. 1034.

²⁷ Chapus, s. 1035, 1307.

²⁸ Chapus, s. 1035.

işlem olarak kalmaya devam etmekle beraber, yasa ile koruma altına alınmış olarak yargı denetiminden de kurtarılmış olmaktadır²⁹.

İkame yönteminden farklı olarak, bir başka yöntem de yasama organının bir yasa hükmüyle idareye, idari işlemde geçmişe etkili olarak birtakım değişiklikler yapma yetkisi tanınmasıdır. Bu değişiklik yapma yetkisi kendisini, idare için idari işlemin iptaline engel olacak geçmişe dönük tedbirler almak veya iptal edilen idari işlemin maddi temelini oluşturacak bir yetki verilmesi, şeklinde gösterebilir. Buna da idari işlemin bir nevi idarece tamir edilmesi denilmektedir³⁰. Buna örnek olarak, yetki veya şekil unsurundaki bir sakatlık sebebiyle iptal edilen veya iptal edilme riski bulunan bir idari işlemde, bir yasa hükmüne istinaden, idarenin geçmişe dönük olarak düzeltme yapması verilebilir.

İkame yöntemini andıran ama ondan farklılaşan bir diğer yöntem de dava edilmiş bir idari işlemin yasama organı tarafından bir nevi affa uğratılması da denilen ve işlemdeki hukuka aykırılığa değinilmeksizin, sadece yargı denetimine kısıtlama getiren, “*yani hukuka aykırılığıyla beraber uygulanacaktır*” şeklinde var olan yaklaşımdır. Bu ihtimalde mahkeme kararından sonra yani iptal kararı üzerine düzenleme yapılıyorsa, bu defa da idari işlemin canlandırılması şeklinde bir yaklaşımla yine “*bu haliyle uygulanacaktır*” türünden bir yasal düzenlemeyle idari işlemin varlığı korunup uygulanması sağlanmaktadır³¹.

İdarenin tasarruflarına yasal geçerlilik kazandırma uygulamasının yanı sıra, bir de iptal edilmiş bir idari işlemi kanun hükmü haline getirme imkânı da yine yasama organı açısından bulunmaktadır. Bu ihtimalde, idari işlem yasama organı tarafından doğrudan yasa statüsüne çıkarılmakta ve işlemin kimliği değişmekte yani idari işlem olmaktan çıkarılmaktadır. Ratifikasyon (onay) denilen bu yöntemle, Fransa'da örnek bir uygulama olarak 1962 yılında Askeri Adalet Mahkemesi isimli mahkemenin kuruluşunu iptal eden Danıştay kararını bertaraf etmek için, dönemin iptal edilen kararnamesi kanuna dönüştürülmüştür. Aynı şekilde 1993 yılında mahkemelerce iptal edilmiş birtakım vergi sirküleri kanun hükmü haline getirilmiştir³². Bu yöntemde idarenin tasarrufu kanun gücüne taşınmakta ve artık idari yargı denetiminden kurtarılmaktadır. Buna bir nevi idari işlemin reenkarnasyonu da denilmektedir³³.

Uygulama büyük oranda bu şekilde olmakla beraber, şunu da göz ardı etmemek gerekir ki bu ve benzeri yasal düzenlemeler anayasa mahkemelerinin yani burada Fransız Anayasa Konseyinin denetimine tabidir. Önceki dönem uygulamalarında, geleneksel bir anlayış çerçevesinde yasama organının bir nevi mutlak üstünlüğü kabul edilmiş ve geçmişe etkili bir şekilde her türlü idari işlem yasal hale getirilmiş, hatta yerine göre mahkeme kararları dahi bertaraf edilmiştir. Bugün itibariyle, anayasallık denetimindeki gelişmeler ve uluslararası sözleşmeler çerçevesindeki bağlılıklar, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin koyduğu kurallar ve konuyla ilgili getirdiği kısıtlamalar, Fransa'da yasama organının bu yetkisini mutlak bir yetki olmaktan çıkarıp çok daha nispi bir yetki haline getirmiştir³⁴.

²⁹ Rosoux, s. 9.

³⁰ Rosoux, s. 8-9.

³¹ Rosoux, s. 9-10.

³² Chapus, s. 1035, 1036.

³³ Rosoux, s. 9.

³⁴ Rosoux, s. 8.

Anayasa Konseyinin denetimi açısından ise, yukarıda da ana hatlarıyla bahsedildiği üzere, Mahkeme ilk olarak 1980 yılında verdiği 80-119 sayılı kararıyla yargı bağımsızlığı çerçevesinde kesin hüküm kuralına saygı, ceza hukukunda uygulanamaması ve kamu yararının zorunlu kılması ilkelerini getirmiştir. Daha sonra ise temel kuralları 29 Aralık 1999 yılında belirleyip sonra 2013-366 sayılı kararıyla 14 Şubat 2014 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda³⁵ güncellediği, buradaki denetimini şu ana başlıklar altında toplayabiliriz;

-Kuvvetler ayrılığı çerçevesinde kesin hükme (mahkeme kararlarına) saygı,

-Suç ve cezaların geriye yürümezliği,

-Uygulamadan etkileneceklerin haklarına müdahaleyi kamu yararının zorunlu kılması,

-İdarenin yasal geçerlilik kazandırılan tasarrufunun (kamu hukuku veya özel hukuka tabi olsun) sadece kamu yararının gereği olan zorunluluğun kendisinin de anayasal değerde olması hariç olmak üzere, hiçbir anayasal kural ve değere aykırı olmaması,

-Uygulamanın sınırlarının ve çerçevesinin çok net bir şekilde belirlenmesi³⁶.

Bütün bunlara rağmen, Fransa'daki var olagelmiş uygulamanın kuvvetler ayrılığı ilkesine bariz bir müdahale olduğunu da ifade etmek gerekir. Bugünkü anayasallık denetiminin geldiği aşamanın temelinde ise yargı bağımsızlığının tesisi olduğunu da yine vurgulamak gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu aşamaya gelinmesindeki rolünü ve esasında konuyla ilgili kararlarının en temel etken olduğunu da göz ardı etmemek gerekir³⁷.

A. Fransa'daki Uygulamadan Örnekler

Fransa'daki uygulamada bu yönetime başvurulurken çok çeşitli şekillerde uygulama biçimleri olmaktadır. Yerine göre sadece bir bireysel kararın hukuka uygun olduğu kanun hükmüyle kural altına alınırken, yerine göre bir genel düzenleyici işlemin bir kısmı veya tamamı için başvurulduğu olmaktadır. Bazı durumlarda ise iptal edilmiş idari işlemin geçmişe etkili olarak hukuka uygun bulunması ve bütün hüküm ve sonuçlarıyla geçerli olması ama aynı zamanda bundan zarar göreceği olan davacıların zararlarının da karşılanması, geçerlilik kazandıran kanunla hüküm altına alınmaktadır³⁸.

Uygulamada bazen münferit olarak bir idari tasarruf için bu yola başvurulurken bazen de seri şekilde çoklu kararlar için de bu durum söz konusu olmaktadır. Bireysel olarak örneğin Lyon Belediyesi tarafından bir kişiye telif hakkı olarak belli bir ücret ödenmesine ilişkin kararın mahkemece iptali üzerine 12 Temmuz 1999 tarihli kanun çıkarılmıştır. Bunun yanı sıra, 17 Ocak 2002 tarihli yasanın 82. maddesiyle 13 farklı konuda yasal geçerlilik uygulaması yapılmıştır. Uygulamaya konu olan idari tasarruflar, sağlık alanında ve sosyal alanda, kamu görevlilerinin görev yerlerinin yeniden belirlenmesi işleminde, muhtelif atama işlemlerinde, tahsis kararlarında,

³⁵ Senato Çalışması, s. 9, 15-16.

³⁶ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/mars-2014-le-controle-des-validations-legislatives> (E.T. 10.4.2022).

³⁷ Rosoux, s. 60-61.

³⁸ Chapus, s. 1034-1035.

sağlık sigortası için ödeme çağrılarında, bireysel bazda emekliye ayırma kararlarında olabilmektedir³⁹.

Yine bazı durumlarda iptal edilme riski bulunan bir genel düzenleyici işlem için de bu yönetime başvurulduğu olmuştur. Örneğin, 17 Temmuz 2001 tarihli bir yasayla Siyasal Bilgiler Enstitüsüne öğrenci alımına ilişkin genelge açısından bu yöntem uygulanmıştır. Bu kanunda toplumsal, kültürel ve eğitime ilişkin birtakım kurallar yer almıştır⁴⁰.

Şekil açısından durum bu şekilde olmakla beraber, maddi açıdan yani içerik itibarıyla de yasal geçerlilik kazandırma uygulaması kendisini inşaî veya izharî şekilde gösterebilmektedir. Özellikle idari işlemler açısından bakıldığında, bir idari işlem, yasa hükmüyle geçmişe etkili bir şekilde, olduğu gibi bırakılarak hukuka uygun hale getirilirken ki genel uygulama bu şekilde olmaktadır, yerine göre onda bir değişiklik de yapmak suretiyle, yine geçmişe etkili bir şekilde hukuka uygun hale getirilebilmektedir. İkinci ihtimalde, geçmişe etkili olarak hukuk düzeni değiştirilmekte yani yeni bir hukuki durum, bir statü tesis edilmektedir⁴¹.

Bütün bunların yanı sıra, bazı ihtimallerde var olan ve uygulanmakta olan idari tasarruflarla beraber henüz ortaya çıkmamış, tesis edilmemiş birtakım idari tasarruflar için dahi, yani geleceğe dönük olarak bu yöntemin uygulandığı olmuştur. Mesela 10 Şubat 2000 tarihli elektrik kamu hizmetinin modernleştirilmesi ve geliştirilmesini konu edinen bir kanunla, Fransız Elektriği ve Fransız Gazı isimli KİT'ler tarafından o ana kadar yapılmış olan genel düzenleyici işlemler, kararlar, anlaşmalar, sözleşmeler ve ihalelerle birlikte, bahsi geçen kanunun kabulünden itibaren gelecek 2 ay boyunca, yeni yetki devri tanımlamaları yapılanaya kadar tesis edilecek olan idari tasarrufları da kapsayacak bir düzenleme yapılmıştır. Yani bu kanunla henüz tesis edilmemiş idari tasarrufların dahi peşin peşin hukuka uygun olduklarına ilişkin düzenleme yapılmıştır⁴².

Yükseköğretim sınavlarının ve kamu görevinin yanı sıra mahalli idarelere ilişkin, özellikle şehircilik alanında, yine vergi alanında benzer düzenlemeler yapılmıştır. Hatta bir örnek olarak uluslararası bir sözleşmenin uygun bulunması konusunda dahi millet meclisi tarafından yetki verilmemiş olması sebebiyle, 31 Aralık 2003 tarihli kanunla, Birleşmiş Milletlerin bir sözleşmesine dahil olma işi için bu uygulamaya gidilmiş ve geçmişe dönük kanun çıkarılmıştır⁴³.

Başkaca örnekler olarak; dövüş sporlarında unvan verilmesi kararları, gayrimenkul kira sözleşmelerinde, gece nöbeti ücreti ödenmesi işinde, mahalli idarelerin sözleşmelerinde, kamuya ait sağlık kuruluşlarında nöbet tutan intörn doktorlara ücret ödenmesi işlemlerinde, Balıkçılık Yüksek Konseyinin personeline yönelik bireysel işlemler ve bu konseye personel alım sınavı işlemlerinde, yine Paris Hava Alanları isimli kamu kurumunun yaptığı genel düzenleyici işlemler,

³⁹ Senato Çalışması, s. 6.

⁴⁰ Senato Çalışması, s. 6.

⁴¹ Rosoux, s. 6.

⁴² 10 Şubat 2000 tarih ve 2000-108 sayılı kanun, bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000750321/>, (E. T. 24.6.2022); Fransız Yargıtayı 14.11.2018 tarihli bir kararında, henüz yargı önüne gelmemiş bir uyuşmazlık açısından yasama organı tarafından yasal geçerlilik uygulamasına gidilmesinin, AİHS'nin 6. maddesine herhangi bir aykırılık teşkil etmediğini ifade etmiştir, bkz. <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/12/17-14.317.pdf>, (E. T. 24.6.2022).

⁴³ Senato Çalışması, s. 6-7.

kararlar, anlaşmalar, sözleşmeler ve ihaleler hakkında 5 Nisan 2005 tarihli kanun çıkarılmıştır⁴⁴. Bütün bu örneklerde idarenin işlemleri ya iptal edilmiş ya da dava edilmiş olup iptal edilme riskiyle karşı karşıya kalmıştır. Mahkeme kararlarının sonuçlarının bertaraf edilmesi için bahsi geçen kanun çıkarılmış ve idarenin sayılan bütün tasarruflarına geçmişe etkili bir şekilde yasal geçerlilik kazandırılmıştır.

B. Uygun Görülmemiş Örnek Kararlar

Yasal geçerlilik kazandıran kanunların denetimi anayasa mahkemelerince genel usullere göre anayasallık denetimi çerçevesinde yapılmaktadır. Kanunların muhataplarının burada kural olarak bizzat kendilerinin anayasa mahkemelerine başvurma imkânı söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte gerek Fransız Danıştay'ı gerekse Fransız Yargıtay'ı yasal geçerlilik kazandırma uygulamasına karşı genel mahkemelerde, genel usuller çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgililer tarafından dava açılabilirliğini kabul etmektedir. Fransız Danıştay'ı tarihte ilk defa 2000 yılında verdiği bir kararla, yasal geçerlilik kazandıran kanunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düzenlediği adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur⁴⁵. 28 Temmuz 2000 tarih ve M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket isimli kararında Conseil d'Etat, herhangi bir dava esnasında, kamu yararı açısından yeterli gerekçeler olmaksızın, herhangi bir kişinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edecek şekilde, davanın konusuna ilişkin olarak geçmişe etkili olacak şekilde yasal düzenleme yapılamayacağına karar vermiştir. Conseil d'Etat burada davanın konusunu oluşturan maddi menfaat hususunun kamu yararı açısından yeterli bir argüman olmadığını ve yasal düzenlemenin de dosyanın tekemmülünden sonra yapıldığını belirtmiştir⁴⁶.

Bunun yanı sıra 11 Temmuz 2001 tarih ve Ministre de la Défense c. Préaud kararında da aynı mahkeme ilk defa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 no'lu Ek Protokolüne aykırılık olduğuna karar vermiştir. Kararda, yurt dışında görev yapmış bir kamu görevlisinin bu sebeple elde ettiği birtakım özlük haklarının geçmişe etkili olarak geri alınmasına ilişkin olarak yapılan yasal düzenlemeden ötürü, idari yargı organları önünde açtığı davanın kabul edilmesi üzerine, Fransız Danıştay'ı tarafından da yapılan düzenlemenin kamu yararı amacıyla açıklanamayacağı gerekçesiyle, derece mahkemesi tarafından verilen kararın onanması söz konusu olmuştur⁴⁷.

Yukarıda bahsettiğimiz Stade de France için yapılan düzenleme de yıllar sonra Fransız Yargıtay'ı tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. Söz konusu yasa bir tek maddeden ibaretti ve özetle; mevzu bahis sözleşmenin ulusal yarar gereği her açıdan onaylandığını düzenlemekteydi. 2010 yılında Fransız Yargıtay'ı tarafından söz konusu yasanın anayasaya aykırılığı iddiasıyla Fransız Anayasa Mahkemesine başvurulması üzerine, 11 Şubat 2011 yılında yüksek mahkeme bu

⁴⁴ Senato Çalışması, s. 7-9.

⁴⁵ Fransız Danıştay'ı aslında ilk defa 1995 yılında geçmişe etkili olarak yapılan bir yasal düzenlemeyi topluluk hukukuna aykırı bulmuştu. Ministre de l'Équipement, des Transports et du Tourisme c. SARL DER isimli 5 Mayıs 1995 tarihli kararında Conseil d'Etat yasal düzenlemenin Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Sözleşmesinin 95. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir, bilgi için bkz. Rosoux, s. 21.

⁴⁶ Senato Çalışması, s. 16.

⁴⁷ Rosoux, s. 23.

yanının anayasaya aykırılığına karar vermiştir. Kararda özetle, sözleşmenin hangi boyutunun kamu yararı gereğince yasal koruma altına alındığına değinilmediği belirtilerek, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık hususlarına vurgu yapılmaktadır⁴⁸.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KONUYA BAKIŞI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkeme kararlarına karşı yasal geçerlilik konusunu, daha ziyade bir üst başlık olarak nitelendirebileceğimiz kanunların geçmişe yürütülmesi, yani geçmişe dönük yasal düzenleme yapılması konusunda ele almaktadır⁴⁹. Konumuzu teşkil eden düzenlemeler de zaten bu durumun en bariz uygulamasını oluşturmaktadır. Yüksek Mahkeme konuya ilişkin kararlarında en fazla vurguyu adil yargılanma hakkına ve hukukun üstünlüğüne yapmaktadır. Adil yargılanma hakkı burada Sözleşme çerçevesinde mevzu bahis edilen en temel haktır. Mahkeme kararlarının yasal düzenlemeyle bertaraf edildiği örneklerde genellikle birtakım tazminat haklarına da müdahale edildiği görülmektedir. Bu açıdan mülkiyet hakkı konusunda da mahkûmiyet kararları verilmektedir. Fakat bunların da adil yargılanma hakkına vurgu yapılarak verildiği söylenebilir. Bazı kararlarda yine silahların eşitliği kavramına da değinildiği olmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, aşağıda da görüleceği üzere, geçmişe dönük yasal düzenleme yapmayı mutlak anlamda Sözleşmeye aykırı bulmamakta, hatta mahkemeye erişim hakkının dahi mutlak olmadığını ve meşru bir amaçla yapılması ve hedeflenen sonuçla kullanılan araçlar arasında makul bir ölçünün bulunması kaydıyla, bu konuda devletlerin belli bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla ilgili ilk kararlarından biri olarak, 1994 tarihli Stran ve Stratis Andreadis Rafinerileri/Yunanistan kararında, Yunan meclisinin geçmişe dönük olarak çıkardığı bir yasayla, Yunan devletinin aleyhine olan bir tahkim yargılamasını bertaraf etmesi üzerine, Mahkeme İnsan hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen hukukun üstünlüğü ve adil yargılanma hakkı, yasama erkinin yargıya ve görülmekte olan bir davanın işleyişine olan müdahalesine engel olmaktadır, demek suretiyle Yunanistan'ın yorum yasası olduğunu iddia ettiği bu yasayla Sözleşmenin 1 no'lu protokolünde düzenlenen mülkiyet hakkı bakımından da Sözleşmeye aykırılık olduğuna karar vermiştir. Çünkü Yunanistan bu yasayla hem tahkim kararını etkisiz kılmış hem de başvuru sahiplerine tahkim yargılaması sonucunda verilecek olan ve Sözleşme nazarında mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilen tazminat haklarına da engel olmuştur⁵⁰.

1995 yılında Belçika'ya karşı Pressos Compania ve Naviera S.A. vd. tarafından yapılan başvuruda, her ne kadar Belçika devleti yapılan geçmişe dönük yasal düzenlemeyi, bütçenin uyumlulaştırılması ve mali değerlendirmelerin gerekliliğiyle savunsa da Mahkeme burada yine bahsettiğimiz bir önceki karardaki maddelerdeki düzenlemelerden hareketle, başvuru sahiplerinin

⁴⁸ Karar için bkz.

<https://webview.conseil->

[constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2010100qpc/2010100qpc.pdf](https://webview.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2010100qpc/2010100qpc.pdf),

(E.T., 24.6.2022).

⁴⁹ Kararlar için, bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁵⁰ Rosoux, s. 11.

geçmişe dönük tazminat haklarına yasal düzenlemeyle engel olunamayacağına karar vermiş ve bir anlamda “*Yasama organının geçmişini yeniden yazamayacağına*” karar vermiştir⁵¹.

Yunanistan’a karşı 1997 yılında yapılan Papageorgiou isimli bir diğer başvuruda Yüksek Mahkeme, Yunan yasama organı tarafından geçmişe dönük olarak çıkarılan ve sosyal güvenlik hukukundan doğan birtakım alacakların düştüğünü ve davaların da iptal edildiğini konu edinen yasayla, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda Mahkeme, geçmişte çıkarılan yasaların yeni yasalarla yeniden düzenlenmesine herhangi bir engel bulunmadığına, yani bu anlamda adil yargılanma hakkının yasama yetkisini tamamen kısıtlayamayacağına ama bunun ancak mülkiyet hakkıyla hak arama hürriyetine riayet etmek kaydıyla yapılabileceğine karar vermiştir⁵².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, çalışmamızın konusunu tam anlamıyla karşılayan ve konuyla ilgili en temel kararlarından biri olarak kabul edilen, 1997 tarihli National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society ve Yorkshire Building Society/ Birleşik Krallık kararında Yüksek Mahkeme, birtakım yapı şirketlerinin geçmişe dönük olarak vergilendirilmeleri için vergi rejiminde değişiklik yapılmasını öngören birtakım türevsel düzenlemelerin, ratifikasyon yöntemiyle yasa hükmü haline getirilmesi ve açılmış olan davaların engellenmesini konu edinen düzenleme çerçevesinde yapılan başvuruda, yasama organı tarafından yasal düzenlemedeki asıl niyetin açıkça belirtilmesi, düzenlemeyi kamu yararının zorunlu kılması ve vergi rejimindeki bir değişikliğin kaçınılmaz olması sebepleriyle, Sözleşmeye aykırılık bulmamıştır. Hatta Mahkeme bu kararda, mahkemeye erişim hakkının dahi mutlak olmadığını ve meşru bir amaçla yapılması ve hedeflenen sonuçla kullanılan araçlar arasında makul bir ölçünün bulunması kaydıyla, bu konuda devletlerin belli bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir⁵³.

Fransa açısından ise Yüksek Mahkeme 1999 tarihli bir kararında ilk defa yasal geçerlilik uygulamasına ilişkin bir kanunu Sözleşmeye aykırı bulmuştur. 28 Eylül 1999 tarihli Zielinski, Pradal, Gonzalez vd/Fransa kararında Mahkeme, hukukun üstünlüğüne ve adil yargılanma hakkına vurgu yaptıktan sonra özetle; yargılama sürecine göre yasal prosedürün geç başladığına, davacıların fevkalade lehine olan bir yargılamaya karşı bu yönde bir karara engel olmak için bu yola başvurulduğuna, davacıların iyi niyetine, yasal geçerlilik yöntemine başvurulacağına öngörülemez oluşuna, Yargıtay tarafından her halükarda giderilecek olan içtihat farklılıklarının kanun tarafından düzenlendiği iddiasının gerekçelendirilememesine ve iddia edilen finansal gerekçenin yetersizliğine vurgu yaparak, dava konusu yasa hükmünü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı bulmuş ve Fransa’yı mahkum etmiştir. Bu kararın verildiği tarih itibarıyla, dava konusu kanun Fransız Anayasa Konseyinin önüne de gitmiş ve Konsey içtihat farklılıkları oluşturacak ve kamu sağlığı ve sosyal güvenlik açısından önlenemez zararlar doğuracak mahkeme kararlarının var olacağını ileri sürerek, anayasaya uygunluk açısından kanunu hukuka uygun bulmuştur⁵⁴.

⁵¹ Rosoux, s. 12.

⁵² Rosoux, s. 12.

⁵³ Rosoux, s. 13.

⁵⁴ Senato Çalışması, s. 15-16.; geniş bilgi için bkz. Déal, Emilie. “La Controverse des Validations Législatives en France, Vecteur de Constitutionnalisation du Contentieux Judiciaire”, *R.G.D.*, C. 36, no. 2, Y. 2006, s. 157-188.

Geçmişe dönük yasal düzenleme yapma yetkisine ilişkin olarak Fransız Anayasa Konseyinin ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin getirdiği sıkı kurallar karşısında, Fransa'da söz konusu uygulamaya eskisi kadar başvurulmadığı söylenebilir. Dolayısıyla da Yüksek Mahkemeye de başvurular eskisi kadar olmamaktadır. Son yıllarda yapılan ender başvurulardan biri olarak, 2010 yılında Yüksek Mahkemenin kararına konu olan bir düzenlemede, Fransız yasama organı tarafından Monaco'da yaşayan Fransız vatandaşlarına yönelik, Fransa'da yaşayanlarla aynı kategoriye sokulmaları için geçmişe etkili olarak vergilendirme yapılması şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Düzenlemelerden doğan uygulamalara karşı adli yargı organları önünde dava açılmış ve davalar reddedilmiştir. Fransız Yargıtayı da kararları nihayetinde onamıştır. Kararlarda özetle, vergi kaçakçılığını önlemek için ülke içerisindeki vatandaşlarla Monaco'da yaşayanlar arasındaki vergi eşitliğini sağlamak ve vergi kaçakçılığını önlemek için geçmişe dönük olarak yapılan yasal düzenlemenin herhangi bir cezai yaptırım içermemesi ve vergi cezası öngörmemesi, mülkiyet hakkına müdahale olmaması, herhangi bir el koyma öngörmemesi ve ilgililerin daha önceden yasal düzenleme yapılacağından haberdar edilmeleri sebepleriyle davaların reddedildiği yer almıştır. Başvuru sahiplerinin konuyu Yüksek Mahkemeye taşımaları üzerine mahkeme 2015 yılında verdiği Arnaud vd/Fransa kararında, vergilendirme konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını ve salt geçmişe etkili bir düzenleme yapılmasının sadece bu sebeple Sözleşmeyi ihlal anlamına gelmeyeceğini belirttiikten sonra, söz konusu başvuruya ilişkin Sözleşmeye aykırılık iddiası açısından kamu yararı ile başvuru sahiplerinin menfaatleri açısından adil dengenin korunduğunu belirterek başvuruyu reddetmiştir⁵⁵.

Bugün itibariyle Fransız Anayasa Konseyi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin olarak aradığı tüm şartları birebir kabul ettiği ve onunla tam bir mutabakat içerisinde olduğu ifade edilmektedir⁵⁶. Zaten bu iki mahkeme tarafından getirilen katı kurallar sebebiyle söz konusu yöntemin, bugün için önceki dönem uygulamaları kadar yaygın olarak başvuru bir yöntem olmaktan çıktığı söylenebilir.

III. ÜLKEMİZDE UYGULANABİLİRLİĞİ

Mahkeme kararlarını ortadan kaldırmak veya sonuçlarını bertaraf etmek veyahut da süregelen yargılamaların önüne geçmek, onları karara bağlanmaksızın sonlandırmak için kullanılan yasal geçerlilik kazandırma yönteminin hukuk sistemimizde uygulanabilirliği konusunda, başta Anayasa'da olmak üzere başkaca yasal düzenlemelerde de değerlendirme yapabilecek birtakım normlar bulunmaktadır. Bunların yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin de konuya ilişkin net kararları bulunmaktadır.

⁵⁵ Karar için, bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/fre-press#%7B%22fulltext%22:%7B%22validation%20%20C3%A9gislativ%22%7D%7D>, (E. T. 13.9.2022).

⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. Roux, Jérôme. "La jurisprudence du Conseil constitutionnel-mise en perspective avec la CEDH-sur les validations législatives et les autres lois rétroactives", <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-mise-en-perspective-avec-la-cedh-sur-les-validations>, (E.T. 14.05.2022).

A. Pozitif Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirme

Konuya ülkemiz açısından bakıldığında, başta karşımıza Anayasa’nın yargı bağımsızlığına ilişkin temel düzenlemesi ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesini düzenleyen maddesi çıkmaktadır. Yasal geçerlilik yöntemiyle konuya ilişkin kanuni düzenlemeler, genel kanun-özel kanun yaklaşımından hareketle aşılabilecekken, anayasal kuralların aşılabilmesi çok mümkün gözükmemektedir⁵⁷.

1. Anayasa Bakımından

Mahkeme kararlarına karşı yasal geçerlilik kazandırma yöntemiyle, yukarıda da bahsedildiği üzere, en başta yargı bağımsızlığına ve kuvvetler ayrılığı ilkesine doğrudan bir müdahale söz konusu olmaktadır. Bu konuda herhangi bir tereddüde mahal yoktur. Burada tartışılabilir bir husus olarak, belli şartlarda ve belirli bir çerçevede bu konuda herhangi bir istisnai durumun olup olamayacağıdır. Anayasa’nın 138. maddesinde “*görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*”, denilerek burada esasında mahkeme kararlarına ve kesin hüküm mefhumuna saygı hususu çok katı bir şekilde düzenlenmektedir. Fransa’da da zaten çalışmamızın konusunu oluşturan uygulamada, mahkeme kararının kendisine doğrudan bir müdahale söz konusu olmamaktadır. Yapılan sadece mahkemece verilen kararın konusuna ilişkin idari tasarrufun kanunla geçmişe etkili olarak hukuka uygun olduğunun belirtilmesidir. İdari tasarruf, kural olarak kanun gücüne dahi taşınmamaktadır. Gerek adli gerekse idari yargı organları yasama organının tasarruflarını denetleyemedikleri için, benzer bir uygulamaya gidilmesi durumunda, denetimi yapacak olan Anayasa Mahkemesidir. Mahkeme kararlarının özüne dokunmaksızın, bir anlamda davacının karara istinaden oluşan hak ve menfaatlerinin korunması kaydıyla, kararın genele teşmil edilmesini önlemek ve geçmişe etkili sonuçlarına engel olmak, bu şekilde kararının yerine getirilmesindeki imkansızlıklara mahal vermemek ve oluşacak kamu yararına aykırı muhtemel durumlara engel olmak için böyle bir yöntemin belli şartlarda ve belli bir çerçevede uygulanabilmesinin değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Burada, söz konusu kanunu Anayasa Mahkemesi denetleyeceği için, şartları ve çerçeveyi de yüksek mahkeme belirleyecektir. İdari yargı kolunun anayasallığı konusunda örneğin, kendisinin anayasal değerde olduğunu vurguladıktan sonra, şartlarını belirleyerek kanunla buna istisna getirilebileceğini kabul eden Anayasa Mahkemesi, burada da benzer bir uygulamaya gidebilir. Bunun yanı sıra 138. maddenin lafzına bakıldığında, soru sorulamaz, görüşme yapılamaz ve beyanda bulunulamaz denilirken, o konuda yasama faaliyetinde bulunulamaz, yani kanun çıkarılamaz denilmemektedir. Mahkeme kararlarının yasama organını da bağlaması konusunda ise Fransa’da olduğu gibi, mahkeme kararının kendisine yönelik bir düzenleme değil de konusunu oluşturan idari tasarrufa yönelik bir düzenleme ile konunun aşılabileceği değerlendirilebilir. Nitekim kamu yararının zorunlu kıldığı bazı istisnai durumlarda, nadiren de olsa ülkemizde de yasama organı tarafından bu yönetime başvurulduğu ve Yüksek Mahkemenin de buna üstü örtülü olarak da olsa müdahale etmediği örnekler bulunmaktadır.

⁵⁷ Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2022, s. 608.

2. İdari Yargılama Usulü Kanunu Bakımından

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Kararların Sonuçları" başlıklı 28. maddesi, idare teşkilatı ve kamu görevlileri için mahkeme kararlarının gereklerinin gecikmesizin yerine getirilmesini düzenlemektedir. Burada idare teşkilatına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır ve yasama organı açısından herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Zaten kanunla yasama organı açısından yasama yetkisine yönelik bir kısıtlamanın olması da söz konusu olamaz. Bu sebeple, yasal geçerlilik uygulamasına yasal düzenlemeler açısından herhangi bir engel olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı tamamen Anayasa'nın 138. maddesi çerçevesinde olmaktadır. Kararlarda ise genel olarak hukuk devleti ilkesine, mahkeme kararlarına saygıya ve mahkemeye erişim hakkına vurgu yapılmaktadır.

Mahkeme kararlarına karşı yasal geçerlilik uygulamasına örnek teşkil edecek ve Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuş bir yasal düzenleme olarak, 28.3.2000 gün ve 4552 sayılı Dernekler Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun verilebilir. Bu Kanunla Dernekler Kanunu'nun 71. maddesinde yapılan bir değişiklikle Bakanlar Kurulu, Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumunun genel kurullarının kararı üzerine tüzüklerini onaylamaya, denetleme yetkileri bulunan mercilerin raporları üzerine, organlarının görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya, tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye yetkili kılınmıştır.

Bu kanunun yasalaşma süreci açısından bakıldığında, yapılanın esasında birtakım mahkeme kararlarını yerine getirmekten kaçınmak olduğu ve bu bağlamda olanın bir yasal geçerlilik kazandırma uygulaması olduğu ve bu sebeple Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği ifade edilmektedir⁵⁸.

Karara bakıldığında, Yüksek Mahkeme yargı kararının etkisinin ortadan kaldırılması veya bu amaçla yasal geçerlilik kazandırma yönteminin uygulanması gibi hususlara hiç değinmemiştir. Mahkeme sadece yapılan düzenlemenin Anayasa'nın 33. maddesinin güvence altına aldığı dernek kurma özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olduğunu belirtmiş ve

⁵⁸ "... Anayasa Mahkemesi 24.12.2003 günü verdiği bir kararla, yargı kararlarına uymayan yasama organının da böyle bir yetkisinin olmadığını; bu nedenle verilmiş bir mahkeme kararının sonuçlarını bertaraf etmek için yapılan bir yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olduğunu tespit ve kabul ederek iptaline hükmetmiştir. Sorun, THK'nun çalışmalarını düzenleyen tüzüğün Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlükten kaldırılması ve yine bu kararla kurumun yöneticilerinin görevlerine de son verilerek hükümetçe yeni bir tüzük hazırlanıp yürürlüğe konulmasından kaynaklanmıştır. Görevden alınanlar hukuka aykırı olan bu düzenleme dolayısıyla yürütmeyi durdurma istemi ile adli ve idari yargıda davalar açmışlar; her iki yargı yeri de dava sonuna kadar yürütmeyi durdurmaya karar vermiştir. İşte bu kararların gereklerini yerine getirmekten kaçınmak amacıyla Bakanlar Kurulu acele olarak bir yasa tasarısı hazırlamış ve Meclise sunmuştur. / Meclis bu tasarıyı ivedilikle görüşerek kabul edip kanunlaştırmıştır. Bunun üzerine davaları görmekte olan Danıştay ve Yargıtay, sözü geçen yasanın, davaların konusu ile doğrudan ilgili hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini dava ettiler. / Yukarıda andığım Anayasa Mahkemesi iptal kararı, işte bu dava üzerine verilmiş olan karardır... ", Aybay, Aydın. "Yargı Kararlarının Uygulanması", Cumhuriyet G., 16.9.2004, aktaran; Altay, Ali/Yılmaz Ayla. "Özelleştirme İşlemlerinin İptali Bağlamında İptal Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", <http://yasaizleme.org.tr/ozellestirme-islemlerinin-iptali-baglaminda-iptal-kararlarinin-uygulanmamasi-sorunu/> (E. T. 22.9.2022).

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğine değinerek söz konusu kanunu iptal etmiştir⁵⁹.

Konuya ilişkin ülkemizdeki ender uygulamalardan biri olarak 2012 yılında çıkarılan bir başka kanun örnek verilebilir. Şöyle ki;

Özelleştirme uygulamalarının Danıştay tarafından iptali üzerine, yargı kararlarının yerine getirilmesi konusunda yaşanan zorluklara binaen, bu durumu aşabilme adına ülkemizde muhtelif yöntemler denenmiştir. Örneğin USAŞ⁶⁰ ve ÇİTOSAN⁶¹ kararları olarak ifade edilen ve bunların satışına ilişkin işlemin idare mahkemesi tarafından iptali ve bu kararın da Danıştay tarafından onanması üzerine, dönemin Bakanlar Kurulu tarafından mahkeme kararının yerine getirilemeyeceğine dair alınan ilke kararının da Danıştayca iptali gerçekleştirilmiştir⁶². Kararda özetle, Anayasa'nın 138. ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddelerine atıf yapılarak; mahkeme kararlarına uyulmasının ve mahkeme kararları neticesinde tesis edilecek yeni hukuki işlemlerin de iptal edilen işlemi tesis eden merciler tarafından yapılmasının hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu vurgulanmıştır. Bergama İlçesinde altın madeni arama ve işletme faaliyetlerine karşı açılan iptal davalarında da aynı yöntemin denendiği ve yine sonuç alınmadığı ifade edilebilir⁶³.

Mahkeme kararlarının fiili veya hukuki imkânsızlık nedeniyle yerine getirilememesi konusunda gerek öğretinin⁶⁴ gerekse Danıştay'ın⁶⁵ oldukça esnek ve kolaylaştırıcı bir yaklaşım

⁵⁹ AYM, E.2002/43, K.2003/103, K.T., 24/12/2003, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (E.T. 15.9.2022).

⁶⁰ USAŞ'ın satışına ilişkin 10.8.1989 tarih ve 89/21 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararı Ankara 6. İdare Mahkemesinin E. 1989/3374, K. 1990/459 (K.T. 21.3.1990) sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Karar Danıştay 10. Dairesinin E. 1990/2308, K. 1991/3355 (K.T. 25.11.1991) sayılı kararıyla onanmıştır. Karar düzeltme talebi 10. Dairenin E. 1992/317, K. 1992/4581 (K.T. 23.12.1992) sayılı kararıyla reddedilmiştir, bkz. Karahanoğulları, Onur. Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi, *AÜHFD*, C. 45, S. 1, Y. 1996 s. 304.

⁶¹ Dava, Yüksek Planlama Kurulu'nun 6.9.1989 tarih ve 89/24 sayılı kararıyla, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 30.4.1987 tarih ve 54 sayılı karar ile özelleştirilmesine karar verilen Türkiye Çimento ve Toprak Sanayii T.A.Ş. (ÇİTOSAN)'ın bazı bağlı ortaklıklarındaki hisselerinin tamamı ile Afyon Çimento Sanayii T.A.Ş.'nin bir kısım hisselerinin Soci t  Ciments Français firmasına satılması hakkındaki satış kararının iptali istemine ilişkindir. Dava konusu işlemler, Ankara, 1. İdare Mahkemesinin E. 1989/3352, K. 1990/977 (K.T. 30.3.1990) sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Karar Danıştay 10. Dairesinin E. 1990/1742, K. 1991/2328 (K.T. 19.6.1991) sayılı kararıyla onanmıştır. Karar düzeltme talebi Danıştay 10. Dairesinin E. 1991/3001, K. 1991/3922 (K.T. 20.12.1991) sayılı kararıyla reddedilmiştir, bkz. Karahanoğulları, (Özelleştirme) s. 305.

⁶² 27.4.1992 tarihli Bakanlar Kurulu kararı, Danıştay 10. Dairesinin E. 2002/4061, K. 2004/5219, (K.T. 28.5.2004), sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Karar DİDDK'nın E. 2005/161 K. 2006/554 (K.T. 08.06.2006) sayılı kararı ile onanmıştır, bkz. Aras Altınok, Zeliha. *İptal Kararının Hukuki Etki ve Sonuçları*, AÜSBE Yayınlanmamış YL tezi, 2018, s. 95-96.

⁶³ Maden ruhsatının iptali için açılan dava İzmir İdare Mahkemesince reddedilmiş ve karar temyiz edilmiştir. Danıştay 6. Dairesi'nin E. 1996/5477, K. 1997/2312, (K.T. 13.5.1997) sayılı kararıyla karar bozulmuştur. İzmir İdare Mahkemesince bozma kararına uyulmuş ve bu karar da Danıştay 6. Dairesince onanmıştır. Bunun üzerine dönemin Bakanlar Kurulu tarafından, mahkeme kararını devre dışı bırakmak üzere 29.3.2002 tarih ve 2002/4 sayılı prensip kararı alınmıştır. Bu karar da yine Danıştay 8. Dairesi'nin E. 2005/2927, K. 2006/1138, (K.T. 22.3.2006), sayılı kararıyla iptal edilmiştir, kararlar için bkz. <https://www.anayasa.gen.tr/law315-bergama.htm> (E.T. 02.11.2022).

⁶⁴ Çağlayan, (*İdari Yargı Kararları*), s. 197; Çağlayan, (*İdari Yargılama*) s. 606; Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 6. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 757-759;

⁶⁵ "İptal kararının yerine getirilmesi, dava konusu işlemin tesis edildiği anda mevcut olan hukukî durumu davalı idare tarafından yeniden tesisi suretiyle olacaktır. Ancak davalı idarenin tek taraflı işlemi ile dava konusu işlemin tesisinden önceki hukukî durumun tesisinin hukukî olarak veya fiilen mümkün olmadığı hallerde yargı kararının

sergilediği rahatlıkla söylenebilir. Bu iki ihtimalde de tazminat hakları korunmak kaydıyla, mahkeme kararlarının uygulanmamasının hoş görülebileceği kabul edilmektedir⁶⁶. Fakat mahkemelerin özellikle özelleştirme uygulamaları konusundaki katı tutumu, yasama organını sorunu kökten çözecek bir formül üretmeye yöneltmiştir. Özelleştirme uygulamalarının iptali üzerine mahkeme kararlarının yerine getirilmesindeki zorlukları aşabilme adına, 26.4.2012 tarih 6300 sayılı Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen ek 5. maddede "...özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının..." uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir, şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Yapılan yasal düzenlemeyle Bakanlar Kurulu'na, özellikle mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin fiili veya hukuki imkânsızlık sebebiyle mümkün olmadığı durumlarda, yukarıda bahsedilen ve Danıştay tarafından iptal edilen ilke kararlarını kanunilik ilkesi çerçevesinde alma yetkisi tanınmaktaydı.

Burada yasama organı tarafından yapılan düzenleme esasında yasal geçerlilik kazandırma uygulamasından başka bir şey değildir. Hatta çok geniş kapsamlı ve sınırları çok belirli olmayan ve verilmiş mahkeme kararları kadar ileriye dönük de bir yetki veren bir düzenleme söz konusu olmuştur. Bu örnekteki düzenleme yukarıda bahsettiğimiz idari işlemin yasama organı tarafından affa uğratılması veya canlandırılması yani bir anlamda iptal kararına rağmen *bu şekilde uygulanacaktır* denilmesi şeklindeki uygulamadan farklı bir durum değildir.

Bahsedilen bu kanun Anayasa Mahkemesine götürülmüş ve Mahkeme kanunu Anayasa'nın 138. maddesine aykırı bulup iptal etmiştir⁶⁷.

Kararda özetle; mahkeme kararlarının değiştirilemeyeceğine, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamayacağına, bunların ortadan kaldırılamamasının hukuk devletinin temel ilkelerinden olduğuna değinilmiştir. Yine mahkemeye erişim hakkına vurgu yapılarak, mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkını anlamsız kılacağı vurgulanmıştır.

uygulanmaması söz konusu olabilmektedir", D13D, E. 2005/5546, K. 2005/5699, K.T., 29.11.2005, DBB, (E.T. 02.11.2022); D8D, E. 98/4221, K. 2000/7636, K.T., 16.11.2000, bkz. Çağlayan, (*İdari Yargı Kararları*), s. 197.

⁶⁶ Çağlayan, (*İdari Yargı Kararları*), s. 196-197.

⁶⁷ AYM., E. 2012/73, K. 2013/107, KT., 3/10/2013, R.G., T. 27.3.2014, S. 28954; 2014 yılında 6552 sayılı yasayla benzer bir düzenleme daha yapılarak özelleştirme işlemlerinin iptali ile ilgili olarak getirilen geçici 27. madde ile fiili imkânsızlık sebebiyle iptal kararlarının yerine getirilmeyeceği kural altına alınmıştır. Bu düzenleme de yine Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Geniş bilgi için bkz. Günler, Zeynep. "Özelleştirme ve İdari Yargı", *TAAD*, C. 1, S. 44 (Ekim 2020), Y. 11, s. 18.

C. Örnek Uygulamalar

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin genel yaklaşımı, Anayasanın 138. maddesi gereğince, yukarıda anlatıldığı şekilde olmakla beraber, bazı ender örneklerde mahkeme kararlarına karşı yasal geçerlilik kazandırma yöntemine zımnem de olsa müsaade ettiği söylenebilir.

Bahsedilen bu ender örneklerden biri olarak, 2010 yılında yapılan Kamu Personeli Seçme Sınavı'nın "Genel Yetenek" ve "Genel Kültür" bölümleri hakkında Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin verdiği ret kararının Danıştay 12. Dairesince bozulması üzerine, derece mahkemesi bozma kararına uymuş ve oybirliğiyle sınavı iptal etmiştir. Akabinde Yüksek Öğretim Kurulu tarafından da karara uyularak söz konusu sınavlar iptal edilmiştir. Bunun üzerine bahsedilen sınavlara istinaden kamuda ataması yapılan yaklaşık 100.000 personelin statüsü hukuki dayanaktan yoksun hale gelmiştir. Bahsi geçen durumları hukuken belirsiz sayılabilecek kamu görevlilerinin durumuna hukuki bir dayanak oluşturmak adına, 15 gün gibi kısa bir süre içerisinde, 15.8.2016 tarih ve 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinde; *"10-11 Temmuz 2010 tarihlerinde uygulanan Kamu Personel Seçme Sınavında genel yetenek ve genel kültür test sonuçlarına göre veya bu sonuçlar da esas alınmak suretiyle atanan personelin atama işlemlerinin geçerliliği devam eder. Ancak, bu sınav sorularını ve/veya cevaplarını hukuka aykırı bir şekilde sınav öncesinde ya da sınav sırasında elde ettiği tespit edilen kişilerin atamaları iptal edilir"* şeklinde bir düzenleme⁶⁸ yapılmıştır⁶⁹. Aynı düzenleme 8.2.2018 tarih ve 7091 sayılı kanunla yasalaşmıştır⁷⁰. Burada tıpkı Fransa'da 1947 yılında yaşanan mülakat sınavının iptali üzerine çıkarılan kanun uygulamasında olduğu gibi, mahkeme kararlarının sonuçlarının bertaraf edilmesi için yasal geçerlilik kazandırma yöntemi uygulanmıştır. Burada yasama organı hukuki dayanaktan yoksun kalan atamalar için kendi iradesini ikame etmiş ve geçmişe etkili olacak şekilde, var olan iptal kararına rağmen, söz konusu idari işlemlerin hukuka uygunluğunu düzenlemiştir. İdari işlemleri geçmişe etkili olacak şekilde, esasında tamir etmiştir.

Yasal geçerlilik uygulamasının ülkemizdeki en bariz örneklerinden birini oluşturan bu kanuna karşı, şekil açısından Anayasaya aykırılık ve kanunun bütün halinde yok hükmünde olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme başvurunun şekil açısından olan kısmını; kanunların şekil açısından denetiminde, millet meclisindeki son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığından başka bir hususun esas alınmasına imkân bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Yokluk açısından yapılan itirazı ise sadece maddi yokluk hususu çerçevesinde ele alıp kanunun maddi anlamda var olmasının yokluk iddiasının reddi için yeterli olduğunu belirterek, hukuki anlamda yokluk kavramının kanunlar açısından var olamayacağını belirtmiştir. Mahkeme özetle; kanunlar bakımından yokluk müeyyidesinin, sadece

⁶⁸ R.G., T. 17.8.2016, S. 29804.

⁶⁹ Kaplan, s. 515; Bu ve benzeri durumlar açısından ülkemizde mahkeme kararlarının uygulanmasına ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. 2014 yılında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle, Milli Eğitim Bakanlığı ve ÖSYM tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlarla sınırlı olmak kaydıyla, söz konusu kanuna 20/B maddesi eklenmiş ve bu düzenlemeye göre bu çerçevede verilecek mahkeme kararlarının sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanması kural altına alınmıştır. Bu şekilde soru iptali halinde örneğin, karardan sadece davacı etkilenecektir, bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, (İdari Yargı), s. 654.

⁷⁰ R.G., T. 8.3.2018, S. 30354 M.

parlamento iradesinin bulunmaması gibi durumlarda söz konusu olabileceğini, hukuka aykırılık hâli ne kadar ağır ve açık olursa olsun bir normun hukuka aykırı olması, zorunlu koşullarının bulunması suretiyle var olan o normun yokluğu sonucunu doğurmayacağını ve bu nedenle Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında sadece iptal müessesesinin uygulanabileceğini ifade etmiştir⁷¹.

Anayasa Mahkemesi bu kararında dava edilen kanunun gerek yasal geçerlilik uygulamasına ilişkin kısmı açısından olsun, gerekse geri kalan kısımları açısından olsun, dava dilekçesinde bu doğrultuda bir talep olmaması sebebiyle, esasa ilişkin bir inceleme yapmamıştır. Dolayısıyla çalışmanın konusunu oluşturan uygulama açısından, Mahkemenin gerçek iradesini ortaya koyduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Hatta Mahkemenin benzer düzenlemelere ilişkin genel yaklaşımından hareketle, esastan inceleme talep edilmiş olsaydı, bahsedilen kanun hükmü büyük ihtimalle iptal edilecekti.

Ülkemizde uygulamanın gerçekleştirildiği bir başka örnek olarak⁷², 12.2.1982 tarihli ve 2595 sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 1765 Sayılı Üniversite Personel Kanunu ile 5434 sayılı T. C. Emekli Sandığı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması Hakkında Kanun⁷³ ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından iptal edilen dönemin Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı Ek Gösterge Kararnamesi'nin uygulanmaya devam edeceği düzenlenmiştir. Burada söz konusu uygulama ile iptal edilen idari işleme geçmişe etkili bir şekilde olmasa da kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hukuka uygunluk kazandırılmış ve ileriye dönük bir uygulama söz konusu olmuştur. İptal kararı ile kanuni düzenleme arasında geçen süreçte, iptal hükmü doğrultusunda bir uygulamaya gitmek gerekmiştir. Uygulamada çıkan zorluklar ve belirsizlikler üzerine, Danıştay 1. Dairesinden alınan görüşte de iptal kararının etkilerinin bertaraf edilmediği, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen iptal kararı ile kanunun çıktığı tarih arasındaki dönemde iptal kararı doğrultusunda işlem yapılacağı, sonrasında ise kanun hükmüne uygun olarak iptal edilen kararnamenin bir nev'i yeniden yürürlüğe girmişçesine olduğu gibi uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁷⁴. Bu örnekte de yapılan kendine özgü bir yasal geçerlilik uygulamasıdır. Danıştay tarafından hukuka aykırılığı tescil edilen bir idari tasarrufun, kanunla hukuka uygun olduğuna zımnen de olsa hükmedilmiş ve ileriye dönük de olsa uygulanmasına devam edilmiştir. Danıştay ise konuya ilişkin görüşünde, kanunun kabul tarihinden sonraki dönem açısından mahkeme kararına rağmen söz konusu kararnamenin uygulanmasında herhangi bir olumsuzluk görmemiştir.

Bütün bu örneklerin yanı sıra ülkemizde bir de mahkeme kararlarına karşı anayasal geçerlilik kazandırma olarak addedilebilecek bir yöntemin de uygulaması söz konusu olmuştur. Her ne kadar örnek olması bakımından çalışmanın konu başlığını birebir karşılamasa da özellikle kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı açısından benzer bir uygulama olması sebebiyle bahsetmekte fayda görülmüştür. Çünkü bu son durumda da yasama organı tarafından yargı kararlarını aşabilme adına, yasal geçerlilik uygulamasının orijinal halindeki geçmişe dönük etki gösterme boyutu söz konusu olmasa da yargı erkinin iradesi devre dışı bırakılmıştır.

⁷¹ AYM., E.2018/57, K.2018/58, K. T., 31/05/2018, R.G., T. 30.6.2018, S. 30464 M.

⁷² Karahanoğulları, Onur. *İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması*, Ankara 2019, 1. Bası, Turhan Kitabevi, s. 827.

⁷³ R.G., T. 15.2.1982, S. 17606.

⁷⁴ D1D., E.1983/284, K., 1983/293, K.T., 28.11.1983, DKD., S. 54-55, Y. 1984, sy. 69-71.

Ülkemizde anayasal geçerlilik kazandırma uygulamasına gidilen süreçte⁷⁵, 1984 yılında 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ismindeki yap-ışlet-devret uygulamaları hakkında kanun olarak da bilinen kanun çıkarılmıştır. Bu kanun uyarınca yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilerek, o gün için zorunlu olan Danıştay incelemesinden geçirilmeksizin akdedilmiştir. Danıştay ise bu sözleşmelerin tipik birer imtiyaz sözleşmesi olduklarına hükmetmiş ve Danıştay incelemesinden geçirilmedikleri için bu sözleşmeleri iptal etmiştir. Daha sonra ise 1988 yılında 3456 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır. 1994 yılına gelindiğinde ise 3974 sayılı Kanunla 1986 tarihli 3291 sayılı Kanunda yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletme veya mevcutların işletme haklarını devralma hususlarını konu edinen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağına dair bir değişiklik yapılmıştır. Fakat bu son düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁷⁶. Ardından aynı yıl 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bahsi geçen kanunda da bu kanun çerçevesinde yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ve özel hukuk sözleşmesi olacakları hükmü kural altına alınmıştır. Anayasa mahkemesi bu son düzenlemeyi de yine iptal etmiştir⁷⁷.

Bütün bu gelişmeler üzerine, yargı erkinin özünde imtiyaz sözleşmesi olan birtakım sözleşmelerin yasama organı tarafından özel hukuk hükümlerine tabi kılınma iradesine karşı olan katı tutumunu aşabilme adına, 13.8.1999 tarihli 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷⁸ kabul edilmiş ve Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliklerle, Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerin kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerin yürütülmesi için akdedilecek sözleşmelerin kanunla özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilebileceği hüküm altına alınmıştır⁷⁹. İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkim⁸⁰ yoluna başvurulabilmesinin de önünü açan bu söz konusu anayasa değişikliğinin akabinde, yukarıda bahsi geçen 3996, 3096 ve 3465 sayılı kanunlarda ilgili değişiklikler yapılarak, bu kanunlar çerçevesinde akdedilecek sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacakları kural altına alınmıştır. Aynı şekilde 1997 yılında kabul edilen ve yap-ışlet usulüyle elektrik üretim, iletim ve satışını konu edinen 4283 sayılı kanunun ilk haline göre yapılacak sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilirken, 2006 yılında bu kanunda da yapılan değişikliklerle yine bu sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmesi olacağı hüküm altına alınmıştır⁸¹.

⁷⁵ Geniş bilgi için bkz. ÇAL, Sedat. Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi *AÜHF*, C. 51, S. 2, Y. 2002, s. 163-197 ve Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 14. Bası, Savaş Yayinevi, Ankara 2021, s. 473-475.

⁷⁶ AYM., E. 1994/43, K. 1994/42-2, KT., 09.12.1994, RG., 24.01.1995, S. 22181.

⁷⁷ AYM., E. 1994/71, K. 1995/23, KT., 28.6.1995, RG., 20.03.1996, S. 22586.

⁷⁸ R.G., T. 14.8.1999, S. 23786.

⁷⁹ Çal, Sedat. Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi *AÜHF*, C. 51, S. 2, Y. 2002, s. 164.

⁸⁰ Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları)*, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2002, s. 172, 175 vd.

⁸¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, (*İdare Hukuku*), s. 474.

Yasal geçerlilik konusuna benzeyen bir uygulama olarak ülkemizde dönem dönem çıkarılan af kanunları da yine örnek olarak verilebilir. Genel ve özel af çıkarma konusunda Anayasa'nın 87. maddesi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne doğrudan yetki vermektedir. Dolayısıyla burada kuvvetler ayrılığı veya yargı bağımsızlığı çerçevesinde tartışılacak bir husus bulunmamaktadır. Çünkü buradaki ihtimalde zaten yasama yetkisinin asliliği devreye girmektedir ve anayasal bir yetki kullanımı söz konusu olmaktadır. Ülkemizde son yüz yıl içerisinde onlarca genel ve özel af kanunu çıkarılmıştır⁸². Bu kanunların hepsinde belirli birtakım cezaların kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması söz konusudur. Adli cezaların silinmesine ilişkin olan ihtimallerin tamamı bir ceza mahkemesinin kararının etkilerinin bertaraf edilmesini konu edinmektedir. Bu kısmı açısından bakılırsa var olan uygulamanın yasal geçerlilik kazandırma yöntemine nispeten benzediği söylenebilir. Çünkü burada da mahkeme kararları devre dışı bırakılmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 65. maddesine göre de zaten genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.

Kural olarak ceza mahkemesi kararlarını konu edinen genel af uygulaması dışında, memur disiplin suçlarının affı veya öğrencilik statüsüne ilişkin olarak tesis edilen birtakım idari işlemler açısından getirilen af kanunlarında ise, gerek dava edilmemiş ve o şekilde kesinleşip hukuka uygunluk karinesinden faydalananlar, gerekse dava edilmiş ve mahkemelerce hukuka uygun bulunmuş olanlar açısından, çıkarılan af kanunu ile yapılan sadece idari işlemin yasama organınca bir tür geri alınmasıdır. Bu son ihtimaldeki uygulamanın yasal geçerlilik kazandırma yönteminden tamamen farklı bir durum olduğu rahatlıkla ifade edilebilir.

SONUÇ

Mahkeme kararlarının yasal düzenlemeye konu edilmesi ihtimalinde, hiç şüphe yoktur ki akla en başta, kuvvetler ayrılığı ilkesine, yargı bağımsızlığına ve adil yargılanma hakkına aykırılık gelecektir. Böyle olacağı noktasında da kural olarak herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından bir değerlendirme yapılacak olursa; kuvvetlerin ayrı olması kuvvetlerin iş birliği yapmasına engel değildir. Anayasanın Başlangıç kısmında da kuvvetlerin ayrı olmasının Devlet organları arasında bir astlık üstlük ilişkisinin olmadığı ve bunun medeni bir iş bölümü ve bir iş birliği olduğu belirtilerek, esasında bu duruma vurgu yapıldığı değerlendirilebilir. Kuvvetler ayrı da olsa kamu yararı ortaktır ve devlet yönetimi bir bütündür. Bu bütünlük çerçevesinde yasama organının tıpkı Fransa'da olduğu gibi veya Belçika'da hatta Yunanistan'da da olduğu şekilde, belli şartlarda var olan bir mahkeme kararına rağmen, geçmişe etkili bir şekilde, o mahkeme kararının konusunu oluşturan idari tasarrufu kanunla hukuka uygun varsayabilir veya duruma göre kanun gücüne taşıyabilir. Bu anlamda, idari fonksiyona dahil bir tasarruf yasama faaliyetinin konusunu oluşturabiliyorsa, bu idari tasarrufun yargı organlarınca hukuka aykırı bulunmuş olması, onun yasa hükmü olarak geçmişe etkili bir şekilde, mülkiyet

⁸² Ülkemizde çıkarılan genel af kanunlarına örnek olarak 1922, 1923, 1924, 1933, 1950, 1960, 1963, 1966, 1974, 2000 yıllarında çıkarılan kanunlar verilebilir. Bunların yanı sıra yine örnek olarak basın affı (1946), orman suçlarının affı (1954, 1958, 1973), ateşli silahlara ilişkin suçların affı (1957, 1960, 1980), şoför affı (1976), haşhaş ekicilerinin affı (1977), memurların disiplin suç ve cezalarının affı (1985, 1992), öğrenci affı (1991, 1993, 1995, 1997, 1999, 2000, 2005, 2008, 2011, 2012, 2018, 2022), şeklinde ifade edilen af kanunları verilebilir, bkz. <https://tr.wikipedia.org/> (Türkiye'de genel af), (E.T. 04.11.2022).

hakkına, kazanılmış hak ve statülere dokunmamak, cezai veya idari müeyyide öngörmemek kaydıyla, belli şartlarda düzenlenmesine engel olmaması gerekir.

Burada değerlendirilecek olan tamamen yasal düzenlemenin kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığı ve düzenlemenin konusunun anayasal bir değeri mahkeme kararına karşı korumaya ilişkin olup olmadığıdır. Burada kamu yararı kavramını, başta yargı erki olmak üzere, kuvvetlerin bizzat kendilerinin de varlık sebebi olarak görmek, ayrıca kendisinin de yine anayasal bir değer olduğunu da göz önünde bulundurmak gerekir. Ortada korunması gereken anayasal bir değer söz konusu ise bu değerlendirmenin yapılmasına engel bir durum söz konusu olmayacaktır. Somut ihtimallere göre bu anayasal değer mülkiyet hakkına, din ve vicdan hürriyetine, eğitim ve öğrenim hakkına veya basın hürriyetine ilişkin olabileceği gibi, Anayasada güvence altına alınmış bilumum özgürlüklere ilişkin de olabilir. Gözetilecek olan dengeden ve yapılacak olan değerlendirmeden kastımız, adil yargılanma hakkıyla, yargı bağımsızlığıyla, kuvvetler ayrılığıyla başkaca bir anayasal değer çatışacak olması durumunda, aradaki kamu yararı hususunun belirlenip ona göre hareket edilmesidir. Çünkü adil yargılanma hakkı kadar, örneğin haberleşme hürriyeti veya konut dokunulmazlığı da anayasal değere sahiptir. Buradaki kamu yararı hususunu gözetecek olan da yasama organıdır. Dolayısıyla böyle bir ihtimal söz konusu olacak olursa, bir mahkeme kararı neticesinde herhangi bir anayasal değer ihlal edilecek olması durumunda, yasama organı mahkeme kararını bertaraf edecek bir yasal düzenleme yapabilmelidir. Yapılacak olan doğrudan mahkeme kararının hedef alınması değil, Fransız uygulamasında da olduğu gibi, idari tasarrufun kendisine yönelik bir düzenlemedir. Aksi takdirde yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ihlal edilmiş olacaktır. Nihayetinde, kamu yararı amacıyla ve anayasal bir değer korunmasına ilişkin olarak yapılacak böyle bir yasal düzenleme konusunda son sözü söyleyecek olan yine Anayasa Mahkemesi'dir.

Fransa'da henüz tesis edilmemiş birtakım idari işlemler için dahi, peşin peşin hukuka uygun olduklarına dair yasal düzenleme yapıp idari yargının tamamen bertaraf edildiği, yani bir anlamda geleceğe dönük, muhtemel ve müstakbel idari işlemler açısından kamu yararı gereği yasama kısıntısı tesis edildiği yerde, en azından yukarıda bahsedilen durumlar ve hukuki veya fiili imkânsızlık halleri açısından yine bu yöntemin kullanılabileceğini söylemek çok abartılı bir yaklaşım olmasa gerektir.

Ülkemizde dönem dönem çıkarılan ve kamu alacaklarının yeniden yapılandırılmasını konu edinen kanunların genelinde yer alan, zorunlu feragat uygulaması şeklinde adlandırılacak ve söz konusu kanun kapsamındaki borç yapılandırmasından, hatta duruma göre faiz ve benzeri fer'ilerin, birtakım cezaların silinmesi uygulamasından faydalanmak isteyenler için, bu kanunlarda öngörülen dava açmama, süregelen davalardan vazgeçme ve kanun yollarına başvurmama şeklinde öngörülen birtakım şartların, çalışma konumuzla bir ilgisinin bulunmadığını da belirtmek gerekir. Borç yapılandırma kanunlarından faydalanmak isteyenlere, söz konusu kanuni düzenlemelerde seçimlik bir hak tanınıp isteyeninin davasını sürdürmesine, isteyeninin ise bundan vazgeçip kanun kapsamında sunulan kolaylıklardan faydalanmasına imkân tanınmaktadır. Bahsi geçen kanunların adil yargılanma hakkına veya mahkemeye erişim hakkına da herhangi bir aykırılık içermedikleri ifade edilebilir. Burada özetle, kamuya olduğu iddia edilen borcundan ötürü dava açmış veya açacak olanın, kendi haklılığına inandığı takdirde, davasını sonuna kadar götürüp

kanun kapsamı dışında kalmayı tercih etmesi ve duruma göre yargılamanın sonunda borcun tamamından kurtulabilmesi de mümkündür. Böyle bir iddiası olmayanlar için de dava açmamak veya açtığı davasından vazgeçmek kaydıyla, kanun kapsamına alınma imkânı tanınmaktadır⁸³.

İdari fonksiyona ilişkin yasal düzenleme yapılması durumu da yine ayrı bir tartışma ve çalışma konusudur. Yasama yetkisinin asli ve genel bir yetki olması, anayasal ve diğer birtakım ilkeler çerçevesinde, yasama organının idari fonksiyona ilişkin konularda düzenleme yapmasına imkân tanımaktadır. Sadece maddi kriterler çerçevesinde değil, bir yasa hükmüyle idari fonksiyona ilişkin olarak öngörülen bir konuda yasa çıkarılması da yerine göre söz konusu olabilmektedir.

Sonuç olarak, söz konusu yöntemin ülkemizde de belirli bir çerçevede, özellikle kamu yararının zorunlu kılması, var olabilecek birtakım haksızlıkların önüne geçilebilmesi ve birtakım anayasal değerlere karşı gelişebilecek müdahalelerin önlenmesi adına, uygulanmasının değerlendirilmesi uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil. Türk İdare Hukuku, 14. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil. Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

Broyelle, Camille. Contentieux Administratif, 2. Bası, L.G.D.J., Paris 2013.

Chapus, René. Droit du Contentieux Administratif, 10. Bası, Montchrestien, Paris 2001.

Çağlayan, Ramazan. İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 3. Bası, Asil, Ankara, 2004.

Çağlayan, Ramazan. İdari Yargılama Hukuku, 14. Bası, Seçkin, Ankara 2022.

Çağlayan, Ramazan. İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları), 1. Bası, Seçkin, Ankara 2002.

Çal, Sedat. Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi AÜHF, C. 51, S. 2, Y. 2002, s. 163-197.

Déal, Emilie. “La Controverse des Validations Législatives en France, Vecteur de Constitutionnalisation du Contentieux Judiciaire”, R.G.D., C. 36, no. 2, Y. 2006, s. 157-188, <https://www.erudit.org/en/journals/rgd/1982-v13-n1-rgd01561/1027108ar/> (E. T. 15.9.2022).

Debbasch, Charles/Ricci, Claude. Contentieux Administratif, 8. Bası, Dalloz, Paris 2001.

Fransız Anayasa Konseyi, Le contrôle des validations législatives, 2014, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/mars-2014-le-controle-des-validations-legislatives>, (E. T. 15.9.2022).

Fransız Senatosu Hukuki Araştırmalar Birimi, Le Régime Juridique des Validations Législatives, 2006, (Senato Çalışması), https://www.senat.fr/ej/ej_validation/ej_validation.pdf, s. 10, (E.T. 10.9.2022).

Gicquel, Jean. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 19. Bası, Montchrestien, Paris 2003.

Günler, Zeynep. “Özelleştirme ve İdari Yargı”, TAAD, C. 1, S. 44 (Ekim 2020), Y. 11, s. 1-22.

⁸³ Örneğin, 7326 sayılı ve 3.6.2021 tarihli, 7143 sayılı ve 11.5.2018 tarihli, 7256 sayılı ve 11.11.2020 tarihli kanunlar.

Kaplan, Gürsel. İdari Yargılama Hukuku, 7. Bası, Ekin Yayınları, Bursa 2020.

Karahanoğulları, Onur, İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

Karahanoğulları, Onur. Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi, AÜHFD, C. 45, S. 1, Y. 1996, s. 279-322.

Mathieu, Bertrand. La Loi, Dalloz, Paris 1996.


Richer, Laurent. Droit des Contrats Administratifs, 4. Bası, L.G.D.J., Paris 2004.

Rosoux, Géraldine. Le contrôle juridictionnel des «validations législatives» en France et en Belgique: un conflit de légitimités, Liege 2005, <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/4371/1/GR-Validations%202005.pdf>, s. 2, (E. T. 06.9.2022).

Roux, Jérôme. “La jurisprudence du Conseil constitutionnel-mise en perspective avec la CEDH-sur les validations législatives et les autres lois rétroactives”, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-mise-en-perspective-avec-la-cedh-sur-les-validations>, (E.T. 14.05.2022).

Fransız Mevzuat Bilgi Sistemi <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000029307742/>, (E.T. 24.6.2022).

Hart-Bodenheimer Tartışması Üzerinden Analitik Hukuk Bilimi Okuması

Hamdi Gökçe Zabunoğlu 

Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Kırıkkale, Türkiye
zabunoglu@kku.edu.tr
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Onur Altunsu 

Arş. Gör., Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı,
Kırıkkale, Türkiye
onuraltunsu@kku.edu.tr

Öz

Makale Bilgileri

Makale Geçmişi

Geliş: 04.09.2022

Kabul: 16.11.2022

Yayın: 08.01.2023

Anahtar Kelimeler:

Analitik Hukuk Bilimi,
Olan ve Olması
Gereken, Yargılama,
Hart, Bodenheimer

Yargılama, hukukun işleyiş sürecindeki zorunlu aşamalardan biridir. Hukuku tüm yönleriyle ele almak isteyen kuramsal yaklaşımlar, yargılamayı görmezden gelemez. Analitik hukuk biliminin temsilcisi Hart, genel olarak pozitif hukuka özgü kavramları ve bu kavramların birbirleriyle ilişkisini analiz ederek hukuku ahlaktan ayırır. Doğal hukuk öğretisini benimseyen Bodenheimer ise hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğunu farklı açılardan gündeme getirmeyi amaçlar. Ona göre, çoğu toplum tarafından benimsenen hukuk kuralları, insan doğasının bir yansımasıdır ve ahlaki temele sahiptir. Yasa koyucu, kural ihdas ederken kendisinin veya toplumun ahlaki yargılarından esinlenir. Hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi açığa çıkaran bir diğer durum, yargıcın zor davalarda ahlaki prensiplerden destek almasıdır. Zor davalarda mevcut yasa olduğu gibi değil, olması gerektiği gibi yorumlandığı için hukukun otonomisi kaybolur. Hart için hukukun ahlakla ilişkisi analitik hukuk biliminin benimsediği ilkelere zarar vermez; çünkü bu ilişki zorunlu değildir. Hem yasa koyucu hem de yargıcın yasama faaliyetinde bulunduğu durumlarda, hukuk zorunlu biçimde ahlaktan türemez. Türk hukuk literatüründe incelenmemiş olan bu tartışma, analitik hukuk biliminin etraflıca tartışılması ve doğru biçimde değerlendirilmesine katkı sunmak üzere kaleme alınmıştır.

Analytical Jurisprudence Reading On The Hart-Bodenheimer Debate

Article Info

Article History

Received: 04.09.2022

Accepted: 16.11.2022

Published: 08.01.2023

Keywords:

Analytical
Jurisprudence, Is and
Ought, Jurisdiction,
Hart, Bodenheimer.

Abstract

Adjudication is one of the mandatory stages in the functioning of the law. Theoretical approaches aiming to deal with the law in all its aspects cannot neglect adjudication. Hart, the representative of analytical school of jurisprudence, distinguishes law from morality by analyzing the concepts exclusive to positive law and the relationship between these concepts. Bodenheimer, who adopts the natural law doctrine, aspire to bring up the necessary relationship between law and morality from different perspectives. According to him, the rules of law adopted by most societies are reflection of human nature and have a moral basis. The legislator is inspired by the moral judgments of himself or the society while establishing a rule. Another situation that reveals the relationship is that the judge receives support from moral principles in difficult cases. In difficult cases, the autonomy of the law is lost since the existing law is not interpreted as it is, but as it should be. For Hart, the relation of law to morality does not harm the principles adopted by analytical jurisprudence, because this relationship is not mandatory. Where both the legislator and the judge are claimed to have engaged in legislative activity, law cannot necessarily derive from morality. This discussion, which has not yet been examined in the Turkish legal literature, has been written to contribute to the comprehensive discussion and correct evaluation of analytical legal science.

Atıf/Citation: Zabunoğlu, H. G/ Altunsu, O. (2023). "Hart-Bodenheimer Tartışması Üzerinden Analitik Hukuk Bilimi Okuması", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 25-42.

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

Analitik hukuk bilimi, kavramların tanımlanması ve analiz edilmesi üzerine kurulu felsefi bir öğretilerdir. Bilimsellik iddiasını sürdürebilme adına, başta yasa olmak üzere, farklı toplumların pozitif hukuk düzenleriyle ilintili kavramları konu edindir. Kavramsal analiz neticesinde, pozitif hukukun kendine özgü varlığıyla ahlaktan ve diğer alanlardan ayrı bir normatif düzen olduğu sonucuna varılır.

Bodenheimer, bu yaklaşımın hukuku otonom bir disiplin olarak tasvir ettiği, hukukun içeriğine kayıtsız kaldığı gerekçesiyle eleştirir. Bir hukuk kuramı, içerik bilgisine, dolayısıyla ahlakilik sorununa sırtını dönemez. Zira hukukun asli işlevi, farklı toplumlar arasında görünmez bir uzlaşımın sonucu olan ortak ahlaki yargıları muhafaza etmektir. Toplumsal yaşamın devamlılığı için hukuk ve ahlak arasında zorunlu bağ kurulması gerektiğini düşünen Bodenheimer, olan-olması gereken ayrımını tartışmaya açar.

Analitik hukuk biliminin özünü oluşturan bu ayrıma Bodenheimer cephesinden gelen bir diğer itiraz, yargılama safhasında hukukun gereken çözümü üretmede başarısız olmasıyla ilgilidir. Yargıç, bazen mahkeme önüne gelen ihtilafı karara bağlama sürecinde yasanın belirsizliğiyle yüzleşir. Bu belirsizlik yasadan veya ihtilafın kendi koşullarından kaynaklanabilir. Hatta boşluk olarak da zikredilen durumlarda olaya uygulanacak bir yasa dahi bulunmayabilir. Yahut toplumsal koşulların sürekli değiştiği realitesi karşısında hukuk, değişime ayak uydurmada aciz kalabilir. Tüm bu durumlar hukukun ahlakla temasını zorunlu kılar. Bodenheimer'in bu tezleri karşısında Hart'ın yanıtlarının değerlendirilmesi, metnin başlıca kaleme alınma nedenidir.

Tartışmayı daha sağlıklı yürütebilmek için, evvela iki düşünürün de tartışmaya doğrudan yön veren hukuka bakış açılarını aktardık. İncisamı bozmamak adına, her tartışma konusunu iddialar ve yanıtları içeren ayrı başlıklar altında toplamayı uygun gördük. Literatürde Hart'ın Dworkin, Fuller, Devlin gibi düşünürlerle olan tartışmaları geniş yer tutarken, Bodenheimer'la olan tartışmasına yer verilmediğini tespit ettik. Fakat konu tercihindeki asıl motivasyonumuzun analitik hukuk bilimine dair yanlış anlamalara eleştirel bir söylem geliştirmek olduğunu vurgulayalım.

I. HUKUKTA TANIM SORUNU

A. İki Yaklaşım: Aristoteles ve Bentham

Köklerini Aristoteles'te bulan geleneksel tanım yöntemi, cins¹ ve ayrım (genus and difference) temelinde, kavramın özünü saptama faaliyetidir. Cins, tür yönünden farklılaşan kavramların ortak yanlarını temsil eder ve kapsam yönünden türe göre çok daha geniştir². Nedir

¹ Gündelik hayatta birbirinin yerine kullanılan ve anlamdaş olan cins ve tür terimleri, mantık alanında başka anlamlar ihtiva eder. Tür, cinsin alt kategorisini oluşturur. Söz gelimi, varlık cins; canlı veya cansız varlık ise tür sınıfında yer alır.

² Aristoteles, *Organon V, Topikler*, Çev. H. Ragıp Atademir, MEB Yayınları, İstanbul, 1996, s. 8-10; "Tür bakımından başka olan, bir başka şeyden, her ikisinde ortak olması gereken bir şeyde başka olandır. Örneğin eğer o, tür bakımından başka bir hayvansa, her ikisi de hayvandır. O halde tür bakımından başka olan varlıkların aynı cinse ait

sorusunun muhatabı herhangi bir kavram, evvela ait olduğu cinsin çatısı altına yerleştirilir. “İnsan bir canlıdır” önermesinde olduğu gibi. Ancak böyle bir tanımlama eksiktir, zira insan türünü canlı cinsinin kapsamındaki diğer türler olan hayvanlar ve bitkilerden ayırt etmeye yetmez. Kavramı kendisiyle aynı konumda bulunan diğer türlerden farklı kılarak belirginleştirmek için, ona has bir özelliği tanıma iliştiirmek gerekir. “İnsan, *düşünen* bir canlıdır” tanımında düşünme, insanı benzer türlerinden ayırır³.

Per genus et differentiam olarak bilinen bu yöntemde, dış dünyadaki gerçeklikle ilişkilendirilen tikel varlıklar, tümel ile olan bağı üzerinden açıklanır. Yöntemin sorunsuzca işlemesi, tanımlanacak olan kavramın belli bir cins altında benzer türleriyle bir araya getirilecek nitelikte olması koşuluna bağlıdır. Diğer ifadeyle, kavram; cinsin altında yer alabilmek için diğer türlerle benzer özellikler ve fakat tanımlanabilmek için de kendine has özellikler ihtiva etmelidir⁴.

Her kavramın kendinden daha üstün bir cinsle referansla açıklandığı *per genus et differentiam*, varlıkları tanımlamada elverişli görünse de soyut kavramlar açısından tartışmalı hale gelir. “Cesaret, erdemdir” denildiğinde tanımlama, erdem kavramının izah edilmesi koşuluna bağlı olarak ertelenmiş olur. Erdemin ne olduğu sorusuna “karakterdir” yanıtı vermek de aynı sonucu doğurur. Karakter ise daha üstün bir cinsle atfedilemeyeceğinden tanımlama faaliyeti çıkmaza girer. Her soyut kavramın daha kapsayıcı başka bir soyut kavramla kurduğu hiyerarşik ilişki, tanımlamayı ortadan kaldıracak şekilde bir yerde sonlanmak durumundadır⁵.

Aristotelesçi tanımlamaya karşı geliştirilen bu eleştirel söylemlerden iki sonuca varılabilir. İlkinde, bir türe ait kavram, kapsamı daha geniş olan cinsle referansla açıklandığında bilinmezliğin yarattığı bulanıklık daha da artar. Bilhassa soyut kavramlar arasında cins-tür ayrımını saptayan dizgenin kusursuz temsili olanaksızdır. Erdem-cesaret örneğinde olduğu gibi, cinsin kendisi de tür kadar belirsiz bir anlam içeriğine sahip olduğu için, tanımın aydınlatıcı işlevi kaybolur (yararsızlık tezi). Tanımlama faaliyeti, “karakter” örneği anımsanırsa, en üstün cinsle varana dek ertelenir. Fakat bu aşamada daha üstün bir cins olmadığı için amacına ulaşmadan sona erer (olanaksızlık tezi)⁶.

olmaları zorunludur. Çünkü ben cinsten, iki varlığın birlik ve özdeşliğini teşkil eden (...) ve bu varlıklarda yalnızca ilineksel olarak farklılaşmayan bir şeyi kastediyorum”. Aristoteles, *Metafizik*, Çev. Ahmet Arslan, Ege Üniversitesi Basımevi, İzmir, 1993, s. 85; Cins veya türün yerinin saptanmasında varlıklarla kurulan ilişkiler belirleyicidir. Canlılar-hayvanlar-omurgalılar şeklinde kapsam yönünden yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama düşünüldüğünde; hayvan omurgalılara göre cins olmakla birlikte, canlılara göre bir türdür. Menne, Albert. *Mantığa Giriş*, Çev. Lokman Çilingir, Elis Yayınları, Ankara, 2005, s. 33.

³ Aristoteles, 1996, s. 172; Mantığın ilkeleri bağlamında, burada yakın cins-türsel ayırım dikkate alınarak bir tanımlama yapılmaktadır. Varlıklar-canlılar-hayvanlar-insanlar sıralamasında insan, kendisine en yakın cins olan hayvanın yüklem olduğu önermede özne durumundadır. “İnsan iki gözlüdür” önermesi, onu bazı hayvan türlerinden ayırdığı için, bu işlem “ayırım” olarak adlandırılır. Oysa düşünmek veya konuşmak gibi özelliklerle tanımlanması, insanı tüm hayvanlardan ayıracağı için “türsel ayırım”, daha belirgin bir tanımlama için elverişlidir. Özlem, Doğan. *Mantık*, 12. Baskı, Notos Kitap, İstanbul, 2011, s. 95.

⁴ Summers, Robert S. “Professor H. L. A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal*, Vol. 1963, No. 4, 1963, s. 665; Bayles, Michael D. *Hart’s Legal Philosophy: An Examination*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, s. 6.

⁵ Bentham, Jeremy. *A Fragment of Government*, Ed. F. C. Montague, Clarendon Press, Oxford, 1891, s. 234.

⁶ Hacker, P. M. S. “Definition in Jurisprudence”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 19, No. 77, 1969, s. 343.

Hukuk, tanımla ilgili bu tartışmaların odağına yerleştiği vakit, tanımlayan açısından benzer zorluklarla yüzleşme gerekliliği doğar. Hukuka özgü hak, görev, yetki gibi tekil kavramları muadilleri üzerinden geleneksel yöntemle açıklama teşebbüsü sonuçsuz kalır: “Uzun süre önce Bentham, hukukla ilintili kavramların özel bir izah yöntemini gerekli kıldığına dair bir uyarıda bulundu ve son olmamasına rağmen bu hususta bilgeliğin başlangıcı olan bir yöntemi açıkladı”⁷.

Bentham, “paraphrasis” adını verdiği bu yöntemle, “kurgusal varlık” olarak nitelendirdiği herhangi bir kavramı cümle içerisine yerleştirir. Akabinde cümlenin aynı anlamlı muadilini söz konusu kavrama yer vermeden bu kez “gerçek varlık” yardımıyla yeniden kurar. Böylece tekil kelimeyi tanımlama imkansızlığını cümle yardımıyla ortadan kaldırır⁸. Hak ve görev gibi gerçekliği temsil etmeyen “kurgusal varlık” statüsündeki kavramlardan yola çıkıldığında, evvela bunları cümlenin bir parçası haline getirmek icap eder. Herhangi bir edimi yerine getirme *görevim* karşısında, bir başkasının da söz konusu edimi benden talep etme *hakkı* vardır. Bentham, akabinde cümleyi “gerçek varlık” statüsündeki kavramlara dönüştürerek şöyle bir anlama geldiğini söyler: Başkasının talebi karşısında yapmadığım edim için yasa gereği *cezalandırılırım*. Cezalandırma ise kişinin hukuku ihlal eden edimine *acı* verici bir karşılıktır. Artık hak ve görev kavramlarının geçtiği ifade, insanın acı çekmesine dair duyumlara işaret eden başka bir ifadeyle izah edilmiştir⁹.

Netice itibarıyla paraphrasis, kelimenin benzer anlamlı başka kelimelerle değil, cümleler yardımıyla açıklanarak dönüştürüldüğü bir yöntemdir. Böylece “kelimeleri değil, cümleleri esas al” ifadesi, Bentham’a özgü dil felsefesinin mottosu haline gelir¹⁰. Anlam sorununda cümle merkezli yaklaşım, dilin dünyayla ilişkisini tekil kavramların tahakkümünden kurtarmayı vadettiği için Bentham’ın özgün yanlarından biridir. Yaklaşık elli yıl sonra Frege ve Wittgenstein ile dil felsefesinde yeniden gündeme gelecek olan bu yaklaşım, Hart ile birlikte hukuk alanındaki tartışmaların odağına yerleşecektir¹¹.

B. H. L. A Hart: Bentham’ın İzinde

Kelimelerin özgül anlamlarına karşı Bentham’ın başlattığı kuşkuculuk, halefi John Austin’le birlikte kesintiye uğrar. Austin, farklı gelişmiş toplumların¹² hukuk sistemlerindeki ortak kavramlara (egemen, yasa, görev vs.) yönelmek ve onların gerçek anlamlarını keşfetmek suretiyle

⁷ Hart, H. L. A. “Definition and Theory in Jurisprudence”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, s. 27.

⁸ Bentham, tanım kuramını yükümlülük kavramı üzerinden açıklamaya koyulur. Yükümlülük de metnin devamında görüleceği üzere, tıpkı hak ve görev gibi, yaptırımla ilişkilendirilerek izah edilir. Bentham, Jeremy. “Essay on Logic”, *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. VIII, Ed. John Bowring, William Tait, Edinburgh, 1843, s. 247.

⁹ Bentham, 1891, s. 233; Bronzo, Silver. “Bentham’s Contextualism and Its Relation to Analytic Philosophy”, *Journal for the History of Analytical Philosophy*, Vol. 2, No. 8, 2014, s. 5.

¹⁰ Birmingham, Robert. “Hart’s Definition and Theory in Jurisprudence Again”, *Connecticut Law Review*, Vol. 16, 1984, s. 782.

¹¹ Hart, H. L. A. “Introduction”, *Essays on Bentham*, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford, 2001, s. 10.

¹² Austin’in genel hukuk kuramının, adıyla çelişme pahasına, tüm toplumları kapsayacak genellikte olmadığı ve tarihsel açıdan belli bir döneme odaklandığı hakkında bkz. John Austin, “Jurisprudence”, General Statement by the Council of the University of London Explaining the Plan of Instruction, London, 1828, s. 79, Akt. Rumble, Wilfrid E. “Austin in the classroom: Why were his courses on Jurisprudence unpopular?”, *The Journal of Legal History*, Vol. 17, No. 1, 2007, s. 19-20.

hukuku bilim olarak sunmaya teşebbüs eder¹³. Bilimsellik iddiası, mezkûr kavramların nesnel anlamlara sahip olması gibi mantıki bir zorunluluğu beraberinde getirir.

Hart ise Oxford Üniversitesi'ne atanmasının ardından verdiği açılış dersinde, hukuku ilgilendiren kavramların anlamını sabitlemeye yönelik analitik hukuk biliminin bu klasik yöntemini reddeder. Austin'le ayrı düşeceğinin sinyalini, henüz hukuk kavramları faslına geçmeden, duyularla algılanan varlıklara ilişkin tanımlama yöntemini değerlendirdiği görüşlerinde verir. Ona göre, herhangi bir türün diğerlerinden ayırt edici bir şekilde temsil edildiği yerde geleneksel tanımlama yönteminden ayrılmak için neden yoktur. Söz gelimi, “keman, en küçük yaylı çalgıdır” şeklindeki tanımlama, kemanın yaylılar sınıfına (cinsine) aidiyetinin bilinmesinden ötürü *per genus et differentiam* için elverişlidir¹⁴.

Bu yüzeysel bakışın bazı durumlarda yararlı olduğu kabul edilse de muhakeme derinleştğinde kavramların gerçekliği kusursuz temsil ettiği iddiası tartışmalı hale gelir. Bazen niceliğe dair bir *derecelendirme sorunu*, tartışmaya sebebiyet verir. Kaç sayfalık bir metnin kitap¹⁵ olarak adlandırılması gerektiği meselesinde olduğu gibi. 100 sayfadan oluşan ciltli bir metin kitapken, sadece adına ve yazarının kim olduğuna yer verilen ciltten oluşan bir tasarım ise değildir. Sorun; bir veya iki sayfalık ciltli bir metnin kitap olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkindir. Kimi zaman da tanımlanana ait bazı unsurların eksikliği tartışmaya yol açar. Hart, konuya ilişkin, vezirin yokluğunda oynanan oyunun yine de satranç olarak adlandırılıp adlandırılmayacağına dair kafa karışıklığını örnek verir. Tanımlanacak olanın böyle sınır durumlarda belli bir cinsin altına yerleştirilmesi tartışmalı olduğu vakit, dış dünyadaki gerçeklikle kurduğu ilişki sorunlu hale gelir¹⁶.

Bunun dışında, hak ve görev gibi kavramlar için de cins kategorilerinin yokluğu, tıpkı Bentham gibi, Hart'ı münhasır bir tanım arayışına sevkeder. Bir soruya verilen karşılığa tekabül ettiği dikkate alındığında, tanımlama ancak makul bir soru türü karşısında işlevsel olabilir. Bu yüzden Hart, bilimsel ilerlemenin önündeki en büyük engellerden biri olarak yanlış tarzda sorular sorulmasını gösterir¹⁷. “Hak nedir?” veya “Görev nedir?” minvalindeki soruların belirsizliğinden dem vurur. Belirsizdir, çünkü dış dünyadaki gerçekliğin bilgisinden yararlanmaya uygun değildir. Bu nedenle, hukuka özgü soruların yanıtlanma tarzı, duyularla algılanan varlıklara nazaran oldukça farklıdır. Trafik ışıklarını daha önce hiç görmemiş biri, basit gözlem vasıtasıyla ona yönelik bir tanım getirebilir. Oysa aynı kimsenin hak kavramı için böyle bir olanağı yoktur. Hak, dış dünyada duyulur değildir¹⁸.

¹³ John Austin, “On the Study of Jurisprudence”, *Lectures on Jurisprudence*, Vol. II, 5th Edition., Ed. Robert Campell, John Murray, London, 1911, s. 1072.

¹⁴ Hart, “Definition and Theory in Jurisprudence”, s. 31; Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 2nd Edition, Ed. A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994, s. 15.

¹⁵ Türk Dil Kurumu'nun sitesinde kitabın ilk iki tanımı şöyledir: “Ciltli veya ciltsiz olarak bir araya getirilmiş, basılı veya yazılı kâğıt yaprakların bütünü”, “Herhangi bir konuda yazılmış eser”.

¹⁶ Hart, 1994, s. 4

¹⁷ Hart, H. L. A. “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, No. 7, 1957, s. 960; Ayrıca bkz. Şahin Ceylan, Şule. *H. L. A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 13-14.

¹⁸ Hart, “Definition and Theory in Jurisprudence”, s. 23; Hart, 1994, s. 15.

Cümleden izole edilmiş hukuk kavramının izahına yönelik güçlüğü dikkat çekerken kendisini Benthamcı çizgide bulur, Hart. Ona göre, mevcut veya muhtemel koşullar cümledeki kavramlara alışılmışın dışında farklı bir içerik kazandırabilir. Cümlenin hangi koşulda sarf edildiği, onu oluşturan kavramların da anlam içeriğine etki eder. Bu nedenle bağlamı bilinmediğinde, cümlenin mümkün anlamları arasında tercih yapmak güçleşebilir. “Öner’in aylık 10.000 TL maaş almaya hakkı vardır” ifadesi, yargıç tarafından mahkeme kürsüsünde bağlayıcı hüküm mahiyetinde muhatabına bildirilebilir. Oysa aynı ifade, Öner’in yakın arkadaşları tarafından bir temenni veya iddiayı dile getirecek şekilde de kullanılabilir. Yalnızca cümlenin dile getirildiği koşullar bilindiği vakit, kelimelere yönelik anlam arayışı sağlıklı bir şekilde devam edebilir¹⁹.

Hart, yasal hak tabirini iliştiirdiği “X’in bir hakkı vardır” cümlesinin, ancak şu koşullara bağlı olarak doğrulanabileceği kanaatindedir: (I) Evvela bir hukuk sisteminin olması gerekir. (II) Hukuk sistemine özgü kurallar gereği, başkalarının bazı edimlerde bulunma veya bunlardan kaçınma yükümlülüğü olmalıdır. (III) Bu yükümlülüğün X’in tercihinine bağlı olarak yerine getirilmesi gerekir. Yani X, aksi yönde bir irade ortaya koymadıkça başkalarının yükümlülüğü sürecektir²⁰.

Hatırlanacağı üzere, Bentham’ın cins ve ayırım temelli tanımlamayı eleştirirken yararsızlık tezinden söz edilmişti. Bu teze göre cins, tıpkı tanımlanan gibi belirsiz olduğu vakit, tanımın sınır çizme ve aydınlatma işlevi ortadan kalkmaktaydı. Öyleyse Bentham ve Hart’ın benimsediği yeni yöntemde tanım; koşulların açıkça saptandığı, belirsizliğe ve kafa karışıklığına yol açmayan kavramların yer aldığı cümleler yardımıyla yapılmalıdır. Fakat Hart’ın yasal hakkı açıklarken kullandığı “yükümlülük”, “hukuk sistemi” gibi ifadelerin kendisi de belirsizdir. Yani, geleneksel tanımlamaya karşı kullanılan yararsızlık tezi, aslında yeni yöntemin de açmazlarından biri haline gelir. Nihai tanım, bitimsiz bir yolculuk misali sürekli geleceğe taşınır²¹.

Hukukun doğasından kaynaklanan tanımlama sorunu, Hart’ın Oxford Üniversitesi’nde yaptığı açılış konuşmasının ana temalarından biri olup, Edgar Bodenheimer’le yaşayacağı tartışmanın fitilini ateşler. Bu tartışmaya geçmeden önce, Bodenheimer’in hangi hukuk ekolüne dahil olduğuna ve hukukun diğer alanlarla olan ilişkisine nasıl yaklaştığına değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

¹⁹ Hart, “Definition and Theory in Jurisprudence”, s. 28-29; Hart’ın kavramları kesin olarak tanımlama hedefinden sapmasıyla analitik hukuk bilimi yeni bir yörüngeye girer. Anlamı belirleyen koşullardır, insanların peşinen attıkları içerik değil. Zira kavramlar, kullanıldığı bağlama göre anlam yüklenir. Hart’ın bağlamı merkeze alan dil kuramı, Wittgenstein ve J. L. Austin’in öncülüğündeki gündelik dil felsefesi etkisi altında gelişir. Üye, Saim. “Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 114, 2014, s. 368; Türkmen Birlik, Pınar. “H. L. A. Hart’ın Hukuk Anlayışında Gündelik Dil Felsefesinin Etkileri”, *Beytulhikme An International Journal of Philosophy*, Cilt: 11, Sayı: 2, 2021, s. 785. Hart’ın dil felsefesinin arka planı, müstakil bir çalışmanın konusunu oluşturacağından üzerinde daha fazla durulmayacaktır. Şu aşamada sadece gündelik dil felsefesinden etkilendiğini ve bunu kendisinin de onayladığını belirtmekle yetinelim. Wittgenstein ve J. L. Austin, her ne kadar hukuk özelinde çalışmamış olsalar da dil felsefesi hakkındaki söylemlerinin hukuk kavramlarını ve kurallarını anlamaya sunduğu katkı görmezden gelinemez. Hart, H. L. A. “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, s. 274.

²⁰ Hart, “Definition and Theory in Jurisprudence”, s. 35.

²¹ Hacker, 1969, s. 346.

II. BODENHEIMER'IN HUKUK KURAMI

A. Hukukun İşlevi: Toplumsal Yapının Muhafazası

Hukuk, ideal formunda, insanlar arasındaki yalın güç ilişkilerini ve buna bağlı zarar verici edimleri dizginlemenin aracıdır. Tabii olmadan ziyade, eşitler-arası ilişkinin muhafaza edilmesini amaçlar. Kişilere sözleşme, mülkiyet gibi mutlak ve dokunulmaz haklar bahsetmek, hukuki işlemlerin taraflarını eşit kılmada akla ilk gelen çözüm yoludur. Fakat mezkûr hakların eşitler-arası işlemlerde hukukilik vasfını sürdürebilmesi için sınırlarının saptanması şarttır. Eğer hakların kullanımı bütünüyle tarafların iradesine terk edilirse eşitlik yerini tahakküme bırakır. Hukuki işleyişe istikrar kazandırmak üzere tanınan haklar, aslında hukuk-dışı alana açılan kapılar haline gelir. Öyleyse doğal hukuk doktrininde bir hakkın hukuk tarafından tanınıyor olması, onun eşit öznelerle dayalı düzeni korumadaki rolünü garanti etmez: “Hukukun sarıh bir biçimde köleliği sosyal bir kurum olarak teşhis etmesi, onu güç ilişkisinden hukuk ilişkisine dönüştürmez”²².

Öte yandan böyle hakları hukuki işlemlere taraf konumundaki insanların yanı sıra, siyasi iktidarın da keyfi iradesinden korumak gerekir. İktidarın dilediği zaman hakları gasbetme olasılığı karşısında önleyici araçların olmaması, istikrarı ve hukuka güveni ortadan kaldırır. Hukuk, toplum menfaatleri lehine değil, iktidar lehine araçsallaştırılır ki hukukun varoluş maksadı bu değildir. Hakların hukuk sistemindeki etkin işleyişini güvence altına almak için iktidarı sınırlandıracak şu mekanizmalara gereksinim vardır: *anayasa, erkler ayrılığı, fren ve denge araçları*²³.

Bodenheimer, siyasi iktidarın hukuk tanımazlığının yanında, mutlak hakları ortadan kaldırma pahasına hukuku bir baskı ve şiddet aracına dönüştürebileceğini hatırlatır. Toplumsal istikrarı korkuyla sürdürmeyi seçen iktidarın ihdas ettiği yasanın içeriği, belli bir kitlenin “haklı bahanelerle” feda edilmesine cevaz verebilir. İşte doğal hukuk, böyle katlanılmaz düzenlemelerin bağlayıcılığını tartışmaya açar ve beşerî aklın asgari etik ve hukuk ilkelerini bir kriter olarak benimsemesi hasebiyle safını belli eder. Bodenheimer, her ne kadar yasanın doğal hukuk karşısında geçerliliğini yitireceğini doğrudan söylemese de yürürlüğe konulan radikal düzenlemelerle birlikte bir arada yaşama koşullarının ortadan kalkacağı iddiasında bulunur²⁴. Çünkü insanlar kendi doğalarına aykırı yasanın uygulanmasına direnerek onu bertaraf etme yolunu seçerler. Tam da bu noktada, gösterilen reaksiyon, aslında yasa koyucunun keyfi iradesine dair bir sınırlama olarak yorumlanmalıdır. Yasal yönden etkin ve caydırıcı koruma mekanizmalarından yoksun kalan doğal haklar, direnme tehdidinin yasa koyucuda yarattığı endişe veya direnmenin bilfiil gerçekleşmesi aracılığıyla güvence altına alınır. Görünüşte hukuka aykırı olan direnme, hukukiliğin teminatı haline gelir²⁵.

Kitlesel itaatsizliği teşvik etmemekle birlikte, Bodenheimer'in öngörüsü, toplum üyeleri arasındaki ilişkiler ağını ortadan kaldıracak yasanın evvela etkililiğini, akabinde geçerliliğini

²² Bodenheimer, Edgar. “Power and Law: A Study of the Concept of Law”, *Ethics*, Vol. 50, No. 2, 1940, s. 137.

²³ Bodenheimer, 1940, s. 134-136.

²⁴ Bodenheimer, Edgar. “The Case against Natural Law Reassessed”, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 1, 1964, s. 45.

²⁵ Bodenheimer, Edgar. “The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science: A Reply to Hans Kelsen”, *The Western Political Quarterly*, Vol. 3, No. 3, 1950, s. 341.

yitireceğine ilişkindir. Böyle bir yasanın varlığına karşı koyma gücü de insan doğasından kaynaklanır. Zira insanlar toplumsal yapıyı korumanın kendi yaşamları için önemini kavradıklarından dolayı, hukukun da bu yapıyı sürdürmeye hizmet edecek bir içerikte olmasını beklerler. Hukuk, eğer toplumsal yaşamın garantörü olacaksa, bunu ancak kendisine itaat edenlere karşı ayırım yapmadan gerçekleştirebilir. O yüzden eşit koşullar altında eşit muamele görme isteği, toplum halinde yaşamının en temel gereklilikleri arasındadır ve bu nedenle hukukun asgari içeriklerinden biri olmalıdır²⁶.

Burada bir ara söz olarak, Hart'ın “doğal hukukun asgari içeriği” olarak kavramsallaştırdığı görüşleriyle Bodenheimer'in düşünceleri arasında bir koşutluğun olduğu iddia edilebilir. Hart nezdinde hukuk, insanların birlikte yaşama pratiğinin asgari gerekliliklerini temin etmeye yönelik bazı değerleri konu edinmek zorundadır. Aksi halde, insanların yasalara gönüllü itaatini beklemek gerçekçi olmaz²⁷. Bu değerlerden bazılarına değinmek gerekirse, ilki ve en önemlisi, insanın savunmasız oluşundan dolayı şiddet kullanımının kısıtlanmasıdır. Şiddeti yasaklayan kuralların olmayışı, diğer kuralları da işlevsiz kılacaktır. Yaklaşık eşitlik adını verdiği başka bir değer, fiziki veya akli yönden farklı olsalar da yaşamı sürdürme potansiyeli bakımından (uykuda en güçlüünün dahi korunmasız kalması gibi) insanların birbirlerine benzediğini ifade eder. Bu benzerlik hali, hukuk ve ahlak kurallarının insanlardan karşılıklı olarak uzlaşmasını ve birbirine hoşgörülle yaklaşmasını talep etmesini gerektirir. Bundan başka, kaynakların sınırlılığında dolayı mülkiyetin korunmasını güvence altına alan kurallara da gereksinim vardır²⁸. Tüm bu değerler, birlikte yaşama arzusunun neticesinde yasaya konu olur. Doğal hukuk kuramı ise insanın amaçlarına dair genişlettiği yelpazeye adaleti, hakkaniyeti, bilgiyi aramayı vs. dahil eder. Oysa insanlar arasındaki farklılıklar, bu amaçların çatışan menfaatlere dönüşmesine yol açar²⁹. Bodenheimer da hukuka atfettiği zorunlu içeriği genişletme eğilimindedir ve bu yönüyle Hart'tan ayrılır.

B. Seküler Doğal Hukuk Savunusu

Hukuku tahakküm aracı olmaktan çıkarma, insanın yaşama içgüdüleriyle doğrudan ilintilidir. Hayatta kalmanın teminatlarındandır, hukuk. Nedensiz saldırıyı meşru gören, yaşamı tehlikeye sokan eylemlere cevaz veren veya tersinden söylemek gerekirse başkalarının yaşama hakkına saygıyı cezalandıran bir yasanın adalet³⁰ duygusuna hitap etmediği açıktır. Şiddet eğilimlerini ve çatışan çıkarları sürdürülebilir bir düzen içerisinde bertaraf etmek hukukun en ulvi

²⁶ Bodenheimer, Edgar. *Treatise on Justice*, Philosophical Library, New York, 1967, s. 9.

²⁷ Hart, H. L. A. “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, Çev. Ertuğrul Uzun, *H. L. A Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, Ed. Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 142; Hart, 1994, s. 183.

²⁸ Hart, 1994, s. 194-196; Doğal hukukun asgari kapsamı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Şahin Ceylan, 2014, s. 201 vd.

²⁹ Hart, 2015, s. 142-143.

³⁰ Yaşam, çağlar boyu tekrar eden bir dizi olaydan ibaret olmadığı için, adaletin sınırlarını tespit etmek hayli güçtür. Yine de bazı konu başlıklarında asgari müşterekte buluşmanın sağlıklı bir toplum yapısının inşasında önemli etkileri olduğu söylenebilir. Özgürlük ve eşitlik ortamının tesis edilmesi, güvenliğin sağlandığı bir ortamda temel gereksinimleri karşılayacak araçların olması, tekil taleplerin toplumsal barışı tehdit edecek boyutta olmaması, suç ve ceza arasındaki dengenin gözetilmesi herkesin hemfikir olacağı adaletin gerekleri olarak kabul görebilir. İnsanın akıl ve ahlak yönünden kusursuz olmaması nedeniyle, daima adalet talebini dillendireceği bir toplumda yaşamaya yazgılı olduğunu da unutmamak gerekir. Bodenheimer, 1967, s. 8.

amacıdır. Toplumların gelişim düzeylerine göre örneklerin sayısı daha da arttırılabilir. Yargılamada aleyhine hukuki delil bulunmayan bir kimsenin mahkûm edilmesi, yalancı şahitlik yoluyla masum insanların ceza alması veya hak kaybına uğraması; toplum üyelerinin kınadığı ve hukukun duyarsız kalmadığı konular arasındadır³¹.

Yasa koyucu insan doğasına aykırı konuları belli bir çerçeveye sınırlamak istese de bütünüyle inkâr edecek düzenlemeler getiremez. Söz gelimi, çalışma saatlerinin günlük 8 saatten az olmayacağına dair asgari ölçüyü belirleyebilir; ama dinlenme hakkı tanımadan gün boyu çalışmayı buyuran bir yasayı etkili biçimde yürürlükte tutamaz. Zira bunun insan doğasına aykırı olduğu konusunda herkes hemfikirdir. Aynı nedenden ötürü, kadın ve erkekler arasındaki cinsel ilişkiyi umuma açıklık veya yaş kriterine göre düzenleyebilir; ama asla tamamen yasaklayamaz³².

Görüldüğü üzere Bodenheimer, doğal hukuku toplumsal düzenin devamlılığı için gerekli gördüğü bir dizi değer yargısıyla açıklar. Bu yargılar, Tanrı'nın gönderdiği kutsal metinlerle uyum içerisinde olmak zorunda değildir. Akıl, toplumsal yaşamı idame ettirmenin insan için zorunlu olduğunu onayladıktan sonra, bu yargıları çatışan içgüdülerin, tutkuların ve menfaatlerin yerine ikame eder. İnsan doğasındaki rasyonellik eğilimi; bir yandan benzer içerikli yasaların farklı toplumlara yayılmasını sağlarken diğer yandan dini kaynakları referans göstermeden de insanların temel gereksinimlerini izah etmenin mümkün olduğunu gösterir³³.

O halde hukuk, insan doğasının ve aklının yansıması olan nesnel değerlerin koruyuculuğunu üstlenir. Nesnellik ölçütünü karşılamak için, buyruk ve yasaklarla hukuk formuna dönüştürülen değerlerin toplumların geneli tarafından benimsenmiş olması yeterlidir. Hatta Bodenheimer, hiçbir dayanağı olmadığı halde oran vermeye cüret ederek, tarihsel olarak bilinen toplumların %90 veya %95'inin bazı gayri-ahlaki sosyal pratikler karşısında olumsuz tavır takınmasını, ahlaki rölativizmin mağlubiyeti için yeterli gördüğünü söyler³⁴. Fakat yine de değerleri mutlak ve değişmez standartlar olarak görme taraftarı değildir ve bu konuda dogmatik bir tavır sergilemez.

Farklı toplumlarca benimsenen nesnel değer yargılarının varlığına dair felsefi soruşturma, asla nihai ve kadim bir hakikatin dışavurumu olamaz. Bazen geçmişten taşıdığı izleri, bazen de tanıklık ettiği zamanın ve sosyal ilişkilerin yansımalarını genelgeçer bir ahlak ilkesi olarak sunabilir. Nesnellik iddiası, değişen koşullar ve yeni deneyimler karşısında sürekli test edilmek durumundadır. Öyleyse, insanın doğasına ve sosyal yaşantısına dair her nesnel çıkarımda hata olasılığını kabul etmek gerekir³⁵.

³¹ Güvenlik odaklı beşerî ilişkilerin yanı sıra, hukuk vasıtasıyla toplum üyeleri arasında farklı değer yargılarından beslenen ticari ilişkiler ağı kurulur. Bu ilişkilerin sağlıklı biçimde yürümesi için, hukuk sistemleri hileli davranışları yasaklar ve tarafların verdikleri sözlere bağlı kalmalarını buyurur. Bodenheimer, Edgar. "The Province of Jurisprudence", *Cornell Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, 1960, s. 5; Bodenheimer, Edgar. "The Case against Natural Law Reassessed", *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 1, 1964, s. 41-42.

³² Bodenheimer, 1950, s. 337.

³³ Bodenheimer, 1950, s. 341.

³⁴ Bodenheimer, 1950, s. 347.

³⁵ Bodenheimer, 1960, s. 14.

III. BODENHEIMER'İN HART'A YÖNELTİĞİ ELEŞTİRİLER

A. Olan-Olması Gereken İlişkisi/Çelişkisi

Bodenheimer'in doğal hukuk öğretisi, yasanın neden var olduğunu izah ederken, insan doğasından türeyen bazı ilkeleri esas alır. Kişinin saldırı durumunda vücut bütünlüğünü korumaya yönelik içgüdüsel tepkisi, meşru müdafanın hukuk sistemindeki yerinin rastlantısal olmadığını gösterir. Keza güvenilir bir ortamda yaşamını idame ettirme ve kendine ait olanı koruma arzusu, hırsızlığın yasaklanmasıyla doğrudan ilintilidir. Ebeveynlerin çocuklarına karşı duyduğu sevgi, aile kurumunun hukuken tanınmasındaki en önemli etmendir³⁶.

Doğal hukukun yasanın varlık nedeni olarak insan doğasını sunması, başta Kelsen³⁷ olmak üzere, bazı pozitivistlerce en çok eleştirilen konuların başında gelir. Hukuki pozitivism'e göre yasa, varlığını borçlu olmadığı ahlaktan ayrı konumlandırılmalıdır. Buna bağlı olarak, ahlaka aykırılığı aşikâr olsa da geçerliliğini muhafaza edecektir. Çünkü yasayı var eden, hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş bir dizi prosedürden başarıyla geçmiş olmasıdır. İçerik, yasanın varlık nedeni değildir³⁸.

Öyleyse hukuki pozitivism, yalnızca belli yasama faaliyetleri neticesinde geçerlilik kazanan kuralları pozitif hukuk olarak kabul eder. Hukukun geçerliliği konusunda ahlaki olana müracaat etmez. Ancak, öğretinin bu temel prensibinin hukuki işleyişin her aşamasına tutarlı biçimde uygulanma olanağı yoktur³⁹. Bodenheimer'in özellikle yargılama aşamasında, hukukun zaruri olarak ahlakla temas ettiğini gündeme getirmesi, pozitivistlerin özerklik iddiasına haklı bir başkaldırı olarak yorumlanabilir. Zor davalarla⁴⁰ sınırlı olmak kaydıyla yargıç, muhakeme aşamasında hukuk kurallarının dışında çözüm arar. Ahlaki ilkelere medet umar ve kararını kısmen de olsa bu ilkelere istinaden verir. Olağan koşullarda ahlak alanına ait olan ilkeler,

³⁶ Bodenheimer, 1950, s. 341.

³⁷ Yasaları insan doğasına referansla izah ederken ve farklı toplumlarca benimsenmiş müşterek içerikli yasaların varlığını kanıtlamaya çalışırken, Bodenheimer'in asıl maksadı, olan ve olması gereken ayrımını empirik bir gerçeklik üzerinden reddetmektir. Ona göre, farklı hukuk düzenlerindeki benzer yasalar, aslında olması gerektiği gibi olan yasalar ve dolayısıyla pozitivistlerin temel dayanak noktası olan ayrımın yanlışlığını göstermekteydi. Oysa Kelsen'in ayrımı sanıldığı gibi empirik değil, olgusal ve normatif önermeler arasında zorunlu bir geçişin olmadığına işaret eden mantıksal bir ayrımdır. Chiassoni, Pierluigi. "Kelsen and Natural Law Theory: An Enduring Critical Affair", *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Ed. Peter Langford, Ian Bryan, John McGarry, Springer, 2017, s. 294.

³⁸ Bodenheimer, Edgar. "Law as a Bridge Between Is and Ought", *Ratio Juris*, Vol. 2, No. 1, 1988, s. 137. Biçim-içerik ayrımının Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı'na olan etkisine dair bütüncül değerlendirme için bkz. Altunsu, Onur. "Hans Kelsen'in Genel Hukuk Kuramını ve Demokrasi Anlayışını Birlikte Düşünmek Mümkün müdür?", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Ed. Zeynep İspir, Funda Kaya, Emre Şimşek, 29. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2021, s. 35 vd. Farklı alt kategorilere ayrılan ve "hukuki pozitivism" olarak kavramsallaştırılan kuram üzerinden genelgeçer önermelere başvurmanın sakıncalı olduğu kanaatindeyiz. Austin, Kelsen, Hart, Raz ve diğerleri aynı kuram altında zikredilmekte, çoğu zaman birbirilerine yönelttikleri eleştiriler üzerine kendi hukuk anlayışlarını bina ettikleri göz ardı edilmektedir. Fakat metinde Bodenheimer'in düşünceleri tartışıldığından, hukuki pozitivism konusundaki genellemeci yaklaşımını aktarmada sorun görmedik.

³⁹ Bodenheimer, Edgar. "Analytical Positivism, Legal Realism, and the Future of Legal Method", *Virginia Law Review*, Vol. 44, 1958, s. 373, 375.

⁴⁰ Hukukta boşluğun olduğu, yasanın belirsiz ifadeler veya adalet, kamu yararı gibi genel ilkeler içerdiği durumlar kastedilmektedir. Bodenheimer, 1988, s. 151.

mahkeme kararıyla birlikte hukuki nitelik kazanır⁴¹. Böyle durumlarda yargıcın adalet veya hakkaniyet gibi ilkelere başvurması pozitivistlerce hoş karşılanmaz. Daha doğrusu, savundukları olan-olması gereken ayrımının zedeleneceği endişesine kapılmalarına ve tutarsızlığı azaltmak adına yeni çareler aramalarına yol açar⁴².

Söz gelimi, Kelsen, mahkeme kararının seyrini genel normun belirlediğini ve bu doğrultuda yargıçların davayı kabul etme (davalıyı mahkûm etme) veya reddetme (davalıyı aklama) gibi iki olasılığının bulunduğu dikkat çeker. Somut olayla ilişkilendirilecek genel normun olmaması halinde mahkeme, davalı eyleminin bir bütün olarak *hukuk düzeni* tarafından yasaklanmadığı gerekçesiyle, aleyhe açılan davayı reddedecektir. Öyleyse normun yokluğu, her zaman yasa koyucunun öngörüsüzlüğünden kaynaklanmaz. Zira yasa koyucu böyle bir eylemin hukuk düzeni tarafından yasaklanmasını uygun bulmadığı için norm ihdas etmemiş olabilir. Böyle bir yaklaşımın hukuktaki öngörülebilirliği artırdığına şüphe yoktur. Oysa yaygın kabul gören anlayışa göre yargıç, kararla birlikte ortaya çıkacak sonucun kendi perspektifinden adaletsiz olduğunu ve hukukun bu duruma kayıtsız kalamayarak müdahil olması gerektiğini düşünür. Hukukta boşluk olduğu gerekçesine sığınarak arzu ettiği sonucu üretecek bir norm yaratır⁴³.

Yargıcın durumdan vazife çıkarmasına tepkilidir, Kelsen. Bir bütün olarak hukuku somut olaya uygulamak ve davayı reddetmek yerine “boşluk” kurgusuna başvurmasına anlam veremez. Fakat hukuk düzeni, yargıcı böyle durumlarda adalet ve hakkaniyet ilkelerinden yararlanması ve dolayısıyla hukuk yaratması konusunda yetkili kılmışsa, Kelsen’in itirazı geçerliliğini kaybeder. Tıpkı Medeni Kanun’un 1. maddesinde boşluk doldurma yetkisinin yargıca tevdi edilmesinde olduğu gibi, yargılama aşamasında hukuk ve ahlak ayrımı yasa koyucu eliyle sona erdirilir⁴⁴.

Ezcümle, Bodenheimer nezdinde, hukuk yargıcın eviyse şayet, yargılama da evin ahlaka açılan kapısıdır. Yargıç hukukta boşluğu doldurma yolunu tercih ettiğinde, yasayı uygulamasının kamu politikasına yahut adalete ters düştüğüne ikna olduğunda veya yasadaki anlam bulanıklığını giderdiğinde gerçekleştirdiği yaratıcı faaliyetle kapıdan dışarı çıkarak olan ve olması gereken ayrımına son verir. Söz konusu ayrımı ortadan kaldırması, bazen hukukun bahsettiği yetkiyle bazen de zorunluluk gereği olur. Kendi değerlerini de dahil ettiği karar verme süreci, hukukun kaynaklarını formel yönden teşhis etmekle ilgilenen pozitivistler için öngörülemezdir. Çünkü adalet veya toplumsal politikayla iç içe geçmiş öznel değerler, pozitivistlerin arzu ettiği kesinlikten uzaktır⁴⁵.

B. Çekirdek Alan-Gölgeli Alan Ayrımının İşlevi Üzerine

Yargılama üzerinden hukuki pozitivistin müşterek metodolojik argümanı (olan-olması gereken ayrımı) ilgili eleştirilere yer verdikten sonra, Bodenheimer’in Hart’a yönelik diğer

⁴¹ Bodenheimer, Edgar. “The Notion of Positive Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 26, No. 1, 1978, s. 20.

⁴² Bodenheimer, 1988, s. 141.

⁴³ Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*, Translated By: Max Knight, 5th Edition, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2008, s. 242-243.

⁴⁴ Kelsen, 2008, s. 244.

⁴⁵ Bodenheimer, 1988, s. 151.

ithamlarına geçebiliriz. Bu ithamlar, temel olarak, yargısal yaşamayla birlikte sorgulanır hale gelen olan-olması gereken ve dolayısıyla hukuk-ahlak ayrımını hukuki pozitivizmin çeşitli vesilelerle ayakta tutma girişimini hedef alır. Hart'ın buradaki rolü, yargılamanın sanıldığı gibi zorunlu biçimde ahlaka başvuruyu gerektirmeyen bir aşama olduğuna bizleri ikna etmektir. Bodenheimer'e göre, Hart'ın konu hakkındaki ilk uğrağı, çekirdek alan-gölgeli alan ayrımıdır.

Yasayı oluşturan kelimelere karşılık geldiğı varsayılan (çekirdek alan) gerçekliklerin yargılanmasında, hukukun diğer alanlardan yardım alması gerekmez. Yasa, sonucu tayin etmeye muktedirdir. Kırmızı ışıkta geçen araç sürücüsüne para cezası verilmesini öngören bir yasa karşısında, tartışmaya mahal vermeyen bazı örneklerden söz edilebilir. Eğer ihlali yapan, bir taksi veya kamyonetse olayın yasa kapsamında olduğuna şüphe yoktur. Çekirdek alanın dışında kalan durumlarda (gölgeli alan) ise yargıcın karar verme süreci çok daha karmaşıktır. Yargıç, olayın yasa kapsamında yer aldığı konusunda peşin hükümlü olamaz. Çünkü gölgeli alandaki araçlar, çekirdek alanda yer alan araçların yalnızca bazı özelliklerini ihtiva eder ve bu yüzden de belirsizlik havası yaratır. Söz gelimi, bisiklet veya kaykay kullanılarak mezkûr yasanın ihlal edildiğı iddiasıyla yapılan yargılamada, yargıç bunların araç kategorisinde yer alıp almadığını basit bir dedüktif muhakemeye tespit edemez. Yasanın lafzı yerine hangi toplumsal amacı yerine getirmek üzere ihdas edildiğini araştırmak zorunda kalacaktır⁴⁶.

Bodenheimer'in iddiasına göre, Hart, yargıçların gölgeli alanları ilgilendiren sorunlarla sıklıkla karşılaşmadığını savunduğı için olan-olması gereken ayrımını muhafaza etmeye çalışmaktadır. Yargılamanın özü, genelde anlamı açık yasalardan mürekkep hukukun kendi içinde bir sonuca varmasını temin etmektedir. Yargılama büyük ölçüde çekirdek alanda gerçekleştiğı için hukukun ahlakla kurduğı ilişki, Hart eliyle önemsizleştirilmeye çalışılır⁴⁷.

C. Hukukun Otonom Bir Alan Olduğı İddiası

Bodenheimer, çok daha radikal bir söylemi, Hart'ın tanımlamayla ilgili görüşlerini dile getirdiğı -metnin ilk bölümünde zikredilen- açılış konuşmasındaki şu sözlerine referansla yöneltir: "(...)Hukuki kavramların onların özel karakterlerine makul şekilde uyarlanmış yöntemler aracılığıyla izah edilebileceğini önermek istiyorum"⁴⁸. İddia odur ki, Hart, bu söylemiyle hukuksal süreçlerin başka alanların desteğine gereksinim duymadan tamamlanacağını ima eder. Bilhassa yargılamada önem kazanan hukuki muhakeme aracılığıyla, mahkeme önüne gelen ihtilafların hukuk sınırları içerisinde çözüleceğı iddiasındadır. Böylece hukuku "kendine yeten bir disiplin" olarak tasarlar⁴⁹.

Amerikalı Profesör Bodenheimer, hukuku otonom bir alan olarak ilan eden analitik hukuk kuramını bu kısa söylemiyle eleştirir. Hart'ın Amerika'da bulunan Harvard Üniversitesi'ni ziyaretinden (1956-1957) üç ay kadar önce yönelttiğı bu eleştirinin iki açıdan yararlı olduğu söylenebilir. Hart, evvela geliştirdiğı analitik hukuk biliminin Amerika Birleşik Devletleri'nde

⁴⁶ Hart, 2015, s. 128; Hart, 1994, s. 126.

⁴⁷ Bodenheimer, 1988, s. 142.

⁴⁸ Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", s. 21.

⁴⁹ Bodenheimer, Edgar. "Modern Analytical Jurisprudence and The Limits of Its Usefulness", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1956, s. 1080-1082.

nasıl değerlendirildiğini görme fırsatı yakalar. İkinci olarak, analitik hukuk bilimini hukuki formalizmden ayıracak şekilde izah eder ve vurguyu o yöne kaydırır⁵⁰. Her ne kadar kuramsal açıdan bir eksen kaymasına yol açmasa da Hart, bu eleştirinin kendisi için önemini şöyle anlatır: “(...) Beni dogmatik uykumdan uyandırmak için yeteri kadar uzun olduğunu umduğum kısa bir eleştiriye tabi tuttu”⁵¹.

Analitik hukuk bilimini hukuki formalizmle özdeş kılan tek Amerikalı hukukçu Bodenheimer değildir. 1916-1936 yılları arasında Harvard Üniversitesi'nin dekanlığını yapan Roscoe Pound da benzer bir bakış açısıyla analitik hukukçuların hukuk bilimini başka disiplinlerin etkisi altına girmeyecek şekilde tasarladıklarından dem vurur. Bu tasarıda hukuk kuralları mantıksal olarak birbirine bağlanır ve insan ilişkilerine bütünüyle nüfuz eder⁵². Böylece yargı önüne gelen her olayın -olumlu veya olumsuz- hukuken bir karşılığı vardır. Yargılamayı müteakiben verilecek karar, kompleks bir muhakeme sürecine değil, pekâlâ basit, dedüktif muhakemeye dayandırılabilir⁵³.

IV. HART'IN BODENHEIMER'A YANITLARI: ANALİTİK HUKUK BİLİMİ NE DEĞİLDİR?

A. Hukukun Otonom Bir Alan Olduğu İddiasına Yanıt

Bodenheimer'in son iddialarından başlayalım. Hart, karşı savlarını gerekçelendirmek suretiyle kaleme aldığı makalesinin bir yanıtta çok daha fazlasını içerdiğini söyler. Evvela Bodenheimer'in analitik hukuk bilimine yönelik anlayışının sorunlu olduğu kanaatinde. Sorunludur, çünkü hukukun kendisi ile hukuka özgü kuramları ayırma becerisini gösterememektedir. Hukuk pratiği, toplumsal hayata nüfuz eden işleyişinde farklı disiplinlerle olan bağlantısı üzerinden değerlendirilebilir. Oysa hukuk kuramı, hukuku kendi sınırları içerisinde analiz etme ve açıklama iddiasındadır⁵⁴. Bodenheimer bu ayrımı yapamadığı için, hukuku dışarıyla bağlantısı kesilmiş, yargılamada dahi kendine yeterli bir alan olarak tasvir ettiği gerekçesiyle Hart'ı itham eder. Hart ise bu itham karşısında aslında yanıt vermenin dahi gerekmediğini düşünmektedir. Çünkü zaten Oxford Üniversitesi'ndeki açılış dersinde, dedüksiyon vasıtasıyla karara varmanın, diğer ifadeyle somut olayın genel ve soyut kurallara arz edilmesine binaen doğrudan sonuç çıkarmanın hukuksal muhakemede çok az yer tuttuğunu ve bu yöndeki kanaatin realistler sayesinde daha görünür hale geldiğini kabul eder⁵⁵.

⁵⁰ Shaw, Geoffrey C. “H.L.A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 2, 2013, s. 687-688.

⁵¹ Hart, H. L. A. “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, No. 7, 1957, s. 953.

⁵² Pound, Roscoe. *Law and Morals*, 2nd Edition, The University of North Carolina Press, 1926, s. 41-42.

⁵³ Bodenheimer, 1958, s. 365-366.

⁵⁴ Hart, 1957, s. 954; Lacey, Nicola. “The Path Not Taken: H. L. A. Hart's Harvard Essay on Discretion”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 2, 2013, dp. 10, s. 638.

⁵⁵ Hart, “Definition and Theory in Jurisprudence”, s. 25; Hart'a göre realistler, “insanların dikkatlerini mahkemelerin karar verme sürecinde gerçekte ne olup bittiğine çektiler ve yargısal kararın fiili olguları ile geleneksel terminolojinin bunu tamamen mantıksal bir işlem gibi tanımlaması arasındaki karşıtlığı göstermeleri hayli aydınlatıcı oldu”. Hart, 2015, s. 119-120. Hart'a cevap niteliğinde kaleme aldığı makalesinde, bu kez Hart'ın realistlerle ilgili sözlerini

Hart, hukukun diğer disiplinlerle olan etkileşimini onayladıktan ve hakkındaki “formalist hukukçu” algısını değiştirdikten sonra, kavramsal analizin hukuk eğitimindeki rolünü önemsediğinin altını çizer. Ona göre, hukuki kavramlar üzerinde yoğunlaşmak, diğer sosyal disiplinlere ait kavramlara ayrılan zamana nazaran çok daha verimli ve öğreticidir. Hukuk eğitiminde kavramsal analizi öncelimenin getirdiği faydalardan hareketle “modası geçmiş mekanik hukuk bilimi” çıkarımı yapmak, ancak vasatın altında bir yorum faaliyetini takip edebilir⁵⁶.

Bodenheimer’in analitik hukuk bilimini -bilhassa yargılama sürecinde- basit bir mantıksal muhakemeye indirilmesi, aslında buna benzer hataları düzeltmek adına bir fırsattır. Hart, tabiri caizse fırsattan istifade ederek, analitik hukuk bilimini katı bir formalizmle bir tutmanın yaygın yanlışlığın tezahürü olduğu kanısındadır. Çünkü hiçbir analitik hukuk bilimci, hukuksal süreçlerin mekanik bir tarzda gerçekleştiğini eserlerinde savunmaz. Zihinlerde yer eden analitik hukuk bilimi, bu kategoride yer alan düşünürlerden kopuk, bağımsız ve hayali bir kuram olarak eleştirel söylemin konusunu teşkil etmektedir. Yahut herhangi bir düşünürün yanlış anlaşılması, tüm kurama mal edilmektedir.

Nitekim analitik hukuk bilimine dair bu yaygın yanlışın nereden kaynaklandığı hakkında Austin özelinde bir fikir yürütülebilir. Austin için hukuku bilim olarak sunmanın zorunlu koşulu, onu diğer alanlardan ayırmaktır⁵⁷. Fakat bu ayırım, hukuki muhakemenin yasalarla çevrelendiği veya yasaların her ihtilafı çözmeye muktedir olduğu şeklinde düşünülmemelidir. Yargıç, muhakeme sürecinde başka alanlara özgü kavram veya bilgidan istifade etmek suretiyle ihtilafı karara bağlayabilir. Yargılamanın bu dışa dönüklüğü, -Bodenheimer nezdinde tutarsızlığa yol açsa da- asla mekanik bir süreci içermemektedir. O yüzden hukuki pozitivizmin (veya onun görünümünden biri olan analitik hukuk biliminin) yargılamada ahlaki olanla kurulan ilişki üzerinden eleştirilmesi, olan-olması gereken ayırımına uymadığı gerekçesiyle makul karşılanabilir. Fakat eleştirinin kapsamı, hukuku kendi kendine işleyen bir mekanizma gibi sunacak şekilde genişletilirse, Hart’ın buna itirazı olacaktır.

B. Çekirdek Alan-Gölgeli Alan Ayırımına Dair

Analitik hukuk bilimi, kavramların salt belirli ve sabit anlamları olduğunu destekleyen bir öğretide değildir. Odağında kavramların yer alması, belirsizliği ortadan kaldırmak gibi iddialı bir amacı yerine getirmeye yeltendiği anlamına gelmez. Aksine, hukuki süreçlerin tamamlanmasında kavramların sınırlı otoritesini kabul eder. Bu nedenle dış dünyadaki gerçekliklerin veya olayların genel ve soyut yasalar tarafından kusursuz biçimde içerilmesi olanaksızdır. Yasa ve olay arasındaki ilişkiyi saptamak üzere yargıcın diğer disiplinlere yönelmesi, ne kadar kazuistik olursa olsun her hukuk sisteminde sürecin önlenemez bir aşamasıdır⁵⁸.

doğrudan alıntılan Bodenheimer, hukuki realizmle ortak biçimde modern analitik hukuk biliminin kavramların tek anlamlılığına şüpheyle yaklaştığını onaylamak durumunda kalır. Bodenheimer, 1958, s. 372.

⁵⁶ Hart, 1957, s. 955.

⁵⁷ Austin, John. *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 27.

⁵⁸ Hart, 1957, s. 957.

Hart, dilin doğasından kaynaklanan bu belirsizlik halini “açık metin⁵⁹” adıyla kavramsallaştırır. İçinde yaşadığımız dünyanın olası koşullarını sınırlandırma ve meydana gelecek olayları öngörme kudretinden yoksun olduğumuz için, belirsizliği deneyimlemeye yazgılı olduğumuzu söyler. Gelecekteki olayları öngörememe hali, amaçlarımız hakkındaki bilgisizliğimizi de tetikler. Söz gelimi, huzur ve sükûnetin sağlanması amacıyla “parka taşıt giremez” kuralı konulmuş olsun. Otomobil veya otobüsün bu kural kapsamında yer aldığı konusunda genel bir uzlaşıdan söz edilebilir. Fakat öngörülemeyen bazı olaylar karşısında kurala içkin amaç yeniden sorgulanır hale gelir. Parkta elektrikli oyuncak arabayla oynama isteğinde olan çocukların mutluluğu karşısında kuralın amacı doğrultusunda uygulanıp uygulanmayacağı yeniden değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Neticede yetkilileri çatışan menfaatler arasında tercihte bulunmaya zorlayan, kuralların açık metnidir⁶⁰.

Açık metin veya gölgeli alandaki belirsizlik, kuralların asli ve zorunlu özelliği değildir. Hatta kuralların davalara genelde sorunsuz bir biçimde uygulandığı ima eder, Hart⁶¹. Bunu söylerken de maksadı, yargılamaların çoğu kez hukuk sınırları içerisinde gerçekleştiğini vurgulamak değildir. Bodenheimer’in iddia ettiği gibi olan-olması gereken ayrımını muhafaza etme kaygısı da taşımaz. Tüm yasaların tıpkı çekirdek alanda olduğu gibi, gölge sorunlarıyla yüzleşeceği pek çok olay tarafından da kuşatılabileceğini kabul eder. Gölge sorunlarının “hep bizimle birlikte” olduğunu söylerken haklıdır⁶².

Hart, gölge sorunlarında hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki kurmanın hatalı olduğunu “olması gereken” e atfettiği geniş anlamla izah eder. Olması gereken tabiriyle, hukukun somut olayla ilişkisinde üstlenmesi beklenen role ilişkin bir *eleştiri standardı* kastedilmektedir. Ancak, bu standardın ahlaki çerçevede ele alınma zorunluluğu yoktur. Yargıçlar, ahlakın dışında spesifik bir amacı veya politik istikameti de takip ediyor olabilirler. Yargılamada hukukun diğer alanlarla kurduğu irtibatı ahlaka indirgememek gerekir⁶³.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Hart ve Bodenheimer arasında, analitik hukuk biliminin ne olmadığı üzerine başlayan tartışma, her iki tarafın hukuk kuramları hakkında bilgi verir. Hart’a göre, kavramlar arasındaki anlam ilişkisinin açığa çıkarılması, hukuk eğitimine sunduğu katkı bakımından yadsınamaz. Bodenheimer ise kavramlara atfedilen rolün abartıldığı kanaatinde ve daha da ileri giderek kavramsal analiz odaklı kuram sayesinde hukukun başka disiplinlere ihtiyaç duymayacak şekilde tasarlandığını iddia eder. Böylece yargılama dahil tüm hukuki faaliyetler, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde yürütülecektir.

⁵⁹ Münhasıran bu konuda detaylı biçimde kaleme alınmış çalışma için bkz. İspir Toprak, Zeynep. H. L. A. *Hart’ta Açık Metin Kavramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.

⁶⁰ Hart, 1994, s. 128.

⁶¹ Hart, 1994, s. 128.

⁶² Hart, 2015, s. 128.

⁶³ Hart, 2015, s. 120.

Oysa Hart, yargıcın muhakeme aşamasında hukuka koşulsuz sadakatini destekleyen bir görüş bildirmez. Aksine, her yasanın çekirdek alan dışında bir belirsizliği ihtiva ettiğini ve yasanın bu gölgeli alanında yargıcın metajüridik unsurlara başvurmasının kaçınılmaz olduğunu ifade eder. Yine de hasmane bir tutum sergilemek yerine, kendisine yöneltilen yersiz ithamın analitik hukuk bilimi hakkında buna benzer yanlış anlaşılmalara gidermek için olanak sunduğunu belirtir.

Ne var ki bu Hart, analitik hukuk biliminin kapalı mantıksal bir sistem olmadığını gerekçelendirirken Bodenheimer'in anmadığı ismi gündeme getirmekle hata eder. Tartışmayı kendi yörüngesinden çıkararak Austin'in analitik kuramını da içerecek şekilde safını genişletmeye yeltenir. Bodenheimer, hukuku otonom bir bilim olarak sunduğu iddiasını Hart'a yöneltilir, Austin'e değil ve dolayısıyla Austin'in dedüktif muhakemeyi yargılamadaki tek karar alma yöntemi olarak tanımadığını ve kendisinin de bu konuda malumatı olduğunu ayrıca söylemek durumunda kalır⁶⁴.

Bu tartışmada Bodenheimer, hukuku ahlaktan ayrı konumlandırın ve olan-olması gereken ayrımı yapan hukuki pozitivizmin yargılamada ahlaki ilkelere başvurulması durumunu izah etme güçlüğünden medet umar. Hart ise bu güçlüğü "olması gereken" tabirinin ahlaki aşan bir anlam içeriğine sahip olduğunu dile getirerek aşmaya çalışır. Zor davalarda yargıcın mutlaka ahlaktan yararlanması gerektiğini, yasanın mümkün anlamlarını yalnızca ahlakın şekillendirmediğini ima eder. Kaldı ki yasa koyucu ve yargıcın konumları arasındaki koşutluğu göz ardı eder, Bodenheimer. Çünkü yargılama üzerinden getirdiği eleştiriye bakılırsa, yasa koyucu da tıpkı yargıç gibi ahlaki bir ilkeyi yasalaştırabilir. Ancak, her ikisi için de böyle olması zorunlu değil, rastlantısaldır.

KAYNAKÇA

Altunsu, Onur. "Hans Kelsen'in Genel Hukuk Kuramını ve Demokrasi Anlayışını Birlikte Düşünmek Mümkün müdür?", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)*, Ed. Zeynep İspir, Funda Kaya, Emre Şimşek, 29. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2021, ss. 28-45.

Aristoteles, *Metafizik*, Çev. Ahmet Arslan, Ege Üniversitesi Basımevi, İzmir, 1993.

Aristoteles, *Organon V, Topikler*, Çev. H. Ragıp Atademir, MEB Yayınları, İstanbul, 1996.

Austin, John. "On the Study of Jurisprudence", *Lectures on Jurisprudence*, Vol. II, 5th Edition., Ed. Robert Campell, John Murray, London, 1911, s. 1071-1091.

Austin, John. *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015.

Bayles, Michael D. *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992.

⁶⁴ Bodenheimer, 1958, s. 266-267.

- Bentham, Jeremy. "Essay on Logic", *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. VIII, Ed. John Bowring, William Tait, Edinburgh, 1843, ss. 213-294.
- Bentham, Jeremy. *A Fragment of Government*, Ed. F. C. Montague, Clarendon Press, Oxford, 1891.
- Birmingham, Robert. "Hart's Definition and Theory in Jurisprudence Again", *Connecticut Law Review*, Vol. 16, 1984, ss. 775-801.
- Bodenheimer, Edgar. "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science: A Reply to Hans Kelsen", *The Western Political Quarterly*, Vol. 3, No. 3, 1950, ss. 335-363.
- Bodenheimer, Edgar. "Power and Law: A Study of the Concept of Law", *Ethics*, Vol. 50, No. 2, 1940, ss. 127-143.
- Bodenheimer, Edgar. "Modern Analytical Jurisprudence and The Limits of Its Usefulness", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1956, ss. 1080-1086.
- Bodenheimer, Edgar. "Analytical Positivism, Legal Realism, and the Future of Legal Method", *Virginia Law Review*, Vol. 44, 1958, ss. 365-378.
- Bodenheimer, Edgar. "The Province of Jurisprudence", *Cornell Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, 1960, ss. 1-15.
- Bodenheimer, Edgar. "The Case against Natural Law Reassessed", *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 1, 1964, ss. 39-54.
- Bodenheimer, Edgar. *Treatise on Justice*, Philosophical Library, New York, 1967.
- Bodenheimer, Edgar. "The Notion of Positive Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 26, No. 1, 1978, ss. 17-29.
- Bodenheimer, Edgar. "Law as a Bridge Between Is and Ought", *Ratio Juris*, Vol. 2, No. 1, 1988, ss. 137-153.
- Bronzo, Silver. "Bentham's Contextualism and Its Relation to Analytic Philosophy", *Journal for the History of Analytical Philosophy*, Vol. 2, No. 8, 2014, ss. 1-41.
- Chiassoni, Pierluigi. "Kelsen and Natural Law Theory: An Enduring Critical Affair", *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Ed. Peter Langford, Ian Bryan, John McGarry, Springer, 2017, ss. 275-301.
- Hacker, P. M. S. "Definition in Jurisprudence", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 19, No. 77, 1969, ss. 343-347.
- Hart, H. L. A. "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, No. 7, ss. 953-975.
- Hart, H. L. A. "Definition and Theory in Jurisprudence", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, ss. 21-48.

- Hart, H. L. A. “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, ss. 265-277.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 2nd Edition, Ed. A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Hart, H. L. A. “Introduction”, *Essays on Bentham*, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford, 2001, ss. 1-20.
- Hart, H. L. A., “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, Çev. Ertuğrul Uzun, *H. L. A Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, Ed. Sercan Gürler, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 101-151.
- İspir Toprak, Zeynep. H. L. A. *Hart’ta Açık Metin Kavramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*, Translated By: Max Knight, 5th Edition, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2008.
- Lacey, Nicola. “The Path Not Taken: H. L. A. Hart’s Harvard Essay on Discretion”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 2, 2013, ss. 636-651.
- Menne, Albert. *Mantığa Giriş*, Çev. Lokman Çilingir, Elis Yayınları, Ankara, 2005.
- Özlem, Doğan. *Mantık*, 12. Baskı, Notos Kitap, İstanbul, 2011.
- Pound, Roscoe. *Law and Morals*, 2nd Edition, The University of North Carolina Press, 1926.
- Rumble, Wilfrid E. “Austin in the classroom: Why were his courses on Jurisprudence unpopular?”, *The Journal of Legal History*, Vol. 17, No. 1, 2007, ss. 17-40.
- Shaw, Geoffrey C. “H.L.A. Hart’s Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 2, 2013, ss. 666-727.
- Summers, Robert S. “Professor H. L. A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal*, Vol. 1963, No. 4, 1963, ss. 629-670.
- Şahin Ceylan, Şule. *H. L. A. Hart’ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Türkmen Birlik, Pınar. “H. L. A. Hart’ın Hukuk Anlayışında Gündelik Dil Felsefesinin Etkileri”, *Beytulhikme An International Journal of Philosophy*, Cilt: 11, Sayı: 2, 2021, ss. 781-797.
- Üye, Saim. “Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 114, 2014, ss. 361-380.

Dijital Çağın Gözde Mesleği “Influencerlık” Ve Influencerların Hukukî Statüsü

Kübra DEMİR 

Dr. Öğretim Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Sivas Türkiye
koz@cumhuriyet.edu.tr
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
Makale Geçmişi Geliş: 13.09.2022 Kabul: 02.11.2022 Yayın: 08.01.2023	Üretim sürecini doğrudan etkileyen dijital teknolojiler aynı zamanda üretim sürecinin değişmesinde de yadsınamaz bir paya sahiptir. Üretim, teknolojik gelişmelerin odağıdır ve çalışma hayatını da pek çok açıdan etkilemektedir. Bu süreç tipik istihdam modellerinin yerine atipik istihdam modellerinin doğmasına neden olmuştur. Sosyal medya kullanımının yaygınlaşması ile beraber üretim aşamasına etki eden bir kavram ortaya çıkmıştır “influencerlık”. “Sosyal medya aracılığıyla farklı ürün veya hizmetleri kullanarak takipçilerini etkileyen kişi” olarak tanımlanan influencerlık, çağın yeni ve gözde mesleği halini almaktadır. Influencerlar tarafından yerine getirilmekte olan ve “hatırlı pazarlama” olarak da adlandırılan “Influencer Marketing” kavramı da dijital çağın getirdiği ve üretim ve pazarlama süreçlerinin çok büyük bir hızla dönüşümüne neden olan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.
Anahtar Kelimeler: Influencer, Hatırlı Pazarlama, Influencer Sözleşmeleri, Dijital Çağ, İşbirliği Yasası.	Influencerlık sözleşmeleri; influencerlar ile üreticiler arasında yapılan sözleşmeler olup bu sözleşmeler ile ürün ve hizmet tanıtımı influencerlar tarafından üstlenilmektedir. Influencerlık sözleşmeleri, Türk hukukunu pek çok açıdan ilgilendiren ivazlı, herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Niteliği itibarıyla atipik sözleşmeler olan influencer sözleşmeleri, içeriğinde bulunan çeşitli yükümlülükler dolayısıyla birden fazla sözleşmede bulunan yükümlülüklerle temas etmektedir. Bu çalışma kapsamında influencerlık sözleşmelerinin içeriği incelenmeye çalışılacak ve bu sözleşmelerin iş görme sözleşmeleri ile bağlantılı olup olmadıkları açıklanmaya çalışılacaktır.
	Influencerlık sözleşmelerinin tarafı olan influencerların hukukî niteliği de bu kapsamda değinilmesi gereken noktalardan bir diğerini oluşturmaktadır. Influencerların, üreticilerle yaptıkları “işbirliği”nin kapsamı influencerların hukukî statülerinin belirlenmesinde etkili olacaktır. Bu kapsamda influencerlar iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçi mi yoksa bağımsız çalışan kimseler midir? Bu durumun tespiti önem arz etmektedir. Bu soruların cevabı influencerların yaptıkları iş birliklerinin içerikleri kapsamında değişkenlik gösterebilir mi çalışma kapsamında ele alınacak konulardandır.
	2021 yılında Ticaret Bakanlığı’nın yayımlanmış olduğu kılavuz kapsamında influencerlar tarafından yapılan işlere yönelik konulan kurallar ile hukukun iyiden iyiye parçası haline alan bu sektörün çalışma hayatına olan etkisi ve bu kapsamda karşılaşılabilecek hukukî meseleler bu çalışmanın temel konusunu oluşturacaktır.

Influencer: The Popular Profession Of The Digital Age And Their Legal Status

Article Info	Abstract
Article History Received: 13.09.2022 Accepted: 02.11.2022 Published: 08.01.2023	Digital Technologies in the transition to production also have digital Technologies in the production phase simultaneously. Technological developments focus on production, affecting working life in many ways. This process results in the emergence of atypical employment models instead of typical employment models. With the widespread use of social media, a concept that affects the production stage has emerged, “influencer.” Influencer, defined as “the person who influences her followers by using different products or services through social media,” has become the new and favorite profession of the age. An influencer can be defined as “a person who influences his/her followers by using different products or services through social media.” The concept of “Influencer Marketing” appears as a concept brought by the digital age and causes a rapid transformation of production and marketing processes.
Keywords: Influencer, Influencer Marketing, Influencer Contracts, Digital Age, Cooperation Law.	Influencer contracts are signed between influencers and producers through influencer agencies. With these agreements, influencers undertake product or service promotion. Influencer contracts are modest contracts that concern Turkish law in many aspects, is not subject to any form of conditions and impose obligations on both parties. Influencer contracts are atypical contracts and touch more than one contract. Within the scope of this study, the content of influencer contracts will be examined. The connection of the contract with the employment contracts will be discussed.

What is the legal nature of influencers? This is one of the topics that will be discussed in this study. In this direction, are influencers workers or independent workers? Can the answer to these questions change with the agreement of influencers with producers? In this study, these questions will be tried to be answered.

The Ministry of Commerce published a guide concerning influencers; with it, influencers have become a part of working life. The effect of influencers on working life and legal problems in working will also be examined within the scope of this study.

Atıf/Citation: Demir, K. (2023). “Dijital Çağın Gözde Mesleği “Influencerlık” Ve Influencerların Hukukî Statüsü”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 43-59.

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

Dijital dünyada meydana gelen baş döndürücü gelişim ile beraber çalışma hayatı da pek çok farklı alanda etkilenmiştir. Dijitalleşmenin çalışma ilişkilerine olan etkisi geniş anlamda işin görülmesi aşamalarında teknolojik gelişmelerden, internet kullanımından ve bilgi işlem teknolojilerinden daha yoğun bir şekilde yararlanma olarak özetlenebilir. Dijitalleşme yalnızca iş ilişkilerini atipik hale getirme şeklinde bir sonucu değil aynı zamanda geleneksel üretim yöntemlerinin yerini alarak işgücüne duyulan ihtiyacı azaltma gibi bir sonucu da doğurmuştur.¹

Dijitalleşmenin getirilerinden birisi olan ekonomide yenilikçilik (inovasyon), kişilerin uygun maliyetli çalışma arayışlarına neden olmuştur. Dijital platformlar tam da bu noktada emek platformları gibi yeni çalışma ortamlarının oluşumlarına vesile olmuştur. Türkiye’de de hızlı bir şekilde yaygınlaşmaya başlayan bu platformların hukukî statüleri ve buna bağlı olarak platformlar aracılığıyla çalışanların da hukukî konularının belirlenmesi gerekliliği gündeme gelmiştir.²

Endüstri 4.0. olarak adlandırılan insan emeğinin olabildiğince az kullanıldığı, kendiliğinden yapılandırma, kendi kendini denetleme gibi özelliklere sahip olan dördüncü sanayi devrimi olarak nitelendirilen bu çağda tüm nesnelere internet ortamında birbiri ile etkileşim içerisinde girmekte ve dijital iş ortamında hata payı en aza düşürülerek, verimliliğin artırılması hedeflenmeye çalışılmaktadır. Söz konusu durum ile var olan pek çok mesleğin ortadan kalkması ve veri bilimcisi ya da dijital platformlar aracılığıyla yeni meslek gruplarının ortaya çıkması öngörülmektedir.³

Dördüncü sanayi devriminin bir sonucu olan dijital platformlar aracılığıyla yerine getirilen ve son zamanların gözde mesleği olarak nitelendirilen mesleklerden birini de “influencerlık”

¹ Yıldız, Gaye Burcu. “Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukukî Statülerinin Belirlenmesi”, *Sicil*, Sayı:46, 2022, s. 29.

² Sözer, Ali Nazım. “Hizmet Platformlarının ve Çalışanlarının Hukukî Konumu-İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 71, 2021, s. 967.

³ Dulay Yangın, Dilek. “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukukî İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İÜHFMD*, 78 (3), 2020, s. 1213-1214.

oluşturmaktadır. Çalışma kapsamında ilk olarak influencerlık mesleğinin yerine getirildiği dijital platformlara kısaca değinilecek ve bu platformlar üzerinde yapılan influencerlık sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin hukukî niteliği açıklanmaya çalışılacaktır. Çalışmanın devamında ise influencerların hukukî statüsünün ne olduğu ya da influencerların hangi hukukî statüde değerlendirilmesi gerektiği hakkında bilgi verilecektir.

I. DİJİTAL PLATFORM

Çoğunlukla elektronik araçları ya da süreçleri nitelendirmek amacıyla kullanılan dijital kavramı, bu yaygın anlayışın aksine elektronik cihazları değil, verinin elektronik olarak işlenmesini göstermektedir. Geçmişten günümüze kadar bilgiyi sayısal yöntemlerle işlemeyi niteleyen bir kavram olan dijital kavramı küreselleşme ile beraber ivme kazanmış ve “verinin sayısal olarak işlenerek insanlar tarafından kullanılması” olarak değerlendirilmiştir.⁴

Çalışma hayatının içerisine dâhil olan dijital teknolojiler ile beraber yeni iş modelleri ortaya çıkmış ancak bu durum beraberinde bir terminoloji boşluğunu da getirmiştir. Konuyu çalışma ve emek odağında ele alan yazarlar daha çok dijital çalışma gibi terimleri kullanmaktadır. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesi ve akıllı telefonların kullanımında meydana gelen olağanüstü artış sanal platformların ve platform üzerinden yürütülen iş ilişkilerinin doğumuna neden olmuştur. Arz ve talebin bir araya gelmesi ile pazarı oluşturan bu platformlar sayesinde mal ya da hizmet paylaşımında bulunmaktadır.⁵

Bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen gelişmeler ile mal ve hizmetlere ihtiyaç duyan kimseler bu ihtiyaçlarını doğrudan, çok hızlı ve etkili bir biçimde ulaşma imkanına kavuşmuş söz konusu durum beraberinde işletmelerin istihdamı dışsallaştırma eğilimini kolaylaştırmıştır. “*Online gig economy*” yeni nesil esnek ekonomi/çalışma olarak kullanılan dijital platform ekonomisi yaygınlaşmaya başlamıştır.⁶

Dijitalleşmenin bu etkisi ile beraber adeta dijitalleşme kendi kültürünü oluşturmuştur. Dijital kültür olarak adlandırılan bu kültür, dijital medya araçları sayesinde yaratılan bir dizi süreci ve bir dizi ürünü kapsamaktadır. Dijital platformlar bireylerin yaşamında konumlanan, bireylerin yaşamında önemli bir yer tutar hale gelmiştir. Ekranlar, ağ toplumunun her alanını kapsamakta ve kişilerin günlük planları söz konusu platformlar ile şekillenir hale gelmiştir.⁷ Çalışanların bir işverene bağlı olarak tam zamanlı ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri yapmak yerine, esnek ve kısa süreli işler yapmaya başlaması ve yapmış oldukları her bir parça başına ücret almaları yeni nesil

⁴ Bozkurt, Aras vd. “Dijital Bilgi Çağı: Dijital Toplum, Dijital Dönüşüm, Dijital Eğitim ve Dijital Yeterlilikler”, *AUad*, Cilt:7, Sayı: 2, s. 36.

⁵ Baycık, Gaye./Civan, O. Ersun./Tolu Yılmaz, Hazal./Bosna, Berrin., “Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 1, Haziran 2021, s. 715, 716.

⁶ “Gig” kavramı geçini nitelikte ya da tek seferlik işler için kullanılan bir terimdir. “Online gig economy” kavramının tam çevirisi geçici iş ekonomisi olsa da bu kavramın yeni nesil esnek çalışma şeklinde çevrilmesinin doğru olacağı savunulmuştur. Aykaç, Hande Bahar. Çevrimiçi Uygulamalar Aracılığı İle Talep Üzerine Çalışma İş Modelinde İşçi Kavramının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Uber Şoförleri Örneği”, *Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri*-Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı. Ed: Kübra DOĞAN YENİSEY-Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul: Oniki Levha, 2021, s. 195.

⁷ Dijk, J. V. Ağ Toplumu. İstanbul: Epsilon, 2016, s. 323.

esnek ekonominin özelliklerindedir. Yeni nesil esnek ekonomi içerisinde başlıca iki tür çalışma türünü barındırmaktadır. Bunlardan birisi “crowdwork” denilen kalabalık çalışma bir diğeri de çevrimiçi uygulamalar aracılığıyla çalışmadır.⁸

Dijitalleşmenin çalışma hayatına olan etkileri sınırlı bir çerçevede olan sanayi üretim sürecinin baştan sona bir bilişim ağı ile yürütülme sürecini anlatan “Endüstri 4.0” ya da Dördüncü Endüstri Devrimi bağlamında tartışılrsa da bu süreç sanayi üretim faaliyetleri ile sınırlı değildir. taşınabilir dijital aygıtların iş kapsamında yoğun kullanımı, çalışanlara giyilebilir teknolojilerin uygulanması, dijital üretim ağları kullanılarak üretim yapılması, kalabalık çalışma denilen yeni çalışma türlerini içerisinde barındıran oldukça geniş bir süreçtir. Bilgi teknolojilerinin çalışma hayatına olan ilk etkisi işyerisizleşme başka bir ifade ile mekandan bağımsızlaşmadır. Öyle ki bu tür çalışmaların aile hayatı ile çalışma hayatını bağdaştırdığı ileri sürülerek teşvik edildiği örnekler de bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde çıkarılan Tele Çalışmayı Teşvik Kanunu bu örneklerden birisidir.⁹

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin performansının katlanarak artması, yapay zeka kullanımının gelişmesi ile büyük miktarda veri toplanması ve yeni robotik gelişmeler; insanlar ve nesnelere oluşan dijital ağların oluşturulması sonucunu doğurmuştur. Böylelikle dijital teknolojilerin üretim sürecine hızlı bir şekilde dahil olmasıyla beraber emek piyasaları yeniden yapılandırılmaya başlanmıştır. Bilgisayar ve internete erişebilen herkes dijital biçimde iletilebilir özelliklere sahip hizmetleri, çevrimiçi platformlar sayesinde sunabilir hale gelmiştir. Dijital çalışma platformları küresel düzeyde milyonlarca insanın çalışmasına hizmet eder hale gelmiş ve küresel işgücü piyasasının şekillenmesine de katkı sağlamıştır. Ekonomik kriz risklerinin belirsizliği, ücretlerin düşmesi, yarı zamanlı ve geçici işlere talepte meydana gelen artış dijital emek platformuna katılan çalışanların sayısının günden güne artmasına neden olmuştur.¹⁰

Dijital emek platformları içerisinde yer alan istihdam platformları; genel itibariyle mal ve hizmetlerin satışını, tedarikini ya da değişimini sağlayan ve paylaşım platformu, organize hizmet operatörü, iş platformu, elektronik kooperatifler, pazarlar, serbest platformlar veya mikro çalışma platformu olarak adlandırılabilir “işbirlikçi çalışanların” platformuna katkı sağlayan platformlardır.¹¹

Dijital emek platformlarında çalışanların sayısında meydana gelen artış ile beraber bu tarz işlerde çalışanların hukukî niteliğinin belirlenmesi konusunda güçlük ortaya çıkmıştır. Çalışma kapsamında dijital platformlarda “influencer” olarak adlandırılan kişilerin hukukî statülerinin ne olduğu hususu açıklanmaya çalışılacaktır.

⁸ Aykaç, s. 196.

⁹ Baysal, Ulaş. Dijital Zamanlarda Toplu İş Sözleşmesi. Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri-Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı. Ed: Kübra DOĞAN YENİSEY-Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul: OnikiLevha, 2021, 481.

¹⁰ Urhan, Betül. “Dijital Emek Platformlarında Toplumsal Cinsiyet Eşitsizlikleri” Çalışma ve Toplum, Cilt: 5, Sayı: 75, 2022, s. 2589.

¹¹ Laulom, Sylvaine. Ekonominin Dijitalleşmesinin İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri-Fransız Uygulaması. Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı. Ed: Kübra DOĞAN YENİSEY-Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul: OnikiLevha, 2021, s. 65.

A. Influencerlık Sözleşmeleri

Influencerlık sözleşmelerini içerisinde pek çok farklı hukuk dalını ve farklı mevzuatları barındıran bir sözleşme olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle içerik itibariyle birden fazla hukuk dalına temas etmektedir.

Sosyal medya kullanımının olağanüstü boyutlara gelmesi ile yeni tüketim alışkanlıkları da ortaya çıkmış söz konusu durum pazarlama ve reklam stratejilerini de değiştirmiştir.¹² Televizyon ve reklamlar aracılığıyla yerine getirilen reklam süreçleri bilgi ve iletişim teknolojilerinin dönüşümü ile beraber artık yerini Facebook, Instagram, Twitter gibi dijital platformlara bırakmıştır. Dijital reklam devri “influencerların” doğumunda en büyük etkidir. Mal ya da hizmet üretimi alanında pek çok firma söz gelimi oyuncak markası, otomotiv sektörü, kozmetik markalar, turizm sektörü gibi alan sınırlaması olmaksızın artık her firma ya da bireysel üreticiler influencerlarla iş birliği yaparak oldukça ses getiren pazarlamasal olarak olumlu ve oldukça talep edilen kampanyalara imza atmaktadırlar.¹³

Sosyal medya araçları üzerinden yürütülen pazarlama ve reklam faaliyetlerinin önemli bir kısmı, “influencer marketing” (hatırlı pazarlama) olarak adlandırılmaktadır. Bu faaliyetlerin merkezinde “influencer” olarak adlandırılan kişiler bulunmaktadır. Influencer marketing; sanal ortamda belirli bir grubu etkileme gücü bulunan kimselerin, söz konusu hedef kitleyi ürünü ya da hizmeti satın almaya yönlendirmek üzere oluşturulan içerikleri sosyal medya hesaplarından yayınlarak pazarlama ve reklam faaliyetinde bulunmak, şeklinde özetlenebilir.¹⁴

1. Influencerlık Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği

Günlük hayatta sıklıkla kullanılan sözleşmeler genel itibariyle Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş sözleşmelerdir. Ancak Anayasa’nın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği kişiler sözleşme taraflarını, sözleşmenin içeriğini, şeklini diledikleri gibi değiştirme hakkına sahiptirler. Söz konusu durum TBK md. 26’da da belirtilmiştir ve tarafların sözleşme içeriğini Kanunda belirtilen sınırlamalar doğrultusunda serbestçe belirleme yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Başka bir ifade ile Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü kişilerin yeni sözleşme türleri yaratabilme özgürlüğünü de kapsar.¹⁵

Sözleşme taraflarının yaptıkları sözleşmeler hiçbir unsur ile kısmen ya da herhangi bir kanun hükmüyle düzenlenmemiş olabilir. Bunun gibi kanunun başka sözleşme tipleri için

¹² Keskin, Ayşe Dilşad. “Influencer Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (1), 2022, 129-147, s. 131.

¹³ Aykovan Baytan, Serenat. “Influencer Sözleşmeleri” *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildiri Özetleri*, s. 83.

¹⁴ Keskin, s. 131., bugün sosyal medya kullanıcıları, ortalama düzeyde gerçekleştirilen dijital reklam çalışmalarından 7.4 kat daha fazla influencer pazarlamasıyla karşılaşmaktadır bu durumda hatırlı pazarlama-influencer marketingin ne derece önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Geleneksel medyadan sosyal medyaya geçişin yaşandığı bu süreçte bireylerin gözlemedikleri ya da taklit ettikleri kişiler olan influencerlardan oldukça fazla etkilendiklerini yapılan araştırmaların sonucunda ortaya konmuştur. Yıldız, Selçuk Yasin. “Sosyal Medya Kullanıcılarının Satın Alma Tercihlerinde Influencer Pazarlamasının Etkisi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cil: 4, Sayı: 3, 2021, s. 600.

¹⁵ Kılıçoğlu, Ahmet. M. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Turhan, 2020, s. 17.

öngördüğü unsurlar kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmiş olabilir. Böyle bir durumda karşımıza karma sözleşmeler, birleşik sözleşmeler ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler çıkmaktadır.¹⁶ Liberalizmin getirilerinden biri olan irade özgürlüğü, kişilerin irade özerkliğine sahip olarak hukuksal ilişkiler ile birtakım borç ilişkilerini istedikleri şekilde düzenleyebilecekleri esasına dayanır. Başka bir ifade ile irade serbestisi denilen bu kavram, kişilerin özgür iradeleri doğrultusunda hukuka dayanan ilişkilerini düzenleme yetkisini içerir.¹⁷

Dijital reklam devrine geçiş ile birlikte influencerlarla yapılan iş birliklerinin üçüncü tarafı olan tüketicileri korumak amacıyla Amerika ve Avrupa Birliği’nde influencer marketinge ilişkin olarak yasal düzenlemeler yapılmıştır. 2005 yılında İç Pazarda Haksız Rekabetin Uygulanmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Direktif, Avrupa Birliği’nde 2017 yılından beri uygulanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde de aynı amaçla 2009 yılında Federal Ticaret Komisyonu tarafından Reklamcılıkta Teşvik ve İzlenimlerin Kullanımı ile İlgili Kılavuz çıkarılmıştır.¹⁸

Türkiye’de ise 2021 yılında Ticaret Bakanlığı tarafından Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz yayınlanmıştır. Söz konusu kılavuz, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır ve kılavuzun amacı sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan ticari reklam ve ticari uygulamalar hakkında reklam veren, reklam ajansları, mecra kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşlara yol göstermek olarak belirtilmiştir. (md. 1) Bu kılavuz kapsamında reklam verenlerle reklam yapanlar arasındaki maddi bağlantıların açıklanması gerekliliği belirtilmiştir.

Bir ürünün ya da hizmetin satışının artmasını hedefleyen şirketler, influencerlarla işbirliği sözleşmeleri imzalamaktadır. Influencerlar bu sözleşmelerde belirtilen süreler boyunca ürünü ya da hizmeti deneyimleyerek, deneyimlerini paylaşmaktadır. Söz konusu paylaşım sözleşme şartları çerçevesinde yer alan kurallara göre belirlenmektedir. Paylaşımın video, fotoğraf, hikaye şeklinde olup olmayacağı ayda/haftada ya da günde kaç kez paylaşılacağı bu sözleşme kapsamında belirlenmektedir. Bu paylaşım karşılığında influencerlar ya ücret almakta ya ürün ya da hizmetten ücretsiz olarak yararlanmakta ya da başka bir menfaat sağlayabilmektedir. Gelir elde etme amacı güden bu sözleşmeler, bu nedenle ivazlı ve karşılıklı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. İş birliği sözleşmelerinin bir diğer özelliği ise rızai nitelikte sözleşmeler olmasıdır. Şekle tabi olmayan bu sözleşmelerin hukukî niteliğinin ne olduğu sorusu akla gelmektedir.¹⁹

Influencer sözleşmeleri özellikleri açısından birden fazla mevzuatı ve hukuk dalını bir araya getiren sözleşmelerdir. Reklama konu olan markanın ve yapılan işbirliği süresince üçüncü kişilerin fikri haklarının korunması açısından Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu, yapılan işbirliği kapsamında influencer tarafından oluşturulan içerikler üzerindeki mali hakların

¹⁶ Yavuz, Cevdet./Acar, Faruk./Özen, Burak. Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul: Beta, 2021, s. 13, 14.

¹⁷ Kılıçoğlu, s. 17., Yavuz/Acar/Özen, s. 14., Karaç, S. Taylan. Türk Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri. İstanbul: Onikilevha, 2020, s. 5.

¹⁸ Baytan Avkovan, s. 82, 83.

¹⁹ Baytan Avkovan, s. 85.

kullanımı ve bu hakların kullanımının markalara devri bakımından Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, influencerlar tarafından oluşturulan içeriklerin adı, sesi, görüntüsü ya da kişiyi ayırt eden başka bir unsur varsa gerek influencer gerekse üçüncü kişilerin hakları açısından Türk Medeni Kanunu, influencerların mal veya hizmet üreticileri ile yapmış oldukları sözleşmeler ve bu sözleşmelerin içeriği bakımından Türk Borçlar Kanunu gibi pek çok alanı etkisi içine alan ve pek çok Kanunu ilgilendiren sözleşme türü olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰

Influencerların doğası gereği bağımsız olmaları gerektiğinden bu sözleşme türlerinin iş sözleşmelerinin esaslı unsuru olan bağımlılık unsurunu taşımadığı gerekçesiyle iş görme sözleşmeleri olarak nitelendirilemeyecekleri ileri sürülmüştür ancak bu sözleşmeler içeriğinde eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesine ait özellikleri barındırmaktadır bu açıdan eser sözleşmelerinin ve vekâlet sözleşmelerinin temel özellikleri incelenerek işbirliği sözleşmelerine ne derecede uyumlu oldukları açıklanmaya çalışılacaktır.

a. Vekâlet Sözleşmesi Bakımından İncelenmesi

Vekâlet, bir kişinin kendisine ait olan işi ya da eylemi bir başkasına yaptırması olarak tanımlanabilir.²¹ İş görülen kişiye vekâlet veren derken işi gören kişi vekil olarak adlandırılır. Bu nitelikleri itibariyle vekâlet sözleşmelerinin bir iş görme sözleşmeleri olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu tür sözleşmeler için bir tür “torba iş sözleşmeleri” ifadesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla diğer iş görme sözleşmelerinin unsurlarını taşımayan sözleşmeler, TBK’da düzenlenmemiş olan sözleşmeler vekâlet sayılacak ve bu sözleşmeler hakkında vekâlet sözleşmesinin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.²²

Hizmet sözleşmelerinde işçi işverene bağımlı olarak çalışır bu husus TBK md. 393’te de açıkça belirtilmiştir. Ancak vekâlet sözleşmelerinde vekil, vekâlet verene bağımlı değildir. TBK’da yer alan vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerde de böyle bir unsura yer verilmemiştir.²³ Ancak influencerlık sözleşmelerini, vekâlet sözleşmelerinden ayıran bir diğer unsur ise vekâlet sözleşmelerinin ücret unsurunda ortaya çıkmaktadır. Influencerlar, yaptıkları iş birliği sözleşmeleri çerçevesinde bir ücret ya da bir karşılık almaktadır. Halbuki vekalet sözleşmeleri ücretsiz de olabilir. Influencerlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi ile benzeşen yönlerinden birisi ise her iki sözleşme bakımından sonuç yaratma yükümlülüğü içermemesidir. Influencerlık sözleşmesinde ürün veya mal tanıtımını yapan influencer ürünün satın alınması süreci ile ilgilenmemektedir. Yapmış olduğu içerik paylaşımı ile sözleşme sorumluluğunu yerine getirmiş olmaktadır.

b. Eser Sözleşmesi Bakımından İncelenmesi

Eser sözleşmeleri de vekâlet sözleşmelerinde olduğu gibi iş görme sözleşmelerindedir. Bu sözleşmelerin konusu bir eser meydana getirir. Sonuç yaratma sözleşmeleri olan eser

²⁰ Bingöl, Leyla. “Influencerların Yaptıkları Reklam ve Tanıtımlardan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu” *Terazi Hukuk Dergisi*. Cilt: 16, Sayı: 178, 2021, 1074-1083, s. 1075.

²¹ Kılıçoğlu, s. 545.

²² Kılıçoğlu, s. 549-551.

²³ Kılıçoğlu, s. 555.

sözleşmelerinin influencerlık sözleşmelerinden ayrılan yönlerinden birisi budur. Influencerlık sözleşmelerinde sonuç yaratma amacı bulunmamaktadır. Eser sözleşmesinde ise bir sonucu taahhüt eden yüklenici o sonucu yerine getiremediği takdirde ücrete hak kazanmamaktadır. Bu açıdan yüklenicinin borcu yapma borcudur. Tam iki tarafa borç yükleyen eser sözleşmeleri ve influencerlık sözleşmelerinin birbirleriyle kesişen yönleri ise bağımlılık unsurunda kendisini göstermektedir.

Eser sözleşmeleri, hizmet sözleşmelerinden farklı olarak bağımlılık unsurunu bünyesinde barındırmaz. Yüklenici, iş sahibinin talep ve siparişleri doğrultusunda fakat bağımsız olarak bir eser meydana getirmektedir. Bu açıdan eser sözleşmesinde yüklenici iş sahibinin işçisi ya da çalışanı konumunda değildir.²⁴ Influencerlar da yaptıkları iş bakımından iş birliğinde buldukları kişilerin işçisi ya da çalışanı konumunda değildir.

c. Pazarlamacılık Sözleşmesi Bakımından İncelenmesi

Borçlar Kanunu'nda düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesi “Pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. (TBK md. 448)

İş sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesi uygulamada sıklıkla ilaç, kozmetik, gıda gibi işkollarında yerine getirilmektedir. Hizmet sözleşmesinin bir türü olduğu için bu sözleşme türünde de pazarlamaya aracılık eden kişi ile işveren arasında iş ilişkisinin belirli özelliklerinin olması gerekir aksi halde taraflar arasında iş ilişkisinin kurulduğundan bahsedilemez. Çalışanın kendisine ait müşterileri olmamalı, karar verme özgürlüğüne tamamen sahip olmamalı, kendi faaliyet alanının kapsamını tek başına belirleyememeli, kendi faaliyetinin ekonomik riskini kendisi taşımamalı özetle çalışan kişinin işyeri ile kişisel bir bağımlılığı bulunmalıdır.²⁵

Pazarlamacılık sözleşmelerinde esasen çalışan kendisine verilen müşteri çevresi kapsamında faaliyet göstermektedir. İşletmeye yeni müşteriler kazandıran pazarlamacıya bazı durumlarda denkleştirme bedelinin ödendiği görülmektedir. (TBK md. 450/I, 460/II) ancak söz konusu durum çok istisnai hallerde uygulanmaktadır.²⁶

Pazarlamacılık sözleşmesinin bu özellikleri göz önüne alındığında influencerlık sözleşmesinin pazarlamacılık sözleşmesi olmadığı açıkça söylenebilir. Influencerlık sözleşmesinde belirli bir çevreye hitap etme durumu söz konusu değildir. Influencerların takipçi sayısı, kitlesi kişinin faaliyet alanına göre, tanınırlığına göre ya da sosyal medyada aktif olma

²⁴ Kılıçoğlu, s. 459, 460.

²⁵ Süzek, Sarper. İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi. 2021, s. 275, 276., Pazarlamacılık sözleşmesinin iş sözleşmesinin bir türü olduğunu ileri süren görüşlerin yanısıra bu sözleşme türünü iş sözleşmesi olarak görmeyen görüşler de bulunmaktadır. Çelik, Nuri./Canıklıoğlu, Nurşen./Canbolat, Talat. İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta, 2021, s. 256.

²⁶ Arkan, Sabih. Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 203.

durumuna göre değişkenlik göstermektedir. Pazarlamacılık sözleşmesinin tanımında yer alan sürekli olarak iş görmeyi üstlenme hali de influencerlık sözleşmesini pazarlamacılık sözleşmesinden ayıran bir diğer unsurdur. Influencerlar anlaştıkları markalarla sürekli olarak iş görebileceği gibi bir defalığına mahsus olmak üzere de iş görebilirler. Bu açıdan influencerların yapacakları sözleşmeler işin görülme süresini, tekrarlayıp tekrarlamama durumunu belirleyecektir.

Influencerların belirli bir markaya ya da ürünün tanıtımı/ pazarlanmasına özgülenmemiş olmalarından ötürü influencerlar kullandıkları ürün ya da hizmeti önermeyebilir hakkında olumsuz beyanlarda da bulunabilirler.²⁷ Bu durum da pazarlamacılık sözleşmesinin amacı ile bağdaşmamakta ve influencerlık sözleşmelerini bu sözleşmelerden ayıran bir yön olarak karşımıza çıkmaktadır.

d. Hizmet Sözleşmesi Bakımından İncelenmesi

İş hukuku açısından yapılacak bir değerlendirme bakımından influencerların tipik bir çalışma ilişkisi içerisinde olduğu söylenemeyecektir. Çünkü tipik bir iş sözleşmesi belirsiz süreli ve tam süreli çalışmayı ifade ederken bu sözleşme türlerinin dışında kalan iş sözleşmeleri atipik iş sözleşmeleri olarak nitelendirilmektedir. ILO yayınlamış olduğu raporlarda atipik çalışma biçimlerini belirtmiş ve geçici çalışma, kısmi süreli çalışma, istihdam büroları aracılığıyla çalışma ve gerçek olmayan bağımsız çalışanları atipik çalışma içerisinde ele almıştır.²⁸

Atipik çalışma modelleri bakımından yapılacak sınıflandırma elbette bu kadar değildir. Dijitalleşme süreci beraberinde pek çok atipik çalışmayı da doğurmuştur. Kaldı ki iş hukuku açısından sorun oluşturabilecek durum da dijitalleşme ile beraber iş gören kimselerin işçi sayılıp sayılmayacağı, işçi sayılmayacaksa hukukî statülerinin neye göre belirleneceği, işçi sayılacaksa iş hukukunda yer alan koruma ilkelerinden ve iş hukukunun kurallarından hangi ölçüde ve ne şekilde yararlanacaklarıdır. Bu kapsamda yapılacak bir incelemeye influencerların hukukî statüsü başlığı altında değinilmeye çalışılacaktır. Influencerlık sözleşmelerinin iş sözleşmesi sayılıp sayılmayacağı ise iş sözleşmelerinin unsurları açısından yapılacak bir değerlendirmeye göre incelenebilir.

İş sözleşmesinin önemli unsurlarından birisi bağımlılık unsurudur. İş sözleşmelerinin Borçlar Hukukundaki hizmet sözleşmesinin özel bir biçimi olarak ortaya çıkmasındaki esaslı sebep iş sözleşmesinde var olan bağımlılık unsurudur. İş sözleşmeleri bağımlılık unsuru gereği işverenin denetim ve gözetimi altında ve işverenin talimatları doğrultusunda yerine getirilen sözleşmelerdir. Bağımlılık unsuru her ne kadar işverenin denetim ve özetimi altında iş görme olarak tanımlansa da atipik iş sözleşmelerinin ortaya çıkması ile beraber söz konusu unsurun içeriği de esnekleşmiştir. Yargıtay tarafından daha önceleri verilen kararlarda bağımlılık unsuru için “işin işverene ait işyerinde yapılması” koşulu aranmaktaysa da²⁹ sanayi toplumunun yerine gelen bilgi toplumu ile beraber bazı yasal kuralların esnekleştirilmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu açıdan görmekte olduğu işini işverene ait iş organizasyonu içerisinde yerine getirme ile beraber

²⁷ Yıldız (Influencer Marketing), s. 601.

²⁸ Yıldız, s. 29.

²⁹ Yarg. 10. HD. 14.03.1995, E: 1995/2008, K: 1995/2571., Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 171.

bağımlılık unsurunun var olduğu kabul edilmektedir.³⁰ İş sözleşmesinde var olan bu bağımlılık unsuru da iş sözleşmelerini Borçlar Hukukundaki eser, vekâlet sözleşmeleri gibi iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurdur.

Influencerlık sözleşmeleri için tipik bir iş sözleşmesidir yorumunu yapmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. İçerisinde vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi iş görme sözleşmelerine ait unsurları barındıran influencerlık sözleşmeleri özellikle bağımlılık unsuru açısından iş sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Influencerlar yaptıkları iş kapsamında işverene ait iş organizasyonu içerisinde yer alsalar da işi görme biçimleri, iş görme saatleri açısından işverene iş sözleşmelerinde olduğu gibi bağımlı değildirler. Üstelik iş sözleşmelerinde yer alan işverenin denetim ve gözetimi altında iş görme unsuru influencerlık sözleşmeleri açısından her zaman ve sıklıkla geçerli olan bir unsur değildir.

2. Influencerın Hukukî Niteliği

Influencerların hukukî niteliğinin belirlenmesi, bu mesleği yapan kişilere uygulanması gereken düzenlemeler açısından oldukça önemlidir. Influencerların hukukî statüsünün belirlenmesine yönelik yapılan incelemede gerek influencerlık sözleşmelerinin hukuki niteliği gerekse influencerlık sözleşmeleri kapsamında kişilerin yapmayı üstlendikleri edimler rol oynayacaktır. Bu bölümde influencerların hukukî niteliği ilk etapta iş hukuku açısından değerlendirilecek ve influencerların işçi/bağımsız çalışan olup olmadığı açıklanmaya çalışılacaktır. Sonrasında ise influencerların vekâlet sözleşmesi çerçevesinde işgören bağımsız tacir yardımcısı olma hususu üzerinde durulacaktır.

a. İş Hukuku ve İşçilik Bakımından Yapılacak Bir Değerlendirme

Dijitalleşmenin iş hukukunda dönüşümü ortaya çıkardığı şüphesizdir. Modern iş hukuku, borçlar hukuku ve ticaret hukukundan bağımsız bir disiplin olarak vardır ve koruma amacı çerçevesinde “bağımlı” çalışma ilişkilerini düzenlemektedir. Dijital dönüşüm, teknik ve organizasyona ilişkin bütünlük kapsamında işyeri organizasyonundan dijital ağa doğru çözülmeyi ve bununla beraber işçi ve işveren arasındaki sıkı bağlılığında çözümlenmesini gündeme getirmiştir. İş hukukunun temel yapı taşı olan iş sözleşmesi ve işçi kavramı dijitalleşme ile beraber yeniden ele alınmaya başlanmıştır.³¹

Dijital platformların iş hukukuna dahil edilmesi ve ücretli çalışmaların dışına yerleştirilen yeni çalışma modellerinin bilinçli bir şekilde yaygınlaştırılması iş hukukunun rahatsız edici olgularından birisi olarak değerlendirilmiştir. Dijitalleşen dünya ile beraber iş alanında özel hayat mahremiyetinin tekrar gözden geçirilmesi, bu mahremiyetin korunması için gerekli sınırlandırılmaların tekrar gözden geçirilmesi zorunluluğunu doğurmuştur.³²

³⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 172, 173.

³¹ Alpagut, Gülsevil. Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları. Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, Ed: Kübra DOĞAN YENİSEY-Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul: OnikiLevha, 2021, s. 89.

³² Laulom, s. 64, 65.

Dijital platformların ortaya çıkmasından önce de ücretli iş ilişkisinin sınırları tartışılmış ve bağımlı işçiler ile bağımsız çalışanlar arasında “gri bir bölge”nin varlığı gündeme gelmiştir. İş sözleşmesi kavramı da esasen kavram itibariyle bağımlı çalışan ve bağımsız çalışanlar arasındaki sınırların tartışmasını gündeme getirmiştir. İş sözleşmesi kavramı nitelendirmesi karmaşık bir işleyişe sahip olmasına rağmen içtihatlar çerçevesinde çoğunlukla işçilere daha fazla özerk alan bırakıldığı görülmüş ve hukukî bağlılığın varlığı kabul edilmiştir.³³

Dijital platformlar aracılığıyla çalışan kişilerin hukukî niteliğinin belirlenmesi, bu kişileri güvencesiz çalışmadan kurtarma açısından önemli rol oynamaktadır. Dijital çalışma, çalışanlarına pek çok noktada avantaj sağlasa da güvencesiz çalışmaya neden olduğu için prekaryalaşmayı doğurmaktadır. Platform aracılığıyla çalışan kişilerin bağımsız çalışanlar olduğu düşünülmekte ve bu kimseler bağımsız çalışan olarak kaydedilmektedir. Platform web sitelerinde tanıtılan iş modellerinde de esnek çalışma biçimi olarak tanıtılan bu işlerin genellikle bağımsız çalışmalar olarak nitelendiği görülmektedir. Bu durumun çalışanlar açısından dezavantajı bağımsız çalışan olarak kaydedilen kimselerin işçilere sağlanan hukukî koruma imkânlarından yararlanamayacak olmasıdır. Asgari ücret, iş sağlığı ve güvenliği kuralları, sosyal güvenlik, ayrımcılığa karşı koruma gibi hukukî koruma imkânlarından yararlanamayacak kişiler için belirsiz ve güvencesiz bir çalışma ortamı sunulmaktadır.³⁴

Influencerların hukuki statülerinin belirlenmesinde iş hukukunun temel unsurlarından olan bağımlılık unsuru önemli rol oynamaktadır. İş görme ediminin ifa edileceği mekân, teknolojik değişimlere bağlı olarak değişiklik göstermeye başlamış ve söz konusu esnekleşme bağımlılık unsurunun tekrar yorumlanmasını gerektirmiştir. Bağımlılık ilişkisinden söz edebilmek için işveren tarafından belirlenen ve sınırlarını işverenin çizdiği organizasyon içerisinde işveren talimatları doğrultusunda iş görülmesi gerekir. Ancak İş Kanunu md. 2/III’te yapılan işyeri tanımında, işyerinin kapsamı geniş tutulmuş ve işyerine bağlı yerler ile beraber organizasyon kapsamındaki eklenti ve araçlar da işyeri kavramına dahil edilmiştir. Sonuç olarak klasikleşen işyeri tanımı, atipik iş sözleşmeleri ile beraber yerini yeni kavramlara bırakmıştır. İşçi, iş görme edimini işverenin iş organizasyonu kapsamında oluşturulan ve kendisine menfaat sağlanan kısımlar da gerçekleştirdiği sürece işyerinde sayılmaktadır.³⁵

Dijital çalışma kavramı içerisinde üçlü bir yapıyı barındırmaktadır. Dijital platformlar aracılığıyla bir hizmetin sunumu ya da işin yapılmasına olanak sağlanması ile beraber işin/hizmetin görülmesini isteyen kişi ile beraber iş yapacak kişinin uygulama aracılığıyla bir araya getirilmesi söz konusudur. Influencerlar, web tabanlı (*crowdwork*/sanal platform) dijital platformlar aracılığıyla iş gören kimselerdir. Bu işlerde, iş internet üzerinden görülür. Bu platformlarda çalışan kimselerin hukukî statülerinin belirlenmesi iş hukukunun tartışmalı konularından biridir.³⁶

³³ Laulom, s. 68.

³⁴ Yıldız, s. 30, 31.

³⁵ Karaç, s. 47.

³⁶ Yıldız, s. 30.

OECD dijital emek platformları üzerinden çalışan kimselerin hukukî statülerinin belirlenmesi hususunu devletlere bırakılması gerektiğini belirtmiş ve bu konuda çalışanlara yardımcı olabilecek şekilde dijital emek platformlarından işverenlerin kim olduğunun belirlenmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Ayrıca çalışanların hukukî statülerini belirlemeye yönelik başlatacakları hukukî süreçlerin daha az maliyetli ve daha az bürokratik işleme ihtiyaç duyar şekilde yerine getirilmesi önerilmiştir. Platform ekonomisi içerisinde iş görenler açısından OECD'nin tavsiyesi kadar Avrupa Sosyal Haklar Sütunu “*European Pillar of Social Rights*” oldukça önemlidir. Bu düzenlemede ülkelerin ekonomik ve sosyal güvencesizliği öncelikli alan olarak belirlenmiş ve çalışma ilişkisi ve çalışma türü ne olursa olsun çalışanların mesleki eğitim ve korumalardan adil ve eşit muamele ilkesi gereğince yararlanma haklarına değinilmiştir.³⁷

Platform aracılığıyla iş gören kimselerin genel olarak “bağımsız çalışan” olarak kaydedildikleri görülmektedir öyle ki bazı platformların iş modellerine yönelik yaptıkları tanımlamalarda bu kapsamda yerine getirilen çalışmaların bağımsız çalışma olduğu ve çalışma sisteminin oldukça esnek bir sistem olduğu ifade edilmektedir. Bağımsız çalışan olarak kaydedilen platform çalışanları ise iş hukuku kapsamı dışında kalarak, iş hukukunun korumasından yararlanamamaktadır. Gerçekte hukukî statüsü işçi olan ancak muvazaalı bir şekilde bağımsız çalışan olarak gösterilen çalışanlar hakkında ILO'nun 198 Sayılı İstihdam İlişkilerine Dair Tavsiye Kararı bulunmaktadır.³⁸

ILO'nun raporunda evden çalışanların hukukî statülerinin belirlenmesi noktasında da yorum yapılmış ve evden çalışan kimselerin bir işveren hesabına mı çalıştığının yoksa kendi ad ve hesaplarına mı çalıştıkları sorularının cevaplanması gerekliliği üzerinde durulmuştur.³⁹

ILO'nun Tavsiye Kararında çalışanın gerçekte işçi olduğunu belirlemede kullanılacak birtakım ölçütler konulması gerekliliği belirtilmiştir. Buna göre bu ölçütler; işin bir başkasının kontrol ve denetiminde gerçekleştirilecek olması, işin yapımı esnasında işverenin bir başka işçisinin dahil olması, işin tamamıyla başkası yararına yapılması ve işin bizzat çalışan tarafından yerine getirilmesi, işin yapımını takibe periyodik ödemelerin yapılması ve söz konusu ödemelerin çalışanın geçim kaynağını oluşturması, yapılan iş karşılığında çeşitli aynı ödemelerin taahhüt edilmesi gibi ölçütlerdir.⁴⁰

Dijital platform çalışmaları bağımlı ve bağımsız çalışmaya ilişkin özellikleri bir arada barındırmaktadır. Bu çalışma biçimlerinin yaygınlaşması ve bu çalışmayı yapanların hukukî niteliğinin belirlenmesinde yaşanan güçlükler işçi kavramını belirleyen ölçütlerin tartışılmasına neden olmaktadır. Söz konusu tartışmalar işçi ve bağımsız çalışan kavramının dışında üçüncü bir ölçütü gündeme getirmekte ve işçi/bağımsız çalışan ayrımının tamamen ortadan kaldırılması ile

³⁷ Yıldız, s. 32.

³⁸ Yıldız, s. 31.

³⁹ ILO (2021), Working from Home From Invisibility to Decent Work. Geneva:ILO, p. 31, 32.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_765806.pdf. (Erişim Tarihi: 04.08.2022)

⁴⁰ Yıldız, s. 31.

beraber işçilere sağlanan korumalardan bağımsız çalışanların da faydalanması görüşlerinin öne sürülmesine neden olmuştur.⁴¹

Tüm bu ölçütler ve iş hukukunun temel unsurlarından olan bağımlılık özelliği bir arada ele alındığında, influencerların hukukî statüleri için doğrudan işçi kavramını kullanmak doğru olmayacaktır. Bu noktada ifade edilmelidir ki influencerlar işçi değildir demek nasıl ki tamamıyla doğru bir kavram olmayacaksa influencerlar bağımsız çalışandır demek de bir o kadar doğru değildir. Platformlar genel olarak incelendiğinde serbest çalışma üzerinden hizmet sağlamaktadır ve bu kapsamda bağımsızlık vurgulanmaktadır. Çalışanlar özerk ve faaliyetlerini belirleme noktasında serbesttirler. Bu açıdan influencerların çalışma şekilleri, iş birlikleri kapsamında yapmış oldukları anlaşmaların içerikleri, bağımlılık unsurunun ne derecede var olduğu bu kişilerin hukukî niteliklerinin belirlenmesinde esas noktayı teşkil edecektir.

Platform çalışanlarının konu edinildiği yabancı mahkeme kararlarında genel itibariyle çalışanların sözleşmelerinin iş sözleşmesi olarak nitelenemeyeceği, işçinin bağımlılık unsurunun sağlanamadığı belirtilmiştir.⁴² Ancak söz konusu yargı kararlarını her bir dijital platform olarak ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. İçeriğinde sayısız çalışma alanı bulunduran platform “influencer” olarak adlandırılan kişiler açısından ayrıca değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

b. Bağımsız Tacir Yardımcılığı Bakımından Yapılacak Bir Değerlendirme

Influencerların hukukî statüsünün belirlenmesi noktasında akla gelen bir diğer durum ise bağımsız tacir yardımcılığıdır.

Bağlı ve bağılı olmayan tacir yardımcılığı şeklinde iki alt başlıkta ele alınan tacir yardımcıları bakımından influencerların bağılı olmayan tacir yardımcısı olduğu savunulabilir. Tacir yardımcıları ticari işletme sahibinin temsilcileri olmadığı gibi vekilleri de değildir. Tacir yardımcısının varlığından söz edebilmek için ticari işletmenin türü ve ticari işletmede çalışma koşulları önemlidir.⁴³

Simsarlık sözleşmesi kendisine TBK’da yer alan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulandığı sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olup olmadığı sözleşmelerin içeriğine göre belirlenecektir. Tam iki tarafa borç yükleyen simsarlık sözleşmelerinde simsar, müvekkilinin menfaatini gözetme yükümlülüğü altındadır.⁴⁴ Influencerlar yapmış oldukları sözleşmeler kapsamında mal veya hizmet sahibinin menfaatini gözetmekle yükümlüdürler ancak influencerlar sözleşme olmaksızın da sosyal medya aracılığıyla ürün tanıtımı yaptıkları için önceden de belirtildiği üzere mal ya da hizmet hakkında olumsuz görüşte bulunabilirler.

⁴¹ Aykaç, s. 196.

⁴² Söz konusu davaya konu platform çalışanlarını Take Eat Esay, Lecab, Deliveroo, Uber ve Toktoktok gibi platformlar oluşturmaktadır. Laulom, s. 73.

⁴³ Kılıçoğlu, s. 628.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 629, 630.

Influencerlar, sözleşmenin tarafı değildirler. Taraflar arasında sözleşme kurulması olanağı hazırlayan ve sözleşmenin kurulmasına aracılık eden kimselerdir. Bu yönüyle influencer için taraf değil aracı kavramı kullanılabilir. Sözleşmeye taraf olmayıp aracı olmak ise bir iş görmedir. Dolayısıyla TBK’da düzenlenen simsarlık sözleşmesinde de simsar taraflara sözleşme imkânını hazırlamaktadır.

Tam iki tarafa borç yüklemeyen ve dolayısıyla münhasır olmayan simsarlık sözleşmesi olarak nitelendirilen simsarlık sözleşmesinde simsar; taraflar arasında bir sözleşme imkânının hazırlanmasına ya da sözleşme kurulmasına aracılık etmektedir. Bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazanmaktadır.⁴⁵

Simsarlık sözleşmesi, herhangi şekil şartına bağlı olmayan bir sözleşmedir. Simsarın bu sözleşme kapsamında asli yükümlülüğü taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânına aracılık etmesidir. Simsar bu yükümlülüğünü fırsat gösterme ya da aracı olma şeklinde yerine getirebilir. Simsarlığın ayırt edici özelliği sözleşme kurulmasına aracılık etmekten gelir. Simsar temsil yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla aracılık faaliyetini yerine getirdikten sonra kurulmasını sağladığı sözleşmelerle ilgili olarak hak, borç ya da sorumluluk altına girmeyecektir.⁴⁶ İş sahibi simsarlık sözleşmesi devam ettiği sürece işin görülmesini başka bir simsara da verebilir. Bu açıdan birden fazla influencer aynı mal ya da ürünün satın alınması amacıyla tanıtımını üstlenebilir.

Influencerlar gördükleri iş karşılığında ücret ya da aynı bir karşılık almaktadır. Simsarlık sözleşmesi de vekâlet ilişkisi türünde bir iş görme sözleşmesi olduğundan işsahibi tarafından kendisine ücret ödenmektedir. Fakat burada bir noktaya da değinmek gerekir. Simsarlık sözleşmeleri eser sözleşmelerinde olduğu gibi sonuç yaratma odaklı sözleşmelerdir⁴⁷ başka bir ifade ile TBK md. 521/I gereği simsarlar yalnızca yaptıkları faaliyet sonucunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanırlar. Influencerlık sözleşmelerinde ise somut olayın özellikleri de dikkate alınarak çoğu zaman influencerın ürünün ya da hizmetin tanıtımını yapması yeterli görülmektedir. İşletme sahibi ile üçüncü kişiler arasında sözleşme kurulup kurulmaması influencerı ücrete hak kazanma noktasında ilgilendirmemektedir. Bu aşamada belki influencerın daha fazla ücrete hak kazanıp kazanmaması açısından ürünün ya da hizmetin satışında meydana gelecek artış önemli olabilir.

SONUÇ

Dijital platform çalışanlarının hukukî statüsünün belirlenmesi ve özellikle dijital platformlarda influencerlık yapan kişilerin hukukî statülerinin belirlenmesi iş hukukunun önemli konularındandır. İşçiyi koruma ilkesi ve koruma hukuku olarak gelişen iş hukuku açısından genellikle bağımsız çalışan olarak ele alınan platform çalışanlarının hukukî statüleri belirlenirken influencerlık sözleşmelerinin içeriği önem arz etmektedir. Bu açıdan her bir influencerın yapmış

⁴⁵ Ayhan, Rıza./Çağlar, Hayrettin. Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Yetkin, s. 519.

⁴⁶ Ayhan/Çağlar, s. 521.

⁴⁷ Simsarlık sözleşmesi, eser sözleşmeleri gibi sonuç yaratma odaklı sözleşmeler olsa da bazı noktalarda da eser sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Eser sözleşmesinde yüklenici sözleşmenin tarafı olsa da simsarlık sözleşmelerinde simsar yalnızca sözleşme yapılmasına aracılık eden kimsedir yani sözleşmenin tarafı değildir. Influencerlık sözleşmeleri ile simsarlık sözleşmelerinin benzeyen yönlerinden birisi de bu husustur.

oldukları iş birlikleri kapsamında ne üstlendikleri, dijital platform aracılığıyla iş yapmayı üstlendikleri işverene karşı ne ölçüde sorumlu oldukları incelenmelidir. Bu açıdan denilebilir ki influencerların iş birliği sözleşmeleri bu kimselerin hukukî statülerinin belirlenmesinde temel rol oynayacaktır. Türk hukukunda bu duruma ilişkin bu hukukî düzenleme bulunmadığı için influencerların hukukî niteliği açısından doğrudan işçi denilemeyeceği gibi dijital platformlar aracılığıyla çalışan kimseleri mağdur etmemek adına bu kimselere doğrudan bağımsız çalışan da denilemeyecektir. Bu sebeple Türk hukukunun da dijital platformlar aracılığıyla çalışmaların oldukça yaygın olduğu dönemde ve bu durumun da gitgide arttığı göz önüne alınırsa “gerçek dışı bağımsız çalışan” gibi kavramlara aşına olması gerekir. Tüm bunlar dışında influencerları yaptıkları iş göz önüne alındığında yine iş birliği sözleşmeleri de göz ardı edilmeyerek bağımsız tacir yardımcılarında olan simsar kavramı içerisinde değerlendirmek mümkün olacaktır. Dolayısıyla çalışmanın temel amacı olan influencerların hukukî statüsünün başlı başına bir kavramı karşıladığını söylemek mümkün değildir. Influencerların çalışma hayatının dezavantajlı durumundan zarar görmemesi adına Türk hukukunda bu gibi kimselere yönelik yapılacak bir düzenleme elzemdir. Üstelik bu kapsamda yapılacak düzenlemenin yalnızca influencerların hukukî durumunu değil başlı başına influencerlık sözleşmelerini de kapsaması iyiden iyiye merak salınan influencerlık mesleği ve gelirin önemli bir kısmını bu meslek ile sağlayan kimseler açısından oldukça yerinde bir düzenleme olacaktır.

KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil. Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları. Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, Ed: Kübra DOĞAN YENİSEY-Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul: OnikiLevha, 2021.
- Arkan, Sabih. Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018.
- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin. Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Yetkin.
- Aykaç, Hande Bahar. Çevrimiçi Uygulamalar Aracılığı İle Talep Üzerine Çalışma İş Modelinde İşçi Kavramının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Uber Şoförleri Örneği”, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri-Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı. Ed: Kübra DOĞAN YENİSEY-Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul: Oniki Levha, 2021, s. 195-239.
- Aykovan Baytan, Serenat. “Influencer Sözleşmeleri” Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildiri Özetleri,
- Baycık, Gaye/Civan, O. Ersun/Tolu Yılmaz, Hazal/Bosna, Berrin., “Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, Haziran 2021, 713-801.

- Baysal, Ulaş. Dijital Zamanlarda Toplu İş Sözleşmesi. Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri-Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı. Ed: Kübra DOĞAN YENİSEY-Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul: Oniki Levha, 2021.
- Bingöl, Leyla. “Influencerların Yaptıkları Reklam ve Tanıtımlardan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu” Terazi Hukuk Dergisi. Cilt: 16, Sayı: 178, 2021, 1074-1083.
- Bozkurt, Aras vd. “Dijital Bilgi Çağı: Dijital Toplum, Dijital Dönüşüm, Dijital Eğitim ve Dijital Yeterlilikler”, AUad, Cilt:7, Sayı: 2, 35-63.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen./Canbolat, Talat. İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta, 2021.
- Dijk, J. V. Ağ Toplumu. İstanbul: Epsilon, 2016.
- Dulay Yangın, Dilek. “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukukî İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İÜHFMD, 78 (3), 2020, 1209-1237.
- Karaç, S. Taylan. Türk Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri. İstanbul: Oniki Levha. 2020.
- Keskin, Ayşe Dilşad. “Influencer Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13 (1), 2022, 129-147.
- Kılıçoğlu, Ahmet. M. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Turhan, 2020.
- Laulom, Sylvaine. Ekonominin Dijitalleşmesinin İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri-Fransız Uygulaması. Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı. Ed: Kübra DOĞAN YENİSEY-Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul: OnikiLevha, 2021. 63-85.
- Sözer, Ali Nazım. “Hizmet Platformlarının ve Çalışanlarının Hukukî Konumu-İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 71, 2021, 967-1062.
- Süzek, Sarper. İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi. 2021.
- Urhan, Betül. “Dijital Emek Platformlarında Toplumsal Cinsiyet Eşitsizlikleri” Çalışma ve Toplum, Cilt: 5, Sayı: 75, 2022, s. 2583-2611.
- Yavuz, Cevdet., Acar, Faruk., Özen, Burak. Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul: Beta, 2021.
- Yıldız, Gaye Burcu. “Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukukî Statülerinin Belirlenmesi”, Sicil, Sayı:46, 2022, s. 28-41.

Yıldız, Selçuk Yasin. “Sosyal Medya Kullanıcılarının Satın Alma Tercihlerinde Influencer Pazarlamasının Etkisi”, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, Cil: 4, Sayı: 3, 2021, s. 599-610.

ILO (2021), Working from Home From Invisibility to Decent Work. Geneva:ILO, p. 31, 32. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_765806.pdf. (Erişim Tarihi: 04.08.2022).

Cumhuriyetin İlk Yıllarında Müftünün Medeni Hukuk Uygulamasına Katkısı

Mahmud Esad KALIPÇI* ** 

Arş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye
kalipci@istanbul.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 07.09.2022

Kabul: 09.12.2022

Yayın: 12.01.2023

Anahtar

Kelimeler:

Türk Hukuk Devrimi,
Türk Medeni Hukuku,
Osmanlı Miras Hukuku,
Müftü, Fetva.

Miras paylaşımında mirasbırakanın öldüğü zaman yürürlükte olan kuralların geçerli olması esas gereği, Osmanlı miras hukuku, Türk hukuk devrimi sonrasında önemini korumuştur. Uzmanlık gerektiren bu sahada, eski hukuk müktesebatını iyi bilen kişilerden yararlanılmıştır. Bu kapsamda, müftülerin bilgi ve birikiminden de istifade edilmiştir. Bu çalışmada, Cumhuriyetin ilk yıllarında, müftülükler tarafından miras meselelerinin çözümü hakkında düzenlenen, bugün T.C. Cumhurbaşkanlığı Osmanlı ve Cumhuriyet Arşivlerinde bulunan, bazı belgelerden hareketle, eski hukuk geleneğimize gelen önemli bir unsur olan müftünün Cumhuriyetin ilk yıllarında medeni hukuk uygulamasına olan katkısı tartışılacaktır. Bu sayede, yakın dönem Türk hukuk tarihine dair hem bazı yeni bilgilerin ortaya konulması hem de bundan sonra yapılacak çalışmaları besleyici birtakım tespitlerde bulunulması amaçlanmaktadır.

The Contribution of Mufti to Civil Law Practice in the Early Years of the Turkish Republic

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 07.09.2022

Accepted: 09.12.2022

Published: 12.01.2023

Keywords:

Turkish Legal
Revolution, Turkish
Civil Law, Ottoman
Inheritance Law, Mufti,
Fatwa.

Per the principle that the rules regarding the time of death of the deceased are in effect in the partition of the inheritance, the Ottoman inheritance law maintained its importance, even after the Turkish legal revolution. In this subject, which requires expertise, people who knew old law well were used. The knowledge and experience of the muftis were also used in this context. In this paper, using some archival documents about inheritance issues, the contribution of the mufti, who is an important actor in old Turkish legal tradition, to the civil law practice in the early years of the Turkish Republic will be discussed. In this way, it is aimed to provide some new information about recent Turkish legal history and make some determinations for the next studies.

Atf/Citation: Kalıpçı, M. E. (2023). "Cumhuriyetin İlk Yıllarında Müftünün Medeni Hukuk Uygulamasına Katkısı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 60-71.

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)"

* Yazıyı okuyarak görüşlerini ileten Prof. Dr. Fethi Gedikli, Arş. Gör. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş ve Arş. Gör. İbrahim Enes Onat'a teşekkür ederim.

** Bu makale 13-15 Mayıs 2022 tarihleri arasında yapılan Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan bildirinin makale olarak düzenlenmiş halidir.

GİRİŞ

Cumhuriyetin ilanının ardından gelişen süreçte Türkiyede büyük bir hukuk devrimi yaşanmıştır ve bunun en önemli simgesi 17 Şubat 1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisidir¹. İsviçreden alınan bu kanunun kabulü, Türk hukuk tarihi açısından mühim bir kırılma noktasıdır. Bu kanunun kabulü, Türk topraklarında yüzyıllardır uygulanan İslam hukuku kaynaklı hukuk sisteminden ve Doğu medeniyetinden yüz çevirme, Batı hukuk sistem ve medeniyetine dahil olma yolunda atılmış en önemli adımdır. Zira bu kanun, daha önce gerçekleştirilen ıslahatlardan farklı olarak, dinin ve kültürün hukukla en sıkı bir biçimde ilişki içerisinde olduğu ahval-i şahsiye alanını bile Batı hukukuna göre düzenlemekteydi.

Aslında o dönemin atmosferi hesaba katıldığında, bu devrim kanununun inşa ettiği hukuki yapının işleyişinde, eski hukuk pratiğimizde mühim bir yeri olan müftünün rol alması kulağa pek alışıldık gelmeyebilir. Ancak peşinen söyleyelim ki, bu hadise makul bir mecrada söz konusu olmuştur. Buna göre, dönemin kanun koyucusu Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğü hakkında bazı noktalarda eski hukuka atıfta bulunmuştur. Bu kapsamda, 29 Mayıs 1926 tarih ve 864 sayılı Kanunu Medeninın Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun, kanunun kabulünden önceki hukuki hadiseler ile muamelelerin geçerlilik durumları ve bunlar hakkında uygulanacak kurallara ilişkin birçok hüküm öngörmüştür. Buna göre, anılan kanunun 16. maddesinde “Yeni kanunun meriyetinden evvel ölmüş olan bir kimsenin mirası, meriyetinden sonra dahi eski kanuna tâbi olur. Bu kaide gerek mirasçılara gerek mirasın intikaline şamildir.” denilmek suretiyle, miras paylaşımında, bugün olduğu gibi, mirasbırakanın öldüğü zaman yürürlükte olan kuralların geçerli olması esası kabul edilmiştir. Bu durum, aynı kanunun 17. maddesindeki düzenlemeyle ölüme bağlı tasarruflar açısından da geçerli kılınmıştır².

Hal böyle olunca, uygulamadaki birçok miras taksimi işlemi açısından Osmanlı miras hukuku -yani şer’î intikal (feraiiz) ve örfî intikal (adi intikal)- kurallarının bilinmesi büyük önem arz etmiştir. Bu önem bugün bile devam etmekte, mahkemelerde Osmanlı miras hukuku kurallarının uygulandığı davalarla karşılaşılabilir. Ancak elbette, bunun derecesi eski hukukun yürürlükte olduğu zamanlara yakın tarihlerde çok daha yüksekti. Hatta Ali Himmet Berki, 1938 yılında yayınlanan *Eski Hâdiselerde Tatbiki Lâzımgelen İrs ve İntikal* adlı eserinin başında, feraiiz ve intikal hükümleri kaldırılmış olduğundan bunların artık hukuk fakültelerinde okutulmadığını, halbuki eski miras hukuku kuralları yürürlükte iken gerçekleşip taksime konu olmayan olaylar hakkında mahkemelere çokça başvurulduğunu bildirmekte; hâkimlerin çoğunun eski miras hukukunu bilmediklerinden bu konudaki davaların usulüne göre çözülememekte olduğundan yakınmakta; bunların temyiz edildiğinde düzeltildiğini, ancak birçoğunun temyiz denetiminden geçmeden kesinleştiğini ve böylece hak kayıplarının söz konusu olduğunu vurgulamakta ve eseri uygulamadaki bu aksaklığı gidermek uğruna kısa ve anlaşılır bir dille “vatandaşın haklarının hak ve madelet dairesinde yerine getirilmesine vesile” olması umuduyla yazdığını belirtmektedir³. Berki’nin bu çabası karşılık bulmuş olacak ki zikredilen kitabının nüshaları kısa bir sürede tükenmiş; bunun üzerine, Türk Kanunu Medenisine göre miras hukuku

¹ Anılan kanun için bkz. *Resmî Ceride*, 4 Nisan 1926, S. 339 eki.

² *Resmî Ceride*, 19 Haziran 1926, S. 402, s. 1550.

³ Ali Himmet Berki, *Eski Hâdiselerde Tatbiki Lâzımgelen İrs ve İntikal*, Hapisane Matbaası, Ankara, 1938, s. 7-9.

konusunu da ekleyip eserini genişleterek 1947 yılında *Miras ve Tatbikat* adıyla neşretmiştir⁴. Bu kitap ilerleyen yıllarda birkaç baskı daha yapmıştır⁵.

Belirtilen zaruri ihtiyacın halli için yalnızca Berki gayret göstermemiştir. Mesela, yukarıda atıfta bulunduğumuz ifadeleri arasında Berki, eski kuralların uygulanmasını gerektiren vakıf davaları açısından da benzer bir ihtiyaca işaret ettikten sonra, Ahmet Esat Arsebük'ün bu mevzuyu *Adliye Ceridesinde* izaha başladığını belirtip hâkimlerin bu yazıları takip etmesinin fayda sağlayacağını bildirmektedir⁶. Elbette bu konuda, Ebül'ula Mardin, Mustafa Reşit Belgesay gibi, yeni hukuk teori ve pratiğine olan büyük katkılarının yanında, eski hukuk mirasının taşıyıcısı konumundaki hocaların isimlerini de unutmamak gerekir. Bununla birlikte, uygulamanın ihtiyacını gidermeye dönük bu ilmî mesainin dışında, kanun koyucunun da özel bir adım attığını, eski hukuk kültürünü haiz olan o dönemin müftülerini bu işte uzman kişiler olarak görevli kıldığını görmekteyiz. Aşağıdaki başlıklar altında, bu olgunun hem mevzuattaki hem de mevzuatın neşrinden evvelki ve sonraki görünümleri hakkında bilgi sunulacaktır.

I. MÜFTÜNÜN MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN VAZİFESİNİN MEVZUATTAKİ YERİ

Müftünün miras hukuku alanındaki vazifesinin mevzuattaki yeri konusundaki ilk işaretleri, Muş milletvekili Hakkı Kılıçoğlu tarafından 15 Kasım 1937'de Meclis Başkanlığına sunulan bir kanun teklifi sürecinde ortaya çıkan evrakta gördüğümüzü belirtelim. Kılıçoğlu teklifinde, fetvaların teşrî mahiyetinden bahisle, yasama yetkisinin tek sahibinin TBMM olduğu laik bir devlet düzeninde gerek fetva ve gerekse müftü tabirlerinin bir anlamının kalmadığını belirtip “müftü” adının “başımam” olarak değiştirilmesini önermekteydi⁷.

Teklif hakkında iki kişinin görüşü istenmiştir. Bunlardan Vakıflar umum müdürü Fahri Kiper, Diyanet İşleri Reisliği Teşkilâtının Vazifelerini Gösterir Nizamnameye atıfla, burada

⁴ Ali Himmet Berki, *Miras ve Tatbikat: Feraiz-İntikal-Medenî Kanunda Miras-Tatbikat*, Üçler Basımevi, İstanbul, 1947, s. 7-8.

⁵ Yazarın hayatı ve eserleri hakkında bilgi için bkz. Şakir Berki, “Ali Himmet Berki”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, s. 509-510; Ali Birinci, “Ali Himmet Berki'nin Hayatı ve Eserleri”, *Türk Yurdu*, S. 356 (Nisan 2017), s. 65-71; Ali Birinci, “Hukuk Tarihimizde Baba-Oğul ‘Berki’ler: Ali Himmet Berki ve Şakir Berki”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 24 (2017 Güz), s. 5-24.

⁶ Berki, 1938, s. 9. Berki'nin kastettiği yazının, Adliye Vekâletinin özellikle eski mevzuata dayalı vakıf meseleleri hakkında genç hukukçuların bilgilendirilmesi yönündeki isteği doğrultusunda hazırlandığı yönünde, yazar tarafından yapılan açıklama için bkz. Ahmet Esat Arsebük, “Mameleke İstinat Eden Şahsiyet: Vakıf”, *Adliye Ceridesi*, S. 12 (1937), s. 1130. Sonradan Berki de, bu alandaki eksikliği gidermek için bir kitap neşretmiştir. Kitabın başında, Ömer Hilmi ve Ali Haydar Efendilerin bu konudaki eserlerinin önemi vurgulandıktan sonra, mevzuatta yapılan değişikliklerden ötürü bunlara müracaatla mesele çözme imkanının azaldığı belirtilmiş ve eski ve yeni meselelerle - yürürlükte olan ve olmayan- kanun ve nizamları bir araya getirme zaruretinden ötürü eserin hazırlandığı kaydedilmiştir. Bkz. Ali Himmet Berki, *Vakıflar*, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1940, s. VII.

⁷ “Fetvaların teşrî mahiyeti bulunduğuna ve teşrî kuvvetlerin Türkiye Büyük Millet Meclisi manevî şahsiyetinde toplanmış bulunduğuna, onun haricinde verilecek teşrî hükümlerin hiçbir tatbik kıymeti bulunmayacağına göre fetva kelimesinin manası kalmadığı gibi, dünya işlerinde göklerden emir almayan ve Teşkilâtı esasiesinde lâyük olduğunu söyleyen ve işlerini o yolda yürüten bir devlet teşkilâtı içinde müftü adının da yeri ve manası kalmamıştır. İmdi bu adın ve bu mevkiin Devlet teşkilâtı içinden silinmesi mantıklı bir zaruret olmuştur. Binaenaleyh ilişik olarak sunduğum kanun teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde müzakere olunarak kanuniyet kazanmasını saygılarımla arz ve teklif ederim.” *BCA*, Muamelat Genel Müdürlüğü (30-10-0-0), 21-121-6: 7, 15.11.1937.

müftülerin vazifeleri sayılırken “fetva vermek” tabirinin kullanılmadığını, zaten böyle bir yetkinin varlığının düşünülmesine de imkan bulunmadığını, ancak müftülerin imamlık vazifesi de görmediklerinden unvanlarının “başımam” yerine “Diyanet memuru” olarak değiştirilmesinin daha uygun düşeceğini bildirmiştir⁸. Diyanet İşleri reisi Rifat Börekçi ise, uzunca olan cevabında, aynı nizamnameye atıfla “İslamın itikadat ve ibadatına ve hatta Medeni Kanunun neşrinden evvelki zamana ait vasiyet ve miras gibi hususlara dair sorulacak suallere” cevap vermenin müftüler için bir görev olduğunu, bunda teşriî bir mahiyet bulunmadığını belirtip kanun ve nizamnamenin verdiği vazife noktasında “müftü” adının tam yerinde bir tabir olduğunu belirtmiştir⁹. Süreç, özel olarak incelenmeye değer birçok bilgi içermektedir; ancak şimdilik, sonunda Börekçi’nin fikrinin galip geldiğini ve söz konusu teklifin yasalaşmadığını belirtmekle yetinelim.

Dikkat edilirse, mesele fetva müessesesi merkeze alınarak, müftünün fetva verme vazifesinin olup olmadığı sorusu etrafında tartışılmıştır. Börekçi’nin beyanına “ve hatta” ibaresi ekleyip müftünün hukuki sahada bile fetva vermekle görevli olduğu konular bulunduğunu vurgulaması kayda değerdir. Bu doğrultuda, müftünün gerçekten bu tür bir vazifesi olup olmadığı hakkında dönemin mevzuatının ne dediğini irdelemek uygun düşecektir.

3 Mart 1924 tarihli 429 sayılı Şer‘iye ve Evkaf ve Erkân-ı Harbiye-i Umumiye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanun ile Şer‘iye ve Evkaf Vekâleti kaldırılarak, yerine Başvekâlete bağlı bir Diyanet İşleri Reisliği kurulmuştur¹⁰. Fakat, Diyanet İşleri Reisliği bu kuruluş kanununun ardından bir teşkilat kanununa -14 Haziran 1935 tarih ve 2800 sayılı Diyanet İşleri Reisliği Teşkilât ve Vazifeleri Hakkında Kanun ile- kuruluşundan on bir yıl kadar sonra kavuşabilmiştir¹¹. Yedi maddelik bu kanunda, Diyanet İşleri Reisliğinin teşkilat yapısı, kadro durumu, merkez ve taşra görevlilerinin nitelikleri ve atanma yolları gösterilmekle birlikte, görevlilerin vazifelerinin kanunun 2. maddesi gereği çıkarılacak bir nizamname ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır¹². İşte bu nizamname, 2800 sayılı kanundan iki yıl kadar sonra, 11 Kasım 1937 tarih ve 2/7647 sayılı kararnameyle kabul edilip -Kılıçoğlu’nun teklifini sunmasından bir gün sonra- 16 Kasım 1937

⁸ BCA, Muamelat Genel Müdürlüğü (30-10-0-0), 21-121-6: 1, 24.11.1937.

⁹ “... Binâenaleyh vilâyet ve kazalarda Diyanet İşleri Reisliğini temsil eden müftülerin 11/11/1937 tarih ve 2/7647 sayılı İcra Vekilleri Heyeti kararıyla kabul buyurulan nizamname mucibince İslamın itikadat ve ibadatına ve hatta Medeni Kanunun neşrinden evvelki zamana ait vasiyet ve miras gibi hususlara dair sorulacak suallere cevap vermeleri kendileri için bir vazifedir. Bunda teşriî bir mahiyet asla mevcut değildir. Diyanet İşleri Reisliğine kanunun ve nizamnamenin verdiği vazife noktasından ‘müftü’ adı tam yerinde bir kelimedir...” BCA, Muamelat Genel Müdürlüğü (30-10-0-0), 21-121-6: 2-3, 9.12.1937. (Vurgu tarafımızdan yapılmıştır.)

¹⁰ Anılan kanunun ilk maddesi şöyledir: “Türkiye Cumhuriyetinde muamelat-ı nâsa dair olan ahkâmın teşri ve infazı Türkiye Büyük Millet Meclisi ile onun teşkil ettiği hükümete ait olup Din-i Mübin-i İslamın bundan mâadâ itikadat ve ibadeta dair bütün ahkâm ve mesailinin tedviri ve müessesat-ı diniyenin idaresi için Cumhuriyetin makarrında bir Diyanet İşleri Reisliği makamı tesis edilmiştir.” *Resmî Ceride*, 4 Ramazan 1342/7 Nisan 1924, S. 68, s. 2.

¹¹ Bu döneme kadar Diyanet İşleri Reisliğine ilişkin idari yapı, kadro, unvan, maaş gibi hususlar hakkında müracaat edilecek mevzuatın 1927’den itibaren bütçe kanunları ve 30 Mayıs 1929 tarih 1452 sayılı Devlet Memurları Maaşatının Tevhit ve Teadülüne Dair Kanuna ekli cetvel olduğu ve bu cetvelin anılan kanunun yaptığı atıftan ötürü 1935’e kadar teşkilat kanunu sayıldığı yönünde bkz. İrfan Yücel, “Diyanet İşleri Başkanlığı”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1994, c. IX, s. 456.

¹² Yücel, 1994, s. 456.

tarihinde *Resmî Gazetede* yayımlanarak yürürlüğe giren Diyanet İşleri Reisliği Teşkilâtının Vazifelerini Gösterir Nizamnamedir¹³.

Nizamnamede, hem Diyanet İşleri Reisliğinin merkez teşkilatında bulunan müşavere heyetinin hem de taşra teşkilatında bulunan müftülerin görevleri arasında itikat, ibadet ve “Medeni Kanunun neşrinden evvelki zamana ait vasiyet ve miras gibi hususlara müteallik sorulacak soruların cevaplanması” vazifesinin varlığı dikkat çekmektedir. Nizamnameye göre müftüler bu soruları ya doğrudan cevaplandırabilecekler veya Diyanet İşleri Reisliğine ileteceklerdir¹⁴.

Böylece yapılan düzenlemeyle müftüler, kanun koyucu tarafından bir anlamda eski miras hukuku alanında -hatta nizamnamedeki “gibi” ifadesine nazaran, bundan daha da geniş bir alanda-resmi bilirkişi tayin olunmuşlardır. Buna göre, hukuk uygulayıcılarının yanı sıra, vatandaş da miras taksimi yaptırmak üzere müftülere başvurabilecektir. Bu kanuni vazifelenendirme, öğreti tarafından da benimsenmiştir. Nitekim ilerleyen yıllarda kaleme alınan miras hukuku kitaplarında, hatta bazılarının, dayanak mevzuatın değişmiş olduğu sonraki baskılarında bile, eski hukuk hakkında bilgi verilirken bu yetkiden bahsedilmekte ve uygulamada güçlüklerle karşılaşanların müftülere veya Diyanet İşleri Reisliğine müracaat edebilecekleri zikrolunmaktadır¹⁵.

¹³ Söz konusu nizamnamenin 1965’te, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun çıkana kadar yürürlükte kaldığı yönünde bkz. Mehmet Bulut, “Başkanlıkla İlgili Yasal Düzenlemeler”, *Diyanet Aylık Dergi*, S. 239 (Eylül 2010), s. 45.

¹⁴ “Madde 2. Müşavere Heyetinin başlıca vazifeleri şunlardır: A - İbadat ve itikadta ve Medeni Kanunun neşrinden evvelki zamana aid vasiyet ve miras gibi hususlara müteallik sorulacak ve reislik tarafından havale olunacak sualleri tedkik ederek cevaplarını hazırlar (...) Madde 8. Her vilâyet ve kaza merkezinde Diyanet İşleri Reisliğine bağlı bulunan müftülerin başlıca vazifeleri şunlardır: (...) E. İtikatlarla ve ibadetlere ve Medeni Kanunun neşrinden evvelki zamana aid vasiyet ve miras gibi hususlara dair sorulacak suallere lâzım gelen cevapları ya re’sen veya Diyanet İşleri Riyasetinden alacakları cevapları verirler.” *Resmî Gazete*, 16 Teşrinisani 1937, S. 3760, s. 8969.

¹⁵ Mesela, Zahit İmre 1960 yılında yayımladığı *Türk Miras Hukuku* adlı kitapta, eski miras hukuku kaidelerinin muğlak olmasından ötürü, bunu uygulayacak olan hâkimin zorlanması durumunda müftülüklerden ve Diyanet İşleri Reisliğinden bilgi isteyebileceğini, buna cevap vermenin nizamname gereğince müftülerin ve Diyanet İşleri reisinin vazifeleri arasında yer aldığını bildirmektedir. Bkz. Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku*, Sönmez Neşriyat ve Matbaacılık, İstanbul, 1960, c. I, s. 41-42. (Aynı nizamnameye atıfla bu bilgilerin nakline şu baskılarda da rastladık: Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku*, 2. bs., Yenilik Basımevi, İstanbul, 1968, s. 8; Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 14. bs., Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 6.) Oğuzman da, 1962’de yayımladığı *Miras Hukuku* başlıklı ders notlarından müteşekkil kitabında, feraiz meselelerini kitaplardan okuyarak çözmenin çok zor olduğunu, bu yüzden uygulamada güçlüğü uğrayanların ya müftülüklerden veya doğrudan Diyanet İşleri Reisliğinden bilgi isteyebileceklerini, bunları cevaplandırmanın müşavere heyeti ile müftülerin kanuni vazifelerinden olduğunu, nizamnameye atıfla belirtmektedir. Bkz. M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku (Giriş-Kanunî Mirasçılar)-1961-1962 Ders Notları*, Menteş Kitapevi, İstanbul, 1962, s. 15-16. (Yine aynı nizamnameye atıfla aynı bilgilere yazarın şu kitaplarında da rastladık: M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku Dersleri*, 1. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 17; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku Dersleri*, 2. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 19. Ancak, aynı eserin baktığımız şu baskılarında, yazar aynı hususu aktarırken bu sefer Diyanet İşleri Başkanlığı’nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında 633 sayılı Kanunun 5/c maddesine atıf yapmaktadır. Dipnotta da eski nizamnameye atıfla eskiden meselenin bununla düzenlendiğinden bahsetmektedir. Bkz. M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, 4. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 18-19; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, 6. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 15. Bununla birlikte, 633 sayılı Kanunun 5/c maddesi yalnızca Din İşleri Yüksek Kurulunun görevlerinden “din ile ilgili soruların cevaplarını hazırlamak” hükmünü içermekte olup kanunda, nizamnamede yer aldığı şekilde eski miras hukukuna ilişkin ne Din İşleri Yüksek Kurulu ne de müftülükler için açık bir görevlendirme mevcuttur. Karş. *Resmî Gazete*, 2 Temmuz 1965, S. 12038, s. 1.) Hakeza, Ayiter de İslam miras hukukunda her fert için ayrı düzenlenmiş paylarla bu hukukun fevkalade karışık olup kendi başına bir uzmanlık dalı olduğunu belirtmekte, bugün bu hususta ihtisas sahibi mercilerin müftülükler ve Diyanet İşleri Reisliği olduğunu beyan etmektedir. Ancak, herhangi bir düzenlemeye atıf yapmamaktadır. Bkz. Nüşin Ayiter, *Miras Hukuku*, 4. bs., Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 5. (Aynı bilgi aynı

Öte yandan, nizamnamenin uygulanması ile ilgili zaman zaman tereddütler yaşandığı da olmuştur. Nitekim Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Umum Müdürlüğü'nün 1942'de Kütahya Cumhuriyet Savcılığına gönderdiği bir mütalaada “Veraset davalarında gerek feraiz ve gerekse Medeni Kanun hükümlerinin tatbiki mahkemenin vazifesi dahilinde olup mahkemeler de mesaili maddiyeden ayrı hususlarda ehli-vukufun reylerine müracaat edemeyeceklerinden 11/11/1937 tarihli nizamnamenin 8 inci maddesinin E bendindeki kaydın mahkemelerdeki bu kabil davalara şümulü yoktur.” denilmiştir. Aynı mütalaada, şahısların müftülere müracaatla miras taksimi yaptırarak, alacakları raporu mahkemeye sunabileceklerinden de bahsolunmaktadır. Konuyu inceleyen hâkim Kemal Hakkı Kut, yazısında söz konusu mütalaayı naklettikten sonra, eski miras hukuku hükümlerinin özel uzmanlık gerektirdiğinden bahisle, her ne kadar başka miras hesabı uzmanları olsa da “aynı zamanda ahkâm-ı sâbıkaya ait hükümleri bilmeleri itibarıyla ve nizamnamenin sarahatine binaen müftülerin ehli-vukuf” tayininin uygun düşeceğini; bu konuda hâkimlere bir zorunluluk yüklenilemeyecekse de, mevzuatta bundan menedici bir hüküm bulunmadığını bildirmektedir¹⁶.

II. MÜFTÜNÜN MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN VAZİFESİNİN UYGULAMADAKİ GÖRÜNÜMÜ HAKKINDA BAZI TESPİTLER

Arşivde, müftülerin mevzuatta belirtilen vazifeleri doğrultusunda miras meselelerinin halli için mesai sarf ettiklerini gösteren birçok belge mevcuttur. Mesela, Kocaeli müftüsü Mehmet Emin Sayın¹⁷ imzalı Latin alfabesiyle yazılı bir belgenin baş kısmı şöyledir:

“Müstefti Recep Kart'ın ifadesine göre 339'da ve Kanunu Medenin mer'iyete vaz'ından mukaddem Emine'nin vefatı meselei mirasiyesi ahkâmı sâbık mucibince yukarıda mirasçıların isimleri karşısında gösterildiği gibi dört sehimden ibaret olacağı beyan olunur. 27/12/938. Müftü M. Emin Sayın, imza¹⁸.”

Her ne kadar, aktarılan kısım imza ve tarih bilgileri içerse de, belgenin -zaten arzda da belirtildiği üzere- üstü ve ayrıca altı ile arkası boş değildir. Buna göre:

Belgenin üst kısmında, şer'î intikalin cari olduğu, terekede yer alan “emlâk” hakkında paylaşırma yapılmıştır¹⁹. Burada, “Emlâk hissesi” başlığı altında mirasçıların yalnız isimleri ve

şekilde şu kitapta da geçmektedir: Nüşin Ayiter, Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 2. bs., Savaş Yayınları, Ankara, 1991, s. 32-33.)

¹⁶ Kemal Hakkı Kut, “Veraset Vesikası”, *Adalet Dergisi*, Y. 42, S. 9 (Eylül 1951), s. 1491-1492. Yazıda her ne kadar yazar hakkında tanımlayıcı bir bilgi yoksa da bundan bir yıl öncesine ait şu yazıda Savur Yargıcı olduğu not düşülmüştür. Bkz. Kemal Hakkı Kut, “Adalet Huzursuzluğunun Amilleri Nelerdir?”, *Adalet Dergisi*, Y. 41, S. 9 (Eylül 1950), s. 1139.

¹⁷ Mehmet Emin Sayın'ın hayatı hakkında bilgi için bkz. (Çevrimiçi)

<https://kocaeli.diyaret.gov.tr/sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=90&MenuCategory=Kurumsal>, 8 Haziran 2022.

¹⁸ *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 8-69-36, 27.12.1938.

¹⁹ Mülk terekenin, yani taşınır mallar ile mülk gayrimenkullerin, feraiz hükümleri gereğince mirasçılara geçmesine şer'î intikal dendiği hakkında bkz. Berki, 1947, s. 9.

hisseleri yazılmıştır²⁰. Buna göre, Emine'nin mirası 4 pay kabul edilip 1 payı kocası İsmail'e, 1 payı kızı Hafize'ye ve 2 payı da oğlu İbrahim'e verilmiştir²¹.

Belgenin aktarılan kısmının altında, örfi intikalin cari olduğu "arazi" hakkında paylaşırma yapılmıştır²². Burada, "Arazi" başlığı altında, İsmail'e 2, Hafize ile İbrahim'e 3'er pay verilmek suretiyle toplam 8 pay üzerinden paylaşırma yapılmıştır²³. Böylece, taksimin eski hukuka ilişkin kısmı tamamlanmıştır.

Ancak belgenin devamında, Medeni Kanunun yürürlüğünden sonra gerçekleşen ölüm hadiseleri açısından da paylaşırma devam edildiği görülmektedir. Dolayısıyla, söz konusu belgeden miras meselesinin tam olarak hallini görmek mümkündür. Nitekim belgenin alt kısmında Medeni Kanuna göre olan paylaşırma açıklamaları tamamlandıktan sonra, arkasına "Neticede Emine'nin Emlâk hisseleri" ve "Arazi hisseleri" başlıkları atılarak, her bir mirasçının adı ve karşısına nihai payı yazılmıştır. Bu tablo, eski ve yeni hukukun miras kuralları ile müftünün -yani Batılı ve laik hukuk ile Doğulu ve laik olmayan hukukun ve bir din adamının- aynı belgede buluşması itibarıyla da ilgi çekicidir. Aslında bunda, meselenin tam olarak halli gibi pratik bir ihtiyaç âmil olmalıdır. Zira mirasın paylaşılmasından önce mirasçılardan bir veya birkaçının vefatı halinde gündeme gelen "münasahada"²⁴, ayrı alt mirasçılık meselelerinin çözülmesi ve sonuçta bunların birbirleriyle denkleştirilip birleştirilerek nihai payların ortaya konulması esastır. Ancak bu noktada, Sayın'a ait arz yazısında, taksimin -belgenin üstünde yer alan- feraiz, yani şer'î intikale ilişkin kısmının vurgulandığının altı çizilmelidir. Bunun yanında, bu inceleme kapsamında taradığımız -az aşağıda atıfta bulunacağımız- müftülüklere ait sair evrak içinde de, feraiz hükümlerine göre gerçekleştirilen taksimin ön planda olduğu dikkat çekmektedir²⁵.

İncelediğimiz belgenin arkasında adı ve payı yazılı şahıslardan biri de Recep, yani müsteftidir. Burada müstefti tabirini vurgulamaktan maksadımız, en başta işlemin -bir önceki başlık altında da ön plana çıkan görünüme uygun şekilde- fetva kurumu üzerinden yürüdüğüne

²⁰ İsimlerin murise olan yakınlığı bu kısımda yazmasa da belgenin altında yer alan, ilerleyen aşamalardaki paylaşırmaları içeren kısma bakılarak bunlar anlaşılmaktadır.

²¹ Feraiz kurallarına göre koca, ashabü'l-feraz sıfatıyla mirasçıdır. Ölenin çocukları olduğunda payı 1/4'tür. Ölenin oğlu asabe bi-nefsihi sıfatıyla mirasçı olduğundan, ölenin kızı da asabe bi-gayrihi sıfatıyla mirasçı olur ve koca payını aldıktan sonra geriye kalanı ikili birli üleşirler. Olaya tam olarak mutabık bir örnek için bkz. Berki, 1947, s. 38.

²² Miri arazi ile vakıf akarların özel kanunları gereğince intikal hakkı sahiplerine kalmasına adi intikal ya da örfi intikal dendiği hakkında bkz. Berki, 1947, s. 9.

²³ Burada 21 Şubat 1328 Emval-i Gayrimenkule İntikalat Kanunu Muvakkatının şu hükümleri uygulanmıştır: "Madde 1. Ashabı intikalin birinci derecesi müteveffanın furuu yani evlâd ve ahfadıdır (...) Evlad ve ahfadın zükûr ve inası hakkı intikalde müsavidir (...) Madde 7. Müteveffanın zevc ve zevcesi birinci derecedeki hakkı intikal ashabiyle içtima ettikte rübü (1/4) hisseye (...)" Olaya tam anlamıyla mutabık bir örnek için bkz. Berki, 1947, s. 154.

²⁴ Münasaha hakkında bilgi için bkz. Berki, 1947, s. 124-131.

²⁵ Hatta yine üstteki formda yazılmış, arz kısmında emlâke göre hisse dağılımının vurgulanıp üstte bu paylaşırmanın, onun altında arazide hisse dağılımının ve devamında Medeni Kanuna göre paylaşırmanın ve nihayet arkada nihai payların gösterildiği, Latin harfli bir belgede yer alan taksim işlemi hakkında, aynı işleme ait müsvedde defterdeki kayda müracaat ettiğimizde, burada işin yalnızca emlâke ilişkin -yani Latin harfli yazının arz kısmında vurgulanan kısmının yer aldığı görülmektedir. Karş. *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 9-79-2, 21.3.1938; *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 10-79-1, 21.3.1938, görüntü 24. (Burada bir not olarak, söz konusu taksimin, mirasçılardan birinin ölüm tarihi hakkındaki bilgi hatalı olduğundan, sonradan iptal edildiğini ve tekrar paylaşırma yapıldığını ekleyelim. Ayrıca, burada yaptığımız ve aşağıda yapacağımız bazı atıflardaki "görüntü..." şeklindeki atıf -söz konusu belgeler bir sayfa, varak veya belge numarası içermediklerinden ve muhtelif bazı evrak içerisinde yer aldıklarından-Arşivin çevrimiçi kataloğundaki görüntü numarasıdır.)

işaret etmek içindir²⁶. Bunun yanında, müftünün incelemeye esas vazifesiyle ilişkili çevre hakkında fikir edinmek açısından da müstefti kayıtları önem arz etmektedir. Mesela, Arşivde “Kocaeli Müftülüğünün miras taksimi ile ilgili tuttuğu müsvedde defterler” notuyla kayıtlı, ekseri Osmanlıca yazılı, içerisinde muhtelif defterlerin yer aldığı, 406 görüntülük bir toplamada yaptığımız taramada, zaman zaman rastladığımız “müstefti Adliye katibi Haydar’ın ifadesine göre²⁷”, “Mahkeme-i Asliye katibi Haydar’ın ifadesine göre²⁸”, “Adliye katibi Haydar’ın tahriran ifadesine göre²⁹”, “Adliye katibi Haydar’ın gayriresmi yazdığı kağıttaki ifadeye göre³⁰”, “Adliye Dairesinin tahriri ifadesine göre³¹” gibi kayıtlar dikkat çekmektedir. Müsteftinin mahkemeden bir görevli ya da bizzat mahkeme de olabildiğini gösteren bu tablo, müftülere özel şahısların yanı sıra, mahkemelerden de miras meselelerinin geldiğini yansıtır niteliktedir.

Belirtelim ki, müftülerin bu vazifesi sırasında resmi dairelerle ilişkisi mahkemelerle sınırlı değildir. Mesela, yine Sayın’ın benzer bir başka taksim işi hakkında mirasçılardan birinin ölüm tarihini -“T.C. Kocaeli Müftülüğü” ibareli matbu belge formu üzerine yazdığı- bir yazıyla Kocaeli Nüfus Müdürlüğüne sorduğu ve nüfus müdürlüğünün bunu aynı gün cevaplandığı görülmektedir³². Yine, Siirt Müftülüğünün yaptığı paylaşımlara ait, kırk civarında Osmanlıca yazılı müsvedde evrak içeren bir toplamada karşımıza çıkan “Tapu Müdüriyetine.” gibi kayıtlar da dikkate değerdir³³. Demek ki müftüler, eski miras hukuku alanındaki vazifelerini yerine getirirken, gerektiğinde meselenin halli ya da neticesinin bildirilmesi için resmi makamlarla yazışmaktadır.

Burada, son gösterilen örnekte geçen tapu idarelerinin o dönem miras uygulamasında özel bir yeri olduğunun altı çizilmelidir. Bu bağlamda, Kocaeli Müftüsü Hasan Fehmi Efendi’nin³⁴ Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesinden birkaç gün sonra Adapazarı Müftülüğüne yazdığı bir cevap yazısı zikre değerdir. Zira bunda, Medeni Kanunun son maddesi gereğince icrasının İcra Vekilleri Heyetinde olduğundan bahisle, kanunun kabulünden sonrasına ait miras meselelerinin hallinin arazi intikali meselelerinde olduğu gibi tapu dairelerine ait olduğu; kanunun kabulünden öncesine ait meseleler için ise tapu dairelerinden tevdi olunacak “taksim-i veraset ilmühaberlerinde yalnız mukaddem vefat eden meyyitin meselesi halledilerek tapuya iadesinin icap edeceği kanaatinde” olunduğu belirtilmektedir³⁵. Dikkat edilirse, söz konusu belge tapu

²⁶ Müstefti tabirinin fetva isteyen için kullanıldığı hakkında bkz. Fahrettin Atar, “Fetva”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1995, c. XII, s. 487.

²⁷ *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 10-79-1, 9.5.1938, görüntü 40.

²⁸ *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 10-79-1, 16.2.1938, görüntü 21, 26.

²⁹ *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 10-79-1, 25.5.1938, görüntü 45.

³⁰ *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 10-79-1, 27.11.1937, görüntü 4.

³¹ *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 10-79-1, 29.9.1944, görüntü 285.

³² *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 9-79-1, 23.5.1938.

³³ Örneğin bkz. *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 14-123-1, 11.12.1929, belge 1.

³⁴ Hasan Fehmi’nin (Moralı) hayatı hakkında bilgi için bkz. <https://kocaeli.diyaret.gov.tr/sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=92&MenuCategory=Kurumsal>, 8 Haziran 2022.

³⁵ “Müftüler Diyanet memuru olduklarından dini mesâile cevap verirler. Kanun-ı Medeni ahkâmının icrası, son maddesi mucibince İcra Vekilleri Heyetine ait olduğundan, Kanun-ı Medenin mevki-i meriyete vaz’ından sonra tahaddüs edecek miras meselelerinin halli, arazi intikali mesâili gibi tapu dairelerine aittir. Binâberin Kanun-ı Medenin mevki-i meriyete vaz’ından mukaddem ve muahhar hadiseleri muhtevî münasaha mesâili hakkında tapu idaresinden tevdi olunacak taksim-i veraset ilmühaberlerinde yalnız mukaddem vefat eden meyyitin meselesi halledilerek tapuya iadesi icap edeceği kanaatinde bulunduğumdan bu vechile ifa-yı muamele edeceğimi beyan ederim efendim.” *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 14-117-29: 1, 10.10.1926. (Kocaeli Müftülüğüne ait müsvedde

dairelerinin miras konusundaki yetkisine işaret etmekle kalmamakta, müftülerin nizamname neşredilmeden çok daha önce bile miras meselelerinin halliyle iştiğal ettiklerini de yansıtmaktadır³⁶. Nitekim Diyanet İşleri Reisliğinden çıkan 27 Ağustos 1924 tarihli bir yazıda, şer‘iye mahkemelerinin ilgasıyla tapu dairelerinin mülk gayrimenkuller hakkındaki taksim işlerinde güçlük çektiği zikredilerek, miras meselelerinin hallinin “mesâil-i iftâiyeden olup bu vazife-i mutenâbihânın da teşkilât-ı hâzıraya göre makam-ı müftülüklerin cümle-i vezâifinden olacağı” belirtilmekte ve müftülüklerin tapu dairelerinden gelen ilmühaberler gereğince taksim işini gerçekleştireceklerinden bahs olunmaktadır³⁷. Adapazarı Müftülüğünün tuttuğu bir “sicill-i iftâ³⁸” üzerine yaptığımız taramada karşımıza çıkan tablo da, bu hususu teyit etmektedir. Zira, 1916-1925 aralığına ait 402 fetvanın yer aldığı bu defterde, şer‘iye mahkemelerinin ilgasından sonra düzenlenen kayıtlarda -defterin daha önceki kısımlarında müsteftîye ilişkin bilgiler arasında görülmeyen bir unsur olarak- Adapazarı Tapu Memurluğundan havale olunan ilmühaberler üzerine yapılan miras taksimlerini içeren birçok fetva dikkat çekmektedir³⁹. Dolayısıyla, 16 Kasım 1937 tarihinde yürürlüğe giren Diyanet İşleri Reisliği Teşkilâtının Vazifelerini Gösterir

defterleri tararken rastladığımız şu ifade, yukarıda belirtilene benzer bir usulün takip edilmesine bir örnektir: “Derûn-ı ilmühaberde muharrer ashâb-ı emlakın her birine aid mesâil-i mirasiye ber-vech-i bâlâ terkim kılınarak tapu müdüriyetine iade ve takdim kılındı”. *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 10-79-1, 25.4.1928, görüntü 346.)

³⁶ Aynı dosyada yer alan, bu sefer Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girmesinden birkaç gün önceye tarihli, yine Adapazarı Müftülüğüne yazılan “Kocaeli merkez müftüsü Hasan Fehmi” imzalı bir başka cevabi yazıda, Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğü hakkındaki kanunun -mirasın, murisin ölüm tarihinde geçerli olan kurallara göre paylaşılacağı hükmünü içeren- 16. maddesi aktarılıp “Kocaeli Ceride-i Resmîyesi henüz mezkûr kanunu neşretmediyse de bâlâda yazılan madde-i kanuniye kavâid-i asliye-i hukukiyyeye muvâfık bulunduğundan Kanun-ı Medenin meriyetinden evvel vefat eden kimsenin mesele-i mirasiyesi usul-i şer‘iyesi mucebince halledilmek icab edeceği beyan olunur efendim.” denmesi de yukarıda belirtilen hususu teyit etmektedir. Bkz. *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 14-117-29: 2, 29.9.1926.

³⁷ *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 2-5-1, 27.8.1340/27.8.1924. Burada, dikkat edilirse şer‘î intikalin cari olduğu mülk taşınmazlara ilişkin taksimden bahs olunmaktadır. Bu tablo, yukarıda da vurguladığımız, müftülerin eski miras hukukuna ilişkin vazifelerinde, özellikle feraize ilişkin alanın ön plana çıktığı hususuna mutabıktır. Yukarıda işaret edildiği üzere, şer‘î intikale nazaran daha az teknik bilgi gerektiren adı intikale göre üleştirilmeyi tapu memurları da yapabilmekteydi. Nitekim Yargıtay üyesi Kavalalı, 1978’de yayınlanan şu kitabının başında bu hususa şöyle değinmektedir: “... menkullerle, mülk gayrimenkuller hakkında geçerli bulunan feraiz ahkâmını müftülerle, feraiz bilen din adamları ve bunlar dışındaki mülk olmayan gayrimenkuller -miri arazi, arazi-i mevkûfe, arazi-i metruke, arz-ı mevat- hakkındaki miras ve intikale dair hükümleri tapu sicil muhafızları ile tapu memurları ve vakıf memurları bilmekle beraber, aynı nedenle yetenekli bu kişilerin göçüp gitmeleri yüzünden...” A. Mümin Kavalalı, *Miras Hukuku*, Mute Basımevi, Ankara, 1978, s. 5. Atıfta bulunduğumuz bu eserin başında, Din İşleri Yüksek Kurulu tarafından incelendiği ve basılmasının uygun görüldüğü hakkında bir resmi yazı vardır.

³⁸ 1916 senesinde, müftülerin verecekleri fetvaları “sicill-i iftâ” denilen bir deftere kaydetmeleri esası yürürlüğe konmuştur. İncelediğimiz sicill-i iftâ da böyle bir defterdir. Tokat Müftülüğüne ait bir sicill-i iftâ örneği üzerinden, sicill-i iftâların hukuk tarihi bakımından kaynaklık değeri hakkında sunduğumuz bir bildirin özeti için bkz. Mahmud Esad Kalıpçı, “Sicill-i İftâ Defterleri Üzerinden Tokat’ta Hukuki Hayata Dair Bazı Tespitler (1916-1935)”, *XXVI. Geleneksel Genç Hukuk Tarihçileri Konferansı 12-15 Ekim 2022 İstanbul-Türkiye*, (Çevrimiçi) <https://hukuktarimerkezi.istanbul.edu.tr/tr/content/xxvi-aylh-turkish/program>, 16 Kasım 2022.

³⁹ Anılan defterdeki bu çeşit kayıtlardan ilkinde, 20 Safer 1343/20 Eylül 1924 tarihli ve 296 numaralı fetvada rastladık. Bundan itibaren, 402 numaralı ve 24 Şaban 1343/21 Mart 1925 tarihli son fetvaya kadar, Adapazarı müftüsünün bu ilişki çerçevesinde, tapu idaresinden gelen ilmühaberler üzerine, feraiz kurallarına göre miras paylaşımı yaptığını görmekteyiz. Defterde, bunun dışında kalan kısım olan ilk 60 varakta yer alan 4 Rebiülevvel 1335/29 Aralık 1916 tarihli birinci fetva ile 17 Receb 1343/23 Şubat 1924 tarihli 295. fetva arasında ise tapu memurluğundan havale olunan ilmühaber üzerine paylaşım yapıldığını bildiren bir ifade bulunmamaktadır. Bu kısımda, adı geçen müsteftîlerin - birkaç fetvada rastladığımız imam, hatip, müderris, dava vekili, mahkeme-i şer‘iye katibi, mülkiye müfettişi gibi nitelendirmeler dışında çoğunlukla özel şahıslar olduğu görülmektedir; ancak verilen fetvaların büyük çoğunluğu yine miras taksimine ilişkindir. Dolayısıyla Adapazarı müftüsünün, şer‘iye mahkemelerinin ilgasından önce de miras meselelerine önemli bir mesai sarf ettiği dikkat çekmektedir. Anılan defter için bkz. *BOA*, EV.d., 39417, 4 Rebiülevvel 1335/29 Aralık 1916-24 Şaban 1343/21 Mart 1925.

Nizamnamedeki düzenlemenin, aslında eskiden beri devam edegelen bir uygulamanın mevzuata nakli manası taşıdığı anlaşılmaktadır⁴⁰.

SONUÇ

Miras taksiminde mirasbırakanın öldüğü zaman yürürlükte olan kuralların geçerli olması esası gereği, Cumhuriyet döneminde Osmanlı miras hukuku kuralları yürürlüğünü sınırlı bir derecede sürdürmüş ve buna ait bilgi önemini korumuştur. Ancak, uygulamadaki ihtiyaca rağmen, eski miras hukuku, hukuk fakültelerinin ders programlarında yer almamıştır. Hak kayıplarına yol açma ihtimalinin var olduğu bu hassas alandaki boşluk karşısında, bir yandan eski hukuk kültürünün taşıyıcısı konumundaki hukukçular eserler yazmışlar; bir yandan da bu hususta Diyanet İşleri Reisliği ve müftüler vazifelendirilerek uygulamada karşılaşılan güçlükler giderilmek istenmiştir. Her ne kadar, müftülerin bu konuda bir nevi resmi bilirkişi ilan edilmesi, mevzuatta Diyanet İşleri Reisliği Teşkilâtının Vazifelerini Gösterir Nizamnamenin yürürlüğe girmesiyle, 1937 senesinin sonlarında olmuşsa da, uygulamada onların bu vazifeyi çok önceden beri yürüttükleri görülmektedir.

Osmanlı ve Cumhuriyet Arşivlerinde, müftülerin eski miras hukuku hükümlerine göre miras taksimi yaptıklarını yansıtan birçok belge ve defter mevcuttur. Bunlara nazaran müftüler, feraiz kurallarına göre taksimin ön planda olduğu bu vazifelerini, fetva müessesesi kapsamında yürütmüşlerdir. Kendilerine sadece özel şahıslardan değil, tapu idareleri ve mahkemelerden de meseleler gelmiştir. Bu faaliyet sırasında, gerektiğinde bazı resmi dairelerle yazıştıkları da dikkat çekmektedir.

Neticede, mevzuat, öğreti ve uygulama üzerinden gerçekleştirdiğimiz bu sınırlı incelemeye göre, Cumhuriyetin ilk yıllarında müftülerin eski miras hukuku ile ilişkili meselelerin çözümünde, dolayısıyla medeni hukuk uygulamasında, oldukça faal oldukları anlaşılmaktadır. Bununla beraber, çalışmamızda görüldüğü üzere, miras taksimine ilişkin müftülüklere ait çok sayıda belge vardır. Bunlar ve keşfedilecek benzerleri, taksim işinin esası da işin içine katılarak, daha kapsamlı bir şekilde incelendiğinde, erken Cumhuriyet dönemi hukuk tarihine ilişkin çok daha ayrıntılı bilgilere ulaşmak mümkün olacaktır. Bu yolda, Diyanet İşleri Başkanlığı merkez teşkilatı ile müftülüklere ait belgelerin yanında, miras taksimiyle ilgili bulunan tapu daireleri ve mahkemeler gibi, diğer bazı kurumlara ait evraktan da istifade olunabilir.

⁴⁰ Bu durum, az yukarıda atıfta bulunduğumuz toplamalara müracaatla da teyit edilebilmektedir. Mesela Arşiv kataloğunda “Kocaeli Müftülüğünün miras taksimi ile ilgili tuttuğu müsvedde defterler” bilgisiyle kayıtlı olan 406 görüntülük toplamada, miras taksimine ilişkin 1927, 1928, 1929, 1933, 1934, 1935, 1937, 1938, 1944, 1945 yıllarının muhtelif dönemlerine ait müsvedde defterler vardır. Yine, Siirt Müftülüğüne ait, kataloğa “Müftülüğün yapmış olduğu miras taksimleriyle ilgili belgeler” şeklinde kaydedilmiş olan, kırk kadar müsvedde evraktan müteşekkil toplama da 1929 senesine ait bazı kayıtları içermektedir. Bkz. *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 10-79-1 ve *BCA*, Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 14-123-1.

KAYNAKÇA

I. Arşiv Belgeleri

Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA):

Evkaf Defterleri (EV.d.), 39417.

Cumhurbaşkanlığı Cumhuriyet Arşivi (BCA):

Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 2-5-1.

Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 8-69-36.

Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 9-79-1.

Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 10-79-1.

Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 14-117-2.

Diyanet İşleri Reisliği (51-0-0-0), 14-123-1.

Muamelat Genel Müdürlüğü (30-10-0-0), 21-121-6.

II. Kitaplar, Makaleler ve Ansiklopedi Maddeleri

Arsebük, Ahmet Esat. “Mameleke İstinat Eden Şahsiyet: Vakıf”, *Adliye Ceridesi*, S. 12 (1937), s. 1130-1170.

Atar, Fahrettin. “Fetva”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1995, c. XII, s. 486-496.

Ayiter, Nüşin. *Miras Hukuku*, 4. bs., Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Ayiter, Nüşin; Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 2. bs., Savaş Yayınları, Ankara, 1991.

Berki, Ali Himmet. *Eski Hâdiselerde Tatbiki Lâzımgelen İrs ve İntikal*, Hapisane Matbaası, Ankara, 1938.

Berki, Ali Himmet. *Vakıflar*, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1940.

Berki, Ali Himmet. *Miras ve Tatbikat: Feraiz-İntikal-Medenî Kanunda Miras-Tatbikat*, Üçler Basımevi, İstanbul, 1947.

Berki, Şakir. “Ali Himmet Berki”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, s. 509-510.

Birinci, Ali. “Ali Himmet Berki’nin Hayatı ve Eserleri”, *Türk Yurdu*, S. 356 (Nisan 2017), s. 65-71.

- Birinci, Ali. “Hukuk Tarihimizde Baba-Oğul ‘Berki’ler: Ali Himmet Berki ve Şakir Berki”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 24 (2017 Güz), s. 5-24.
- Bulut, Mehmet. “Başkanlıkla İlgili Yasal Düzenlemeler”, *Diyanet Aylık Dergi*, S. 239 (Eylül 2010), s. 44-47.
- İmre, Zahit. *Türk Miras Hukuku*, 2. bs., Yenilik Basımevi, İstanbul, 1968.
- İmre, Zahit. *Türk Miras Hukuku*, c. I, Sönmez Neşriyat ve Matbaacılık, İstanbul, 1960.
- İmre, Zahit; Erman, Hasan. *Miras Hukuku*, 14. bs., Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- Kalıpçı, Mahmud Esad. “Sicill-i İftâ Defterleri Üzerinden Tokat’ta Hukuki Hayata Dair Bazı Tespitler (1916-1935)”, *XXVI. Geleneksel Genç Hukuk Tarihçileri Konferansı 12-15 Ekim 2022 İstanbul-Türkiye*, (Çevrimiçi)
<https://hukuktarihimerkezi.istanbul.edu.tr/tr/content/xxvi-aylh-turkish/program>, 16 Kasım 2022.
- Kavalalı, A. Mümin. *Miras Hukuku*, Mute Basımevi, Ankara, 1978.
- Kut, Kemal Hakkı. “Adalet Huzursuzluğunun Amilleri Nelerdir?”, *Adalet Dergisi*, Y. 41, S. 9 (Eylül 1950), s. 1139-1151.
- Kut, Kemal Hakkı . “Veraset Vesikası”, *Adalet Dergisi*, Y. 42, S. 9 (Eylül 1951), s. 1485-1497.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku (Giriş-Kanunî Mirasçılar)-1961-1962 Ders Notları*, Mentesh Kitapevi, İstanbul, 1962.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku Dersleri*, 1. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku Dersleri*, 2. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*, 4. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*, 6. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Yücel, İrfan. “Diyanet İşleri Başkanlığı”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1994, c. IX, s. 455-460.

III. Elektronik Kaynaklar

<https://kocaeli.diyanet.gov.tr/sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=90&MenuCategory=Kurumsal>

<https://kocaeli.diyanet.gov.tr/sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=92&MenuCategory=Kurumsal>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

Uluslararası Ceza Yargısında Zorla Evlilik Suçunun Gelişimi

Selçuk KOCA 

Arş. Gör. Dr., Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı, Kahramanmaraş, Türkiye koca.selcuk@gmail.com
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 25.09.2022 Kabul: 12.12.2022 Yayın: 17.01.2023</p> <p>Anahtar Kelimeler: Zorla evlilik, Diğer insanlık dışı eylemler, İnsanlığa karşı suç, Cinsel kölelik, Uluslararası ceza hukuku.</p>	<p>Silahlı çatışmaların yoğun olarak yaşandığı bazı bölgelerde kadınların kaçırılarak, rızaları dışında evlilik birliği içinde yaşamaya zorlanması yaygın bir uygulama olarak gerçekleşmektedir. Sierra Leone Özel Mahkemesi Temyiz Dairesi, 2008 yılında verdiği kararla iç savaş esnasında ülkede gerçekleşen zorla evliliklerin insanlığa karşı suçlar altında diğer insanlık dışı eylem oluşturduğunu kabul etmiştir. Söz konusu karar, uluslararası ceza hukukunda zorla evliliğin ayrı bir suç olarak ortaya çıkışı olarak görülmektedir. Karar, zorla evliliğin cinsel kölelik suçunu oluşturduğu ve uluslararası ceza hukukunda zorla evlilik şeklinde yeni bir suçta ihtiyaç olmadığı şeklindeki eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Zorla evlilik suçuna ilişkin tartışmalar devam ederken Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri ile Uluslararası Ceza Mahkemesi, verdikleri kararlarla zorla evlilik suçunun varlığını teyit etmiş, suçun tanımını ve unsurlarını ortaya koymuştur. Çalışmada zorla evlilik suçunun uluslararası ceza hukukunda ortaya çıkışı, mahkeme kararlarıyla gelişimi, unsurları ve suça ilişkin tartışmalar ele alınmıştır.</p>

The Development of the Crime of Forced Marriage in International Criminal Jurisdiction

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 25.09.2022 Accepted: 12.12.2022 Published: 17.01.2023</p> <p>Keywords: Forced marriage, Other inhumane acts, Crimes against humanity, Sexual slavery, International criminal law.</p>	<p>In some regions where armed conflicts are intense, it is a common practice for women to be abducted and forced to live in marriage without their consent during armed conflicts in different parts of the world. In 2008, The Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone recognized that forced marriages which took place in the country during the civil war constitute other inhuman acts under crimes against humanity in its decision. This decision is seen as the emergence of a new crime against humanity in international criminal law. After the decision criticisms started that forced marriages constitute crime of sexual slavery and there is no need for a new crime as forced marriage in international criminal law. Meanwhile the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia and the International Criminal Court confirmed the existence of the crime of forced marriage and revealed the definition and elements of the crime. In this study, the emergence of the crime of forced marriage in international criminal law, its development with international court decisions, its elements and discussions about the crime are examined.</p>

Atıf/Citation: Koca, S.(2023). Uluslararası Ceza Yargısında Zorla Evlilik Suçunun Gelişimi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s.72-96.

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

Tarih boyunca, silahlı çatışmalarda kadınlara yönelik cinsel şiddet eylemleri yaygın bir şekilde gerçekleşmiştir. Uluslararası toplum, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra cinsel şiddet suçlarını önlemek için çabalarını arttırmış, uluslararası suçlar kapsamında birçok cinsel şiddet biçimini yaptırma bağlanmıştır. Uluslararası suçlar, ilgili kişilerin kişisel cezai sorumluluğunu gerektiren uluslararası kuralların ihlalidir. Soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu uluslararası suç olarak kabul edilmektedir. Özellikle insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları içerisinde cinsel şiddet içeren suçlara yer verilmiştir. Bunlar arasında tecavüz, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma ve diğer cinsel şiddet şekilleri bulunmaktadır. Zamanla Uluslararası Ceza Mahkemesi, ad hoc uluslararası ceza mahkemeleri ve karma mahkemeler bu tür suçları yargılamada etkin birer araç olduklarını göstermiş, kararlarıyla suçların unsurlarının anlaşılmasında yol gösterici olmuştur.

Dünyanın farklı bölgelerindeki silahlı çatışmalarda uygulanan zorla evlilik ise bir suç olarak Roma Statüsü'nde veya diğer hiçbir uluslararası ceza mahkemesinin statüsünde yer almamaktadır. Ruanda, Mozambik, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Sierra Leone, Kamboçya, Uganda, Suriye ve Irak'ın bazı bölgelerinde gerçekleşen silahlı çatışmalarda zorla evlilik uygulamasının yaygın olduğu bilinmektedir. Örnek olarak geçmişte Irak Şam İslam Devleti'nin (DAEŞ) Irak ve Suriye'de kontrol ettiği bölgelerde Şiiler, Yezidiler ve diğer gruplardan kadınlar köleleştirilirken, Sünni kadınlar DAEŞ militanlarıyla evlenmeye zorlanmıştır¹. Ruanda'daki soykırım esnasında Tutsi kadınların kaçırıldığı ve evlilik birliğine zorlandığına dair deliller² olsa da Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde sanıklara zorla evlilik suçlaması yöneltilmemiştir.

Uluslararası ceza yargılamasında, ilk başta Sierra Leone Özel Mahkemesi (SCSL) ve sonrasında Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri (ECCC) ile Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICC), zorla evliliği insanlığa karşı ayrı bir suç olarak kabul etmiştir. Sayılan üç mahkeme haricinde zorla evlilik suçuyla ilgili mahkumiyete hükmeden başka bir uluslararası mahkeme bulunmamaktadır. Dolayısıyla çalışmada, bahsedilen mahkemelerin zorla evlilik suçuyla ilgili kararları esas alınmıştır. Ancak zorla evliliğin insanlığa karşı suçlar altında hangi kategoride değerlendirileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüş, zorla evliliğin yeni bir suç değil cinsel kölelik suçunu oluşturduğu yönünde iken, ikinci görüş zorla evliliğin farklı bir suç olduğu ve bu sebeple diğer insanlık dışı eylem olarak kabulünden yanadır.

İnsanlığa karşı suçlar kişileri, kendi hükümetleri tarafından işlenenler de dâhil olmak üzere, günümüzde ağır insan hakları ihlalleri olarak adlandırılan eylemlerden korumak için ortaya çıkmıştır³. İnsanlığa karşı suçlar arasında yer alan diğer insanlık dışı eylemler suçu ise insanlığa karşı suçların kapsamını kısıtlamamak için "artık suç kategorisi" olarak uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde yer almaktadır. Yani insanlığa karşı suçlarla benzer ağırlık ve etkiye

¹ Revkin, Mara Redlich / Wood, Elisabeth Jean. "The Islamic State's Pattern of Sexual Violence: Ideology and Institutions, Policies and Practices", *Journal of Global Security Studies*, Volume 6, Issue 2, June 2021, s. 8.

² Human Rights Watch. "Shattered Lives: Sexual Violence During the Rwandan Genocide and its Aftermath", September 1996, <https://www.hrw.org/legacy/reports/1996/Rwanda.htm> (Erişim Tarihi:23.09.2022).

³ Cryer, Robert / Friman, Hakan / Robinson, Darryl / Wilmshurst, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2010, s. 3 ve s. 230-233.

sahip olup insanlığa karşı suçlar arasında yer alan suçlarla örtüşmeyen eylemler, diğer insanlık dışı eylem olarak cezalandırılabilir. SCSL, ECCC ve ICC kararlarında zorla evliliği diğer insanlık dışı eylem olarak kabul etmiştir.

Çalışmada öncelikle uluslararası hukukta evlilikle ilgili genel kurallar incelenecek, zorla evliliklerin hukuka uygun evlilikler ve ayarlanmış evliliklerden farkları üzerinde durulacaktır. Sonrasında zorla evlilik suçunun SCSL kararlarıyla ortaya çıkışı, ECCC ve ICC kararlarıyla diğer insanlık dışı eylemler kapsamında ayrı bir suç olarak kabulü ve gelişimi ele alınacaktır. Bu doğrultuda zorla evlilik suçu, farklı görüşler ve tartışmalar ışığında kanunilik ilkesine uygunluğu, cinsel kölelik suçuyla ilişkisi ve unsurları bakımından değerlendirilecektir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA EVLİLİK

Uluslararası hukukta yaklaşık 140 yıldır evliliğe ilişkin hakları düzenleyen kurallar bulunmakta olup bunların uygulanması geçmişte sınırlı ölçüde gerçekleşmiştir⁴. İlk olarak 1874 Brüksel Deklarasyonu'nda "aile onur ve haklarının" korunmasına yönelik bir düzenleme olduğu görülmektedir⁵. 1899 ve 1907 tarihli Kara Savaşına İlişkin Kurallar ve Gelenekler Sözleşmeleri de aynı düzenlemeyi benimsemiştir⁶.

Sağlıklı bir evliliğin gerçekleşmesi için evlenecek tarafların tam ve özgür rızalarının bulunması gereklidir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BMGK) tarafından 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, evliliklerde taraflarının rızasının önemini vurgulamıştır⁷:

"1. Evlilik çağına varan her erkek ve kadın, ırk, uyrukluk veya din bakımından hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkına haizdir. Her erkek ve kadın evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hakları haizdir.

2. Evlenme akdi ancak müstakbel eşlerin serbest ve tam rızasıyla yapılır.

3. Aile, cemiyetin tabii ve temel unsurudur, cemiyet ve devlet tarafından korunmak hakkını haizdir."

Uluslararası toplum, ailenin toplumun temel birimi olduğunu kabul etmektedir. Aileyi korumak için öncelikle evlilik kurumunun korunması gereklidir. 1964 tarihli Evlilik Rızası, Asgari Evlilik Yaşı ve Evliliklerin Kaydı Hakkında Sözleşme'nin 1. maddesi ile 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 23. maddesi, evlilik için eşlerin tam ve serbest iradelerinin gerekli olduğunu belirtmiş, taraf devletlere, "eşlerin evlilik konusunda, evliliğin

⁴ Christensen, Cameron. "Forced Marriage at the Cambodian Crossroads: ECCC Can Develop a New Crime Against Humanity", *Brigham Young University Law Review*, Provo Vol. 2015, Iss. 6, 2015, s. 1826.

⁵ Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874, m.38, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=71F5F42E64ABDF9DC12563CD00515682>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

⁶ Madde 46. 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri'nin metni için bkz. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByTopics.xsp>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

⁷ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, m. 16. Tam metin için bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.11.2022).

devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için gerekli önlemleri alma” yükümlülüğü getirmiştir⁸.

BM Genel Kurulu tarafından 1979 yılında kabul edilen Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, evlilik ve kadın erkek eşitliğiyle ilgili kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Sözleşmeye göre taraf devletler, evliliklerde, evlilik süresince ve evliliğin sonlandırılmasında kadınlarla erkeklerin eşit haklara sahip olmasını, özgür olarak eş seçme ve tam rıza ile evlenme hakkını, ebeveynlerin çocuklarla ilgili eşit hak ve sorumluluk sahibi olmalarını sağlama yükümlülüğünü kabul etmiştir⁹.

Aileyi ve evlilik hakkını korumaya ilişkin düzenlemeler sayılanlarla sınırlı değildir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 10, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi m. 17, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı m. 18, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 12, Güney Afrika Kalkınma Topluluğu Cinsiyet ve Kalkınma Protokolü m. 8 de ailenin korunmasına ve evlilik hakkına dair düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemeler evlilik hakkının, uluslararası insan hakları hukukunda yerleşik bir hak olduğuna işaret etmekte, geçerli bir evlilik için tarafların tam ve özgür rızasının gerekli olduğunu göstermektedir.

Zorla evlilik, taraflardan birinin veya her ikisinin tam ve özgür rızası olmadan gerçekleşen ve/veya sosyal baskı veya aile baskısı dâhil çeşitli nedenlerle evlilik ilişkisini sonlandıramaması veya terk edememesi olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Dünyanın her yerinde milyonlarca insanı silahlı çatışma bağlamında veya dışında etkileyen zorla evlilikler¹¹, yukarıda bahsedilen uluslararası sözleşmelerin de ihlalini oluşturmaktadır. Zorla evlilik ile hukuka uygun evlilik arasındaki en önemli ayırt edici özellik, tarafların veya ailelerinin geçerli rızasının varlığı veya yokluğudur¹². Dolayısıyla zorla evliliğin belirleyici unsuru, ilgili kişilerin rızası olmaksızın evlilik ilişkisinin dayatılmasıdır.

Zorla evlilik ile ayarlanmış evlilik (görücü usulü) farklı kavramlardır. Ayarlanmış evlilik, eşlerin kendi başlarına bir eş bulmak yerine seçim sürecini aile üyelerine devretmesi olarak

⁸ Evlilik Rızası, Asgari Evlilik Yaşı ve Evliliklerin Kaydı Hakkında Sözleşme'nin İngilizce tam metni için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-consent-marriage-minimum-age-marriage-and>, (Erişim Tarihi: 20.09.2022); Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf, (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

⁹ 1979 yılında kabul edilen Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi. m. 16, Sözleşmenin İngilizce tam metni için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>, (Erişim Tarihi: 20.09.2022). Sözleşmeye 20.09.2022 tarihi itibarıyla 182 devlet taraftır.

¹⁰ OHCHR. “Preventing and Eliminating Child, Early and Forced Marriage”, UN Doc. A/HRC/26/22, 2 Nisan 2014, par. 6; Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı'nın tanımına göre zorla evlilik, eşlerden birinin veya her ikisinin rızası olmadan ve dolayısıyla en az birinin iradesi dışında yapılan evlilik olarak tanımlanmıştır. Bkz. Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, “Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices”, 29 Ekim 2014, <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/addressing-forced-marriage-eu-legal-provisions-and-promising-practices>, (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

¹¹ Aptel, Cecile. “Child Slaves and Child Brides”, *Journal of International Criminal Justice*, 2016, s. 12.

¹² Del Vecchio, Jennifer. “Continuing Uncertainties: Forced Marriage as a Crime Against Humanity”, *Raport Center Human Rights Working Paper Series 3/2011*, The Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights and Justice at The University of Texas School of Law, s. 3.

tanımlanabilir¹³. Ayarlanmış evlilik, genellikle geleneksel ve resmi kurallara uygun olarak taraflardan birinin veya tarafların ailelerinin rızasıyla gerçekleşirken, zorla evlilikte taraflardan en az birinin ve ailesinin rızası yoktur. Gelenekler ve kurallar dikkate alınmaksızın uygulanır¹⁴. Buna rağmen aradaki farklar tam olarak belirli değildir. Ayarlanmış evliliklerde taraflardan birine ya da her ikisine evlilik için baskı veya zorlama yapılması mümkündür. Zorla evliliklerin insanlığa karşı bir suç olarak kabul edilmesi sayesinde zorla gerçekleşen ayarlanmış evliliklerin önlenmesi mümkün olabileceken, her iki eylemin unsurlarının belirsiz oluşu, bazı devletlerin, zorla evliliklerin suç olarak düzenlenmesinde tereddüt göstermesi ihtimalini doğurmaktadır¹⁵. Zorla evliliğin insanlığa karşı suç olarak kabulü için ise insanlığa karşı suçların “chapeau” unsurlarını yani ön şartlarını karşılaması, suçun sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmesi gereklidir¹⁶.

Roma Statüsü’nde sayılan suçlar arasında zorla evlilik suçu yer almamaktadır. Ancak zorla evliliğin, gerekli ön şartları sağlaması durumunda insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları arasında yer alan diğer suçlar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Konumuz açısından ise zorla evliliğin insanlığa karşı ayrı bir suç olarak kabul edilip edilemeyeceği önemlidir. Zorla evlilik daha önce birçok çatışma bölgesinde gerçekleşse de ilk olarak Sierra Leone Özel Mahkemesi’nin (SCSL) kararlarına konu olmuştur¹⁷.

II. SIERRA LEONE ÖZEL MAHKEMESİ KARARLARINDA ZORLA EVLİLİK SUÇU

Sierra Leone iç savaşı 1991 yılında başlamış ve çatışmalar boyunca birçok insanlığa karşı suç ve savaş suçu işlenmiştir. Sierra Leone Gerçek ve Uzlaşma Komisyonu’nun yayınladığı rapora göre, yetişkinlere ve çocuklara yönelik işlenen suçlar arasında zorla yerinden etme, kaçırma, keyfi gözaltı, öldürme, mülke zarar verme, saldırı/dayak, malların yağmalanması, fiziksel işkence, zorla çalıştırma, gasp, tecavüz, cinsel istismar, ampütasyon, zorla askere alma, cinsel kölelik, zorla uyuşturucu kullanırma ve zorla yamyamlık yer almaktadır¹⁸. Silahlı çatışmanın tarafları Liberya tarafından desteklenen Devrimci Birleşik Cephe (RUF), hükümet taraftarı sivillerden oluşan Sivil Savunma Kuvvetleri (CDF) ve Silahlı Kuvvetler Devrim Konseyi’dir (AFRC)¹⁹.

RUF, 1991 yılından itibaren Liberya sınırından ülkeye girerek silahlı eylemlere başlamıştır. RUF ile hükümet güçleri arasındaki çatışmalar devam ederken bir başka silahlı grup

¹³ Scharf, Michael P.. “Forced Marriage as a Separate Crime against Humanity”, içinde *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law*, Ed.: C. Jalloh, Cambridge University Press, 2014, s. 202.

¹⁴ Allain, Jean. *The Law And Slavery Prohibiting Human Exploitation*, Brill Nijhoff, Leiden 2015, 474.

¹⁵ Gong-Gershowitz, Jennifer. “Forced Marriage: A New Crime Against Humanity?”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 8, Issue 1, Article 3, s. 54; Eleştiriler için bkz. Christensen, s. 1844.

¹⁶ İnsanlığa karşı suçların savaş zamanının yanı sıra barış zamanında da işlenmesi mümkündür. Bkz. Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 411. Ayarlanmış evlilikler sivil nüfusa bir saldırı olarak nitelenemeyeceğinden insanlığa karşı suç teşkil etmesi mümkün değildir.

¹⁷ O’Brien, Melanie. “Gender Dimensions of Forced Marriage in International Criminal Law”, içinde *Gender and International Criminal Law*, Chapter 8, editörler Indira Rosenthal, Valerie Oosterveld ve Susana SáCouto, (OUP 2022), s. 7.

¹⁸ Sierra Leone Gerçek ve Uzlaşma Komisyonu. Gerçeğin Tanığı: Sierra Leone Gerçek ve Uzlaşma Komisyonu Raporu, <https://www.sierraleonec.org/index.php/view-the-final-report/table-of-contents>, (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

¹⁹ Bkz. SCSL web sayfası <http://www.rscsl.org/index.html>, (Erişim Tarihi: 12.11.2022).

olan AFRC 1997 yılında hükümeti devirmiş ve RUF'un da desteğini alarak ülkeyi birlikte yönetmeye başlamışlardır. Bu süreçte devrik hükümet güçleri ile cunta rejimi arasındaki çatışmalar ülkenin her tarafına yayılmıştır. 1999 yılında RUF ile devrik hükümet arasında ateşkes anlaşması imzalanmasına rağmen ateşkes kısa sürede bozulmuş ve iç savaş 2002 yılına kadar devam etmiştir²⁰.

Sierra Leone'deki iç savaş esnasında kadınlara ve kız çocuklarına yönelik cinsel şiddet suçları oldukça yaygın bir şekilde gerçekleşmiştir. Ülkedeki BM misyonu tarafından 2000 yılında yapılan bir araştırmada rastgele seçilen 733 kadınla mülakat yapılmıştır. Bu kadınların %73'ü insan hakları ihlallerine, %52'si cinsel şiddete, %47'si tecavüze, %20'si ise toplu tecavüze maruz kaldığını bildirmiştir²¹. Görüşülen kadınlardan %41'inin kaçırıldığı, %3'ünün (25 kadın) ise kendisini kaçıran kişiyle zorla evlendirildiği tespit edilmiştir²². Sınırlı sayıda kişiyle yapılan bu araştırma, ülkede gerçekleşen cinsel şiddeti tam olarak ortaya koyamasa da bir ipucu vermesi bakımından önemlidir.

İç savaş esnasında zorla evlilikler, genelde bir kadın veya kız çocuğunun yetişkin bir erkekle zorla evlilik birliğine girmesi şeklinde gerçekleşmiştir²³. "Çalı eşleri" (bush wives) denilen mağdur kadınlar, kaçırılarak rızaları dışında AFRC ve RUF militanlarıyla evlendirilmiştir. Zorla evlilikler, herhangi bir evlilik merasimi ya da resmi kayıt olmaksızın *de facto* evlilik olarak gerçekleşmiştir. Bu sebeple toplamda kaç kadının evlilik birliği içinde yaşamaya zorlandığına dair kesin bir bilgi yoktur²⁴.

Zorla evlilik birlikteliği içindeki mağdurlar, sürekli şiddete ve tecavüze uğrarken, kendilerinden bir eşin tüm sorumluluklarını yerine getirmeleri beklenmiştir. Bu sorumluluklar arasında cinsel ilişkiye girmek, yemek pişirmek, temizlik yapmak, çocuk doğurmak, hastalandığında "koca"larına bakmak ve sadık kalmak bulunmaktadır²⁵. Kadınlar arasında zorla uyuşturucu verilenler, göğüslerine isyancı grupların baş harfleri kazınanlar, öldürülenler ve zorla hamile bırakılıp çocuk doğuranlar olmuştur²⁶. Militanlar istedikleri zaman birlikteliği sonlandırabilirken kadınların böyle bir hakları söz konusu değildir²⁷. Kadınların kaçmaya çalışması demek hayatlarını riske atmaları veya başka bir isyancı grup tarafından yakalanma

²⁰ SCSL, Prosecutor v Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Case No. SCSL-04-15-T, 2 Mart 2009, par. 12 vd. Bundan sonra kısaca RUF Kararı olarak anılacaktır; SCSL, Prosecutor v Charles Ghankay Taylor, SCSL-03-01-T, 18 Mayıs 2012, par. 18 vd. Bundan sonra kısaca Taylor Kararı olarak anılacaktır.

²¹ UNICEF, The Impact Of Conflict On Women And Girls In West And Central Africa And The Unicef Response, 2005, 7, <https://www.alnap.org/help-library/the-impact-of-conflict-on-women-and-girls-in-west-and-central-africa-and-the-unicef>, (Erişim Tarihi: 22.09.2022).

²² UNICEF Raporu, 7.

²³ Del Vecchio, s. 3.

²⁴ Kerr, Victoria May. "Should Forced Marriages be Categorised as 'Sexual Slavery' or Other Inhumane Acts in International Criminal Law?", *Utrecht Journal of International and European Law*, 35/1, 2020, s. 5.

²⁵ Scharf, Michael P. / Mattler Suzanne. "Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity", *Case Research Paper Series in Legal Studies*, Working Paper 05-35, Ekim 2005, s. 1; SCSL 2 Numaralı Dava Dairesi, Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu Kararı, Case No. SCSL-04-16-T, 20 Haziran 2007, par. 997, 1120, 1121.

²⁶ O'Brien, 2022, s. 10-11; Del Vecchio, s. 3.

²⁷ Human Rights Watch. "We'll Kill You If You Cry": Sexual Violence In The Sierra Leone Conflict, Vol. 15, No. 1 (A), Ocak 2003, s. 43, <https://www.hrw.org/reports/2003/sierraleone/sierleon0103.pdf>, (Erişim Tarihi: 22.09.2022).

riskini göze almaları anlamına gelmektedir. Bazı kadınların, aile bireylerini öldüren militanlarla evlendirildiği de gözlemlenmiştir²⁸.

İç savaş esnasında işlenen suçları soruşturmak ve yargılamak için Sierra Leone Hükümeti ile Birleşmiş Milletler arasında yapılan bir anlaşmayla, yerel ve uluslararası yargıçlardan oluşan ilk karma (hibrit) uluslararası ceza mahkemesi olan SCSL kurulmuştur²⁹. SCSL Statüsü m. 2'ye göre, Mahkeme'nin suçlar bakımından yargı yetkisi, diğer uluslararası suçların yanı sıra insanlığa karşı suçları da kapsamaktadır³⁰. Mahkeme, Sierra Leone'nin çeşitli bölgelerinde kadınlara yönelik olarak işlenen cinsel şiddet suçlarını ele almış, AFRC, RUF ve Taylor Davası olmak üzere üç davada zorla evliliğin niteliği tartışılmıştır. Bu davalarda verilen kararlar kronolojik olarak aşağıda incelenmiştir.

A. AFRC Davası

Sierra Leone'deki çatışmalarda zorla evlilikler o kadar yaygındı ki SCSL Savcılığı bu olgu üzerine özel olarak eğilmiştir. AFRC'nin üst düzey üç yöneticisinin yargılandığı dava³¹, zorla evliliğin hukuki niteliği hakkındaki tartışmaları göstermesi bakımından oldukça ilgi çekicidir. Savcılık ve Temyiz Dairesi, zorla evliliğin, insanlığa karşı suçlar altında diğer insanlık dışı eylemler kapsamında ayrı bir suç olarak kabulünden yanayken, Dava Dairesi cinsel kölelik suçunu oluşturduğu görüşündedir³².

Davada, Savcılık tarafından faillere diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilik suçu iddiası yöneltilmiştir³³. Mahkeme Statüsü'nde zorla evlilik, ayrı bir suç olarak düzenlenmediği için Savcılık suçu diğer insanlık dışı eylemler altında değerlendirmiştir. Bunun kabulü için Savcılığın, zorla evliliğin insanlığa karşı suçların ön şartlarını ve diğer insanlık dışı eylemler

²⁸ O'Brien, Melanie. "Don't kill them, let's choose them as wives: the development of the crimes of forced marriage, sexual slavery and enforced prostitution in international criminal law", *The International Journal of Human Rights*, October 2015, 20:3, s. 389.

²⁹ Mahkemenin yargıçlarının bir kısmı Sierra Leone hükümeti tarafından, çoğunluğu ise BM Genel Sekreteri tarafından atanmaktadır. Bkz. SCSL Statüsü m. 12. SCSL 2013 yılı itibarıyla görevini tamamlamış olup yerini alan Sierra Leone Özel Rezidüel Mahkemesi şu an tanık koruma, hapis cezalarının denetimi ve SCSL arşivlerinin yönetimi gibi devam eden yasal yükümlülüklerin gözetimini yapmaktadır. Bkz. <http://www.rscsl.org/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

³⁰ SCSL Statüsü m. 2: "Özel Mahkeme, herhangi bir sivil halka karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak aşağıdaki suçları işleyen kişileri kovuşturma yetkisine sahiptir:

a. Cinayet;
b. toplu yok etme;
c. köleleştirme;
d. sürgün;
e. hapsedme;
f. İşkence;
g. Tecavüz, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma ve diğer her türlü cinsel şiddet;
h. Siyasi, ırksal, etnik veya dini gerekçelerle zulüm;
i. Diğer insanlık dışı eylemler". Statünün İngilizce tam metni için bkz. <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.11.2022).

³¹ SCSL 2 Numaralı Dava Dairesi, Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu Kararı, Case No. SCSL-04-16-T, 20 Haziran 2007. Bundan sonra kısaca AFRC Dava Kararı olarak anılacaktır.

³² AFRC Dava Kararı, par. 701 ve 713; AFRC Temyiz Kararı, par. 202.

³³ Scharf / Mattler, s. 6; Daha fazla bilgi için bkz. Goodfellow, Nicholas Azadi. "The Miscategorization of Forced Marriage as a Crime against Humanity by the Special Court for Sierra Leone", *International Criminal Law Review* 11, 2011, s. 838.

suçunun unsurlarını karşıladığını ispatlamalıdır³⁴. İnsanlığa karşı suçların ön şartları, bir suçun sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik saldırının parçası olarak işlenmesi gerekliliğidir. Dava konusu olaylar dikkate alındığında zorla evlilik, bu şartı karşılamaktadır. Diğer insanlık dışı eylemler suçunun unsurları ise aşağıdaki şekilde sayılmıştır³⁵:

“1. Fail, insanlık dışı bir eylem yoluyla büyük acılar çektirmiş veya vücuda veya zihinsel veya fiziksel sağlığa ciddi şekilde zarar vermiştir;

2. Eylem, Statü'nün 2(a) ila (h) maddelerinde atıfta bulunulan eylemlere benzer bir ağırlıktadır; ve

3. Fail, eylemin ağırlığının niteliğini belirleyen olgusal koşulların farkındadır.”

Zorla evlilik, gerçekleştiği koşullar dikkate alındığında, mağdurlar üzerinde büyük acılara yol açması sebebiyle ilk şartı açıkça karşılamaktadır. Savcılığa göre zorla evlilik, Mahkeme Statüsü'nde yer alan insanlığa karşı suçlarla benzer ağırlıkta olduğundan ikinci şartı da yerine getirmektedir³⁶. Son unsur açısından da failin eylemlerinin oluşturacağı zararın farkında olduğunu söylemek mümkündür.

Suçun manevi unsuru ise failin kasten hareket etmesidir. Fail, bilerek ve isteyerek ağır fiziksel acıya, vücuda, zihinsel, fiziksel sağlığa ciddi zarara sebep olmalı veya insan onuruna ciddi bir saldırı gerçekleştirmelidir. Bu, failin eylemlerinin veya ihmallerinin muhtemel sonuçlarını bildiği ve yine de kabul ettiği durumları da içerir³⁷.

Diğer insanlık dışı eylemler suçu, artık suç kategorisi olduğu için bir eylemin bu kapsamda değerlendirilmesi, statüde yer alan diğer insanlığa karşı suçların dışında kalmasına bağlıdır. Savcılığa göre zorla evlilik, diğer insanlığa karşı suçlardan ayrı bir suçtur. Suç, cinsel eylemlerden farklıdır çünkü bir kişiyi tehdit veya başka bir zorlama yoluyla evlilik görüntüsü vermeye zorlamaktadır. Bu nedenle, zorla evlilik, genellikle cinsel ilişki içerse bile kendine özgü özellikleri olduğundan, cinsel kölelik ve diğer cinsel suçların kapsamına girmemektedir. Savcılığın tanımına göre zorla evlilik suçu, “mağduru şiddet, baskı, psikolojik baskı, alıkoyma veya nüfuzu kötüye kullanma gibi eylemlerle veya korkutarak veya zorlayıcı bir ortamdan yararlanarak zorla evlilik birliğine girdirmeyi amaçlayan söz veya davranışlardan” oluşmaktadır³⁸.

Dava Dairesi, savcılığın zorla evlilik suçlamasıyla ilgili değerlendirmelerini reddetmiş ve zorla evliliğin cinsel kölelikle tamamen örtüştüğü değerlendirmesini yapmıştır. Cinsel kölelik suçunun oluşması için gerekli unsurlar, failin mağdur üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden biri veya tamamını kullanması ve mağdurun bir veya daha fazla cinsel içerikli eylemde bulunmasına neden olmasıdır³⁹. Zorla evliliğin bu unsurları karşıladığı görülmektedir. Dava Dairesi, evliliğin bir “örtmece” olduğunu, kadınların rızaları olmaksızın isyancılar tarafından

³⁴ Slater, Rachel. “Gender Violence Or Violence Against Women? The Treatment Of Forced Marriage In The Special Court For Sierra Leone”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, 2012, s. 738; Diğer insanlık dışı eylemler suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jyrkkö, Terhi. “Other inhumane acts as crimes against humanity”, *Helsinki Law Review*, January 2011.

³⁵ AFRC Dava Kararı par. 698.

³⁶ AFRC Dava Kararı, par. 701.

³⁷ AFRC Dava Kararı, par. 700.

³⁸ AFRC Dava Kararı, par. 701.

³⁹ Roma Statüsü Suçun Unsurları, m. 7-1/k.

alıkonulduğunu, cinsellikleri, hareketleri ve emekleri üzerinde tam kontrol kurulduğunu saptamıştır⁴⁰. Dahası, “koca/sahip”, “eşini/mülkünü” sanki bir “şey”miş gibi özgürce kullanabilmektedir. İsyancıların “eşleri” ile ilişkileri, genel olarak mülkiyet hakkının kullanımı şeklindedir⁴¹. Daire, hukukta “diğer insanlık dışı eylem” olarak ayrı bir “zorla evlilik” suçuna gerek duyacak bir boşluk olmadığına karar vermiştir⁴².

Dava Dairesinin zorla evliliği cinsel kölelik suçu kapsamında değerlendirme kararı oybirliği ile olmamıştır. Karara muhalif kalan Yargıç Doherty’ye göre, zorla evlilikte, cinsel kölelik suçunda yer almayan unsurlar bulunmaktadır. Zorla evliliğin en temel unsuru failin hareketlerinden dolayı mağdurda oluşan zihinsel ve manevi travmadır. Mağdur, “eş” sıfatı sebebiyle damgalanmakta, bu durum ailesi ve çevresi tarafından reddedilmesine ve topluma uyumunun zorlaşmasına neden olmaktadır⁴³. Dolayısıyla zorla evlilik cinsel kölelikten ayrı ele alınmalı ve Mahkeme Statüsü m. 2’ye göre “diğer insanlık dışı eylemler” kapsamında cezalandırılmalıdır⁴⁴.

Temyiz Dairesi, Dava Dairesi’nin zorla evlilikle ilgili kararını hatalı bulmuş ve failin diğer insanlık dışı eylem olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Temyiz Dairesi, zorla evliliğin cinsel kölelikle, rıza dışı cinsellik ve özgürlükten yoksun bırakma bakımından örtüştüğünü ancak ek unsurları da olduğunu ifade etmiştir. Temyiz Dairesine göre zorla evliliğin baskın yönü cinsellik değildir. Temyiz Dairesi zorla evlilikle ilgili aşağıdaki tanımı yapmıştır:

“Zorla evlilik, failin kendisinin veya davranışlarından sorumlu olduğu bir başkasının sözleri veya davranışları aracılığıyla, bir kişiyi güç kullanarak, güç kullanımıyla tehdit ederek, ciddi acı veya fiziksel veya psikolojik yaralanma ile sonuçlanan evlilik partneri olarak hizmet etmeye zorladığı bir durumdur.”⁴⁵

Bu tanım, insanlığa karşı bir suç olarak zorla evlilikte, rızaya odaklanan insan hakları düzenlemelerinden farklı olarak, güç ve zorlamayı temel unsurlar haline getirmektedir⁴⁶. Temyiz Dairesi, zorla evliliğin mağdur açısından iki temel zarardan ibaret olduğunu tespit etmiştir. Bunlar

⁴⁰ AFRC Dava Kararı, par. 711.

⁴¹ Gong-Gershowitz’e göre, “çalı eşlerinin” ve kendilerini tutsak edenler tarafından köleleştirilen diğer mağdurların acılarını resmen kabul etmek için, çatışmayla bağlantılı zorla evlilik, cinsel köleliğin belirli bir biçimi olarak kabul edilmelidir. Kadınların “eşler” olarak etiketlenmesi, mevcut olmayan karşılıklı yarar ve yükümlülükler anlamına gelen “evlilik statüsü” verme niyetinin göstergesi değil, sahiplik, tahakküm veya kontrol gösterme niyetinin kanıtı olarak sunulabilir. Bkz. Gong-Gershowitz, s. 76.

⁴² AFRC Dava Kararı, par. 713; Dava Dairesi, AFRC davasında karar verirken, iddianamede aynı suçlamada aynı fiilden kaynaklı hem cinsel kölelik hem diğer cinsel şiddet biçimleri suçlaması yöneltildiği için bu suçlamaların hepsini reddetmiştir. Zorla evlilik, cinsel kölelik kapsamında değerlendirilmiş ancak az evvel belirttiğimiz üzere cinsel kölelik ve diğer cinsel şiddet biçimleri suçlaması ikili suçlama olduğundan reddedilmiştir. Dava Dairesi, zorla evlilik olarak cinsel kölelik ve diğer cinsel şiddet biçimlerini beraberce “insanlık onuruna saldırı” suçlaması altında değerlendirmiş ve bu suçtan mahkûmiyete karar vermiştir. Bkz. AFRC Dava Kararı, par. 92, 95, 696; Temyiz Dairesi, Dava Dairesi’nin cinsel kölelik suçlamasını esas alıp “diğer cinsel şiddet biçimleri” suçlamasını reddetmesi gerekirken iki suçlamayı birden reddetmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir. Bkz. SCSL Temyiz Dairesi, Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu Kararı, Case No. SCSL-2004-16-A, 22 Şubat 2008, par. 109. Bundan sonra kısaca AFRC Temyiz Kararı olarak anılacaktır.

⁴³ Mağdurların topluma uyumu hakkında çalışma için bkz. Shanahan, Fiona / Veale, Angela. “How mothers mediate the social integration of their children conceived of forced marriage within the Lord’s Resistance Army”, *Child Abuse and Neglect*. 51, 2016 Ocak, s. 72-86.

⁴⁴ Yargıç Doherty’nin muhalefet şerhi, AFRC Dava Kararı, par. 15, 71.

⁴⁵ AFRC Temyiz Kararı, par. 196.

⁴⁶ O’Brien, 2022, s. 14.

mağdura evlilik birlikteliğinin zorla dayatılması sonucu ortaya çıkan fiziksel, psikolojik zarar ve toplumsal damgalama ile eş olmakla ilgili zorunlu görevlerden kaynaklanan zararlardır⁴⁷.

Sonuç olarak Temyiz Dairesi, zorla evliliği uluslararası hukukta bireysel cezai sorumluluk gerektirecek diğer insanlık dışı eylem olarak kabul etmiştir⁴⁸. Ancak Dava Dairesi, cinsel kölelik suçlamasına sebep teşkil eden eylemleri ve zorla evliliği “insanlık onuruna saldırı” suçundan verdiği mahkûmiyet kararına esas aldığından, Temyiz Dairesi bu durumu dikkate alarak cinsel kölelik veya diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilik suçlarından ayrıca mahkûmiyet kurulmasına gerek olmadığına karar vermiştir⁴⁹.

AFRC Davası, uluslararası bir ceza mahkemesinde zorla evliliğin ilk kez kovuşturulduğu davadır. Temyiz Dairesi'nin kararı, zorla evliliğin insanlığa karşı yeni bir suç olarak doğuşu açısından, suçun unsurlarını açıkça ortaya koymasa da olumlu bir gelişme olarak kabul edilmektedir⁵⁰. Bu karar, silahlı çatışma ortamlarında kadınların haklarını tanıma ve geliştirme bakımından önemli bir adım olarak görülmekte⁵¹, kadınların zorla “eş” olarak kullanıldığı dünyadaki diğer çatışma bölgeleri için emsal oluşturmaktadır⁵². Ancak karar olumlu tepkilerin yanı sıra soruları⁵³ ve eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Zorla evliliğin gerçekleştiği zaman uluslararası ceza hukukuna göre suç olmadığı⁵⁴, dolayısıyla kanunilik ilkesini ihlal ettiği ve cinsel kölelik veya köleleştirme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁵. Gong-Gershowitz'e göre Temyiz Dairesi'nin zorla evliliği cinsel kölelikten ayrı kabul eden kararı, mağdurların acılarını kabul etmenin aksine zorla evliliğin baskın yönü olan kölelik ve cinsel şiddeti küçümsemek anlamına gelmektedir⁵⁶.

B. RUF Davası

Mahkemenin baktığı bir diğer dava olan RUF yöneticilerinin yargılandığı RUF Davası'nda⁵⁷ sanıklara, diğer suçların yanı sıra insanlığa karşı suç olarak tecavüz, cinsel kölelik, diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilik suçları yöneltilmiştir. Mahkeme RUF kararında, AFRC Davasında Temyiz Dairesinin yaptığı zorla evlilik tanımını benimseyerek zorla evliliği cinsel kölelikten ayırmış ve diğer insanlık dışı eylemler kapsamında ele almıştır⁵⁸.

⁴⁷ Oosterveld, Valerie. “Forced Marriage and the Special Court for Sierra Leone: Legal Advances and Conceptual Difficulties”, *International Humanitarian Legal Studies* 2, 2011, s. 157.

⁴⁸ AFRC Temyiz Kararı, par. 202; Eleştiriler için bkz. Gong-Gershowitz, s. 54.

⁴⁹ AFRC Temyiz Kararı par. 110, 202.

⁵⁰ Frulli, Micaela. “Advancing International Criminal Law - The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a New Crime Against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, s. 1034. Oosterveld, 2011, s. 139.

⁵¹ Park, Augustine S. J.. “Other Inhumane Acts: Forced Marriage, Girl Soldiers And The Special Court For Sierra Leone”, *Social & Legal Studies*. 15/3, 2006, s. 333.

⁵² Park, s. 333.

⁵³ Oosterveld, Valerie. “The Special Court for Sierra Leone, Child Soldiers and Forced Marriage: Providing Clarity or Confusion?”, *The Canadian Yearbook of International Law*, 2007, 45, s. 158-159.

⁵⁴ Goodfellow, s. 866.

⁵⁵ Gong-Gershowitz, s. 75; Sellers ve Oosterveld de zorla evliliğin köleleştirme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Oosterveld, 2011, s. 149-150; Sellers, Patricia Viseur. “Wartime Female Slavery: Enslavement”, 44 *Cornell Int'l L.J.* 115, 2011, s. 138 vd.

⁵⁶ Gong-Gershowitz, s. 54; Eleştiriler için bkz. Christensen, s. 1834-35.

⁵⁷ SCSL 1 Numaralı Dava Dairesi, Prosecutor v. Sesay, Kallon ve Gbao Kararı, Case No. SCSL-04-15-T, 2 Mart 2009. Bundan sonra kısaca RUF Dava Kararı olarak anılacaktır.

⁵⁸ Slater, s. 740.

Dava konusu olayda, silahlı militanların kadınları esir alıp onları “eşleri yaptığı” çok sayıda tanığın ifadesine yansımıştır. Dava Dairesi kararında, militanların kadınları yakalaması ve onları eş olarak almasının zorla evliliğin maddi unsurunu yani zorla evlilik birliğinin dayatılmasını karşıladığını belirtmiştir⁵⁹. Ayrıca mağdurlara zorla kabul ettirilen evlilik birliği, iyileşmelerini ve topluma yeniden uyum sağlamalarını engelleyen kalıcı bir sosyal damgalanmayı da beraberinde getirmektedir. Zorla evlilik, sadece cinselliği değil yemek pişirme, yıkama ve temizlik gibi cinsel olmayan diğer yükümlülükleri de kapsadığı için cinsel kölelikten daha geniş bir kavramdır. Dava Dairesi kararında, cinsel kölelik ayrı bir suç olarak yargılanmasına rağmen, zorla evlilikle cinsel köleliğin bir arada bulunabileceğini yani unsurlarının örtüşebileceğini de belirtmiştir.

Sonuç olarak Dava Dairesi, zorla evlilik ve cinsel kölelik suçlarının unsurları tam olarak örtüşmediği için her iki suç bakımından, failer hakkında ayrı ayrı mahkûmiyete hükmedilebileceğini vurgulamış ve bu yönde karar vermiştir⁶⁰. Temyiz Dairesi de bu kararı onamıştır⁶¹. RUF Kararı, ilk defa insanlığa karşı suçlardan diğer insanlık dışı eylem kapsamında zorla evlilik suçundan mahkûmiyet kurulması bakımından tarihe geçmiştir.

RUF Kararı, zorla evlilik suçunun tanımının ve unsurlarının netleştirilmesi bakımından yeterince açıklayıcı olmamıştır⁶². Kararda, cinsel kölelik ve zorla evlilik suçunun unsurlarının örtüşebileceği belirtilmiş ancak iki suç arasındaki sınırlar açıkça çizilmemiştir. Kanunilik ilkesi gereği suçun tanımının belirli olması sanıkların neyle suçlandıklarını bilmeleri açısından son derece elzemdir. Ancak karar yine de suçun farklı boyutlarının, cinsel ve cinsel olmayan yönlerinin belirtilmesi açısından olumlu bir gelişme olarak kabul edilmektedir.

C. Taylor Davası

Zorla evlilik suçu ve cinsel kölelikle ilişkisine dair tartışmalar Liberya eski devlet başkanı Charles Taylor’un yargılandığı davada⁶³ da devam etmiştir. Söz konusu davada, sanığa yöneltilen suçlar arasında zorla evlilik bulunmamaktadır. Ancak mağdurlar, ifadelerinde zorla evlendirildiklerini beyan etmiş, Dava Dairesi de mevcut deliller doğrultusunda zorla evlilik iddialarını ve SCSL’nin geçmiş içtihatlarını değerlendirmiştir.

Dava Dairesi öncelikle “zorla evlilik” ifadesinin hatalı bir kavram olduğundan bahisle kullanımını reddetmiştir. Bunun yerine “evlilik benzeri kölelik” (conjugal slavery) ifadesi kullanılmalıdır. Dava Dairesi’ne göre, evlilik benzeri kölelik, cinsel kölelik suçunun özel bir görünümüdür yani farklı bir suç değildir. Evlilik benzeri kölelik, failin mağdurun “eşi” olduğunu iddia ettiği ve üzerinde cinsel kontrol kurduğu bir uygulamadır. Bu uygulamada evlilikle ilgili bazı ek ve ayırt edici özellikler bulunsa da -başkalarının mağdura cinsel erişimini engellemek, mağdurun ev işleri yapma zorunluluğu- bunlar yeni bir suçun kavramsallaştırılmasını gerektiren

⁵⁹ RUF Dava Kararı, par. 1295.

⁶⁰ RUF Dava Kararı, par. 2307.

⁶¹ SCSL Temyiz Dairesi, Prosecutor v. Sesay, Kallon ve Gbao Kararı, Case No. SCSL-04-15-A, 26 Ekim 2009.

⁶² Clark, James M.. “Forced Marriage: the Evolution of a New International Criminal Norm”, *Aberdeen Student Law Review* 4, Haziran 2012, 3, s. 16.

⁶³ SCSL 2 Numaralı Dava Dairesi, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor Kararı, SCSL-03-01-T, 18 Mayıs 2012, par. 430. Bundan sonra kısaca Taylor Dava Kararı olarak anılacaktır. Charles Taylor, RUF’a olan desteğinden ötürü dolaylı fail olarak yargılanmıştır.

unsurlar değildir⁶⁴. Daireye göre evlilik benzeri kölelik, cinsel yönleri açısından cinsel kölelik ve ev işleri açısından zorla çalıştırma şeklindeki köleleştirme suçlarından oluşmaktadır⁶⁵. Daire, zorla evlilik şeklinde yanlış tanımlanan suçun esasında iki ayrı köleleştirme türünden oluştuğunu belirtmiş ve cinsel kölelik suçundan mahkûmiyete hükmetmiştir⁶⁶.

Sanığın temyiz yoluna başvurması üzerine Temyiz Dairesi kararında, zorla evlilikle ilgili değerlendirme yapmaktan kaçınarak failere cinsel kölelik suçundan verilen mahkûmiyeti onamıştır⁶⁷. SCSL'nin Taylor Kararı, AFRC ve RUF Kararları açısından bakıldığında, mahkemenin içtihatlarında bir geriye dönüş ve zorla evlilik suçundan vazgeçildiği izlenimi vermektedir. SCSL kararları, zorla evlilik suçuyla ilgili tartışmaları ortaya çıkarsa da yansıması diğer uluslararası mahkeme kararlarında devam etmiştir.

III. KAMBOÇYA MAHKEMELERİ OLAĞANÜSTÜ DAİRELERİ KARARLARINDA ZORLA EVLİLİK SUÇU

Kızıl Kmerler rejimi, 1975'ten 1979 yılına kadar Kamboçya'yı yönetmiştir. Bu süreçte 1,7 milyon insanın açlık, işkence, idam ve zorla çalıştırma nedenleriyle öldüğü tahmin edilmektedir⁶⁸. Rejim, insan hayatını hiçe sayarak, büyük çaplı katliamlar gerçekleştirmiş ve ülkeyi devasa bir gözcaltı merkezine dönüştürmüştür⁶⁹. Kızıl Kmerler rejimi döneminde işlenen suçlar sebebiyle, eski rejim liderlerini ve önemli suç faillerini yargılamak amacıyla Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri kurulmuştur. ECCC, Kamboçya hükümeti ile BM arasında yapılan bir anlaşma üzerine 2006 yılında Kamboçya iç hukukuna göre çıkarılan bir kanunla faaliyete geçmiştir⁷⁰. Mahkemenin yargı yetkisi kapsamına insanlığa karşı suçlar da girmektedir.

Kızıl Kmerlerin, Kamboçya'da sosyalist bir devrime ulaşmak ve Komünist Partiyi iç ve dış düşmanlardan korumak için uyguladığı temel politikalarından biri *evliliklerin ayarlanması*⁷¹. Kızıl Kmerler rejimi 1974'ün başlarından itibaren insanları evlenmeye zorlamış ve bu uygulama en azından 6 Ocak 1979'a kadar sürmüştür. Toplamda 500.000 kadın ve erkeğin zorla evlendirildiği tahmin edilmektedir⁷². İnsanları, Komünist Parti'nin belirlediği kişilerle ve kurallar çerçevesinde evlenmeye zorlamak için şiddet kullanılmış, insanlar ölümle tehdit edilmiş,

⁶⁴ Dava Dairesi burada toplu tecavüz örneğini vererek toplu tecavüzün kendine özgü bir tecavüz şekli olsa da yeni bir suç olmadığını ve tecavüz suçunun kapsamına girdiğini vurgulamıştır. Bkz. Taylor Dava Kararı, par. 429.

⁶⁵ Taylor Dava Kararı, par. 425.

⁶⁶ Taylor Dava Kararı, par. 427-430 ve s. 2475, 2477.

⁶⁷ Bkz. SCSL Temyiz Dairesi, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor Kararı, SCSL-03-01-A, 26 Eylül 2013.

⁶⁸ ECCC at a Glance: <https://www.eccc.gov.kh/en/publication/eccc-glance>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

⁶⁹ Kerr, s. 6.

⁷⁰ Law On The Establishment Of Extraordinary Chambers In The Courts Of Cambodia For The Prosecution Of Crimes Committed During The Period Of Democratic Kampuchea. https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

⁷¹ ECCC, 002/02 Numaralı Dava Kararı, Case File/Dossier No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16 Kasım 2018, par. 3522. Bundan sonra kısaca 002/02 Numaralı Dava Kararı olarak anılacaktır. Aslında Kamboçya'da eskiden beri evlilikler genellikle aileler tarafından ayarlanmaktadır. Geleneksel olarak bir evlilik sadece iki kişinin evliliği değil ailelerinin de birleşimi olarak görülmektedir. Kadın ve erkeğin, kiminle evleneceklerine ilişkin söz hakları kısıtlıdır. Bkz. Jain, Neha. "Forced Marriage as a Crime against Humanity - Problems of Definition and Prosecution", *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008, s. 1023.

⁷² Lilja, Mona / Baaz, Mikael. "The unfortunate omission of entangled resistance in the local turn in peace-building: the case of forced marriage in the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)", *Conflict, Security & Development*, 2021:3, s. 280.

reddedenler idam edilmiştir⁷³. Zorla evlilik politikasının amaçları, bireyler arasındaki etkileşimi kontrol etmek, bireylerin Komünist Parti politikası doğrultusunda evlenmeye ve cinsel münasebet kurmalarına izin verilmesi, ebeveynlerin rolünü değiştirip annelerin çalışmaya gitmesini sağlayarak evlilik yapısını değiştirmek, aile kurulmasını ve nüfus artışını sağlamaktır. Bu amaçlara ulaşmak için bireyler benzer statülere sahip insanlarla veya askerlerle evlendirilmiştir⁷⁴.

Kızıl Kmer yöneticilerinin yargılandığı 002/02 Numaralı Davada sanıklara *inter alia* zorla evlilikle ilgili suçlamalar da yöneltilmiştir. Dava Dairesi, zorla evliliği diğer insanlık dışı eylemler kapsamında değerlendirmiş ve sanıklar, zorla evlilikler kapsamında gerçekleşen tecavüzler ile de suçlanmıştır. Diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilik, mağdurların zorlayıcı koşullar altında evlilik ilişkisine girmeye zorlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Savunmalarında sanıklar, suçun işlendiği tarihte insanlığa karşı suçlar kapsamında zorla evlilik şeklinde ayrı bir suçun var olmadığını iddia etmiştir⁷⁶. Dava Dairesi'ne göre ise yargılamanın konusu, zorla evliliğin ayrı bir suç olup olmaması değil, uygulanan zorla evliliklerin diğer insanlık dışı eylemler suçunu oluşturup oluşturmadığıdır⁷⁷. Diğer insanlık dışı eylem suçu, eylemlerin gerçekleştiği tarihlerde uluslararası örf adet hukuku kuralı olarak varlığı kabul edilen bir suçtur⁷⁸.

Dava Dairesi, zorla evliliğin tanımı için SCSL Temyiz Dairesi'nin AFRC Kararına ve ICC Ön Yargılama Dairesi'nin Ongwen Davasındaki Suçlamaların Onayı Kararına bakmıştır. Mahkeme, zorla evlilik kavramının uluslararası yargıda ortak bir tanımının olmadığını ifade etmiş, sanıklara yöneltilen zorla evlilik suçlamasının diğer insanlık dışı eylemler suçunu oluşturup oluşturmadığına bakacağını belirtmiştir. Bunun için de zorla evliliğin, diğer insanlık dışı eylemler suçunun unsurlarını karşılaması gereklidir. Bu unsurlar, suçun, insanlığa karşı suçlar arasında yer alan suçlarla benzer ağırlıkta olması, ciddi zihinsel veya fiziksel acı veya yaralanmaya neden olması veya insan onuruna ciddi bir saldırı oluşturması ve failin kasten hareket etmesidir⁷⁹.

Dava Dairesi'nin tespitlerine göre Kızıl Kmerler rejiminde, ülkenin her tarafında kadınlar ve erkekler evlenmeye zorlanmış ve insanlar yaygın bir korku ortamında evlendirilmiştir. Sözde düğün törenlerinde alınan rıza, baskı ve tehdit eşliğinde gerçekleştiğinden, çoğu durumda gerçek rıza değildir⁸⁰. İnsanlara evlenme ve çocuk yapma talimatlarına uymaları söylenmiş ve insanlar evlenmeyi reddetmeleri halinde öldürülmekle tehdit edilmiştir⁸¹. Birçok olayda insanlar, genelde yirmiden fazla çiftin evlendirildiği sözde evlilik törenlerinden önce kiminle evleneceklerinden dahi habersizdir. Evlilik törenlerinin ardından çiftler, özellikle evliliği tamamlayıp tamamlamadıklarının tespit edilmesi amacıyla izlenmiştir. Bu baskı insanların korkup kendilerini cinsel ilişkide bulunmak zorunda hissetmelerine sebep olmuştur⁸². Zorla evliliklerin gerçekleştiği

⁷³ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 742.

⁷⁴ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 3523.

⁷⁵ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 3686.

⁷⁶ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 740.

⁷⁷ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 741.

⁷⁸ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 741. Uluslararası ceza hukukunun kaynakları arasında uluslararası örf adet hukuku da bulunmaktadır.

⁷⁹ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 746 ve 3693.

⁸⁰ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 3690.

⁸¹ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 3690.

⁸² 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 3691.

bahsedilen koşullar, mağdurlar üzerinde ciddi zihinsel veya fiziksel acı veya yaralanmaya neden olmuş veya insan onuruna ciddi bir saldırı oluşturmuştur⁸³.

Dava Dairesi, zorla evliliğin, insanlığa karşı suçlar arasında yer alan suçlarla benzer ağırlıkta olup olmadığını değerlendirirken mağdurların çektikleri fiziksel ve manevi acıları esas almıştır. Mağdurların, tehdit altında tanımadıkları biriyle evlenmek zorunda oldukları gerçeği, evliliği “tamamlamak” için baskı yapılması ve evliliğin korku ortamında gerçekleşmesi bu acılar arasındadır. Dolayısıyla Daire, zorla evliliğin insanlığa karşı suçlar arasında yer alan suçlarla benzer ağırlıkta olduğu sonucuna varmıştır⁸⁴.

Daire, zorla evliliklerin gerçekleştirilmesine ilişkin talimatların Kızıl Kmerlerin üst düzey yöneticileri tarafından verildiğini, alt kademelerin ise evlendirilecek çiftlerin eşleştirilmesinde görev aldığını tespit etmiştir⁸⁵. Rejim yöneticileri, evliliklerin gerçekleşmesi için tehdit kullanmış ve gözlemlemek için toplu evlilik törenlerine katılmıştır. Yani zorla evlilikler failer tarafından kasten gerçekleştirilmiş ve suçun manevi unsuru da karşılanmıştır. Netice itibarıyla Dava Dairesi, zorla evliliğin diğer insanlık dışı eylemler suçunun unsurlarını karşıladığını belirtmiş ve sanıklar hakkında bu suçtan mahkumiyete hükmetmiştir⁸⁶.

Kızıl Kmerler rejiminde Kamboçya’da gerçekleşen zorla evlilikler, Sierra Leone’deki zorla evliliklerden oldukça farklıdır. Sierra Leone’de zorla evlilikler, militanlar tarafından mağdurlara dayatılmıştır. Kadınlar, militanlarla cinsel ilişki kurmaya ve uzun süre “kocaları” ile yaşamaya zorlanmıştır. Evlilikler, herhangi bir evlilik merasimi yapılmadan fiili bir durum olarak gerçekleşmiştir. Diğer taraftan Kamboçya’daki zorla evlilikler ise bir devlet politikası olarak uygulanmıştır. Evlenecek kişilerin genellikle eş seçiminde söz hakkı yoktur. Evlilikler birden fazla çiftin katılımıyla toplu halde gerçekleştirilmiş ve geleneksel kuralların dışında da olsa tören yapılmıştır.

Aradaki farklılıklara rağmen, Kamboçya ve Sierra Leone’deki zorla evliliklerin ortak unsurları bulunmaktadır. Her iki yerde de taraflardan birine veya her ikisine, iradeleri dışında, baskı, tehdit veya zorlama yoluyla medeni durum yani evlilik birliği dayatılmıştır⁸⁷. Evliliğe bağlı sorumluluk ve görevler mağdurlara yüklenmiştir. Ayrıca, mağdurların evliliği sona erdirmeye yönünde bir karar yetkileri bulunmamaktadır.

IV. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ KARARLARINDA ZORLA EVLİLİK SUÇU

Kuzey Uganda’da 2002 ile 2005 yılları arasında Tanrının Direniş Ordusu’nun (LRA) başlattığı isyan ve gerçekleştirdiği saldırılar neticesinde bir iç savaş yaşanmıştır. Bu iç savaş esnasında, kız çocuklarının ve kadınların zorla evlendirilmesi uygulaması Sierra Leone’de olanlara benzer şekilde gerçekleşmiştir⁸⁸. Mağdurlar, gelenekler veya medeni hukuk kuralları dikkate alınmaksızın zorla fiilen eş durumuna getirilmiştir. Zorla evlilikler, LRA liderleri tarafından

⁸³ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 3692.

⁸⁴ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 3692.

⁸⁵ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 3693.

⁸⁶ 002/02 Numaralı Dava Kararı, par. 3694.

⁸⁷ Jain, s. 1026.

⁸⁸ Bunting, Annie. “Forced Marriage in Conflict Situations: Researching and Prosecuting Old Harms and New Crimes”, *Canadian Journal of Human Rights*, 2012/1, s. 173.

tasarlanan ve uygulanan bir stratejidir. Zorla evlilikler aracılığıyla insanlar üzerinde kontrol ve tahakküm kurmak amaçlanmıştır. Kadınların kaçırılmaları, eş olarak dağıtılmaları ve çocuk yapmaları dahil olmak üzere tüm aşamalar sistematik olarak düzenlenmiş ve uygulanmıştır⁸⁹.

ICC Savcılık Ofisi, Dominic Ongwen’i LRA’nın Kuzey Uganda’da 1 Temmuz 2002’den 31 Aralık 2005’e kadar işlediği suçlardaki rolü sebebiyle suçlamış ve Mahkeme mahkumiyetine hükmetmiştir⁹⁰. Ongwen davası⁹¹, ICC önünde zorla evlilik suçuyla ilgili karar verilen ilk davadır.

Davada, sanık Ongwen’e yöneltilen zorla evlilik suçunun temelini, evinde zorla tuttuğu ve sözde “eşi/karısı” olmaya zorladığı 7 kadından 5’ine yönelik eylemleri oluşturmaktadır. Bu eylemlerle ilgili olarak sanığa, diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilik suçunun yanı sıra köleleştirme ve cinsel kölelik suçları da yöneltilmiştir⁹². Suçlama konusu olayda mağdurların tamamının sanıkla özel bir ilişki olan evlilik ilişkisine zorlandığı tespit edilmiştir. Bu durum, mağdurlar kaçana veya serbest bırakılana kadar sürmüştür. Bu sözde evlilik ilişkisinin kurulmasında mağdurlara seçim hakkı tanınmamıştır. Mağdurlara zorla evlilik kapsamında sözde “eş” olarak üç ana sorumluluk yüklenmiştir; sanık ne zaman isterse cinsel ilişkiye girmek, çocuk doğurmak⁹³ ve ev işlerini yapmak⁹⁴.

Sanık, kendisine yöneltilen diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilik suçunun cinsel kölelik suçu kapsamında olduğunu, bu yüzden ayrıca bu suçlamanın yöneltilmesinin hatalı olduğunu iddia etmiştir⁹⁵. ICC Ön Yargılama Dairesi, zorla evliliğin Roma Statüsü’nde açıkça düzenlenmediğini kabul etmiştir⁹⁶. Sanığa yöneltilen suç, doğrudan zorla evlilik suçu değil diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilik suçudur. Dolayısıyla Ön Yargılama Dairesi, Ongwen’e yöneltilen mağdur kadınlarla zorlama yoluyla evlenmesi suçlamasının Statüde düzenlenen diğer insanlık dışı eylemler⁹⁷ suçunu oluşturup oluşturmadığını araştırmıştır.

⁸⁹ Kramer, Sophie. “Forced Marriage and the Absence of Gang Rape: Explaining Sexual Violence by the Lord’s Resistance Army in Northern Uganda”, *The Journal of Politics and Society*, 2012/23, s. 24; Carlson, Khristopher/Mazurana, Dyan. “Forced Marriage within the Lord’s Resistance Army Uganda”, International Development Research Centre, Canadian International Development Agency, Unicef–Uganda, AVSI–Uganda, and the Feinstein International Center, Tufts University, May 2008, s. 14, 17.

⁹⁰ The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Case Information Sheet, <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/ongwenEng.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

⁹¹ ICC IX Numaralı Dava Dairesi Kararı, Situation In Uganda, In The Case Of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, No: ICC-02/04-01/15, Date: 4 February 2021, par. 2035. Bundan sonra kısaca Ongwen Kararı olarak anılacaktır.

⁹² ICC Ön Yargılama Dairesi, Suçlamaların Onayı Kararı, Situation In Uganda, In The Case Of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, No: ICC-02/04-01/15, Date: 23 March 2016 s. 97-98. Bundan sonra kısaca Ongwen Suçlamaların Onayı olarak anılacaktır. Mağdurlardan diğer ikisi için neden bu suçlamanın yöneltilmediğine gelirse mahkemenin ele aldığı suçların işleniş tarihleri 1 Temmuz 2002 ile 31 Aralık 2005 arasıyla sınırlıdır. ICC’nin Uganda’da yargı yetkisi 1 Temmuz 2002’den itibaren başlamıştır. ICC Savcılığı suçlamaları yöneltirken soruşturulacak fiillerin işlendiği son tarih olarak 31 Aralık 2005’i belirlemiş ve buna gerekçe olarak bu tarihten sonra Uganda Halk Savunma Güçleri ile LRA arasında uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığını gösteren veya o tarihten sonra bir sivil nüfusa yönelik yaygın ve sistematik bir saldırının varlığını gösteren yeterli delil olmamasını belirtmiştir. İki mağdur yaşları küçük olduğu için önceleri sanığın evinde zorla çalıştırılmış ve 31 Aralık 2005’ten sonraki tarihlerde sanıkla evlilik birliğine zorlanmıştır. Yargılanan suçlar 31 Aralık 2005’ten öncekilerle sınırlı olduğu için söz konusu iki mağdura yönelik eylemlerle ilgili sanığa zorla evlilik suçlaması yöneltilmemiş, Savcılığın bu sınırlandırması Ön Yargılama Dairesi tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Ongwen Suçlamaların Onayı, par. 105-107.

⁹³ Sanığa ayrıca zorla hamilelik suçlaması da yöneltilmiştir.

⁹⁴ Ongwen Kararı, par. 2039.

⁹⁵ Ongwen Suçlamaların Onayı, par. 87.

⁹⁶ Ongwen Suçlamaların Onayı, par. 88.

⁹⁷ Roma Statüsü m. 7/1-k.

Ön Yargılama Dairesi, bu konuda öncelikle SCSL ve ECCC'nin önlerine gelen davalarda zorla evliliği, diğer insanlık dışı eylemler kapsamında değerlendirdiğini hatırlatmıştır⁹⁸. Ön Yargılama Dairesi, söz konusu kararları takip ederek zorla evlilik yoluyla kasıtlı olarak büyük acıya sebep olunduğunu, bu fiillerin cinsel köleleştirme kapsamında olmaktan ziyade diğer insanlık dışı eylemler suçunu oluşturduğunu ve insanlığa karşı suçlar arasında yer alan suçlarla benzer ağırlığa sahip olduğunu tespit etmiştir⁹⁹.

Ön Yargılama Dairesi, Ongwen'e yöneltilen zorla evlilik suçlamasının suçun işlenişi, ortaya çıkan zarar ve korunan menfaatler açısından cinsel kölelikten farklı olduğunu vurgulamıştır¹⁰⁰. Daire, SCSL Temyiz Dairesi'nin AFRC kararına atıf yaparak zorla evliliğin, cinsel köleliğin aksine koca ile karı arasında ayrıcalıklı bir ilişki olduğunu ve bu ilişkinin ihlalinin disipline etme gibi sonuçları olabileceğini, bu yüzden de zorla evliliğin baskın yönünün cinsellik olmadığını ifade etmiştir¹⁰¹. Zorla evliliğin göstergeleri, hareket özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar, tekrarlanan cinsel istismar, zorla gebelik veya zorla çalıştırma, özellikle ev içi görevlerin zorla yerine getirilmesidir. Zorla evliliğin temel unsuru, mağdurun iradesine bakılmaksızın evliliğin dayatılmasıdır ve bu özellik Ongwen'in suçlandığı diğer suçlarda bulunmamaktadır. Evlilik birlikteliği içerisinde, evlilikle ilgili görevlerin yanı sıra failin "karısı" olma sosyal statüsünün dayatılması da bulunmaktadır.

Dava Dairesi kararında, Ön İnceleme Dairesi'nin görüşünü benimseyerek zorla evliliği diğer insanlık dışı eylem olarak kabul etmiştir¹⁰². Roma Statüsü'nde yer alan diğer insanlık dışı eylemler suçunun amacı, insanlığa karşı suçlar arasında yer alan suçlar kapsamına girmeyen ve diğer insanlık dışı eylemler suçunun unsurlarını karşılayan eylemleri cezalandırmaktadır.

Dava Dairesi, temel bir hak olarak herkesin özgürce ve rızalarıyla evlilik birliği içerisine girme hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır¹⁰³. Zorla evliliğin temel unsuru ise mağdurun rızası olmaksızın evlilik statüsünün dayatılmasıdır. Bu dayatma içerisinde evlilikle ilgili görevler ve sosyal damgalanma da bulunmaktadır. Böyle bir durum, mağdurun fiziksel ve psikolojik sağlığına zarar vermekle beraber sosyal, etik ve hatta dini etkilere sahiptir. Zorla evliliğin yol açtığı zararlar, toplumdandırılma, zihinsel travma, mağdurun onuruna yönelik ciddi saldırı ve mağdurun eşini seçme konusundaki temel haklarından yoksun bırakılmasıdır.

Zorla evliliği oluşturan eylemler ve mağdur üzerindeki etkileri, insanlığa karşı suçlardan hiçbirinin tam olarak kapsamına girmemektedir. Dava Dairesi, zorla evlilikle cinsel kölelik ve tecavüz suçu arasındaki ilişkiyi de değerlendirmiştir¹⁰⁴. Daire'ye göre cinsel kölelik ve tecavüz suçlarıyla zorla evlilik birbirlerinden bağımsız olarak gerçekleşebilirler. Cinsel kölelik suçu failin, köle durumundaki mağdurun cinsel özgürlüğünü kontrol etmesi veya kısıtlamasını cezalandırırken, zorla evlilik suçu failin mağdura evlilik birliğini dayatmasını cezalandırmaktadır. Zorla evlilik suçunun oluşması için köleleştirme yani kişi üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetki

⁹⁸ Ongwen Suçlamaların Onayı, par. 89-90.

⁹⁹ Ongwen Suçlamaların Onayı, par. 91.

¹⁰⁰ Ongwen Suçlamaların Onayı, par. 92.

¹⁰¹ Ongwen Suçlamaların Onayı, par. 93; SCSL AFRC Temyiz Kararı par. 195.

¹⁰² Ongwen Kararı, par. 2751.

¹⁰³ Ongwen Kararı, par. 2748.

¹⁰⁴ Ongwen Kararı, par. 2750.

kullanımı şart değildir¹⁰⁵. Tecavüz suçunda ise zorla evlilik suçundan farklı olarak “medeni durum” dayatması söz konusu değildir. Daire diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilik suçunu aşağıdaki şekilde yorumlamıştır¹⁰⁶:

“İnsanlık dışı zorla evlilik eylemi, yani bir kişiyi, iradesine bakılmaksızın, fiziksel veya psikolojik baskı, güç tehdidi veya zorlayıcı bir ortamdan yararlanarak başka bir kişiyle evlilik birliğine zorlamak.”

Suçun manevi unsuru ise diğer insanlık dışı eylemler suçunun manevi unsuruyla aynıdır. Fail, zorla evlilik suçuna ilişkin eylemleri kasten ve bilerek gerçekleştirmelidir¹⁰⁷. Ayrıca fail, eyleminin sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının “parçası” olduğunun veya “bu niyetle” yapıldığının bilincinde olmalıdır¹⁰⁸.

V. ZORLA EVLİLİK SUÇUNUN *NULLUM CRIMEN SINE LEGE* İLKESİ DOĞRULTUSUNDA DİĞER İNSANLIK DIŞI EYLEMLERLE İLİŞKİSİ

Zorla evlilik yeni bir kavram olduğundan bu suçun *nullum crimen sine lege* (kanunsuz suç olmaz) ilkesini ihlal edip etmediğinin tespiti önemlidir. Bu ceza hukuku ilkesine göre, bir kişi, işlendiği zamanda suç olarak nitelendirilmeyen eylemlerden dolayı yargılanamaz¹⁰⁹. Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, cezai bir yaptırım için kanunda net ve açık bir sınırlama bulunmalıdır. Ayrıca failin aleyhine kıyas yapılması, yeni bir suç ve ceza yaratılarak failin cezalandırılması ve failin aleyhine olan kanunların geriye yürütmesi yasaktır¹¹⁰.

Zorla evlilik suçu, SCSL, ECCC ve ICC’nin kurucu belgelerinde ayrı bir suç olarak yer almamaktadır. Bu doğrultuda failer hakkında zorla evlilik suçundan mahkumiyete hükmedilmesi kanunilik ilkesine ihlal oluşturabilecek niteliktedir. Ancak incelenen kararlara bakıldığında, zorla evliliklerin diğer insanlık dışı eylemler kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Diğer insanlık dışı eylemler suçu, SCSL ve ECCC’nin kurucu belgelerinde, Roma Statüsü’nde ve uzun zamandır uluslararası örf adet hukukunda insanlığa karşı suçlar arasında yer almaktadır. Failer hakkında diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilik suçundan mahkumiyete hükmedilmiştir. Bu durumda tespit edilmesi gereken husus zorla evliliğin, diğer insanlık dışı eylemler suçunun unsurlarını karşılayıp karşılamadığıdır¹¹¹. Zorla evlilik suçu diğer insanlık dışı eylemlerin unsurlarını karşıladığı takdirde *nullum crimen sine lege* ilkesiyle uyumlu olacaktır.

¹⁰⁵ Ongwen Kararı, par. 2750.

¹⁰⁶ Ongwen Kararı, par. 2751.

¹⁰⁷ Roma Statüsü m. 30.

¹⁰⁸ Suçun Unsurları, m. 7/1-k.

¹⁰⁹ Roma Statüsü m. 22/1: “İşlendiği sırada, söz konusu fiil, Mahkeme’nin yargı yetkisine giren bir suç oluşturmadığı sürece, hiç kimse fiilinden dolayı bu statüye göre cezai açıdan sorumlu tutulamaz”. Bu ilke hakkında detaylı bilgi için bkz. Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, s. 139-145; Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/ Önok, R. Murat. *Uluslararası Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 406.

¹¹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 406.

¹¹¹ ECCC ve ICC önündeki davalarda zorla evliliğin insanlığa karşı suçlar arasında yer almadığı iddia edilmiştir. Mahkemelerin odaklandıkları husus ise zorla evliliğin ayrı bir suç olup olmaması değil diğer insanlık dışı eylemler suçunun unsurlarını karşılayıp karşılamadığıdır. Bkz. ECCC 002/02 Numaralı Dava Kararı par. 741 ve ICC Ongwen Kararı, par. 2741 vd.

Suçun Unsurları'nda diğer insanlık dışı eylemlerin unsurları insanlığa karşı suçların ön şartlarının yanı sıra üç madde halinde sayılmıştır¹¹².

İlk olarak failin diğer insanlık dışı eylemler aracılığıyla büyük acıya veya vücuda veya zihinsel veya fiziksel sağlığa ciddi şekilde zarar vermesi gereklidir. Zorla evliliklere ilişkin davalara bakıldığında kadınların, genellikle köylerine yapılan baskınlarda kaçırıldıkları, aile bireylerinin öldürülmesine, işkence görmesine, tecavüzüne tanık oldukları, zorla evlilik esnasında şiddete, tecavüze, zorla uyuşturucu tüketimine maruz kaldıkları ve zorla hamile bırakıldıkları görülmektedir. Bunların dışında zorla evlilik, temel bir hak olan evlilik hakkının da ihlalini oluşturmakta, kişileri rızaları bulunmayan bir birlikteliğe girmeye mecbur bırakmaktadır. Tüm bunlar dikkate alındığında mağdurların acı çektiği, fiziksel ve mental olarak yaralandığı ortadadır.

İkinci koşul ise diğer insanlık dışı eylemin, diğer insanlığa karşı suçlarla benzer ağırlık ve ciddiyette olması zaruretidir. Uluslararası ceza yargısında geçmiş kararlarda tehcir, kadınların toplum içinde zorla çıplak olarak teşhiri veya çalıştırılması, gözaltına alınan kişilerin zorla ortadan kaybedilip akıbetleri hakkında bilgi verilmemesi, işkence, cinsel şiddet, aşağılama, cinsel veya psikolojik taciz ve insanlık dışı koşullarda hapsedme gibi suçlar diğer insanlık dışı eylem olarak değerlendirilmiştir¹¹³. Zorla evlilik, içerisinde birden fazla suç fiilini barındırmaktadır. Zorla evlilik kapsamında bir "eş"e karşı işlenen tecavüz, işkence, köleleştirme, cinsel kölelik ve zorla hamile bırakma gibi cinsel ve cinsel olmayan eylemler zaten insanlığa karşı suç olarak kabul edilmektedir. Diğer insanlık dışı eylemlerin, geçmiş mahkeme kararlarında geniş yorumlanması ve zorla evliliğin içerisinde yer alan saydığımız eylemlerin zaten insanlığa karşı suçlar olarak tanınması, zorla evliliğin insanlığa karşı suçlarla benzer ağırlıkta ve ciddiyette olduğu sonucuna götürmektedir¹¹⁴.

Son koşul ise failin, eylemlerinin ağırlığını ve niteliğini belirleyen olgusal koşulların farkında olması gerektiğidir. Zorla evlilik mağdurlarının sistematik olarak kaçırılması ve ardından mağdurlara uygulanan zorlama ve şiddet dikkate alındığında failerin, davranışlarının suç olduğunun farkında olduğu açıktır. Zorla evliliğin içerisinde suç kabul edilen diğer eylemlerin bulunması da bu durumu desteklemektedir. Dolayısıyla failerin eylemlerinin suç niteliğinin, ağırlığının ve ciddiyetinin farkında olduklarını söylemek mümkündür¹¹⁵.

VI. ZORLA EVLİLİK SUÇUNUN CİNSEL KÖLELİKLE İLİŞKİSİ

Diğer insanlık dışı eylemler suçu, insanlığa karşı suçlar arasında yer alan suçlar kapsamına girmeyen eylemleri cezalandırmayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda zorla evliliğin insanlığa karşı suçlardan herhangi birinin kapsamında yer almaması gereklidir. Zorla evlilik kapsamında gerçekleştirilen birçok eylem halihazırda insanlığa karşı suç oluşturmaktadır. Bu durumda zorla evliliğin ayrı bir suç olarak değerlendirilebilmesi için içerdiği suçlardan farklı unsurlarının da

¹¹² Suçun Unsurları, m. 7/1-k. Suçun Unsurları, Roma Statüsü'ne Taraf Devletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve UCM'nin Roma Statüsü'nden sonra uygulayacağı ikinci kaynaktır. İngilizce tam metin için bkz. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.11.2022).

¹¹³ Del Vecchio, s. 8.

¹¹⁴ Del Vecchio, s. 8.

¹¹⁵ Del Vecchio, s. 9.

bulunması gereklidir. Zorla evlilik genellikle cinsel kölelikle ilişkilendirilmekte, zorla evliliğin cinsel kölelik suçunu oluşturduğu savunulmaktadır.

Cinsel kölelik suçu, köleleştirme suçunun özel bir görünümüdür. Cinsel kölelik suçunun oluşması için öncelikle köleleştirmenin varlığı gereklidir. Yani mağdur üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin biri veya tamamı kullanılmalıdır. İkinci olarak da fail, mağdurun cinsel içerikli bir veya daha fazla eylemde bulunmasına sebep olmalıdır. Zorla evliliklerin çoğunun bu unsurları karşıladığı savunulabileceğinden zorla evliliğin cinsel kölelik suçunu oluşturduğu iddia edilmektedir. Adams'a göre, zorla evlilik cinsel kölelik suçunun kapsamına girmektedir ve zorla evliliği yeni bir suç olarak ortaya koymak hatalı bir yaklaşımdır¹¹⁶. Ayrıca cinsel kölelik, diğer insanlık dışı eylem olarak zorla evlilikten daha ağır ve yaralayıcı bir suçtur. Mağdurların cinsel köle yerine eş olarak damgalanması çektikleri ızdırabı hafife almak demektir¹¹⁷. Zorla evlilik, hem uluslararası hukukta hem de uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu statülerinde yer almadığına göre mahkemeler sözü edilen suçtan bağımsız bir suç olarak mahkûmiyete karar vermemeli, kölelik suçu kapsamında değerlendirmelidir¹¹⁸.

Kanaatimizce zorla evlilik suçu, cinsel kölelik suçundan farklı bir insanlığa karşı suçtur. Zorla evlilik suçu, içerisinde cinsel köleliği barındırabilir ise de baskın yönü cinsellik değildir¹¹⁹. Suçun içerisinde cinsellikten bağımsız olan sosyal damgalanma, zorla çalıştırma, evlilik birlikteliğinin dayatılması gibi unsurlar bulunmaktadır¹²⁰. Mağdurların acılarını anlamak ve zorla evlilik içerisinde gerçekleşen fiilleri kapsamak bakımından, iki suçun da unsurlarının karşılanması durumunda faillerin hem zorla evlilik hem cinsel kölelik suçundan mahkûmiyetine hükmedilmesi yerinde olacaktır. Zorla evlilik suçu, cinsel kölelik olmadan da gerçekleşebilir. Hatırlatmak gerekir ki Kızıl Kmerler yönetiminde gerçekleşen zorla evliliklerde her iki tarafın da rızası dışında evliliklerin gerçekleştiği görülmüştür. Bu durumlarda taraflardan birinin diğerini cinsel yönden köleleştirme söz konusu değilken evlilik birliği zorla dayatılmıştır. Zorla evlilik suçunun oluşması için mağdur üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetki kullanımı yani cinsel köleliğin varlığı şart değildir.

Esasında zorla evlilik suçuna ilişkin tartışmaların cinsel kölelik suçu açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Cinsel kölelik suçuna ilk kez Roma Statüsü'nde yer verilmiştir. Bu düzenlemeden önce failler, cinsel kölelik yerine köleleştirme, zorla fuhuş gibi diğer insanlığa karşı suçlarla yargılanıyordu. Cinsel kölelik de zorla evlilikle benzer şekilde, hâlihazırda insanlığa karşı suç olarak kabul edilmiş bulunan köleleştirme ve tecavüz gibi suçları içerisinde barındırmaktadır¹²¹. Yine de cinsel köleliğin, içerdiği suçların toplamından farklı bir suç olduğu kabul edilmiş ve Roma Statüsü'nde insanlığa karşı suçlar arasında cinsel kölelik suçuna ayrıca yer verilmiştir.

¹¹⁶ Adams, Alexandra. "Sexual Slavery: Do We Need This Crime In Addition To Enslavement?", *Criminal Law Forum* 29, 2018, s. 309.

¹¹⁷ Adams, s. 313.

¹¹⁸ Scharf, s. 194.

¹¹⁹ Clark, s. 18; Frulli, s. 1037.

¹²⁰ Aptel, s. 18; Wilt, H. V. Der. "Slavery Prosecutions in International Criminal Jurisdictions", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2016, s. 280-281.

¹²¹ Scharf, s. 207.

Zorla evlilik suçunun temel unsuru, zorla evlilik birlikteliğinin dayatılması olduğundan bu suç diğer cinsel şiddet suçlarının kapsamı dışında kalmaktadır¹²². Hatta insanlığa karşı suçlardan hiçbirisi, zorla evliliğin içindeki unsurları tam anlamıyla kapsamamakta, failin eylemlerini veya mağdurun zararlarını içermemektedir¹²³. Zorla evlilik; tecavüz, cinsel kölelik, işkence, zorla hamile bırakma ve köleleştirmeyi içerse bile evlilik birliğinin dayatılması ve bu kuruma ilişkin hakların ihlali bakımından bu suçların toplamından ibaret değildir. Bu sebeple zorla evliliğin ayrı bir suç olarak kabulü yerinde bir değerlendirmedir¹²⁴. Ayrıca zorla evliliğin diğer insanlık dışı eylem olarak kabulü mağdurlar ve uluslararası ceza hukukunun gelişimi açısından olumlu bir adımdır. Oosterveld'e göre zorla evlilik suçunu tanımanın iki faydası bulunmaktadır: Bunlardan ilki, belirli eylemlerin zorla evlilik olarak adlandırılmasıyla iç savaş sırasında ve sonrasında birçok mağdurun yaşadıkları olayların resmi olarak tanınmasıdır. İkincisi ise zorla evlilik teriminin, uluslararası ceza hukukundaki diğer suçların içermediği zararları kapsadığının kabul edilmesidir¹²⁵.

VII. ZORLA EVLİLİK SUÇUNUN UNSURLARI

SCSL'nin AFRC ve RUF Davalarında verdiği kararlar, zorla evliliğin diğer insanlık dışı eylemler suçu kapsamında da olsa yeni bir insanlığa karşı suç olarak kabul edildiği ve failerin cezalandırıldığı ilk kararlar olmuştur. Bu tutumun ECCC ve ICC tarafından da benimsenmesi, zorla evlilik suçunun unsurlarının netleştirilmesine ve diğer insanlığa karşı suçlardan farklarının ortaya koyulmasına yardım etmiştir. İncelenen kararlar çerçevesinde, zorla evlilik suçunun insanlığa karşı bir suç olarak yargılanabilmesi için öncelikle insanlığa karşı suçların ön şartlarını karşılaması gereklidir. Bu doğrultuda suç, sivil bir nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmelidir. Ayrıca fail, eyleminin, sivil bir insana yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olduğunu veya bu amacı taşıdığını bilmelidir. Yani fail, zorla evliliği, sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırı mevcutken bu saldırıyla bağlantılı olarak gerçekleştirmelidir. Bu koşullar gerçekleştiği takdirde insanlığa karşı suçların ön şartları karşılanmış olacaktır.

Zorla evlilik suçunun maddi unsuru (actus reus), failin söz veya davranışları veya yönlendirdiği başka kişiler aracılığıyla, bir veya daha fazla kişiyi, cinsel nitelikli olan veya olmayan eylemlerde bulunmaya veya görevler yerine getirmeye zorlamak da dâhil olmak üzere, fiilen eş olarak hizmet etmeye zorlaması şeklinde açıklanabilir¹²⁶. Evlilik birliğine zorlama, mağdura karşı şiddet, baskı, alıkoyma, psikolojik baskı veya yetkinin kötüye kullanılması yahut zorlayıcı bir ortamdan veya bu kişinin gerçek bir rıza gösteremeyecek durumda olmasından yararlanmak şeklinde gerçekleşebilir¹²⁷. Fail, mağdurun, uzun süreli birliktelik, cinsel nitelikli eylemler, ev içi çalışma, çocuk doğurma ve diğer evlilik görevlerini yerine getirme dâhil olmak üzere evlilik ilişkisinden kaynaklanan davranışlara benzer davranışlarda bulunmasına neden olmalıdır¹²⁸. Zorla evlilik suçunun maddi unsuru, evlilik birlikteliğinin zorla dayatılması yönünden

¹²² Carlson/Mazurana, s. 64.

¹²³ Scharf, s. 208 ve 214.

¹²⁴ Oosterveld, 2011, s. 139.

¹²⁵ Oosterveld, 2011, s. 138.

¹²⁶ Kerr, s. 7; Jain, s. 1031; Scharf, s. 211.

¹²⁷ Jain, s. 1031.

¹²⁸ Jain, s. 1031; Scharf, s. 211.

diğer insanlığa karşı suçlardan ayrılmaktadır. Suç, rızanın yokluğu, baskı, şiddet, tehdit gibi zorlama yöntemleri bakımından da yasal veya ayarlanmış evliliklerden farklıdır.

Suçun manevi unsuru (mens rea) ise insanlığa karşı suçların oluşumu için genellikle yeterli görülen kasttır. Fail, zorla evliliği dayatmak için kasten hareket etmiş olmalıdır¹²⁹. Roma Statüsü'nde de uluslararası bir suçun oluşması için failin kasten ve bilerek suçun maddi unsurlarını gerçekleştirmesi gerektiği belirtilmiştir¹³⁰.

Zorla evlilik suçunun oluşması için insanlığa karşı suçların ön şartlarının ve zorla evlilik suçunun yukarıda bahsedilen maddi ve manevi unsurlarının karşılanması yeterlidir. Bu unsurların yerine getirilmesiyle suçun uluslararası hukukta öngörülen tipikliği de gerçekleşmiş olacaktır. Mağdurun rızasının varlığı halinde yani evlilik birlikteliğine zorlanan kişinin en başından itibaren evliliğe rıza göstermiş olması durumunda zorla evlilik suçunun oluşmadığını söylemek mümkündür. Çünkü mağdurun rızasının yokluğu, zorla evlilik suçunun oluşumu için temel bir nitelik taşımaktadır. Mağdurun rızası, tipikliği ortadan kaldıran bir nedendir¹³¹. Suçun adından da anlaşılacağı üzere mağdur zorla ve “rızası dışında” evlilik birliği içinde yaşamak mecburiyetinde bırakılmalıdır. Mağdurun rızasının baskı, şiddet, tehdit veya diğer zorlayıcı yöntemler aracılığıyla alınması durumunda ortada gerçek bir rıza bulunmadığından zorla evlilik suçu gerçekleşmiş olur. İnsanlığa karşı suç olarak zorla evlilik suçunun oluşması bakımından sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik saldırı gerekli olduğundan bu suçta hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesi pek mümkün görünmemektedir¹³².

Suçun faili herkes olabilir. Suçun devlet yöneticileri ve görevlileri tarafından işlenmesi mümkün olsa da böyle bir gereklilik şart değildir¹³³. Ayrıca yaş ve cinsiyet fark etmeksizin herkesin bu suçta mağdur sıfatı taşıması da mümkündür. Zorla evlilik suçunun unsurları, suçun işlenmesi için mağdurun cinsiyetinin önem taşımadığını göstermektedir. Kızıl Kemerler rejimi döneminde işlenen suçlarda olduğu gibi suçun mağduru kadın ve erkek birlikte de olabilir.

SCSL, ECCC ve ICC, zorla evliliğin insanlığa karşı bir suç olduğu konusunda hemfikirdir. Zorla evlilik suçunun tanımı ve unsurlarının netleştirilmesi amacıyla Roma Statüsü'nde bir düzenleme yapılarak, zorla evlilik suçunun insanlığa karşı suçlar arasına ayrı bir suç olarak dâhil edilmesi, suç üzerindeki tartışmaları sona erdirecek ve cinsiyet temelli suçlarla mücadeleye katkı sağlayacaktır. Ancak günümüzde halen bu yönde kayda değer bir çalışma bulunmamaktadır.

SONUÇ

Kadınların ve kız çocuklarının baskı, tehdit veya şiddetle evlilik birliğine zorlandığı uygulamalar, dünyanın birçok yerinde, özellikle silahlı çatışma bölgelerinde, devam etmektedir. Uluslararası ceza hukukunda, zorla evlilik suçuna ihtiyaç duyulduğu, bu konuda bir boşluk bulunduğu görülmektedir. Bu boşluk, içtihat yoluyla, zorla evliliği, diğer insanlık dışı eylemler kapsamında değerlendirmek suretiyle doldurulmaya çalışılmaktadır. SCSL'nin AFRC ve RUF

¹²⁹ Kerr, s. 7; Christensen, s. 1840.

¹³⁰ Roma Statüsü m. 30.

¹³¹ Göktürk, Neslihan. “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, Yıl 2016, s. 440.

¹³² Tezcan/Erdem/Önok, s. 519.

¹³³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 507.

Davalarında verdiği kararlar, zorla evliliklerin diğer insanlık dışı eylemler suçu kapsamında da olsa yeni bir insanlığa karşı suç olarak kabul edildiği ve failerin cezalandırıldığı ilk kararlar olmuştur. ECCC ve ICC'nin de aynı yönde hareket etmesi, zorla evliliğin uluslararası bir suç olarak kabulü açısından önemlidir.

İncelenen mahkeme kararları doğrultusunda, insanlığa karşı suç olarak zorla evlilik suçunun *actus reus*u, kişi veya kişileri, cinsel nitelikli olan veya olmayan eylemlerde bulunmaya veya görevler yerine getirmeye zorlamak da dahil olmak üzere, fiili bir eş olarak hizmet etmeye zorlamaktır¹³⁴. Suçun *mens reas*ı ise failin bu tür fiili evliliği dayatmak için kasten hareket etmesidir. Bunların dışında insanlığa karşı suçların ön şartları da gerçekleşmeli yani suç, sivil bir nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmelidir.

Zorla evlilik suçunun diğer insanlığa karşı suçlarla olan ilişkisine yönelik tartışmalar devam etmektedir. Zorla evlilik suçu, cinsel kölelik, köleleştirme, tecavüz, zorla hamile bırakma ve zorla çalıştırma gibi suçlara benzese de evlilik birliğinin dayatılması ve mağdura evlilikle ilgili görevlerin yüklenmesi bakımından ayırıcı özelliklere sahiptir. Zorla evlilik, içerisinde özellikle cinsel kölelik veya bahsedilen diğer suçları barındırabilir. Ancak bahsedilen suçlar, zorla evlilik suçunun oluşması bakımından şart değildir. Bu tartışmaları sona erdirmek bakımından Roma Statüsü'nde insanlığa karşı suçlar arasına zorla evlilik suçunun eklenmesi belki de en doğru çözüm olacaktır.

KAYNAKÇA

Adams, Alexandra. "Sexual Slavery: Do We Need This Crime In Addition To Enslavement?", *Criminal Law Forum* 29, 2018, s. 279-323.

Allain, Jean. *The Law And Slavery Prohibiting Human Exploitation*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

Aptel, Cecile. "Child Slaves and Child Brides", *Journal of International Criminal Justice*, 2016, s. 1-21.

Asgari Evlilik Yaşı ve Evliliklerin Kaydı Hakkında Sözleşme. İngilizce tam metin için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-consent-marriage-minimum-age-marriage-and>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı. "Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices", 29 Ekim 2014, <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/addressing-forced-marriage-eu-legal-provisions-and-promising-practices>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Baines Erin. "Forced marriage as a political project: Sexual rules and relations in the Lord's Resistance Army", *Journal of Peace Research*, 2014, Vol. 51/3, s. 405-417.

Bunting, Annie. "Forced Marriage in Conflict Situations: Researching and Prosecuting Old Harms and New Crimes", *Canadian Journal of Human Rights*, 2012/1, s. 165-185.

Carlson, Khristopher / Mazurana, Dyan. *Forced Marriage within the Lord's Resistance Army Uganda*, International Development Research Centre, Canadian International Development Agency, Unicef-Uganda, AVSI-Uganda, and the Feinstein International Center, Tufts University, May 2008.

Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.

¹³⁴ Kerr, s. 7. Jain, s. 1031.

Clark, James M.. “Forced Marriage: The Evolution of a New International Criminal Norm”, *Aberdeen Student Law Review*, 4, Haziran 2012, s. 4-27.

Christensen, Cameron. “Forced Marriage at the Cambodian Crossroads: ECCC Can Develop a New Crime Against Humanity”, *Brigham Young University Law Review*, Provo Vol. 2015, Iss. 6, 2015, s. 1825-1845.

Cryer, Robert / Friman, Hakan / Robinson, Darryl / Wilmshurst, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2010.

Del Vecchio, Jennifer. “Continuing Uncertainties: Forced Marriage as a Crime Against Humanity”, *Rapoport Center Human Rights Working Paper Series 3/2011*, The Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights and Justice at The University of Texas School of Law.

ECCC, 002/02 Numaralı Dava Kararı, Case File/Dossier No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16 Kasım 2018.

Frulli, Micaela. “Advancing International Criminal Law-The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a New Crime Against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, 6, (2008, s. 1033-1042.

Goodfellow, Nicholas Azadi. “The Miscategorization of Forced Marriage as a Crime against Humanity by the Special Court for Sierra Leone”, *International Criminal Law Review* 11, 2011, s. 831-867.

Gong-Gershowitz, Jennifer. “Forced Marriage: A New Crime Against Humanity?”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 8, Issue 1, Article 3, s. 53-76.

Göktürk, Neslihan. “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, Yıl 2016, s. 407-450.

Human Rights Watch. “Shattered Lives: Sexual Violence During the Rwandan Genocide and its Aftermath”, September 1996, <https://www.hrw.org/legacy/reports/1996/Rwanda.htm>, (Erişim Tarihi:23.09.2022).

Human Rights Watch. “We’ll Kill You If You Cry: Sexual Violence In The Sierra Leone Conflict”, Vol. 15, No. 1 (A), Ocak 2003, s. 43, <https://www.hrw.org/reports/2003/sierraleone/sierleon0103.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

ICC Ön Yargılama Dairesi, Suçlamaların Onayı Kararı, Situation In Uganda, In The Case Of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, No: ICC-02/04-01/15, Date: 23 March 2016.

ICC IX Numaralı Dava Dairesi Kararı, Situation In Uganda, In The Case Of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, No: ICC-02/04-01/15, Date: 4 February 2021.

Jain, Neha. “Forced Marriage as a Crime against Humanity - Problems of Definition and Prosecution”, *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008, s. 1013-1032.

Jyrkkiö, Terhi. “Other inhumane acts as crimes against humanity”, *Helsinki Law Review*, January, 2011, <https://ssrn.com/abstract=1871883>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi. Sözleşmenin İngilizce tam metni için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Kerr, Victoria May. “Should Forced Marriages be Categorised as Sexual Slavery or Other Inhumane Acts in International Criminal Law?”, *Utrecht Journal of International and European Law*, 35/1, 2020, s. 1-19.

Kramer, Sophie. “Forced Marriage and the Absence of Gang Rape: Explaining Sexual Violence by the Lord’s Resistance Army in Northern Uganda”, *The Journal of Politics and Society*, 2012/23, s. 11-49.

Law On The Establishment Of Extraordinary Chambers In The Courts Of Cambodia For The Prosecution Of Crimes Committed During The Period Of Democratic Kampuchea, https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Lilja, Mona / Baaz, Mikael. “The unfortunate omission of entangled resistance in the local turn in peace-building: the case of forced marriage in the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)”, *Conflict, Security & Development*, 2021:3, s. 273-292.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme. tam metin için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

OHCHR. “Preventing and Eliminating Child, Early and Forced Marriage”, UN Doc. A/HRC/26/22, 2 Nisan 2014.

Oosterveld Valerie. “Forced Marriage and the Special Court for Sierra Leone: Legal Advances and Conceptual Difficulties”, *International Humanitarian Legal Studies* 2, 2011, s. 127–158.

Oosterveld, Valerie. “The Special Court for Sierra Leone, Child Soldiers and Forced Marriage: Providing Clarity or Confusion?”, *The Canadian Yearbook of International Law*, 2007, 45, s. 131-172.

O’Brien, Melanie. “Don't kill them, let's choose them as wives: the development of the crimes of forced marriage, sexual slavery and enforced prostitution in international criminal law”, *The International Journal of Human Rights*, October 2015, 20:3, s. 386-406.

O’Brien, Melanie. “Gender Dimensions of Forced Marriage in International Criminal Law,” içinde *Gender and International Criminal Law*, Chapter 8, Ed.: Indira Rosenthal, Valerie Oosterveld ve Susana SáCouto, (OUP 2022).

Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri, 4. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874, tam metin için bkz. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=71F5F42E64ABDF9DC12563CD00515682>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Park, Augustine S. J.. “Other Inhumane Acts: Forced Marriage, Girl Soldiers And The Special Court For Sierra Leone”, *Social & Legal Studies*, 2006, 15/3, s. 315-337.

Revkin, Mara Redlich / Wood, Elisabeth Jean. “The Islamic State’s Pattern of Sexual Violence: Ideology and Institutions, Policies and Practices”, *Journal of Global Security Studies*, Volume 6, Issue 2, June 2021, <https://ssrn.com/abstract=3654558>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Scharf, Michael P.. “Forced Marriage as a Separate Crime against Humanity”, içinde *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law*, Ed.: C. Jalloh, Cambridge University Press, 2014, s. 193-214.

Scharf, Michael P. / Mattler, Suzanne.” Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity”, *Case Research Paper Series in Legal Studies*, Working Paper 05-35, Ekim 2005, <https://ssrn.com/abstract=824291>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

SCSL 1 Numaralı Dava Dairesi, Prosecutor v. Sesay, Kallon ve Gbao Kararı, Case No. SCSL-04-15-T, 2 Mart 2009.

SCSL 2 Numaralı Dava Dairesi, Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu Kararı, Case No. SCSL-04-16-T, 20 Haziran 2007.

SCSL 2 Numaralı Dava Dairesi, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor Kararı, SCSL-03-01-T, 18 Mayıs 2012.

SCSL Temyiz Dairesi, Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu Kararı, Case No. SCSL-2004-16-A, 22 Şubat 2008.

SCSL Temyiz Dairesi, Prosecutor v. Sesay, Kallon ve Gbao Kararı, Case No. SCSL-04-15-A, 26 Ekim 2009.

SCSL Temyiz Dairesi, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor Kararı, SCSL-03-01-A, 26 Eylül 2013.

Shanahan, Fiona / Veale, Angela. “How mothers mediate the social integration of their children conceived of forced marriage within the Lord’s Resistance Army”, *Child Abuse and Neglect*, 51, 2016 Ocak; s. 72-86.

Sierra Leone Gerçek ve Uzlaşma Komisyonu. “Gerçeğin Tanığı: Sierra Leone Gerçek ve Uzlaşma Komisyonu Raporu”, <https://www.sierraleonetrc.org/index.php/view-the-final-report/table-of-contents>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Sellers, Patricia Viseur. “Wartime Female Slavery: Enslavement”, *44 Cornell Int’l L.J.* 115, 2011, s. 115-143.

Slater, Rachel. “Gender Violence Or Violence Against Women? The Treatment Of Forced Marriage In The Special Court For Sierra Leone”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, 2012, s. 732-773.

Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/ Önok, R. Murat. *Uluslararası Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

UNICEF. The Impact Of Conflict On Women And Girls In West And Central Africa And The Unicef Response, 2005, 7, <https://www.alnap.org/help-library/the-impact-of-conflict-on-women-and-girls-in-west-and-central-africa-and-the-unicef>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Wilt, H. Van Der. “Slavery Prosecutions in International Criminal Jurisdictions”, *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2016, s. 269-283.

1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri. İngilizce tam metin için bkz. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByTopics.xsp>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

<https://www.eccc.gov.kh/en/publication/eccc-glance>, (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/ongwenEng.pdf> (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

<http://www.rscsl.org/> (Erişim Tarihi: 23.09.2022).

Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesinin Türleri ve Hukuki Nitelikleri

Miray ÖZER DENİZ 

Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Adana, Türkiye
ozermiray@yahoo.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 07.09.2022

Kabul: 23.11.2022

Yayın: 21.01.2023

Anahtar

Kelimeler:

Kişisel Veri, Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi, Veri Sorumlusu, İlgili Kişi.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda (KVKK), kişisel veri, veri sorumlusu, veri işleyen, ilgili kişi ve veri işleme faaliyeti kavramlarını tanımlanmıştır. Kişisel verilerin işlenmesi, verilerin elde edilmesinden silinme aşamasına kadar yapılabilecek tüm işlemlerdir. İşleme faaliyetleri, kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi olarak adlandırılabilir bir sözleşme ile yapılabilir. Bu sözleşme, veri sorumlusu ile veri işleyen, iki veri sorumlusu veya veri sorumlusu ile ilgili kişi arasında olmak üzere üç farklı türde akdedilebilir. Her türdeki sözleşmede, sözleşmenin hukuki niteliği ve tarafların borç ve yükümlülükleri değişebilmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlerken, asli edim yükümlülüğünün göz önüne alınması gerekir. Zira her sözleşmede, borç konusu veri işleme faaliyeti değişecektir. Bu nedenle, her türlü veri işleme faaliyetine uygun tek tip bir sözleşmenin varlığı düşünülemez. Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin içeriğinde konusuna göre, vekâlet veya eser sözleşmesine ilişkin edimler yer almaktadır. Çalışmamızda, öncelikle konuya ilişkin tanımlara yer verilip çeşitli örneklerle sözleşmelerin tarafları, hukuki nitelikleri incelenecektir.

The Legal Character And Specialities Of Personal Data Processing Agreement

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 07.09.2022

Accepted: 23.11.2022

Published: 21.01.2023

Keywords:

Personal Data, Personal Data Processing Agreement, Controller, Data Subject.

In the Law on Protection of Personal Data No. 6698 (KVKK), terms of use of personal data, controller, processor, data subject and data processing purposes are defined. Processing means any operation performed on personal data from collection to erasure. Processing by a processor can be governed by a contract named personal data processing agreement. This agreement may occur in three different types which are one between controller and processor, between the data controller and the data subject or joint controllers. Each contracts' legal character and specialities vary from the parties of the contract. The subject of performance should be taken into account when determining the legal nature of the contract. Therefore, it is unlikely to define a single-tip contract that is suitable for all kinds of data processing. In this study, the legal character and specialities of personal data processing agreement will be examined with the definitions.

Atıf/Citation: Özer Deniz, M. (2023). "Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesinin Türleri ve Hukuki Nitelikleri", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 97-114.

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

Kişisel veri, KVKK m. 3'e göre, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ilişkin her türlü bilgidir. Kişinin adı, yaşı, mesleği, adresi, telefon numarası, elektronik posta adresi, banka hesap numarası, adresi, kredi kartı harcama bilgileri¹, IP adresi, eğitim sertifikaları, dernek üyelikleri, dini ve felsefi inancı, genetik bilgileri, parmak izi, DNA örneği, görüntüsü, çağrı merkezlerinde kaydedilen ses kayıtları gibi bilgileri kişinin verileridir². 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda (KVKK) genel nitelikli kişisel verilerin yalnızca tanımı yapılmış ve tek tek sayılmamıştır. Özel nitelikli kişisel veriler ise kişiler arasında ayrımcılığa neden olabilecek nitelikte olmalarından dolayı daha sıkı korunmaktadır³. Bu nedenle özel nitelikli kişisel veriler, KVKK m. 6'da *numerus clausus* olarak belirlenmiştir.

Kişisel verisi işlenen gerçek kişi, KVKK m. 3'te "*ilgili kişi*" olarak tanımlanmıştır. KVKK, tüzel kişileri koruma kapsamına almadan yalnızca gerçek kişileri, ilgili kişi olarak kabul etmiştir. Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü (Tüzük) m. 4'te ise "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" şeklinde tanımlanmıştır⁴. AİHM, kişilere ait görüntü, fotoğraf, parmak izi, DNA profili, IP adresi⁵ gibi verileri kişisel veri kapsamında değerlendirmiştir⁶.

Veri sorumlusu, KVKK m. 3'e göre, *kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişidir*⁷. Veri sorumlusu ("*controller*"), Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü (Tüzük) 4. maddesinde tanımlanmıştır. Tüzük m. 24'te veri sorumlusunun sorumluluğunun, m. 26'da ise birden fazla veri sorumlusu olması durumunda sorumluluğun ne şekilde olacağı belirlenmiştir⁸.

¹ Bankanın ilgili kişinin kredi kartı harcamalarını yanlış elektronik posta hesabına göndermesine ilişkin Kurul kararı özeti, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6922/2020-78>, (ET: 06.09.2022).

² AYM E: 2015/32, K: 2015/102 sayılı kararı, Küzeci Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 10; Dülger, Murat Volkan. *Kişisel Verilerin Korunması*, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2019, s. 4; Aksoy, Hüseyin Can. *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakları Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s. 10 vd; Özdemir, Hayrunnisa. *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin, Ankara, 2009, s. 123; Çekin, Mesut Serdar. *Avrupa Birliği İle Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 34; Taştan, Furkan Güven. *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 30; Tekin, Nurullah. "Kişisel Verilerin Korunması İle İlgili Türkiye'deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, 2014, s. 228.

³ Özer Deniz, Miray. *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Bundan Doğan Sorumluluk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 50 vd.

⁴ <https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/> (ET: 06.09.2022)

⁵ Çalışma Grubu 29'a göre, IP adresleri kişisel veridir. Article 29 Working Party, Opinion 1/2008 On Data Protection Issues Related To Search Engines (WP148), 2008; Van Der Sloot Bart/Borgesius, Frederik Zuiderveen. "Google And Personal Data Protection", *Information Technology and Law Series*, Vol. 22 VIII, T.M.C. Asser Press (Springer) 2012, s. 8; Purtova, Nadezhda. "The Law Of Everything Broad Concept Of Personal Data And Future Of EU Data Protection Law", *Law, Innovation And Technology*, C. 10, S. 1, 2018, s. 63; Çekin, s. 36.

⁶ Peck/Birleşik Krallık, B. No: 44647/98, 28.01.2003; Sciacca/İtalya, B.No: 50774/99, 11.01.2005; S. Ve Marper/Birleşik Krallık, (Büyük Daire), Başvuru No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; Alkaya/Türkiye, Başvuru No: 42811/06, 09.10.2012; K.U./Finlandiya, Başvuru .No: 2872/02, 02.12.2008).

⁷ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5421/-Kimligi-belirsiz-kisi-kisilerin-veri-sorumlusu-olarak-kabul-edilemeyecegi-hakkinda-Kisisel-Verileri-Koruma-Kurulunun-13-09-2018-tarihli-ve-2018-106-sayili-Karari-Ozeti>(ET: 06.09.2022).

⁸ Örneğin, Madde 29 Çalışma Grubu Opinion 10/26'da SWIFT Kurumu ile bankaların ortak sorumlu olduklarını belirlemiştir. Develioğlu, Hüseyin Murat. *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, XII Levha Yayınları,

Veri sorumlusu, verilerin işleme amaç ve yöntemlerinin belirlenmesinde karar veren sorumlu kişidir⁹. KVKK m. 3'te veri sorumlusu olma noktasında bir ayırım yapmadığından, özel veya kamu tüzel kişileri ve gerçek kişiler, veri sorumlusu olabilirler¹⁰. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 23.07.2019 tarih ve 2019/225 sayılı kararında, merkezden bağımsız bir şekilde Türkiye'de veri sorumlusu kriterlerine uygun olarak hareket eden yurtdışında yerleşik tüzel kişilerin Türkiye'de bulunan şubeleri veri sorumlusu sayılacağını belirtmiştir¹¹.

Veri sorumlusu, veri işleme faaliyetlerini bizzat kendisi gerçekleştirmek zorunda değildir. Nitekim teknik yetersizlikler ya da çalışma alanları kapsamında olmaması gibi çeşitli nedenlerle, uygulamada veri işleme faaliyetlerinde üçüncü bir kişiden yararlandığı görülür¹². Veri sorumlusunun yetkisiyle, veri işleme faaliyetlerindeki bu üçüncü kişi, veri işleyendir.

Veri işleyen, KVKK m. 3'te, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda kimin veri işleyen kimin veri sorumlusu olduğunun tespitinde, sadece veri sorumlusu tarafından verilen talimat doğrultusunda veri işleyen taraf veri işleyen olacaktır¹³.

Veri işleyen ile veri sorumlusu, KVKK'nın 12. maddesi uyarınca, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini engellemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak hususunda müteselsil olarak sorumludur. Bu şekilde, veri sorumlusunun kendi kanuni yükümlülüklerini başka bir kişiye devretmesi önlenmiştir.

Kişisel verilerin işlenmesi, KVKK m. 3'te tanımlanmıştır¹⁴. Madde metninden çıkan anlama göre, kişisel verilerin elde edilmesinden silinmesine kadar geçen dönemde yapılan tüm veri işlemeye yönelik faaliyetler, örneğin verilerin saklanması, internete yüklenmesi, aktarılması, tasniflendirilmesi, şifrelenmesi, verilerin işlenmesi olarak değerlendirilmelidir¹⁵.

KVKK'da veri işlenmesine ilişkin ilkeler, kişisel verilerin keyfi işlenmesini önlemek ve verilerin güvenliğini sağlamak adına 4. maddede "Genel İlkeler" başlığında düzenlenmiştir. Bu ilkeler belirlenirken çoğunlukla 108 No'lu Sözleşme¹⁶ ile 95/46/EC Yönergesindeki¹⁷ ilkeler esas

İstanbul 2017 s. 42; Leupold, Andreas/ Glossner, Silke. *Münchener Anwalts Handbücher Recht*, 3. Auflage 2013, N. 263 vd.

⁹ Develioğlu, s. 42; Çekin, s. 79.

¹⁰ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen>, s. 1, (ET: 06.09.2022).

¹¹ Yurtdışında yerleşik tüzel kişilerin Türkiye şubelerine ilişkin Kurul'un görüş yazısı, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/5545/2019-225>, (ET: 06.09.2022).

¹² Tekin, s. 225.

¹³ Veri sorumlusu ile veri işleyeninin tespiti ile aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin Kurul kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6874/2020-71> (ET: 06.09.2022).

¹⁴ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4190/Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari>, s. 1, (ET: 06.09.2022).

¹⁵ Özer Deniz, s. 75; Başara, Gamze Turan. "Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 16, 2020, s. 63; Tekin, s. 229.

¹⁶ https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020140848108_tur.pdf (ET: 17.11.2022).

¹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31995L0046> (ET: 17.11.2022).

alınmıştır. Bu ilkelere, verilerin elde edilme anından silinme anına kadar her işlenmede uyulması gerekir¹⁸.

I. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ SÖZLEŞMESİ

Sözleşmeler isimlerini çoğunlukla asli edim yükümlülüğünden alır. Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi ise adını asli edim yükümlülüğü olan kişisel verilerin işlenmesi yükümlülüğünden alır¹⁹. Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, kişisel verilerin işlenmesi borcu doğuran ve ilgili kişinin verilerinin hukuka uygun olarak işlenmesine rıza gösterdiği bir sözleşmedir. Verinin açıklanması, aktarılması, elde edilebilir hâle getirilmesi, elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, devralınması, sınıflandırılması, yeniden düzenlenmesi, değiştirilmesi, ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi konu edinir. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin asli edimi bu tür işlem veya işlemler olacaktır.

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin asli edimleri ile hüküm ve sonuçları kanunda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, kanunda düzenlenmemekle birlikte sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında akdedilebilir.

Aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere, sözleşmenin türleri, eser veya vekâlet sözleşmesine ve bunun yanında kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesine özgü borç doğurur. Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, somut olayda değişebilmekle birlikte, ağırlıklı olarak vekâlet ve/veya eser sözleşmelerine özgü edimleri içerir. Sözleşmede bir taraf, veri işleme borcu altına girerken diğer taraf genel kural olmamakla birlikte ücret ödeme borcu altına girmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş vekâlet ve/veya eser sözleşmesi hükümlerinin farklı bir şekilde bir araya gelmesiyle kurulur. Sonuçta, kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, isimsiz karma sözleşme olarak kabul edilmelidir²⁰.

II. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması yeterlidir. Bu sonuç hem kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin yapısından hem de bünyesindeki vekâlet ve eser sözleşmelerinin de rızai sözleşmeler olmasından ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin rızai bir sözleşme olduğu söylenebilir²¹.

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin kurulması için tarafların anlaşmasının yeterli olması ve TBK m. 12 hükmü göz önüne alındığında, bu sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için bir şekil şartı gerekmemektedir²². Bu bağlamda, kural olarak, verilerin işlenmesi sözleşmeleri bakımından şekil serbestisi geçerlidir. Avrupa Veri Koruma Tüzüğü m. 28/IX'e göre, veri işleyen ile veri sorumlusu arasındaki sözleşme yazılı şekilde yapılmalıdır. Türk hukukunda kural şekil serbestisi olduğundan halihazırda bu sözleşme için şekil şartı söz konusu değildir. Bu şekilde şekil

¹⁸ Özer Deniz, s. 78 vd; Yücedağ, Nafiye. "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler", *KVKD*, C. 1, S. 1, 47-63; Dülger, s. 107.

¹⁹ Taştan, s. 119.

²⁰ Başara, s. 67.

²¹ Aynı görüşte, Başara, s.72.

²² Başara, s. 69; Özer Deniz, s. 202.

serbestisi olması, şekle aykırılığın hukuki sonuçları göz önüne alındığında, yerinde bir düzenlemedir.

Bununla birlikte, kişisel verilerin yurtdışına aktarımı söz konusu olduğu hallerde, KVKK'nın "Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması" başlıklı m. 9 uyarınca, eğer kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede kişisel verileri koruyacak yeterli önlemler yok ise Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve ayrıca Kurulun bu konuda izninin bulunması gerekmektedir. KVKK m. 9 uyarınca, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin bir sözleşmede, sözleşmeye ilave olarak veri sorumlusunun yeterli koruma sağlanacağına ilişkin yazılı bir taahhüdü şarttır²³.

Sözleşmenin türü ne olursa olsun, başta KVKK m. 12 olmak üzere, veri sorumlusu, veriler ile ilgili kişilerin kişilik haklarını korumakla ve dolayısıyla verilerin güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, sözleşme süresince devam eden bir borçtur. Dolayısıyla, bu sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğunu söylemek mümkündür²⁴.

III. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, tarafları bakımından üç türe ayrılmaktadır. Bu sözleşme, veri sorumlusu ile veri işleyen arasında, iki veri sorumlusu arasında ve veri sorumlusu ile ilgili kişi arasında akdedilebilir. Sözleşmenin tarafları, sözleşmenin hukuki niteliğini ve edimlerini değiştirmektedir. Aşağıda her sözleşme türü ayrı ayrı incelenecektir.

A. Veri Sorumlusu ile İlgili Kişi Arasındaki Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, veri sorumlusu ile ilgili kişi arasında yapılabilir. Esasen, veri sorumlusu ile ilgili kişi arasında kurulan kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, iki durumda ortaya çıkmaktadır. Birinci durumda, ilgili kişi, kişisel verilerini çeşitli işleme faaliyetleri amacıyla veri sorumlusuna başvurmuştur. Bu durum daha çok, biyometrik ve genetik verilerin elde edilmesi, muhafazası ve kullanılması gibi veri işleme faaliyetlerinde rastlanılmaktadır. Bu tür bir sözleşmenin konusu, ilgili kişinin verilerinin saklanması, yok edilmesi, anonim hale getirilmesi, aktarılması gibi verilerin işleme faaliyetleridir.

İkinci durumda ise taraflar, hâlihazırda başka bir sözleşme kurmuşlardır ve mevcut bu sözleşmenin ifasının gerçekleşmesi amacıyla ilgili kişilerin kişisel verileri işlenmektedir. Örneğin, veri sorumlusu ile ilgili kişi bir mesafeli satım sözleşmesi akdetmiş ve bu hizmetin ifası amacıyla ilgili kişinin kişisel verileri işlenmektedir²⁵. Bunun gibi, bir sözleşmenin ifası amacıyla ilgili kişinin ses ve görüntüleri işlenebilmektedir. Her iki durumda da sözleşmenin bir tarafında ilgili kişi diğer tarafında veri sorumlusu yer almaktadır.

²³ Aynı görüşte, Başara, s. 69; Özer Deniz, s. 240.

²⁴ Aynı görüşte, Başara, s. 69.

²⁵ Özer Deniz, s. 203.

2. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Veri sorumlusu ile ilgili kişi arasındaki kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinde taraflar arasında yoğun güven ilişkisinin varlığı gerekmektedir. Veri işleme faaliyetleri, ilgili kişilerin, kişilik haklarının korunmasını yakından ilgilendirmektedir. Zira kişisel verilerin işlenmesi sürecinde asıl korunan verinin kendisi değil veri ile ilişkisi olan ilgili kişinin kişilik haklarıdır. Özellikle, ilgili kişinin veri sorumlusunu seçerek onun tecrübe ve uzmanlığını dikkate alarak kurduğu veri işleme sözleşmelerinde güven ilişkisi kendisini belli eder. Taraflar arasındaki güven ilişkisi, ilgili kişinin KVKK kapsamında verilerinin işlenmesine rıza göstermesinde oldukça etkili rol almaktadır.

İlgili kişi ile veri sorumlusu arasında verilerin işlenmesine yönelik sözleşme tiplerine özel nitelikli kişisel verilerden örnek verecek olursak, ırk ve etnik köken verileri, tıp alanında ve ilaç sektöründe ırklara uygun ilaç ve tedavinin belirlenmesi amacıyla araştırılmaktadır. Birçok veri, fiziksel veya elektronik ortamda güvenlik başta olmak üzere çeşitli sebeple ile muhafaza edilmektedir. Bu işleme faaliyetleri, bu verilerin elde edilmesi, bir yerde saklanması, tasnif edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

Bu gibi örneklerde veri sorumlusu, ilgili kişiye bir sonuç taahhüdünde bulunmaktan ziyade verilerin güvenliğini sağlamaya yönelik bir taahhütte bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, verilerin işlenmesi noktasında bir sonuç taahhüdünde bulunmamaktadır. Veri sorumlusu, ilgili kişiye belli bir veri işleme faaliyetinde bulunmayı ve bu sırada ilgili kişinin hak ve menfaatlerini gözetme borcu altına girmektedir.

Sözleşmedeki güven ilişkisinin yoğunluğu, vekâlet verenin menfaatine davranma ve özen gösterme yükümlülüğünün ağırlığı ve sonuç taahhüt edilmemesi göz önüne alınırsa, kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin bünyesinde vekâlet sözleşmesine ilişkin özellikler barındırdığı söylenebilir²⁶. İlgili kişi ile veri sorumlusu arasındaki bu güven ilişkisi, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olmayı gerektirir. Zira veri sorumlusunun, bir vekil gibi verilerin güvenliğinden ve veri işleme faaliyetlerinin hukuka uygun olmasından sorumlu olması gerekir.

3. Tarafların Borçları

Veri sorumlusu ile ilgili kişi arasında akdedilen kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesine vekalet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacağından, veri sorumlusu öncelikle, verilerin elde edilmesinde ve uhdesinde bulunduğu sürede verilerin güvenliğini korumalıdır. Vekalet sözleşmesi kapsamında veri sorumlusunun borçları, kişisel veri işleme borcu, gerekli özeni gösterme borcu ile sır saklama ve sadakat borcudur.

Öncelikle, vekalet sözleşmesini düzenleyen TBK m. 506'ya göre vekil borcunu şahsen ifa etmelidir²⁷. Vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kişisel verilerin işlenmesi

²⁶ Başara, s. 68; Özer Deniz, s. 213 vd.

²⁷ Donay, Süheyl. "Vekilin Talimatına Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu", BATİDER, C. 5, S. 4, s. 742; Gautschi, Georg. *Berner Kommentar*, Bd. IV, Das Obligationenrecht; 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 398, N. 39-40; Zevkliler Aydın/Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitapevi, Ankara 2021, s. 623 Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 946 vd; Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 141; Akipek Öcal, Şebnem. *Vekâlet Sözleşmeleri Kısa Şerhi*, Aristo Yayınları, İstanbul

sözleşmelerinde bu maddenin kıyasen uygulanması ve taraflar arasındaki güven ilişkisinden dolayı veri sorumlusu, veri işleme faaliyetlerini şahsen ifa etmelidir²⁸.

Bunun yanında, veri sorumlusu, belli durumlarda borcunu başkasına yaptırabilir²⁹. Bu durumlar, TBK m. 506/1'e göre, ancak kendisine yetki verildiği veya durumun zorunlu³⁰ ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerdir³¹. Bu hallerin yanı sıra ilgili kişinin bu yöndeki açık rızası halinde veri sorumlusu, sözleşmenin ifasını veri işleyen aracılığıyla yapabilir.

TBK m. 506'da sayılan haller, KVKK kapsamında değerlendirildiğinde, veri sorumlusunun şahsen ifada bulunmayı taahhüt ettiği ya da bulunamayacağı haller bakımından ilgili kişiyi bilgilendirmesi gerekir. Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi öncesinde, ilgili kişinin sözleşme konusu verilerin işlenmesi, işleme yöntem ve metotları, veri sorumlusunun veri işleyene yetki verebileceği durumlar hakkında aydınlatması gerekir. Kanaatimizce, aydınlatma metninde şahsen ifa vurgulanmış ve ilgili kişiden bu şekilde açık rıza alınmış fakat daha sonra veri işleyene yetki verilmiş ise hukuka uygunluk hali ortadan kalkacaktır³².

TBK m. 506'da sayılan hallerden birinin varlığıyla birlikte, borcun veri sorumlusu dışında biri tarafından ifa etmesi halinde, veri sorumlusu ile borcu ifa edecek veri işleyen arasında alt veri işleme sözleşmesi kurulmuş olur. Bu durumda, ilgili kişi ile veri sorumlusu arasındaki verilerin işlenmesi sözleşmesi baki kalmakla birlikte, veri sorumlusu ile veri işleyen arasında da bir alt veri işleme sözleşmesi kurulmuş olur.

KVKK'da alt veri işleme sözleşmesinin kurulması veya kurulmasının yasaklanması yönünde açık bir düzenleme yoktur³³. Ülkemizdeki düzenlemenin aksine, AB Veri Koruma Tüzüğünde ise veri işleyen alt veri işleme sözleşmesi yapması, veri sorumlusunun yazılı iznine bağlıdır. Kanaatimizce, verilerin güvenliği açısından bu şekilde bir düzenleme ülkemizde de yapılmalıdır.

Alt veri işleyen ile veri işleyen arasında veri işleme sözleşmesi de bir kişisel veri işleme sözleşmesidir³⁴. Bu sözleşme, veri işleyen ile veri sorumlusunun akdettiği veri işleme sözleşmesinden bağımsızdır³⁵. Alt işleyen ile veri sorumlusu arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur.

2017, s. 69; Aral Fahrettin/ Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 387.

²⁸ Başara, s. 72; Özer Deniz, s. 217.

²⁹ Parlak Şafak/ Börü Levent, "Alt Vekâlet", *TBBD*, S. 96, s. 18; Zevkliler/Gökyayla, s. 624.

³⁰ Verilerin yurt dışına aktarılması halinde aktarılan ülkede veri işlenmesi ve alt veri işleme sözleşmesi kurulmasının gerekmesi zorunluluk bakımından örnek olabilir. Başara, s. 73.

³¹ Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 654; Donay, s. 742; Gautschi, Art. 398, N. 40; Zevkliler/Gökyayla, s. 625.

³² Özer Deniz, s. 242.

³³ Başara, s. 59.

³⁴ Başara, s. 74.

³⁵ Akipek, Alt Vekâlet, s. 113; Eren, Borçlar Özel, s. 728; Fellmann, Walter. *Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht*, Band IV, Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 399, N. 12; Donay, Vekil, s. 742; Gautschi, Art. 399, N. 3.

Yine de her iki sözleşme arasında fiili bir bağ vardır³⁶. Zira alt vekâlet sözleşmesinin asli edimi, asıl vekâlet sözleşmesindeki edimin kendisidir³⁷.

Alt veri işleme sözleşmesi de bir vekâlet sözleşmesi olduğundan, unsurları vekâlet sözleşmesiyle aynıdır³⁸. Dolayısıyla sözleşmenin asli unsuru, işin müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olarak görülmesidir. Bu alt veri işleme sözleşmesinin geçerliliği, TBK m. 506/1'deki şartların varlığına bağlıdır. Bu şartlardan biri gerçekleşmeksizin, veri sorumlusunun alt veri işleme sözleşmesi kurması halinde, TBK m. 507/1 uyarınca veri sorumlusu, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına yaptırmış olur. Bu halde ise veri sorumlusu, alt veri işleyenin fiilinden kendisi yapmış gibi sorumlu olur. Dolayısıyla, caiz olmayan alt vekilden kaynaklanan bir zarar meydana geldiğinde, veri sorumlusu TBK m. 112'ye göre ilgili kişiye karşı sorumlu olur³⁹. Aynı zamanda, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinden dolayı veri işleyen veya alt veri işleyen bir kazanç elde etmiş ise, ilgili kişi bu kazancı KVKK m. 11 ve m. 14'ün TMK m. 25'e yaptığı atfa binaen talep edebilir⁴⁰. Buna karşın, TBK m. 507/3 kapsamında, veri sorumlusu, alt veri işleyene başvurabilir⁴¹.

Özellikle bir işin niteliği itibariyle tek kişi tarafından yapılmasında zorluk olması veya birkaç kişinin birlikte ifasının alacaklı yararına olduğu durumlarda, borçlunun yardımcı kişilerden yararlanması mümkündür. Örneğin, bir doku bankasının özel bir hastanenin laboratuvarını kullanması halinde alt veri işleyen var olduğu söylenebilir. Veri işleyen organizasyonunda çalışan bir kişi, alt vekil değil yardımcı kişidir. Örneğin, bulut bilişim kuruluşu olan bir şirkette çalışan ve veri işleyen kişi, alt veri işleyen değil veri işleyene yardımcı olan kişi olacaktır⁴². Veri işleyen, yardımcı kişiler ile birlikte borcu ifa ediyor ise sorumluluğu değişecektir. Bu halde artık veri işleyen, adam çalıştırmanın sorumluluğuna tabi olacaktır⁴³.

Veri sorumlusunun, alt veri işleme dışında, üçüncü kişilerden yardım alması da mümkündür. Bu kişilere *yardımcı kişiler* denir⁴⁴. Yardımcı kişiler, vekilin kendisinin yerine ikame ettiği kişiler olmayıp sadece belirli konularda işin görülmesi için yararlandığı kişi olduğundan TBK m. 506/1'deki şartlar gerçekleşmese dahi, vekil yardımcı kişilerden yararlanabilir. Bu kapsamda, veri sorumlusu, veri işleyen ile sözleşme kurmaksızın, yardımcı kişi marifetiyle de işleme faaliyetini gerçekleştirebilir.

³⁶ Akipek, Alt Vekâlet, s. 147.

³⁷ Parlak/ Börü, s. 20; Yargıtay 9. HD T: 15.12.2009 E. 2008/31954 K. 2009/35494, kazanci.com.tr, (ET: 06.09.2022).

³⁸ Parlak/ Börü, s. 24.

³⁹ Parlak/ Börü, s. 35; Yavuz, s. 655; Eren, s. 727.

⁴⁰ Vuraloğlu, Mehmet Oğuz. "Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Kişilik Hakkı İhlâlinde Kazancın Devri Talebi", *YÜHFD*, C. XV, S. 1, 2018, s. 186 vd.

⁴¹ Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye talep hakkı tanınması kanunda sadece alt kira ve alt vekâlet olmak üzere iki halde tanınmıştır. Parlak/ Börü, s. 38.

⁴² Farklı görüşte Başara, s. 66.

⁴³ Yavuz, Borçlar Özel, s. 655.

⁴⁴ Şenocak, Zarife. *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Dayımlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995, s.275; Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.III, 1. B, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 311; Gümüş, s. 142; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 725; Fellmann, Art. 398, N. 563; Akipek, s. 121; Gültekin, Fatih. "Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu", *TAAD*, S. 34, s. 378 vd.

Üçüncü kişinin ne zaman yardımcı kişi veya alt vekil olduğunun tespiti her zaman kolay değildir. Ancak bu ayırım, sorumluluğun belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. Zira veri sorumlusu ile veri işleyen KVKK m. 12 uyarınca ilgili kişiye karşı müteselsilen sorumludur. Yardımcı kişinin ilgili kişiye karşı doğrudan bir sorumluluğu olmayıp, yardımcı kişinin hukuka aykırı davranışlarından veri sorumlusu sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, yardımcı kişi ile veri işleyen (alt vekil) ayırımı, veri sorumlusunun sadece kendi başına mı yoksa veri işleyen ile birlikte mi sorumlu olacağını belirleyecektir.

Üçüncü kişinin sıfatını belirlemek için bir görüşe göre, vekilin üçüncü kişiyi kimin menfaatine göre yetkilendirdiğine bakılmalıdır⁴⁵. Eğer, vekil üçüncü kişiyi kendi menfaati için görevlendirmişse bu kişinin yardımcı kişi olarak kabulü gerekir⁴⁶. Diğer bir görüşe göre ise bu ayırım, borcun ifasının kimin organizasyonu içerisinde yapıldığına göre belirlenmelidir. Borcun ifası, vekilden hukuken ve ekonomik olarak bağımsız üçüncü kişilere devrediliyor ise alt vekâlet ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir⁴⁷.

Veri sorumlusunun ikinci borcu gerekli özeni gösterme borcudur. Vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcunu düzenleyen TBK m. 506'da tanımlanmamakla birlikte, doktrindeki hâkim görüşe göre, vekil özen gösterme borcu kapsamında, borcun ifası süresince hayatın olağan akışına uygun şekilde, müvekkilinin yararına davranıp aleyhine olan her türlü eylemden kaçınılmalıdır⁴⁸.

Bu şekilde değerlendirildiğinde, veri sorumlusu özen gösterme yükümlülüğü kapsamında, sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşme süresince ve hatta sonrasında ilgili kişinin kişisel verilerini korumaya yönelik davranmalıdır⁴⁹. Bu yükümlülüğe, sır saklama ve aydınlatma yükümlülüğü örnek olarak verilebilir⁵⁰.

Özellikle aydınlatma yükümlülüğü, ilgili kişinin KVKK m. 11'deki haklarını kullanması ve işleme faaliyetlerine göstereceği rızanın geçerliliği bakımından oldukça önemlidir. KVKK m. 10'a göre, aydınlatma görevi veri sorumlusuna aittir⁵¹.

Vekalet sözleşmesinde, vekalet verenin ücret ödeme borcu zorunlu bir unsur değildir. Bu anlamda, vekalet sözleşmesi eksik iki taraflı bir sözleşmedir. Vekalet verenin borçları TBK m. 510'da düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, vekalet veren, harcanan gider ve verilen avansları

⁴⁵ Parlak/ Börü, s. 26; Şenocak, s. 141 vd; Antalya, s. 308-309.

⁴⁶ Gümüş, s. 143; Parlak/ Börü, s. 27.

⁴⁷ Gümüş, s. 142.

⁴⁸ Vekilin özen borcu ve özen kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Türk-İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Basım, Ankara 2001; Akipek Öcal, Kısa Şerh, s. 72; Yavuz, Borçlar Özel, s. 655; Aral/ Ayrancı, s. 401; Gautschi, Art. 398, N. 21a; Fellmann, Art. 398, N. 17; Donay, s. 736; Topuz, Seçkin. *Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Gösterme Borcu*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2001, s. 45; Gümüş, Mustafa Alper. *Türk-İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, Beta Basım, Ankara 2001, s. 51 vd.

⁴⁹ Akipek Öcal, Kısa Şerh, s. 72; Zevkliler/Gökyayla, s. 627 vd; Yavuz, s. 1169; Gautschi, Art. 398 N. 21; Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 410; Aral/Ayrancı, s. 447; Yargıtay 13. HD. T: 06.07.2006 E. 2006/5518 K. 2006/11185, kazanci.com.tr, (ET: 06.09.2022).

⁵⁰ Becker, Herman. *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Çev. Suat Dura, İstanbul 1986, s. 958 vd; Akipek Öcal, Kısa Şerh, s. 72.

⁵¹ Ziraat Bankasının internet sitesinde yer alan aydınlatma metninin gerekli şartları taşımadığına ilişkin Kurul kararı <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5461/2019/122>, (ET: 06.09.2022).

faiziyle ödemeli ve vekilin bu sözleşmeden dolayı üstlendiği borçlardan onu kurtarmalıdır. Bu borçların doğması için vekâlet sözleşmesinin geçerli olması gerekir⁵².

Veri sorumlusu ile ilgili kişi arasında kurulan kişisel veri işleme sözleşmesinde, ilgili kişinin ücret ödeme yükümlülüğü olup olmadığı somut durumda sözleşmeye göre belirlenmelidir. Birinci durumda, ilgili kişinin kişisel verisinin talebi veya rızası üzerine işlenmektedir. İlgili kişinin, doku veya kordon kanı bankacılığı gibi amaçlarla akdettiği sözleşmelerde ücret ödeme yükümlülüğüne rastlanmaktadır.

Bu gibi sözleşmelere şu örnek olarak verilebilir. Kordon kanı saklayan tıbbi kuruluşların çoğu ilgili kişilerden ücret talep etmektedir⁵³. Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 19 ve Ek-1'de yer alan *Kordon Kanı Bankası Kordon Kanı Verici Anne İçin Bilgilendirilmiş Olur Formu*'nda ücret unsuruna yer verilir. Dolayısıyla bu gibi sözleşmeler bakımından ilgili kişinin ücret ödeme yükümlülüğü olduğu söylenebilir.

İkinci durumda, veri sorumlusunun kanuni yükümlülüklerini yerine getirmek üzere kurduğu sözleşmelerde, ücret ödeme yükümlülüğüne rastlanmamaktadır. Günlük hayatta sıkça karşılaştığımız bu işleme faaliyetlerinde, ilgili kişinin veri işleme sözleşmesi kapsamında ücret ödeme yükümlülüğü yoktur. Örneğin, elektronik alışveriş sitelerinin iletişim bilgileri, alışveriş alışkanlıkları ve kredi kartı bilgilerini saklaması gibi örneklerde ilgili kişi bu işleme faaliyetleri karşılığında ücret ödememektedir. Bu gibi sözleşmelerde ücret ödeme yükümlülüğü olmadığından, bu sözleşme eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir.

Bunların yanında, istisnai olarak ücret ödeme yükümlülüğü olmakla birlikte ayrıca ilgili kişinin külfet olarak veri işleme faaliyetleri sırasında tehlike arz edecek eylemlerden kaçınması gerekir. Bu kapsamda ilgili kişinin, veri sorumlusunun varsa tavsiyelerine uyması ve makul olarak kendisinden beklenen önlemleri alması gerekir.

B. Veri İşleyen ile Veri Sorumlusu Arasındaki Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, veri işleyen ile veri sorumlusu arasında akdedilebilir⁵⁴. Veri işleme faaliyeti konusunun teknik uzmanlık gerektirdiği ya da işlenecek verilerin kapsamının fazla olduğu durumlarda bu şekilde sözleşme yapılmasına rastlanmaktadır. Örneğin bir hastanenin, bazı sağlık verilerini şifreli hale getirmesi gerekebilir. Verilerin şifreli hale getirilmesi, veri sorumlusu olan hastanenin uzmanlık alanına girmeyeceğinden teknik konuda uzman bir tarafa başvurusu gerekir. Şifreleme işlemini yapacak bu taraf, veri işleyen olacaktır. Veri sorumlusu olan hastane ile veri işleyen teknik kişi arasında yapılacak bu sözleşme kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi olacaktır. Yapılacak bu sözleşmeyle veri sorumlusu, veri işleyene,

⁵² Çelik, Nazlı Hilal. *Vekâlet Sözleşmeleri Kısa Şerhi*, Aristo Yayınları, İstanbul 2017, s. 123; Fellmann, Art. 402, N. 59.

⁵³ Uygulamada, kordon kanı bankacılığı yapan şirketlerin ücret talep etmesine örnek olarak bkz. <https://www.onkim.com.tr/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu>; <https://babylife.com.tr/fiyat-bilgisi/> (ET: 06.09.2022).

⁵⁴ Örnek için bkz. <https://gdpr.eu/data-processing-agreement>, (ET: 06.09.2022)

sözleşme konusu verilerin işlenmesine ilişkin yetki vermektedir. KVKK'da açıkça düzenlenmese de verilerin işlenmesine yönelik yetki verilmesinin, veri sorumlusu ve veri işleyen arasında bir kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi ile yapılması gerekir. Tüzük m. 28/3'te veri işleyen ile veri sorumlusu arasında, veri işlemenin nitelik ve amacını ile tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir sözleşme ya da hukuki bir işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir⁵⁵.

Bu şekilde kurulan sözleşmede, borcun konusu belirli bir para karşılığında verilerin işlenmesi olacaktır. Sözleşmenin asli edimi çok çeşitli işleme faaliyetleri olabilir. Örneğin, verilerin silinmesi, anonim hale getirilmesi, yok edilmesi, şifrelenmesi, aktarılması gibi işlemlerden biri veya birkaçı borcun konusu olabilir. Taraflardan veri işleyenin borcu, veri sorumlusunun belirlediği veri işleme faaliyetlerini yerine getirmek iken veri sorumlusunun borcu sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemek olacaktır.

Sözleşmede tarafların kimliğini belirleme noktasında, verilerin kontrolünün kimde olduğuna bakılmalıdır. Bu kapsamda, verilerin işleme amacını, faaliyetlerin ne şekilde yapılacağını belirleyen taraf veri sorumlusudur⁵⁶. Veri sorumlusunun belirlediği şekilde verileri işleyen ise veri işleyen sıfatına haiz olur. Örneğin, uluslararası açık kaynak kodlu web istatistik servisi Matomo kullanarak verilerin kontrol edildiği bir sistemde, Matomo veri işleyen taraf olur⁵⁷.

2. Hukuki Niteliği

Veri sorumlusu ile veri işleyen arasında kurulan kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, veri işleyenin sözleşme kapsamındaki borcunun sonuç garantisi içerip içermediği göz önüne alınmalıdır. Borç konusunun bir sonuç vaat etmesi durumunda eser sözleşmesi, sonuç vaat etmediği halde vekalet sözleşmesinin varlığı düşünülmelidir. Örneğin, yapılan sözleşmenin konusu verilerin yok edilmesi ise veri işleyen verileri yok etme borcu altına girecektir. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin konusunun edim sonucunu taahhüt ettiği bir durumda bu sözleşmeye eser sözleşmesi hükümlerinin hâkim olduğu kabul edilmelidir⁵⁸. Zira bu konuda kurulan bir sözleşmede veri işleyen, sonucu taahhüt ettiği bir borç üstlenmektedir. Belirtmek gerekir ki her işleme faaliyeti değil, özellikle tasniflendirme, aktarma, silme, yok etme ve anonim hale getirme faaliyetleri, sonucunun taahhüt edilebilmesi bakımından eser sözleşmesi için aranan unsurlara sahiptir.

Eser sözleşmesi, TBK m. 470'te tanımlanmıştır. Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinde bu şekilde kurulduğunda veri işleyen, bir iş görmeyi taahhüt ettiğinden yüklenici sıfatını; veri sorumlusu ise iş sahibi sıfatına haiz olacaktır.

TBK m. 470'teki eser kavramına maddi varlığı olan eserlerin yanında maddi varlığı olmayan çalışmaların da girdiği kabul edilmelidir⁵⁹. Ayrıca, sadece yeni bir eser meydana getirmek değil,

⁵⁵ [https://gdpr-info.eu/art-28-gdpr/\(ET: 06.09.2022\)](https://gdpr-info.eu/art-28-gdpr/(ET: 06.09.2022)).

⁵⁶ "What is a data controller or a data processor?", https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en#:~:text=The%20data%20controller%20determines%20the,it%20is%20the%20data%20controller.

⁵⁷ <https://gdpr.eu/what-is-data-processing-agreement/>, (ET: 06.09.2022).

⁵⁸ Eser sözleşmesinin niteliği hakkında Eren, Borçlar Özel, s. 594.

⁵⁹ Yargıtay HGK T: 18.11.2009 E. 2009/15-459 K. 2009/541; Yargıtay 5. HD T: 06.02.2009 E. 2009/7916 K. 2009/599; Yargıtay HGK T: 10.6.2009 E. 2009/15-191 K. 2009/258, Kurt, Leyla Müjde. *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 28; Tandoğan, s. 21; Becker, N. 4; Aral/Ayrancı, s. 315;

mevcut bir eseri değiştirmek, dönüştürmek veya yok etmek de madde kapsamına girecektir⁶⁰. Dolayısıyla, kişisel verilerin tasniflendirilmesi, şifrelendirilmesi, yok edilmesi, anonim hale getirilmesi, bir eser niteliği taşır. Buradan çıkan sonuç ile kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin veri sorumlusu ile veri işleyen arasında kurulması durumunda bu sözleşmenin hukuki niteliği eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir⁶¹.

3. Tarafların Borçları

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinin bir edim sonucunu taahhüt ederek eser sözleşmesi ihtiva ettiği hallerde veri sorumlusunun borcu, sözleşmede kararlaştırılan bedelin ödenmesi olacaktır. Veri işleyenin yüklenici sıfatıyla üstlendiği borçlar şahsen ifa, gerekli özeni gösterme, sır saklama yükümlülüğüne uyma ve kişisel verilerin iadesi borçları olacaktır.

Öncelikle veri işleyen, TBK m. 471/III uyarınca, veri işleme borcunu şahsen ifa etmelidir. Hem TBK m. 471 hem de sözleşmedeki yoğun güven ilişkisi şahsen ifayı gerektirir. Bununla birlikte, veri sorumlusunun icazeti ve işin gerektirmesi halinde, veri işleyen bir alt veri işleme sözleşmesi kurması da mümkündür. Alt yüklenici sözleşmesine benzer bu sözleşme ile veri işleyen bir alt veri işleyen ile kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bir sözleşme akdedebilir. Bunun yanı sıra taraflar, sözleşme içerisinde alt yüklenicinin de borcu ifa edebileceğini kararlaştırabilir⁶².

Sözleşmede, işin tamamı veya bir kısmının alt yükleniciye devri, veri sorumlusunun iznine tabi tutulabilir. Örneğin, bazı verilerin şifreleme işlemlerinin bu konuda uzman bir veri işleyene devri söz konusu olduğunda veri işleyen sözleşme gereği, veri sorumlusunun yazılı izniyle, işleme borcunun ifasını alt yükleniciye (alt veri işleyene) devretmelidir.

Belirtmek gerekir ki alt veri işleyen ilişkisinde de veri sorumlusu ile alt veri işleyen arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur⁶³. Asıl veri işleyen, alt veri işleyen seçiminde ve ona talimat verilmesinde, iş sahibine karşı TBK m. 116'ya göre sorumludur. Vekâlet sözleşmesinin aksine, asıl veri işleyen, alt veri işleyen seçiminde ve talimat verilmesinde kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz⁶⁴.

İkinci olarak veri işleyen borcunu ifa ederken gerekli özeni göstermelidir. Özen gösterme borcu, eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlarından biridir. TBK m. 471'e göre, veri işleyen, üstlendiği edimleri veri sorumlusunun haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır⁶⁵. TBK m. 471/II'ye göre, veri işleyen, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli birinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışlara uygun olarak borcunu ifa

Şenocak, Zarife. *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002, s. 17 vd; Yavuz, s. 493; Gümüş, s. 5.

⁶⁰ Yargıtay HGK T: 14.02.2019 E. 2017/424 K. 2019/143; Yargıtay HGK T: 04.03.2013 E. 2013/78 K. 2013/1624; Yargıtay 4. HD T: 01.06.1978 E. 1978/2225 K. 1978/7342, corpus.com.tr, (ET: 06.09.2022); Kurt, s. 36; Şenocak, Ayıp, s. 13; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 24; Aral/Ayrancı, s. 316.

⁶¹ Başara, s. 68; Taştan, s. 121.

⁶² Eren, Borçlar Özel, s. 609; Zevkliler/Gökyayla, s. 497; Yavuz, Borçlar Özel, s. 463.

⁶³ Bununla birlikte, alt yüklenici, iş sahibine karşı bir taahhütte bulunmuş ise iş sahibi alt yükleniciye başvurabilir. Eren, Borçlar Özel, s. 611.

⁶⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 614.

⁶⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 499 vd; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 50; Yavuz, Borçlar Özel, s. 970; Aral/Ayrancı, s. 380 vd; Eren, Borçlar Özel, s. 680; Gökyayla, Emre. "Eser Sözleşmesinde Mütahhidin Sadakat ve Özen Borcu", *GSÜHFD*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, S. 1, s. 786; Başara, s. 78.

etmelidir⁶⁶. Kan tahlillerinin sonuçlarının iki sağlık tesisi arasındaki aktarımı, aktarımın fiziksel veya elektronik olmasına göre değişen önlemlerin alınması, çalışan kişilerin sağlık ve genetik verilerin önemi hakkında bilgilendirilmesi konusunda veri sorumlusu ve veri işleyen birlikte sorumludur. Veri işleyen sıfatına sahip bu laboratuvarın seçilmesi konusunda, veri sorumlusu olan hastanenin gerekli özeni göstermesi gerekir.

Bu çerçevede, verileri yok etme veya anonim hale getirme gibi bir borç altına giren veri işleyen sorumluluğu, benzer alanda teknik hizmet veren basiretli bir veri işleyene göre belirlenecektir. Yukarıda açıklandığı gibi, verilerin silinmesi, anonim hale getirilmesi veya yok edilmesi ile ilgili hem Yönetmelik hem de Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun kılavuzu vardır. Veri işleyen, bu borcunu ifa ederken her türlü meslek, uzmanlık ve teknik konuları göz önüne almak zorundadır. Bu sebeple, veri işleyen borcunu ifa ederken asgari olarak bu kriterleri dikkate alması gerekir. Veri işleyen teknik ve mesleki bilgisi sebebiyle, veri sorumlusundan daha fazla tecrübeye sahipse veri sorumlusunu dahi aydınlatmalı ona karşı da basiretli davranmalıdır. Veri işleyen özen yükümlülüğünün kapsamına işin zamanında başlatılması, bitirilmesi ve geciktirilmemesi dâhildir. Borcun konusunun kişisel veri olması, veri işleyen zaman yönünden işi geciktirmemesi bakımından önemlidir. Zira kişisel verilerin güncel olması, kişisel verilerin işlenmesine hâkim olan ilkelerden biridir⁶⁷. Veri işleyen, güncel olmayan bir veriyi silme işlemini geciktirmesi ilgili kişinin zarara uğramasına sebep olabilir. Örneğin, silinmesi gereken ceza kaydına ilişkin verinin silinmemesi ve bu sebeple ilgili kişinin işe alınmaması zarara yol açabilir.

Bunun yanında, veri sorumlusunun verileri makul ve kanuna uygun sürelerle saklaması gerekir. Veri sorumlusunun bir veriyi kanunen saklama süresi geçtiği halde, veri işleyen işi geciktirerek yok etme borcunu zamanında ifa etmemesi hem veri sorumlusu hem de veri işleyen bakımından sorumluluk doğurabilir. Bu nedenle, veri işleyen basiretli bir yüklenici veya vekil olarak, işe başlama ve bitirme konusunda özen borcuna uygun davranması gerekir.

Eser sözleşmesi hükümleri uyarınca veri işleyen, işi gördükten sonra veri sorumlusuna iade borcu doğar. Veri işleyen, verilerin yok edilmesi veya silinmesi gibi bir işleme faaliyetini borçlanmış ise elinde iş sonunda iade edecek bir veri kalmayacaktır; ancak, veri şifreleme, tasniflendirme veya anonim hale getirme gibi bir veri işleme faaliyetini borçlanmış ise ifadan sonra elindeki verileri veri sorumlusuna iade etmelidir.

Veri sorumlusunun borcu ise TBK m. 470 uyarınca, bedeli ödemektir. Veri sorumlusu, kişisel veri işleme sözleşmesi uyarınca sözleşmede belirlenen bedeli veri işleyene ödemekle yükümlüdür. Bedelin belirlenmesi noktasında, götürü veya değere göre bedel belirlenebilir.

C. İki Veri Sorumlusu Arasındaki Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, iki veri sorumlusu (*Joint controllers*) arasında kurulabilir. Sözleşmenin her iki tarafı da veri işleme amacını ve işlemenin ne şekilde yapılacağını

⁶⁶ Özer Deniz, s. 220 vd.

⁶⁷ Özer Deniz, s. 78 vd.

belirleyen veri sorumluları ise *joint controllers* sözleşmesinden bahsedilebilir⁶⁸. Örneğin, çevrimiçi yabancı dil eğitimi veren bir platform ile yabancı kitap ve film satışı yapan bir çevrimiçi platform kâr üzerinden anlaşma yapmıştır. İki platform, aynı müşteri kitlesine hitap ettiklerinden, aynı teknik hizmeti kullanıp müşterilerin isim, iletişim bilgileri, alışveriş alışkanlıkları gibi verilerini birbirleriyle paylaşmaya karar verir. Bu örnekte, veri sorumlusu sıfatına sahip iki sözleşme tarafı vardır. Hem eğitim veren hem de satış yapan platform, birer veri sorumlusudur. Böyle bir durumda, verilerin aktarılması bakımından, iki veri sorumlusunun taraf olduğu verilerin işlenmesi sözleşmesinden bahsedilir⁶⁹.

Başka bir örnekte, bir hastane ile bir laboratuvar arasında yapılacak kan analizine ilişkin veri işleme sözleşmesinin de her iki tarafı veri sorumlusu olacaktır. Zira her iki taraf da verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan tüzel kişidir.

İki veya daha fazla veri sorumlusunun bir araya geldiği *joint controllers* sözleşmeler Tüzük 26. maddesinde açıklanmıştır. Maddeye göre, bir araya gelen veri sorumlularının ilgili kişilerin haklarını gözetmeleri ve şeffaf olmaları gerekmektedir. Ayrıca ilgili kişi, haklarını her veri sorumlusuna karşı ileri sürebilir. Bu sözleşme, diğer sözleşmeler gibi, KVKK'da açıkça düzenlenmemekle birlikte, ilgili kişilerin rızası ile hukuka uygun olarak akdedilebilir. Hatta, KVKK m. 5 kapsamında bir sözleşmenin ifası için gerekli olması gibi bir durumun varlığı halinde rıza gerekmeksizin dahi, iki veri sorumlusu arasında kişisel verilerin işlenmesi mümkün olabilir.

İki veri sorumlusu arasında kurulan kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinde her iki taraf da yasal yükümlülüklerle riayet ederek ilgili kişilerin kişisel verilerini işleme borcu altına girer. Bu durumda, verilerin işleme faaliyetinden her iki veri sorumlusu da KVKK m. 12 uyarınca müteselsil olarak sorumlu olacaktır. Kusur olup olmadığı gözetilmeksizin, bir zarar meydana geldiğinde, ilgili kişilere karşı her iki veri sorumlusu da sorumlu olacaktır⁷⁰. Kusurun varlığı ise yalnızca, aralarındaki özel sözleşme ilişkisine dayanarak, veri sorumlusunun diğer veri sorumlusuna rücu imkânı noktasında kendisini gösterecektir.

2. Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

İki veri sorumlusu arasında yapılan kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesinde daha çok ilgili kişilerin verilerinin muhafazası ve aktarılması gibi veri işleme faaliyetleri söz konusu olmaktadır. Bunun yanında, tarafların birbirlerinin veri tabanlarını kullanarak ortak pazara ulaşmaları hedeflenmektedir.

Her iki veri sorumlusu olan taraf, sözleşme süresince uhdelerindeki verileri işlerken ilgili kişilerin kişisel verilerini koruma yükümlülüğü altındadır. Tarafların bu sözleşmeyle birbirlerine edim sonucunu taahhüt etmeyip edim fiilini taahhüt etmeleri söz konusudur. Dolayısıyla, iki veri sorumlusu arasında daha çok veri paylaşımı ve paylaşılan verileri koruma adına bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Gerek edim fiilinin taahhüdü gerek taraflar arasındaki güven ilişkisi göz önüne alındığında, bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerekmektedir.

⁶⁸ [https://gdpr-info.eu/art-26-gdpr/\(ET: 06.09.2022\)](https://gdpr-info.eu/art-26-gdpr/(ET: 06.09.2022))

⁶⁹ [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en,/\(ET: 06.09.2022\)](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en,/(ET: 06.09.2022))

⁷⁰ Özer Deniz, s. 258 vd.

3. Tarafların Borçları

Kişisel veri işleme sözleşmesi göz önüne alınarak, tarafların borçları veri işleme, gerekli özeni gösterme, sır saklama, ücret ödeme, masrafların ve yapılan avans ve giderlerin ödenmesi, borcun ifası sırasında veri işleme faaliyetleri kapsamında bir zarar meydana gelmiş ise bu zararların tazmini olarak belirlenebilir.

İki veri sorumlusu arasındaki veri işleme sözleşmesine vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacağından taraflar, öncelikle veri işleme faaliyetlerini şahsen ifa etmelidir. Yukarıda değindiğimiz üzere, her iki veri sorumlusu da gerekli şartlar gerçekleştiğinde alt veri işleme sözleşmesi akdedebilir⁷¹.

Veri sorumlusu, gerekli özeni gösterme borcu kapsamında, öncelikle alt veri işleme sözleşmesi akdettiğinde veri işleyen seçiminde basiretli iş adamı gibi hareket etmelidir. Ayrıca, her iki taraf da sır saklama yükümlülüğü altındadır. Bu sözleşme süresince ve sonrasında edindikleri verileri hem ilgili kişilere hem de karşı tarafa olan sorumlulukları gereği sözleşmeye aykırı olarak paylaşmamaları gerekir.

Üçüncü olarak TBK m. 508'e göre, vekil, vekâlet verene yaptığı işlerin hesabını vermek ve iş ile ilgili aldıklarını vermekle yükümlüdür. Bu borç, vekilin sadakat borcunun bir uzantısıdır⁷². Vekilin, iade ve hesap verme borcu aslen yan edim yükümlülüğüdür⁷³. Hesap verme borcu taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanır.

Hesap verme borcunun ifa şekli, zamanı ve yeri ile ilgili kanunda bir düzenleme yoktur. Hesabın açık, anlaşılabilir, kuşkuyla yer vermeyecek şekilde olması gerekir⁷⁴. Hesap vermenin zamanı taraflarca kararlaştırılabilir. Böylece, taraflar kendi aralarında belirledikleri dönemlerde periyodik olarak veya her ay başı gibi zaman dilimlerinde hesaplaşabilirler. Hesap verme borcunun ifa yeri ise TBK m. 89/3'e göre, vekâlet verenin yani veri sorumlusunun ifa zamanındaki ikametgâhı olacaktır⁷⁵. Bununla birlikte, uygulamada bunların elektronik ortamda yapıldığına da rastlanılır. Bu kapsamda, veri sorumluları veri işleme faaliyetleri hakkında birbirlerine bilgi verebilir, hesap sorabilir ve verilerin iadesini talep edebilir.

Taraflar, kişisel veri işleme sözleşmesinde ücreti sözleşme ile aralarında serbestçe belirleyebilirler. Bu belirleme, sözleşmenin başında yapılabileceği gibi sözleşmenin devamında hatta sonrasında dahi yapılabilir.

Gider ve avans ödeme borcunun özel bir görünümü olarak vekil, vekâlet veren hesabına girdiği borçtan kurtarılmalıdır. Bir hastanenin verilerini işlemek üzere anlaşılan veri sorumlusu, hastaneye veri işleme odası kurma veya bilgisayar alma gibi fiillerde bulunmuş ise veri sorumlusu

⁷¹ III. Kişisel Veri İşleme Sözleşmesinin Türleri, A. Veri Sorumlusu İle İlgili Kişi Arasındaki Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesi, 3. Tarafların Borçları başlığında belirtilmiştir.

⁷² Ürem Çetinel, Merve. *Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi*, Aristo Yayınları, İstanbul 2017, s. 93; Fellmann, Art. 400, N. 56; Eren, Borçlar Özel, s. 736. Yargıtay 13 HD T: 16.12.2019 E. 2016/25808 K. 2019/12626; Yargıtay 13 HD T: 04.07.2017 E. 2016/5040 K. 2017/8052; Yargıtay 13 HD T: 11.12.2019E. 2017/3795 K. 2019/12411, corpus.com.tr, (ET: 06.09.2022).

⁷³ Ürem Çetinel, s. 93; Fellmann, Art. 400, N. 96.

⁷⁴ Yargıtay 13. HD T: 19.11.2008 E. 2008/4706 K. 2008/13838, corpus.com.tr, (ET: 06.09.2022); Eren, Borçlar Özel, s. 735; Fellmann, Art. 400, N. 20.

⁷⁵ Ürem Çetinel, s. 96.

bu masrafları vekâlet sözleşmesi gereği karşılar. Borçtan kurtarmanın talep edilebilmesi için, borcun işin görülmesi sırasında ve işin ifası amacıyla harcanmış olması gerekir. Dolayısıyla, işin görülmesiyle alakası olmayan masraf ve harcamalar talep edilemez. Ayrıca, masraf ve giderlerin talep edilebilmesi için öncelikle kurulan sözleşmenin geçerli olması gerekir. Geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak yapılan masraflar, ancak şartlarını taşıyorsa, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilir.

SONUÇ

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi, KVKK'da açıkça düzenlenmemekle birlikte, borçlar hukukuna hâkim tip serbestisi kuralı uyarınca, tarafların iradesiyle akdedilebilir. Kanunda düzenlenmediği için isimsiz bir sözleşmedir ve adını asli edim yükümlülüğü olan kişisel veri işleme ediminden alır.

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesi taraflarına göre üç farklı türde kurulabilir. Birinci türünde, ilgili kişi ve veri sorumlusu arasında kurulur. Bu sözleşme tipine, ilgili kişilerin bazı verilerini işleme amacıyla veri sorumlusuna başvurusu veya veri sorumlusu ile aralarındaki mevcut sözleşmenin ifası amacıyla işlenmesi durumlarında rastlanılır. Bu sözleşmede edim fiili taahhüt edilmesi ve taraflar arasındaki yoğun güven ilişkisinden dolayı vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. İkinci tür ise veri sorumlusu ile veri işleyen arasında, bazı verilerin işlenmesi borcunu doğuran sözleşmedir. Bu sözleşmede, veri sorumlusu, belli bir işin yapılması konusunda veri işleyene yetki vermektedir. Veri işleyen ise işin sonucunu taahhüt etmektedir. Özellikle, anonim hale getirme, silme veya yok etme gibi işleme faaliyetlerinin borçlanıldığı bu sözleşmelerde eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Üçüncü tür ise iki veri sorumlusu arasında kurulan joint controllers sözleşmesidir. Tüzükte açıkça düzenlenmesine rağmen, KVKK'da açıkça düzenlenmeyen bu sözleşmede, iki veya daha çok veri sorumlusu veri paylaşımı başta olmak üzere çeşitli veri işleme faaliyetlerini gerçekleştirmek adına bir araya gelmektedir. Bu sözleşmede de vekalet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Her veri işleme sözleşmesi, hukuki niteliğinin ve tarafların borçlarının belirlenmesi noktasında ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira taraflara göre, veri işleme sözleşmesinin hukuki niteliği ve tarafların borçları değişmektedir.

KAYNAKÇA

Akipek Öcal, Şebnem. *Vekâlet Sözleşmeleri Kısa Şerhi*, Aristo Yayınları, İstanbul 2017.

Aksoy, Hüseyin Can. *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakları Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.

Altınok Çalışkan, Elif/ Öztürk, Bahri. “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Genel Değerlendirmeler ve Anayasaya Aykırılık Sorunu”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 100, 2018.

Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.III, 1. B, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.

- Aral, Fahrettin/ Ayranç, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Başara, Gamze Turan. “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 16, 2020, s. 57-90.
- Becker, Herman. *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Çev. Suat Dura, İstanbul 1986.
- Çekin, Mesut Serdar. *Avrupa Birliği ile Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Çelik, Nazlı Hilal. *Vekâlet Sözleşmeleri Kısa Şerhi*, Aristo Yayınları, İstanbul 2017.
- Develioğlu, Hüseyin Murat. *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Donay, Süheyl. “Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu”, *BATİDER*, C. 5, S. 4, s. 728-749.
- Dülger, Murat Volkan. *Kişisel Verilerin Korunması*, Hukuk Akademisi, İstanbul 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Fellmann, Walter. *Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht*, Band IV, Der einfache Auftrag, Bern 1992.
- Gautschi, Georg. *Berner Kommentar*, Bd. IV, Das Obligationenrecht; 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Bern.
- Gökyayla, Emre. “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, *GSÜHFD*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, S. 1, 2002, s. 785-806.
- Gültekin, Fatih. “Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu”, *TAAD*, S. 34, s. 375-403.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk-İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, Beta Basım, Ankara, 2001.
- Kurt, Leyla Müjde. *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Küzeci, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Leupold, Andreas/ Glossner, Silke. *Münchener Anwalts Handbücher Recht*, 3. Auflage 2013

- Özdemir, Hayrunnisa. *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin, Ankara, 2009.
- Özer Deniz, Miray. *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Parlak, Şafak/ Börü, Levent. “Alt Vekâlet”, *TBBD*, S. 96, s. 17-48.
- Purtova, Nadezhda. “The Law Of Everything Broad Concept Of Personal Data And Future Of EU Data Protection Law”, *Law, Innovation And Technology*, C. 10, S. 1, 2018, s. 40–81.
- Şenocak, Zarife. *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara, 2002.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Taştan, Furkan Güven. *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Tekin, Nurullah. “Kişisel Verilerin Korunması ile İlgili Türkiye’deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, 2014, s. 222-262.
- Topuz, Seçkin. *Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Gösterme Borcu*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Kırıkkale, 2001.
- Ürem Çetinel, Merve. *Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi*, Aristo Yayınları, İstanbul, 2017.
- Van Der Sloot Bart/Borgesius, Frederik Zuiderveen. “Google And Personal Data Protection”, *Information Technology and Law Series*, Vol. 22 VIII, T.M.C. Asser Press Springer, 2012.
- Vuraloğlu, Mehmet Oğuz. “Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Kişilik Hakkı İhlâlinde Kazancın Devri Talebi”, *YÜHFD*, C. XV, S. 1, 2018, s. 181-203.
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Yücedağ, Nafiye. “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, *KVKD*, C. 1, S. 1, s. 47-63.
- Şenocak, Zarife. *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2021.

Güncel Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İcra İflâs Kanunu m. 278/3-1'e İlişkin Bir Değerlendirme*

Burçin YAZICI 

Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl Hukuku Anabilim Dalı, Erzurum, Türkiye
burcin.yazici@atauni.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 28.10.2022

Kabul: 01.12.2022

Yayın: 22.01.2023

Anahtar

Kelimeler:

Adil Yargılanma Hakkı,
Tasarrufun İptali
Davası, Bağışlama,
İspat Hakkı, Varsayım.

Alacağını borçlunun hali hazırdaki malvarlığından kısmen veya tamamen karşılayamayan alacaklılar, borçlunun bazı tasarruflarının iptalini talep edebilir. İcra veya İflâs takibinden önce veya takip esnasında (tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı dönemde) borçlunun, alacaklıların haklarını ihlal eden ve şüphe uyandıran tasarruf işlemlerinin iptali, tasarrufun iptali davası ile gerçekleşir. Tasarrufun iptali davası ile amaçlanan iptali talep edilen tasarruf işleminin, talep edilen takip bakımından ve takibe dayanan alacaklının hakkını ihlal ettiği ölçüde geçersiz sayılmasıdır. Böylece tasarrufa konu mal veya hakkın paraya çevrilmesi ile elde edilen bedelden alacaklının alacağı ödenir. İptale konu edilebilen ve şüphe uyandıran tasarruflar üç kategoride ele alınır. Buna göre ivazlı tasarruflar (m. 278), acz halinde yapılan tasarruflar (m. 279) ve zarar verme kastı ile yapılan işlemler (m. 280) belirli şartların varlığı halinde iptal davasına konu edilebilir. İptale tabi tasarruflardan ivazlı tasarrufları düzenleyen İİK m. 278/3-1 bendi son dört yılda üç farklı Anayasa mahkemesi kararına konu olmuştur. Anayasa mahkemesi iptal kararlarında benzer değerlendirmeleri yaparak önce “*neseben üçüncü dereceye kadar hısımlar*” bakımından daha sonra “*karı ve koca*” bakımından ve son olarak da “*usul (üst soy) ve sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımlar*” bakımından mülkiyet hakkının, ispat hakkının ve nihayetinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. İcra İflâs Kanunu m. 278/3-1 borçluyla yakın ailevi ilişki içinde bulunan eş ve belirli hısımları ile gerçekleştirdikleri ivazlı tasarrufları bağışlama hükmünde değerlendirerek iptale tabi kılar. Kanun koyucu, borçlu ve borçluyla yakın ilişkisi içinde bulunan eş ve hısımlar arasında yapılan tasarruf işlemlerinde bir varsayımdan hareketle işlemin hukuki niteliğini değiştirmektedir. Kanaatimizce maddenin hukuki nitelendirilmesi değiştirilerek sorunun giderilmesi mümkündür. Fakat bu nitelendirme İİK m. 278/3'ün tamamı için geçerli olduğundan tüm bendin ispat hukuku bakımından yeniden ele alınması gerekir. Böylece borçluyla işleme giren üçüncü kişilere ispat hakkı tanınırken, alacaklının mülkiyet hakkının korunması da sağlanabilir.

An Evaluation On Executive Bankruptcy Law Article 278/3-1 In The Light Of Current Constitutional Court Decisions

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 28.10.2022

Accepted: 01.12.2022

Published: 22.01.2023

Creditors who cannot wholly or partially cover their receivables from the debtor's current assets may demand the cancellation of some of the debtor's savings. The purpose of the action for annulment of disposition is to render the disposition requested to be annulled

* Bu makale, “13-15 Mayıs tarihlerinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 2022” kapsamında sunulan özet bildirinin genişletilmiş hâlidir.

Keywords:

Right to Fair Trial,
Action for Annulment
of Disposition,
Forgiveness, Right of
Proof, Assumption.

invalid in terms of the requested procedure and to the extent that it violates the right of the creditor based on the proceeding. Thus, the creditor's receivable is paid from the price obtained by converting the property or right subject to savings into money. Accordingly, prudent dispositions (art. 278), dispositions made in case of insolvency (art. 279) and transactions made to cause harm (art. 280) may be subject to an action for annulment in the presence of certain conditions. EBL article 278/3-1, which regulates the burdensome dispositions subject to annulment, has been the subject of three different Constitutional court decisions in the last four years. The Constitutional Court made similar evaluations in its annulment decisions, first in terms of "relationships up to the third degree by lineage", then in terms of "husband and wife", and finally in terms of "procedural (upper line) and close relatives up to the third degree (including this degree)", concluded that the right of proof and ultimately the right to a fair trial had been violated. The legislator changes the legal nature of the transaction based on an assumption in the savings transactions made between the debtor and the spouses and relatives who are in close relationship with the debtor. In our opinion, it is possible to solve the problem by changing the legal characterization of the substance. Thus, while the right of proof is given to third parties who have entered into the transaction with the debtor, the protection of the property right of the creditor can also be ensured.

Atıf/Citation: Yazıcı, B. (2023). "Güncel Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İcra İflâs Kanunu m. 278/3-1'e İlişkin Bir Değerlendirme", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 115-132.

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

Somut norm denetimi, uyuşmazlık konusu olarak mahkemeye intikal eden kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesini amaçlayarak yürürlükteki aksak hükümlerin iptal edilmesini sağlar.¹ Anayasa mahkemesi bu denetim mekanizması ile önüne gelen uyuşmazlıklarda İİK m. 278/3-1 bendini farklı tarih ve kararlarıyla kısmi olarak iptal etmiştir. Anayasa mahkemesinin iptal kararlarından bir kısmı yürürlüğe girmiş bir kısmı ise yakın zamanda yürürlüğe girecektir. İptal kararlarının yürürlüğe girmesiyle birlikte İİK m. 278/3-1'in yeniden ele alınması, oluşan ve oluşacak hukuki boşluğun nasıl doldurulacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tasarrufun iptali davası, borçlunun belirli dönemlerde gerçekleştirdiği ve şüpheli olarak nitelendirilebilen bazı tasarruflarının aciz vesikası sahibi alacaklısı veya iflâs halinde iflâs

¹ Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 1134; Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necip. *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 546; <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/gorev-ve-yetkileri/norm-denetimi/>, (Erişim Tarihi: 25.08.2022). Konuralp, Orhan Emre. "Anayasa Mahkemesi'nin Kısmi İptal Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu m. 278'inci Maddesine Yönelik Çözüm Önerisi", *Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 43, 2019, s. 499; Değerli, Yavuz Selim. *Anayasa Yargısında Ön-Denetim*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 62; Gören, Zafer. *Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 332-333; Erdoğan, Mustafa. *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınevi, Ankara, 2018, s. 213; Batum, Süheyl / Yılmaz, Didem / Köybaşı, Serkan. *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 714.

alacaklıları tarafından, belirli şartlar altında tekrar alacaklının cebri icra sahası içine çekilebilmesine yahut iflâs masasına alınabilmesine imkân tanır.² Anayasa mahkemesinin kısmi iptal kararına konu İİK m. 278/3-1 ise borçlunun eşi ve kanunda sayılı hısımları arasında gerçekleşen tasarruf işlemlerinin iptaline yöneliktir. Söz konusu hüküm uyarınca borçlunun eşi, usul ve fûru, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar ve bu derece dâhil hısımları ile evlat edinen ile evlatlık arasındaki ivazlı tasarruflar bağışlama hükmünde sayılarak iptal davasına konu edilebilmektedir. Madde, borçlu ile borçlunun eşi ve belirli hısımları arasındaki tasarruf işlemlerinin mal kaçırma, alacaklıların alacağına kavuşmasını engelleme vb. nedenlere dayalı olarak yapıldığının üçüncü kişi konumunda bulunan alacaklı tarafından ispatlanmasının zor veya imkânsız olması nedeniyle kabul edilmiştir.³ Anayasa mahkemesi iptal kararlarının gerekçesinde ise ispat zorluğu bu kez borçlu ve borçluyla işleme giren üçüncü kişi yönünden ele alınmış ve hak ihlali kararı verilmiştir.

Anayasa mahkemesi söz konusu hükmü ilk olarak “neseben veya” yönünden 11.07.2018 tarih ve E. 2018/9, K. 2018/84 sayılı kararı⁴ ile Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Bu karar 16.12.2021 tarih ve E. 2021/52, K. 2021/97 sayılı kararı⁵ takip etmiş ve bu kararda aynı bentte yer alan “karı ve koca ile” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı hükme bağlanmıştır. Son olarak 26.01.2022 tarih ve E. 2021/9, K. 2022/4 sayılı kararı⁶ ile “usul ve”, “sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar” ibaresi Anayasa’ya aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir. Son iki kararın resmî gazetede yayınlanmasından itibaren⁷ dokuz ay sonra yürürlükten kalkacaktır.

İptal kararlarının yürürlüğe girmesi ile birlikte hükmün uygulanacağı hısımlar sadece furû (alt soy) ve evlat edinen ile evlatlık arası ivazlı tasarrufların bağışlama olarak kabul edilerek iptalinin talep edilmesi ile sınırlanacaktır. Anayasa mahkemesi kararları incelendiğinde hükmün iptale konu olmayan kısımlarının da Anayasa’ya aykırı olduğunu görmek mümkündür.⁸ Bu bakımdan İİK m.278/3-1’in bir bütün olarak iptali ile aynı hukuki nitelendirmeye tabi kılınan İİK m. 278/3-2 ve 3 bentlerinin de iptal edilebilirliğinin ele alınması gerekir.

² Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Baskı, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960, s. 325; Belgesay, Mustafa Reşit. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 4. Baskı, M. Sıralar Matbaası, İstanbul, 1954, s. 473; Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku C.II*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1738; Sarısözen, Serhat. “Tasarrufun iptali Davasının İpotek Alacaklısı ve Dördüncü Kişiyi Etkisi”, *TBB Dergisi*, S. 125, 2016, s. 232; Direnisa, Efe. “Eşler ve Yakın Akrabalar Arasındaki İvazlı Tasarrufların Bağışlama Sayılması İle İlgili İİK m. 278/3-1 Hükmüne İlişkin Bir Değerlendirme”, *İKÜHFD*, C. 19, S. 2, Y. 2020 s. 194; Kren Kostkiewicz, Jolanta. *Shuldbetreibungs-&Konkursrecht*, 3. Überarbeitete und aktualisierte Auflage, Shulthess, Zurich, 2018, s. 468; Börü, Levent. “İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı Tasarrufun İptali”, *AÜHFD*, C. 58, S. 3, Y. 2009, s. 485; Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 726; Kuru, Baki. *İcra Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1397; Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar-Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 556; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 565; Aşık, İbrahim / Oruç, Yakup / Tok, Ozan / Saçar, Ömer Faruk. *İcra ve İflâs Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 732; Cenk Akil, “Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi”, *ABD*, 2014 (3), s. 162.

³ Belgesay, s. 474.

⁴ AYM 11.07.2018 Tarih, 9/84 Sayılı Kararı, R.G. 15.11.2018, S. 30596.

⁵ AYM 16.12.2021 Tarih, 52/97 Sayılı Kararı, R.G. 22.03.2022, S. 31786.

⁶ AYM 26.01.2022 Tarih, 9/4 Sayılı Kararı, R.G. 12.04.2022, S. 31807.

⁷ Buna göre kısmi iptal kararları 22.12.2022 ve 12.01.2023 tarihlerinde yürürlüğe girecektir.

⁸ Yıldırım, Mehmet Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 680.

I. GENEL OLARAK TASARRUFUN İPTALİ DAVALARI

Haciz yolu ile takiplerde malların haczedilmesinden önce ve İflâsta, İflâs kararından önce borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmadığından tasarruf işlemler ile malvarlığını azaltması mümkündür.⁹ Bu tasarruflardan alacaklının haklarını ihlal edecek şekilde yapıldığı şüphesini taşıyanları için alacaklılara, tasarrufun iptali davası açma hakkı tanınmıştır. Tasarrufun iptali davaları İcra ve İflâs Kanunu m. 277 ve devamı maddelerinde düzenlenir. Kanun, tasarrufların iptali bakımından çeşitli sebepler öngörmüştür. İptal sebepleri İİK m. 278'de ivazsız tasarruflar, İİK m. 279'da aciz halinde yapılan tasarruflar ve İİK m. 280'de zarar verme kastı ile yapılan tasarruflar şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda belirtilen bu düzenleme tahdidi¹⁰ değildir. Alacaklı bu üç gruba giren nedenlerden birine dayansa bile mahkeme alacaklının yapmış olduğu nitelendirme ile bağlı değildir.¹¹ Bununla birlikte tasarrufun iptali sebepleri ikili bir ayırmda ele alınmakta İİK m. 278 ve m. 279 özel iptal sebepleri, m. 280 ise genel iptal sebebi olarak belirtilmektedir.¹²

Borçlunun malvarlığı üzerinde kısıtlama getirilmediği dönemde yapmış olduğu tasarrufların geçerliliği asıldır. Bu nedenle iptal davasına konu tasarruflar maddi hukuka ve takip hukukuna göre geçerlidir.¹³ Ancak üçüncü kişi durumundaki alacaklılar borçlunun başka mallarından alacaklarını karşılayamazlar ise borçlunun malvarlığını azaltıcı işlemlerinden zarar gördüğü kabul edilir. Dolayısıyla iptal davaları alacaklıların haklarının ihlal edilmesi nedeniyle talep edilir.¹⁴ İptal davaları ile geçerli bir tasarruf işlemi, şüpheli görünmesi ve bu şüpheye delalet edecek bazı şartların gerçekleşmesi nedeniyle alacaklıların haklarını zarara uğrattığı ölçüde geçersiz sayılır. Ancak buradaki geçersizlik borçlar hukuku anlamında kesin hükümsüzlük değildir.¹⁵ Tasarrufun iptali halinde malın mülkiyeti borçluya dönmekte alacaklı tasarruf işlemine konu olan mal borçlunun malvarlığındaymiş gibi hacze ve satışa konu edilmesini isteme hakkına erişmektedir.¹⁶

II. İCRA VE İFLÂS KANUNU M. 278 UYARINCA İVAZLI TASARRUFLARIN İPTAL DAVASINA KONU OLMASI

İcra ve İflâs Kanunu m. 278/1 uyarınca borçlunun hacizden, haczedilecek mal bulunmaması nedeniyle aciz halinden veya İflâsın açılmasından itibaren geriye doğru iki yıl içinde yaptığı bütün ivazsız tasarrufları ve bağışlamaları batıldır. Mutad (alışlagelmiş) hediyeler ise bu kapsamın dışındadır. Örneğin borçlunun evlenme, bayram, düğün vb. durumlarda verdiği hediyeler iki yıllık

⁹ Necmettin Berkin, *İflâs Hukuku*, Fakülteler Matbaası, 4. Baskı, İstanbul, 1972, s. 490; Ansay, s. 325; Belgesay, s. 473; Muşul, s. 1738; Sarısözen, s. 232; Direnisa, s. 194; Börü, s. 485; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 726; Kuru, s. 1397; Arslan / Yılmaz / Taşpınar-Ayvaz / Hanağası, s. 556; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin-Özkan / Özekes, s. 565; Akil, s. 162.

¹⁰ Kuru, s. 1398; Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 25; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 728.

¹¹ YHGK, 25.11.1988, E. 1987/15-380, K. 1987/872, Kuru, s. 1398; Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra, s. 728.

¹² Erdönmez, Güray. *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Lexpera, dinamik kitap); Direnisa, s. 195.

¹³ Arslan / Yılmaz / Taşpınar-Ayvaz / Hanağası, s. 558.

¹⁴ Yıldırım / Deren Yıldırım, s. 671; Kuru, s. 1398; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 557; Atalı / Ermenek / Erdoğan, İcra, s. 726.

¹⁵ Aşık / Oruç / Tok / Saçar, s. 732; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 671.

¹⁶ Atalı / Ermenek / Erdoğan, İcra, s. 726.

zamansal süre kapsamında yer alsın da iptal kapsamında yer almaz. Nitekim bu bağışlamaların kültürel ve ahlaki amaçlı olup mal kaçırma iradesi taşımadığı kabul olunur. Verilen hediye alışılagelmiş bir uygulama olup olmadığı ise somut olaya göre değerlendirilir.¹⁷

Aynı maddenin üçüncü bendinde borçlunun bazı ivazlı tasarruflarının ivazlı olmasına rağmen birinci bent hükmünde sonuç doğuracağı yani bağışlama sayılarak iptal davasına konu edilebileceğine yer verilmiştir. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3 kapsamındaki tasarruflar;

1. Borçlunun eşi, alt soyu, üst soyu, sıhri hısımlarından üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımları ve evlatlık ilişkisi içinde bulunduğu kişi ile yaptığı ivazlı tasarruflar;

2. Sözleşmenin yapıldığı sırada, tasarrufa konu olarak verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak çok düşük bir fiyat kabul ettiği sözleşmeler;

3. Borçlunun kendisine veya üçüncü bir şahıs menfaatine kaydı hayat şartıyla irat ve intifa hakkına yönelik sözleşmeler ile ölünceye kadar bakma sözleşmeleri.

Bu tasarrufların hacizden, aciz halinden veya İflâs kararından önceki iki sene içinde gerçekleşmiş olması önemlidir. Bu süre zarfından önce gerçekleşmiş bir ivazlı tasarruf bent kapsamındaki unsurları taşısa dahi iptali talep edilemez.¹⁸ Bu işlemler görünürde ivazlı olmalarına karşı kanun koyucunun ivazsız olarak nitelendirdiği tasarruflardır.¹⁹ Bir ivazlı tasarrufun bağışlama sayılarak iptal edilmesi alacaklı tarafa ispat kolaylığı sağlanması amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir.²⁰ İptal davalarında borçlu ve borçluya hukuki işleme katılan üçüncü kişiler arasındaki işlemlerin mal kaçırma amacıyla yahut alacaklılara zarar verme kastıyla yapılmadığını tasarruf işleminin tarafı olmayan alacaklının bilmesi veya ispatlaması kolay değildir. Nitekim kanun, alacaklının menfaatini, malı borçludan bedelsiz olarak iktisap eden kişinin menfaatine nazaran üstün tutmuştur.²¹ Ancak güncel Anayasa mahkemesi iptal kararları doğrultusunda kanun koyucunun üstün tuttuğu menfaati yeniden belirlemesi gerekir.

III. İCRA VE İFLÂS KANUNU M. 278/3-1'İN KAPSAMI VE AMACI

İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1, borçlu ve borçluya belirli yakınlık dereceleri içinde bulunan kişiler arası tasarrufların iptalini öngörürken amaçlanan madde kapsamında yer alan kişilerin borçluya muvazaalı bir işleme başvurabilecekleri düşüncesidir.²² Madde kapsamında yer verilen kişiler ile borçlunun gerçekleştireceği işlemlerdeki tasarruf iradesinin üçüncü kişi konumundaki alacaklı tarafından bilinmesinin yahut ispatlanmasının mümkün olmayacağı düşüncesiyle ivazlı tasarruf bağışlama olarak kabul edilmiş ve tasarrufa konu mal veya hak üzerinde alacaklıya haciz ve satış isteme yetkisi tanınmıştır. Söz konusu bent uyarınca alacaklının zarar görüp görmediği, ivazın gerçek değerine yakın bir değerde olup olmadığı yahut tasarrufun alacaklılar lehine olup olmadığı değerlendirilmeksizin iptale tabi kılınmıştır.²³

¹⁷ Belgesay, s. 479.

¹⁸ Berkin, s. 507; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 568.

¹⁹ Atalı / Ermenek / Erdoğan, İcra, s. 731; Muşul, s. 273.

²⁰ Direnisa, s. 192.

²¹ Belgesay, s. 479; Berkin, s. 507; Arslan / Yılmaz / Taşpınar-Ayvaz / Hanağası, s. 559.

²² Ansay, s. 325; Kuru, s. 1404; Arslan / Yılmaz / Taşpınar-Ayvaz/ Hanağası, s. 559.

²³ Direnisa, s. 192.

Hükmün tarihi gelişimine bakıldığında da benzer saikle hareket edildiğini görmek mümkündür. Söz konusu hüküm 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almamış, 1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda ilk olarak düzenlenmiştir. İlk düzenleme kapsamında yer alan borçluya yakın kişiler ise ana baba, evlat ve karı ile koca olarak belirlenmiştir.²⁴ Kanun gerekçesinde karı ile koca ve bazı hısımlar arasındaki ivazlı tasarrufların şüpheli olduğu ve ivazlı görünen bu işlemlerin aslında hile veya muvazaa iradesi taşıdığı ve bu durumun alacaklı bakımından ispat edilmesinin güç olduğu belirtilmiştir.²⁵ Bu düzenlemeden sonra iki ayrı kanun değişikliği ile hükmün kapsamının genişletildiği görülür. İlk değişiklik 1965 yılında 538 sayılı kanun²⁶ ile gerçekleşmiş ve hükmü “*neseben ve sıhren ikinci dereceye kadar hısımlar ile evlat edinenle evlatlık*” da dâhil edilmiştir. Madde gerekçesinde mevcut hükmün bu haliyle yetersiz kaldığı ve hükmün bazı hısımları da kapsar şekilde genişletilmesi ihtiyacı doğduğu belirtilmiştir.²⁷ İkinci düzenleme 1988 tarihli 3494 sayılı kanunla²⁸ gerçekleşmiş bu değişiklikle hükmün kapsamı daha da genişlemiş ve hısımlık dereceleri üçüncü dereceye çıkarılmıştır.²⁹

IV. İCRA VE İFLÂS KANUNU M. 278/3-1'İN UYGULANMASINA İLİŞKİN ESASLAR

İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1 uyarınca tasarrufun iptal edilebilmesi için ivazlı olması gerekir. İvazsız tasarruflar İİK m. 278/1 uyarınca iptale tabidir. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1'e göre iptal davası açılabilmesi için başlatılan takibin kesinleşmiş olması, alacağın bir kısmının veya tamamının karşılanamamış olması ve tasarruf işleminin alacağın doğumundan sonra gerçekleşmiş olması aranır. Bu halde ivazlı tasarrufun İİK m. 278/3-1 uyarınca bağışlama sayılarak iptale konu edilebilmesi için ayrıca iki koşulun daha gerçekleşmesi aranır. Birincisi ivazlı bir tasarruf olarak görülen işlemin madde kapsamında yer alan kişilerle borçlu arasında gerçekleşmiş olmasıdır. İkinci koşul ise zaman yönündendir. Buna göre şüpheli tasarrufun, iptali talep eden alacaklının alacağının doğduğu tarihten sonra ve hacizden, hacedilecek mal bulunamaması nedeniyle aciz halinden veya İflâsın açılmasından geriye doğru iki yıl içinde ifası³⁰ gerekir. Bu iki koşulun gerçekleşmesi ivazlı tasarrufun bağışlama hükmünde sayılması ve iptale konu edilmesi için yeterlidir. Ayrıca zarar verme kastıyla hareket edilmiş, borçlunun kötü niyetli olması yahut borçlunun borca batık olduğunun bilinmesi aranmaz.³¹

İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1 kapsamında borçlu ile tasarruf işlemini gerçekleştiren karşı tarafın kanunda belirtilen kişilerden biri olması gerekir. Aşağıda belirtilen Anayasa mahkemesi iptal kararlarından önce madde kapsamındaki kişiler; “*karı- koca, alt soyu, üst soyu, üçüncü dereceye kadar neseben ve sıhren hısımları ile evlat edinen yahut evlatlığı*” şeklindeydi. Ancak bent kapsamında ilk olarak “*neseben üçüncü dereceye kadar hısımlar*” a ilişkin kısmı daha sonra,

²⁴ Direnisa, s. 196.

²⁵ Direnisa, s. 196, dn. 13

²⁶ “538 sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun”, 06.03.1965, Resmi Gazete, S. 11946.

²⁷ Direnisa, s. 196, dn. 15.

²⁸ “3494 İcra ve İflâs Kanunu n Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 Sayılı Bankalar Kanununun İki maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun”, 25.11.1988, Resmi Gazete, S. 20000.

²⁹ Direnisa, s. 196, dn.17.

³⁰ Berkin, s. 508; Direnisa, s. 197.

³¹ Berkin, s. 507; Direnisa, s. 192.

“karı ile koca” ibaresine ilişkin kısmı ve son olarak “usul ve...” ve “sıhren üçüncü dereceye kadar hısımlar” kısmına yönelik iptal kararları verilmiştir. İptal kararlarının yürürlüğe girmesinden sonra hükmün uygulanacağı hısımlar “alt soy ve evlatlık ile evlat edinen” ile sınırlı olacaktır.

V. İCRA VE İFLÂS KANUNU M. 278/3-1 HÜKMÜNE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARLARI

Borçlu ve borçluyla yakın ilişki içinde bulunan eş ve belirli hısımları arasındaki ivazlı tasarrufların bağışlama sayılacağı ve buna bağlı olarak iptal edileceklerine ilişkin İİK m. 278/3-1 hükmü somut norm denetimi ile Anayasa mahkemesi kararlarına konu olmuş ve hüküm belirli yönlerden iptal edilmiştir. Tarih sırasına göre hükmün iptal edilen kısımları ve gerekçeleri kısaca şu şekildedir;

A. 11.07.2018 Tarih ve 2018/9 Esas 2018/84 Karar Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı³²

İptal başvurusu Bursa 7. Asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılmış, başvuruda İİK m. 278/3-1 ve 2’de yer alan düzenlemenin Anayasa’nın 2, 10, 13, 35 ve 36. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Başvurucu tüm maddeye yönelik iptal talebinde bulunsa da başvurucu taraf borçlunun kardeşi olduğundan inceleme söz konusu maddenin “neseben veya” kısmıyla sınırlı tutulmuştur.

Anayasa mahkemesi İİK m. 278/3-1 hükmünü, adil yargılanma hakkı ve özellikle mülkiyet hakkı bakımından değerlendirmiştir. Mülkiyet hakkı bakımından yapılan değerlendirmede mülkiyet hakkının AY m. 35/son uyarınca toplum yararına aykırı kullanılamayacağı ve devletin bu kullanımı düzenleme yetkisini haiz olduğu belirtilmiştir. Mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir bir haktır. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1 de yer alan hüküm ile borçlunun sahip olduğu mülkiyet hakkı alacaklılarının haklarını ihlal etmesi sebebiyle kanunla sınırlandırılmıştır. Ancak Anayasa m. 13 uyarınca temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ciddi ölçüde zorlaştıran hakkı ortadan kaldıran veya kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar hakkın özüne dokunur (AY m. 13).³³

Anayasa mahkemesi İİK m. 278/3-1 ile düzenlenen yaptırımın borçlu ve borçluyla işleme giren bent kapsamındaki kişilerin mülkiyet haklarının özüne dokunması nedeniyle hak ihlali kararı vermiştir. Bilindiği üzere tasarrufun iptali davaları şahsi davalardır.³⁴ Bu dava neticesinde tasarruf işlemi geçerli kalmaya devam eder. Bununla birlikte iptal davası lehine sonuçlanan taraf, iptale konu edilen tasarrufun haczedilerek paraya çevrilmesini ve elde edilen para ile alacağının ödenmesi imkânına kavuşur. Tasarruf işleminin diğer tarafı olan üçüncü kişi alıcı tüm bu işlemlere katlanmakla yükümlü kılınmıştır. İşte iptal kararında bu katlanma yükümlülüğü ele alınarak borçlu ve üçüncü kişinin mülkiyet hakkına ihlal niteliği taşıdığı ifade edilmiştir.³⁵

³² AYM, T. 11.07.2018, 9/84 Sayılı Kararı, R.G. 15.11.2018, S. 30596.

³³ AYM T. 11.07.2018, 9/84 Sayılı Kararı, par. 21.

³⁴ Berkin, s. 495; Tuncer-Kazancı, İdil. “ Bir Yargıtay Kararı Işığında Eşlerin Anlaşmalı Boşanma İle Alacaklılarından Mal Kaçırımlarının Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi Sorunu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:6 Sayı 2, 2015, s. 406.

³⁵ “... Ancak iptal davası lehine sonuçlanan alacaklı tasarruf konusu malı haczettirerek satış bedelinden alacağını alma hak ve yetkisine sahip olduğundan tasarruf işleminin karşı tarafını oluşturan üçüncü kişi cebri icra işlemlerine

Aynı kararda adil yargılanma hakkı bakımından da ihlal kararı verilmiştir. Zira söz konusu hüküm ile borçlu ve neseben üçüncü dereceye kadar hısımları arasındaki ivazlı tasarruflar hiçbir koşula bağlı tutulmaksızın ve aksinin iddia ve ispatı mümkün olmaksızın bağışlama olduğu kabul edilir. Hal böyle olunca borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ivazlı işlemin gerçekliği yahut elde edilen ivazın alacaklılara sağladığı katkı vb. etmenler incelenmeksizin bağışlama sayılarak iptale tabi tutulması Anayasaya aykırıdır. Anayasa mahkemesi iptal gerekçesinde bu hususu ölçüsüz müdahale olarak değerlendirmiştir. Zira mülkiyet hakkına gerçekleşen müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında gözetilmesi gereken denge malik aleyhine bozulmakta amaç ile kullanılan araç arasında orantısızlık oluşmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu m 278/3-1 her ne kadar borçlunun mal kaçırması ve alacaklılarının takiplerinin sonuçsuz kalmasını önleme amacıyla getirilmiş bir müdahale olmakla birlikte ekonomik dengeyi sağlama, toplumsal barışı ve adaleti sağlamaya hizmet eden bir hüküm olduğu göz ardı edilemez bir gerçektir. Dolayısıyla hükmün kamu yararına hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Bununla beraber iptale konu kural kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengeyi bozmak suretiyle mülkiyet hakkı ve hak arama özgürlüğünü ölçüsüz bir şekilde kısıtlamaktadır. Bu nedenlerle hüküm Anayasa'nın 13, 35 ve 36. maddeleri yönünden iptal edilmiştir.³⁶

B. 16.12.2021 Tarih ve 2021/52 Esas 2021/97 Karar Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı³⁷

İptal başvurusu Denizli 4. Asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılmış, başvuruda İİK m. 278/3-1'de yer alan düzenlemenin Anayasa'nın 2, 10, 13, 35 ve 36. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Başvurucu iptal talebini birinci bent kapsamında “*karı ve koca ile...*” ibaresi ile sınırlamıştır. Zira somut uyuşmazlıkta kredi alacağının tahsiline engel olmak amacıyla gerçekleştirildiği iddia edilen taşınmaz pay devrinin yapıldığı tarihte karı ve koca olan davalılara yönelik tasarrufun iptali davası söz konusu olmuştur.

Anayasa mahkemesi somut norm denetimine konu İİK m. 278/3-1'de yer alan “*karı ve koca ile...*” ibaresini Anayasa madde 13, 35 ve 36'ya aykırı bulmuştur. Anayasa mahkemesinin iptal kararının gerekçesinin bir önceki Anayasa mahkemesi kararı ile aynı sebeplere dayandığı görülür. Mahkeme, iptale konu ibareyi adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir. Anayasa mahkemesi hükmü, ölçülülük ilkesi bakımından da değerlendirmiştir. Bu çerçevede mahkeme İİK m. 278/3-1'de yer alan düzenlemenin kamu yararı amacına yönelik olmasını tek başına yeterli bulmamıştır. Buna göre kamu yararını öngören bir kuralın aynı

katlanma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu bakımdan her ne kadar iptal davasının borçlunun gerçekleştirdiği tasarruf işleminin geçerliliğine bir etkisi bulunmasa da iptale konu tasarruf işleminin karşı tarafını oluşturan üçüncü kişi iptal davası sebebiyle mal varlığında meydana gelen azalmayı borçludan geri isteyebilecektir. Borçlunun henüz mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin hukuken kısıtlanmadığı bir dönemde gerçekleştirmiş olduğu tasarruf işlemlerine daha sonra malen veya nakden sorumluluğunu doğuracak şekilde sonuç bağlayan ve tasarrufta bulunulan üçüncü kişiye cebri icra işlemlerine katlanma yükümlülüğü getiren itiraz konusu kural, borçlu ve tasarrufta bulunulan üçüncü kişinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Borçlunun belirli kişilerle yapacağı ivazlı tasarruf işlemlerini bağışlama sonucuna bağlayan düzenlemenin mülkiyet hakkının kullanımının düzenlenmesine yönelik olduğu anlaşılmaktadır.” AYM T. 11.07.2018, 9/84 Sayılı Kararı, par. 25.

³⁶ AYM T. 11.07.2018, 9/84 Sayılı Kararı, par. 30-31.

³⁷ AYM T. 16.12.2021 T. 52/97 Sayılı Kararı, R.G. 22.03.2022, S. 31786.

zamanda ölçülü de olması diğer bir ifade ile Anayasa m. 13'te yer alan ölçülülük ilkesine uygun olarak düzenlenmesi de gerekir.³⁸

Hükmün özellikle karı koca arasına gerçekleşen mal kaçırma amacına yönelik tasarrufları iptal ettirebilme imkânı tanınması bakımından yerinde ve iptal davasının amacı ile bağdaşır olduğu açıktır.³⁹ Bununla birlikte önceki iptal kararında yer verildiği gibi karı koca arasındaki tasarrufları peşinen bağışlama sayan hükmün aksine bir iddia ve ispat hakkı tanımaması kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengeyi bozduğu kabul edilmiştir.⁴⁰ Bu bakımdan İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1 ile getirilen düzenlemenin amacının her ne kadar kamu yararı olduğu gözetilse de başvuru araçlarının orantısız olduğu tespiti bir kez daha vurgulanmış, İİK m. 278/3-1'de yer alan “*karı ve koca ile..*” ibaresini Anayasa'nın 13, 35 ve 36 maddelerine aykırı bulunarak iptal etmiştir.

C. 26.01.2022 Tarih ve 2021/9 Esas 2022/4 Karar Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı⁴¹

İptal başvurusu Turgutlu 1. Asliye hukuk mahkemesi, Kütahya 1. Asliye hukuk mahkemesi ve İstanbul Anadolu 19. Asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılmıştır. Başvurular İİK m. 278/3-1'de yer alan düzenlemenin somut uyuşmazlıklardaki borçlunun hısımlarına yönelik olması nedeniyle inceleme bent kapsamındaki “*...usul ve*”, “*... sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar...*” ibaresi yönünden yapılmıştır. Başvurucular bent kapsamındaki hısımlar bakımından hükmün Anayasa'nın 2, 10, 13, 35 ve 36. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa mahkemesi İİK m. 278/3-1'e ilişkin bu son kararında bent kapsamında yer alan “*...usul ve*”, “*... sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar...*” ibaresi yönünden değerlendirme yapmıştır. Anayasa mahkemesi iptal kararını mülkiyet hakkı, ölçülülük hakkı ve adil yargılanma hakkı ekseninde ele alarak hükmün ispat hakkının ölçüsüz bir şekilde sınırlanması nedenine dayandırmıştır. Bu çerçevede Anayasa mahkemesi İİK m. 278/3-1'de yer alan varsayımın borçlu ve üçüncü kişi bakımından ispat hakkı ve adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, gerekçesinde borçluyla tasarruf işlemine giren ve kanunda sayılan belirli kişilerin yapmış oldukları tasarruf işlemlerinde aksini iddia ve ispat hakkı tanımaksızın iptal edilmesini, ispat hakkının sınırlanması ve adil yargılanma hakkı ihlali niteliğinde bulmuştur.⁴² Mahkeme, borçlunun üst soyu ve sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece

³⁸ “Kuralın kamu yararı amacına dönük olması yeterli olmayıp Anayasa'nın 13. Maddesi uyarınca ölçülü olması da gerekir. Ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir”. AYM T. 16.12.2021 T. 52/97 Sayılı Kararı, par. 19.

³⁹ AYM T. 16.12.2021 T. 52/97 Sayılı Kararı, par. 19.

⁴⁰ AYM T. 16.12.2021 T. 52/97 Sayılı Kararı, par. 22-23.

⁴¹ AYM 26.01.2022 T. 9/4 Sayılı Kararı, R.G. 12.04.2022, S. 31807.

⁴² “Öte yandan kurallarda borçlunun üst soyu ile sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımları ile yaptığı ivazlı tasarrufların başka hiçbir şarta bağlı bulunmaksızın bağışlama gibi olduğu, aksinin iddiası ve ispatı mümkün olmayan bir olgu olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan tasarruf konusu malın değerinin tam olarak veya fazlasıyla ödenmiş olması, tasarruf işleminin borçlunun alacaklılarının da menfaatine bulunması, alacaklıların tasarruf işlemi dolayısıyla zarar görmemesi, alacaklıların alacağı tahsil ve cebri icra imkânlarının zorlaştırılmaması hatta kolaylaştırılması olması sonucu değiştirmeyecektir. Borçlunun üst soyu ve sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımları ile gerçekleştirileceği ivazlı tasarruflara kesin olarak bağışlama sonucu bağlayan kurallar, taraflara belirtilen hususlarda iddia ve savunmada bulunma, bu hususların ispatı yönünden delil, bilgi ve belge sunma imkanı vermemektedir”. AYM 26.01.2022 T. 9/4 Sayılı Kararı, Par. 41.

dahil) hısımları ile gerçekleştirdiği ivazlı tasarruflara kesin olarak bağışlama sonucunun bağlanmasının ispat hakkına ölçüsüz müdahale niteliğinde olduğunu bir kez daha vurgulamıştır.

Tüm bu Anayasa mahkemesi kararları nedeniyle doğacak hukuksal boşluğun doldurulması amacıyla Resmi gazetede ilan edilmelerinden başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. İlk iptal hükmü 15.11.2018 tarihinde resmî gazetede yayınlanmış ve üzerinden dokuz aylık sürede geçmiştir. Diğer iki karar resmî gazete tarihlerinin (ilk iptal kararı 22.03.2022; ikinci iptal kararı 12.04.2022) üzerinden henüz dokuz aylık süre geçmemiş olsa da mevcut hukuki boşluğun giderilmesine yönelik bir düzenleme gerçekleşmemiştir.

VI. İİK M. 278/3-1 HÜKMÜNÜN İSPAT HAKKI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ VE HUKUKİ BOŞLUĞUN DOLDURULMASINA YÖNELİK ÖNERİLER

A. İİK M. 278/3-1'in İspat Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi

Anayasa mahkemesi iptal kararlarının yürürlüğe girmesinden sonra hükmün uygulama alanı fûru ve evlat edinen ile evlatlık arası ivazlı işlemlerle sınırlanacaktır. Kanaatimizce bu hısımlar bakımından da uyuşmazlıklar söz konusu oldukça somut norm denetimi ile Anayasa mahkemesi yeni iptal kararları verecektir. Nitekim şu ana kadar verilen iptal kararlarının gerekçeleri birebir aynı niteliktedir. Maddenin iptale konu olmayan kısımlarının da aynı gerekçelerle iptale konu olabileceği anlaşılmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1'in tamamen iptal edileceği düşüncesiyle hükmün koruduğu menfaatin Anayasa mahkemesi iptal gerekçeleri doğrultusunda yeniden ele alınması gerekir.

Bir müessesenin hukuki niteliğinin belirlenmesindeki amaç, o müesseseye hangi hukuk normunun uygulanacağını tespit etmektir.⁴³ İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1 ile borçlunun eşi ve belirli hısımlarıyla yaptığı ivazlı tasarrufları bağışlama sayan hükmün hukuki niteliğinin kesin kanuni karine⁴⁴ veya varsayım⁴⁵ olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Ancak ister kesin kanuni karine ister varsayım olarak nitelendirelim her iki halde de kanunen kabul edilen olgunun aksi ispatı mümkün değildir.⁴⁶ Kanaatimizce İİK m. 278/3-1'de ortaya konulan durum bir varsayım halidir. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3 “*aşağıdaki tasarruflar bağışlama gibidir*” ifadesi ile tasarrufun hukuki niteliğine görünenden farklı bir sonuç bağlamaktadır. Bilindiği üzere varsayımlar bir takım kanuni belirlemelerdir.⁴⁷ Varsayım ile belirli bir olaya kanun gereği doğrudan bir sonuç bağlanır. Diğer bir ifade ile birbirine eşit konumda olmayan iki vakıya aynı hukuki sonuç tanınır.⁴⁸ İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1'de yer alan düzenlemede kanun belirli

⁴³ Atalı / Ermenek / Erdoğan, İcra, s. 53.

⁴⁴ Berkin, s. 507; Postacıoğlu, İlhan / Altay, Sümer. *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 545.

⁴⁵ Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 1668; Direnisa, s. 201-202; Atalı / Ermenek / Erdoğan, İcra, s. 731; İdil Tuncer Kazancı, *Tasarrufun İptali Davalarında İspat*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 135; Konuralp, s. 503.

⁴⁶ Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1668; Direnisa, s. 202; Karakaş, Fatma Tülay. “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayım”, *AÜHFD*, C. 62, S. 3, Y. 2013, s. 752-753.

⁴⁷ Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1668; Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku C. I*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 871; Atalı / Ermenek / Erdoğan, İcra, s. 731.

⁴⁸ Tanrıver, s. 870; Karakaş, s. 752; Atalay, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 475-476.

hısımlar arasında gerçekleşen ivazlı tasarrufları bağışlama ile aynı hukuki sonuca bağlayarak iptale tabi kılar. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1'de yer alan varsayım neticesinde bu durumun aksinin ispatı mümkün değildir.⁴⁹ Aleyhine kesin kanuni karine veya varsayım öngörülen tarafa (tasarrufun iptali davasında davalı konumundaki borçlu ve borçluyla birlikte işlem yapan üçüncü kişi) ispat etme hakkı tanınmaması başta adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ihlali içerir. Anayasa mahkemesi iptal kararlarının temel gerekçesi de ispat hakkının ihlal edilmesidir.

B. Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Yürürlüğünden Sonra Oluşacak Hukuki Boşluğa Yönelik Önerilerimiz

1. Mevcut Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Anayasa mahkemesinin iptal kararları çerçevesinde İİK m. 278/3-1 hükmünün borçluyla tasarruf işlemine giren üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı bakımından ihlal niteliği taşıdığını söylemek mümkündür. Borçlu ve borçluyla tasarrufu işlem gerçekleştiren eş ile belirli hısımların kanundaki varsayımın aksini ispat edebilme olanaklarının bulunması iptal kararının ana gerekçesidir. O halde yeni bir düzenleme ile borçluyla işlem yapan kişilerin tespiti ve bu kişilerin borçlunun malları üzerindeki haciz tarihinden, haczedecek mal bulunamaması halinde aciz tarihinden veya İflâsın açılmasından önceki zaman diliminde gerçekleştirdiği şüpheli tasarrufların hukuka uygun gerçek tasarruflar olduğuna yönelik delil sunma ve şüpheyi ortadan kaldırma imkânı tanınmalıdır. Ancak öncelikle kanundaki mevcut düzenlemelerin İİK m. 278/3-1'in yerini doldurup dolduramayacağı değerlendirilmelidir.

Bu noktada iki hüküm göze çarpar. İlk olarak İİK m. 278/3-2'de yer alan borçluyla tasarruf işlemine giren üçüncü kişinin malın rayiç bedelinin çok altında bir ödeme yapması halinde işlemin bağışlama sayılarak iptale tabi olması mümkündür. Ancak iptale konu birinci bent kapsamında böyle bir koşul yer almamaktadır. Yargıtay, bir tasarrufun İİK m. 278/3-2'ye dayalı iptal edilebilmesi için gerçek değer ile sözleşmede gösterilen değer arasında en az bir misli fark oluşmasını aramaktadır.⁵⁰ Bu koşulun sağlanmaması halinde tasarruf iptale konu edilemez. O halde İİK m. 278/3-2'nin uygulamasının koşula bağlı kılınması kapsayıcılığını sınırlandırmaktadır. Diğer düzenleme İcra ve İflâs Kanunu m. 280'dir. Genel iptal sebebi olarak kabul edilen İİK m. 280 uyarınca iptal talebini kabulü objektif ve sübjektif koşulların gerçekleşmesine bağlıdır.⁵¹ İcra ve İflâs Kanunu m. 280'e dayalı olarak tasarrufun iptali için borçlunun borca batık olması, onunla işleme giren üçüncü kişinin alacaklılara zarar verme kastıyla hareket etmesi aranır. Her ne kadar aynı maddenin üçüncü bendinde eşler ve belirli hısımlar bakımından zarar verme kastının var olduğu kabul edilse de hüküm hem koşulları hem zamansal genişliği bakımından İİK m.278/3-1'ile oluşacak boşluğa karşılık gelmez.⁵² Bu nedenle Anayasa

⁴⁹ Direnisa, s. 202; Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1668; Tanrıver, s. 871; Üstündağ, Saim. *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 626; Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Nemaş A.Ş., İstanbul, 2001, s. 309.

⁵⁰ Yargıtay 17 HD. T. 07.04.2011, E. 2010/11715, K. 2011/3213; Yargıtay 17 HD. T. 11.02.2019, E. 2017/5343, K. 2019/1203; Yargıtay 17 HD. T. 19.07.2007, E. 2007/2693, K. 2007/2551 (Lexpera, E.T. 27.08.2022).

⁵¹ Bkz. Erdönmez, (Lexpera, dinamik kitap).

⁵² Direnisa, s. 211. Aksi yönde Konuralp, s. 516.

mahkemesi iptal kararları ve İİK m. 278/3-1'in koruduğu hukuki menfaati de göz önünde bulundurarak yeni bir düzenlemenin içeriğinin belirlenmesi gerekir.

2. Yeni Hukuki Düzenlemenin İçeriğinin Saptanması

a. Borçlu ve Borçluyla İşleme Giren Üçüncü Kişiye İspat Hakkı Tanınması

İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1'de borçlunun devrettiği mal karşılığında gerçek bir bedel alıp almadığı araştırılmasına girileceğine yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Anayasa mahkemesi kısmi iptal kararlarının gerekçelerinde borçluya ve borçlunun eşi ile belirli hısımlarının yaptığı tasarruf işleminin gerçekliğini ve hukuka uygunluğunu ispat edebilme; bu yönde delil ikame edebilme hakkı tanınmadığı ifade edilmiştir. Yeni düzenlemede borçlu ve borçlunun belirli yakınları ile yapmış olduğu tasarruf işleminin gerçek bedeli üzerinden ve hukuka uygun bir işlem olarak gerçekleştiğine yönelik delil sunma imkânı tanınması gerekir.⁵³ İsviçre hukukunda borçluya yakın olan kişiler diğer bir ifade ile tasarruf işlemi lehine olan taraf ispat yükünü üstlenmiştir (SchKG art. 286/3).⁵⁴ İspat yükünün tasarruf işlemi lehine olan tarafa yüklenmesi ile bu kişilerin ispat hakkını kullanabilmeleri sağlanabilir.

Doktrinde Direnisa, ispat kolaylığı sağlanması amacıyla burada bir adi kanuni karinenin kabul edilmesi gerekliliğini ileri sürmüştür. Böylece alacaklı, (iki yıllık süre saklı kalmak kaydıyla) borcun doğduğu tarih ile haciz, haczedilecek mal bulunamaması halinde aciz veya İflâsın açılması tarihi arasında yakınlar arası ivazlı tasarrufun gerçekleştiğini ispat etmekle karine temelini sağlamış olacaktır. Bu halde karineyi çürütmek için ispat yükü borçlu ve üçüncü kişiye aittir. Böylece borçlu ve üçüncü kişi ispat hakkını kullanabilecektir.⁵⁵ Budak ve Karaaslan ise İİK m. 278/3 kapsamında yer alan tüm bentlerin madde kapsamından çıkarılarak gerekiyor ise muvazaa davasına konu edilmesini ileri sürmüştür.⁵⁶ Anayasa mahkemesinin iptal gerekçeleri ve İİK m. 278/3-1'in koruduğu hukuki menfaat gereği kanaatimizce madde varlığını sürdürmeli ancak lehine işlem yapılan davalılara ispat hakkı tanınmalıdır. İcra ve İflâs m. 278/3-1, Türk toplumunun gerçekleri ile örtüşen bir düzenlemedir. Maddenin iptali halinde kötü niyetli uygulamaların önüne geçilemeyeceği ve esasen faydadan çok zarar elde edileceği görülecektir. İcra ve İflâs m. 278/3-1 kapsamında yer alan üçüncü kişilere aksi ispat hakkı tanınarak madde revize edilmelidir. Burada adi kanuni karine hali gerçekleşmeli, alacaklı karine temeli olarak kanunda belirtilen süreler dâhilinde ivazlı tasarrufta bulunulduğunu iddia etmekle karine sonucundan faydalanabilmelidir. Borçluyla tasarruf işlemi gerçekleştiren yakınlar ise haciz tarihinden, mal bulunamaması nedeniyle aciz tarihinden veya İflâsın açılmasından önce yapılan tasarruf işleminin hangi ödeme araçlarıyla ödendiğini ve ödeme miktarının malın rayiç değerine yakın bir değer (ödeme tarihindeki rayiç değer) olduğunu ortaya koyması yeterli sayılmalıdır. Borçlu bakımından ise tasarruf işlemi karşılığında almış olduğu ödemeyi malvarlığında nasıl değerlendirdiğini (örneğin bir borcun ödenmesi yahut yeni bir malvarlığı değeri satın alınması vb.) ispatlaması yeterli görülmelidir. Önemli olan malvarlığından çıkardığı değere ikame olarak katılan bedeli nasıl değerlendirdiğini hayatın olağan akışına uygun bir şekilde açıklayabilmesidir.

⁵³ Atalı / Ermenek / Erdoğan, İcra, s. 732.

⁵⁴ Kren-Kostkiewicz, s. 470.

⁵⁵ Direnisa, s. 220.

⁵⁶ Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 266.

İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3'te yer alan diğer bentler içinde aynı varsayımın geçerli olduğu dikkate alındığında bu bentlerin de adi kanuni karine olarak değerlendirilmeleri birinci bent için ileri sürülen düzenleme kapsamında yer almaları gerekir. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-2'nin de ispat hakkı bakımından Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş,⁵⁷ ancak mahkeme söz konusu madde kapsamında borçlu ve tasarruf işleminin diğer tarafına kurtuluş imkânı tanındığından hareketle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa mahkemesinin bu değerlendirmesi Yargıtay'ın maddenin uygulaması bakımından benimsediği uygulama karşısında yetersiz kalmaktadır. Zira yerleşik Yargıtay içtihatlarında bir tasarrufun İİK m. 278/3-2'ye dayalı iptal edilebilmesi için gerçek değer ile sözleşmede gösterilen değer arasında en az bir misli fark oluşmasını aramaktadır.⁵⁸ Daha az fark olduğu durumlarda ise bu bendin kapsamına başvurulamaz. Tasarrufa konu edim bedeli bir mislinden daha az olduğu durumlarda iptale konu olmayacaktır. Bu bakımdan İİK m. 278/3-2 ile tanınan ispat hakkı sınırlıdır. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-2'nin varsayım hali içermesi ve edimler arası farkın bir mislinden az olması halinde ivazlı tasarrufun bağışlama sayılması, davalı konumundaki üçüncü kişinin ispat hakkını imkânsızlaştırmaktadır. Benzer şekilde İİK m. 278/3-3 kapsamında yapılan akitlerin de bağışlama kabul edilmesi davalı bakımından aksi ispatı mümkün kılmayan bir varsayım halidir.

b. Tasarruf İşleminin Diğer Tarafının Belirlenmesi

Borçluyla işleme giren üçüncü kişiler, borçlunun eşi ve belirli hısımları olarak belirlenmiştir. Bu kapsam Anayasa mahkemesinin iptal kararlarının yürürlüğe girmesinden sonra önemli ölçüde daralacaktır. Maddenin yürürlükteki hısımlar bakımından iptali gündeme geldikçe borçlunun yakınlarıyla yaptığı şüpheli devirler özel bir iptal nedeni olmaktan çıkacaktır. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1 borçlunun yakını olarak adlandırılabilir eş ve aile üyelerini zaman içinde toplumsal gelişmelere de uygun olarak belirlemiştir.

Türk hukukunda İİK m. 278/3-1 borçlunun işleme girdiği üçüncü kişileri belirlerken tek tek sayma yöntemini tercih etmiştir. İsviçre hukukunda ise borçluya yakın kişiler kavramına yer verilmekte, eşler ve belirli hısımlar arası işlemler kanunda ayrıca düzenlenmemiştir.⁵⁹ İsviçre hukukunda borçluyla şüpheli işlemlere giren üçüncü kişiler genel olarak "*borçluyla yakın ilişki içinde olan kişiler*" olarak adlandırılır.⁶⁰ Bu kişiler tek tek belirlenmemiş somut olaya göre kişilerin kimler olacağına değerlendirilmesi uygun görülmüştür.⁶¹ 1424 sayılı ilk İcra İflâs Kanunumuz da mehz İsviçre İcra İflâs Kanunu doğrultusunda eşler ve belirli hısımlar arası ivazlı işlemlere ayrıca yer vermemiştir. İcra İflâs Kanunu m. 278/3-1 bendi, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile getirilmiş ve yıllar içinde yakınlık derecesinin kapsamı genişletilmiştir. Genişlemeye yönelik kanun gerekçelerinde borçlunun yakın aile üyeleri ile gerçekleştirdiği muvazaalı işlemlerin ispatında güçlük yaşanacağı gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Bu bakımdan kanaatimizce yeni düzenlemede borçluyla yakın bağıllık içinde bulunan kişilerin kapsamının mevcut düzenleme ile aynı kalması

⁵⁷ AYM T. 11.07.2018, 9/84 Sayılı Kararı, par. 38.

⁵⁸ Yargıtay 17 HD. T. 07.04.2011, E. 2010/11715, K. 2011/3213; Yargıtay 17 HD. T. 11.02.2019, E. 2017/5343, K. 2019/1203; Yargıtay 17 HD. T. 19.07.2007, E. 2007/2693, K. 2007/2551 (Lexpera, E.T. 27.08.2022).

⁵⁹ Direnisa, s. 217; Konuralp, s. 509.

⁶⁰ Direnisa, s. 217; Konuralp, s. 509.

⁶¹ Direnisa, s. 218; Konuralp, s. 509.

gerekir. Nitekim kapsamın daraltılması kurumun amacına erişmesine engel teşkil ederken kapsamın genişletilmesi ticari hayatın güvenliliği ihlal edebilir.⁶²

c. Alacaklının Mülkiyet Hakkının Korunması Gerekliliği

Anayasa mahkemesinin iptal kararları tasarrufun iptalini talep eden alacaklının ispat faaliyetini güçleştiren bir etki doğuracaktır. Nitekim İİK m. 278/3-1'in tarihi gelişimine baktığımızda hükmün amacının alacaklının, borçlu ve borçlunun eş ve belirli hısımları arasındaki şüpheli ilişkiyi ispat edemeyeceği düşüncesi olduğu görülür. Zira Anayasa mahkemesi iptal kararında İİK m. 278/3-1 ile alacaklıya sağlanan ispat kolaylığının gerekliliğine değinmiş, borçlunun mal kaçırma çabaları nedeniyle alacaklıların tahsilde zor duruma düştüklerinin de altını çizmiştir. Bu gerekçeler ve maddenin tarihi gelişim süreci incelendiğinde İİK m. 278/3-1'in Türk toplumuna münhasır olarak gelişmiş bir düzenleme olduğu görülür. Bu sebeple hükmün varlığı ve gerekliliği tartışılmaz olup Anayasa mahkemesinin iptal kararları hakkaniyete uygun bir uygulamaya sebebiyet vermeyecektir.

Anayasa mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararları ile İİK m. 278/3-1'in uygulamaya devam eden hısımlar yönünden ileri de ortaya çıkacağı muhtemel görünen yeni iptal kararları doğrultusunda alacaklı ile borçlu ve borçluyla işleme giren üçüncü şahısların durumunun yeniden değerlendirilmesi ihtiyacı hâsıl olmuştur. Bu çerçevede iptal kararları ile İİK m. 278/3-1'in düzenleniş gayesini yeniden ele alınmakta ve alacaklı lehine olan düzenlemenin borçlu ve borçlu ile işleme giren üçüncü kişiler bakımından dengelenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Mahkeme kararlarında iptale konu hükmün kamu yararına yönelik bir düzenleme olduğunu kabul etmekle birlikte borçlu ve borçluyla tasarruf işlemine giren üçüncü kişinin mülkiyet hakkını, alacaklının mülkiyet hakkına tercih etmektedir. Esasen burada çatışan menfaatler Anayasa ile korunan temel haklardır. Bir tarafta alacaklının mülkiyet hakkı ve hak arama özgürlüğü yer alırken diğer tarafta borçlu ve üçüncü kişinin mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkı yer alır.

Bilindiği üzere tasarrufun iptali davaları, borçlunun mal ve haklarından alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen alacaklılara, borçlunun şüpheli tasarruflarla malvarlığından çıkardıkları mal ve haklarına yönelmesini ve böylece alacakların alacaklarına kavuşmasına sağlamaktır. Tasarrufun iptali davaları bu yönüyle takip hukukunda menfaat dengesinin sağlanmasına hizmet eder.⁶³ Mülkiyet hakkına müdahale muhakkak ki geçerli ve kanuni bir sebebe dayanmalıdır.⁶⁴ İcra hukukunda takibin tüm taraflarının ve hatta üçüncü kişilerinde mülkiyet hakkı korunmalıdır. Alacaklının mülkiyet hakkının korunması, borçlu tarafından ihlal edilmiş olan malvarlığı değerine yeniden kavuşmasına bağlıdır. Alacaklı, borçlusuna karşı başlattığı haciz veya iflâs yolu ile takiplerde alacağını kısmen veya tamamen karşılayamadığı durumda borçlunun şüpheli tasarrufları önem kazanır.⁶⁵ Bu noktada tarafların Anayasa ile korunan temel hakları zedelenmeden ispat faaliyetinin yerine getirilmesini sağlamakla birlikte tasarrufun iptali davalarının genel amacından uzaklaşmaması gerekir.

⁶² Drenisa, s. 218.

⁶³ Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 52; Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 234; Konuralp, s. 506.

⁶⁴ Özekes, s. 184.

⁶⁵ Drenisa, s. 193.

SONUÇ

Anayasa mahkemesi somut norm denetimi ile önüne gelen uyuşmazlıklarda İİK m. 278/3-1'de yer alan düzenlemeyi kısmi olarak iptal etmiştir. Mahkemenin çeşitli tarihlerde vermiş olduğu iptal kararları hemen hemen aynı gerekçelere dayanır. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1'in temel sorunu hukuki nitelendirmesine aittir. Madde, borçlu ve onunla işleme giren eş ve üçüncü dereceye kadar hısımları bakımından kurtuluş kanıtı getirilmesine imkân tanımaz.⁶⁶ Ancak bir hukuk sisteminde kanuni karinelere ve varsayımlara olabildiğince az başvurulmalıdır. Nitekim varsayım ve karinelere ihtiyaç duyulmakla birlikte bu durumun savunma hakkını ve dolayısıyla ispat hakkını ihlal ettiği göz ardı edilmemelidir.⁶⁷

İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-1 bendi 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile kabul edilmiş bir hükümdür. Anayasa mahkemesinin 2018 yılından bugüne kısmi olarak iptal ettiği hükmün yerine yeni bir düzenleme getirilmeli, bu düzenleme için hükmün henüz iptal edilmeyen kısımlarının somut norm denetimi ile Anayasa mahkemesi önüne gelmesi beklenmemelidir. Alacaklının mülkiyet hakkı ile borçlu ve üçüncü kişinin mülkiyet haklarının dengelenmesi için hükmün mevcudiyetini koruması ancak aksini ispata imkân tanınması gerekir. Aksinin ispatı, adi kanuni karinelere bakımından mümkündür. Adi kanuni karineye dayanan taraf (iptal davasında alacaklı) karine temelini teşkil eden olayın varlığını ispatlaması yeterlidir. Alacaklı, borçlu ile borçlunun madde kapsamındaki eş ve hısımlarının ivazlı görünen bir tasarrufta bulunduğunu ve bu tasarruf işleminin kanunun belirlediği süre içinde gerçekleştiğini ispatlaması, tasarrufun iptalini talep edebilmesi için yeterli sayılmalıdır. Bu hususun değiştirilmesi yahut yeni bir düzenlemeye gidilmesi kanun maddesiyle korunmuş hukuki menfaatin ihlaline sebebiyet verir. Aksinin kabulü halinde alacaklı muvazaalı davası (TBK m. 19) açmaktan başka bir imkâna sahip olmayacak, bu davada ise genel ispat kuralları geçerli olduğundan davasını ispatlamakla yükümlü olacaktır.⁶⁸ Bu durum ise alacaklıdan daha fazla bir ispat yükü altına girmesini beklemek olup hayatın olağan akışına da uymaz. Alacaklı tasarruf işleminin kanunun aradığı belirli kişiler ve belirli zaman dilimi içinde yapıldığını ispat etmesi halinde artık karine sonucu olarak iptal durumunun doğmaması için karşı tarafın delil ikame ederek ispat faaliyetini çürütmesi gerekir. Davalı borçlu veya onunla yakın ilişki içinde bulunan kişiler, tasarrufun muvazaalı olmadığı ve iptale konu olmaması gerektiğini ispatlamaları halinde adi kanuni karineye bağlı iptal sonucu ortaya çıkmayacaktır.

Alacaklı, borçluyla yakın ilişki içinde bulunan kişilerin haciz tarihinden, aciz tarihinden veya iflâsın açılmasından önceki iki sene içinde ivazlı bir tasarruf yaptığını ancak bu ivazlı tasarrufun muvazaalı olarak mal kaçırma gayesi ile gerçekleştiğinden hareketle tasarrufun iptalini talep edebilmeli, davalı konumundaki borçlu ve borçluya yakın olan kişiler ise bu tasarrufun hukuka uygun ve geçerli olduğunu yani şüpheli yahut muvazaalı bir işlem olmadığına yönelik delil ileri sürerek aksini ispat faaliyetini yerine getirebilmelidir. Nitekim alacaklı mal kaçırma amacı taşıyıp taşımadığını bilmediği bir tasarruf işleminin sadece belirli bir zaman diliminde (haciz tarihi, aciz tarihi ve İflâsın açılması halinde bu tarihten evvel iki sene) meydana geldiğini ispat ile yükümlü olmalıdır. Borçlu satmış olduğu mal karşılığında malvarlığına giren ivazı ne şekilde harcadığını

⁶⁶ Konuralp, s. 510; Direnisa, s. 223.

⁶⁷ Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1669.

⁶⁸ Yargıtay 1. HD. T. 26.09.2019, E. 2016/5737, K. 2016/4844; Yargıtay 1. HD. T. 02.04.2019, E. 2017/972, K. 2019/2334; Yargıtay 1. HD. T. 09.03.2020, E. 2016/17749, K. 2020/1701 (Lexpera, E.T. 15.08.2022).

hayatın olağan akışına uygun bir şekilde ispat ederse, üçüncü kişi ise yapmış olduğu malın rayicine uygun gerçek ödemeye yönelik delil ikame ederek adi karineyi çürütebilir. Böylelikle hem alacaklının menfaatleri hem de borçlu ve üçüncü kişinin ispat hakkı dengelenmiş olur.

Yeni düzenlemenin İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3 kapsamında yer alan tüm varsayım hallerini de kapsamı gerekir. Zira kurtuluş kanıtı getirilememesi veya sınırlı getirilmesi nedeniyle İİK m. 278/3-2 ve 3. bentlerinin de iptal edilmesi söz konusu olacaktır. İcra ve İflâs Kanunu m. 278/3-2'ye⁶⁹ yönelik iptal talebi 2018 tarihli Anayasa mahkemesi kararına konu olmuş, ancak mahkeme söz konusu madde kapsamında borçlu ve tasarruf işleminin diğer tarafına kurtuluş imkânı tanındığından hareketle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Fakat yerleşik Yargıtay içtihatlarında⁷⁰ söz konusu maddenin uygulamasına yönelik kabul edilmiş sınıra göre edimler arası orantısızlığın ispatı edimin gerçek değeri ile elde edilen değer arasında bir misli fark bulunması yönündedir. Bu farkın sağlanması halinde tasarrufa konu mal bağışlama sayılarak iptale konu olur. Nitekim borçlunun pek aşağı bir bedel kabul ettiğini bilmesi veya bilebilir olması yahut tasarruf işleminin karşı tarafı olan üçüncü kişinin kötü niyetli olması aranmaz.⁷¹ Dolayısıyla hükme bağlanan yaptırımın uygulanması diğer bentlerden farklı olarak bir şarta bağlanmışsa da varılan sonuç aynıdır.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. “Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi”, *ABD*, 2014 (3), ss. 159-201.
- Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Nemaş A.Ş., İstanbul, 2001.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Baskı, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960.
- Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar-Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Aşık, İbrahim / Oruç, Yakup / Tok, Ozan / Saçar, Ömer Faruk. *İcra ve İflâs Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Atalay, Oğuz, Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Batum, Süheyl / Yılmaz, Didem / Köybaşı, Serkan. *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2021.

⁶⁹ AYM T. 11.07.2018, 9/84 Sayılı Kararı, par. 38; Berkin, s. 507.

⁷⁰ Y. 17 HD. T.06.10.2020, E. 2020/1275, K. 2020/5099; Y. 17 HD. T. 13.10.2014, E. 2013/5114, K. 2014/13158; Y. 17 HD. T. 24.10.2017, E. 2015/6977, K. 2017/9563 (lexpera.com.tr, E.T. 12.08.2022).

⁷¹ Kuru, s. 1405.

- Berkin, Necmettin, *İflâs Hukuku*, Fakülteler Matbaası, 4. Baskı, İstanbul, 1972.
- Börü, Levent. “İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı Tasarrufun İptali”, *AÜHFD*, C. 58, S. 3, Y. 2009, ss. 481-538.
- Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.
- Çiftçi, Pınar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010
- Değerli, Yavuz Selim. *Anayasa Yargısında Ön-Denetim*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Direnisa, Efe. “Eşler ve Yakın Akrabalar Arasındaki İvazlı Tasarrufların Bağışlama Sayılması İle İlgili İİK m. 278/3-1 Hükmüne İlişkin Bir Değerlendirme”, *İKÜHFD*, C. 19, S. 2, Y. 2020, ss. 191-228.
- Erdoğan, Mustafa. *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınevi, Ankara, 2018.
- Gören, Zafer. *Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Güray Erdönmez, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, On İki Levha Yayıncılık, 2017, (lexpera dinamik kitap)
- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/gorev-ve-yetkileri/norm-denetimi/>, (Erişim Tarihi: 25.08.2022).
- Karakaş, Fatma Tülay. “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayım”, *AÜHFD*, C. 62, S. 3, Y. 2013, ss. 729-760.
- Konuralp, Orhan Emre. “Anayasa Mahkemesi’nin Kısmi İptal Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu m. 278’inci Maddesine Yönelik Çözüm Önerisi”, *Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 43, 2019, ss. 497-517.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta. *Shuldbetriebs-&Konkoursrecht*, 3. Überarbeitete und aktualisierte Auflage, Shulthess, Zurich, 2018.
- Kuru, Baki. *İcra Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku C.II*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Özekes, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2022.
- Postacıoğlu, İlhan / Altay, Sümer. *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Sarısözen, Serhat. “Tasarrufun iptali Davasının İpotek Alacaklısı ve Dördüncü Kişiye Etkisi”, *TBB Dergisi*, S. 125, 2016, ss. 231-262.

Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku C.I*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Tuncer-Kazancı, İdil. *Tasarrufun İptali Davalarında İspat*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Tuncer-Kazancı, İdil. “Bir Yargıtay Kararı Işığında Eşlerin Anlaşmalı Boşanma İle Alacaklılarından Mal Kaçırımlarının Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi Sorunu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:6 Sayı 2, 2015, ss. 401-423.

Üstündağ, Saim. *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

Yıldırım, Mehmet Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Emevîlerde Siyasi Otoritenin Meşruiyet Araçları ve Bazı Hukuk Kurumlarına Etkileri

Serhan YILDIRIM 

Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Adana, Türkiye
İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi
serhanyildirim@cu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 08.11.2022
Kabul: 02.02.2023
Yayın: 08.02.2023

Anahtar

Kelimeler:

Emevîlerde Siyasi
Otorite, Saltanat,
Ulema, Fetva, Hile-i
Şer'iyeye.

İslam'ın dördüncü halifesi olan Hz. Ali'nin halifeliği süresince Müslümanlar arasında güç mücadelesi, iç karışıklıklara yol açmıştı. Hz. Ali'nin katledilmesiyle birlikte, din anlayışı Emevî siyasi otoritesinin güdümünde kurumsallaşmaya evrildi. Emevîlerin baskıcı siyasi iradesi, kuruluş aşamasında ve sonrasında otoritesini sağlamlaştırmak ve güçlendirmek saikiyle dinî kurumlara müracaat etti. Siyasi otorite, dinî meşruiyet aracı olarak Kur'an'dan ayetler ve mevzu hadisler temelinde ortaya koyulan fetvaları kullandı. Kur'an ayetleri genellikle itikadi meşruiyet aracı olarak kullanılırken; mevzu hadisler Emevîlerin kuruluş safhasında otoriteyi sağlamlaştırmak amacına matuftu. Siyasi otorite ekseriyetle mali açıdan ihtiyaç sahibi olan ulemeden kimselere makam ve maddi destek vererek onları tahakkümü altına aldı. Akabinde otoritenin yanında konumlanan söz konusu alimler, fetva vermek suretiyle dinî meşruiyeti görünürde sağladı. Burada bir taraftan fetva kurumu resmileşmeye doğru giderken diğer taraftan siyasi iradenin hukuka etkileri kalıcı olma yolunda seyretti. Hiyel, diğer bir tabirle hile-i şer'iyeye örneği teşkil eden *eymânü'l-bey'a* veya *el-bey'atü'l-Haccâciyye* ile mühtedi zimmeden cizye alınmaya devam edilmesi uygulamalarına ve evlilikte kefâet kurumuna bu dönemde rastlanmaktadır.

The Legitimacy Tools of Political Authority and Its Effects on Some Legal Institutions in Umayyads

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 08.11.2022
Accepted: 02.02.2023
Published: 08.02.2023

Keywords:

Political Authority In
The Umayyads,
Sultanate, Ulama,
Fatwa, Hile-i Şer'iyeye.

During the khilafat of Ali, the fourth caliph of Islam, power struggle among Muslims led to an internal turmoil. With the murder of Ali, the understanding of religion underwent into a process of institutionalization under the guidance of Umayyad political authority. The oppressive political will of the Umayyads appealed to religious institutions with the aim of consolidating and strengthening their authority during and after the establishment. The political authority used fatwas based on verses from the Qur'an and fabricated (mevzu) hadiths as a means of religious legitimacy. While the verses of the Qur'an were generally used as a means of legitimacy, fabricated hadiths were aimed at consolidating the authority of the Umayyads during their establishment. The political authority dominated the ulama, who were mostly in financial need, by giving them authority and financially supporting them. Subsequently, the scholars in question, who positioned themselves on the side of the authority, provided a seemingly religious legitimacy by issuing fatwas. Here, while the institution of fatwa was in the course of officialization, on the other hand, the effects of political will on the law were perpetuated. Hiyel, in other words, the practices of *eymânü'l-bey'a* or *el-bey'atü'l-Haccâciyye*, which is an example of *hile-i şer'iyeye*, and the practice of continuing to take the *jizya* from the convert dhimmi and the institution of *kefâet* in marriage are encountered in this period.

Atıf/Citation: Yıldırım, S. (2023). "Emevîlerde Siyasi Otoritenin Meşruiyet Araçları ve Bazı Hukuk Kurumlarına Etkileri", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 133-150.

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

Hız. Peygamber'in vefatından hemen sonra Müslümanların en önemli gündemi kimin halife olacağıydı. Kısa sürede Hız. Ebubekir halife seçildi. Böylece Hulefâ-i Raşidîn (dört halife) dönemi (632-661) başlamış oldu.¹ Dört halife döneminde genel olarak yönetimde dinî meşruiyet sorunu yaşanmadığı² ifade edilmekle birlikte Hız. Ebubekir'in seçilmesinden³ Hız. Ali'ye değin siyasi otoriteye itaat etmeyenlerin bulunduğunu, dolayısıyla iç karışıklık neticesinde toplumsal savaşların yaşandığını ifade etmeliyiz.⁴ Ancak bu dönemde siyasi otorite toplum üzerinde herhangi bir baskı aracı kullanmayıp, icraatlarını eleştiriye açık kıldı ve meşruiyet aracı olarak dini istismar etme gibi tasarruflardan uzak durdu. Ayrıca halifeler, siyasi tasarruflarından dolayı herhangi bir dinî-hukuki muafiyeti haiz değillerdi. Bütün tasarruflarından mesuldüler.

İslam toplumunda yaşanan iç savaş neticesinde kurulan Emevî saltanatı ile dört halife dönemi sona ermiş oldu. Emevîlerin kurucusu Muaviye b. Ebu Süfyan (ö 60/680)⁵ dördüncü halife Hız. Ali döneminde Şam valisiydi. O dönemde de siyasi iradenin birçok tasarrufuna muhalefet etmekteydi. Nitekim Hız. Ali halife olunca kendinden önceki halife Hız. Osman'ın tayin ettiği valileri azledip yerine yeni kişiler atadı. Muaviye de halife Hız. Ali'nin bu tasarruflarını tanımayarak onun hilafetinin meşruiyetini kendince tartışmaya açmış oldu. Hız. Ali'ye biat etmeyen Muaviye, İsrâ suresindeki 33. ayete atıfta bulunarak kendisini Hız. Osman'ın varisi ilan etti. Ayrıca Hız. Ali'den üçüncü halife Osman'ın katillerini bulup cezalandırmasını talep etmekteydi.⁶ Bu ayrılıklar İslam toplumunu iç savaşa kadar sürükleyerek, Sıffin Savaşıyla neticelendi. Savaştan sonra yaşanan hakem olayı da Muaviye'nin lehine sonuçlandı. Hız. Ali'nin hariciler tarafından katledilmesinden sonra, oğlu Hasan hilafet görevini siyasi açıdan güçlü

¹ Özkan, Mustafa. *Emevîler Döneminde İktidar-Ulemâ İlişkisi*, 2. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2015, s. 22, 85-86; Lewis, Bernard. *İslam'ın Siyasal Dili*, Çev. Fatih Taşar, Rey Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 62, 70-73; Goldziher, Ignaz. *İslam Kültürü Araştırmaları*, C. II, Çev. Mehmed Said Hatiboğlu, Cihad Tunç, 2. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2019, s. 91-93; Arnold, Thomas W. "Halife", *İA*, C. 5/1, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1987, s. 149; Azimli, Mehmet. *Halifelik Tarihine Giriş (Başlangıçtan IX. Asra Kadar)*, Öykü Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 4-7.

² Özkan, 2015, s. 24.

³ Hamidullah, Muhammed. *İslam Peygamberi*, C. II., Çev. Salih Tuğ, Yeni Şafak, 2003, s. 1106, 1110-1112; Hatiboğlu, Mehmet Said. *İslami Tenkid Zihniyeti ve Hadis Tenkidinin Doğuşu*, 2. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2016, s. 66.

⁴ Akbulut, Ahmet. *Sahabe Dönemi İktidar Kavgası: Alevi Sünni Ayrışmasının Arka Planı*, 5. Baskı, Otto, Ankara, 2017, s. 147-250.

⁵ Aycan, İrfan. *Saltanata Giden Yolda Muaviye Bin Ebî Süfyan*, 4. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2014, s. 144, 152; Aycan, İrfan. "Muaviye bin Ebu Süfyan", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 30, 2005, s. 333; Aycan, İrfan. "Saltanata Giden Yolda Muaviye b. Ebî Süfyan", *İslâmî Araştırmalar*, C. 4, S. 2, 1990, s. 143; Özkan, 2015, s. 27.

⁶ İsrâ 17/33 meali şöyledir: "Ve yine sakın, haklı bir gerekçeye dayanmaksızın, Allah'ın dokunulmaz kıldığı cana kıymayın. Bu konuda, haksız yere öldürülen kimsenin velisine [adil bir karşılıkta bulunma] yetkisi tanımışsınız; ama hal böyle de olsa, bu kişi [karşılıkta] bire bir sınırını sakın aşmayın. [Maktule gelince,] o, şüphesiz, [Allah tarafından] yardıma layık görülmüştür!" Muaviye bu ayete dayanarak Osman'ın tabii velisi olduğunu iddia etmişti. Ona göre Osman kendisini vali olarak tayin etmiş ve azletmemişti. Bu propaganda ile Suriye civarından epey destek aldığı ifade edilmektedir. Ancak zikredilen ayetin Muaviye ile bir ilgisi olmadığı, kasten öldürülen Osman'ın mirasçılarının yaşayan çocukları olduğu ifade edilmektedir. Bu bakımdan Muaviye bilerek ya da bilmeyerek söz konusu ayeti kendi lehine yorumlayarak Osman için kısas talep edebileceğini kendinde olduğunu ileri sürüyordu. Muhammed Esed. *Kur'an Mesajı (Meal-Tefsir)*, Çev. Cahit Koytak/Ahmet Ertürk, 8. Baskı, İşaret Yayınları, İstanbul, 2013, s. 470; Aycan, 2014, s. 146; Özkan, 2015, s. 25; Onat, Hasan. *Emevîler Devri Şii Hareketleri ve Günümüz Şiiliği*, TDV Yayınları, Ankara, 1993, s. 134.

konumda bulunan Muaviye'ye teslim etmek zorunda kaldı.⁷ Böylelikle İslam tarihinde din-hukuk anlayışı bakımından yeni bir dönem başlamış oldu.⁸

Dört halife döneminden sonra, siyasi otoriteyi elinde bulunduran Emevîler, sadece yönetme gücünün kendilerine tevdi edildiğini değil yönetme gücünün kendilerinin bir hakkı olduğunu iddia ettiler. Bunun neticesinde, siyasal pragmatizmi bir şekilde meşrulaştırarak toplumda kabul görmeye çalıştılar. Emevîler için en sarsılmaz meşruiyet kaynağı din idi. Dinî meşruiyet de ancak ulemanın genel anlamda desteğini alarak sağlanabilirdi. Ulemanın desteği genellikle fetva vermek suretiyle gerçekleştirilmiştir.⁹ Bundan başka uydurma hadisler ve kelim doktrinleri ile meşruiyet zemini sağlanmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmada monografik ve sair kaynaklardan istifade edilerek, Emevî saltanatının meşruiyet araçları, din-siyaset ilişkisi bağlamında ele alınmıştır. Ayrıca din-siyaset ilişkisinin bazı hukuk kurumlarına etkilerine de yer verilmiştir. Siyasi otoritenin meşruiyet araçları; uydurma hadisler, kelim doktrinleri ve fetva kurumu temelinde açıklanmaya çalışılmıştır. Siyasi otoritenin din anlayışının hukuk kurumlarına etkileri ise hile-i şer'iyeye örnek teşkil eden *el-bey'atü'l-Haccâciyye* ile mühtedi zimmeden cizye alınması uygulamaları ve evlilikte kefâet kurumu bağlamında irdelenmiştir.

I. HADİS UYDURMA YOLUYLA MEŞRUIYET ARAYIŞLARI

Müslümanlar arasında iç kargaşanın, ayrılıkların yoğunlaştığı Hicri 40'lı yıllar siyasi amaçlı hadis uydurma faaliyetlerinin arttığı ve bunların siyasi meşruiyet amacıyla kullanılmaya başlandığı tarihtir.¹⁰ Emevîler gerek kuruluş aşamasında gerekse devamında siyasi otoriteye dinî bir meşruiyet zemini sağlamak için uydurma (mevzu) hadisleri yaymaya çalıştı. Bunlardan bir kaçını örnek vermek gerekirse: “Hilafet Medine’de, hükümdarlık ise Şam’dadır”, “Fitne koptuğu zaman imam Şam’dadır”, “Başımın altından nurdan bir direğin çıktığını, o direğin Şam’a varıp yerleştiğini gördüm”.¹¹ Böylece Muaviye'nin valisi olduğu Şam'ı kutsal göstererek kendilerine dinî bir temel oluşturmaya çalıştılar. Ayrıca Muaviye kılıç zoruyla aldığı yönetim yetkisini kendi şahsında meşrulaştırmaya çalışmaktaydı. Bunu da kendisinin vahiy katipliği görevini ifa etmesi, Hz. Peygamber ile kayın hısımlığının bulunması (kız kardeşi Ümmü Habîbe Peygamber'in eşidir), Halife Ömer ve Osman dönemlerinde kendisinin Şam Valisi olması gibi gerekçeler ileri sürerek¹² kendi iktidarını meşru temellere oturtmaya çalışmıştı. Böylelikle hem siyasi tasarrufların meşruluğu sağlanmış olacak hem de bu tasarrufların faileri dinî-hukuki muafiyet kazanacaktı. Yine mevzu olduğu ifade edilen bir hadise göre “Muaviye Hz. Peygamberle birlikte cennete gidecektir”. Muaviye hakkındaki bu rivayetlerin, hadis usulüne göre tenkide tabi tutulduğunda

⁷ Koyuncu, Nuran. *İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra*, 1. Baskı, İnci Ofset, 2008, s. 79; Aycan, 2014, s. 143-144; Özkan, 2015, s. 27.

⁸ Hatiboğlu, 2016, s. 65-69, 73-81; Özkan, 2015, 36-37; Aycan, 2014, s. 111, 140, 167 vd.; Harputî, Abdullatif. *Kelâm Tarihi*, Haz. Muammer Esen, 2. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2012, s. 72-80; Bulut, Halil İbrahim. *Dünden Bugüne Siyasi-İtikâdi İslam Mezhepleri Tarihi*, 6. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2019, s. 143-148.

⁹ Ebül'ulâ Mardin. “Fetva”, *İA*, C. IV, 5. Baskı, MEB Yayınları, İstanbul, 1978, s. 582.

¹⁰ Yaman, Ahmet. *Siyaset ve Fıkıh*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 48.

¹¹ Özkan, 2015, s. 30; Aycan, 2014, s. 40.

¹² Sarıçam, İbrahim. “Klasik Dönem İslam Tarihinde Din İstismarı (Dört Halife ve Emevîler Dönemi)”, *İslâmiyât*, C. III, S. 3, 2000, s.143.

mevzu olduğu ifade edilmektedir.¹³ Burada siyasi otoritenin kutsallaştırılmaya çalışıldığı, dinin siyasetin elinde kurumsal bir araç olarak kullanıldığı görülmektedir.

Sünnî hadis kaynaklarında ve muhtelif eserlerde yer alan bir diğer rivayete göre: “Ümmetimde hilafet otuz yıldır. Bundan sonra mülk (saltanat) olacaktır”.¹⁴ Câbirî'nin aktardığına göre bu hadisi birinci tabakada rivayet eden ravi, Hulefâ-i Raşidîn dönemini hesaplayıp otuz yıl bulmuştur. Otuz yıl halife Ali'nin oğlu Hasan'ın hilafetten vazgeçmek zorunda bırakılıp, halifeliği Muaviye'ye tevdi etmesiyle (H. 41 Rebûlevvel) tamamlanır. Bu tarih aynı zamanda Hz. Peygamber'in vefatının tam olarak otuzuncu yılına denk gelmektedir. Söz konusu rivayete göre bu tarihten sonra hilafetin yerini “mülk” yönetimi aldı. Dolayısıyla İslam'da siyasi otoritenin belirlenmesi ve işleyişinin temel aygıtı olan “şûra, meşveret” kurumu yerini “güç ve üstünlüğe” dayalı mülk anlayışına bırakmış oldu. Dikkate değer bir husus, Sünnî anlayışta bu rivayet yorumlanırken İslamî yönetimin mülk anlayışına doğru evrilmesi tenkit edilmemektedir. Sünnî ulemanın büyük çoğunluğu söz konusu rivayetin, mülk/saltanat temelli yönetimin dinen meşrulaştırıcısı olduğunu düşünür. Saltanat rivayetine verilen bu siyasi anlam ile Emevîler, Abbasiler ve daha sonraki İslam devletlerinin siyasi otoritesi meşru bir temele oturtulmuş oldu. Ayrıca bazı Sünnî kaynaklarda söz konusu rivayetin “gaybe ait haber” niteliği taşıdığı ifade edilmektedir. O halde bu anlayışa göre, Muaviye ile mülk anlayışı hâkim olmuş, yani gaybi haber gerçekleşmiş olup bu siyasi dönüşüm hareketi Hz. Muhammed'in peygamberlik delillerinden biri olarak görülmelidir. Bunun yanı sıra Hz. Hasan'ın halifelikten Muaviye lehine feragat ettiği yılın, Müslüman toplumunun “birlik yılı (*âmmü'l-cemâ'a*)” olduğu, bunun da icma ile gerçekleştiği fikri savunulmaktadır. Özetle Sünnî ekol bu anlayışı siyasi saiklerle benimsemiş gözükmektedir. Nitekim Şia ve Hariciler Muaviye'nin ve onun haleflerinin yönetimini tanımamaktaydı. Bu nedenle Sünnî anlayış zikredilen dönemleri meşrulaştırmak durumundaydı. Bahse konu tarihi ve siyasi koşullar nedeniyle Muaviye'nin saltanatını ilan etmesi ile toplum içindeki fitneye son verildiğine inanıldığı için, saltanat temelli yönetimin kurulduğu yıl “birlik yılı” olarak

¹³ el-Câbirî, Muhammed Âbid. *Arap Siyasal Aklı*, Çev. Vecdi Akyüz, 2. Baskı, Mana Yayınları, İstanbul, 2020, s. 277-280; Muaviye'nin cennetlik olduğu hakkındaki uydurma rivayetler için bkz.: Aycan, 2014, s. 42-43; Özkan, 2015, s. 31.

¹⁴ “*el-Hilâfetu selâsüne seneten ve summe'l-Mulk*” rivayeti muteber addedilen birçok hadis kaynağında yer almaktadır. Canikli, “saltanat rivayeti” olarak literatüre geçen söz konusu rivayeti, senet ve metin bakımından tetkik etmiştir. Canikli'nin çalışmasında, rivayetin Hz. Peygamber'e ait olup olmadığını ortaya koyabilmek için raviler cerh ve ta'dil yönünden değerlendirilmektedir. Ayrıca rivayetin tahlili yapılırken tarihsel ortam ve siyasi otorite ilişkisine yer verilmektedir. Müellife göre, rivayetin ilk tabakalarda, sahabe ve tabiînden birer ravi tarafından nakledilmiş olması, üçüncü tabakadan itibaren ise ravi sayısının birden çoğalmasına dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda rivayeti ferd-i mutlak (sahabe ve tabiî tabakasında ravinin bir kişi olması durumu) olarak değerlendirmektedir. Ayrıca Canikli, tabiî tabakası ravinin bir çok açıdan cerh edilmiş olması nedeniyle rivayet senedinin zayıf olduğuna işaret eder. Canikli'ye göre, İbn Haldun ve İbn Hazm gibi birçok alimin saltanat hakkındaki görüşlerine nistan dayanak bulmaları, yaşadıkları dönemin siyasi koşullarından bağımsız görünmemektedir. Neticede mezkur rivayet mevzu (uydurma) görülmektedir. Dolayısıyla saltanat tarihsel bir gerçeklik olup siyasi koşulların ürünü görülmektedir. Dinî açıdan hiçbir kutsiyet taşımamaktadır. Zikredilen rivayete eserlerinde yer veren alimlerin Sünnî mezhebe mensup olmaları dikkate şayandır. Saltanat rivayeti “Ahmed b. Hanbel'in *el-Müsned*'i, Tirmizî'nin *es-Sünen*'i, Ebu Davud'un *es-Sünen*'i” ve sair Sünnî kaynaklarda geçmektedir. Rivayetin yer aldığı kaynakların tamamı bakımından tetkik ve tahlili hakkında detaylı bilgi için bkz.: Canikli, İlyas. “Siyasî Kültürde Saltanata Dayanak Kabul Edilen Rivayet Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, C. VI, S. 3, 2006, s. 267-268 dp. 4, 290, 291; Canikli, İlyas. “Hilâfet Kavramıyla İlgili Hadislerin Tenkidi”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, *Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2004, s. 122-134; Câbirî, s. 277-279.

değerlendirilmektedir.¹⁵ Benzer şekilde Emevîlerin saltanatını meşrulaştırmaya yönelik buna benzer çok sayıda hadis uydurulmuştur. Bunlardan bir diğeri şu şekildedir: “Benden sonra halifeler; halifelerden sonra emirler; emirlerden sonra melikler; meliklerden sonra baskıcı krallıklar, baskıcı krallıklardan sonra ise, ehl-i beytimden yeryüzünü adaletle dolduracak bir kişi çıkacaktır”.¹⁶ Pek tabii bu rivayet de Emevîler’in kuruluş döneminde ve sonrasında meşruiyet sağlama amacına matuf mevzu hadislerden biridir.¹⁷

II. KELAMİ AÇIDAN MEŞRUIYET ARAYIŞLARI

Toplum sadece gündelik hayatla ilgili hususlarda değil; itikadî konularda da ulemaya danışmaktaydı. Örneğin halk, Emevîlerin resmi din ideolojisini yansıtan “cebrî kadercilik” anlayışı gibi yahut “büyük günah” vb. konularda fetva isteyebiliyordu. Bu durumun siyasi otorite için tehlike arz ettiği açıktır. Bu nedenle Emevî saltanatı, ilerde ortaya çıkabilecek meşruiyet problemlerini aşmak ve siyasi tasarruflarına muafiyet sağlamak için kelami konulara müracaat etti. İlk Muaviye ile cebrî kader anlayışı siyasi otoritenin temel ilkesi kabul edildi. Cebrî kader anlayışına göre siyasi otoriteyi temsil eden kişinin her türlü tasarrufuna dinî hukuki açıdan muafiyet sağlanmış oluyordu. “Ezeli plan teorisi” olarak da ifade edilen ve Emevîlerin ideolojisi haline gelen bu anlayışın temellerinin Muaviye tarafından ortaya konulduğu ifade edilmektedir.¹⁸ Siyasi otoritenin kader anlayışı gereği Kerbela Hadisesi Allah’ın takdiri idi. Burada iktidarın benimsediği kader anlayışı ideolojisiyle emirlere, siyasi tasarruflarında dinî-hukuki muafiyet sağlanarak bu davranışlarının meşrulaştırılması amaçlanıyordu.¹⁹ Bundan başka Emevîlerde, devlet başkanın seçilme usulü olan bey‘atın, içeriği boşaltılıp farklı yorumlandı.²⁰

Siyasi otoritenin kurumsal din anlayışının problemleri olduğu hakkında Hasan Basrî’nin kaleme aldığı *Kader Risalesi*’ni anmakta fayda var. Basrî bu risalede siyasi otoritenin muafiyetini temellendiren cebrî kader anlayışını kendi görüşleriyle tenkit ederek bir bakıma iktidarın tasarruflarının meşruiyetini²¹ sarsmıştı.

¹⁵ Aycan, 2014, s. 144, 152; Câbirî, 278; Kömbe, İlker. Adalet Dairesinin Teşekkülü ve Temel Kavramları, Yayınlanmamış doktora tezi, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2014, s. 312; Hodgson, Marshall. *İslam’ın Serüveni*, Çev. Ahmet Demirhan, Fethi Gedikli vd., C. I, İz Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 160.

¹⁶ ed-Deylemî, el-Firdevs bi-Me’sûri’l-Hitâb, C. V, s. 456’dan nakleden Canikli, 2004, s. 143. Canikli, saltanatla ilgili siyasi mahiyetteki bu tarz rivayetlerin tarihsel arkaplanını incelemenin, hadis uydurma faaliyetinin anlaşılması bakımından yararlı olacağı kanaatindedir. Canikli, s. 144; Emevîler dönemi meliklik dönemi olarak anılmaktadır. Sadece Ömer b. Abdülaziz, dindar bir kişi olması ve yönetimde adil davranması nedeniyle halife olarak anılmaktadır. 9. yy. tarihçilerinden Câhız, Abbasileri savunduğu yazılarında Emevîler hilafetini “Kisra Krallığı ile Bizans gaspı”na benzetmektedir. Lewis, s. 86.

¹⁷ Lewis, s. 69; Canikli, 2004, s. 154. Zorba krallık rivayetlerinin senet ve metin tenkidi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Canikli, 2004, s. 135-154.

¹⁸ Câbirî, s. 357-360; Özkan, 2015, s. 31; Mevdûdî, *Cebir ve Kader Problemi*, Çev. N. Ahmed Asrar, Hilal Yayınları, İstanbul, 2005, s. 55-68.

¹⁹ İslamoğlu, Mustafa. *Hasan el-Basrî’nin Kader Risalesi Şerhi*, Düşün Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 35-39; Özkan, 2015, s. 78-79; Siyasi otoriteyle aynı düşünceyi paylaşmayan kişilerin suçlu addedilmesi hakkında bkz.: Wellhausen, Julius. *Arap Devleti ve Sukutu*, Çev. Fikret Işıltan, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963, 168.

²⁰ Özkan, 2015, s. 82-85; Ammara, Muhammed. *Laiklik ve Dini Fanatizm Arasında İslam Devleti*, Çev. Ahmet Karababa, Salih Barlak, Endülüs Yayınları, İstanbul, 1991, s. 34-35.

²¹ Câbirî, s. 364-370; Özkan, 2015, s. 196.

III. ULEMA VE FETVA KURUMU

Emevîler ulemayı kontrol altında tutmak ve politikalarını meşrulaştırıcı bir araç olarak kullanmak için, ulemadan kimseleri mali açıdan desteklemek, onlara maaş bağlamak ve resmi görevler tevdi etmek gibi yöntemleri etkin bir şekilde kullanmaktaydı. Maddi destek siyasetini özellikle maddi durumu iyi olmayan ihtiyaç sahibi alimleri yanına çekmek için kullandıkları bilinmektedir. Geçimini ticaretle sağlayan, varlıklı Ebu Hanife gibi alimler ise Emevîlerin her türlü maddi tekliflerini reddetmişlerdir. Dolayısıyla mali durumuna bakılmaksızın da alimlere resmi görevler teklif edilmekteydi.²² Bu yöntem ile siyasi otorite, alimleri tahakkümü altına almış oluyordu. Siyasi otorite bu tarz tasarruflarla bir bakıma alimlerin, Emevîlerin siyasi ideolojisine aykırı fetvalar vermek suretiyle toplumun dinî duygularına hitap etmesini dolaylı olarak engellemiş oluyordu. Siyasi iradenin çizdiği sınırların dışına çıkan, muhalif düşüncelerini dile getiren yahut fiili olarak siyasi otoriteye isyanı destekleyen ulema, çok ağır yaptırımlarla karşı karşıya kalmaktaydı.²³ Anlaşılacağı üzere Emevî iktidarının baskıcı politikaları, sadece fiilen siyasi otoriteye karşı tavır alan kimseler için değil, din anlayışları resmi ideolojinin din anlayışıyla çelişen ulemaya da görüşleri nedeniyle potansiyel bir tehdit olarak görüldüğü için uygulanmaktaydı. Çoğu kez ulemadan ve halkın ileri gelenlerinden muhalif kimselerin, görüşlerinin bedelini canıyla ödediği ifade edilmektedir.²⁴

Emevîler döneminde sayıca az; ancak nitelik bakımından yüksek alimler bulunmaktaydı. Bu dönemin alimleri yüzyıllar sonrasına kadar uzanan kapsamlı ve derin bir etkide bulunmuştur. Hatta öyle ki İslami ilimlerin temelleri bu dönemde atılmıştır.²⁵ Dolayısıyla ulemanın toplum nezdinde muteber bir konuma sahip olması ve toplumla sürekli iletişim halinde bulunması, siyasi otoriteyi, dolaylı bir kontrol aracı olarak ulemayı hedef almaya yöneltmiştir. Bu doğrultuda siyasi otorite, halkın dinî meselelerini danıştığı ve yer yer kendilerinden fetva aldığı herhangi bir resmi statüsü bulunmayan alimleri yanına çekmeye çalıştı. İfade edildiği üzere siyasi otorite, ya bu alimlere resmi görev teklif etti ya da maddi destek sağlamak istedi.²⁶ Böylelikle muteber alimlerin siyasi iradenin yanında yer almasıyla toplumsal kontrol daha kolay sağlanabilecekti. Kısaca ulema siyasi otorite tarafından tahakküm aracı olarak görülüyordu, diyebiliriz. Genel itibarıyla mevaliden

²² Ulemadan Abdulvâhid b. Kays ile Zühri'nin emirin çocuklarına ders vermiş, Abdullah b. Şübrüme ile Muhammed b. Abdurrahman b. Ebi Leyla gibi birçok alim kadılık görevlerini ifa etmiş karşılığında maaş almışlardır. İbn Ömer, Aişe bint Ebubekir, Hasanı Basri gibi alim kişiler de maddi açıdan desteklenmekteydi. Geçim sıkıntısı yaşayan alim Zühri'ye siyasi irade tarafından her türlü maddi destek sağlandığı ifade edilmektedir. Özkan, 2015, s. 67.

²³ Özkan, 2015, s. 46.

²⁴ Örneğin, siyasi otoritenin din anlayışına aykırı görüşleri olan *halku'l-Kur'an* tezini savunan Kaderiyye ekolünden Ca'd b. Dirhem öldürüldü. Hüseyin'in Allah tarafından öldürüldüğünü söyleyen Küfe Valisi Ubeydullah b. Ziyad'ı tenkit eden Abdullah b. Afif öldürüldü. Emevî Valisi Haccac, Medine'de ikamet eden Cabir b. Abdullah, Enes b. Malik gibi alimleri III. Halife Osman'ın katlinden sorumlu tutup bunları fitneci olarak nitelendirmişti. Aktarıldığına göre bu alimlerin elleri kurşunla mühürlenmiştir. Emevîler dönemi ulemasının siyasi tavırlarında, buldukları coğrafyanın kültürel, sosyal ve tarihsel koşulları etkili oldu. Bu bakımdan öğretilerde, Emevîler dönemi uleması, buldukları coğrafyaya göre beş kategoride tasnif edilmektedir. Bunlar Mekke, Medine, Basra, Küfe ve Şam uleması şeklindedir. Zikredilen yerleşim yerlerindeki dinî-hukuki anlayışların tarihsel süreç içerisinde mezheplerin teşekkülünde önemli rol oynadığını ifade edebiliriz. Özkan, 2015, s. 48, 50-60 Watt, W. Montgomery. *İslâm Düşüncesinin Teşekkül Devri*, Çev. Ethem Ruhi Fırlı, Sarkaç Yayınları, İstanbul, 2010, s. 102-103.

²⁵ Özkan, 2015, s. 49-50.

²⁶ Resmi din ideolojisine muhalif olan alimlerin maaşlarının kesildiği ifade edilmektedir. Geçim sıkıntısı yaşayan alimlere ise her türlü maddi imkan sağlanarak siyasi otoritenin bir neferi olması istenmiştir. Özkan, 2015, s. 65, 67 vd.

olan ehl-i rey mensupları siyasi otoriteye karşı tavır sergilemiştir. Emevîlerin siyasi otoriteyi güçlendirmek için dini, devletin hâkimiyeti altına alma anlayışını benimsediği görülmektedir. Bu doğrultuda siyasi otorite, bazı konularda fetva verme yetkisini sadece resmi müftülere tanırken, Ebu Hanife gibi dönemin Kûfe kadısı Ebi Leyla'nın verdiği fetvaları eleştiren bir kimseye de fetva verme yasağı koyabiliyordu.²⁷ Ayrıca Ebu Hanife kadılık görevini kabul etmemesi nedeniyle siyasi otorite tarafından cezalandırılmıştı.²⁸ Özetle, Emevîlerde kadıların ve sair ulemanın fetvaları, siyaseten pragmatik nitelikte değilse genellikle dikkate alınmamaktaydı.²⁹ Bu durumda siyasi otoritenin fetvayı kurumsallaştırarak kendi tekeline almaya çalıştığını ifade edebiliriz.

Ulemanın tahakküm altına alınmasının, siyasi otoritenin kurumsal din anlayışının bir neticesi olarak, mevaliden olup muhalif tutum sergileyen Ebu Hanife'nin Emevîler ve siyaset hakkındaki görüşlerine dair yeterli malumat bulunmadığını zikretmekte fayda var. Ebu Zehra'ya göre, Ebu Hanife'nin siyasi görüşleri kasıtlı olarak ihmal edilmiştir. Nitekim ona göre kadılık görevini kabul eden ve Abbasîlerle münasebetleri iyi olan İmameyn³⁰, resmi görevleri nedeniyle hocaları Ebu Hanife'nin yönetim hakkındaki görüşlerine eserlerinde yer vermemişlerdir.³¹

IV. RESMÎ DİN ANLAYIŞININ HUKUKA ETKİLERİ

A. Bir Hile-i Şer'iyeye Örneği: Haccâc Yemini

Siyasi otoritenin işleyişini belirlediği hukuki kurumlarla toplumun içinde bulunduğu şartlar çatışır, toplumda hukuk ile ilgili konularda farklı yollara sapma neticesini doğurur.³² Farklı yollara müracaat ederek çare bulma edimi, İslam hukukunda hile, hiyel, hile-i şer'iyeye³³ kavramlarıyla kurumlaşmıştır. İlk dönemlerde hile kavramına geniş bir anlam yüklenerek “kişiyi amacına ulaştıran her türlü vasıta” hile kapsamında kabul edilmişti. Sonraki dönemde hile-i

²⁷ Hac mevsiminde hacla ilgili meseleler hakkında fetva vermeye yetkili tek kişi Atâ b. Ebî Rebâh'tı. Özkan, 2015, s. 64, 71-73, 77-78; Kutlu, Sönmez. *Tarihsel Din Söylemleri Üzerine Zihniyet Çözümlemeleri*, 2. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2016, s. 97-102.

²⁸ Ebu Hanife'nin hayatının ilk 50 yılı Emevîler döneminde, kalan 18 yılı ise Abbasiler döneminde geçmiştir. O hem Emevîlerin güçlü dönemine ve yıkılışına hem de Abbasilerin kuruluşuna şahit olmuştur. Her iki dönemde de kendisine tevdi edilen resmi görevleri kabul etmediği için siyasi otorite tarafından işkenceye maruz kalmış ve hapis ile cezalandırılmıştır. Muhammed Ebu Zehra. *Mezhepler Tarihi*, Çev. İsmail Dağ, Düşün Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 294-296, 302; Uzunpostalcı, Mustafa. “Ebû Hanîfe”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. 10, 1994, s. 133-134.

²⁹ Mevdûdî, *Hilafet ve Saltanat*, Çev. Ali Gencer, Hilal Yayınları, İstanbul, 2011, s. 220, 221, 232; Özkan, 2015, s. 92, 94, 101.

³⁰ Hanefî mezhebi Ebu Hanife'ye nispet edilir. İmam tabiriyle esasen Ebu Hanife kastedilir. Ebu Yusuf ikinci, İmam Muhammed ise üçüncü İmam kabul edilir. *Şeyheyn* Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'u, *Sâhibeyn ve İmameyn* Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'i, *Tarafeyn* de Ebu Hanife ile İmam Muhammed'i ifade etmek için kullanılan tabirlerdir. Bkz.: Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usûlü*, 5. Baskı, Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, İstanbul, 2002, s. 396.

³¹ Muhammed Ebu Zehra. *Ebu Hanife*, Çev. Osman Keskioglu, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2005, s. 18-19.

³² Köse, Saffet. *İslâm Hukuku Açısından Kanuna Karşı Hile ve Hile-i Şer'iyeye*, 2. Baskı, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 145; Yaman, 2015, s. 75.

³³ Hile kelimesinin çoğulu “hiyel”dir. İsim hali Arapçada “çare, kurnazlık, iyi düşünce, işlerde tasarruf kudreti” anlamındadır. İslam hukukunda hiyel yerine “meharic” kelimesi de kullanılmaktadır. Hiyel hakkında günümüze ulaşan en eski eser *el-Mehâric fi'l-hiyel*'dir. Joseph Schacht 1930'da zikredilen eseri neşretmiştir. Schacht'a göre eser İmam Muhammed'e aittir. Bazı müellifler ise eseri Ebu Yusuf'a nispet etmektedir. Bu konu hakkında henüz kesin ve müşterek bir kanaat hasıl olmuş değildir. Köse, Saffet. “Hiyel”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 18, 1998, s. 170. Hile kavramının farklı tanımları hakkında ayrıca bkz.: Baktır, Mustafa. “İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyeye”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, C. 1, S. 2, 1986, s. 71.

şer‘iyye kurumu dar anlam verilerek “şekil bakımından hukuka uygun bir işlemi vasıta kılarak yasaklanmış bir sonucu elde etmek amacıyla yapılan muamele” şeklinde tanımlanmıştır. İlk hiyelin geniş anlamda kabul edilmesi, “caiz olan ve caiz olmayan” hile ayrımını ortaya çıkarmıştı. Bu doğrultuda dört tasarruf hile kapsamında değerlendirildi. Bunlar şu şekildedir: 1. Meşru vasıtalarla meşru sonuçlar elde etmek, 2. Gayri meşru vasıtalar ile meşru olmayan neticeler elde etmek, 3. Gayri meşru vasıtalar ile meşru neticeler elde etmek, 4. Meşru vasıtalar ile gayri meşru neticeler elde etmek. İslam hukukunda daha çok hiyel başlığı altında söz konusu olan son tasarruf şeklidir. Burada görünüşte hukuka uygun bir işlem olsa da, kanunu arkadan dolanma amacı, hukuki işlemin tesis edilmesinin esas saikini teşkil etmektedir.³⁴

Hiyel kurumunun birden fazla teşekkül nedeni bulunmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse; siyasi nedenler, dinî duyguların zayıflaması, hukuki işlemlerin muteberliğini objektif ölçütlere bağlamak adına şekli esas alıp niyet, kasıt, amaç gibi subjektif hususların göz ardı edilmesi, içtihat kapısının kapandığı anlayışının yerleşmesi hiyel kurumunun ortaya çıkış nedenleri olarak zikredilmektedir. Söz konusu nedenler silsilesine mezhep taassubu, resmi mezhep dışında fetva hüküm vermeme emri, yabancı kültürlerin tesirleri de eklenebilir.³⁵ Teşekkül nedenlerinden içtihat kapsı metaforu ve devam edegelen diğer nedenler nispeten geç bir dönemde ortaya çıkmıştır. Tek bir mezhebin siyasi otorite tarafından resmi mezhep kabul edilmesi ulemayı farklı arayışlara sürüklemiştir. Bu durumun İslam hukuku sınırlarının zorlanmasına neden olduğu düşünülmelidir.³⁶

Emevîler döneminde siyasi baskılar hile kurumuna müracaatı zorunlu kılmıştı. Bunların başında fıkıh literatürüne “*eymânü’l-bey’a* veya *el-bey’atü’l-Haccâciyye*” şeklinde anılan “Haccâc yemini” gelmektedir.³⁷ Emevî Valisi Haccâc b. Yusuf (m. 661-714) halka, ulemaya zulmeden bir yöneticiydi.³⁸ İnsanları yemine zorlayarak onların bey’atini alırdı.³⁹ Ebu Zehra’nın naklettiğine göre Haccâc, icat ettiği yemin şekliyle toplumdan bey’ati zorla şu cümleyle almaktaydı: “Eğer halifeye itaatten ayrılırsam kölelerim hür ve kadınlarım boş olsun”.⁴⁰ Bu yemin çeşidinin bağlayıcı olmadığı, önemli olan hususun lafız değil yeminde niyet edilen şey olduğu ifade edilmektedir.

³⁴ Sırasıyla dört tasarrufa şu örnekler verilebilir: 1. Nikah akdi, alışveriş gibi meşru vasıtalar. 2. Namazdan kaçınmak için bilerek ve isteyerek sarhoş olmak. 3. Başkasının kalemını çalarak onu yazma faaliyetinde kullanmak. 4. Evlilik hukukundaki hülle kurumunu gayri meşru sonuçlar elde etmek amacıyla kullanmak. Köse, 1998, s. 170-171; Köse, Saffet. “Hile-i Şer‘iyye Konusunda Ebû Hanîfe’ye Yöneltilen İthamlar”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 19, 2012, s. 154; Bakır, s. 76.

³⁵ Hiyel konusu, muhtelif mezheplere mensup alimlerce fıkıh kitapları ile fetva mecmualarında ve Buhari’nin hadis kitabı *Sahih*’de ele alınmaktadır. Çalışma konumuz bakımından burada fetva mecmuaları ayrı bir önemi haizdir. Bu bakımdan fetva mecmualarında hiyel konusu hakkında bilgi veren ve Hanefî gelenek için önemli kaynak kabul edilen erken dönem fetva mecmualarından birkaçını zikredeceğiz. Bunlar, Bezzâzî’nin *el-Fetâva’l-Bezzâziyye*’si, Âlim b. Alâ’nın *el-Fetâva’t-Tatarhâniyye*’si ile *el-Fetâva’l-Hindiyye*’dir. Zikredilen mecmualarda hiyel kurumu işlenmekte olup son iki mecmuada konuya daha fazla yer ayrılmıştır. Hiyel literatürü hakkında kapsamlı bilgi için bkz.: Köse, 1998, s. 174, 176, 177; Köse, 2020, s. 17-50.

³⁶ İbn Haldun’un, hilenin siyasi nedeni hakkındaki değerlendirmesi için ayrıca bkz.: İbn Haldun. *Tercüme-i Mukaddime-i İbn Haldûn*, C. I, Çev. Pîrîzâde Mehmed Sâhib, 1. Baskı, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2015, s. 530.

³⁷ Yaman, 2015, s. 115.

³⁸ Haccâc, baskıcı tutumu, şiddet ve katılığı nedeniyle Haccâc-ı zâlim olarak anılmaktadır. Corcî Zeydân. *İslâm Uygarlıkları Tarihi*, C. I, Çev. Nejdî Gök, III. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 136.

³⁹ Yaman, 2015, s. 76.

⁴⁰ Muhammed Ebu Zehra. *İslâm’da Siyasî ve İtikâdî Mezhepler Tarihi*, Çev. Hasan Karakaya, Kerim Aytekin, Hisar Yayınevi, İstanbul, 1983, s. 99.

Dolayısıyla bu durumda yemine zorlanan kişi, fiiliyatta siyasi otoriteye itaat etmezse kölesi hür, eşi de boş olmaz.⁴¹ Aynı şekilde baskıcı yönetimin ettirdiği yeminler hakkında ulemadan İbrahim en-Nehâî'nin yanına gelenlerle şu fetvasını paylaştığı rivayet edilmektedir: “Size beni sorarlar ve yemin ettirirlerse, benim nerede olduğumu bilmediğinize, benim yerim konusunda bilginizin olmadığına yemin edin. Bununla, benim nerede oturduğumu veya nerede durduğumu bilmediğinizi kastedin. Böylece doğru söylemiş olursunuz”.⁴²

Haccâc'ın icat ettiği bu bey'at yemini usulü ile dört halife dönemi şura uygulaması ve insanların ihtiyar hakkı işlerliğini yitirmiştir. Böylece bey'at, sadece fiili durumun görünürde onaylanmasına ve genellikle cebren uygulanan bir kuruma dönüşmüş oldu. Bu nedenle bazı fakihler devlet başkanının belirlenmesi meselesinde şura prensibinin terk edilmesi nedeniyle, şuranın vâcib hükmü yerine mendûb olduğunu ifade etmişlerdir.⁴³ Görüldüğü üzere Muaviye ile başlayan siyasi otoritenin baskıcı tutumu, teori ve pratikteki dönüşümü beraberinde getirmiştir. Emevîler döneminde siyasi otoritenin “zorba krallık”a dönüşmesi ile bey'at, şura gibi kurumların işlevini yitirdiği ifade edilebilir. Ayrıca kamusal alana ilişkin her konuda alimlerin içtihatla bulunması yahut bu konulara dair görüşlerini açıkça beyan etmeleri de bir şekilde engellenmiş yahut engellenmeye çalışılmıştır.⁴⁴

Siyasi otoritenin söz konusu görünüşte bey'at yemini anlayışı, Hz. Peygamber tatbikatı ve dört halife döneminden ne kadar uzaklaşıldığını göstermektedir. Emevî Valisi Haccâc'ın cebir gücünü kullanarak yeminle bey'at alması durumu; şuranın ortadan kalkmasına, dolayısıyla mutlak, baskıcı güç odaklı tartışılmaz bir yönetim anlayışının hâkim olmasına götürmüştür. Burada yemin ile talak ve köle azadı şarta bağlanmakta, şart ise siyasi otoriteye itaat etmekten vazgeçme fiili olarak ortaya koyulmaktadır. Dolayısıyla talak, yemin, köle azadı gibi kurumlar siyasi otoritenin yönetimini meşrulaştırıcı birer araç olarak kullanılmıştır. Ayrıca tasvir edilen siyasi manzaranın, talak kurumunda yemine bağlı boşama, köle azadı gibi konuların fıkıh kitaplarında ayrıntılı işleme nedenlerinden biri olduğu da ifade edilmektedir.⁴⁵

B. Evlilikte Kefâet'de Kureyşlilik Unsuru

Kefâet İslam hukukunun evlilik bahsinde gündeme gelen bir kurumdur. Kefâet “erkeğin kadına küfüv, yani denk olması” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁶ Evlenmede gündeme gelen bu denklik konusunda esasen erkeğin kadına denk olması aranır.⁴⁷ İstisna teşkil eden bazı hallerde

⁴¹ İbn Kayyım el-Cevziyye. *İ'lâmü'l-Muvakkı'in*, Çev: Pehlül Düzenli, Tahk. ve tahrir: Muhammed Enes Topgül, C. III-IV, 2. Baskı, Pınar Yayınları, İstanbul, 2017, s. 106-107.

⁴² Serahsî. *Mebisât*, Ed. Cevat Akşit, Çev. Kurul, C. 30, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2011, s. 281.

⁴³ Abdülhâlık, Mustafa Nevin. *İslâm Siyasî Düşüncesinde Muhalefet*, Çev. Vecdi Akyüz, İz Yayıncılık, İstanbul, 1990, s. 111.

⁴⁴ Yaman, 2015, s. 28-29; Altuntaş, Abdurrahman. *Kur'anda Temel Siyasî Kavramlar*, Gümüşhane Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 183; Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 71-72.

⁴⁵ Okur, Kaşif Hamdi. “İslam Hukukunda Boşama Yemini (Talâka Yemin) Meselesi”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 15, 2009/1, ss. 5-30, s. 19-20.

⁴⁶ Merjinânî, *Delilleriyle Hanefî Fıkhu (el-Hidâye)*, Çev. Ahmet Mevlânî, C. II, Kahraman Neşriyat, İstanbul, 1983, s. 24.

⁴⁷ Evlilikte denklik, bazı mezheplerde sıhhat şartı kabul edilirken çoğu durumda Hanefilerde bir lüzum (bağlayıcılık) şartı olarak aranır. Kural olarak evlenme akdi bağlayıcı bir akitir. Eşler (belli koşullarda velileri) tek taraflı beyanda bulunmak suretiyle akdi bozamazlar, yani feshedemezler. Ancak belirli hallerde akit bağlayıcı değildir. Bu durumda taraflar akdi, belirli koşullara uymak suretiyle feshetme yetkisine sahiptir. Hanefî mezhebine göre, balığ kadınlar

kadının da erkeğe denk olması aranmaktadır. Kefâet kurumu alimlerin geneli tarafından kabul görmeye beraber, bazı alimler tarafından İslam'ın müsavat ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle kabul görmemiştir.⁴⁸ Mezhepler arasında tali farklılıklar olmakla birlikte Hanefîlerde altı konuda denklik aranmaktadır. Bunlar: Soy, Müslüman olma, dindar olma, hürriyet, servet ve sanattır. Bunlardan birinde denklik yoksa, erkek kadına küfuv sayılmaz.⁴⁹ Söz konusu denklik ölçütlerinden soy (neseb) konusunda denklik ayrı bir önemi haizdir. Soy bakımından denklik denildiğinde Araplar ve mevali anlaşılmalıdır. Yani Araplar birbirine denk Arap asıllı olmayan mevali de kendi içerisinde birbirine denk kabul edilir. Araplar arasında denklik, kendi içerisindeki kabile hiyerarşisine göre değerlendirilmektedir. Örneğin Kureyşli kabileler kendi arasında birbirine denk kabul edilirken, diğer Arap kabileleri de kendi arasında birbirine denk kabul edilmektedir.⁵⁰ Hanefîler ile diğer mezheplerdeki hâkim görüşe göre soy denkliği kefâet unsuru olarak aranmaktadır. Bu konu hakkında delil gösterilen hadisler mealen şu şekildedir: “Kureyşliler birbirinin dengidir. Her sülale, diğer sülaleye denktir. Araplar birbirinin dengidir. Her kabile, diğer kabileye denktir. Arap olmayanlar da birbirlerinin dengidir”, “Arap olmayan halk birbirinin dengidir”, “Arapları sevmek imandandır”. Serahsî *Mebûsû*'da bu hadisleri Hanefîlerin nesepte denkliğe delil kabul ettiğini ifade etmektedir.⁵¹

Emevîlerde siyasi otoritenin kavmiyetçi anlayışı temel aldığı, Kureyş Kabilesi'ni sadece siyaseten değil hukuk alanında da üstün bir konuma yerleştirme çabasında olduğunu görmekteyiz. Bu amaca ulaşmak için siyasi-hukuki birçok alanda Peygamber'e nispet edilen rivayetlerin uydurulduğu ifade edilmektedir. Hz. Peygamber döneminde “cahiliye zihniyeti”ni kırmaya matuf

velilerinin rızasını almadan kendi beyanlarıyla evlenebilirler. Ancak bu durumda erkeğin kadına belli hususlarda denk olması aranır. Şayet erkek kadına denk değilse evlilik akdi yine de geçerlidir. Ancak bu durumda kadının velileri evlilik akdini feshetme yetkisine sahiptir. Öyle ki evlenen kadın hamile olmamış olsun. Aydın, 2013, s. 275; Aydın, Mehmet Akif. *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1985, s. 27; Yaman, Ahmet. *İslâm Aile Hukuku*, Marifet Yayınları, İstanbul, 1999, s. 48-49; Aktan, Hamza. “Kefâet”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. 25, 2002, s. 167-168.

⁴⁸ Ebu'l Hasan el-Kerhî (ö. 340/952) ve Süfyân es-Sevrî (ö. 161/778) kefâette soy unsuruna karşı çıkmaktadır. Serahsî'nin *Mebûsû*'unda aktardığına göre Arap asıllı alim Sevrî “Soy bakımından denkliğe itibar edilmez” demektedir. Sevrî'nin bu konu hakkındaki görüşleri nas ile delillendirilmektedir. Sevrî'nin dayandığı hadis şöyledir: “İnsanlar, bir tarağın dişleri gibi eşittirler. Arap'ın Arap olmayana bir üstünlüğü yoktur. Üstünlük ancak takvâ iledir”. Sevrî söz konusu hadisi Kur'an ayetleri ile teyit etmektedir. Burada da Hucarât 49/13 delil olarak gösterilmektedir. İlgili ayetin meali şu şekildedir: “Muhakkak ki Allah katında en değerli olanımız ondan en çok korkanımızdır”. Sevrî, nesebî üstünlüğü red mahiyetinde başka hadisleri de delil olarak sunmaktadır. Serahsî nesepte denkliği reddeden görüştekilerin delil olarak gösterdiği söz konusu nasları “ahirete ait hükümler” olarak değerlendirir. Kerhî'nin görüşü ise şu şekilde aktarılmaktadır: “Bana göre doğru olan, aslen nikahta denkliğin hiç dikkate alınmamasıdır. Çünkü nikahtan daha önemli bir şeyde denklik aranmıyor. Bu şey kan dökme ve cezasıdır. Eğer kanda aranmıyorsa, nikahta aranmaması daha önceliklidir”. Serahsî'ye göre bu görüş de isabetli değildir. Ona göre kan dökülmesi durumunda Müslüman, kafir karşılığında kısas edilir. Dolayısıyla bu durum nikahta denkliğin muteber olmadığına delil olarak gösterilemez. Hanefîlerde nesepte denkliğin kabul gördüğünü ifade eden Serahsî, Ebu Hanife'nin mevali olmasına rağmen “alçak gönüllük göstererek” kendini Arap asıllı olan kişilere soy açısından denk görmediğini rivayet etmektedir. Hatiboğlu ise, Hanefî mezhebinin kurucu imamı Ebu Hanife'ye nispet edilen “... Kureyşli olmayan hiçbir Arap, onların dengi değildir, Mevaliden hiçbirisi de Arap'ın dengi değildir...” görüşünün ona ait olmadığını, bu isnadın elem verici bir durum olduğunu ifade etmektedir. Serahsî, *Mebûsû*, Ed. Cevat Akşit, Çev. Kurul, C. 5, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2011, s. 34-37; Aydın, 1985, s. 27; Cin, Halil. *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974, s. 160; Hatiboğlu, Mehmed Said. *Hilafetin Kureyşliliği; İslâm'da İlk Siyasî Kavmiyetçilik*, 3. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2012, s. 152.

⁴⁹ Aydın, 1985, s. 27; Cin, s. 158-162.

⁵⁰ Cin, s. 161.

⁵¹ Serahsî, C. 5, s. 37-38.

pek çok tatbikat söz konusu olmuştur. Bunların arasında nesebi üstün tutan geleneğin kırılmasına yönelik uygulamalar da bulunmaktadır. Nitekim Hz. Peygamber kendi akrabalarını azatlı köle erkekler ile evlendirmişti.⁵² Bu bakımdan Hz. Peygamber'in Kureyşli olan Kureyşli olmayan ayrımını nikahta dikkate almadığı, kabile hiyerarşisini gözetmediği ifade edilebilir.

Yukarıda zikrettiğimiz şekliyle, nesepte denklik adı altında uydurulan hadislerin gücü alimler nezdinde de o kadar içselleştirilmiştir ki birçok fıkıh kitabında bu konuya yer verilmiştir. Kureyşli'nin ve Arap'ın üstünlüğünü hem siyaseten hem de toplumsal düzeyde ortaya koyan söz konusu uydurma hadisler ile Araplar haricindeki içtimai unsurların etkinliğini kırma gayesi güdüldüğü ifade edilmektedir. Burada siyasi otoritenin dinî kurumlara doğrudan müdahalesinin ne denli etkili olduğunu görmekteyiz.⁵³ O kadar ki, tarih boyunca nesepte denkliğe karşı çıkan alimler birkaç kişi ile sınırlı kalmıştır. Zikredilen rivayetler temel alınarak asırlar boyunca nesepte denklik, Kureyşli'nin, Arap'ın üstünlüğü kanıksanmıştır. İslam tarihi boyunca Müslümanların bu görüşe ne ölçüde uydukları ayrı bir araştırma konusu olmakla beraber, en azından temel fıkıh kitaplarında nesepte denkliğe itibar edilerek, bu görüşün devam edegeldiği hususunda ihtilaf olmadığını ifade edebiliriz.

C. Mühtedi Zimmîden Cizye Alınmaya Devam Edilmesi

Bir ülke, İslam devletinin hâkimiyetini savaşta yenilmek suretiyle yahut savaşmadan sulh yoluyla tanıyabilir.⁵⁴ Bahse konu durumlarda burada yaşamaya devam etmek isteyen kişilerle devlet arasında zimmet antlaşması denilen bir akit yapılır. Bu anlaşmanın tarafı olan gayrimüslim kimseler *ehl-i zimmet*, kısaca *zimmî* olarak adlandırılır.⁵⁵ Zimmet anlaşmasına göre devlet, hâkimiyeti altında bulunan gayrimüslim tebaasının can ve mal güvenliğini korumayı ve onların dinleri üzerine yaşamasına müsaade etmeyi taahhüt eder. Askerlikten de muaf tutulan zimmîler, söz konusu taahhütler karşılığında devlete cizye (baş vergisi) ödemekle yükümlü olur.⁵⁶ Ayrıca dört aydan uzun bir süre İslam devletinde bulunan müstemenlerden de cizye talep edilebileceği ifade edilmektedir.⁵⁷ Bunun yanı sıra zimmîler mülkiyetlerinde bulunan araziler için haraç ödemekle yükümlüdür. Müslüman tebaanın ise mülk arazileri için öşür ödemesi gerekmektedir.⁵⁸

⁵² Hatiboğlu, 2012, s. 145-147.

⁵³ Yaman, 2015, s. 50-51; Hatiboğlu, 2012, s. 152-153.

⁵⁴ Yaman, Ahmet. *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1998, s. 150-152.

⁵⁵ Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 87-88.

⁵⁶ Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan. Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tâbiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2003, s. 72; Hanefilerde cizye sadece yetişkin gayrimüslim erkeklerden alınır, kadınlardan ve çocuklardan alınmaz. Erkeklerin fakir veya sakat olanlarından da cizye alınmaz. Serahsî, *Mebûsât*, Ed. Cevat Akşit, Çev. Kurul, C. 10, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2011, s. 146-147.

⁵⁷ von Kremer, Alfred. *Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen*, B. I, Wilhelm Braumüller, Wien, 1875, s. 437.

⁵⁸ İslam hukukunda arazilerin statüsünü belirlerken dikkate alınan etken, onun savaş yoluyla mı yoksa sulh akdi ile mi hâkimiyet altına alındığıdır. Şayet savaş ile hâkimiyet sağlanmış ise, mezhepler arasında ihtilaf olmakla birlikte Hanefilerde devlet başkanına arazilerin statüsünü tayin etmede geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Sulh yoluyla hâkimiyet durumunda ise sulh akdinde bu toprağa nasıl bir statü verildiği önem kazanmaktadır. Burada da iki ihtimal söz konusudur. Arazinin mülkiyeti zimmi tebaaya bırakılır mülk arazi olur ya da arazinin tasarruf hakkı zimmiye bırakılır. Bu halde rakabe denilen çıplak mülkiyet devlete ait olur ve arazi, haraç arazi ("arâzî-i harâcîyye"nin bir çeşidi) statüsüne bağlandığı için her sene bundan haraç alınır. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 361-362; Cin, Halil

İslam hukukuna göre gayrimüslim tebaadan cizye alınmasında, mali kazanç sağlama amacı güdülmektedir. Cizyede dinî bir zorlama kastı bulunmadığı gibi gayrimüslimleri Araplaştırma amacı da söz konusu değildir.⁵⁹ Esasen burada zimmileri dine davet etme amacı nas ile sabit olan cizyenin temel nedeni olarak ifade edilmektedir. Nitekim zimmet akdiyle savaş terkedilerek sulh sağlanmıştır. Bununla birlikte Müslümanlar ile birlikte yaşayan ve kendisinden cizye alınan kimse, kendi dininde kalmaya devam ettiği sürece, İslâmî yönetim ondan cizye almak suretiyle psikolojik açıdan “aşağılama ve cezalandırma duygusuna” yönelmektedir. Serahsî'nin ifade ettiği üzere, siyasi iradenin cizye kurumu ile “psikolojik açıdan cezalandırma” tasarrufu neticesinde zimmiler zillet hissine kapılacak ve Müslüman olanlar “izzet ve üstünlük” duygusunu hissedecektir.⁶⁰ Neticede cizye kurumu zimmilerin bir gün ihtida etmesini sağlamaya matuf bir nevi “manevi cezalandırma aracı” olarak görülmektedir.

Emevîler saltanatında cizye kurumu, temel nedeninden saptırılarak farklı uygulamalara konu olmuştur. Emevî siyasi iradesi, ihtida eden zimmilerden de cizye almaya devam etmiştir. Emevî yönetiminin, Müslüman olan zimmiden de cizye aldığı hakkında tarih kitapları ile müstakil araştırmalar neredeyse fikir birliği içerisinde.⁶¹ Elbette şer'î hukuka aykırı bu tatbikatın, Emevîlerin hükümlerini boyunca sürdürdüğü ve hanedanlığın bütün coğrafyasına teşmil edilecek düzeyde olduğunu söylemenin mümkün olmadığını da ayrıca belirtmeliyiz. İlk olarak Emevî Valisi Haccâc'ın Müslüman olan zimmilerden cizye denilen baş vergisini aldığı ifade edilmektedir.⁶² Söz konusu şer'î olmayan uygulamanın Haccâc ile başlamadığı ve yerel düzeyde kaldığı da savunulmaktadır. Özellikle Maveraünnehir ve Horosan'da, Müslüman olan

“Arazi”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. 3, 1991, s. 343; Cin, Halil. “Osmanlı'da Miri Arazinin Hukukî Rejimi ve Bu Arazinin TMK Karşısındaki Durumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S.1, 1966, s. 749; Câbirî, s. 231.

⁵⁹ Kenanoğlu, M. Macit. “İslam-Osmanlı Hukukunda Zimmiler”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. 3, S. 5, 2005, s. 557; Serahsî, C. 10, s. 143.

⁶⁰ Serahsî, C. 10, s. 142-143.

⁶¹ Akyürek bu konuda farklı görüştedir. Ona göre Emevî saltanatı boyunca ve hanedanlığın topraklarının tamamında zimmilerden cizye alınması gibi bir uygulama söz konusu değildir. Bu uygulama bölgesel valilerin tasarrufudur. Akyürek'e göre Müslüman olan zimmiden cizye alındığı hakkında Emevî emirinin haberi dahi olmamıştır. Ta ki Ömer b. Abdülaziz dönemine kadar. Ömer b. Abdülaziz bu yanlış uygulamaya son vermek istemiş de bu uygulama bir süre daha devam etmiştir. Müellif bu iddiasını Emevîler döneminde mühtedilerden cizye alınmasını içeren herhangi bir resmi talimatın bulunmamasına ve Şiiler, Hariciler ve Abbasi taraftarlarının bu konuyu siyasi propagandalarında kullanarak mevalinin desteğini alma gibi bir yol izlemediklerine, daha doğrusu tarih kaynaklarında bu konu hakkında herhangi bir malumat zikredilmediğine dayandırmaktadır. Ayrıca Akyürek, zikredilen dönemde henüz cizye ve haraç kavramlarının terimsel anlamlarının henüz net olarak belirlenmediği için kaynaklarda her iki kavramın birbirinin yerine kullanıldığını ifade etmektedir. Müellifin, kavram kargaşası ve diğer görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Akyürek, Yunus. “Emevîlerde, Haccâc b. Yusuf Döneminden İtibaren Mevaliden Cizye Alınması ve Arka Planı”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, C. 23, S. 1, 2019, 331-351.

⁶² Akyürek'e göre Müslüman olmayı tercih eden zimmilerden cizye alınmasını ilkin Haccâc'ın gerçekleştirdiği görüşü isabetli değildir. Ona göre, Sevâd köyünde yaşayan ve Müslümanlığı tercih eden zimmiler büyük şehirlere yerleşmeye başlayınca, Haccâc bu kimseleri tarımsal üretimin önemi ve devamlılığı nedeniyle köylerine gitmeye mecbur bırakmış ve onların haraç statüsündeki topraklarından haraç almaya devam etmiştir. Akyürek burada Haccâc'ın aldığı verginin cizye değil haraç olduğunu ifade etmektedir. Nitekim genel kanaate göre haraç, kişinin dinî inancına değil toprağın statüsüne bağlı bir vergi kabul edilmektedir. Dolayısıyla mükellefin haraç ödeme yükümlülüğü Müslüman olsa da devam eder. Akyürek Haccâc tatbikatını bu şekilde değerlendirmekle birlikte, siyasi otoritenin zayıf olduğu dönemlerde özellikle Maveraünnehir, Horosan bölgelerinde ve sınırlı bir dönemde Müslüman olan zimmilerden cizye alınmaya devam edildiği kanaatindedir. Akyürek, s. 334-338, 340, 342; Haccâc'ın cizye almaya devam etmesi hakkında farklı görüşler için bkz.: Aksu, Ali. *Emevî Saltanatının Irak Valisi Haccâc B. Yusuf*, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 88, 97-114.

zimmilerden cizyenin bir süreliğine alınmaya devam edildiği düşünülmektedir.⁶³ Bu bölge, genel kanaate göre sulh yoluyla hâkimiyet altına alınmıştı.⁶⁴ Sulh yoluyla ele geçirilen toprakların vergilendirilmesi İslam hukukuna göre iki şekilde olmaktadır. İlkine göre hâkimiyet altına alınan topraklarda yaşayan yerli halk ile yapılan sulh antlaşmasıyla “müşterek cizye” kararlaştırılır, zimmiler antlaşma gereği toplu bir cizye öderler. Burada tek tek kişilerden baş vergisi alınmak yerine toplu bir miktar belirlenir ve vergi olarak tahsil edilir. Söz konusu antlaşmaya taraf bir zimmi, şayet Müslüman olur ise onun üzerinde olan cizye ile arazisinden alınan haraç düşer ve arazi öşür arazi statüsünde kabul edilir. İkinci vergilendirme yöntemine göre, araziler sulh antlaşmasında haraç arazi statüsüne bağlanır. Bu durumda arazi sahibi zimmiler, kuru mülkiyeti devlette kalan bu arazilerinin tasarruf hakkına sahiptirler. Bu tür arazi sahibinden kullanım karşılığı olarak haraç alınır. Ayrıca zimmilerden bir de cizye alınır. Bu ikinci yöntemin uygulanması durumunda, Müslümanlığa geçen zimmilerin cizye ödemesi gerekmez, ancak arazilerinin türü gereği haraç ödemeye Müslüman olsalar dahi devam etmek zorundadırlar.⁶⁵

Siyasi otoritenin, din değiştirerek Müslüman olan zimmilerden cizye almaya devam etmesinin⁶⁶ bir takım sonuçları olmuştur. Kremer'e göre, Müslüman olan zimmiler İbnü'l Eşas⁶⁷ önderliğinde gerçekleşen isyanı desteklemiştir.⁶⁸ İsyanın merkezi Kûfe ve Basra idi. Emevî saltanatına başkaldıranlar askerler, ekseriyeti mevali ulema⁶⁹ ve mühtedilerden oluşmaktaydı. Siyasi otoritenin politikalarının nesepçi karakterde olması dolayısıyla şer'î hukuk dairesinden

⁶³ Akyürek, s. 343.

⁶⁴ Erkal, Mehmet. “Cizye”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 8, 1993, s. 43.

⁶⁵ Özkan, Mustafa. *İslâm İktisadında Vergiler*, SAMER Yayınları, Kahramanmaraş, 2019, s. 86-87.

⁶⁶ Yaman'a göre siyasi otorite cizyeyi temel mantığından ayırarak bir nevi “*darîbetü'l-âbd* (kölelik vergisi)” olarak görmektedir. Yani ona göre, siyasi otorite bu uygulama ile Müslüman olmanın kölelik statüsünde herhangi bir değişiklik meydana getirmeyeceğini savunulmaktadır. Müellife göre söz konusu uygulama Hz. Peygamberin “Müslüman birisinin üzerinde cizye yoktur” mealindeki hadisinin açık bir ihlali demektir. Yaman, 2015, s. 84-85.

⁶⁷ İbnü'l Eşas (ö. 85/704), Irak genel valisi Haccâc'ın emrinde yer alan vali, ordu kumandanı idi. Onun isyanı her ne kadar siyasi otoritenin nesepçi politikaları nedeniyle vuku bulmuş olsa da, tek nedenin mühtedilere uygulanan yanlış vergi politikaları olmadığı düşünülebilir. Nitekim halifelik iddiasında bulunan ve ordusu ile isyana katılmalardan biat alan Eşas, Emevî hanedanlığının merkezi olan Suriye ile sonuna kadar mücadele edeceğini ilan etmişti. Onun isyanını sadece mevali desteklememişti. Onun başkaldırısına çok sayıda Müslüman Arap da katılmıştı. İbnü'l Eşas'ın kibirli karakterde olması da isyan etmesinin sebepleri arasında sayılmaktadır. Yıldız, Hakkın Dursun. “İbnü'l-Eşas, Abdurrahman b. Muhammed”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 21, 2000, s. 32-33.

⁶⁸ Hodgson, s. 203; Becker, C. H.. “Cizye”, *İA*, C. III, s. 200; Erkal, s. 43; Zeydân, s. 285, 354. Ulemanın çoğunluğunun mevaliden olmasının nedenleri hakkında bkz.: Ebu Zehra, 2005, s. 28-29.

⁶⁹ Her ne kadar siyasi otorite alimleri kendi resmi din anlayışına zarar vermemesi için kontrol altına almak saikiyle resmi görevler tevdi ettiyse de, pratikte bu amacına ulaşamadığı dönemler olmuştur. İbnü'l Eş'as isyanı da bunlardan biridir. Söz konusu isyana kadılarından fetvalarıyla destek verenler oldu. İsyanı destekleyen alimler genellikle mevali idi. Örneğin Kufe kadısı Ebî Leyla'nın halkı bu isyana katılmaya teşvik eden fetvalar verdiği aktarılmaktadır. Daha bir çok alimin resmi görevleri olmasına rağmen isyana destek verdiğini ifade etmeliyiz. Eş'as isyanına katılan veya destek veren alimlerden “Atâ b. Ebi Rebah, Amr b. Dinar, İbrahim en-Nehai ve Şa'bi”nin isyan bertaraf edildikten sonra siyasi otorite tarafından affedildiği ifade edilmektedir. Özkan, 2015, s. 119; Julius Wellhausen, s. 116-117; İsyanı katılan alimler genellikle mevalidendi bkz.: Özkan, 2015, s. 121, 122, 136-149. Ulemadan bazı kimselerin siyasi otoriteye karşı verilen mücadelelere maddi ya da fitnenin yayılmaması gibi dinî gerekçelerle katılmayarak sessiz kalmayı tercih ettikleri ifade edilmektedir. Bazı alimlerin ise sözle muhalefetini ortaya koyduğu, bazılarının da siyasi otoritenin yanında yer aldığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özkan, 2015, s. 149-227. Kanaatimizce burada açıklığa kavuşturulması gereken bir mesele de alimlerin canları pahasına da olsa meşru görmedikleri siyasi yönetimi alışı edebilmek için isyana katılacak kadar cesur davranmaları, buna mukabil ulemanın siyasi otoritenin baskıcı tutumu nedeniyle İslam hukukunda kamusal alana ilişkin konuları eserlerinde yeterince işlemelerinin görünürde çelişki teşkil edip etmeyeceğidir. Ayrıca tek başına bu ölçütün, esas teşkilat gibi kamusal alana ilişkin hukuki konuların yeterince işlenmemiş olmasını açıklamakta yeterli olup olmadığı ayrıca irdelenmeye muhtaç olup, başka bir çalışmanın konusudur.

çıktığı ve zalimane tasarrufların ardı arkası kesilmediği için bir grup mevali, haklı sebebe dayanarak itaatsizliği tercih etmişti. Neticede Haccâc ordusunun gücüyle itaatsizliği kanlı bir şekilde bertaraf etti. Haccâc, huzuruna çağırdığı mühtedilere “Sizler, düşkün yabancı ve barbarlarsınız. Sizin için köylerinizde kalmak daha uygundur”⁷⁰ diyerek onları aşağılamıştır. Akabinde şehre göçmek isteyen mühtedileri, ellerine yaşadıkları yerin adını dağıtmak suretiyle köylerine geri göndermiştir. Bu tarihten sonra siyasi otoritenin mühtedilere karşı tutumunun daha da katılaştığı ifade edilmektedir.⁷¹ Görüldüğü üzere Kremer, isyanın nedenini adil olmayan vergi politikaları ile birleştirerek, mühtedilerin ve mevalinin adalet arayışına bağlamaktadır. Ancak zikredilen sınıfların yanı sıra Emevî yönetiminden memnun olmayan birçok kimsenin bu isyana katıldığı ifade edilmektedir. Bunların arasında Müslüman Araplar, Arap kabile reisleri de bulunmaktaydı.⁷² Wellhausen, söz konusu isyanı başlatan kişinin Arap, Kinde Kabilesi reisi olması ve çok sayıda Iraklı Arap ulemanın, kabilenin başkaldırısında rol alması nedeniyle, isyanın temel zeminini Irak bölgesi ile merkez Suriye arasında gerçekleşen bir iktidar mücadelesi olarak nitelendirmektedir.⁷³ Zikrettiğimiz her iki görüşte de isyanın çıkış nedenine odaklanılmaktadır. Neticede mevali, mühtedi ve Müslüman Araplar ortak bir paydada birleşmişlerdir. İsyana katılanların ittifak ettiği husus, Emevî siyasi otoritesinin çarpık tasarruflarıdır. İsyanı destekleyen toplumsal sınıfların çıkış noktası ve beklentileri özelde farklı olmakla birlikte, siyasi otoritenin adaletten ayrılması, söz konusu sınıfları genelde adalet arayışına götürmüş olmalıdır.

SONUÇ

Hız. Peygamberin vefatından kısa bir süre sonra Hız. Ebubekir halife seçilmiş ve İslam tarihinde Hulefâ-i Raşidîn denilen dört halife dönemi başlamıştır. Yaklaşık otuz yıl süren bu dönem, iktidar-güç mücadelesi doğrultusunda iç karışıklıkların yaşandığı dönemdir. Bu dönemde, sahabeden ileri gelenler ile ehl-i beytten kimselerin karşı karşıya geldiği ve kanlı savaşların yaşandığı tarihsel bir gerçektir. Ayrıca İslam tarihindeki siyasi-itikadi firkaların ortaya çıkış serüvenine özellikle dördüncü halife Hız. Ali döneminde ve sonrasında rastlamak mümkündür. Nitekim üçüncü halife Hız. Osman’ın katledilmesinden sonra iktidar-güç mücadelesi daha da alevlenmiş ve bir yanda Hız. Ali diğer yanda Muaviye taraftarları karşı karşıya gelmişti. Bütün bu siyasal mücadele dinî argümanlar olmadan yürütülemezdi. Dolayısıyla dördüncü halife Hız. Ali’nin katledilmesi akabinde Muaviye’nin kılıç zoruyla kendini İslam ümmetinin halifesi ilan etmesi hadisesi dini argümanlarla meşruiyet zeminine ihtiyacı gerekli kılmaktaydı. Bu doğrultuda Muaviye’nin, iktidarının meşruiyetini dini açıdan sağlayarak otoritesini güçlendirmek ve devamlı kılmak amacını güttüğü görülmektedir.

Muaviye ile birlikte hilafet kurumunun yerini saltanat almış ve din siyasal kudreti elinde bulunduran erk nezdinde araçsal bir mahiyete bürünmüştür. Bu doğrultuda yönetimi elinde bulunduranlar, otoritelerini güçlendirmek ve devamlı kılmak amacıyla dini, siyasal düzleme taşıyarak kurumsallaştırma tasarruflarında bulunmuştur. Emevî siyasi otoritesi, gerek kuruluş

⁷⁰ von Kremer, Alfred. *Culturgeschichte Streifzüge auf dem Gebiete des Islams*, F. A. Brockhaus, Leipzig, 1873, s. 24.

⁷¹ Aksu, s. 97; Haccâc ile İbnu’l Eşas arasında Dayrülcemâcım ve Meskin Savaşı (701 veya 702 yılında) vuku bulmuştur. Savaşlar yüz gün kadar sürmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Aksu, s. 89-96.

⁷² Kremer, 1875, s. 172-173; Kremer, 1873, s. 24.

⁷³ Wellhausen, s. 116-117.

aşamasında gerek sonrasında mevzu hadisler ve itikadi öğretiler ile meşru zemine oturtulmaya çalışılmıştır. Siyasi otorite bu tasarruflarında, ulemadan istifade etmeyi de ihmal etmemiştir. Nitekim ulemadan kimseler, ekonomik refah ve makam teklif edilerek, siyasi otoritenin tahakkümü altına alınmaya çalışılmıştır. İktidarın teklifini kabul eden alimler, fetva vermek suretiyle siyasi otoritenin tasarruflarını meşru zemine oturtmuştur. Buradaki meşruiyet görünüşte dinî; ancak gerçekte siyasiydir. Dolayısıyla Emevîlerle birlikte fetva kurumunun siyasi düzleme çekildiği ve böylelikle kurumsal din anlayışı çerçevesinde yeni bir din-hukuk anlayışının başladığı ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

- Abdülhâlık, Mustafa Nevin. *İslâm Siyasî Düşüncesinde Muhalefet*, Çev. Vecdi Akyüz, İz Yayıncılık, İstanbul, 1990.
- Abdullatif Harputî. *Kelâm Tarihi*, Haz. Muammer Esen, 2. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2012.
- Akbulut, Ahmet. *Sahabe Dönemi İktidar Kavgası: Alevi Sünni Ayrışmasının Arka Planı*, 5. Baskı, Otto, Ankara, 2017.
- Aksu, Ali. *Emevî Saltanatının Irak Valisi Haccâc B. Yûsuf*, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2009.
- Aktan, Hamza. “Kefâet”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. 25, 2002, ss. 166-168.
- Akyürek, Yunus. “Emevîlerde, Haccâc b. Yusuf Döneminden İtibaren Mevaliden Cizye Alınması ve Arka Planı”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, C. 23, S. 1, 2019, ss. 331-351.
- Altuntaş, Abdurrahman. *Kur’anda Temel Siyasi Kavramlar*, Gümüşhane Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.
- Ammara, Muhammed. *Laiklik ve Dini Fanatizm Arasında İslam Devleti*, Çev. Ahmet Karababa, Salih Barlak, Endülüs Yayınları, İstanbul, 1991.
- Arnold, Thomas W. “Halife”, *İA*, C. 5/1, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1987, ss. 148-155.
- Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usûlü*, 5. Baskı, Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, İstanbul, 2002.
- Aycan, İrfan. “Muaviye bin Ebu Süfyan”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 30, 2005, ss. 332-334.
- Aycan, İrfan. “Saltanata Giden Yolda Muaviye b. Ebî Süfyan”, *İslâmî Araştırmalar*, C. 4, S. 2, 1990, ss. 130-145.
- Aycan, İrfan. *Saltanata Giden Yolda Muaviye Bin Ebî Süfyan*, 4. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2014.
- Aydın, Mehmet Akif. *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1985.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.

- Azimli, Mehmet. *Halifelik Tarihine Giriş (Başlangıçtan IX. Asra Kadar)*, Öykü Kitabevi, İstanbul, 2005.
- Baktır, Mustafa. “İslâm Hukukunda Hile-i Şerîyye”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, C. 1, S. 2, 1986, ss. 71-89.
- Becker, Carl Heinrich. “Cizye”, *İA*, C. III, ss. 199-201.
- Bulut, Halil İbrahim. *Dünden Bugüne Siyasi-İtikâdi İslam Mezhepleri Tarihi*, 6. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2019.
- Canikli, İlyas. “Hilâfet Kavramıyla İlgili Hadislerin Tenkidi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, *Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2004.
- Canikli, İlyas. “Siyasî Kültürde Saltanata Dayanak Kabul Edilen Rivayet Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, C. VI, S. 3, 2006, ss. 265-295.
- Cin, Halil “Arazi”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. 3, 1991, ss. 342-346.
- Cin, Halil. “Osmanlı’da Miri Arazinin Hukukî Rejimi ve Bu Arazinin TMK Karşısındaki Durumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S.1, 1966, s. 745-798.
- Cin, Halil. *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974.
- Corcî Zeydân. *İslâm Uygarlıkları Tarihi*, C. I, Çev: Nejdî Gök, III. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- Ebül’ulâ Mardin. “Fetva”, *İA*, C. IV, 5. Baskı, MEB Yayınları, İstanbul, 1978, ss. 582-584.
- el-Câbirî, Muhammed Âbid. *Arap Siyasal Akli*, Çev. Vecdi Akyüz, 2. Baskı, Mana Yayınları, İstanbul, 2020.
- Erkal, Mehmet. “Cizye”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 8, 1993, ss. 42-45.
- Goldziher, Ignaz. *İslam Kültürü Araştırmaları*, C. II, Çev. Mehmed Said Hatiboğlu, Cihad Tunç, 2. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2019.
- Hamidullah, Muhammed. *İslam Peygamberi*, C. II., Çev. Salih Tuğ, Yeni Şafak, 2003.
- Hatiboğlu, Mehmed Said. *Hilafetin Kureyşliliği; İslâm’da İlk Siyasî Kavmiyetçilik*, 3. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2012.
- Hatiboğlu, Mehmet Said. *İslami Tenkid Zihniyeti ve Hadis Tenkidinin Doğuşu*, 2. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2016.
- Hodgson, Marshall. *İslam’ın Serüveni*, Çev. Ahmet Demirhan, Fethi Gedikli vd., C. I, İz Yayıncılık, İstanbul, 1995.

- İbn Haldun. *Tercüme-i Mukaddime-i İbn Haldûn*, C. I, Çev. Pîrîzâde Mehmed Sâhib, 1. Baskı, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2015.
- İbn Kayyim el-Cevziyye. *İ'lâmü'l-Muvakkî'in*, Çev: Pehlül Düzenli, Tahk. ve tahrir: Muhammed Enes Topgül, C. III-IV, 2. Baskı, Pınar Yayınları, İstanbul, 2017.
- İslamoğlu, Mustafa. *Hasan el-Basrî'nin Kader Risalesi Şerhi*, Düşün Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Kenanoğlu, M. Macit. "İslam-Osmanlı Hukukunda Zimmîler", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. 3, S. 5, 2005, ss. 553-574.
- Koyuncu, Nuran. *İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra*, 1. Baskı, İnci Ofset, 2008.
- Kömbe, İlker. Adalet Dairesinin Teşekkülü ve Temel Kavramları, Yayımlanmamış doktora tezi, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 2014.
- Köse, Saffet. "Hile-i Şer'iyye Konusunda Ebû Hanîfe'ye Yöneltilen İthamlar", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 19, 2012, ss. 149-162.
- Köse, Saffet. "Hiyel", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 18, 1998, ss. 170-178.
- Köse, Saffet. *İslâm Hukuku Açısından Kanuna Karşı Hile ve Hile-i Şer'iyye*, 2. Baskı, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2020.
- Kutlu, Sönmez. *Tarihsel Din Söylemleri Üzerine Zihniyet Çözümlemeleri*, 2. Baskı, Otto Yayınları, Ankara, 2016.
- Lewis, Bernard, *İslam'ın Siyasal Dili*, Çev. Fatih Taşar, Rey Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- Merginânî, *Delilleriyle Hanefî Fıkhu (el-Hidâye)*, Çev. Ahmet Meylânî, C. II, Kahraman Neşriyat, İstanbul, 1983.
- Mevdûdî, *Cebir ve Kader Problemi*, Çev. N. Ahmed Asrar, Hilal Yayınları, İstanbul, 2005.
- Mevdûdî, *Hilafet ve Saltanat*, Çev. Ali Gencer, Hilal Yayınları, İstanbul, 2011.
- Muhammed Ebu Zehra. *Ebu Hanife*, Çev. Osman Keskiöğlü, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2005.
- Muhammed Ebu Zehra. *İslâm'da Siyasî ve İtikâdi Mezhepler Tarihi*, Çev: Hasan Karakaya, Kerim Aytekin, Hisar Yayınevi, İstanbul, 1983.
- Muhammed Ebu Zehra. *Mezhepler Tarihi*, Çev. İsmail Dağ, Düşün Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Muhammed Esed. *Kur'an Mesajı (Meal-Tefsir)*, Çev. Cahit Koytak/Ahmet Ertürk, 8. Baskı, İşaret Yayınları, İstanbul, 2013.
- Okur, Kaşif Hamdi. "İslam Hukukunda Boşama Yemini (Talâka Yemin) Meselesi", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 15, 2009/1, ss. 5-30.

- Onat, Hasan. *Emevîler Devri Şii Hareketleri ve Günümüz Şiiliği*, TDV Yayınları, Ankara, 1993.
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan. *Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tâbiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi*, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2003.
- Özkan, Mustafa. *Emevîler Döneminde İktidar-Ulemâ İlişkisi*, 2. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2015.
- Özkan, Mustafa. *İslâm İktisadında Vergiler*, SAMER Yayınları, Kahramanmaraş, 2019.
- Sarıçam, İbrahim. “Klasik Dönem İslam Tarihinde Din İstismarı (Dört Halife ve Emevîler Dönemi)”, *İslâmiyât*, C. III, S. 3, 2000, ss. 139-146.
- Serahsî, *Mebûsât*, Ed. Cevat Akşit, Çev. Kurul, C. 5, C. 10, C. 30, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2011.
- Uzunpostalcı, Mustafa. “Ebû Hanîfe”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. 10, 1994, ss. 131-138.
- Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- von Kremer, Alfred. *Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen*, B. I, Wilhelm Braumüller, Wien, 1875.
- von Kremer, Alfred. *Culturgeschichte Streifzüge auf dem Gebiete des Islams*, F. A. Brockhaus, Leipzig, 1873.
- Watt, W. Montgomery. *İslâm Düşüncesinin Teşekkül Devri*, Çev. Ethem Ruhi Fıçlalı, Sarkaç Yayınları, İstanbul, 2010.
- Wellhausen, Julius. *Arap Devleti ve Sukutu*, Çev. Fikret İşıltan, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963.
- Yaman, Ahmet. *İslâm Aile Hukuku*, Marifet Yayınları, İstanbul, 1999.
- Yaman, Ahmet. *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1998.
- Yaman, Ahmet. *Siyaset ve Fıkıh*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Yıldız, Hakkı Dursun. “İbnü'l-Eşas, Abdurrahman b. Muhammed”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 21, 2000, ss. 32-33.

Piyango Biletinin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Nasıl Değerlendirileceği Meselesi

Selin SERT SÜTÇÜ 

Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye
selin81hukuk@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
Makale Geçmişi Geliş: 15.06.2022 Kabul: 23.01.2023 Yayın: 10.02.2023	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini kabul etmiş, mal ayrılığı, mal ortaklığı ve paylaşımlı mal ayrılığı rejimlerinin ise seçimlik mal rejimleri olduğunu ifade etmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen edinilmiş mallara katılma rejimine göre, eşlerin edinilmiş malları ve kişisel malları olmak üzere iki tür malvarlığı değeri bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu m.219 hükmünde edinilmiş malların tanımını yapmış ve beş bent halinde örnek olarak edinilmiş mal olarak kabul edilebilecek mallara ilişkin unsurları sıralamıştır. Bu tanıma göre; edinilmiş mal, her eşin mal rejiminin devamı süresince karşılığını vermek suretiyle elde ettiği mal varlığı değeridir. Kişisel mallar ise TMK m.220 hükmünde dört bent halinde sayılmış ve kanun koyucu evlilik birliğinin sona ermesi halinde mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin kişisel mallarının ya kanundan ya da eşlerin kendi aralarında yapacakları sözleşmeyle belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Piyango bileti gibi tamamen şansa bağlı olan şans oyunlarından elde edilen gelirin ise TMK m.219 anlamında edinilmiş mal olup olmadığı öğretide ve yargı kararlarında tartışmalara sebep olmuştur. Çalışmamızda bu tartışmalara yer verilerek, görüşümüz açıklanmaya çalışılmıştır.
Anahtar Kelimeler: Milli Piyango Bileti, Mal Rejimi Tasfiyesi, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Edinilmiş Mal, Kişisel Mal.	

The Issue Of How The Lottery Ticket Will Be Evaluated In The Liquidation Of The Regime Of Participation In Goods Acquired

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 15.06.2022 Accepted: 23.01.2023 Published: 10.02.2023	The Turkish Civil Code No. 4721 accepted the regime of participation in acquired property as a legal property regime, and stated that property separation, property partnership and shared property separation regimes are optional property regimes. In the regime of participation in acquired property in the Turkish Civil Code, there are two types of property values, namely the acquired properties and personal properties of the spouses. He made the definition of the acquired goods in the provision of Article 219 of the Turkish Civil Code and listed the elements related to the goods that can be considered as an example acquired goods in five paragraphs. According to this definition; Acquired property is the value of property acquired by each spouse during the continuation of the property regime. Personal properties are listed in four clauses in Article 220 of the TMK and the legislator stated that in the liquidation of the property regime, the personal properties of the spouses should be determined either by law or by the agreement between the spouses. Whether the income obtained from games of chance, such as lottery tickets, which are completely dependent on luck, is an acquired property within the meaning of TMK m.219 has caused debates in the doctrine and judicial decisions. In our study, we tried to explain our opinion by giving place to these discussions.
Keywords: National Lottery Ticket, Liquidation of Property Regime, Regime of Participation in Acquired Property, Acquired Property, Personal Property.	

Atf/Citation: Sert Sütçü, S. (2023). "Piyango Biletinin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Nasıl Değerlendirileceği Meselesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 151-159.

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

Evliliğin boşanmayla sona ermesi, evliliğin kanunda öngörülen sona erme nedenleri arasında yer almaktadır. Evliliğin; sona ermesi halinde eşlerin mallarının nasıl paylaşılacağı sorunu gündeme gelecektir. Mal rejimleri ve mal rejimlerinin tasfiyesi, eşlerin seçmiş oldukları mal rejiminin türüne göre farklı bir tasfiye sistemini gerektirmektedir. 2002 yılından sonra evlenen çiftler bakımından Türk Medeni Kanunu, eşlerin mal rejimi seçmemiş olmaları halinde, eşlerin edinilmiş mallara rejimini¹ kabul ettiklerini hüküm altına alarak, edinilmiş mallara katılma rejimini yasal mal rejimi olarak kabul etmiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin özünü²; edinilmiş mal ve kişisel mal ayrımı oluşturmaktadır. Kanun koyucu edinilmiş mal ve kişisel malı belirlemeye yarayan temel ölçütleri örneklemek suretiyle kanunda belirlemiş, bu şekilde malların tasnifinin yapılmasıyla birlikte tasfiyenin nasıl olacağı konusunda da yol göstermiştir.

I. EDİNİLMİŞ MAL KAVRAMI

Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejimi devam ederken, eşlerin kanun ya da sözleşme de belirlenen şekilde edindikleri malvarlığı değerlerinin mal rejiminin sona ermesiyle birlikte, diğer eşe belirli bir oranda alacak hakkının teminini sağlayan mal rejimi esasıdır³. Edinilmiş mallara katılma rejiminde bir malın edinilmiş mal olarak kabul edilebilmesinin iki şartı bulunmaktadır. Buna göre;

- Mal rejimi süresince edinilme
- Karşılığı verilerek edinilmiş olma olarak edinilmiş malın tespitinde iki şartın varlığı aranmaktadır⁴.

¹ Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, Beta Yayıncılık, 23. Baskı, İstanbul 2020, s.143,144; Ateş, Turan. *T.M.K. Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi*, Bilge Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2013, s.51,52; Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2015, s.253; Gümüş, Mustafa Alper. *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281)*, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul 2008, s.251; Sarı, Suat. *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul 2007, s.9; Gençcan, Ömer Uğur. *Mal Rejimleri Hukuku*, Yetkin Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2022, s.115; Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*, Yetkin Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2022, s.237; Şıpka, Şükran. *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2011, s.14; Özdamar, Demet/ Kayış, Ferhat/Yağcıoğlu, Burcu/ Akgün, Aliye. *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2019, s.69; Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, İstanbul 2022, s. 222.

² Acabey, M. Beşir; “Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Prof.Dr. Hayri Domaniç’e 80.Yaş Günü Armağanı*, II.Cilt, İstanbul 2001, s. 777.

³ Erdem, Mehmet/ Makaracı, Aslı. *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 271; Kılıçoğlu, Ahmet. *Katılıma Alacağı*, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 104-106; Şıpka, s.90 vd; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. s. 145; Acar, Faruk. *Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri*, MHB, C. 35, S. 1, 2016, s. 151; Akbulut, Pakize Ezgi. “*Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Mallar Ayrımı*”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 33; Şeker, Muzaffer. “*Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun’dan Farklı Olan Yönleri*”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007, s. 133; Kuzucu, Mustafa. “*Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Kişisel Mallar*”, (Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 1; Sarı, Suat. s. 134; Zeytin, Zafer. s.94.

⁴ Zeytin, Zafer. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2021, s. 115; Kılıçoğlu, Ahmet. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 42.

Türk Medeni Kanunu m.219 hükmünde; çalışma karşılığı edinilen malvarlığı değerleri, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personel yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, edinilmiş malların yerine geçen değerler ve kişisel malların gelirleri edinilmiş mal olarak kabul edilmiştir⁵. Kanun koyucu, edinmenin bir karşılık sonucu gerçekleşmesini aramış, ancak karşılığın ne olacağı ile ilgili bir tespit yapmamıştır. TMK m.219/1 ve m.219/2 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, karşılık olarak ifade edilenin eşin çalışması veya gelir getirici faaliyeti şeklinde anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁶.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin temelinde, eşlerden birinin ev düzeni, çocuklarla ilgilenirken, diğer eşin çalışması ve gelir elde etmesi sebebiyle ortaya çıkan durumun telafi edilmesi amacı bulunmaktadır.

II. KİŞİSEL MAL KAVRAMI

Kanun koyucu edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde eşlerin sahip olduğu malvarlığı değerlerinin bazılarının kanundan bazılarının ise sözleşmeden dolayı kişisel mal olarak kabul edilmesi esassından hareket ederek, kişisel malın ne olduğunu tespit etmiştir⁷. TMK m.220 hükmünde; eşlerden yalnız birinin kullanımına yarayan eşya, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birisine ait olan veya bir eşin miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, manevi tazminat alacakları ve kişisel malların yerine geçen değerler kanundan ötürü kişisel mal kabul edilmiş, TMK m.221/1 hükmüyle bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin ve kişisel malların gelirlerinin de yine eşlerin yapacakları sözleşmeyle kişisel mal olarak kabul edilebileceği kabul edilmiştir.

III. MİLLİ PİYANGO BİLETİNİN MAL REJİMİNİN TASFİYESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerin malvarlığının tasfiyesi sırasında edinilmiş mal, kişisel mal olarak malvarlığı değerlerinin sınıflandırılmasını ve bu sınıflandırmaya göre de tasfiyenin yapılmasını öngörmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında bir malın edinilmiş mal olarak mı yoksa kişisel mal olarak mı değerlendirileceği ile ilgili kanunda bazı ölçütler tespit edilmişse de kanunda açıkça tespiti yapılamayan malvarlığı değerlerinin tasfiye sırasında nasıl değerlendirileceği tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalardan birisi de milli piyango bileti gibi şansa ve tesadüfe bağlı olarak kazanılan ikramiyelerin nasıl değerlendirileceği meselesidir.

Milli piyango, bingo, tombala, spor toto, sayısal loto, süper loto, on numara, iddia, at yarışı, bahis oyunları gibi tamamen şansa dayalı oyunlarla, televizyon programlarında yayınlanan

⁵ Akıntürk/Ateş, s. 158.

⁶ Şıpka, s. 93 vd; Erdem/ Makaracı, s. 278.

⁷ Öztan, s.447; Sarı, s. 168; Kılıçoğlu, Ahmet. *Katkı-Katılma Alacağı*, s. 45; Şeker, s. 148.

yarışma programları sonucunda elde edilen yarışma gelirleri sonucu kazanılan para⁸, ev, eşya gibi şeylerin tamamı talih ve tesadüfe bağlı mal türüdür⁹. Dolayısıyla inceleme konumuz her ne kadar milli piyango bileti ile sınırlandırılmış da olsa, bu kapsama tüm tesadüfe bağlı olarak kazanılan malvarlığı değerlerinin dahil edilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu edinilmiş mallara katılma rejiminde, edinilmiş mal ve kişisel mal ayrımını yaparken, TMK m.219 ve m.220 hükümlerindeki düzenlemeleri esas almıştır. Bu hükümlerde, eşin çalışması ve gelir getirici faaliyetinin olağan sonucu dışında elde ettiği malların (edinilmiş mallardan veya kişisel mallardan satın alınan şans oyunu biletleri) nasıl değerlendirileceği gündeme gelecektir.

Tesadüf, baht gibi unsurların ön planda olduğu şans oyunlarından elde edilen ikramiyelerin ise öğretide kişisel mal olarak kabul edildiği görülmektedir¹⁰. Öğretide ilk görüşe göre; milli piyango, spor toto gibi şans oyunlarından elde edilen gelirlerin kişisel mal olduğu ifade edilmiştir¹¹.

Bir diğer görüş; Loto veya piyango gibi yollarla kazanç elde edilmesinde, kişisel mal karakterinin büyük ölçüde baskın olduğunu, koçan veya bilet parasına oranla elde edilen ikramiye miktarının değerinin daha fazla olduğunu; piyango biletini alan kimselerin çok büyük çoğunluğunun ikramiye kazanmadığını, bir milyon veya daha fazla kimse içinden bir ya da birkaç kişinin ikramiyeyi elde ettiğini, böyle bir yapının kazanımın kişinin şansını da ortaya koyduğunu, şansın ön planda görünmekte olduğunu bu nedenlerle karşılığını vererek elde etme durumunun olmadığını gösterdiğini, loto veya piyangoya harcanan katılım ücretinin edinilmiş mallardan karşılanması halinde, TMK.m.230/3 hükmünden yararlanılarak elde edilen kazancın edinilmiş mal olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir¹².

Öğretide bir başka görüş; talih oyunlarından kazanılan para ya da malın eşin talihine dayalı hiçbir emek vermeden kazanılmasından dolayı TMK m. 220 b.2 hükmünce kişisel mal olması gerektiğini savunmaktadır¹³.

Bir başka görüş; İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 121 III 203 E.4. kararına atıfta bulunarak lotodan elde edilen kazancın, eğer bu loto kâğıdı edinilmiş mal ile alınmış ise edinilmiş

⁸ “Kişinin tecrübe, bilgi birikimi, yetenek gibi kendi kişisel özelliklerinin ön planda olduğu yarışma programlarından elde edilen gelirlerin öğretide edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır”; Şıpka, Şükran/ Özdoğan, Ayça. *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 88; Karamercan, Fatih. *Katkı- Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2022, s. 144.

⁹ Milli Piyango Hakkındaki 3670 Sayılı Kanun, 04.04.1988 Tarih ve 320 Sayılı KHK ile 09.07.2018 Tarih ve 703 Sayılı KHK piyangoyu; bastırılmış numaralı biletlerin satılarak, adet ve tutarları önceden belirlenmiş ikramiyeleri kazanacak numaraların belirli günde çekilecek kura ile saptanması esasına dayanan şans oyununu; Sayısal Loto; Belirli bir rakam grubu içinden çekilecek kura sonunda saptanan adetlerde rakamların bilinmesi halinde ikramiye verilmesi esasına dayanılarak tertiplenen şans oyununu, Hemen-Kazan; Belirli ikramiyeleri ihtiva eden özel biletlerin üzeri kapalı kısımlarının kazınarak ikramiyeyi gösteren sayı veya işaretin çıkarılması suretiyle oynanan şans oyununu, Şans Oyunları; karşılığı nakit olmak üzere oynatılan piyango, sayısal oyunlar, hemen-kazan ve benzeri oyunları olarak ifade edilmiştir.

¹⁰ Zeytin, s. 122; Şıpka, s.103; Acar, Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri- Eşin Yasal Miras Payı*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 181.

¹¹ Kılıçoğlu, s. 132; Zeytin, s. 122; Kuzucu, s. 39.

¹² Acar, s. 181.

¹³ Gençcan, s. 115.

mal grubuna girmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴. İsviçre Federal Mahkemesi 11.04.1995 Tarihli BGE 121 III 201 kararında; edinilmiş malların, eşlerden birisi tarafından mal rejiminin devamı süresince ivazlı olarak edinilen malvarlığı değerleri olduğunu, bu sebeple eşlerden birinin satın aldığı piyango biletinin finanse edildiği kaynağa göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini, piyango biletinin edinilmiş mallardan satın alınması halinde edinilmiş mal, kişisel malvarlığı değerinden satın alınması halindeyse kişisel mal olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁵.

Bir diğer görüşe göre¹⁶, oyun ücreti ile kazanılan bedel arasında ciddi bir fark olsa da bu ivazsız bir kazanç olduğu anlamına gelmeyecektir. Cüz"i bir miktar da olsa bir bedel ödenmek suretiyle şans oyunu oynandığı için söz konusu kazandırma karşılık verilerek elde edilen bir kazandırmadır ve geliri edinilmiş mal sayılmalıdır.

Öğretide bir diğer görüşe göre; piyango ve benzeri talih oyunlarından elde edilen kazançta, eşler arasında paylaşımı haklı kılan karşılıklı yardımlaşma, dayanışma ve işbölümünün bir etkisinin olmaması, ikramiyenin kazanılmasında, kazanan eşin şansının önemli bir faktör olarak gözükmemesi hususları dikkate alınarak, olması gereken hukuk açısından, yapılacak bir yasa değişikliğinde bu yollardan elde edilen kazancın kişisel mal sayılması gerektiğinin savunulabileceği, fakat var olan hukuk açısından bunu savunmanın güç olduğu, öncelikle bir malın ivazlı sayılabilmesi için, edimler arasında ekonomik anlamda bir dengenin olması zorunlu olmayıp, hukuki anlamda bir karşılık ilişkisinin olması yeterli olduğu, bu nedenle, piyango ve benzeri oyunlarda katılma bedeli ile kazanılan ikramiye arasında aşırı bir fark olduğu durumlarda bile ivazsız iktisaptan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁷. Bu görüşe göre, ikramiyenin kazanılması için harcanan paranın eşlerin kendi kişisel malvarlığı değeri üzerinden satın alınma imkânı bulunmamaktadır. Kanun gereği, edinilmiş mallardan elde edilen gelirler de kişisel malların geliri de edinilmiş mal olarak kabul edildiğine göre olması gereken açısından elde edilen ikramiyenin de edinilmiş mal kabul edilmesi gerekmektedir.

Öğretide bir başka görüş ise; piyango biletine isabet eden para eşin emek ve çalışmasının karşılığı olmayıp, kişinin kendine özel şansını olduğunu; bu nedenle piyango, loto, at yarışı, kumar, bahis gibi talih (şans) oyunlarından çıkan ikramiyenin kişisel mal sayılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁸.

Yargıtay bir kararında; "Evlilik eğer bir hayat ortaklığı bir kader birliği olarak görülüyorsa, iyi günde, kötü günde yoksullukta zenginlikte sonuç itibarıyla kaynağı şans olsa bile bir karşılık varsa ve o karşılık edinilmiş mallardan karşılanmış ise, bu edinilmiş mal sayılmalıdır. Bu bilgiler

¹⁴ Öztan, s.253.

¹⁵ Kaşak, Fahri Erdem. "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Lotodan Kazanılan İkramiyenin Edinilmiş Mal Sayılacağına İlişkin 11.04.1995 Tarihli (BGE 121 III 201) Kararı", *AHBHFD*, Y.2014, C.18, S. 1, s. 268; Kırmızı, Mustafa. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu*, Bilge Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2014, s.224; Nâf- Hofmann, Marlies/ Nâf- Hofmann, Heinz. *Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das eheliche Güterrecht und das Erbrecht der Ehegatten*, Zürich 1998, Nr. 1497.

¹⁶ Yetik, Nurten. *Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri*, Bilge Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 145; Kılıçoğlu, Ahmet, *Edinilmiş Mallar*, s. 46.

¹⁷ (Geniş bilgi için; Acabey. Mehmet Beşir. "Edinilmiş Katılma Rejiminde Tartışmalı Bazı Konular Hakkında Düşünceler", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 73, Nisan 2009, S.2, s.169-170).

¹⁸ Zeytin, Zafir. s.95; Yetik, Nurten. s.118; Özer Deniz, Miray. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016, s. 51.

ışığında somut olaya bakıldığında; davalı ikramiye çıkan milli piyango biletini kişisel mal ya da kişisel mal yerine geçen bir değerle aldığını iddia etmediğine ve aksini kanıtlamadığına göre biletin günlük harcama kapsamında edinilmiş malla alındığı ve bu nedenle edinilmiş mal grubuna dahil olduğunun kabulü gerekmektedir” diyerek elde edilen ikramiyenin edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁹.

Yargıtay bir başka kararında ise; “Somut olayda bu hususla ilgili olarak daire'ce yapılan tartışmalar sonucunda genel bir değerlendirme yapılmamış, her dosyadaki özel durumlar ve ortaya çıkabilecek somut olgular nedeniyle farklı neticelere varılabileceği de gözetilerek eldeki davadaki deliller ve dosya kapsamına göre irdeleme yapılmıştır. Bu değerlendirme sonunda ikramiye çıkan milli piyango biletinin alışverişin yapıldığı market tarafından herhangi bir karşılık gözetilmeksizin, ivazsız şekilde promosyon olarak verildiği, bu durumda TMK'nun 220 /b.2 de yazılı “...ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde edilen malvarlığı” çerçevesinde, talihe (şansa) dayalı olarak kazanılmasından dolayı kişisel mal olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır²⁰” diyerek kişisel mal olarak kabul ettiği görüşüne yer vermiştir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Türk Aile Hukukunda eşlerin mal rejiminin tasfiyesinde kabul edilen yasal mal rejimi; edinilmiş mallara katılma rejimidir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin temelinde ise; eşlerin evlilikleri boyunca bir malı edinmeleri ve aynı zamanda karşılığı verilerek edinilmiş mal olma şartı aranmaktadır.

Şans oyunlarına yatırılan miktarların düşük olması ancak kazanılan miktarların yüksek olması, kazanılan ikramiyenin tamamen tesadüfe bağlı olması ve bu tesadüfün kişinin şansına bağlı olması kazanılan ikramiyenin kişisel mal olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna bizi yaklaştırmaktadır. Şans oyunlarına yatırılan paranın çok yüksek olması mesela birden çok bilet alınması ve ailenin sahip olduğu paranın tamamının şans oyunlarına yatırılması halinde durumun değerlendirilmesi bu durumun mal rejimini tehlikeye soktuğu düşünülerek, mal ayrılığı rejimine geçilmesi hususunun değerlendirilmesi gerekecektir.

Yargıtay kararındaki ikramiyenin edinilmiş mal olarak kabul edilme sebebi olarak gösterilen biletin satın alınması için ödenen ekonomik bir karşılık olduğu ve ekonomik karşılık olması sebebiyle de edinilmiş mal olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmişse de kararda dikkat edilen tek hususun biletin ekonomik bir karşılık olup olmadığını değerlendirmesidir. Şans oyunlarının oynanması bakımından ekonomik bir karşılık ödense de bu karşılık her zaman ekonomik değere kavuşma garantisi vermemektedir. Aksine ikramiye olan karşılık tamamen şansa bağlıdır.

Türk hukuku açısından bir görüş olarak ifade edilen şans oyunlarının oynanması için verilen paranın kişisel mal olduğu durumlarda ikramiyenin kişisel mal olması, şans oyunlarının oynanması için verilen paranın edinilmiş maldan olması halinde ikramiyenin de edinilmiş mal kabul edilmesi Türk aile yapısı bakımından değerlendirildiğinde ispatı çok zor hatta imkânsız

¹⁹ Y.8. HD, 27.06.2014 T., 2013/7361 E., 2014/13668 K. (Kazancı) (E.T. 23.05.2022)

²⁰ Y. 8. HD, 11.02.2014 T., 2013/19109 E.,2014/2080 K. (Kazancı) (E.T. 23.05.2022)

hususlardandır. Aile birliği içerisinde çoğunlukla eşlerin ekonomik bir birliktelik içerisine de girdikleri, malvarlığı değerlerini ortak olarak kullandıkları ve ortak olarak tasarrufta buldukları kabul edildiğinde eşlerden birinin şans oyunu oynarken oyun parasını edinilmiş maldan mı karşıladığı yoksa kişisel maldan mı karşıladığını tespit etmek neredeyse mümkün değildir. Bu sebeple de tespit edilemiyorsa kazanılan ikramiye edinilmiş maldır şeklinde bir değerlendirme yapılması TMK m.219 hükmüne göre zorlama bir değerlendirme olacaktır. Bu durumda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus TMK m.219/5 hükmüne göre; edinilmiş malların yerine geçen değerler de edinilmiş maldır hususundan yola çıktığımızda şans oyunlarının oynanması için harcanan değer ile kazanılan değer arasında adeta bir uçurum olduğu tespit edildiğinden, burada ikame bir değer vardır demek de zorlama bir yorum olacaktır. Ayrıca edinilmiş mal olarak bir malın kabul edilmesi ölçütü olarak kabul ettiğimiz karşılığını verme olgusunun da şans oyunları bakımından tam olarak karşılığını bulması ödenen küçük bedelin karşısında büyük ikramiyenin olması sebebiyle bir karşılık olarak değerlendirilemez. Şans oyunlarının oynanması sebebiyle kazanılan ikramiyede diğer eşin emeğinden veya çalışma karşılığı elde ettiği bir bedelden de bahsetmek mümkün olmadığından, Türk öğretisi bakımından genel kabul gören şans oyunlarından elde edilen ikramiye kişisel maldır görüşünün kabul edilmesi isabetlidir.

Kişisel malvarlığı değerlerinin neler olduğunu düzenleyen TMK m.220 hükmüne baktığımızda, kanunun kişisel mal olarak kabul ettiği mal varlığı değerlerinin eşlerden birinin kullanımına yarayan eşya, eşlerin tek başına kullandığı ya da miras gibi karşılıksız olarak sahip olunan malvarlığı değerlerinin sınıflandırmaya tabi tutulduğu, bu durumda bilet karşılığı olarak verilen ikramiyenin kişisel mal olarak kabul edilmesi görüşünün tartışmaya açık olduğu görülecektir.

Alman hukukunda olduğu gibi ya ikramiyenin tamamen edinilmiş mallara katılma rejiminin dışında tutularak paylaşım dışında bırakılması ya da şans oyunlarından elde edilen ikramiyenin mal tasfiyesi sırasında değerlendirilmesinde özel olarak düzenlenmesi gerekecektir.

Mevcut yasal hükümler düzenlemeler bakımından değerlendirme yapıldığında ise şans oyunlarından kazanılan ikramiyenin talih ve tesadüfe dayalı olması sebebiyle kişisel mal olarak değerlendirilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Türk Hukuk sisteminde yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminin temelinde eşlerin malvarlığı değerlerinin edinilmiş mal ve kişisel mal olarak sınıflandırılması ve sınıflandırmaya bağlı olarak tasfiyenin yapılması esası benimsenmiştir.

Bir mal varlığı değerinin edinilmiş mal olarak kabul edilmesi için evlilik süresince edinilme ve karşılığı verilerek edinilmiş olma şartları aranmış, kanun koyucu TMK m.219 hükmünde ayrıca edinilmiş malları belirtmiş, aynı şekilde TMK m.220 hükmünde de kişisel mallar sayılmıştır. Düzenlemeye baktığımızda şans oyunlarından elde edilen ikramiyenin edinilmiş mal veya kişisel mal olarak sınıflandırmaya tabi tutulmadığı bu sebeple de edinilmiş mal mı yoksa kişisel mi olarak değerlendirilmesi gerektiği ile ilgili farklı görüşler olduğu tespit edilmiştir.

Kanımızca, düşük ücretler ödenerek alınan şans oyunlarında ikramiye kazanılması tamamen tesadüfe bağlı olduğundan, diğer eşin bu tesadüf kazanımda ne maddi ne de emek olarak bir katkısı olmadığından yeni bir düzenleme yapıp, şans oyunlarından elde edilen ikramiyenin hangi mal

sınıfında değerlendirileceğine ilişkin özel bir düzenleme yapılmadıkça mevcut hukuki düzenlemeye göre kişisel mal olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

Acabey Mehmet Beşir. “Edinilmiş Katılma Rejiminde Tartışmalı Bazı Konular Hakkında Düşünceler”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 73, Nisan 2009, S.2, s.169-214.

Acabey, Mehmet Beşir. “Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80.Yaş Günü Armağanı*, II. Cilt, İstanbul 2001, s.777-798.

Acar, Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri- Eşin Yasal Miras Payı*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2014.

Acar, Faruk. *Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri*, MHB, C. 35, S. 1, 2016, s.143-156.

Akbulut, Pakize Ezgi. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Mallar Ayrımı”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.

Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, Beta Yayıncılık, 23. Baskı, İstanbul 2020.

Ateş, Turan. *T.M.K. Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi*, Bilge Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2013.

Özer Deniz, Miray. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016.

Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, İstanbul 2022.

Erdem, Mehmet/ Makaracı, Aslı. *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2022.

Gençcan, Ömer Uğur. *Mal Rejimleri Hukuku*, Yetkin Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2022.

Gümüş, Mustafa Alper. *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281)*, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul 2008.

Karamercan, Fatih. *Katkı- Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2022.

Kaşak, Fahri Erdem. “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Lotodan Kazanılan İkramiyenin Edinilmiş Mal Sayılacağına İlişkin 11.04.1995 Tarihli (BGE 121 III 201) Kararı”, *AHBHFD*, Y.2014, C.18, S. 1, s.265-268.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2022.

- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Katkı-Katılma Alacağı*, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2016.
- Kırmızı, Mustafa. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu*, Bilge Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2014.
- Kuzucu, Mustafa. “*Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Kişisel Mallar*”, (Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019.
- Nâf- Hofmann, Marlies/ Nâf- Hofmann, Heinz. *Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das eheliche Güterrecht und das Erbrecht der Ehegatten*, Zürich 1998.
- Özdamar, Demet/ Kayış, Ferhat/Yağcıoğlu, Burcu/ Akgün, Aliye. *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2019.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2015.
- Sarı, Suat. *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- Şıpka, Şükran. *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- Şeker, Muzaffer. “*Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun’dan Farklı Olan Yönleri*”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007, s.133-152.
- Şıpka, Şükran/ Özdoğan, Ayça. *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2015.
- Yetik, Nurten. *Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri*, Bilge Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2008.
- Zeytin, Zafer. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2021.

Hesaplamalı Hukuk

Merve Aysegül KULULAR İBRAHİM 

Dr. Misafir Öğretim Üyesi, Kanada Queen's Üniversitesi; Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilimdalı Bşk., Ankara, Türkiye, Türkiye merve.ibrahim@queensu.ca
aysegul.kulular@asbu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Ali Semih ÇAMKERTEN 

Hukuk danışmanı ve veri bilimci, Plaza Vennootschap onder Firma (Plaza V.O.F), Enkhuizen, Hollanda
Consultant, data scientist, Plaza Vennootschap onder Firma (Plaza V.O.F), Enkhuizen, the Netherlands,
as.camkerten@plazaconsultancy.com

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 08.11.2022 Kabul: 13.02.2022 Yayın: 22.02.2023</p> <p>Anahtar Kelimeler: Hesaplamalı hukuk, Ağ analizi, Hesaplamalı karmaşıklık teorisi, Hukukun ampirik analizi, Algoritmik hukuk.</p>	<p>İnternetin ve bilişim teknolojilerinin gelişimi veriye erişimi kolaylaştırmış, verilerin niteliksel ve niceliksel olarak büyümesi söz konusu olmuştur. Tüm bu gelişmeler veri analizlerinin yaygınlaşmasını sağlamıştır. Gelişen teknoloji ile farklı analiz sistemlerinin veri analizlerinde kullanılarak elde edilen sonuçlara göre öngörülen hipotezlerin doğruluğunun veya yasal düzenlemelerin etkinliğinin veya etkili olma ihtimalinin değerlendirilebildiği uygulamalar gündeme gelmiştir. Bu uygulamalarda hukukun sayılarla ifade edilerek yapılan analizler olarak tanımlanabilen hesaplamalı hukuk neticesinde karmaşıklık teorisi yardımıyla mevzuatın uygulamaya yansımaları dijital sistemler üzerinden sorgulanmaktadır. Burada amaç hukuk uygulamasındaki somut gerçeklerin tespit edilmesidir. Bu sorgular neticesinde elde edilen çıktılara göre ilgili hukuk kurallarının özgülendiği amacın uygulamada etkili olup olmadığı değerlendirilebilmektedir. Benzer sistemler kullanılarak hukuki düzenlemelerin birbiri ile ilişkisi yahut bir kuralın hukuk sistemi içerisindeki konumu da analiz edilebilmektedir. Topluların davranışları, suça yönelimleri gibi sosyal olguların da hesaplamalı hukukta analizi mümkün olup bu analiz sonuçları doğrultusunda suçu önleyici mekanizmalar öngörülebilir. Bu çalışmada hesaplamalı hukukun tanımı ve ağ analizi, ampirik analizi ve algoritmik hukuk gibi uygulama alanları analiz edilmiştir. Hesaplamalı hukuk uygulamalarının irdelendiği örnekler üzerinden muhtemel riskleri de belirtilerek hukuki işlevselliğin artırılmasında hesaplamalı hukukun öneminin ortaya konması amaçlanmıştır. Bu çalışmanın hesaplamalı hukukun Türk hukukunda uygulanması ve doktrin oluşmasında tetikleyici olacağı öngörülmektedir.</p>

Computational Law

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 08.11.2022 Accepted: 13.02.2022 Published: 22.02.2023</p> <p>Keywords: Computational law, Network analysis, Computational complexity theory, Empirical analysis of law, Algorithmic law.</p>	<p>The development of the Internet and information technologies has facilitated access to data which increased both qualitatively and quantitatively. As a result, data analysis has become a tool used widespread. Hypotheses -predicted according to the results obtained by data analysis systems- are evaluated whether they are correct or not with respect to data analysis. In addition, using computational law the effectiveness or the possibility of effectiveness of legal regulations might be assessed. Computational law is defined as the analysis made by expressing the law with numbers. The impact of legislation on practice is questioned through digital systems, considering complexity theory. According to the outputs obtained, it can be evaluated whether the purpose of the legal rules is effective in practice. Digital systems also analyze and classify the relationship of legal regulations among each other or the position of a rule in the legal system. Moreover, computational law analyzes social phenomena such as the behavior of societies and their tendency to crime in. Crime prevention mechanisms should be regulated with respect to indication of algorithmic analysis. This article analysis the definition of computational law and its applications such as network analysis, empirical analysis and algorithmic law. By specifying the possible risks through examples where computational law practices are examined, this article aims to reveal the significance of computational law in order to increase legal functionality. This study is expected to trigger the Turkish law doctrine on computational law.</p>

Atıf/Citation: Kulular İbrahim, M.A.; Çamkerten, A.S. (2023). Hesaplamalı Hukuk, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s.160-182.

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

Toplumda herhangi bir çatışma söz konusu olduğunda ihlale neden olanlar ile ihlalden zarar görenler arasında bir tür hesaplaşma aracı olarak sorumluluk bağlamında hukuk gündeme gelmektedir¹. Özellikle dijital sistemlerin gelişimiyle bireylerin; haklarını koruyacak devlet erki ve hukuki düzenlemelere rağmen sosyal medyaya yönelerek başkalarının kişilik haklarını ihlal eden hukuka aykırı paylaşımlarla kendi şahsi hesaplaşma aracı olarak sosyal medyayı kullanmaları söz konusudur². Devletlerin hesaplaşması olarak kabul edilen savaş³, artık sosyal platformlar üzerinde devlet-devlet, birey-birey veya birey-devlet şeklinde farklı aktörlerin hesaplaştıkları dijital savaş halini almıştır. Bu şekilde bireylerin temel haklarının dahi ihlal edildiği sosyal ağlar üzerinde hukuki düzenlemelerin hiçe sayılarak dijital sistemlerin “kişisel hesaplaşmada kullanılması” mümkün olduğu gibi⁴ hukuki düzenlemelerin etkinliğini artırıcı bir işlevde “hesaplamalı hukukta kullanılması” da mümkündür. Bu bağlamda hesaplamalı hukuk, sosyal olguların dijital ortama aktararak bilgisayar sistemleri kullanılarak yapılan analizler sonucu hukuki düzenlemelerin daha anlamlı ve etkin hale getirilmesini amaçlamaktadır.

Hukuk, hakimlerin veya kanun koyucunun, yasal bir sonuca varmadan önce bütünsel bir sürecin dikkate alındığı veya hakların dengelenmesi gibi çeşitli unsurların dikkate alındığı çok faktörlü testler sonucu oluşmaktadır⁵. Bu tür unsurlar özellikle bilişim teknolojilerindeki gelişmeler ve elde edilebilecek verilerin niteliksel ve niceliksel artışı sonrasında hukukun bilgisayar diline uyarlanması ve elde edilen sonuçların analizi doğrultusunda kuralların düzenlenmesinde sıklıkla kullanılır olmuştur. Hesaplamalı hukuk; sosyal olguların dijital ortama aktararak ve sosyal unsurların analiz edilerek sözleşme hukuku, iş hukuku, vatandaşlık hukuku, ticaret hukuku, idare hukuku, ceza hukuku⁶ gibi hukukun oldukça farklı alanlarında gerçekleştirilecek işlem ve oluşturulacak düzenlemelerin bu analiz sonuçlarına göre

¹ Gülener, Serdar. "Çatışmacı Bir Geçmişten Uzlaşmacı Bir Geleceğe Geçişte Adalet Arayışı: Geçiş Dönemi Adaleti ve Mekanizmalarına Genel Bir Bakış", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 8, S. 32, 2012, s.61.

² Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. "Sosyal Medyaya Yönelik Yeni Düzenlemelerin Hukuken Değerlendirilmesi", *Bilişim Hukuku Dergisi* C. 4, S. 1, 2022, s. 5, 6. Ahlak kuralları kişinin kendi kendine vicdani hesaplaşmasına yönelik olduğu gibi (Yıldız, Abdulkadir. "Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki", *Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı*, düzenleyen: Nihat Erdoğan, Ömer Torlak and Kübra Bilgin Tiryaki, İGİAD Yayınları, İstanbul, 2018, s. 365.) hukuk kuralları da kişilerin bir zarar olması durumunda zarar gören ile verenlerin hesaplaşmasının devlet erki ile gerçekleştirilmesine yöneliktir.

³ Aslan, M. Yasin. "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri," düzenleyen: Özlem Bilgilioğlu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 21, S. 79, 2008, s.247.

⁴Dijital mecraların hesaplaşma aracı olarak kullanılması dolayısıyla insan onurunun korunarak bireyin toplum içerisinde manevi varlığını, kişiliğini geliştirebilmesi için özellikle sosyal ağlarda kişisel verilerin korunması hakkının insan hakkı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Doğan, Bayram. *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı*, Adalet, Ankara, 2022, s. 43. Bu koruma için hukuk devletinin her türlü yükümlülüğünü yerine getirerek sosyal medya şirketlerine karşı gerekli mekanizmaları kurarak önlem alması önem arz etmektedir.

⁵ Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner. "Quantum Computing and Computational Law", *Law, Innovation and Technology*, C. 13, S. 2, 2021, s. 305.

⁶ Hesaplamalı hukukun kullanım alanlarından biri de ceza hukuku kapsamında çeşitli verilerden faydalanılarak algoritmalar yardımıyla hukuka aykırı eylemlerin tespitine ilişkin öngörüler elde edilmesidir. Ancak her ne kadar şiddet içeren eylemlere yol açabilecek davranışları tespit etmeye yönelik veriler, yöntemler ve teknolojiler artmış ve gelişmiş olmasına rağmen bunlar kullanılarak şiddet içeren eylemlere yol açabilecek davranışlar her zaman için net şekilde tespit edilememektedir Davis, Paul K., Walter L. Perry, Ryan Andrew Brown, Douglas Yeung, Parisa Roshan ve Phoenix Voorhies. *Using Behavioral Indicators to Help Detect Potential Violent Acts: A Review of the Science Base*, RAND Corporation, 2013, s. 149.

değerlendirilmesi şeklinde tanımlanabilir. Bu bağlamda toplumların davranış ve eğilimlerinin değerlendirilerek elde edilen anlamlı sonuçlar dikkate alınarak yasaların işlerliğinin ve etkinliğinin tespit edilmesi hesaplama hukuk ile mümkün hale gelmiştir. Böylece hesaplama hukuk ile toplumda daha etkin olabilecek ve toplumu daha iyiye yönlendirebilecek kuralların elde edilmesi amaçlanmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle hesaplama hukuk tanımlanmış, ardından hesaplama hukukun kullanım alanları açıklanmıştır. Hesaplama hukukun uygulama alanları içerisinde algoritmik hukuk, hukukun ampirik analizi, görselleştirilmesi ve ağ analizi şeklindeki uygulamalar farklı başlıklar altında analiz edilmiştir. Bu çalışma ile hesaplama hukukun suçun önlenmesi amacı başta olmak üzere yasakoyucunun daha anlamlı ve toplum üzerinde daha etkili hükümler öngörmesinin hesaplama hukuk ile nasıl mümkün olduğunun somut hesaplama hukuk uygulamaları üzerinden gösterilmesi amaçlanmıştır. Bu çalışmada yasalar arasındaki bağlantıların analizi, toplum davranışlarının analizi, sosyal olguların bilgisayar dilinde ifade edilmesi gibi klasik hukukun aşına olmadığı hesaplama hukuk ile dijital sistemlerin olanaklarının hukuka aktarılması kamu yararının nasıl en verimli şekilde sağlanabileceğinin gösterilmesi amaçlanmıştır.

I. HESAPLAMALI HUKUK

Hesaplama hukuk (computational law) elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemlerin, anlamsal açıdan zengin yasalara, düzenlemelere, sözleşme şartlarına ve iş kurallarına odaklanan otomatik yasal muhakemeye ilişkin bir tür yaklaşım olarak tanımlanabilir⁷. Bu bağlamda hesaplama hukuk, hukukun algoritmik biçimde ifadesi, uygulanması ve analizidir⁸. Sosyal unsurların sayılarla açıklanması aslında doğa bilimlerinde bilginin elde edilmesi ve üretimi için gerekli olan bilimsel metodun, insan davranışlarını inceleyen sosyal bilimlere uyarlanmasıdır⁹.

Teorik bilgisayar biliminin temel alanlarından biri olan hesaplama karmaşıklık teorisi¹⁰ nadiren bilgisayar bilimi topluluğu dışında kullanılmıştır¹¹. Hesaplama karmaşıklık teorisinin yaygın uygulaması, 2 farklı makinenin veri uzunluğuna göre gelişme hızının karmaşıklığının karşılaştırılmasıdır¹². Hesaplama karmaşıklık teorisi, sonlu kombinasyon nesnelere ilişkin problem çözmeye dair uygulamadaki güçlükleri sınıflandırmayı ve karşılaştırmayı amaçlar¹³.

Bilgisayar bilimcileri tarafından geliştirilen hesaplama karmaşıklık teorisi gerçeklerin tespit edilmesi ona göre ilgili hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik belirli bir çerçeve oluşturulmasını sağlamaktadır¹⁴. Kades 1997 tarihli makalesini hesaplama karmaşıklık teorisini

⁷ Love, Nathaniel ve Michael Genesereth. "Computational Law" *Proceedings of the 10th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL '05)*. New York: Association for Computing Machinery, 2005, s. 205.

⁸ Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner, "Quantum Computing and Computational Law", s.303.

⁹ Dixon-Roman, Ezekiel, Ama Nyame-Mensah ve Allison R. Russell. "Algorithmic Legal Reasoning as Racializing Assemblages" *Computational Culture*, S. 7, 2019, s. 6. <http://computationalculture.net/algorithmic-legal-reasoning-as-racializing-assemblages/>, (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

¹⁰ Du, Ding-Zhu ve Ker-I Ko. *Theory of Computational Complexity*, John Wiley & Sons, Inc, New York, 2000, ix.

¹¹ Kades, Eric. "The Laws of Complexity & the Complexity of Laws: The Implications of Computational Complexity Theory for the Law", *Rutgers Law Review*, C. 49, S. 2, 1997, s. 405.

¹² Du, Ding-Zhu ve Ker-I Ko. *Theory of Computational Complexity*, s. 18.

¹³ Zalta, Edward N. "Computational Complexity Theory", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, s. 1. <https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/computational-complexity/>, (Erişim Tarihi: 10.10.2022).

¹⁴ Kades, "The Laws of Complexity & the Complexity of Laws: The Implications of Computational Complexity Theory for the Law", s. 405.

yasal sorunlara uygulayan ilk makale olarak belirtmiştir¹⁵. Karmaşıklık teorisi, hukuku; aktörler, kurumlar ve “sistemler” gibi birçok yapıyı içeren etkileşimli bir ağı, yasal iletişimlerde gözlendiği üzere karmaşık toplu davranışlara yol açan, genel (herşeyi düzenleyen) bir kılavuz olmadan çalıştığı kendi kendini organize eden bir kurum olarak ele almaktadır¹⁶. İnsanların yaptıkları hukuki düzenlemelerin hesap uygulamalarına dönüştürülmesine ilişkin çalışmalar 1700lerde başlamıştır¹⁷. Sonrasında gelişmeye devam edilmesine rağmen bugün itibarıyla hesaplamalı hukukun geldiği noktada hala belirsizlikler bulunmaktadır. Yasal uygulamaları değerlendirmek için hesaplama karmaşıklığı teorisinin ne ölçüde kullanılabileceği net olarak belirlenebilmiş değildir¹⁸. Bu bağlamda hesaplamalı hukuk henüz ilkel durumda kabul edilmekte, ancak yeni ve daha güçlü algoritmalar buldukça hesaplamalı hukukun sürekli olarak gelişecek bir yapıda olduğu belirtilmektedir¹⁹. Özellikle e-ticaret başta olmak üzere online işlemler dolayısıyla elde edilen verilerden anlamlı sonuçlara erişilmesi dikkate alındığında hukuka otomatik muhakeme imkanı sağlanması çeşitli faydalar sağlayabilecektir. Örneğin bireylerin, yasaların davranışlarını nasıl etkilediğine dair anlamlı bilgiye erişerek bilgi dengesizliğinin neden olduğu zayıf konumdan güçlü konuma geçmesi sağlanabilir. Verimsizliğe neden olan olgular azaltılarak ve normal şartlarda gerçekleşmesi zor olan işlemlerin gerçekleştirilmesi sağlanarak hesaplamalı hukuk sayesinde hukuka otomatik muhakeme uygulanması sonucu verimli sonuçlar elde edilebilir²⁰.

II. HESAPLAMALI HUKUKUN UYGULAMA ALANLARI

Hukuk, hesaplama alanından ayrı düşünülmemelidir. Her biri aslında diğerinin oluşumuna etki eden bir unsur olarak ele alınmalıdır. Hukuku hesaplama olarak analiz etmek, mantığın dünyada nasıl oluştuğunu analiz etmek, mantığın dünyaya nasıl geldiğini ve dünyayı nasıl yeniden düzenlediğini analiz etmektir. Hukuki mantık ve hukuki muhakemenin ilke ve uygulamalarının gelişim süreci, hesaplama tarihinin merkezinde yer almaktadır. Veri bilimi ve tahmine dayalı analitik kapsamında çerçevelenen yapay zeka kullanımı da hukuk mantığının olasılık ile ilişkisinde

¹⁵ A.g.e.

¹⁶ Murray, Jamie, Thomas Webb ve Steven Wheatley. "Encountering Law's Complexity", *Complexity Theory and Law, Mapping an Emergent Jurisprudence*, Routledge, New York, 2019.

¹⁷ Wolfram, Stephen. "Computational Law, Symbolic Discourse, and the AI Constitution", *Data-Driven Law*, düzenleyen: Edward J. Walters. Auerbach Publications, 2018.

¹⁸ Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner, "Quantum Computing and Computational Law", s. 305.

¹⁹ Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner, "Quantum Computing and Computational Law", s. 305.

²⁰ Love, Nathaniel ve Michael Genesereth. "Computational Law", s. 205. Yapay zekaya kişilik tanınması, insan onurunu ve güvenliği etkileyecek sonuçlar doğurabilir. Yampolskiy, Roman V. "AI Personhood: Rights and Laws." İçinde *Machine Law, Ethics, and Morality in the Age of Artificial Intelligence*, düzenleyen: Steven John Thompson, 1 - 11. Davis, USA: IGI Global, 2021, 1, 2. Mevcut sistemler, web üzerinden karmaşık işlemler yürüten işletmelerin, kuruluşların veya bireylerin taleplerini karşılamamaktadır. Love, Nathaniel ve Michael Genesereth. "Computational Law", s. 205. Hesaplama hukuk ile karmaşık işlemler arasında anlamlı ilişkiler kurulabilmektedir. Bu bağlamda karmaşık işlemler yürüten kuruluşların veya bireylerin taleplerinin karşılanmasında hesaplamalı hukuktan faydalanılabilir.

önemli yer tutmaktadır²¹. Bu bağlamda algoritmik hukuk, hukukun ampirik analizi veya ağ analizi hesaplama hukukunun kullanıldığı önemli alanlardandır²².

A. Algoritmik Hukuk

Birçok devlet kurumu daha “akıllı” kararlar almak için büyük veri analitiğine yönelmektedir²³. Ticari ilişkiler bağlamında müşteri odaklı pazar stratejilerinin belirlenmesinde yahut kişisel verilerin korunması dikkate alınarak güncel politikaların oluşturulmasında algoritmik karar mekanizmalarından aktif şekilde faydalanılmaktadır²⁴. Diğer taraftan kamu hukukunda da özellikle kolluk kuvvetleri ve ceza hukuku, bu tekniklerin geliştirildiği ve yaygın olarak uygulandığı alanlar arasında yer almaktadır²⁵. Bu bağlamda Amerika’da suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla aktif olarak geniş çapta algoritmik hukuktan yararlanılmaktadır. Algoritmik hukukun suçun önlenmesinde kullanıldığı alanlardan biri “öngörücü polislik”tir. Öngörücü polislik, polis müdahalesi için olası hedefleri belirlemek ve istatistiksel tahminler yaparak suçu önlemek veya geçmiş suçları çözümlenmek üzere nicel yöntemler başta olmak üzere analitik teknik uygulamaları olarak tanımlanmaktadır²⁶.

Hesaplama hukuk, hukukun algoritmik biçimde ifade edilmesi, uygulanması ve analizi ile ilgilidir²⁷. Mantıksal süreçlerden ilerleyen yasal algoritmalar oluşturularak hukuki sonuçlar elde

²¹ Yuill, Simon. "Section Editorial: Critical Approaches to Computational Law", *Computational Culture*, S. 7, 2019, s.16. <http://computationalculture.net/section-editorial-critical-approaches-to-computational-law/>, (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

²² Siber güvenlik de hesaplama hukukunun aktif olarak kullanıldığı alanlardandır. Ludvigsen, Kaspar Rosager, Shishir Nagaraja ve Angela Daly. "The Dangers of Computational Law and Cybersecurity; Perspectives from Engineering and the AI Act." *arXiv e-prints* (Cornell University) 2022, s.3. Siber güvenlik ve siber güvenikte hesaplama hukuk kullanımını oldukça kapsamlı olması dolayısıyla başka bir çalışmada incelenmek üzere çalışma dışı bırakılmıştır.

²³ Algoritmik hukukun kullanımı devlet politikalarının belirlenmesinde önemli etkiler doğurduğu gibi vatandaşların korunmasına ilişkin çeşitli sorunlar da barındırmaktadır. Vatandaşların kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesi sonucu elde edilen algoritmik kararlar bağlamında ortaya çıkabilecek riskler hakkında detaylı bilgi için bakınız: Büyüksağış, Erdem. "Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması Ve Revizyon İhtiyacı." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2021, s. 531 vd.

²⁴ Dülger, Murat Volkan, Selin Çetin ve Celal Duruhan Aydın. *Algoritmik Karar Verme ve Veri Korunması, Yapay Zeka Çalışma Grubu, Görüş*. İstanbul, Şubat 2020, s. 5, (Erişim tarihi: 31.10.2022).

²⁵ Dixon-Roman ve diğerleri, "Algorithmic Legal Reasoning as Racializing Assemblages", s. 5.

²⁶ Perry, Walter L., Brian McInnis, Carter C. Price, Susan C. Smith ve John S. Hollywood, *Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations*, RAND Corporation, Washington, 2013, s. 1, 2.

²⁷ Sosyoloji, psikoloji ve kriminolojideki kentsel suç anlayışları, genellikle şehrin sosyo-ekonomik durumuna, demografik profiline ve sosyo-kültürel bağlamına odaklanmıştır. Kamalipour, Hesam, Gholamhossein Memarian ve Mohsen Faizi. "Urban Crime and Pattern Conceptions: Departing from Spatiality" *Open Journal of Social Sciences*, C. 2, S. 6, 2014, s. 442. Bu şekilde suç teşkil eden davranışlara ilişkin teoriler geliştirilmiştir. Konuya ilişkin teorilerden routine activity theory, rutin aktivitelerdeki değişimin suç oranına etkisini ortaya koyabilecek şekilde nedensellik ilişkilerine dair bir teoridir. Örneğin 1960lardan sonra Amerika’da konutlara yönelik hırsızlık suçunun artışı, kadınların iş hayatına katılımındaki artış dolayısıyla gün içerisinde boş kalan ev sayısındaki artış ve taşınabilir hafif elektronik eşyalardaki artış ile açıklanmıştır Clarke, Ronald V. ve Marcus Felson. *Routine Activity and Rational Choice*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2004, s. 8.

Konuya dair bir diğer teori ise crime pattern theory’dir. Suçun zaman ve mekandaki dağılımı rastgele değildir. Suç oluşturan davranış, durumsal faktörlere bağlı olduğundan, suç ortamların özelliklerine göre şekillenir.

Suç, suç faaliyetini kolaylaştıran diğer çevresel özellikler etrafında yoğunlaşmaktadır. Suç oranları sokaktan sokağa değişmekte ve günün farklı saatlerinde, haftanın farklı günlerinde ve yılın farklı haftalarında yüksek seviyeye çıkabilmektedir. Suç analizinin amacı bu suç kalıplarını belirlemek ve tanımlamaktır. Wortley, Richard ve Lorraine Mazerolle. "Environmental Criminology and Crime Analysis: Situating the Theory, Analytic Approach and Application", *Environmental Criminology and Crime Analysis*, düzenleyen: Richard Wortley and Lorraine Mazerolle, 1 – 15, Routledge, New York, 2008, s. 2. Neden sadece bazı insanlar suç işlemektedir? Neden bazı insanlar sıklıkla yeniden mağdur olurken, diğerleri nadiren mağdur olmaktadır? Neden bazı yerlerde çok fazla suç söz konusuysa,

edilmektedir. Bu şekilde algoritmik hukukta, klasik bilgisayarların Boolean²⁸ veri tipinde öngörülen koşullara göre işlenmesi söz konusudur²⁹. Bir Boolean verisi parçası, "evet" veya "hayır" ya da "doğru" veya "yanlış" gibi birbirini dışlayan iki durumdan birini yansıtır. Bilgisayar işlemleri gerçekleştirilirken, belirli bir bitin kaydedilen değeri '0'dan '1'e ve geriye gidebilir. Hukukun bu şekilde hesaplamalı bir forma çevrilebilmesi için, en azından klasik bilgisayarlar için, Boolean temelinin dijital gereksinimlerine uygun olması gerekmektedir. Bu bağlamda birçok yasal süreç bir durumdan diğerine hareket olarak değerlendirilebilir. Örneğin bir hukuki kurum olarak sözleşme değerlendirildiğinde, sözleşmenin kurulması aşamaları; önceden "sözleşme yükümlülüğü yok" durumundan icap söz konusu olduğunda "geçerli teklif" durumuna, kabul söz konusu olduğunda ise "sözleşme" durumuna geçilmesi şeklinde düşünülebilir. Bu şekilde belirli faktörlerin varlığının veya yokluğunun (Boolean sorgusuna Evet veya Hayır yanıtları) bir mantıksal yapı boyunca süreci hareket ettirdiği bir Boolean mantık ağacından bahsedilebilir³⁰.

Yukarıda görüldüğü üzere sözleşme kurulması için algoritmik hukukta teklif var mı yok mu Boolean mantığı ile değerlendirilmektedir. Teklif "var" ise yani bilgisayar dilinde sonuç "1" ise bir sonraki aşamaya geçilmekte ve bu sefer kabulün olup olmadığı sorgulanmaktadır. Kabul de "var" ise yani bilgisayar dilinde "1" ise bir sonraki aşamaya geçilerek teklif öncesindeki "sözleşme yok" durumundan "sözleşme var" durumuna geçiş söz konusu olmaktadır.

Hukuk devletinin korunması amacıyla öngörülen ilkelerden olan önleyicilik ilkesi bağlamında algoritmik hukuk oldukça işlevseldir. Zira ihlallerin gerçekleşmeden evvel önlenmesi kamu yararına olacak şekilde hukuk devletinin korunması için önem arz etmektedir³¹. Bu bağlamda algoritmik hukuk özellikle planlı saldırıların tespit edilerek önlenebilirliğine imkan tanımaktadır. Silah veya patlayıcıların kullanıldığı spontane saldırılar dışında, saldırılarda genellikle bireylerin veya kuruluşların bir hedef seçtiği, gerekli patlayıcıları veya silahları edindiği veya geliştirdiği ve test ettiği, bir saldırı planı geliştirdiği ve eğittiği veya prova yaptığı bir planlama aşaması mevcuttur³². Algoritmik hukuk kullanılarak yapılan analizler ile henüz

bazı yerlerde neredeyse hiç suçla karşılaşmamaktadır? Birçok suç olayı üzerinden ele alınan bu karmaşıklıkların içindeki örüntülerin, bir bütün olarak suçu anlamlandırmada kullanılması düşünülmektedir. (Brantingham ve Brantingham 2008, 78) Crime pattern theory, suç olayını karakterize eden rastgele olmama ve tekdüze olmama unsurlarını açıklamaya çalışır. Wortley, Richard ve Lorraine Mazerolle. "Environmental Criminology and Crime Analysis: Situating the Theory, Analytic Approach and Application", s. 12.

²⁸ Boolean mantığı, değerlerin veya ifadelerin yalnızca "doğru" veya "yanlış" olarak işlendiği bir cebir biçimine dayanan sembolik bir mantık sistemidir. Genellikle "ve", "veya" ve "değil" operatörleri ile çalışan Boolean mantığı dijital bilgisayarların çalışması için gereklidir. İnternetteki arama motorlarının eylemlerini yapılandırmak için kullandıkları mantık da Boolean mantığıdır. Boolean mantığının en basit biçimi, her bileşeni "0" veya "1" değerine sahip olabilen ikili bir kümedir. Jenner, Ronald A. "Boolean Logic and Character State Identity: Pitfalls of Character Coding in Metazoan Cladistics", *Contributions to Zoology* (Brill), C. 71, S. 1-3, 2002, s. 70. Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner, "Quantum Computing and Computational Law", s. 312.

²⁹ Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner, "Quantum Computing and Computational Law", s. 311, 312.

³⁰ Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner, "Quantum Computing and Computational Law", s. 312. Özellikle özel hukukta akıllı sözleşmelerle ilgili alanlarda hesaplamalı hukuk işlevsel olarak kullanılmaktadır. Detaylı bilgi için bakınız: Ludvigsen ve diğerleri, "The Dangers of Computational Law and Cybersecurity; Perspectives from Engineering and the AI Act, 4 vd.

³¹ Özay, İl Han. "İdari Kolluk- Adli Kolluk." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD)*, C. 71, S. 1, 2013, s. 950.

³² Davis ve diğerleri, *Using Behavioral Indicators to Help Detect Potential Violent Acts: A Review of the Science Base*, s. 29.

gerçekleşmeden evvel saldırı ihtimali öngörülebileceğinden önleyicilik ilkesinin işlevsellik kazanmasında algoritmik hukuk önem arz etmektedir³³.

B. Hukukun Ampirik Analizi

Hukukun ampirik analizi, akademik araştırmalarda hukukun topluma veya herhangi bir aktöre olan etkilerinin ilgili durumla alakalı veri toplanarak sayısallaştırılması, hukuk kurallarının topluma olan etkilerinin neler olduğuna dair hipotezler geliştirilmesi ve bu hipotezlerin geçerliliğinin toplanan veriler ile test edilmesidir.³⁴

Ampirik analiz, hukukun gerçek dünyadaki etkilerinin gözlemlenmesine imkan tanımaktadır. Ampirik analiz, aşağıda bahsedilen hukuk analitiğinden farklı olarak, sayısal veriler üzerinden yapılır. Bu sayısal verilere dava sayısı, herhangi bir kanun maddesinin düzenlediği somut olayların meydana gelme sayısı, belirli yıllar arasında meydana gelen mevzuat değişikliklerinin uyuşmazlık sayılarına etkileri örnek verilebilir. Bu sayısal veriler, veri analizi ve istatistik kurallara göre temizlenir, işlenir ve analiz edilir. Bu analiz işlemi hipotezlerin test edilmesi gibi testleri kapsar.³⁵

Bu sayısal veriler, kanunlar ile ilgili hukuki bilgiyi içermez. Herhangi bir hukuki yorumlama tekniğini de desteklemez. Ancak hukukun belirli zaman ve mekandaki etkilerini sayısallaştırılmasına ve bilimsel çerçevede incelenmesine olanak sağlar. Bu inceleme, yasa koyucuya yaptığı seçimlerin etkilerini görme ve hatta test etme imkanı sunar. Buna bir örnek gösterilecek olursa:

Veri analizinde A/B testi tekniği, bir objenin veya durumun iki farklı varyasyonun kişiler üzerindeki etkisini araştırmayı hedefler. Bu test tekniğinde rastgele seçilen bir topluluğa birinci varyasyon, öbür topluluğa ise ikinci varyasyon gösterilir. Bu teknik, internet sitelerinde hangi kampanyaların veya site varyasyonunun kullanıcılar tarafından daha çok tercih edildiğini ölçmek için kullanılır.³⁶

Bu test tekniğinin yasakoyucu tarafından çıkarılacak mevzuatı test etmek amacıyla kullanılacağı varsayalım. 442 sayılı Köy Kanunu Madde 76, korucuların kendilerine verilen resmi silah ve cephaneleri başkalarına emanet edemeyeceklerini düzenler. Yasakoyucu, bu senaryoda silah ve cephanelerin emanet edilip edilemeyeceğini ve bu durumun etkilerini görmek istemektedir. A şehrinde bu madde aynen korunurken, B şehrinde silah ve cephanelerin emanet edilebileceği yolunda bir düzenlemeye gidilirse ve bu düzenlemenin etkileri sonraki 1 yıl için ilgili

³³ Algoritmik hukukun öngörülebilirlik işlevi bu bağlamda suçun işlenmesi karşısında insanlık için oldukça önemli bir unsur olarak belirlemektedirken diğer taraftan aynı işlev temel insan haklarına yönelik büyük bir tehdit oluşturmaktadır. Söyle ki algoritmik hukuk kullanılarak kişilerin muhtemel yönelimleri ve davranışları belirlenebilmekte ve bu veriler kullanılarak kişiler belli profillerde düşünmeye ve davranmaya yönlendirilmektedir. Şan, Emre. "Bernard Stiegler'in Teknoloji Felsefesi Problemleri: Algoritmik Yönetimsellik ve Bilişsel Proleterleşme", *ViraVerita E-Journal*, S. 15, 2022, s. 114. <https://dergipark.org.tr/en/pub/viraverita/issue/70302/1103061>. Bu şekilde hür iradeye müdahale edilme aracı olarak algoritmik hukuk insan hakları karşısında önemli bir sorun teşkil etmektedir. (Erişim Tarihi: 31.10.2022), s.2.

³⁴ Bell, Felicity. "Empirical Research in Law" *Griffith Law Review* 25, 2016, s. 2. <https://doi.org/10.1080/10383441.2016.1236440>, (Erişim Tarihi: 16.10.2022).

³⁵ A.g.e.

³⁶ Young, Scott W.H., "Improving Library User Experience with A/B Testing: Principles and Process". *Weave: Journal of Library User Experience*, C. 1, S.1, 2014, s. 1. doi:10.3998/weave.12535642.0001.101. hdl:2027/spo.12535642.0001.101, (Erişim tarihi: 14.10.2022).

köylerde veri toplamak yoluyla ölçülüp karşılaştırılırsa, yasakoyucu burada A/B testi yoluyla hukuki ve ampirik bir analiz yapmış olmaktadır.

Ancak bu örnekte çeşitli sorunlar mevcuttur. Korucuların emanet ettiği silahlar sonucunda herhangi bir kişiye yönelik maddi veya manevi bir zarar meydana gelmesi halinde, yasakoyucu burada ampirik bir analiz yaptığını ve bu durumun kabul edilebilir olduğunu öne sürebilecek midir? Ayrıca bu durum hukuki belirlilik ilkesi ile nasıl bağdaşacaktır? Bu gibi sorulara makul bir cevap verilememektedir.

Diğer taraftan, bu test sonucunda, ilgili mevzuat değişikliğinin olumlu veya olumsuz değişikliklerinin görülmesi ve somutlaştırılması açısından sayısallaştırılabilir ve istatistiki olarak temsil edilebilir bir veri elde edilmiş olacaktır. Analiz sonucundan elde edilmiş olan bu verinin hukuki karar mekanizmasındaki ağırlığının, tamamen teorik ve soyut hukuki tartışmalara göre gerçek dünyayı açıklaması açısından daha objektif olduğu kabul edilmelidir.

Hukukun ampirik analizi ise daha çok akademik çevrelerde, geçmiş verilerin incelenmesi ve etki analizi için kullanılmaktadır.³⁷ Geriye dönük araştırmalarda kanun koyucuların içinde buldukları sosyo ekonomik durumun verilerle test edilmesi ve belirli bir süre zarfında herhangi bir konunun ilgili duruma olan etkisi geçmişe yönelik incelenir. Bu incelemeden çıkarılan sonuçların ise ileriye yönelik araştırmalarda ve kararlarda hem doktrine hem de kanun koyucuya faydalı olması beklenir.

Geçmişe yönelik verilerden ileriye dönük çıkarımlarda bulunmanın mümkün olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir. Yukarıda verilen örnekte, A/B testinin uygulanması, hukuki belirlilik ilkesi açısından sakıncalı olacaktır. Belirli bir kanuni düzenlemenin, herhangi bir hukuki ayırım olmaksızın birden fazla yerleşim yerinde farklı olması, hukuki belirlilik ilkesini zedeleyebilecek bir yaklaşımdır. Aynı şekilde bu testin uygulanması, korucu silahlarının başka bireylere emanet edilmesi durumunda meydana gelebilecek can kayıpları düşünüldüğünde, geri döndürülemeyecek ve telafisi imkansız zararlara neden olabilecektir.

İstatistik ve veri biliminde meydana gelen güncel gelişmeler, tüm bu sakıncaları ortadan kaldıracak araçları sunmaktadır. Özellikle lineer ve lojistik regresyon gibi regresyon metotlarıyla, geçmiş verilerden yola çıkılarak ileriye dönük matematiksel bir tahmin yapılabilir. Belirli seneler arasında, ilgili köy kanun maddesi ile alakalı olayların verisinin toplanması, bu verilerin, ilgili olayın mevcut olup olmama durumuna göre boolean yöntemiyle 1 veya 0 haline getirilip, lojistik regresyon tekniği ile işlenmesi ve geleceğe yönelik bir tahminde bulunulması bu konuya dair önemli bir örnektir.

Bahse konu örnekten yola çıkılarak, herhangi bir probleme yol açmadan, makina öğrenmesi yoluyla elde edilen geçmiş veriler üzerinde çeşitli tahminlerde bulunulması, veriler değiştirilerek geliştirilen hipotezlerin farklı senaryolar bakımından test edilmesi mümkündür. İleride yapılacak çalışmalar için en önemli problem, tıpkı diğer ampirik analiz dallarında olduğu gibi, veri toplama problemidir. Çalışmaların yapılabilmesi için belirli tarih aralıklarında ilgili

³⁷ Epstein, Lee ve Andrew D Martin. *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 42.

verilerin toplanması, temizlenmesi ve analize hazır duruma getirilmek üzere işlenmesi gerekmektedir³⁸.

C. Hukukun Görselleştirilmesi ve Ağ Analizi

Hukuk, toplum içinde varolur. Toplum karmaşıklaştıkça hukuk da karmaşıklaşır. Eski Roma devleti dönemindeki *Ius Civile*'nin, Roma toplumu içerisindeki ticari ve toplumsal ilişkiler karmaşıklaştıkça daha da derinleştiği ve karmaşıklaştığı bu konuya örnek verilebilir. Hukuk, toplumun kendi içindeki ilişkisel ağın karmaşıklığını takip eder. Çünkü hukukun kendisi, en temelde bireyler arasındaki ilişkilerin düzenine ve bu ilişkilerden ortaya çıkabilecek sorunların çözümüne ilişkindir.

Bu açıdan bakıldığında hukukun toplumun içindeki ilişkisel ağa etki ettiği ve bu ağın düzenlenmesinde söz sahibi olduğu söylenebilir. İlgili ilişkisel ağın karmaşıklığını ölçmek ve hukuku bu karmaşıklık düzleminde ele almak, bizi bu ağı analiz etmeye itecektir.

Bu analiz faaliyeti için sosyal ağ analizi teknikleri kullanılabilir. Sosyal ağ analizi, yazılışını konrilişkilerin önemine dikkat çeker, resmi ve gayriresmi ilişkileri, bu ilişkiler arasındaki bilgi akışını neyin desteklediğini ve neyin engellediğini incelemek için haritalandırır. Sosyal ağ analizi, sosyal bilimler olmak üzere psikoloji, sağlık, iş organizasyonu ve elektronik haberleşme gibi çeşitli alanlarda kullanılmaktadır.³⁹

“Yapısal analiz” olarak da geçen Sosyal Ağ Analizi, formal bir teori olmaktan öte sosyal yapıları incelemek için kullanılan genel bir strateji olarak düşünülmelidir. Geleneksel bireysel sosyal teori ve veri analizi, birey aktörlerin seçimlerini yaparken diğer aktörlerden nasıl etkilendiğini göz önüne almaz. Bireysel yaklaşım, aktörün seçimlerindeki sosyal bağlamı göz ardı etmektedir. Sosyal Ağ Analizinde ise bireyler arasındaki ilişki ön plandadır ve bir veri analizi yapılmak istediğinde, ilişkisel veri kullanılır.⁴⁰

Başka bir anlatımla sosyal ağ analizi, sosyal yapıları, üyeleri birbirine bağlayan ve kaynakların akımını sağlayan bir ağ olarak ele almakta, ilgili ağların karakteristiği, bireylerin karakteristiğine göre daha ön planda olmaktadır. Bu şekilde toplulukları bireyler arasındaki bir ağ olarak tanımlayıp, bu ağdaki ilişkileri incelemektedir.⁴¹

Sosyal ağ analizinin hukuki çalışmalara uygulanmasının pek çok avantajı söz konusudur. Mevcut kanunlardaki katı kuralların işlenmesi yerine, sosyal ağ analizi, somut olaydaki bireyler arası ilişkiler gibi bilgilerin ortaya çıkarılması için aşağıda bahsedilecek araçları sunmaktadır. Bir başka deyişle, mevcut bir somut olayı hukuki duruma sıkıştırmaktansa, sosyal ağ analizi, mevcut durumun ve durumu çevreleyen toplumun genel vaziyetinin daha incelikli bir şekilde incelenmesini savunmaktadır. Örneğin, bir risk sermayedarı, girişimci ile bir start-up şirketinin

³⁸ Hukuki konuları ampirik olarak işleyecek araştırmacıların, analiz sürecinin en başında veri kalitesinin ve miktarının araştırma için yeterli olacağından emin olmaları gerekmektedir.

³⁹ Serrat, Olivier. “Social Network Analysis”, *Knowledge Solutions: Tools, Methods, and Approaches to Drive Organizational Performance*, düzenleyen: Olivier Serrat, Singapore, Springer, 2017, s. 41. https://doi.org/10.1007/978-981-10-0983-9_9, (Erişim Tarihi: 16.10.2022).

⁴⁰ Otte, Evelien ve Ronald Rousseau. “Social Network Analysis: A Powerful Strategy, Also for the Information Sciences.” *Journal of Information Science*, C. 28, S. 6, 2002, s.443. <https://doi.org/10.1177/016555150202800601443>, (Erişim Tarihi: 17.11.2022).

⁴¹ A.g.e.

arasındaki yeni hisse çıkarım müzakerelerinde, avukatlar genellikle yatırımcı ile şirket arasındaki çatışan çıkarları inceler. Ancak bu süreçte üçüncü tarafların çıkarları arka planda kalır (örnek olarak gelecek yatırımcılar). Bu durumun oluşumunda, pozitif hukukun bireyler arasındaki ilişkiyi çoğunlukla iki birey arasındaki etkileşimler olarak tanımlaması etkilidir. Buna karşın, gerçekte, çoğu sosyal etkileşimler üçüncü bir taraf da içerir. Bu örnek açısından bu üçüncü taraf olarak bir banka veya müzakereleri yürüten hukukçular örnek gösterilebilir.⁴²

Sosyal ağ analizi, özel bir terminoloji ile ortak ilişkilerdeki aktörlerin belirlenmesi için çeşitli araçlar sunar. Aktörlerin hukuk tarafından belirlenmiş özelliklerine öncelik verilmemesi sosyal ağ analizi için anahtar bir önkoşuldur. Bu özelliklere “satıcı”, “alıcı” veya “zayıf taraf” örnek verilebilir. Bunun yerine, her katılımcı “köşe”, “kenar” veya “aktör” gibi soyut terimlerle tanımlanır. Sosyal ağ analizinde belirleyici faktör, aktörler arasındaki ilişkilere dir. Sosyal ağ analizi, aktörler arasındaki ilişkilerin görselleştirilmesi ile dinamik bir perspektif sunmaktadır. Bu görselleştirme, çeşitli araçlarla yapılabilir. Bir önceki örneğe göre, sosyal ağ analizi bir start up şirketinin erken dönem gelişiminden birleşme ve devralma sürecine kadar geçen sürenin ve ilişkilerin görselleştirilmesi ve açıklamasında kullanılabilir. Bireyler arasındaki ilişkilerin ve bireylerin değişen pozisyonlarının incelenmesi ile, kaynakların aktörler arasındaki akışı daha açık bir şekilde ortaya çıkartılabilir.⁴³

Bu ortaya çıkarma, yasa yapım süreci, kanun maddelerinin kendi arasındaki ilişkileri gibi teorik düzlem dışında yukarıda belirtildiği gibi sözleşme müzakereleri, sözleşmeler, aktörlerin şirket içi hukuki pozisyonları gibi çeşitli pratik konularda da uygulanabilir. Sadece üçüncü aktörlerin değil, daha karmaşık ağ analizlerinde belirli bir platformdaki diğer şirketlerin ve bireylerin de ilgili hukuki eylemden nasıl etkilendiği ortaya çıkartılabilir.⁴⁴

Özellikle platform ekonomisi denilen ekonomilerde, platformun kendisinin, platform üzerine kurulan uygulama ve yapılardan nasıl etkilendiğini ve bu uygulamaların ve yapıların kendi aralarındaki hukuki ilişkileri ortaya çıkarmak için sosyal ağ analizi kullanılabilir. Android işletim sistemi üzerine kurulan uygulamalar arasındaki kişisel veri akışının sosyal ağ analizi ile görselleştirilmesi ve işletim sistemi ve uygulamalar arasındaki yapısal ilişkinin de yine bu yöntemle açıklanması bu duruma örnek gösterilebilir.

Atıf analizi de, doğrudan hukuki bir analiz çeşidi olarak değerlendirilmese de hukuk alanında kullanılabilir. Özellikle bilginin akışını takip etmek ve hakimlerin verdikleri kararda etkilendikleri diğer kararları ve doktrin eserlerini tespit etmek ve ilgili hukuk alanında hangi eserlerin ve kararların merkezi bir pozisyonda yer aldıklarını görmek gibi amaçlar için atıf analizi kullanılabilir.

Türkiye’deki uygulamaya bakıldığında, avukatlar tarafından herhangi bir davadaki ilgili dava dilekçesinde, dilekçenin desteklenmesi adına genellikle Yargıtay’a atıf yapıldığı görülecektir. Yukarıdaki çerçeveyi bu duruma uygularsak, bir dava dilekçesi ve ilgili Yargıtay kararı arasında, dilekçede yapılan atıftan ötürü, ilişkisel bir ağ kurulduğu görülebilir. Bu ağın

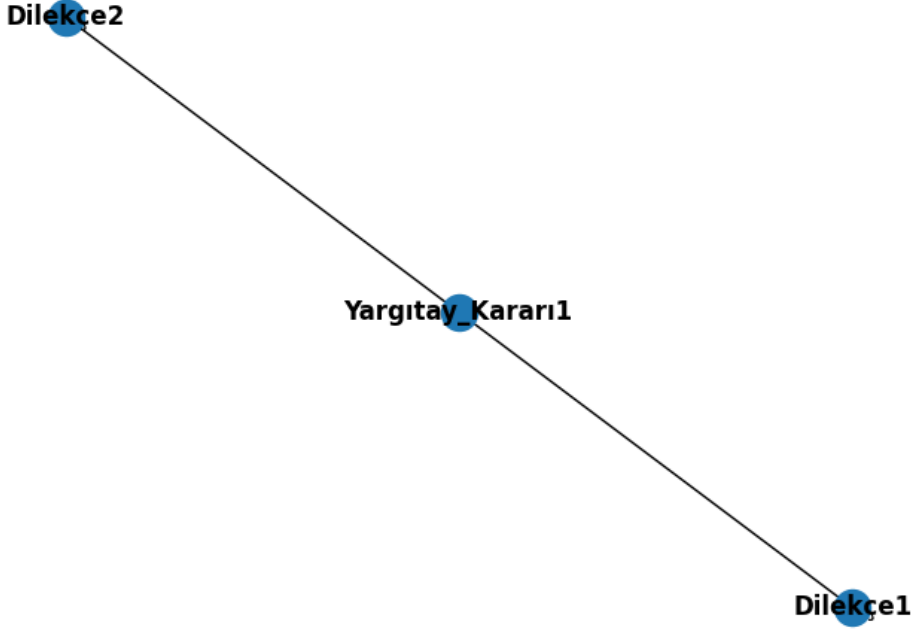
⁴² Teramoto, Shinto ve Paulius Jurcys. “Intermediaries, Trust and Efficiency of Communication: A Social Network Perspective,” Mayıs 26, 2013, s. 5. https://doi.org/10.1007/978-3-642-41212-7_6, (Erişim Tarihi: 15.10.2022).

⁴³ Teramoto ve Jurcys. “Intermediaries, Trust and Efficiency of Communication: A Social Network Perspective,” 5.

⁴⁴ A.g.e., 7.

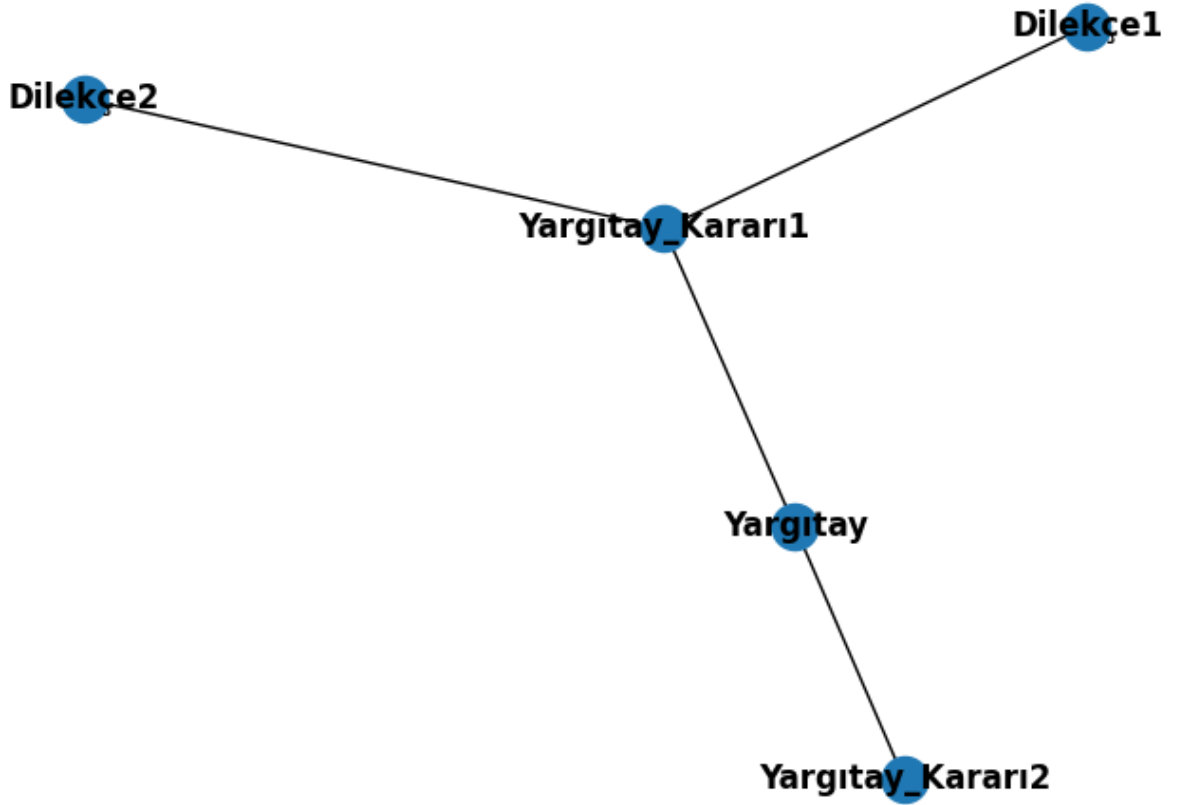
merkezinde Yargıtay kararı yer almaktadır. Karara ne kadar atıf yapılır ise, ilgili Yargıtay kararı ile diğer kararlar arasındaki derece ölçümünde bahsedilen Yargıtay kararının derecesi daha büyük olacaktır. Burada dereceden kasıt, ilgili köşenin veya noktanın bağlantı sayısıdır.

İki dilekçenin bir Yargıtay kararına atıf yaptığını varsayalım. Bu durum sosyal ağ analizi ile görselleştirmek istendiğinde şöyle bir sonuç elde edilebilir:



Davalar, hukuk sistemimizin uygulanmasında merkezi konumdadır. Davalar, bireylerin hak arama hürriyetlerinin uygulamadaki temsilcisidir. Yukarıdaki örneğin binlerce dava içerdiği varsayılırsa, hukuk sistemimizde verilen kararların hangi Yargıtay kararlarından daha çok eklendiği görselleştirilebilir ve bu yapısal bir şekilde graf teorisi kullanılarak incelenebilir. Atıf analizinin en büyük katkısı, hukuk sisteminin hangi düşüncelerden ve kişilerden (yargıçlardan) ne kadar etkilendiğini sayısal ve dinamik anlamda gösterebilmesidir. Bu görünüm, belirli bir zaman içerisinde doktrinin nasıl şekillendiğini göstermek açısından yol gösterici olacaktır. Bu görünümünden elde edilecek çıkarımlar, uzun vadede yapay zekanın hukuki anlamda gelişmesinde, yapa zekanın hukuki anlamda programlanması ile ilgilenen geliştiricilere yardımcı olabilecek ve onlara hukukun organik bir biçimde nasıl geliştiğini matematiksel bir şekilde ifade edebilecektir. Bu matematiksel ifade biçimi, bu örneğimizde graf teorisi, hukuku hesaplanabilir kılmakta ve ileride bu alanda yapılacak çalışmaların önünü açmaktadır.

Bu görselleştirmeye başka bir karar ve Yargıtay kurumu da eklenirse ve ikinci Yargıtay kararına herhangi bir atıf yapılmadığı varsayılırsa şöyle bir görsel ortaya çıkacaktır:



Görüldüğü üzere sosyal ağ analizinin hukuka uygulanması, hukuk içindeki aktörlerin arasındaki ilişkinin yapısal analizinin çıkarılmasında araştırmacılara katkıda bulunabilecek niteliktedir.

Hukuka uygulanabilecek bir diğer ağ analizi çeşidi ise kanunlar arası ve maddeler arası ilişki ağının analizidir. Bu analiz çeşidi, isminden de anlaşılacağı üzere kanun maddelerinin arasındaki ilişkiyi inceler. Kanun hakkında yapısal bir bilgi vermenin ötesinde bu tarz bir ağ analizi, yapay zekanın kanun maddeleri arasında ilişki kurmasında ve yapay zekanın bir olayı hukuki anlamda değerlendirmesinde kanun maddeleri açısından bir argüman kurmasında yardımcı olabilir.

Örnek kanun maddeleri incelenirse:

Türk Medeni Kanunu madde 120 ve madde 363'e bakıldığında:

“Madde 120- Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddî fedakârlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır. Tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana ve babası veya onlar gibi davranan kimseler de, aynı koşullar altında yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilirler.”

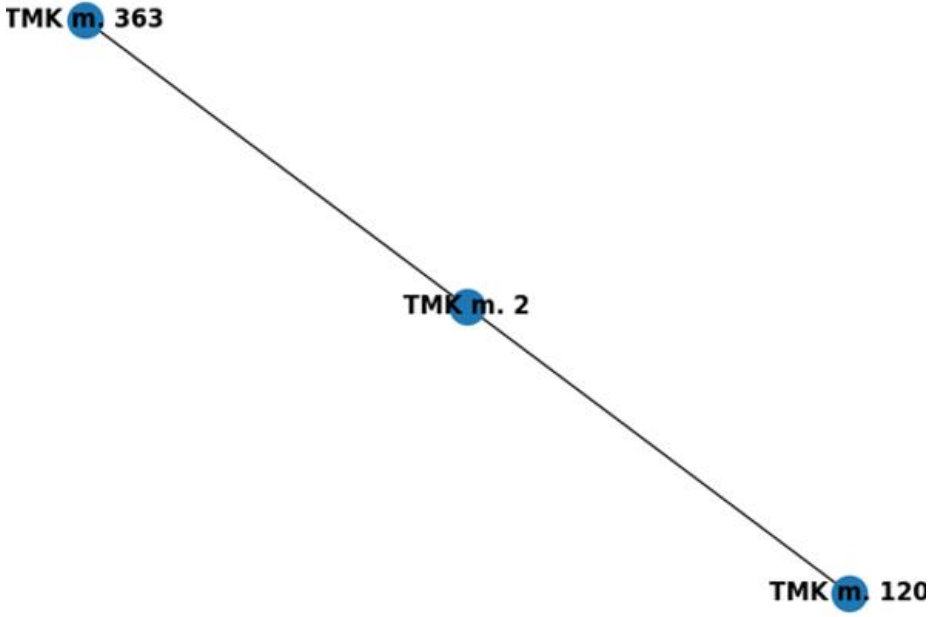
“Madde 363- Ana ve baba, çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar. Dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılığı

geri vermekle yükümlüdürler. Kanuna uygun olarak çocuk veya aile için yaptıkları harcamalardan dolayı tazminatla yükümlü tutulmazlar.”

İki maddede de dürüstlük kuralı ifadesi geçmektedir. Dürüstlük kuralı ise kanunumuzda ilk defa başlangıç hükümlerinde hakların kullanımının ve borçların ifasının nasıl olacağını hükme bağlamaktadır.

“Madde 2 - Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

Bu üç madde arasındaki ilişki görselleştirilecek olunursa:



Şöyle bir ilişki ortaya çıkacaktır. Bu örnekte her ne kadar dürüstlük kuralı hem TMK m. 120’de hem de TMK m. 363’de geçse de, bu iki kanun maddesi arasında bir ilişki kurulmamıştır. Bu görselleştirme, doktrindeki genel kanun – özel kanun ilişkisini belirtmek üzere oluşturulmuştur. Nitekim dürüstlük kuralı sadece m. 120’de ve m. 363’te mevcut değildir. Bu iki madde, belirli bir örnek oluşturması için seçilmiştir.

Hukukta sosyal ağ analizi tekniğinin geliştirilmesi için kompleks veri setlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Yukarıdaki örnekte görüleceği üzere, TMK m. 120 ve m. 363’te dürüstlük kuralı madde metninde geçse de, bu maddeler dürüstlük kuralının uygulandığı maddelerin tamamını kapsamaz. Hukuki verinin elde edilmesinde doktrinsel çalışmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Sadece kanun metni, bir hukuk kuralının diğer hukuk kuralı ile olan ilişkisine veya hukuk kuralının uygulanmasına dair tüm bilgiyi sunmaz. Bu bilgi ancak doktrinsel bir çalışma ile çıkartılabilir. İlgili çalışmalardan çıkartılacak veri setleri veya en azından bu veri setlerinin üretilmesi için yol gösterici ilkeler, hukuki verinin çıkartılmasında sonraki çalışmalar için yol gösterici olacaktır.

D. Hukuk Analitiği

Hukuk analitiği veri analizinin hukuk metodolojisine veya hukuk ile ilgilenen şirketler ile bürolara uygulanmasıdır. Hukuk analitiği, makina öğrenmesi, ham veriyi araştırma, yapılandırma ve analiz etme tekniklerini, ham veriyi makalelerden ve yargı kararlarından veya kurum verilerinden elde ederek uygulamayı amaçlar.

Özellikle dava analitiği konusunda avukatlara öngörü edebilecekleri bilgileri sağlayabilir. Dava analitiği, bir dava veri tabanından ilgili davanın veri olarak analiz edilip, eldeki davanın sonucuna dair bir tahminde bulunabilmeyi ifade eder. Mahkemelerin davranışlarının analiz edilmesinde ve hukuki araştırmalarda verimliliği arttırmayı ve hukukçuların strateji kurgulamalarında onlara yardımcı olmayı amaçlar.⁴⁵

Geleneksel dava sonuç tahminlerinde tahminler, genellikle hukukçuların öngöruları ve kişisel deneyimlerinden çıkartılır. Dava analitiğinde ise, subjektif çıkarımların ve deneyimlerin ötesinde bir algoritma ile davalar veri olarak ele alınır, veri tabanlarından çekilir ve veri olarak işlenip bir sonuca varılır. Aynı sistemle bir hukukçu, kendi argümanına karşı sunulacak argümanları başka bir algoritma ile keşfetmeye çalışabilir. Burada temel nokta, ilgili algoritmaların hem hukuki hem de teknik anlamda nasıl tasarlanacağıdır.⁴⁶

Algoritmaların tasarımından sonra da, bu algoritmaların hukuki metinlerden nasıl veri elde edeceği ve bu verilerin algoritma tarafından nasıl kullanılacağı da bir başka soru olarak karşımıza çıkar. Bu alanda çalışmalar yeni değildir. Temel mantık operatörlerinin deneyimsel bir şekilde kullanılmasıyla ve soru-cevap yöntemiyle hukuki bir tavsiyede bulunması 1980'lere dayanmaktadır.⁴⁷ Günümüzde bu tarz sistemlerin tasarlanmasından çok, algoritma ve metinden veri elde edilmesi yöntemiyle, algoritma tarafından verilen sonuç çıktısının hukuki olarak bir argümanla temellendirilip temellendirilemeyeceği noktasında çalışmalar yürütülmektedir.

Bir analitik işleminin en temel noktaları içerisinde, verinin elde edilmesi, temizlenmesi ve analize uygun bir şekle sokulması için hazırlanması gösterilebilir. Hukuk, sayısal bir disiplin olmadığından hukuki veriler, sayısal veriler olmayacaktır. Hukuki işlemlerin ne şekilde ilerlediğinin verisi, bu konudan ayrı bir şekilde ele alınmalıdır. Bir mahkemenin verdiği karar sayısı, herhangi bir dava çeşidi hakkında verdiği olumlu veya olumsuz kararların miktarı her ne kadar sayısal olsa ve başka alanlarda bilgi elde edilmesi noktasında yarar sağlasa da, doktrinsel bilginin elde edilmesi ve bir hukuki sonuç ve/veya argüman kurgulanmasında yarar sağlamayacaktır. İstatistikî bilgiler, daha çok avukatların ve hukuk bürolarının hem kendi büroları ile alakalı hem de pazar ve mahkemeler hakkında bilgi edinmelerine ve stratejilerini bu yönde geliştirmelerine yöneliktir.

Hukuk analitiğine bu açıdan yaklaşıldığında analiz işlemi için kullanılması gereken veri, hukuki metinlerdir. Metin verisinin kullanılması yeni bir alan olmamakla ve çeşitli sosyal bilimler

⁴⁵ Ashley, Kevin D. "Prospects for Legal Analytics: Some Approaches to Extracting More Meaning from Legal Texts." *University of Cincinnati Law Review*, C. 90, S. 4, 2022, s. 1211. <http://hdl.handle.net/20.500.12424/4163495>, (Erişim tarihi: 14.10.2022).

⁴⁶ A.e., s. 1212.

⁴⁷ Ashley, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics - New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2017, s. 8.

alanlarında kullanılmakla birlikte⁴⁸, hukuki metin verisinin elde edilip hukuki argümantasyon için kullanılması ve bu argümanların hukuk mantığına uygun bir şekilde inşa edilmesine çalışılması için gerekli araçlar, son yıllarda makine öğrenmesinin gelişmesi ile elde edilmiştir.

Araştırma yöntemleri, soru-cevap yöntemiyle çalışan algoritmalarından, istatistiki çıkarımlara evrilmiştir. Özellikle makina öğrenmesinin getirdiği istatistiki araçlar, hukuki kavramların programlama dillerindeki karşılıklarını mantık operatörleriyle kodlamak yerine, hukuki metinler üzerinde istatistiki araçlar kullanılabilir bir veri olarak ele alıp, hukuki metinleri birer vektör olarak temsil etmekte ve derin öğrenme tekniğindeki yapay sinir ağı sistemini kullanarak hukuki sonuçları tahmin etmektedir. Makina öğrenmesinin doğal dil işleme alanı, bu durumu mümkün hale getirmiştir.

Yapılan bu tahminler, kelimelerin sıklığına ve örüntüsüne dayanmaktadır. Bu değerlendirmenin temelinde ilgili somut olayın hukuk metodolojisine göre hukuki bir bakış açısıyla yorumlanması yerine, somut olayda geçen metnin kendi içerisindeki sayısal özelliklerinin kullanılmasıyla hukuki tahminler yapılmaktadır.

Makina öğrenmesi programları, istatistiki metodları verideki modelleri “öğrenmesi” için kullanır. Bu modeller, bir metnin sınıflandırılmasında veya yeni bir davanın olay kısmı ile alakalı metnin verilmesi yoluyla ilgili davanın sonucunun tahmininde kullanılır. Makina öğreniminde kullanılacak algoritmanın eğitilmesi aşamasında, algoritma belirli cümleleri veya bir metnin başka kısımlarını bir eğitim setindeki değişkenler olarak alır. Bu cümleler veya metinler, değişken olarak işlenmeden önce kendi içlerinde etiketlenir. Metin kısımları sıklıkla ilişkilendirilen bilginin ve hedef etiketin özellik vektörleri olarak temsil edilir. Etiketler, sınıflandırmanın uygulanabileceği ve uygulanamayacağına dair iki seçimi ifade eder. Metinlerin vektör temsilleri, metinlerin bağlamı ile ilgili giderek artan istatistiki bilgileri de içerir. Bu istatistiki bilgilerde metinlerin şartları ve kuralları, metnin anlamının bir boyutu olarak bulunur.⁴⁹

Regresyon, karar ağaçları, yapay sinir ağları ve diğer teknikleri kullanarak, bir algoritma ilgili dilin özellik vektörlerinde bulunan özelliklerini ve karşılık etiketleri arasındaki karşılıklılığı modelleyebilir. Tahmin aşamasında, test setindeki metin parçaları da özellik vektörü olarak temsil edilir ve makina öğrenmesi modeli ilgili metnin sınıflandırılmasını, eğer bu sınıflandırılma yapılabiliyorsa, tahmin etmeye çalışır. Makina öğrenmesi modeli, test setindeki sınıflandırmaları ve manuel olarak atanan sınıflandırmaları karşılaştırarak değerlendirebilir.⁵⁰

Makina öğrenmesi uygulamaları, ilgili belgeleri hukuki konseptlerin anlamlı halleri, örnekleri olarak sınıflandırır. Bu durum, sözleşmedeki hükümlerin konulara göre sınıflandırılması ve temel bilgilerin ortaya çıkarılmasını içerir. Bu duruma tasfiye edilecek hasar miktarları veya sözleşmenin sonlandırılmasına dair hükümler örnek gösterilebilir.⁵¹

⁴⁸ Jerry R. Hobbs, Donald E. Walker and Robert A. Amsler. “Natural Language Access to Structured Text” *COLING '82: Proceedings of the 9th conference on Computational linguistics - Volume 1*, 1982.

⁴⁹ Ashley, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics - New Tools for Law Practice in the Digital Age*, s. 237.

⁵⁰ Ashley, “Prospects for Legal Analytics: Some Approaches to Extracting More Meaning from Legal Texts”, s. 1211.

⁵¹ Ashley, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics - New Tools for Law Practice in the Digital Age*, s. 9.

Hukuki sorunların cevaplandırılmasına doğal dil işleme ve makina öğrenmesi, yüksek hacimli metinlerdeki kullanıcının sorusuna cevap oluşturacak kısımların belirlenip kullanıcıya sunulmasında kullanılabilir. Bu programlar, soru ve cümlelerdeki benzerliği, bunların vektör temsillerinin sayısal bir biçimde karşılaştırması ile hesaplar. Ve bu temsiller yukarıda belirtildiği üzere şartların bağlamsal anlamlarına karşılık gelebilir. Bir makina öğrenme modeli, eğitim setindeki soru ve cevap gruplarını öğrendikten sonra, kısa bir metnin bir soruyu cevaplayıp cevaplayamayacağını ihtimalini değerlendirebilir. Bu kısa metinler kullanıcı metinleridir. Kullanıcı sorularına karşı verilen makina cevaplarının yararlılığını yine kullanıcı geribildirimine göre değerlendirebilir. Kullanıcı geri bildirim, algoritmanın “kendine güvenme” sistemlerini sürekli günceller ve algoritmanın kendi cevaplarını değerlendirebilmesini sağlar. Bununla birlikte kullanıcı sorularını cevaplayıp cevaplayamayacağını tespit edebilmeyi öğrenir.⁵²

Hukuki metin analitiğinin bir başka tekniği de şemaları kullanır. Bu şemalar, objelerin arasındaki ilişkiyi gösteren graflardır. Buna örnek olarak atıf yapılan davalar veya kanunlar gösterilebilir. Bu objeler arasındaki bağlantının bir graf olarak gösterilmesi, hukuki araştırma açısından önemli bir araç olma potansiyeline sahiptir.⁵³

Hukuk analitiğinin işlevlerinden başka eksik tarafları da bulunmaktadır. Örneğin makina öğrenmesinde kullanılan yapay sinir ağları, değişik durumların kendi cevaplarına nasıl etki edeceğini karşılaştıramaz. Başka büyük bir sınırlama da, metin analitiği uygulamalarının hukuki metinleri hukukçular gibi okuyamadıklarıdır. Bu araçlar istatistiki yöntemlerle sadece sınırlı semantik bilgiyi hukuki metinlerden çıkartabilirler.⁵⁴ Ayrıca yapay sinir ağları, vardıkları sonucu, en azından şimdilik, hukuk kuralları ile temellendirip açıklayamaz.

Sonuç olarak, hukuk analitiğinin gelişmesi, mantık operatörlerinin işletilmesinden öte, yeni gelişen makina öğrenmesi teknikleri ile, özellikle de doğal dil işleme ile ivme kazanmıştır. Makina öğrenmesi tekniklerinin yaygınlaşması ve hukuk büroları ile akademi tarafından kullanılması ile hukuk analitiğinin gelişiminin ivme kazanması beklenmektedir.

III. HESAPLAMALI HUKUK VE TÜRK MEDENİ KANUNU

A. İzlenecek Yöntem

Bu bölümde, ağ analizi metodu ve mantık operatörleri ile Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleri incelenecektir. Ağ analizi metoduyla maddeler arası ilişki, ilişkiyel veri olarak ele alınacak ve bu ilişki görselleştirilecektir. Mantık operatörleri ile ilgili madde içerisindeki mantık kurallarının, bilgisayar bilimindeki mantık kuralları ile eşleştirmesi yapılarak somut olayda uygulanması amaçlanmıştır. Bu çalışma küçük ölçekte, az sayıda örneklem ile yapılacak olup, amacı kanun maddelerinin hesaplamalı hukuk bağlamında detaylı bir analizi değildir. Amaç, hesaplamalı hukuk yöntemlerinin tanıtılmasıdır. İlgili maddelerin mantıksal ve yapısal analizi, Python programlama dilinin sözdizimine göre yapılacaktır. Ağ analizi ise yine Python programlama dilinin NetworkX kütüphanesi kullanılarak yapılacaktır.

B. TMK m. 977'nin Temel Kodlama Sözdizimi ile Uygulanması

⁵² Ashley, “Prospects for Legal Analytics: Some Approaches to Extracting More Meaning from Legal Texts”, s. 1212.

⁵³ Ashley, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics - New Tools for Law Practice in the Digital Age*, s. 70.

⁵⁴ Ashley, “Prospects for Legal Analytics: Some Approaches to Extracting More Meaning from Legal Texts”, s.1214.

TMK 977. maddesi “Zilyetlik, şeyin veya şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene teslimi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olur.” şeklindedir.

Zilyetlik, bir malı elinde tutma, bulundurmaktır. Medeni Kanun 973’te de belirtildiği üzere zilyetlikte asli unsur, fiili hakimiyettir. Daha da açık bir şekilde ifade edilecek olursa zilyetlik, kişi ile eşya arasındaki bilinçli bir şekilde kurulup sürdürülen fiili hakimiyet ilişkisinden kaynaklanan ve kişi lehine bir takım hak ve yetkilerle aleyhine bazı ödevler getiren hukuki bir durumdur.⁵⁵

Hukuk, somut olaydaki, gerçek hayattaki araçların veya kişilerin tüm özellikleri ile ilgilenmez. İlgili hukuki durumun tahlilinde hukuk, dış dünyadaki herhangi bir nesnenin, ancak hukukla alakalı özellikleri ile ilgilenir. Bu özellikleri de, nesnelere hukuk doktrinindeki belirli objelere, tanımlamalara uygun karşılıklarını bularak tespit eder.

Söz konusu soyutlama sadece hukukla sınırlı değildir. Zira sosyal ağ analizi de kişileri veya nesnelere “köşe, nokta” olarak soyutlandırır ve nesnelere arasındaki ilişkiyi “kenar” kavramı ile ifade eder. Sosyal ağ analizi, bu ilişkinin somut olaydaki mahiyeti ile, ancak sosyal ağ analizindeki kavramların izin verdiği ölçüde ilgilenir, bir nevi somut olaydaki nesnelere kendi kavramlarına göre soyutlar. Bu metottan yola çıkılarak, kavramların tüm özelliklerini Python sözdiziminde göstermektense, onların özelliklerini işaret edici bir şekilde göstermek, maddenin tahlili için yeterli olacaktır. Bu özelliklerin programlama ontolojisi çerçevesinde tasarlanması, bu makalenin çerçevesinin dışarısında kalmaktadır. Bu sebeple, sözdizimi ile ifade edilecek kavramlar ve sözdiziminin kendisi, işaret edici nitelikte olup, herhangi bir programlama ontolojisine sahip değildir.

Somut olayda bir taşınırın zilyetliğinin devrinin söz konusu olduğu varsayalım. Öncelikle zilyet, bu senaryoda, zilyetlik durumunda değişiklikler meydana geleceğinden, programlama sözdiziminde tanımlanan bir kavram olan “değişken” olarak ele alınacaktır. Değişkenler üzerinde çeşitli kodlamalarla değişiklik yapılabilir. Taşınır ve taşınmaz kavramları da değişken olarak ele alınacaktır. Ancak buradaki temel fark, zilyet kavramının özelliklerinin sözdizimi ile ifade edilmesinde köşeli parantezli liste, taşınır ve taşınmaz kavramlarının özelliklerinin ifade edilmesinde ise normal parantezli demet kullanılmasıdır. Bunun sebebi ise taşınır ve taşınmaz kavramlarının taşınabilirlik ve eşya özellikleri, kural olarak değiştirilemez olduğu ve Python programlama dilinin sözdizimine göre normal parantezli demet gruplarının da içeriğinin değiştirilemez olduğudur. Köşeli parantezli listelerin ise, tıpkı zilyet kavramının zilyetliğini kaybedebilmesi dolayısıyla özelliğinin değişebilir olmasından ötürü, Python programlama dilinin sözdizimine göre içeriği değiştirilebilir.

```
taşınır = {"taşınabilirlik" : True}, "eşya")
```

```
taşınmaz = {"taşınabilirlik" : False}, "eşya")
```

```
zilyet = [taşınır]
```

⁵⁵ Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku – I: (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, Seçkin, Ankara, 2016, s. 69.

Görüldüğü üzere kavramlar değişken olarak ele alınmıştır. Yukarıda belirtildiği üzere ilgili kavramlarda normal parantezli demet ve köşeli parantezli liste kullanılmıştır. Ayrıca taşınabilirlik özelliğini belirtmek içinse, Python programlama sözdiziminde “sözlük” olarak geçen süslü parantez kullanılmıştır. Bu durumun sebebi, süslü parantez kullanan “sözlük” kavramı içerisindeki objelerin, ikili ifadeler içermesidir (key-value pair). Ayrıca taşınabilirlik durumunun belirlenmesinde, programlama sözdizimlerinde oldukça yaygın olan Boolean, True-False ifadeleri kullanılmıştır. True, ayrık matematikteki “1”i, olumlu sonucu ifade ederken False, ayrık matematikteki “0”ı, olumsuz sonucu ifade eder.

Taşınır eşyanın taşınabilirlik özelliği True, yani olumludur. Ayrıca taşınır eşyanın eşya özelliği de demette belirtilmiştir. Taşınmaz eşyada ise, taşınabilirlik özelliği False, yani olumsuzdur. Bununla birlikte eşya özelliği de belirtilmiştir. Zilyette ise, taşınır kavramı, zilyedin bir özelliği olarak ele alınmış ve köşeli parantezli liste ile, zilyede atanmıştır. Taşınır, zilyedin bir özelliği olarak gözükmekte ve onun fiili hakimiyeti altında olmaktadır.

```
edinen = [ ]
```

Edinen kavramı ise, içi boş bir liste olarak ele alınmıştır. Zira daha zilyetliğin devri olmadığından, somut olayda edinenin herhangi bir özelliği veya herhangi bir nesne üzerinde bir fiili hakimiyeti bulunmamaktadır.

Zilyetliğin devri işlemini, Python programlama dilindeki “fonksiyon” olarak ele alınabilir. Fonksiyonlar, sadece çağrıldıklarında çalışan bir işlemin sözdizimi olarak ifade edilmesidir. İfade ettikleri işlemi sadece kullanıcı istediğinde ve fonksiyonu çağırdığında uygularlar. Zilyetliğin devri dinamik bir işlem olduğundan ve belirli şartlar söz konusu olduğunda meydana geldiğinden, zilyetliğin devrini, çağırılacak bir fonksiyon olarak ifade edilebilir:

```
def zilyetliğin_devri():  
    global zilyet  
    zilyet.remove(taşınır)  
    global edinen  
    edinen.append(taşınır)
```

Yukarıda tanımlanan işlemin içerisinde, öncelikle fonksiyona zilyet değişkenine ulaşması, sonra zilyetin bir özelliği olan taşınırın, zilyetin listesinden çıkartılarak taşınırın zilyedin hakimiyet alanından çıkmasının ifade etmesi, daha sonra da edinen değişkenine ulaşarak taşınırın edinen değişkenin hakimiyet alanına sokulması ifade edilmeye çalışılmıştır.

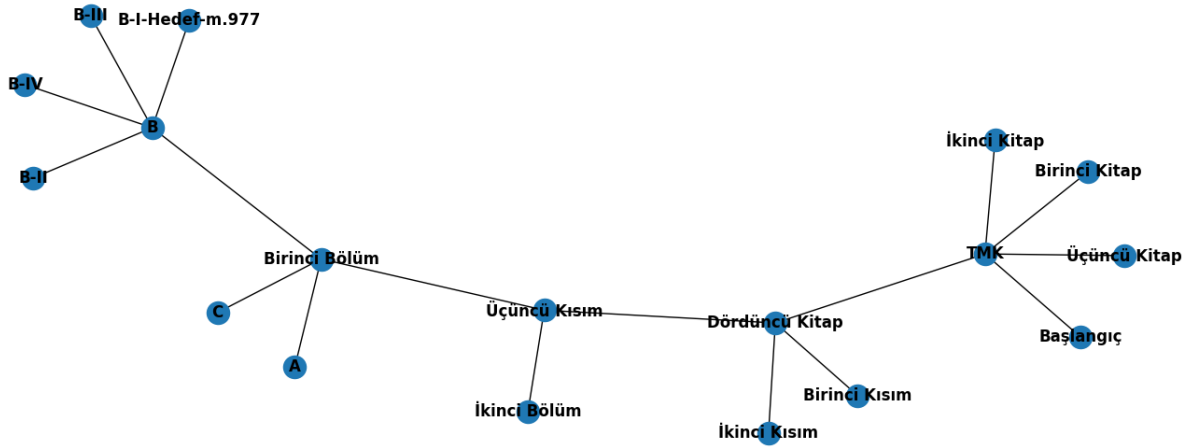
```
zilyetliğin_devri()  
print(edinen)
```

Bu fonksiyon çağrıldığında ve programın çıktısının yazdırılması talimatı verildiğinde, edinenin taşınabilirlik özelliği olumlu olan bir eşyanın hakimi olduğu, edinenin hakimiyet alanına yani zilyetliğinde bulunduğu görülecektir.

[({'taşınabilirlik': True}, 'eşya')]

Bu örnek bilgisayar bilimi açısından ontolojik bir yaklaşım içermese de hukuk kurallarının ve örnek olayların programlama sözdiziminde ifade edilmesine bir örnektir. Bu örnek, daha karmaşık ve gelişmiş tekniklerle yine daha karmaşık hukuki durumların ve hukuki işlemlerin ifade edilebileceğini göstermesi açısından önemlidir.

Ağ analizinde ise, TMK m. 977'nin kendi içerisindeki özelliklerinden çok, diğer maddelerle ilişkisi ve kanundaki konumu incelenecektir. Zira ağ analizinin konusu, incelediği aktörlerin nitelikleri değil, diğer aktörlerle olan ilişkisel özellikleri ve diğer aktörlere göre olan konumlarıdır.



Görüldüğü üzere TMK m. 977, diğer maddelerden ayrı bir şekilde, kendine has, ilişkisiz bir durumda bulunmamaktadır. Örnekte, TMK m. 977'nin diğer tüm maddelerle belirli bir derecede bağlantısı bulunduğu gösterilmektedir. Bu ağ analizi, maddelerin birbirine yaptığı doğrudan veya dolaylı atıfları içermemekte, yalnızca kanunun sistematığına göre belirlediği kısımların hiyerarşik yapısına göre mevcut olan ilişkisel durumları içermektedir. Bu duruma rağmen, maddelerin birbirleri olan ilişkisinin rastgele olmadığı görselleştirerek anlaşılabilir. Kanunun yapısal incelenmesi açısından bu örnek bir başlangıç noktası sayılabilir. Kanun maddelerinin birbirine yaptığı doğrudan veya dolaylı atıfları içeren bir ağ analizi yapılması durumunda, bu ağ analizi hangi maddelerin diğer maddelere göre daha merkezi konumda olduğu ve kanunun yapısını diğer maddelerle karşılaştırıldığında nasıl etkilediğinin bilgisini gösterebilecek bir işlev olması dolayısıyla önem arz etmektedir.

SONUÇ

Dijital sistemlerin gelişmesiyle bir çok alan üzerinde çeşitli yazılımların uygulanarak daha verimli sonuçlara ulaşılabildiği gözlemlenmektedir. Gerek ekonomik açıdan gerek zaman yahut işgücü gibi birçok farklı açıdan kıt kaynakların en verimli şekilde kullanılarak kısa sürede az emek ve personel ile oldukça ekonomik şekilde anlamlı sonuçlar elde edilebilmektedir. Bu tür dijital sistemlerin hukuk üzerinde de kullanılması gerekmektedir. Hesaplamalı hukuk olarak anılan hukukun algoritmik biçimde ifadesi, uygulanması ve analizi⁵⁶ hukukçuların mühendislik bilgisini haiz olmadıkları için uzak durmaları nedeniyle ve mühendislerin de salt mühendislik bilgisine dayanarak elde ettikleri sonuçları hakkaniyete uygunluk, hukuk ilkelerine uygunluk yahut genel olarak hukuka uygunluk değerlendirmesi yapma yetkinliğine haiz olmamaları dolayısıyla ülkemiz doktrininde tartışılmamaktadır.

Özellikle bilişim hukukunun üzerinde durması ve kanunkoyucunun gerek hazırlayacağı yeni mevzuat için gerekse mevcut mevzuat düzenlemelerinin değerlendirilmesi için ampirik analiz, ağ analizi, algoritmik hukuk gibi hesaplamalı hukukun birbirinden oldukça farklı uygulama alanlarını aktif şekilde kullanması gerekmektedir. Örneğin mevcut bir hukuki düzenlemenin toplum üzerinde etkilerinin değerlendirilmesi için dava sayısı, ilgili hukuki düzenlemeye konu olayların meydana gelme sayısı, yıllara göre olayların meydana gelme oranı, hukuki düzenleme öncesinde düzenlemeye konu olayın meydana gelme sayısı ile düzenleme sonrasında aynı olayın meydana gelme sayısı, benzer şekilde düzenleme öncesindeki uyuşmazlık sayısı ile düzenleme sonrasında düzenlemeye konu uyuşmazlık sayısı, bölgelere göre ilgili uyuşmazlık sayısı gibi verilerin toplanması gerekmektedir. Bu veriler içerisinden analizi bozma ihtimali olanların temizlenmesi ve böylece analiz sonucu anlamlı bir sonuç elde edilmesi sağlanmalıdır. Bu şekilde ampirik analize konu hukuki düzenlemenin toplum üzerindeki etkisine yönelik öne sürülen hipotezlerin doğru olup olmadığı objektif olarak ortaya konabilmektedir. Diğer taraftan ampirik analizde hipotez konusu mevzuatın hukuk metodolojisi ile yorumlanması söz konusu değildir. Benzer şekilde bu yöntemde kullanılan dijital sistemler herhangi bir şekilde kanunların yorumlanmasına ilişkin hukuki ilkeleri ve hukuki yorumlama tekniklerini haiz değildir. Bu nedenle elde edilen bulguların sayısal olarak anlamlı bir sonuç olup olmadığı istatistiksel yöntemlerle test edilebilse de elde edilen sonucun hukuk metodolojisi bağlamında ne kadar anlamlı olduğunun değerlendirmesinde dijital sistemler işlevsiz kalmaktadır. Söz konusu sonucun hukuk bilgisi ve metodolojisini haiz kişilerce ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira makina öğrenmesi gibi sistemlerin hesaplamalı hukukta kullanılması durumunda söz konusu yapay sinir ağları, yalnızca özgülüne çerçeve içerisinde çalışabilecek ve farklı durumların kendi cevaplarına nasıl etki edeceğini karşılaştırmada işlevsiz kalacaktır. Ayrıca metin analitiği uygulamalarının hukuk metodolojisi ve hukuk bilgisini haiz olmadığından ve bunları haiz olması mümkün olmadığından hukuki metinleri bir hukukçu gibi okuyup değerlendirmesi mümkün değildir. Bu araçlar belirli istatistiksel yöntemler kullanılarak yalnızca sadece özgülendikleri amaç kapsamında sınırlı bilgiyi hukuki metinlerden çıkartabilme işlevini haizdirler.⁵⁷ Dolayısıyla dijital sistemlerin hukuk alanında aktif olarak uygulanması objektif somut göstergeler ile daha anlamlı ve etkin düzenlemelerin yapılmasını sağlamaya elverişli olmakla birlikte bu sistemler bir hukukçunun

⁵⁶ Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner, "Quantum Computing and Computational Law," s.303.

⁵⁷ Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner, "Quantum Computing and Computational Law," s. 303.

yapabileceği analizleri yapamamaktadır. Hukuki düzenlemelerin hesap uygulamalarına dönüştürülerek yasal uygulamaların hesaplama karmaşıklığı teorisi kullanılarak değerlendirilmesi sosyal olguların objektif ve somut olarak anlaşılmasını sağlaması açısından önem arz etmemdir. Bu nedenle hesaplamalı hukuk uygulamalarının yaygın ve etkin şekilde kullanımı teşvik edilmelidir. Bununla birlikte hesaplamalı hukuk uygulamalarından elde edilen verilerin doğruluğu mutlak kabul edilmemeli, verilerin son tahlilde mutlaka hukuki muhakeme kabiliyetini haiz hukukçular tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Ashley, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics - New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2017.

Ashley, Kevin D. "Prospects for Legal Analytics: Some Approaches to Extracting More Meaning from Legal Texts." *University of Cincinnati Law Review*, C. 90, S. 4, 2022, s. 1207 - 1240. <http://hdl.handle.net/20.500.12424/4163495>, (Erişim tarihi: 14.10.2022)

Aslan, M. Yasin. "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri." Düzenleyen: Özlem Bilgilioğlu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 21, S. 79, 2008, s. 235 - 274.

Atik, Jeffery ve Valentin Jeutner. "Quantum Computing and Computational Law." *Law, Innovation and Technology*, C. 13, S. 2, 2021, s. 302 - 324.

Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku – I: (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, Seçkin, Ankara, 2016.

Bell, Felicity. "Empirical Research in Law" *Griffith Law Review*, S. 25, 2016, s. 1 - 21. <https://doi.org/10.1080/10383441.2016.1236440>, (Erişim Tarihi: 16.10.2022).

Brantingham, Paul ve Patricia Brantingham. "Crime Pattern Theory" İçinde *Environmental Criminology and Crime Analysis*, düzenleyen: Richard Wortley and Lorraine Mazerolle, Routledge, New York, 2008, s. 78 - 94.

Büyüksağış, Erdem. "Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması Ve Revizyon İhtiyacı" *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2021, s. 529 - 541.

Clarke, Ronald V. ve Marcus Felson. *Routine Activity and Rational Choice*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2004.

Davis, Paul K., Walter L. Perry, Ryan Andrew Brown, Douglas Yeung, Parisa Roshan ve Phoenix Voorhies. *Using Behavioral Indicators to Help Detect Potential Violent Acts: A Review of the Science Base*. RAND Corporation, 2013.

Dixon-Roman, Ezekiel, Ama Nyame-Mensah ve Allison R. Russell. "Algorithmic Legal Reasoning as Racializing Assemblages" *Computational Culture*, S. 7, 2019, s. 1 - 56. <http://computationalculture.net/algorithmic-legal-reasoning-as-racializing-assemblages/>, (Erişim Tarihi: Ekim 25.10.2022).

Doğan, Bayram. *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı*, Adalet, Ankara, 2022.

Du, Ding-Zhu ve Ker-I Ko. *Theory of Computational Complexity*. New York: John Wiley & Sons, Inc, 2000.

Dülger, Murat Volkan, Selin Çetin ve Celal Duruhan Aydın. *Algoritmik Karar Verme ve Veri Korunması, Yapay Zeka Çalışma Grubu, Görüş*. İstanbul, Şubat 2020. <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=259097009024030103124003023070101029123007000049022045107098123085099069105068126006031042029004023031050118096019127084122123047006>

035062014095081016004004112076069008040077021096100086025112089023075064070116, (Erişim Tarihi: Ekim 31.10.2022).

Epstein, Lee ve Andrew D Martin. *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Gülener, Serdar. "Çatışmacı Bir Geçmişten Uzlaşmacı Bir Geleceğe Geçişte Adalet Arayışı: Geçiş Dönemi Adaleti ve Mekanizmalarına Genel Bir Bakış", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 8, S. 32, 2012, s. 43 - 76.

Hobbs, Jerry, Donald Walker, and Robert Amsler. "Natural Language Access To Structured Text". İçinde *Coling 1982: Proceedings of the Ninth International Conference on Computational Linguistics*, 1982. <https://doi.org/10.3115/991813.991833>, (Erişim Tarihi: 17.10.2022).

Jenner, Ronald A. "Boolean Logic and Character State Identity: Pitfalls of Character Coding in Metazoan Cladistics" *Contributions to Zoology* (Brill), C.71, S. 1-3, 2002, s. 67 - 91.

Kades, Eric. "The Laws of Complexity & the Complexity of Laws: The Implications of Computational Complexity Theory for the Law" *Rutgers Law Review*, C. 49, S. 2, 1997, s. 403 - 484.

Kamalipour, Hesam, Gholamhossein Memarian ve Mohsen Faizi. "Urban Crime and Pattern Conceptions: Departuring from Spatiality" *Open Journal of Social Sciences*, C. 2, S. 6, 2014, s. 441 - 450.

Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. "Sosyal Medyaya Yönelik Yeni Düzenlemelerin Hukuken Değerlendirilmesi" *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 1, 2022, s. 1 - 32.

Love, Nathaniel ve Michael Genesereth. "Computational Law." *Proceedings of the 10th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL '05)*, New York: Association for Computing Machinery, 2005, s. 205 - 209.

Ludvigsen, Kaspar Rosager, Shishir Nagaraja ve Angela Daly. "The Dangers of Computational Law and Cybersecurity; Perspectives from Engineering and the AI Act" *arXiv e-prints* (Cornell University) 2022, s. 1 - 17.

Murray, Jamie, Thomas Webb ve Steven Wheatley. "Encountering Law's Complexity" , *Complexity Theory and Law, Mapping an Emergent Jurisprudence*, Routledge, New York, 2019.

Otte, Evelien ve Ronald Rousseau. "Social Network Analysis: A Powerful Strategy, Also for the Information Sciences." *Journal of Information Science*, C. 28, S. 6, 2002, s. 441 - 453. <https://doi.org/10.1177/016555150202800601>, (Erişim Tarihi: 17.10.2022).

Özay, İl Han. "İdari Kolluk- Adli Kolluk." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD)*, C. 71, s. 1, 2013, s. 947 - 962.

Perry, Walter L., Brian McInnis, Carter C. Price, Susan C. Smith ve John S. Hollywood. *Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations*, RAND Corporation, Washington, 2013.

Serrat, Olivier. "Social Network Analysis", *Knowledge Solutions: Tools, Methods, and Approaches to Drive Organizational Performance*, düzenleyen: Olivier Serrat, 39 - 43. Springer, Singapore, 2017. https://doi.org/10.1007/978-981-10-0983-9_9, (Erişim Tarihi: 16.10.2022).

Şan, Emre. "Bernard Stiegler'in Teknoloji Felsefesi Problemleri: Algoritmik Yönetimsellik ve Bilişsel Proleterleşme." *ViraVerita E-Journal*, S. 15, 2022, s. 105 - 135. 2022. <https://dergipark.org.tr/en/pub/viraverita/issue/70302/1103061>, (Erişim Tarihi: Ekim 31.2022).

Teramoto, Shinto ve Paulius Jurcys. "Intermediaries, Trust and Efficiency of Communication: A Social Network Perspective", Mayıs 26, 2013. https://doi.org/10.1007/978-3-642-41212-7_6, (Erişim tarihi: 15.10.2022).

Wolfram, Stephen. "Computational Law, Symbolic Discourse, and the AI Constitution", *Data-Driven Law*, düzenleyen: Edward J. Walters. Auerbach Publications, 2018.

Wortley, Richard ve Lorraine Mazerolle. "Environmental Criminology and Crime Analysis: Situating the Theory, Analytic Approach and Application", *Environmental Criminology and Crime Analysis*, düzenleyen: Richard Wortley and Lorraine Mazerolle, Routledge, New York, 2008, s. 1 - 15.

Yampolskiy, Roman V. "AI Personhood: Rights and Laws", *Machine Law, Ethics, and Morality in the Age of Artificial Intelligence*, düzenleyen: Steven John Thompson, Davis, USA: IGI Global, 2021, s. 1 - 11.

Yıldız, Abdulkadir. "Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki." İçinde *Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı*, düzenleyen: Nihat Erdoğan, Ömer Torlak and Kübra Bilgin Tiryaki, İGİAD Yayınları, İstanbul, 2018, s.356 - 377.

Young, Scott W.H., Improving Library User Experience with A/B Testing: Principles and Process", *Weave: Journal of Library User Experience*, C. 1, S. 1, 2014. doi:10.3998/weave.12535642.0001.101. hdl:2027/spo.12535642.0001.101, (Erişim tarihi: 14.10.2022).

Yuill, Simon. "Section Editorial: Critical Approaches to Computational Law", *Computational Culture*, S. 7, 2019, s. 1 - 38. <http://computationalculture.net/section-editorial-critical-approaches-to-computational-law/>, (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

Zalta, Edward N. "Computational Complexity Theory", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. <https://leibniz.stanford.edu/friends/preview/computational-complexity/>, (Erişim Tarihi: 10.10.2022).

Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinde Sorumluluk

Uğur İHTİYAROĞLU 

Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara, Türkiye
adaletbakanlik52@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 27.07.2022

Kabul: 18.02.2023

Yayın: 07.03.2023

Anahtar

Kelimeler:

Amirin Emri, Kanunsuz Emir, Hukuka Uygunluk Nedeni, Sorumluluk, Kusur.

Emrin yerine getirilmesi, yetkili amir veya merci tarafından görev gereği verilen emrin ast tarafından yerine getirilmesidir. Astın bir emri yerine getirmesi hususu, ulusal ve uluslararası mevzuat yönünden önemli bir konu başlığını oluşturmaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın 137'nci maddesinde kanunsuz emir düzenlemesi bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 24'üncü maddesinde ayrıca "Kanunun hükmü ve amirin emri" başlığı altında amirin emrinin yerine getirilmesine ilişkin şartlar düzenlemiştir. Emrin yerine getirilmesinin hukuki boyutu doktrinde tartışılmaktadır. Ancak genel kanı, astın yalnızca hukuka uygun emirleri yerine getirmesinin hukuk düzeni tarafından korunacağı yönündedir. Hukuka aykırı emirlerin yasal boyutu bakımından ise genel bir kabul söz konusu değildir. Hukuki niteliğine yönelik farklı görüşler bulunsa da birtakım koşulların varlığı durumunda amirin emrinin yerine getirilmesi kamu personeli açısından kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak görülmektedir. Ancak bu durumun somut olaya göre irdelenmesi, emrin hukuka aykırı olup olmasının yanında; suç oluşturup oluşturmadığının da değerlendirilmesi zorunludur.

Responsibility For Fulfilling An Unlawful And Binding Order

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 27.07.2022

Accepted: 18.02.2023

Published: 07.03.2023

Keywords:

Supervisor Order, Unlawful Order, Justification, Liability, Mistake.

Fulfillment of the order is the fulfillment of the order given by the competent supervisor or authority due to the duty by the subordinate. The subordinate's fulfillment of an order constitutes an important topic in terms of national and international legislation. In this context, there is an unlawful order arrangement in Article 137 of the Constitution. In the 24th article of the Turkish Penal Code, the conditions related to the fulfillment of the superior's order are also regulated under the heading "The provision of the law and the order of the superior". The legal dimension of order fulfillment is discussed in the doctrine. However, the general opinion is that the subordinate's fulfillment of only lawful orders will be protected by the legal order. There is no general acceptance in terms of the legal dimension of unlawful orders. Although there are different opinions regarding the legal nature, fulfillment of the superior's order in the presence of certain conditions is seen as a reason affecting the fault in terms of public personnel. Nevertheless it is necessary to examine this situation according to the concrete case and to evaluate whether the order constitutes a crime as well as whether it is illegal or not.

Atıf/Citation: İhtiyaroğlu, U. (2023). "Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinde Sorumluluk", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 183-201.

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

Kamu görevlisinin amirinden aldığı emri yerine getirmesi nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırı durumlar, suçlar, kabahatler ya da disiplin yaptırımını oluşturan eylemler yönünden sorumlu tutulup tutulamayacağını tespit edilmesi zorunludur. Özellikle olağanüstü zamanlarda psikolojik baskı altında olan kişiler, olağan zamanlardaki gibi hareket edememekte; idarenin veya amirlerinin emirleri doğrultusunda hareket etme eğilimi göstermektedirler¹. Bu alışkanlık sonucu emre otomatik olarak itaat etme eğilimi nedeniyle kişiler, bilerek veya bilmeyerek hukuk düzenini ihlal edecek fiillerde bulunabilmektedir. Bu fiillerin ceza hukuku ve idare hukuku açısından ortaya çıkardığı sonuçlar bulunmaktadır. Diğer taraftan kamu hizmetleri süreklilik arz eder ve hizmetin yerin getirilmesi amirin sorumluluğu altındadır².

Cezalandırma bakımından “kusursuz suç ve ceza olmaz” temel ilke olarak kabul edilmektedir. Eğer bir fiil hukuka aykırı ise, failin kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti zorunludur. İradi olarak gerçekleştirilmeyen bir fiil hukuka aykırılık taşısa bile, hukuken sorumluluk oluşmaz. Hukuka aykırılık dolayısıyla bir kişinin cezalandırılması, kabahatten sorumlu tutulması veya hakkında disiplin yaptırımı uygulanabilmesi için iradesine bağlı olan kusur aranır. Ceza hukuku bağlamındaki sorumluluk için iki temel koşul bulunmaktadır. Bunlardan ilki kusur yeteneğine haiz olmak, ikinci ise kusurluluğu etkileyen ya da ortadan kaldıran nedenlerin bulunmamasıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Ceza Sorumluluğunu Azaltan Nedenler” başlığı altında birden çok hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. TCK 24, 25, 26 ve 27’nci maddelerde kanunun hükmünün yerine getirilmesi, amirin emrinin yerine getirilmesi, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenleri olarak sayılmıştır. Amirin emrinin yerine getirilmesi genel olarak kişinin yaptığı görevle ilişkilendirilmektedir³. Kanunun hükmünü yerine getirme amacıyla hareket eden gibi amirin emrini yerine getiren kimse de göreviyle ilgili bir fiilde bulunmaktadır. Amirin emrinin yerine getirilmesinde emir, bir bakıma görevin kaynağını oluşturmaktadır⁴. Fiili hukuka uygun hale getiren de görevin icra edilmesi olarak kabul edilmektedir. TCK’nda 24’üncü maddenin 2, 3 ve 4’üncü fıkralarında amirin emrinin yerine getirilmesine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” hükmü yer almaktadır. Amirin emri ile ilgili ayrıca Anayasanın 137’nci maddesinde ‘Kanunsuz Emir’ başlığı altında düzenleme bulunmaktadır. İlgili maddede “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir, bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

¹ Güneysu, Gökhan. *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 166.

² Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, İstanbul, 2019, s.170.

³ Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınları, Ankara, 2016, s. 150.

⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 169.

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır” yer almaktadır. Anayasa’da yer alan ‘*kanunsuz emir*’ ifadesini hukuka aykırılık taşıyan emir olarak kabul etmek gereklidir. Zira hukuka aykırılık Anayasa’ya, yönetmeliğe ve benzeri yasal mevzuata dayalı olarak geniş bir alanda meydana gelebilir⁵. Makalede, bahsedilen kanuni düzenlemeler ile yargı kararlarına değinilerek; amirin emrinin yerine getirilmesindeki sorumluluk açıklanmaktadır.

I. Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi Kavramı ve Hukuki Niteliği

Görevin yerine getirilmesi ve amirin emri ilişkisi doktrinde farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Emrin görevle alakalı olarak yerine getirilmesini geniş açıdan yorumlayan görüşe göre, emrin yerine getirilmesi bir haktır ve kişi görevin kendisine sorumluluk olarak yüklediği bir hak kapsamında hareket etmektedir. Hakkın yerine getirilmesi genel olarak hukuk düzeni tarafından korunmakla birlikte, hak sahibine herhangi bir şekilde davranma zorunluluğu yüklememektir. Görevle ilgili olarak tanınan hakkın kullanımını konusunda kişi kamusal alanda serbestçe hareket edebilir. Yetkinin doğası gereği takdir yetkisi sınırları içinde kalmaktadır. Fakat görev kapsamında verilen emrin yerine getirilmesinde, kural olarak ast emri yerine getirmek zorundadır. Emir kişiye görevle ilgili alanda yükümlülük oluşturmakla birlikte, takdir yetkisi tanımaksızın; belirli bir fiilde bulunulmasını zorunlu kılmaktadır⁶. Bir başka görüş ise görevden kaynaklanan emrin sadece doğrudan doğruya kanunda kaynaklanabileceğini, dolayısıyla hukuka aykırı ve bağlayıcı emir olamayacağını ileri sürmektedir⁷. Bu görüşü savunanlar hukuka aykırı fakat bağlayıcı emirlerin görevin ifası ile ilgili olmadığını, kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Doktrindeki genel görüş, amir tarafından verilen emrin ast tarafından yerine getirilmesini görev gereği oluşan zorunluluk olarak kabul etmektedir. Bu açıdan hukuka uygun veya hukuka aykırı olan emirler bakımından ayırım yapılmamaktadır. Emrin bağlayıcı olmasının yanında hukuka aykırılık teşkil etmesi, emrin görev gereği yerine getirilmesi durumunu ortadan kaldırmamaktadır⁸. Hukuka aykırı olmakla birlikte bağlayıcılık oluşturan emir, TCK’nın 24’üncü maddesinin 2’nci fıkrasına göre “*görev gereği yerine getirilmesi zorunlu*” olduğu için, amir tarafından verilen emir gereği hareket edilmesi; kamusal alandaki hiyerarşik yapı gereği zorunluluk oluşturmaktadır. Anlaşılacağı üzere memurun amirin emrini yerine getirmesi görev gereği zorunludur⁹. Zorunluluk oluşturan emrin yerine getirilmesinde de kural olarak kusur ve iradilik şartları geçerlidir¹⁰.

Amirin emrinin ifası ile ilgili olarak birçok farklı kanunda düzenleme bulunmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) 11’inci maddede, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

⁵ Demirkol, Neslihan. “Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, *SDÜHFD*, C. 11, S. 2, 2021, s. 425.

⁶ Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 377.

⁷ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 301.

⁸ Toroslu/Toroslu, s. 151.

⁹ Demirkol, s. 427.

¹⁰ Küçük, Çolpan Mücahit. *657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 46.

(PVSK) 2'nci maddede, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu (TSKİHK) 14'üncü maddede, 2803 Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu (JTG ve YK) 7'nci maddede, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ek 2'nci maddede düzenlemeler yer almaktadır.

A. Hukuka Aykırılık Kavramı

Ceza hukukunda suç kavramı, hukuka aykırı olarak gerçekleşen, kasıtlı ve icrai insan davranışı olarak açıklanmaktadır. Hukuka aykırı fiil ise bir emir veya yasağın ihlal edilmesi olarak ifade edilmektedir¹¹. Suç kısaca hukuka aykırılık oluşturan fiildir. Hukuka aykırılık konusu fiil, aynı zamanda ceza hukuku normlarından birini veya birkaçını ihlal eden fiildir. Yani ceza hukuku bakımından herhangi bir norma aykırılık oluşturan fiil mevcut değilse, suç meydana gelmemektedir¹². Fiil bakımından tipiklik aranmakta birlikte, hukuk düzeniyle bağdaşmayan ayrıca ceza hukukuna aykırı fiilin varlığı söz konusu olmalıdır. Amir tarafından verilen emrin yerine getirilmesi, hukuka aykırılık oluşturan emri hukuk düzeni tarafından kabul edilebilir hale getirmemektedir. Ancak ast ve üst ilişkisi sonucu oluşan hiyerarşik yapı dolayısıyla emri yerine getirenin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Ancak sorumluluk böyle bir durumda emri verene ait olur. Emir hukuka aykırılık oluşturmakla birlikte ayrıca suç oluşturabilir. Anayasa 137'nci maddesinde yer aldığı üzere konusu suç oluşturan emir yerine getirilemez¹³. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 233'üncü maddesinde 2005 yılında değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikle "*kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek haller*" içine, "*yüklenen suçun bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi*" de eklenmiş; amir tarafından verilen emrin yerine getirilmesinin mazeret sebebi olarak kabul edilmesi uygulaması gündeme gelmiştir. Emrin hukuka aykırı olması karşısında, emrin yerine getirilmesi yönünden irade serbestisi bulunmadığı kabul edilmekle birlikte emri ifa edenin sorumluluğu oluşmamaktadır¹⁴. Amirin emrinin mazeret sebebi olarak kabul edilmesi durumunda ise ayrıca cezasızlık sebebi olarak kabulü gerekir. Ancak emrin hukuka aykırılık teşkil ettiği hallerde, görev gereği yerine getirilen emir; sırf bu nedenle hukuka uygun hale gelmez. Fiil hukuka aykırı olarak meydana gelir ancak bu durumda emri yerine getirenin cezai olarak sorumlu olması, kusur ilkesine aykırılık oluşturur. Çünkü, emri yerine getirenin kusurluluğu etkilenir¹⁵. Zarar görenlerin, şartların bulunması durumunda tazminat hakları söz konusu olabilir. Amirin emrinin ifasında sorumluluğun doğmaması açıklandığı üzere bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar oluşmaksızın yerine getirilen emir, yerine getirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

İdare hukukunda hiyerarşi, bir teşkilat yapısı içerisinde mevcut olan astlık-üstlük ilişkisini ifade etmektedir. Bu ilişki kapsamında üste birtakım yetkiler tanınmışken; astın da yükümlülükleri

¹¹ Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 206.

¹² Soyaslan, s. 208.

¹³ Egemenoğlu, Alaaddin/Yılmaz, Erkam/Alan Akcan, Esra. *Gereğeli Ceza Kanunları*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 149-150.

¹⁴ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının b bendinde, "*Sanık hakkında...Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi...Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*" yer almaktadır.

¹⁵ Koca/Üzülmez, s.342.

bulunmaktadır. Asttan beklenen, üst tarafından verilen emirleri geciktirmeden ve değiştirmeden uygulamasıdır. Amir tarafından asta verilen emir eğer hukuka uygunsuzsa, emrin ifası başlı başına hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. CMK’nda, “*Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler*” yer almaktadır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yazılı emir durumunda kolluk güçlerinin arama yapması görevin ifası olarak kabul edilmekte, hukuka uygunluk oluşturmaktadır. Ceza hukuku bağlamında bir fiilin suç olarak kabul edilmesi, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı durumunda değişikliğe uğramaktadır. Fiile izin verilmesi ya da fiilin işlenmesinin emredilmesi nedeniyle istisna oluşturan; kusur ve sorumluluğa etki eden hallerdir¹⁶. Fiilin hukuka uygun hale gelmesi sonucu ceza hukuku normu ihlal edilmemiş olmaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak, fail tarafından gerçekleştirilen fiil ilk andan itibaren hukuka uygun olarak meydana gelmektedir. Fiil hukuka aykırı olarak ortaya çıkmamaktadır¹⁷. Hukuka uygunluk nedenlerini herhangi bir şekilde sınırlamak mümkün değildir. Hukuka uygunluk, ceza hukuku dışındaki herhangi bir hukuk dalından da ortaya çıkabilir. Somut olayda hukuka uygunluk nedenleri bulunması durumunda fiil hukuka uygun kabul edilir. Burada hukuka aykırı olarak oluşan fiilin hukuka uygun hale gelmesinden ziyade fiilin baştan itibaren hukuka uygun olmasından söz edilmektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ile hukuka uygunluk sebepleri birbirinden bu farklılıklar yönünden ayrılmaktadır¹⁸.

B. Amirin Emrini Yerine Getirmenin Suça Etkisi

Amirin emrini yerine getirmenin suça etkisini incelemek için emrin hukuki niteliğinin belirlenmesi zorunludur. Ast-üst ilişkisi ve görev gereği kişinin yerine getirmek durumunda kaldığı iki tip emirden söz edilebilir. Bu kapsamda bir emir hukuka uygun olabileceği gibi hukuka aykırılık da teşkil edebilir¹⁹. Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi durumunda hukuka uygunluk nedeninin meydana geldiği ancak emir yerine getirilirken kusurlu davranılması durumunda sorumluluk doğacağı ileri sürülmektedir²⁰. Hukuka aykırı olan emrin ayrıca konusunun suç teşkil etmesi de somut olayda meydana gelebilir. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, amir tarafından verilen ve hukuk düzenine uygunluk oluşturan fiil hukuka uygunluk nedenine haizdir²¹. Diğer taraftan hukuka aykırılık oluşturan ancak konusu suç teşkil etmeyen bir emrin hukuki boyutu bakımından görüş birliği yoktur. Emri veren amirin ceza hukuku bakımından sorumluluğu etkilenmemektedir. Ancak emir yönünden amirin sorumsuzluğu, TCK’nun 24’üncü maddesinin 1’inci fıkrası kapsamında kanun hükmünü yerine getirme kapsamında olur. Bu duruma örnek olarak CMK’nun 119’üncü maddesi gösterilebilir. Amir tarafından verilen arama emrinin yerine getirilmesi kapsamında kolluk güçlerinin arama yapması durumunda, amirin emrinin ifa edilmesi söz konusudur. Toplumsal olaylara müdahale edilmesi amacıyla amir tarafından verilen emir

¹⁶ Toroslu/Toroslu, s.148.

¹⁷ Soyaslan, s.346.

¹⁸ Toroslu/Toroslu, s 185.

¹⁹ Bilke, Efe. Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.5, 2017, s. 5-6.

²⁰ Demirel, Muhammed. *Amirin Emri, Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, 1. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 52.

²¹ Toroslu/Toroslu, s. 150-151.

üzerine topluluk üzerine su sıkılması veya göstericilere karşı kademeli güç kullanılması halinde, kolluk güçleri amir emrini yerine getirmektedir. Burada emir hukuka uygundur. Ancak kuvvet kullanılmasında sınırın aşılma hali gibi hususlar istisnadır. PVSK'nun 16'ncı maddesinden kaynaklanan yetkinin kullanımı, emrin hukuka uygunluğunu temin etmektedir. Emir verilmesi yönünden kanun hükmü yerine getirilmekte, emrin yerine getirilmesi açısından ise hukuka uygunluk nedeni oluşmaktadır²². TCK'nun 24'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*” yer almaktadır. Madde metninde hukuka uygun veya hukuka aykırı emrin karşılaştırılması yapılmamıştır. Amirin emrinin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi durumunda, dayanağının TCK'nun 24'üncü maddesinin 2'nci fıkrası olduğunu söylemek mümkündür. Örnek olarak, CMK'nun 98'inci maddesi kapsamında hâkim tarafından yakalama emri verilmesi ya da CMK'nun 146'ncı maddesi kapsamında Cumhuriyet savcısının şüphelinin getirilmesi talimatını vermesi durumlarında, kolluk güçleri tarafından gerçekleştirilen yakalama hukuka uygundur. Ancak kanun gereği olmayan bir yakalama, TCK kapsamında suç oluşturacaktır²³. Hukuka uygun olan emir, memur tarafından kanunda öngörüldüğü şekilde yerine getirilirse; ortaya hukuka uygun bir netice veya hareket çıkar²⁴. Böyle bir durumda emri veren ve emri uygulayan açısından cezai sorumluluk söz konusu olmaz. Bu fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda hukuka uygunluk nedeni ya da kusurluluğa etki eden hallerden hangisinin gerçekleştiği konusunda kesinlik olmadığından, konu iki ayrı başlık altında incelenecektir.

1. Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesi Açısından

Yasal düzenlemeler gereği bir emrin yerine getirilmesi, bir bakıma kanun emrinin amir vasıtasıyla yerine getirilmesini ifade etmektedir²⁵. Emri ifa eden kamu görevlisi, emir gereğine uygun davrandığı ve sınırları ihlal etmediği sürece kanun hükmünü yerine getirmiş olmaktadır. TCK'nun 24'üncü maddesi kapsamında ve doktrindeki genel kabule göre, bu durum hukuka uygunluk nedenidir²⁶. Amirin emrinin yerine getirilmesi durumunda, amirden kaynaklanan bir

²² Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 301.

²³ Değirmenci, Olgun. “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.10, 2012, s. 455-484.

²⁴ Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 632.

²⁵ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2021/1374, K. 2022/1102, T. 07.03.2022, “..Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması halinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları halinde, bu emri yerine getiremez ve bu aykırılığı o emri verene bildirirler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz (madde 137, fıkra 1). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hale getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir...Emir, hukuka aykırı olmanın yanı sıra, ayrıca suç da teşkil edebilir. Anayasamız, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine “hiçbir surette” izin vermemektedir (madde 137, fıkra 2). Bu durumda emri yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz..” şeklindeki açıklamalar kapsamında emrin yerine getirilmesinin sınırları çizilmiştir. (Uyap, Erişim Tarihi: 25.06.2022)

²⁶ Dursun, Selman. “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, 2014, s. 234.

emrin olmadığı; idari teşkilatlanmadan kaynaklanan zorunluluk nedeniyle emrin yerine getirildiğini kabul eden görüşler bulunmaktadır²⁷. Bu görüşü savunanlar, emrin yerine getirilmesi durumunda hukuka uygunluk nedeni oluşturan hususun; menfaat dolayısıyla Devlet tarafından ceza verilmesine gerek olmadığı kabul edilmesi anlayışı olduğunu ileri sürmektedir. Örneğin hakkında tutuklama kararı bulunan bir kişi için tutuklama kararının yerine getirilmesinde, suçlunun yakalanması sonucu gözaltına alınmasında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu meydana gelmemekte, fiil hukuka uygun sayılmaktadır²⁸. Hukuka uygun olan emri yerine getiren fail ceza hukuku normlarına aykırı davranmamaktadır. Çünkü failin fiili hukuka uygundur yani suç olarak kabul edilmemektedir. Failin fiili nedeniyle cezalandırılmaması, failin baştan itibaren suç sayılmama olarak ortaya çıkmaktadır. Bu noktada kusuru ortadan kaldıran nedenler ile hukuka uygunluk sebepleri arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. İki durumun meydana getirdiği sonuçlar birbirlerinden farklıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin var olması durumunda, failin haksızlığı söz konusu olmaz ve beraat kararı verilir. Diğer taraftan kusurun bulunmaması ve failin mazur görülmesi durumunda ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir²⁹.

2. Hukuka Aykırı Emrin Yerine Getirilmesi Açısından

Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi bakımından, emrin suç oluşturup oluşturmadığına göre inceleme yapılmaktadır. Hukuka aykırılık oluşturan her fiil suç olarak kabul edilmemektedir. Emrin hukuka aykırı olması idare ve anayasa hukukunu ilgilendiren bir konu başlığıdır³⁰. Anayasa’da yer alan düzenleme gereği, konusu suç oluşturmayan ancak hukuka aykırılık teşkil eden emirlerin yerine getirilmesinde memurun itaat zorunluluğu bulunmamaktadır. Somut olayın niteliğine göre memur amirine mutlak itaat etme yükümlülüğü altında değildir. Vurgulandığı üzere hukuka aykırı ancak konusu suç oluşturmayan fiilin yerine getirilmesini doktrinde kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak görenler bulunduğu gibi fiilin mazeret nedeni veya hukuka uygunluk nedeni oluşturduğunu kabul edenler bulunmaktadır³¹.

Fiilin tipiklik durumu, hukuka aykırılık karinesi yönünden değerlendirilir. Ancak suç tipi yönünden hukuka aykırılık aranmamaktadır. Bir fiil yönünden oluşan hukuka aykırılığın suç teşkil edip etmemesi ceza hukuka normları bakımından önemlidir. Memur üstünden aldığı emir yönünden öncelikle yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine göre inceleme yapılmalıdır. Verilen emrin hukuka aykırı olduğu tespit edilirse, yerine getirilmemesi gerekir. Bu durumda aykırılık emri verene amire derhal iletilir. Emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, üstün hukuka aykırı olanda emirde ısrar etmesi ve emri yazılı olarak tekrarlaması gerekir. Böylece artık emrin yerine getiren yönünden, kusurluluğu kaldıran koşulların gerçekleştiği kabul edilir³². Ancak emri verenin sorumluluğu devam eder ve meydana

²⁷ Koca/Üzülmez, s. 301.

²⁸ Toroslu/Toroslu, s. 153-154.

²⁹ Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 360.

³⁰ Karakoyun Berke, Betül. “*Askeri Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa ve Sorumluluk*”, Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 51.

³¹ Akman, Yağmur Müge. “*Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 212-213.

³² Demirkol, s. 456.

gelen neticeden sorumlu olur³³. Genel olarak amir tarafından verilen emir, idare hukuku ilişkisi içinde değerlendirilir ve hukuka uygunluk karinesine haizdir. Bu durumdan memur da istifade eder. Konusu suç oluşturmayan emir bakımından memurun sadece amire hukuka aykırı bulduğu emri iletme hakkı vardır. Hukuka aykırılık ise açıklandığı üzere emrin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden sakat olması ile ilgilidir³⁴. Hukuka aykırılık oluşturan fiil bakımından fail, amir tarafından verilen emre uygun davranarak yerine getirmiştir. Fakat fiil hukuka aykırı olduğundan, yerine getiremediği bir yükümlülük de ortaya çıkmıştır. Bu durumda hukuka uygunluk nedeni gereği fail, elinde olmadan yerine getiremediği yükümlülük bakımından cezalandırılmamaktadır³⁵. Dolayısıyla, hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun emir gibi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Görev kapsamında gerçekleşen bu fiiller nedeniyle failin cezalandırılması söz konusu olamaz. Yazılı olarak tekrarlanan ve konusu suç oluşturmayan bir emrin yerine getirilmesi durumunda, kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedenin meydana geldiği kabul edilir³⁶. Böyle bir durumda görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağını ileri süren bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre objektif cezalandırma şartlarının mevcut olayda bulunmaması nedeniyle faile ceza verilmez. Bir başka görüşe göre ise fiil sonucu herhangi mağduriyet ya da zarar oluşmamışsa; artık görevle ilgili bir aykırılıktan bahsedilemeyeceğinden ve netice de suçun unsuru olduğundan faile ceza verilmez³⁷. Her iki halde de eğer fiil hukuka aykırı ise öncelikle failin kusurunun incelenmesi gerekir. Kusur ceza hukukunun temel ilkelerindedir³⁸. Sonuçta meydana gelen netice bakımından cezalandırma, hukuka aykırılık oluşturan davranış ile bağlantılı olacaktır³⁹. Kusur için ise davranışın iradi ve kişiye yüklenebilir olması zorunluluğu vardır. İrade yeteneğinin birden çok nedene bağlı olarak etkilenmesi mümkündür. Doktrinde irade yeteneğinin iç ve dış nedenlere dayalı olarak etkilenmesi şeklinde ayırım yapılmaktadır⁴⁰. Diğer taraftan Anayasa'nın 137'nci ve TCK'nun 24'üncü maddeleri kapsamında amir tarafından verilen ve suç oluşturan fiillerin ifa edilmesi durumunda fail sorumluluktan kurtulamaz⁴¹. Böyle bir durumda suç konusu emri veren ve bu emri yerine getiren kişi sorumlu olmaktadır⁴². Bir emrin konusunun suç teşkil etmesi ve emrin yerine getirilmesi durumunda, emri veren gibi emri yerine getiren gerçekleşen fiilin kanuna aykırı olması dolayısıyla suç işleme kastıyla hareket etmiş

³³ Özen, s. 633.

³⁴ Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 416.

³⁵ Bacaksız, Pınar. "Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 21, 2013, s.120.

³⁶ Demirel, s. 75, Akman, s. 71.

³⁷ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 1234 vd.

³⁸ Koca/Üzülmez, s. 309.

³⁹ Özen, s. 591.

⁴⁰ Özen, s. 626-627.

⁴¹ Demirkol, s. 429.

⁴²Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2021/6861, K. 2022/1599, T. 31.03.2022, "...Şayet emrin konusu suç teşkil ediyorsa, Anayasanın 137/2 ve TCK'nun 24/3 maddeleri gereğince böyle bir emrin yerine getirilmesinden emri veren azmettiren, yerine getiren ise fail olarak sorumlu tutulacaktır. (Dairenin 2017/1443-4758 sayılı kararı) Azmettirenin sorumluluğu, kanunda hazırlık hareketleri ayrıca suç olarak düzenlenmemişse failin eyleminin en azından teşebbüs aşamasına ulaşmasına bağlıdır. Konusu suç teşkil eden emirle emirle azmettirilenden garantörlük yükümlülüğünü yerine getirmemesi isteniyorsa, eylemin teşebbüs aşamasına ulaşması için yasaklayıcı normun ihlaline yönelen icrai bir hareketin gerçekleşmesi, failin de neticeyi önleme hukuki yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekmektedir" şeklinde belirtildiği üzere konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi durumunda hem amir hem de emri yerine getiren sorumlu tutulmaktadır. (Uyap, Erişim Tarihi: 20.06.2022)

sayılmaktadır⁴³. Örneğin, kolluk amirinin bir memura şüphelinin gözaltına alınması sırasında suçunu itiraf etmesi amacıyla işkence ya da eziyet yapılmasını emretmesi durumunda, emir açıkça TCK'nun 94'üncü maddesine aykırılık oluşturacaktır. Böyle bir emrin memur tarafından yerine getirilmemesi gerekir. Bir kamu ihalesinin rüşvet veren firmaya verilmesi hususundaki emir veya ruhsata aykırı olduğu için mühürlenmiş yapının mühürünün kaldırılması için verilen emir açıkça TCK'nun 257'nci maddesine aykırılık oluşturacaktır. Böyle bir emri yerine getiren memurun sorumluluktan kurtulması söz konusu olamaz⁴⁴.

Memurun emrin hukuka uygunluğu ile ilgili olarak hataya düştüğü hallerin meydana gelmesi durumunda, emri yerine getirenin sorumsuzluğu ortaya çıkabilir. Ancak bu haller istisnadır⁴⁵. Suç oluşturan fiilin, hukuka uygunluk nedeni kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir. Hukukun üstünlüğü ilkesi kapsamında bir emrin konusunun suç teşkil etmesi nedeniyle emri yerine getirenin sorumluluğu devam edecektir⁴⁶. Bir emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde, yerine getirenin sorumluluğunun etkilendiği iki hal bulunmaktadır ve bunlar “*fiilî hata*” ile “*emrin içeriğinin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği haller*” şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴⁷. Burada üzerinde durulması gerekli nokta, failin emrin konusunun suç teşkil ettiğini bilmemesi dolayısıyla kusurluluğunun etkilenmesidir. Hata durumunda kusurlu fiil meydana gelmiştir ancak kusurluluk ortadan kalkmıştır⁴⁸. Esasen böyle bir durumda ceza hukuku açısından bir suç meydana gelmemektedir. Fiil hukuka uygun olarak kabul edildiği için, teşebbüs veya iştirak durumlarında dahi ceza hukuku normu ihlal edilmez⁴⁹. Somut bir olayda suç oluşturan emir için esaslı hatanın olup olmadığı incelenir. Eğer esaslı hata varsa emri yerine getiren sorumluluktan kurtulur⁵⁰. Örneğin, bir polise amiri şüpheli şahsı yakalaması talimatı verdiğinde; polisin şahıs hakkında yakalama kararı bulunduğunu düşünerek ve amirinin gereken izni hâkimden aldığını zannederek şahsı yakalaması ve gözaltına alması durumunda, esaslı fiili hata varsa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olmayacaktır. Diğer taraftan, olayın niteliğine göre kusurluluğu etkileyen koşulların somut olayda gerçekleşmesine rağmen; fail fiilini bu koşulların etkisi olmaksızın gerçekleştirmişse artık TCK'nun 30'uncu maddesinin 3'üncü maddesinden yararlanamaz. Failin fiilinin, kusurluluk bakımından etkilenmemesi durumunda hata koşullarının da oluştuğu kabul edilemez⁵¹.

Emrin hukuka aykırılığının sorgulanmasının yasaklandığı özel durumlar söz konusu olabilir. Böyle durumlarda emri yerine getiren değil; emri veren amir sorumlu tutulacaktır. Ancak emrin suç olmaması veya herhangi bir suça yol açmaması hali saklıdır. Çünkü yasal düzenlemeler kapsamında, emrin sorgulanmaması gerekli olan şartlarda dahi, emrin konusunun doğrudan suç teşkil etmemesi gereklidir⁵². Hata durumundan farklı olarak emri yerine getiren bu durumda

⁴³ Soyaslan, s. 378.

⁴⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 416.

⁴⁵ Koca/Üzülmez, s. 301-302.

⁴⁶ Bilke, s. 7.

⁴⁷ Özen, s. 633.

⁴⁸ Savaşçı Temiz, Bilgehan. *Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 65-66.

⁴⁹ Koca/Üzülmez, s. 340-341.

⁵⁰ Göktürk, Neslihan. *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 149.

⁵¹ Meraklı, s. 424.

⁵² Demirbaş, s. 282.

sorumluluktan kurtulamaz. Ancak bu konu da doktrinde tartışılan bir konu başlığıdır. Bu nedenle emrin sorgulanmasının yasaklandığı durumlarda amir tarafından verilen emrin yerine getirilmesinin kapsamının mevzuat açısından yeniden değerlendirilmesi ve hukuki düzenlenmelerle sınırlarının açıkça çizilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır⁵³.

Hukuka aykırı olan ancak suç oluşturmeyen emir bakımından, aykırılığın içerik ve şekil bakımından incelenmesi gereklidir. Örneğin, CMK'nun 100'üncü maddesi kapsamında bir tutuklama kararının hâkim tarafından verilmesi zorunludur. Bu emrin Cumhuriyet savcısı tarafından verilmesi şekli yönden hukuka aykırılık oluşturur. Benzer şekilde amirin memura bazı gazeteleri veya kitapları okuması yolundaki emrinin hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Hukuka aykırılığın somut olaya göre değerlendirilmesi, amir ile memur arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir. Özellikle amirin yetkilerinin sınırı belirli değilse; hukuka aykırılığı tespit etmek zorlaşır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, emri alanın bazı durumlarda pasif duruma düşerek emri yerine getirmemesidir. Eğer emir suç oluşturmuyorsa, emir yerine getirilmediği için disiplin suçu meydana gelebilir⁵⁴.

II. Amirin Emrinin Yerine Getirilmesinin Koşulları

Emir vermeye dayanan ast üst hiyerarşik ilişkisi içinde memurlar ve amirler bulunmaktadır⁵⁵. Emir, üstün asttan bir şey yapması ya da yapmaması amacıyla yönelttiği direktiftir. Emrin yazılı veya sözlü olması açısından şekil farkı yoktur. Bir direktifin emir olup olmadığını belirlemek için emrin kaynağı olan kişiye ve emir kendisine yönelen muhabata bakmak gerekir. Emrin içeriği ve verilmiş usulü de dikkate alınmaktadır. Emrin varlığı için aranan astlık-üstlük ilişkisi kamu hukuku bağlamında değerlendirilen ilişkidir. Yani özel hukuk kapsamında yer alan emirler bu kapsamda değerlendirilemez⁵⁶. Emri veren gibi emri yerine getiren kişi de kamu görevlisidir. Kamu görevlisi kavramı ceza hukuku anlamında olup; idare hukuku anlamındaki kamu görevlisi değildir. TCK'nun 6'ncı maddesinde "*Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" kamu görevlisi olarak tanımlanmıştır⁵⁷. Ceza hukuku bakımından kamu görevlisinin kapsamı, idare hukukunda tanımlanan kamu görevlisinden daha geniştir. TCK, kamu görevlilerinin yanında kamu hizmeti görenleri de kamu görevlisi olarak kabul etmektedir. Ceza kanunlarının uygulanması durumunda kamu görevlisinin tespiti kuşkusuz TCK'nun 6'ncı maddesine göre yapılacaktır. Ancak kamu görevlisi kapsamının 5237 sayılı TCK ile genişletilmesinin hukuki açıdan sorunlara yol açabileceği ileri sürülmektedir⁵⁸.

⁵³ Bektur, s. 31.

⁵⁴ Işıklar, Celal. *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 411.

⁵⁵ Koca/Üzülmez, s. 340.

⁵⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 394.

⁵⁷ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner. *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 751.

⁵⁸ Soyaslan, s. 494.

A. Bir Emrin Varlığı

Emri veren kişi ile muhatap arasında Anayasa, kanun veya yasal bir mevzuattan kaynaklanan herhangi bir hiyerarşik ilişki bulunmaması durumunda, verilen emrin hukuki niteliğini araştırmaya gerek yoktur. Diğer taraftan emri veren kişinin de emir verme konusunda yetkisi yoksa, emri yerine getirenin fiili TCK'nun 24'üncü maddesi kapsamında değerlendirilmez. Emri yerine getirenin görevli olmaması da aynı sonucu doğurmaktadır. Bir emrin hukuka uygun olarak nitelendirilmesi, emrin konusu açısından değerlendirilmesi ile ilgilidir⁵⁹. TCK'nun 24'üncü madde düzenlemesinde de yetkili mercii ifadesi yer almaktadır. Ayrıca emrin yerine getirilmesi bakımından sorumluluğun emri verene ait olacağı belirtilmektedir⁶⁰. Bu bakımdan emri veren kişi amir olarak nitelendirilmekle birlikte yetkili merciiin başı olarak kabul edilir. Amir tarafından verilen emir ile kanun hükmünün icrası zaman zaman iç içe geçebilmektedir. İki durumun iç içe geçebildiği mevzuata örnek olarak PYSK gösterilebilir. Yüksek yargı kararlarında PYSK'nun 16'ncı maddesinde yer alan kolluğun silah kullanma ve zorlama yetkisinin, amirin emri kapsamında değerlendirilebileceği yer almaktadır. Ancak doktrin bakımından, kolluğun bu yetkileri somut olaya göre nitelendirilmektedir⁶¹. Hiyerarşi ilişkisi içerisinde emri yerine getirecek olan görevlinin birden fazla amirinin bulunması ihtimali de vardır.

Hiyerarşi ilişkisi gereği astın, üstün emirlerine ve direktiflerine karşı idari yargıda dava açma hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca üstü tarafından verilen emri hukuka aykırı bulan kamu görevlisinin bu durumu daha üst makamlara bildireceğine ilişkin yasal bir düzenleme de yoktur. Kamu görevlisi hukuka aykırı olarak nitelendirdiği emir veya direktifi amirine bildirecek, eğer emir yazılı şekilde bildirilirse uygulayacaktır. Astın davranışı “*yetkili merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir*” kapsamında değerlendirilecektir⁶². Ancak burada asta, kendisine verilen emri denetleme konusunda bir yükümlülük verilmiştir⁶³. Eğer ast kendisine verilen emri denetlemeksizin yerine getirirse sorumlu olacaktır⁶⁴. Yazılı olarak bildirilmiş olan emir hukuka aykırı dahi olsa uygulanmak zorundadır. Bu durum hiyerarşi ilişkisinin bir sonucudur⁶⁵. Kamusal alanda hiyerarşi ilişkisi, amirin görev ve hizmetin kurallarına daha vakıf olduğu, deneyimlerinin fazla olduğu kabulüne dayanmaktadır. Astın aldığı bir emri, hukuka aykırı olması durumunda amirine geri bildirme, emri yazılı olarak isteme; yazılı emrin kendisine bildirilmesi durumunda uygulama zorunluluğu bulunmaktadır⁶⁶. Amirin emri genel bir talimat şeklinde olabileceği gibi kişisel ve özel de olabilir. Kural olarak emri verenle emrin muhatabının aynı kamu tüzelkişi kadrosunda görev yapması beklenir. Ancak özel yasalarda bu durumun istisnası olabilmektedir. Kanunların yetki verdiği durumlarda hiyerarşik üst dışında bir amir de söz konusu olabilir⁶⁷. Kanun tarafından yapılan düzenlemelerle idari bakımdan hiyerarşik üst dışında

⁵⁹ Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 401.

⁶⁰ Demirkol, s. 432.

⁶¹ Özen, s. 450.

⁶² Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 269.

⁶³ Karahanoğulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.404.

⁶⁴ Bektur, Sevgi. “Amirin Emrine Uyuma Zorunluluğunun Kapsamı”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 3, S. 1, 2020, s. 21.

⁶⁵ Demirel, s. 75.

⁶⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 393.

⁶⁷ Öztürk/Erdem, s. 269.

bir kişi de amir olarak tanımlanmışsa; yasal zorunluluk gereği ilgili amir tarafından verilen emir de yerine getirilecektir⁶⁸.

B. Emrin Bağlayıcı Olması

Bir emrin bağlayıcı olması için aranan birtakım unsurlar bulunmaktadır. Bu unsurlar genel olarak şekli ve maddi olarak ayrılmaktadır. Şekli unsur emir bakımından emrin kaynağının yetkiye sahip olması, emrin muhatabının da emri yerine getirme konusunda yetkili ve görevli olması ayrıca emrin bizatihi kendisinin de yasal olarak öngörülen şartlara haiz olmasıdır. Şekli unsurlar daha çok emrin kanunilik boyutunu ifade etmektedir. Emrin hukuken mevcut olması gereklidir⁶⁹. Ayrıca emrin kanunen öngörülen şekil şartlarını taşıması zorunludur. Örneğin, emrin yazılı olarak verilmesi zorunluluğu yasal olarak öngörülmüş olabilir. Böyle bir durumda emrin sözlü olarak verilmesi hukuka aykırılık oluşturacaktır. Ancak emrin verilmiş usulü bakımından böyle bir zorunluluk söz konusu değilse; sözlü emir de şekli bakımdan yasal düzenlemeye uygun olacaktır⁷⁰. Amirin emri somut ve bireysel olabileceği gibi düzenleyici işlem şeklinde de olabilir⁷¹. Hiyerarşi ilişkisi gereği üst tarafından asta verilen emrin hukuka uygun olması durumunda, emri veren ile emri uygulayanın sorumsuzluğu söz konusudur⁷². Emrin yerine getirilmesi bu durumda hukuka uygunluk nedenidir. Emir böylece kanuna dayanır ve meşru olarak kabul edilir⁷³. Astın emri denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu denetleme bir bakıma hiyerarşinin otoriterleşmesine engel bir işlem niteliği de taşır⁷⁴. Doktrindeki genel kabule göre emri alan, “*emrin kanuna aykırı olup olmadığını araştırmak*” ve “*emrin suç olup olmadığını araştırmak*” biçiminde iki ayrı sorumluluk altındadır⁷⁵.

Emri alan muhatabın, emri yerine getirme bakımından görevli olması zorunludur⁷⁶. Fakat kamu görevlisinin kendine yönelen bir emrin görev alanına girip girmediği konusunda araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁷. Yasal olarak yetkili olmayan ancak makam itibarıyla üstte bulunan bir kişinin verdiği emrin yerine getirilmesi durumunda, emri yerine getiren meydana gelen hukuka aykırılık ya da suçtan sorumlu olacaktır. Diğer taraftan ortaya çıkan sonuç bakımından, azmettirmenin kanuni koşulları mevcutsa emri veren kişi de sorumlu olmaktadır. Ancak TCK'nun 28'inci maddesinde yer alan cebir ve tehdit koşulları söz konusu olmuşsa; emri yerine getiren kişinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. TCK'nun 24'üncü madde düzenlemesinde yasal olarak görev gereği yerine getirilmesi zorunlu emir ifadesi kullanılmıştır. Emir, emri yerine getirecek kişinin görev alanına dahil değilse yerine getirme zorunluluğu olamaz. Böyle bir durumda emrin yazılı veya sözlü olarak tekrarlanmasının bir önemi yoktur⁷⁸. Maddi unsur ise emrin içerik olarak kanunen öngörülen şartları taşımasıdır. Örnek olarak, CMK gereği tutuklama

⁶⁸ Bektur, s. 14.

⁶⁹ Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 281.

⁷⁰ Hakeri, s. 401.

⁷¹ Bektur, s. 24.

⁷² Demirkol, s. 451.

⁷³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 397.

⁷⁴ Bektur, s. 21.

⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 398.

⁷⁶ Demirkol, s. 436.

⁷⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 396.

⁷⁸ Özen, s. 635.

kararı sadece hâkim tarafından verilmektedir. Bu şekli unsurdur. Tutuklama kararı, CMK'nun 100'üncü maddesindeki şartlar bulunması durumunda verilmektedir. Bu şartlar da maddi unsuru oluşturmaktadır. Amirin emrinin geçerliliği yönünden hem şekli unsurların hem de maddi unsurların bulunması gereklidir. Emir, bir bakıma yasada yer alan konu ve sebep ilişkisi bakımından bir irade açıklaması niteliğine haiz olmalıdır⁷⁹. Aksi takdirde hukuken geçerli bir emirden söz edilemez.

C. Bağlayıcı Emrin Mutlak İtaat ve Disiplin Hukuku Boyutu

Emir, hukuken yetkili merci tarafından asta verilen ve belirli bir davranışta bulunmayı gerektiren irade beyanı olarak tanımlanabilir. Emrin içeriğinde, hiyerarşi ilişkisi, bağlılık ve üstünlük kavramları bulunmaktadır. Bu bakımdan ast tarafından amirin emrinin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinin; disiplin hukuku, ceza hukuku gibi mevzuatlar yönünden sonuçları bulunmaktadır⁸⁰. Astın verilen emri uygulaması, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olduğu kadar amirin emirlerine itaat etme ve çalışma ortamının psikolojisine uyum sağlama gibi konularla da bağlantılıdır⁸¹.

Anayasa'nın 137'nci maddesinde "*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*" şeklinde konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi yönünden istisna getirilmiştir. Bu bakımdan polis ve asker kişiler, görevleri bakımından ayrı tutulmuştur. Benzer bir durum TCK'nun 24'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında yer almaktadır. Bir emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun gereği engellenmişse; tüm sorumluluk emri verene ait olacaktır⁸². Birtakım hallerde kanun, emrin içeriğinin araştırılmadan yerine getirilmesini isteyebilir. Bu hallerde emri yerine getiren emrin içeriğini araştıramaz, bu konuda yükümlülüğü yoktur⁸³. Ancak böyle durumlarda dahi emri şeklen incelemek zorundadır⁸⁴. Şekil olarak sakat olan bir emir, hukuka uygun bir emir olarak kabul edilemez. Emirle ilgili olarak tespit edilmesi gerekli olan husus, emrin Anayasa'nın 137'nci maddesinde öngörülen istisnalardan olup olmadığıdır. Eğer emir bu istisnalardan değilse, ana kural geçerlidir⁸⁵. Bu durumda emrin yazılı olarak yinelenmesi gereklidir⁸⁶. Benzer düzenleme Devlet Memurları Kanunu 11'inci maddede de bulunmaktadır. Hukuka aykırı bir emir, yazılı şekilde tekrar edilirse; emri yerine getiren sorumlu olmaz⁸⁷.

Suç oluşturmayan ancak disiplin hukuku yönünden sorumluluk doğuran bir emir de amir tarafından verilebilir. Ceza hukuku açısından suç oluşturmayan ancak disiplin cezası gerektiren bir emrin amir tarafından verilmesi durumunda hukuka aykırı bir emir ortaya çıkacaktır. Ast tarafından emrin yerine getirilmemesi ancak emrin yazılı olarak tekrarlanması durumunda

⁷⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 397.

⁸⁰ Bektur, s. 15-16.

⁸¹ Bektur, s. 16.

⁸² Hakeri, s. 445.

⁸³ Demirkol, s. 446.

⁸⁴ Öztürk/Erdem, s. 271.

⁸⁵ Bilke, s. 7.

⁸⁶ Özen, s. 635.

⁸⁷ Aslan, Zehreddin/Altındağ, Halil. *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 36-37.

sorumluluk oluşmayacaktır⁸⁸. Mutlak itaat hususu asker ve polis kişiler ile ilgili olup, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ile 2559 sayılı Polis ve Salahiyet Kanunu'nda düzenlenmiştir. Hiyerarşinin en fazla olduğu kurumlardan biri silahlı kuvvetlerdir. 211 sayılı Kanunu'nun 14'üncü maddesinde “*Ast;...amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast, muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar, değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğan mesuliyetler emri verene aittir.*” yer almaktadır. Askeri Ceza Kanunu'nun 41'inci maddesinin 2'inci fıkrasında “*Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür*” bulunmaktadır. Ast tarafından mutlak suretle yerine getirilecek olan emir, hizmetle sınırlıdır⁸⁹. Dolayısıyla konusu açıkça suç teşkil eden emirler yerine getirilemez; yerine getirilmesi durumunda emri verenle birlikte emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz⁹⁰. Ancak askeri mevzuat, verilen emrin hukuki niteliğinin araştırılması konusunda herhangi bir yetki tanımadığından; ast emri yerine getirme konusunda tereddüt yaşaması durumunda emri derhal yerine getirmek durumundadır. Askeri Yargıtay'ın 01.10.2014 tarihli ve 2014/801 esas, 2014/790 karar sayılı ilamında, “*..TSK İç Hizmet Kanunu'nun 6, 7 ve ASCK'nun 12'inci maddelerindeki düzenlemelere göre; emir vermeye yetkili amirler, hizmetin düzgün, verimli ve kesintisiz bir biçimde yürütülmesini temin etmek maksadıyla, konusu suç teşkil etmeyen, yasa ve diğer hukuk kurallarıyla düzenlenmemiş konularda, somut kural ve prensipler koyabilme yetkisine sahiptirler..*” şeklinde belirtildiği üzere, amirin somut kural koyulmayan alanlarda emir verme yetkisi de bulunmaktadır. Burada emrin, “*askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunda gösterilen durumlar ile ilgili*” olmasına dikkat edilmelidir. Askeri Yargıtay'ın 08.04.2015 tarihli ve 2015/293 esas, 2015/303 karar sayılı ilamında, “*..Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, hizmete ilişkin emrin ne olduğunun Kanunlarımızda gösterilmiş olduğu, amirlerin emir vermek veya vermemek gibi bir sorumsuzluk içinde olmayıp, vazifenin gerektirdiği emirleri vermek ve vazifenin gerektirmediği emirleri vermemekle yükümlü olduğu, vazifeye ilgili olmayan emirlerin suçun konusu olamayacağı, bunun her olayda ayrıca değerlendirilip belirlenmesi gerektiği anlaşılmakta; suçun maddi unsurunun Kanunlarla ve açıklıkla belirlenmiş olduğu, görevin gerektirdiği hâl ve koşullara göre amirler tarafından verilecek emirlerin çeşitlilik göstermesinin suçun kanuniliği ilkesini zedeleyici bir durumu olmadığı açıkça görülmektedir..*” yer almaktadır. Emrin ast tarafından yerine getirilmesi sırasında, emrin hukuka uygun olduğu düşünülür ancak emir hukuka aykırı olursa, daha önce vurgulandığı üzere hata durumu gündeme gelecektir⁹¹. Kaçınılabılır hata durumu, cezanın belirlenmesinde veya cezanın alt sınırına kadar indirim yapılmasında göz önünde tutulabilir⁹².

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 22.03.2022 tarihli ve 2021/6269 esas, 2022/1484 karar sayılı ilamında, 15 Temmuz 2016 tarihinde anayasal düzene karşı gerçekleştirilen silahlı darbe teşebbüsü ile ilgili olarak yaptığı incelemede, “*..emri veren amir ise kesin itaat kuralı her bakımdan geçerlidir; ast emre mutlak surette itaat edecektir. Üst ise kanun ve nizamlara göre kendisine*

⁸⁸ Boz, Selman Sacit. “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2017, s. 16-17.

⁸⁹ Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 444.

⁹⁰ Bilke, s. 8.

⁹¹ Demirkol, s. 461.

⁹² Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 614.

böyle bir emir vermeye yetkili olup olmadığını araştırarak, yetkili olduğuna kanaat getirirse itaat edecektir. İç Hizmet Kanununa göre, amir makam ve memuriyet yönünden emretmek yetkisine sahip kimse iken (m. 9); üst, rütbe ve kıdem büyüklüğünü ifade eder (m. 10). Mevzuat, konusu suç teşkil eden emir müstesna, amir tarafından verilen emrin muhteva itibari ile kanuna uygunluğunu araştırmaktan astı yasaklamıştır. Emrin hizmete ilişkin olması halinde, emri yerine getiren kimsenin prensip itibari ile hiçbir ceza sorumluluğu yoktur ve bütün sorumluluk sadece emri verene aittir. Özel nitelikte olmayan ve bu özel niteliği ilk bakışta anlaşılmayan her emir, hizmetle ilgili sayılmak gerekir. Ast kendisinden verilen emrin bir suç işlemek maksadı ile verildiğini biliyorsa ve buna rağmen emri yerine getirmişse kendisi de amirle birlikte ceza görecektir..” şeklindeki açıklamalar ile konusu suç teşkil eden emrin cezalandırılacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak doktrinde verilen emrin suç teşkil ettiği konusunda astın yeterli bilgiye sahip olmadığı durumlarda sorumlu tutulmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bazı durumlarda ast, açıkça suç teşkil eden emrin niteliğini bilemeyebilir⁹³. Astın cezai sorumluluğunun doğması için doğrudan suç konusu emrin niteliğini bilmesi, suça iştirak etmesi gereklidir. Burada suç konusu emrin öngörülebilir ya da tahmin edilebilir olmasının cezai sorumluluk yönünden değerlendirilmesi zorunludur⁹⁴. Amirin suç konusu oluşturmayan emrinin, ast tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin Askeri Yargıtay kararları da bulunmaktadır⁹⁵. Hiyerarşinin yoğun olarak yaşandığı kurumlarda biri de polis teşkilatıdır. PVSK 2’nci maddesinde “*Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yinelerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulmaz*” yer almaktadır. PVSK düzenlemesinde açıkça yazılı emirden bahsedilmiş; bu emirler bakımından mutlak itaat yükümlülüğü bulunduğu altı çizilmiştir. Bu tür hallerde sorumluluk emri veren aittir⁹⁶. Bir emrin, konusunun suç teşkil etmesi durumunda yerine getirilemeyeceği konusunda tartışma bulunmamaktadır. Emrin yerine getirilmesi durumunda emri veren kişi azmettiren; emri ifa eden kişi ise fail olarak sorumlu tutulur⁹⁷.

III. Kabahatler Açısından

Kabahatler, idare hukuku ve ceza hukukunun dahil olduğu bir alanda incelenmektedir. Bir suç olarak kabul edilmemekle birlikte ceza hukuku alanında geçerli olan iştirak, içtima, ceza sorumluluğunun şahsiliği gibi kurumlar kabahatler için de geçerli olmaktadır. Kabahat için hukuka aykırı ve kanunun tanımladığı fiilin işlenmesi yeterlidir. Kabahatlerin uygulanması bakımından, kabahatlinin kusurunun bulunması zorunludur⁹⁸.

⁹³ Bilke, s. 9.

⁹⁴ Özgenç, s. 448.

⁹⁵ Öztürk/Erdem, s. 271.

⁹⁶ Demirkol, s. 449.

⁹⁷ Erdem, Mustafa Ruhan/Öztürk, Bahri. *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 242, Öztürk/Erdem, s. 271.

⁹⁸ Akbulut, s. 543-545.

Emir hiyerarşik ilişki içinde geçerli olduğundan, hukuka uygunluğu için birtakım şartları sağlaması gereklidir. Bu şartlar idari işlemlerin unsurları olarak kabul edilen yetki, sebep, şekil, konu ve maksat olarak incelenmektedir. İdari işlemin unsurlarından birinin eksik olması durumunda, hukuka uygun bir emirden söz edilemez⁹⁹. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Kast veya Taksir" başlıklı 9. maddesinde "*Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebilir.*" yer almaktadır. Bu düzenlemeden hareketle bir kabahatten dolayı sorumluluğun doğabilmesi yani idari yaptırım uygulanabilmesi için eylemin en azından taksire dayalı olarak gerçekleşmesi beklenir. Objektif sorumluluk esasları bu noktada geçerli değildir¹⁰⁰. Amirin emri bakımından 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda ayrı bir düzenleme yoktur. TCK'nda 24'üncü maddesinin 2, 3 ve 4'üncü fıkralarında yer alan düzenleme dikkate alınacaktır. Amir tarafından verilen emir hukuka aykırılık taşımamakla birlikte kabahat oluşturması durumunda, emri yerine getirenin sorumluluğu doğmayacaktır. Eğer emir hukuka aykırılık taşıyorsa, ast emri yerine getirmeyecektir. Eğer emir yerine getirilirse hem emri veren hem de emri yerine getirenin sorumluluğu doğacaktır. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği hallerde de işlenen kabahatten sadece *emri veren* sorumlu tutulacak, *emri ifa eden* ise mazeret nedeninden yararlanacaktır¹⁰¹.

SONUÇ

Anayasa'nın 137'nci maddesinde "kanunsuz emir" başlığında amirin emrinin ifası yer almaktadır. Hiyerarşi ilişkisi gereği kamusal alanda görev yapan memur, aldığı emri hukuka aykırı olarak nitelendirirse yerine getirmeyecek ve bu durumu amirine bildirecektir. Amir emrini yineler ve yazılı olarak tekrarlırsa; memur tarafından emir yerine getirilmek durumundadır. Burada sorumluluk emri verene ait olmaktadır. Emrin ifa edilmesi bakımından kusur oluşmaz ve cezaya hükmedilmez. Hukuka aykırılık teşkil eden emirlerin uygulanmaması bakımından askeri hizmetler, acele haller ve kamu güvenliği konusunda kanunla istisna getirilebilmektedir. Fakat emir, açıkça suç oluşturuyorsa yerine getirilmemesi gerekir. TCK'nun 24'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan genel düzenleme uyarınca görev gereği zorunlu olan emrin uygulanması durumunda sorumluluğun doğmayacağı açıktır. Anayasa'da yer alan düzenlemeye uygun olarak aynı maddede yer alan 3'üncü ve 4'üncü fıkralar kapsamında konusu suç teşkil edenler emirler hariç; hukuka uygunluğunun denetlenmesinin sınırlandırıldığı hallerde uygulanan emirlerle ilgili olarak sorumluluk, emri verene ait olmaktadır.

Amir tarafından verilen emrin yerine getirilmesi halinde sorumlu tutulmama için belirli şartların varlığı aranmaktadır. Örneğin ASCK bağlamında mevcut olan emrin askeri hizmete ilişkin olması zorunludur. Ayrıca üst ve ast arasında hiyerarşiye dayalı bir ilişki bulunmalıdır. Üst emir verme konusunda yetkili olmakla birlikte emrin şekle uygunluğu da aranmaktadır. Amirin emrinin hukuka uygun olması dışında memur tarafından da emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi beklenmektedir. Ancak çalışmada değinildiği üzere hukuka uygunluk denetiminin kanunla sınırlandırıldığı haller bulunmaktadır. Asker ve polis kişiler bakımından mutlak itaatın

⁹⁹ Hakeri, 2019, s. 401.

¹⁰⁰ Özgenç, 2019, s. 304.

¹⁰¹ Dursun, s. 245-246.

mevcut olması, emrin sorgulanması bakımından istisna oluşturmaktadır. Konusu suç oluşturan emir bakımından böyle bir istisnanın bulunmadığını söylemek mümkündür. Hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin aynı zamanda suç oluşturmaması halinde kural, emri yerine getiren bakımından sorumluluğun amirin emrinin yazılı olarak tekrarlanmasına dayalı olarak şekillenmesidir. Bu durumlara ilişkin yasal düzenlemeler ASCK'nun 41'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında ve PYSK'nun 2'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ayrı ayrı yer almaktadır. Mutlak itaat normu, bazı istisna durumlarda emirlerin sorgulamaksızın yerine getirilmesini gerektirmektedir. Böyle bir durumda sorumluluk emri verene ait olmaktadır. PYSK ve ASCK bakımından sorumluluk ölçütlerinin ise aynı olmadığını söylemek mümkündür. PYSK tarafından belirlenen ölçütün ASCK'na nazaran daha objektif olduğu, emirle ilgili amirin sorumlu tutulacağı vurgulanmıştır. ASCK ise daha çok emrin suç olup olmadığının bilinmesi ya da bilinmesinin gerekmesi konusunda ölçüt belirlemiştir. Kabahatler açısından TCK'nun 24. maddesinde yer alan düzenleme geçerli olacaktır. Kabahatler gibi disipline dayalı işlemler bakımından da kusura dayalı sorumluluk ve iradilik ilkesi kabul edilmektedir. TCK'da yer alan düzenlemenin kabahatler ve disiplin hukuku yönünden geçerli olması göz önünde tutulduğunda; bir emrin kabahat yanında disiplin suçu oluşturması durumunda genel kural geçerli olacaktır. Ast hukuka aykırı emri üste bildirecek eğer emir yazılı olarak tekrarlanırsa ast emri yerine getirecektir.

Konusu hukuka aykırı olan bir emrin yerine getirilmesi durumunda sorumluluğu kaldıran nedenlerden birisi de hatadır. Emri alan, emrin hukuka uygunluğu ve maddi şartları bakımından kaçınılmaz bir hataya düşerse; hukuka uygun zannettiği emrin yerine getirilmesi konusundaki bu fiili hatasından faydalanır ve sorumlu tutulmaz. Ancak amir tarafından verilen emrin, suç olup olmamasını dikkate almaksızın uygulamak zorunda olduğunu düşünen memurun eylemi hukuki hata oluşturur. Memur bu durumda sorumluluktan kurtulamaz. Verilen emrin yerine getirilmesi sırasında sınırı aşan memur için de benzer durum geçerlidir. Sınırın kasten aşıldığı durumlar bakımdan sorumluluk devam edecektir. Somut olaya göre sınırın aşılmasında taksirle sorumluluk gündeme gelebilir. Özellikle uygulamada sınırın aşılmasına ilişkin haller tartışılmaktadır. Olayın koşullarına ve karşılaşılan kuvvete uygun, ölçülü karşılık verilmesi gerekliliğinin hiyerarşik ilişki içinde vurgulanması, yasal düzenlemelerde de bu konuya ayrıntılı olarak değinilmesi zorunludur.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Akman, Yağmur Müge. "Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, İstanbul, 2019.

Apaydın, Cengiz. *Ceza Hukukunda Kusurluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner. *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

- Aslan, Zehreddin/Altındağ, Halil. *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Bacaksız, Pınar. “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 21, 2013, s. 119-138.
- Bektur, Sevgi. “Amirin Emrine Uyma Zorunluluğunun Kapsamı”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 3, S. 1, 2020, s. 11-36.
- Bilke, Efe. Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.5, 2017, s. 1-27.
- Boz, Selman Sacit. “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2017, s. 15-41.
- Değirmenci, Olgun. “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, *TAAD*, C.1, S. 10, Temmuz 2012, s. 455-484.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Demirel, Muhammed. Amirin Emri, *Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, 1. Baskı, 12 Levha Yayınları, 2014, İstanbul.
- Demirkol, Neslihan. “Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, *SDÜHFD*, C. 11, S. 2, 2021, s. 419-470.
- Deniz, Buket. “Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Amirin Emrinin İfası”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 19, S. 3, 2020.
- Dursun, Selman. Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, 2014, s. 203-252.
- Egemenoğlu, Alaaddin/Yılmaz, Erkam/Alan Akcan, Esra. *Gerekçeli Ceza Kanunları*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2018.
- Erdem, Mustafa Ruhan/ Öztürk, Bahri. *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Göktürk, Neslihan. *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Güneysu, Gökhan. *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Işıklar, Celal. *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

- Karahanoğulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Karakoyun Berkyez, Betül. “*Askeri Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa ve Sorumluluk*”, Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Küçük, Çolpan Mücahit. *657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/ Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Savaşçı Temiz, Bilgehan. *Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınları, Ankara, 2016.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Tarafların Tahliyeye Yönelik Kararlaştırdıkları Bildirimlerin Hükümü

Osman Levent ÖZAY 

Arş. Gör. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye
osmanleventozay@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 30.10.2022

Kabul: 29.01.2023

Yayın: 07.03.2023

Anahtar

Kelimeler:

Konut ve Çatılı İşyeri
Kira Sözleşmesi,
Bildirim, Tahliye, Sona
Erme.

Kira sözleşmelerine ilişkin son yıllarda çok sayıda uyuşmazlık meydana gelmektedir. Bu uyuşmazlıkların bir kısmı sözleşmenin içeriğine ilişkin tarafların açık bir anlaşma yapmamasından ve sıklıkla da hukukçular tarafından hazırlanmamış örnek sözleşme metinleri kullanmalarından kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmeler, kimi hükümleri bakımından emredici düzenlemelere aykırı olduğu gibi uyuşmazlıklarda tarafların gerçek iradelerinin tespitini de zorlaştırmaktadır. Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde bildirim şartına yer verilmiştir. Bunların yanı sıra tarafların da ayrıca tahliyeye yönelik bildirim şartına yer vermeleri mümkündür. Bu çalışmada özellikle uygulamada sıklıkla kullanılan sözleşmelerde yer alan düzenlemeler incelenerek tahliyeye yönelik kiracı veya kiraya veren bakımından getirilen bildirim şartlarının hükümü ve hangi hükümlere geçerlilik tanınması gerektiği tespit edilmeye çalışılmıştır. Ayrıca örnek sözleşmelerde karşılaşılan bildirim şartına yönelik hükümlerin özellikle kiraya verenin tahliye davası bakımından bir şart olarak aranıp aranmayacağına ilişkin Yargıtay uygulamasına da değinilmiştir.

Consequences of Notifications Regarding Evacuation Agreed by The Parties in Residential And Roofed Workplace Lease Agreements

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 30.10.2022

Accepted: 29.01.2023

Published: 07.03.2023

Keywords:

Leases of residential
and roofed workplaces,
Notification,
Evacuation,
Termination.

A large number of disputes have arisen in recent years regarding lease agreements. Some of these conflicts arise from the fact that the parties frequently use lease agreements obtained from the internet or stationery. These contracts, in terms of some of their provisions, are contrary to the mandatory regulations and also make it difficult to determine the real will of the parties in disputes. Various provisions of the Turkish Code of Obligations include the notification requirement in terms of residential and roofed workplace lease agreements. In addition to these, it is possible for the parties to also include the notification requirement for eviction. In this study, by examining the regulations in the contracts, which are frequently used in practice, it has been tried to determine the provisions of the notification conditions for the lessee or the lessor and which provisions should be valid. In addition, the application of the Court of Cassation regarding whether the provisions regarding the notification requirement encountered in standard contracts should be sought as a condition in terms of the eviction lawsuit of the lessor has also been mentioned.

Atıf/Citation: Özay, O. L. (2023). "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Tarafların Tahliyeye Yönelik Kararlaştırdıkları Bildirimlerin Hükümü", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 202-216.

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



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

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin çeşitli hükümlerinde bildirim şartlarına yer verilmiş ve bu bildirimler tahliye için zorunlu bir şart olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu aynı zamanda bu bildirimlerin yerine getirilmesi bakımından da çeşitli şartlar (süre, şekil vb.) öngörmüştür. Bu çalışmada, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından kiracı ve kiraya verenin yerine getirmesi gereken bildirimler incelenmiştir. Aynı şekilde, tarafların kanundaki şartlardan ne ölçüde farklılaşabileceği dolayısıyla bildirimle ilişkin yerine getirilmesi gereken hususlardan hangilerinin emredici olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır.

Uygulamada sıklıkla yeterince açık hükümlere yer verilmemesi, uzman kişilerce hazırlanmamış örnek sözleşme metinlerinin kullanılması ve birçok durumda kanunun aradığı niteliklere aykırı bildirimlere yer verildiği görülmektedir. Bu tip durumlarda kararlaştırılan bildirimler geçersiz olmakla birlikte kimi zaman kiracı lehine yorumlanabilecek sonuçlar da meydana getirebilmektedir. Kiracı lehine bir değerlendirme yapılabilen hallerde, bildirimlere hüküm ve sonuç bağlanıp bağlanmayacağı incelenmesi gerekir. Belirtilen açıklamalar ışığında aşağıda öncelikle konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından bildirimlere ilişkin genel bilgiler verilmiştir. Ardından kiracı ve kiraya verenin yerine getirmesi gereken bildirimler, belirli ve belirsiz süreli kira sözleşmelerine göre sınıflandırılarak, özellikle tarafların bu konuda sözleşme özgürlüklerinin sınırları belirlenerek değerlendirilmiştir. Son olarak taraflarca kararlaştırılan bildirim şartlarının tahliye talebi bakımından nasıl bir etkisinin olacağı ve geçersiz bildirim şartlarına dayalı Yargıtay uygulaması incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, kiracı ve kiraya verenin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre yerine getirmesi gereken bildirimler, fesih ve dava bildirimi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Fesih bildirimleri, yapılmasından belirli bir zaman sonra sözleşmenin sona ermesine yöneliktir (TBK m. 328 vd., 347 vd., 367 vd.). Ancak TBK m. 347'de düzenlenen ve taraflarca sözleşmenin süresinin uzatılmayacağına yönelik bildirim de fesih bildirimi niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, belirli sürenin dolmasıyla birlikte aynı içerikli yeni bir sözleşme meydana geleceğini ve sürenin uzamayacağı bildirimini yapılmadığı durumlarda sürenin bitmesinden on beş gün önce yeni sözleşmenin meydana geleceğini ileri sürmektedir¹. Bildirimi fesih olarak nitelendirmeyen bir başka görüş ise, bildirim yapılmadığı durumlarda sözleşmenin yenilenmediğini yalnız eski sözleşmenin süresinin uzadığını ileri sürmektedir². Bir başka görüş ise, kiracının bildirimini teknik olarak fesih beyanı şeklinde nitelendirilemeye de bozucu yenilik doğuran hak benzeri bir niteliğinin olduğunu belirtmektedir³. Buna karşılık bir başka görüş ise,

¹ Gümüş, Mustafa Alper. "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 315; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 610.

² Akyiğit, Ercan. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 162-163. Yazar, kanun koyucunun bildirim yoluyla sona ermeyi, sürenin uzatılmayacağı bildirim (TBK m. 347/I), fesih bildirim (TBK 347/II) ve genel olarak fesih şeklinde üçe ayırmaktadır.

³ Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 341. TBK m. 347/I'de düzenlenen belirsiz süreli kira sözleşmesi olduğu ve bahsi geçen kanuni şartın bozucu niteliği hususunda bkz. Topuz, Seçkin/Canbolat, Ferhat. "Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2011, s. 23.

ilgili bildirimde de fesih bildirimini niteliğinde olduğunu ileri sürmekte ve eski sözleşmenin yalnız süresinin kanun gereği değiştiğini belirtmektedir⁴. Bildirimde niteliği ve bu konudaki tartışma çalışmanın sınırlarını aşmakla birlikte, çalışma boyunca karışıklığı önlemek adına kiracı ve kiraya verenin TBK m. 347/I kapsamında yapacağı bildirimler, sürenin uzatılmayacağına ilişkin bildirim şeklinde ifade edilmiştir. Buna karşılık TBK m. 347/II kapsamında belirsiz süreli kira sözleşmelerine ilişkin bildirim, hükmün lafzına uygun olarak fesih bildirimini olarak ifade olunmuştur. Ancak her iki durumda da bildirimde sözleşmeyi bozucu etki doğurduğu belirtilmelidir.

Dava bildirimleri ise, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kiraya verenin tahliye davası açabilmek için yerine getirmesi gereken bildirimlerdir (TBK m. 351). Ayrıca kiraya verene, kiracıya tahliye davası açacağına yönelik bildirim ile dava açma süresini bir kira yılı uzatabilme imkânı da tanınmıştır (TBK m. 353). Dava açılacağına yönelik bildirimlerin, fesih bildiriminden farklı olarak, sözleşmeyi sona erdirici etkisi bulunmamaktadır ve bu bildirimler yalnız tahliye davası bakımından şartın yerine getirilmesine veya tahliye davasının açılacağına yönelik sürenin uzamasına yöneliktir. Doktrinde, kira sözleşmesinin tahliye davasının açılması ile mi yoksa dava sonucunda mahkemenin yenilik doğurucu nitelikteki kararı ile mi sona ereceği hususu ise tartışmalıdır⁵.

II. KİRACININ BİLDİRİMLERİ

A. Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından kiracının yerine getirmesi gerekli bildirim TBK m. 347 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre, kiracı, belirli süreli sözleşmelerde sürenin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmak şartıyla sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre, hüküm nispi emredici niteliktedir⁶. Başka bir deyişle kiracıya sağlanan koruma kaldırılamayacağı gibi bildirim yapılması gereken sürenin uzatılması da mümkün değildir. Buna göre taraflar, kiracının en az beş gün önce bildirimde bulunmasını kararlaştırabilirken; bildirimde en az otuz gün önce yapılması gerektiğini belirleyemez. Yargıtay uygulamasında, 6. Hukuk Dairesi'nin de kararları⁷ bu yönde

⁴ İnceoğlu, M. Murat. *Kira Hukuku*, Cilt 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 201, 314; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 416.

⁵ Tahliye davasının açıldığı anda şartları varsa sözleşmenin sona erdiği yönünde bkz. İnceoğlu, s. 484. Aksi yönde Gümüş, Kira, s. 316-317; Akyiğit, s. 288.

⁶ Ayanoğlu Morali, Ahu. *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu*, Cilt 4-5 (Madde 207-392), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 3407; Yavuz/Acar/Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 341; İnceoğlu, s. 315; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 343; Akyiğit, s. 166; Eren, s. 416; Doğan, Murat. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet, Ankara, 2011, s. 59-60; Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt 1/2, Üçüncü Tıpkıbasımdan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 100; Akıncı, Şahin. "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, s. 45; Topuz/Canbolat, s. 23.

⁷ 6. HD., T. 14.05.2015, E. 2014/8247, K. 2015/4939: "Kira sözleşmesine konu kiralanan çatılı işyeri niteliğindedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 347. maddesinde (Mülga 6570 Sayılı Kanununun 11. maddesi); "Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır." hükmüne yer verilmiştir. Yine aynı Kanununun 325. maddesinde; "Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira

olmakla birlikte; eski tarihli aksi yönde kararlara da rastlanmaktadır⁸. Hükümün mutlak emredici olduğunu kabul eden görüşe göre ise, sürenin uzatılması veya kısaltılması mümkün değildir⁹. Son bir görüş ise, düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olmadığını dolayısıyla emredici niteliğinin bulunmadığını kabul etmektedir¹⁰.

Uygulamada kullanılan örnek sözleşmelerde ise, sıklıkla on beş günden daha uzun sürelere (otuz gün veya bir ay gibi) yer verildiği görülmektedir. Doktrinde, kiracı bakımından bu tip hükümlerin geçerli olduğu ancak bunların TBK 347/I/c.1 kapsamındaki bildirimleri kapsamadığı ve kiracıya tek taraflı fesih hakkı tanındığı savunulmaktadır¹¹. Diğer bir deyişle kiracının bu haktan bağımsız şekilde sürenin sona ermesi bildiriminde bulunarak sözleşmeyi sona erdirebileceği kabul edilmektedir. Bu görüşe katılmakla birlikte, özellikle uygulamada kullanılan örnek sözleşmelerdeki hükümlerin doğrudan sürenin uzamayacağı veya sözleşmenin yenilenmeyeceğine ilişkin olduğunun ve bildirimde de kira süresinin sona ermesine göre hesaplanan bir süreyi esas aldığı görülmektedir. Somut olayın özellikleri dikkate alınmak kaydıyla, kanaatimizce, genellikle bu tip hükümlerle sürenin sona ermesi bildirimine yönelik taraf anlaşması gündeme gelmektedir. Bunun yanı sıra bildirimde, kira süresinin sona ermesine bağlı olduğu durumlarda kiracının sona ermeden on beş günden daha uzun bir zaman önce bildirimde bulunduğu hallerin de evleviyetle TBK m. 347/I kapsamında yer alacağı ve geçerli bir bildirim teşkil edeceği de açıktır. Dolayısıyla belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, kiracının bildirimde bulunması gereken sürenin kanundaki süreden daha uzun olduğu durumlarda kanaatimizce hükümün geçerliliği bildirimde kira sözleşmesinin süresinin sona ermesinden daha önceki bir zamanı esas aldığı hallerle ilişkin olarak geçerli kabul edilmelidir¹². Başka bir ifadeyle kiracıya tanınan bildirim şartlı sözleşmeyi feshetme hükümleri, kiracı bakımından tek taraflı fesih hakkı niteliğinde olup belirtilen şartların sağlanmasıyla kullanılabilen ve geçerli nitelikte hükümlerdir. Örneğin, süreden bağımsız bir şekilde kiracının en az iki ay önce bildirimde bulunmak şartıyla sözleşmeyi sona erdirebileceğine yönelik düzenlemeler geçerli

sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder." düzenlemesi bulunmaktadır. Her ne kadar taraflar arasındaki kira sözleşmesinde kiracıya kira süresinin bitiminden 6 ay önce fesih bildiriminde bulunma zorunluluğu getirilmiş ise de yukarıda anılan yasal düzenleme karşısında bu kararlar hukuk hüküm ifade etmez"; 6. HD. T. 22.03.2011, E. 2011/2647, K. 2011/3477 (Kazancı).

⁸ 19. HD., T. 03.05.2010, E. 2009/8118, K. 2010/5331: "...sözleşmenin 6.maddesinde yer alan ve akdin sona ereceği tarihten 1 ay öncesinden fesih ihbarının bildirilmemesi halinde kira akdinin 1 yıl süre ile uzayacağına ilişkin düzenlemenin 6570 sayılı Yasanın 11.maddesinde yer alan ve kamu düzenine ilişkin olmayan ve asgari süreleri gösteren hükme aykırı olması gerekçesiyle geçersiz olduğuna ilişkin tespit yerinde değildir..." (Kazancı).

⁹ Gümüş, *Kira*, s. 312.

¹⁰ Kepkep, Burak. "Kiracının Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Sözleşmesini Tek Taraflı Feshinde Bildirim Süresi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 3, 2015, s. 104 vd.

¹¹ İnceoğlu, s. 315; Gümüş, *Kira*, s. 316; Ayanoğlu Morali, s. 3408; Aynı yönde bkz. 6. HD. T. 13.10.2015, E. 2015/6444, K. 2013/8380; 3. HD., T. 28.3.2019, E. 2019/1492, K. 2019/2686: "...Hükme esas alınan 01.01.2013 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.Sözleşmenin özel şartlarının 8 maddesinde:"kiracı kira artış dönemlerinde (kira başlangıcından itibaren 12 aylık sürelerde)üç ay evvelinden yazılı bildirimde bulunmak kaydıyla mecuru tahliye edebilir."hükümüne yer verilmiştir. Bu şekildeki kararlar, sözleşmenin herhangi bir zamanda feshi halinde uyulması gereken ihbar koşulunu ifade etmekte olup, sözleşmenin sonu için uyulması gereken bir şart olarak kabul edilemez. TBK.nun 347.maddesi uyarınca, kiracı, sözleşmenin bitiminden en az 15 gün önce yazılı bildirim koşuluyla herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir." (Kazancı).

¹² Kiracının istediği zaman veya sürenin sona ermesinden önce feshetme hakkının bulunduğuna yönelik hükümler bu duruma örnektir. İnceoğlu, s. 315; Gümüş, *Kira*, s. 316.

addedilmelidir¹³. Buna karşılık kira süresinin sona ermesinden belirli bir zaman önceyi esas alan ve on beş günden uzun sürelerin kararlaştırıldığı hükümler geçersiz olup kiracının en az on beş gün önceden bildiriyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını etkilemez.

Aynı şekilde, bildirim en fazla belirli bir gün veya ay öncesinden yapılması gerektiğini içeren hükümler de kiracının en az on beş gün önce bildirimde bulunma şartını ihlal etmeyebilir (en fazla otuz gün önce vb.) ancak bu hükümler bildirim yapılacağı sürenin başlangıcını kısıtlayacağından başlangıç süresi bakımından kısmi hükümsüzlük kabul edilmelidir.

B. Belirsiz Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde

Belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde ise TBK m. 347/II ile getirilen esas, kiracının her zaman fesih bildiriminde bulunabilmesidir. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde fesih bildirim bakımından belirlenen süreler TBK m. 328 ve 329 hükümlerinde yer almaktadır. Bu düzenlemelere göre, taşınmaz ve taşınır yapı kiralalarında yerel adette belirlenmiş bir kira dönemi söz konusu ise, bu dönemin sonunda, böyle bir adetin bulunmaması durumunda altı aylık kira döneminin sonu için üç aylık bildirim süresine uyulması gerekmektedir.

Söz konusu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kiracının bildirim TBK m. 329 kapsamında üç aylık bildirim süresine göre altı aylık dönemin sonu için geçerli olacaktır. Başka bir deyişle kiracı her zaman bildirimde bulunabilmekle birlikte bildirim süreye uygun olup olmadığı değerlendirilerek ilgili dönem için mi bir sonraki dönem için mi geçerli olduğu tespit edilmelidir. Bu hususta TBK m. 328'te "*daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça*" ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte bunun konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından değerlendirilmesi gerekir. "*Başka bir fesih dönemi*" ve "*daha uzun bir fesih bildirim süresi*" ifadeleri sebebiyle kira sözleşmesinin genel hükümlerine göre fesih döneminin kısaltılmasının ve hatta kaldırılmasının aynı şekilde daha uzun bildirim süresinin mümkün olduğu kabul

¹³ Bu tip serbest fesih hakkı düzenlemelerine örnekler için bkz. 6. HD., T. 14.5.2013, E. 2013/3538 K. 2013/8408: "...15.10.2010 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesinin özel şartların 8. maddesinde "kiracı kiralananı boşaltmak istediğinde 3 ay evvelinden mal sahibine ulaşacak şekilde bildirmeyi taahhüt eder", 19.maddesinde "iş bu kontrat bir yıllıktır.Kontratın sona ermesinden bir ay evvel yazılı olarak ihtarda bulunmadıkları sürece kontrat yenilenmiş kabul edilir." Ayrıca sözleşmenin ekidir başlıklı tarafların imzalarını taşıyan belgenin 3. sayfasının son ve kiracı lehine olan cümlesinde "kiracının sözleşme süresi öncesi evden çıkış yapmak istemesi halinde, üç ay evvelinden bildirimde bulunması gerekmekte olup, aksi takdirde depozito iadesi yapılmayacaktır ve kiracının sözleşme kapsamı tüm yükümlülükleri, düzenli ödemeleri ve demirbaşların bakım masrafları tekrar kiralama yapılanaya kadar en fazla üç ay boyunca devam edecektir." hükümlerine yer verilmiştir. ... Davacı kiracı tarafından keşide edilen ihtar yeni dönem kira sözleşmesinin yenilenmeyeceğine ilişkin bir ihtar olup, ilk dönem kira sözleşmesi dolmadan taşınmazın sözleşmenin özel şartlar 8. maddesindeki ihbar şartına uyulmadan 04.10.2011 tarihinde tahliye edildiği anlaşılmaktadır.Bu durumda davalının keşide ettiği ihtar tahliye tarihi itibarıyla sözleşmenin özel şartlarının 8. maddesinde öngörülen üç ay öncesinden keşide edilmediğinden bu maddedeki ihbar koşuluna uyulmamıştır. Bu durumda sözleşmenin eki niteliğindeki belgenin son cümlesi uyarınca davacı tahliye iradesini üç ay evvelinden bildirmeye göre güvence parasının iadesini isteyemez.Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmektedir."; 6. HD., T. 14.6.2016, E. 2016/888 K. 2016/4650: "Davada dayanılan ve hükme esas alınan 31/10/2009 başlangıç tarihli ve 5 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinin özel şartlar 6/h maddesine göre,"tarafların bu sözleşmeyi sözleşmenin imza tarihinden itibaren asgari 1 yıl sonra olmak üzere 6 ay önceden haber vermek kaydıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebileceği" ...kararlaştırılmıştır." (Lexpera).

edilmektedir¹⁴. Ancak konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, farklı fesih dönemi kararlaştırılmasının, kiracının sözleşmeyi her zaman sona erdirebileceğine yönelik emredici hükme aykırılık teşkil edeceği doktrinde savunulmaktadır¹⁵. Benzer şekilde, daha uzun süreli fesih bildirim süresi kararlaştırılmasının da kiracının korunma amacına uymayacağı bu nedenle geçersiz sayılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶. Kanaatimizce de ilgili görüşler yerinde olup TBK m. 347/II'de yer alan atfın yalnız üç ve altı aylık süreleri kapsadığı kabul edilmelidir.

C. Kiracının Bildirimine İlişkin Diğer Hususlar

Bildirim şekli hususunda ise, TBK m. 348 fesih bildirimini yazılı olmasını arayarak geçerlilik şekli öngörmüştür. Hükümde her ne kadar fesih bildirimini bakımından yazılılık şartı ifade edilmişse de gerekçede sözleşmenin sona ermesine ilişkin bildirimlerin geçerliliğinin yazılı şekle bağlandığı belirtilmektedir. Bu nedenle TBK m. 347/I kapsamında yapılan bildirim, fesih bildirimini olarak nitelendirilmese dahi geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Adi yazılı şeklin sağlanması için bildirimde bulunan tarafın metinde imzasının bulunması gerekir¹⁷. Bu nedenle telefonla veya elektronik imza içermeyen elektronik posta yoluyla bildirimde bulunulması mümkün değildir.

Uygulamada bildirim noterden yapılması gerektiği şeklinde düzenlemelerle karşılaşılmaktadır¹⁸. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, anılan düzenleme mutlak emredici nitelikte olup tarafların şekil şartını değiştirmeleri mümkün değildir¹⁹. Bu nedenle gerek kiracı gerekse kiraya veren bakımından sözlü şekil şartı kararlaştırılmayacağı gibi daha ağır veya ek şartlar da içeren yazılı şekil de kararlaştırılmamalıdır. Savunulan diğer bir görüş ise, yazılı şeklin bildirim geçerliliğinde asgari nitelikte olduğunu ve fesih hakkının kullanımını zorlaştırmadığı sürece bu tip anlaşmaların geçerli sayılması gerektiğini ileri sürmektedir²⁰. Kanaatimizce, yazılı şekilden daha ağır şartların kabulü yalnız kiraya veren bakımından kabul edilmeli ve kiracının fesih bildirimini şekline ilişkin tarafların yaptıkları anlaşmalar geçersiz sayılmalıdır. Dolayısıyla bildirim belirtilen şekle uygun değilse, dürüstlük kuralı saklı kalmak kaydıyla²¹, kesin hükümsüz kabul edilmelidir.

Tarafların kira sözleşmesinde tahliyyeye yönelik kararlaştırabilecekleri bir diğer husus ise, fesih bildirimini göndericisi ve muhatabının kim veya kimler olabileceğine yöneliktir. Bildirimde

¹⁴ Inceoğlu, s. 213; Akyiğit, s. 130; Aydın, Gülşah Sinem. *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 104.

¹⁵ Doğan, s. 69; Hekim, Aylin. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Bildirim Yoluyla Sona Ermesi (TBK m. 347)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 92. Yalnız daha kısa fesih döneminin kararlaştırılabileceği hususunda bkz. Kurşat, Pelin. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 33.

¹⁶ Doğan, s. 71; Kurşat, s. 33; Hekim, s. 94.

¹⁷ Hekim, s. 102; Kurşat, s. 25.

¹⁸ 6. HD., T. 26.5.2016, E. 2015/9637, K. 2016/4175: "...Taraflar arasında 20.07.2011 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinin varlığı hususunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinin hususi şartlar bölümününün 7. maddesinde; "kiracı mecuru akdin hitamında tahliye etmek istediğinde durumu 30 gün evelden noter kanalı ile kiralayana bildirecek. Aksi halde tahliye sonrası 30 günlük kirayı tazminat olarak ödeyecektir." (Lexpera).

¹⁹ Gümüş, Kira, s. 319; Yavuz/Acar/Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 342; Kurşat, s. 20.

²⁰ Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 656.

²¹ Inceoğlu, s. 316; Hekim, s. 105.

bulunacak kişi kiracı, bildirimün muhatabı ise kiraya verendir. Tarafların birden fazla kişiden oluştuğu hallerde, bildirimün tüm kiracılar tarafından kiraya verenlerin tamamına karşı yapılması gerekir²². Tarafların bildirimlerin göndericisi ve muhatabı bakımından temsilci kararlaştırabilmeleri mümkün olup temsil yetkisi olmaksızın gerçekleştirilen fesih bildirimine karşı diğerlerinin sonradan rıza vermesi geçersizdir²³.

D. Aile Konutu Durumunda Kiracının Bildirimi

Son olarak aile konutunun söz konusu olduğu hallerde kiracının bildirimini nasıl yerine getireceği de tespit edilmelidir. Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda TBK m. 349 gereği eşler birlikte rıza göstermedikçe kira sözleşmesi feshedilemez. Hükmün lafzı her ne kadar “kiralanan” ifadesini içermekteyse de aile konutu niteliğinin fesih anında varlığı yeterli kabul edilmelidir²⁴. Buna göre konutu tek başına kiralayıp daha sonra evlenen kişinin, eşiyile birlikte aynı konutu aile konutu olarak kullanılması durumunda, diğer eş TMK m. 194/IV kapsamında bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelebilir. Bu ihtimalde TBK m. 349 gereği fesih bildirimini için de kural olarak eşin açık rızası gerekir²⁵. Aynı şekilde sözleşmenin tarafı olmayan eşin kiraya verene TMK m. 194 kapsamında bildirimde bulunmadığı hallerde de sözleşmenin tarafı olmayan eşin açık rızası olmaksızın sözleşmenin feshi mümkün değildir²⁶. Başka bir ifadeyle kiraya verene bildirimden bağımsız şekilde, eşlerin aile konutunu birlikte kiraladığı ancak kira sözleşmesinde yalnız bir eşin bulunduğu durumda da sözleşmenin feshi diğer eşin açık rızasını gerektirir²⁷.

Eşlerin aile konutunu birlikte kiraladıkları hallerde, bildirimlerin yalnız eşlerden biri tarafından yapılacağına yönelik düzenlemeler ise, soyut ve genel rıza hükmünde olacağından geçersizdir²⁸. Son bir ihtimal ise, eşlerin aile konutunu kiraladıktan sonra konutun herhangi bir sebeple (boşanma, ölüm vb.) bu niteliğini kaybetme durumudur ki bu halde artık TBK m. 349’un uygulanmayacağı kabul edilmektedir²⁹. Aile konutunun söz konusu olduğu hallerde, kiracı bakımından kanundan veya sözleşmeden doğan bildirimlerin de bu esaslar çerçevesinde değerlendirilerek eş rızasının gerekip gerekmediğine karar verilmelidir.

²² Bayram, Aziz Erman. “Birlikte Kira”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 1, 2019, s. 138 vd.; İnceoğlu, s. 316; Gümüş, Kira, s. 261; Ayanoglu Morali, s. 3406; Doğan, s. 59; Aydın, s. 88-89.

²³ Acar, Faruk. *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321)*, 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 311; Bayram, s. 140.

²⁴ İnceoğlu, s. 320; Doğan, s. 516; Hekim, s. 112.

²⁵ Eşlerden birinin sonradan icazet vermesinin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. İnceoğlu, s. 321 ve özellikle dn. 523.

²⁶ İnceoğlu, s. 320; Acar, Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 82; Bayram, s. 146.

²⁷ Acar, *Aile*, s. 92; İnceoğlu, s. 320.

²⁸ Gümüş, *Kira*, s. 51; Bayram, s.146.

²⁹ İnceoğlu, s. 320; Akyiğit, s.165; Bayram, s.123 vd.; Hekim, s. 112-113.

III. KİRAYA VERENİN BİLDİRİMLERİ

A. Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde

Kira sözleşmesinde kiraya verenin fesih veya dava bildirimleri gündeme gelebilir. Kanun koyucu, belirli ve belirsiz süreli kira sözleşmeleri ile kiralananın sonradan edinilmesi durumu için kiraya verene bildirim ödevi yüklemiştir. Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından kiraya veren ancak “*on yıllık uzama süresinin sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla*” sözleşmeyi feshetme hakkını haizdir³⁰.

Uygulamada karşılaşılan hükümlerde ise, kiraya verenin genellikle sözleşmede belirlenen sürenin sona ermesinden en az belirli bir gün veya ay önce bildirimde bulunması gerektiğine yönelik ifadeler yer verilmektedir. Kiraya veren bakımından bu tip düzenlemeler ancak uzama süresi sonrasında kullanılacak bildirimler bakımından geçerlidir³¹. Bir başka ifadeyle taraflar TBK m. 347 gereği ancak on yıllık uzama süresini izleyen yıllarda kullanılacak olan üç aylık bildirim süresine ilişkin anlaşma yapabilir. Zira kiraya verenin belirtilen şartlar dışında sürenin sona ermesine dayalı sözleşmeyi sona erdirme hakkı bulunmamaktadır (TBK m. 347/I/c.2). Dolayısıyla kiraya verene bu yönde fesih hakkı tanıyan düzenlemeler kesin hükümsüzdür. Bu hükümsüzlükten bağımsız olarak on yıllık uzama süresinden sonrası için kiraya verenin uyması gereken üç aylık bildirim süresi ise, nispi emredici niteliktedir³². Başka bir deyişle kiracının lehine olacak şekilde üç aylık sürenin uzatılması mümkünken; kısaltılmasına yönelik hükümler geçersizdir. Buna karşılık kiraya verenin bildirimde bulunabileceği on yıllık uzama süresinin niteliği ise doktrinde tartışmalıdır³³. Kanaatimizce on yıllık uzama süresi de nispi emredici niteliktedir ve kişilik hakkı ihlali oluşturmadıkça tarafların süreyi kiracı lehine değiştirmeleri mümkündür.

³⁰ Uzama süresinin hesaplanmasına ilişkin doktrindeki görüşler ve Yargıtay uygulaması için bkz. İnceoğlu, s. 331 vd.; Ayanoğlu Moralı, s. 3416 vd.; Birinci Uzun, Tuba. “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK md. 347 f.1)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2017, s. 143 vd.; Yağcı, Kürşad. “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında On Yıllık Uzama Süresinin Başlangıç Anı ve Kiraya Veren Fesih Bildiriminde Bulunabileceği En Erken Zaman Dilimi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76, S. 2, 2018, s. 634 vd.

³¹ 6. HD., T. 25.6.2015, E. 2015/4496, K. 2015/6451: “Kira sözleşmesinin 3. maddesinde iki ay önceden yazılı olarak haber vermek kaydıyla kiracı veya kiraya verenin dört yılı beklemeksizin sözleşmeyi feshedebileceği ve ilgili fesih durumunda tarafların müspet-menfi zararlarına ilişkin herhangi bir hak talebinde bulunamayacağı kararlaştırılmıştır. ...Bu halde sözleşmenin 3. maddesi kiraya verene tek taraflı olarak akdi feshetme hakkı vermez. Davada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yazılı olan tahliye sebeplerinden hiçbirine dayanılmadığına göre, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile tahliye kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Lexpera).

³² İnceoğlu, s. 337; Ayanoğlu Moralı, s. 3422; Doğan, s. 65.

³³ Doğan, s. 69; Gümüş, Mustafa Alper. “Kiracı ve Kiraya Veren Arasında Bir Gerilim Kaynağı Olarak Belirli Süreli Konut veya Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Sahip Olduğu Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirme Hakkı (TBK m. 347/I c. 3)”, Prof. Dr. Özer Seliç’in Anısına Armağan, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 129. Sürenin uzatılmayacağı hususunda bkz. Hekim, s. 75; Demircioğlu, Huriye Reyhan. “6098 Sayılı TBK’ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 31, S. 2, 2015, s. 180. Bir yıllık uzama sürelerinin hem uzatılabileceği hem de kısaltılabileceği

B. Belirsiz Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde

Belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde ise, kiraya veren TBK m. 347/II gereği kiranın başlangıcından itibaren on yıl geçtikten sonra yine TBK m. 329'da yer alan esaslara göre sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu noktada, kiraya verenin fesih bildiriminde bulunabilmesi için öncelikle on yıllık sürenin dolması gerekmektedir. Nitekim doktrinde de baskın olarak kabul edilen görüşe göre, kiraya veren, on yıllık süre dolduktan sonraki ilk fesih döneminden üç ay önce bildirimde bulunarak sözleşmeyi sona erdirebilir³⁴. Başka bir deyişle kiraya verenin kira sözleşmesinin onuncu yılının dolmasından üç ay önce bildirimde bulunarak sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün değildir.

Kiraya verenin fesih bildirimini bakımından genel hükümlere atıf yapıldığından, yukarıda belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kiracının bildirimini bakımından yapılan açıklamalar burada da geçerlidir³⁵. Ancak yukarıdaki açıklamalardan farklı olarak, kiraya verenin fesih bildirim süresinin ve fesih için gereken on yıllık sürenin uzatılabileceği kabul edilmelidir.

C. Kiraya Veren Bildirimine İlişkin Diğer Hususlar

Kiraya verenin fesih bildirimlerinin şekli bakımından TBK m. 348'in mutlak emredici niteliği gereği adi yazılı şekilde yapılması zorunludur. Fesih bildiriminin göndericisi ise, sözleşmenin tarafını oluşturan kiraya verendir. Birden fazla kiraya verenin varlığı durumunda kiraya verenler arasındaki iç ilişkinin tespiti ve elbirliği mülkiyeti veya adi ortaklık söz konusu ise, tüm kiraya verenlerin rızası; paylı mülkiyet halinde ise TMK m. 691 gereği pay ve paydaş çoğunluğu ile alınan karar sonucunda bildirimler gerçekleştirilir.

Fesih bildirimlerinin aksine, TBK m. 351, 353 veya sözleşme ile kararlaştırılan dava bildirimlerinde ise, sözleşmeyi sona erdirici bir etki olmadığından kiraya verenlerden birinin yapacağı bildirim geçerli kabul edilmelidir³⁶. Tarafların sözleşmede aksi yönde anlaşma yapmaları mümkündür. Kiralananın aile konutu olduğu durumlarda ise, bildirimlerin muhatabı noktasında yukarıda yapılan açıklamalar geçerli olup eşin kira sözleşmesinin tarafı olduğu hallerde kiraya verenin eşlere ayrı ayrı bildirimde bulunması gerekir (TBK m. 349/III)³⁷.

ancak on yıllık sürenin uzatılamayacağına ilişkin bkz. İnceoğlu, s. 311, 331. Kişilik hakkına aykırılık oluşturmadığı sürece on yıllık sürenin uzatılabileceği hususunda bkz. Kurşat, s. 40.

³⁴ Doğan, s. 72; İnceoğlu, s. 339; Kurşat, s. 68.

³⁵ Bkz. II, B.

³⁶ İnceoğlu, s. 395; 6. HD. T. 20.05.2013, E. 2013/5815 K. 2013/8887: "Davacılar S ve S, kiralanan taşınmaz üzerinde 1/2 hisse sahibi olup, davacılarından S tarafından davalıya gönderilen 14.7.2009 keşide ve 29.9.2009 tebliğ tarihli ihtarname ile sözleşmenin yenilenmeyeceği davalıya bildirilmiştir. Esaslı tamir, tadil nedenine dayalı davada paydaşlardan birinin keşide ettiği ihtarnamenin kira sözleşmesini feshedici niteliği bulunmamaktadır. İhtarname bir bildirimden ibaret olup süre koruyucu özelliindedir. Bu sebeple davacı tarafından sözleşme sona ermeden önce sözleşmenin yenilenmeyeceğine dair tahliye iradesi kiracıya bildirildiğinden, bu bildirim takip eden dönem sonuna kadar dava açılabilir." (Lexpera).

³⁷ Bkz. II, D.

IV. BİLDİRİM ŞARTININ TAHLİYE SEBEPLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uygulamada kiracının ve kiraya verenin sözleşme süresinin sona ermesinden belirli bir zaman önce bildirimde bulunmak şartıyla sözleşmeyi sona erdirebileceğini ifade eden hükümlere yer verilmekte ve bu hükümlerde genellikle aynı süreler esas alınmaktadır. Bu düzenlemelerin kiraya veren bakımından TBK m. 347/I gereği geçersiz olacağı açık olmakla birlikte, bildirim şartının kiraya verenin TBK m. 350 ve devamında düzenlenen tahliye davası bakımından da aranmasının gerekip gerekmeyeceği belirsizdir. Eğer bildirim her koşulda aranması gerektiği kabul edilirse, kiraya verenin kiracıya bildirimde bulunmadan dava açtığı durumlarda, kiraya veren talebinde haklı olsa bile dava reddedilecektir. Nitekim Yargıtay, 1.1.2009 başlangıç tarihli ve bir yıllık kira sözleşmesinde yer alan "kontratın sona ermesinden bir ay evvel taraflar yazılı olarak ihtarda bulunmadıkları sürece, kontrat yenilenmiş kabul edilir" hükmü kapsamında kiraya verenin sözleşmenin yenilenmeyeceğine yönelik 1.10.2014 tebliğ tarihli bildirim üzerine, 16.01.2015 tarihinde ihtiyaç nedeniyle açtığı tahliye davasının gerekli bildirim şartını sağladığını belirterek uygun bulmuştur³⁸. Bu yaklaşım Yargıtay'ın farklı kararlarıyla da süreklilik kazanmıştır³⁹. Kanaatimizce, dava konusu kira sözleşmesi hükmünde yer alan "yenilenmiş"

³⁸ 6. HD, T. 31.03.2016, E. 2016/1972, K. 2016/2584: "Dava işyeri ihtiyacı sebebiyle, kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir.... Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. ...Taraflar arasında düzenlenen ve davaya dayanak yapılan 01.01.2009 başlangıç tarihli, bir yıl süreli yazılı kira sözleşmesinin varlığı taraflar arasında uyumsuzluk konusu değildir. Sözleşmenin hususi şartlarının 19.maddesinde; "kontratın sona ermesinden bir ay evvel taraflar yazılı olarak ihtarda bulunmadıkları sürece, kontrat yenilenmiş kabul edilir" şartı kararlaştırılmış, davacı kiralayan sözleşmedeki bu şarta uyarak sözleşmenin yenilenmeyeceği ihbarını, dönem sonundan bir ay önce 29.09.2014 keşide 01.10.2014 tebliğ tarihli noter ihtarnamesi ile yerine getirmiştir. ...Olayımıza gelince; davacı akdin bitiminden önce sözleşmedeki şarta uygun olarak tahliye ihbarını yerine getirdiğine, davanın ise kira sözleşmesinin sonu olan 31.12.2014 tarihinden sonraki bir aylık yasal sürede 16.01.2015 tarihinde açıldığına göre, davanın süresinde olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece hüküm gerekçesinde yazılı ihtarnamenin varlığından söz edildiği halde, davanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken sözleşmenin bitim tarihinden önce veya bir aylık dava açma süresinde ihtarın bulunmadığı gerekçesiyle davanın süresinde bahisle reddine karar verilmesi doğru değildir." (Lexpera).

³⁹ 3. HD, T. 3.10.2018, E. 2017/3547, K. 2018/9513: "Davaya dayanak yapılan 01.04.2005 başlangıç tarihli beş yıl süreli yazılı kira sözleşmesinin varlığı taraflar arasında uyumsuzluk konusu değildir. Sözleşmenin hususi şartlarının 19. maddesinde; " Kontratın sona ermesinden bir ay evvel taraflar yazılı olarak ihtarda bulunmadıkları sürece, kontrat yenilenmiş kabul edilir" şartı kararlaştırılmış olup serbest iradeleri ile kararlaştırılan bu şart geçerli olup davacı tarafı bağlar. Sözleşmede kararlaştırılan ihbar şartına uyulmamışsa sözleşmenin aynı süre ile belirli süreli olarak uzadığının kabulü gerekir. ... sözleşmenin 19.maddesinde kararlaştırılan bir aylık ihbar şartına uyulmaksızın davacılar tarafından 13.03.2013 tarihinde keşide edilip 21.03.2013 tarihinde davalıya tebliğ edilen ihtarnameye göre 26.12.2013 tarihinde açılan davanın süresinde olmadığı gözetilerek davanın bu gerekçe ile reddine karar verilmesi için hükmün bozularak yeniden yargılama yapılması gerekmediğinden, sonucu itibarıyla doğru olan redde ilişkin hükümlerinden gerekçenin düzeltilerek onanması HUMK 438/7. maddesi gereğidir." (Kazancı); 6. HD., T. 11.11.2015, E. 2015/9060, K. 2015/9757: " Olayımıza gelince; davada dayanan ve hükme esas alınan 01.11.2003 başlangıç tarihli, 10 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin hususi şartlar 3. maddesinde " Kira süresinin sonundan 1 ay evvel taraflardan herhangi biri feshi ihbarda bulunmadığı takdirde kira sözleşmesi birer yıllık dönemler için uzayacaktır." düzenlenmesi bulunmaktadır. Anılan sözleşme hükmü geçerli olup davacıyı bağlar, bu hüküm gereğince davacı tarafından sözleşme bitim tarihinden bir ay önce davalıya gönderilen yazılı bir ihtar bulunmadığından kira sözleşmesi TBK'nun 347 maddesi gereğince aynı koşullarla bir yıl süre ile uzamış olduğundan 18.11.2013 tarihinde açılan dava süresinde değildir. Açıklanan bu olgu karşısında süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kiralananın tahliyesine karar verilmesi doğru değildir." (Lexpera); 6. HD., E. 2015/11030 K. 2016/3933 T. 16.5.2016: "Davada dayanan 10/03/2009 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin hususi şartlar bölümü 19. maddesinde "Kontratın sona ermesinden bir ay evvel taraflar yazılı olarak ihtarda bulunmadıkları sürece kontrat yenilenmiş sayılır." hükmü yer almaktadır. Kira

ifadesi, kiraya verenin sözleşme süresinin dolmasına dayalı fesih bildirimini düzenlemektedir. Uyuşmazlık konusu sözleşme mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde akdedilmiştir ve işyeri kiraları bakımından belirli sürenin sonunda kiraya verenin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, şu an olduğu gibi, eski dönemde de bulunmamaktadır (GKHK m. 11/TBK m. 347). Dolayısıyla sözleşmedeki hüküm akdedildiği dönem bakımından da kiraya verene sürenin sona ermesine dayalı fesih imkânı tanıdığı için kesin hükümsüzdür. Buna rağmen Yargıtay, kiraya verenin ihtiyaç nedeniyle tahliye davası açtığı durumda, bahsi geçen fesih bildirimini, tahliye davası açılmadan önce kiraya veren tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir. Oysa kanaatimizce sözleşmede düzenlenen ve TBK m. 347/I bakımından kesin hükümsüz olan bildirim şartı, sürenin sona ermesi nedenine bağlı fesih bildiriyle sınırlı olup kiraya verene dava bildiri de yüklendiği anlamına gelmemelidir.

Yargıtay benzer şekilde 15.03.2014 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli bir kira sözleşmesinde yer alan “...ayrıca kiracı, kendi isteği ile kira dönemi sonunda gayrimenkulu tahliye etmeye karar verirse, tahliyeden en az 2 ay önce mal sahibine yazılı bildirimde bulunacaktır. Aksi taktirde kira dönemi sonuna kadar olan kirayı öder. Mal sahibi de kiracının gayrimenkulü tahliye etmesini istediğinde aynı şekilde 2 ay öncesinden bildirimde bulunacaktır.” hükmüne dayanarak kiraya verenin sözleşmenin bitim tarihinden iki ay önce bildirimde bulunmadan açtığı ihtiyaç nedeniyle tahliye davasının da reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁰. Bu kararda da kiraya verenin kira döneminin sona ermesinden en az iki ay önce yazılı bildirimde bulunma koşulu, tahliye davası bakımından zorunlu bir şart olarak kabul edilmiştir. Hatta bu şartın kiraya veren tarafından yerine getirilmemiş olması sebebiyle sözleşmenin uzamış olduğu şeklinde TBK m. 347/I’e açıkça aykırılık oluşturacak bir gerekçeye de yer vermiştir. Kanaatimizce, uyuşmazlık konusu kira sözleşmesinin 12. maddesiyle kiraya verene, sözleşme süresinin sona ermesinden iki ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla tahliyeyi talep etme hakkı tanınmıştır. Bu haliyle bahsi geçen düzenleme esasen sözleşme süresinin sona ermesine yöneliktir ve kiraya veren bakımından TBK m. 347/I çerçevesinde kesin hükümsüzdür. Yukarıda anılan kararların⁴¹ aksine, bu karara konu

sözleşmesinde tahliye için sözleşme sona ermeden belli süre önce feshi ihbar koşulu öngörülmüş ise, bu şart geçerli olduğundan buna uyularak uygun süreli ihbarı takiben kira sözleşmesinin sonunda dava açılması gerekir. Sözleşmenin bu hükmü gereğince davacı tarafından sözleşme bitim tarihinden bir ay önce davalıya gönderilen yazılı bir ihtar bulunmadığından kira sözleşmesi TBK'nın 347 maddesi gereğince aynı koşullarla bir yıl süre ile uzamış olduğundan 23/09/2014 tarihinde açılan dava süresinde değildir.” (Lexpera); 3. HD, T. 12.10.2017, E. 2017/2914, K. 2017/13808:“Taraflar arasında imzalanan 01.06.2011 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinin varlığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin 12. maddesinde; tarafların 6 ay evvelden yazılı haber vererek sözleşmeyi feshedebileceği şeklinde feshi ihbar süresi kararlaştırılmıştır. Davacı 12.06.2013 tarihinde dava açmış, sözleşmedeki feshi ihbar süresi uyarınca 6 ay öncesinden davalıya ihtar göndermiştir. Buna göre mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, konut ve çatılı işyerlerinde sözleşmenin uzaması halinde belirsiz süreli hale gelmeyeceği, sözleşmenin belirli süreli olduğu dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (Lexpera).

⁴⁰ 3.HD., T. 7.12.2017, E. 2017/16499, K. 2017/17280: “... 15/03/2014 başlangıç tarihli 1 yıl süreli kira sözleşmesinin 12. maddesinde; “...ayrıca kiracı, kendi isteği ile kira dönemi sonunda gayrimenkulu tahliye etmeye karar verirse, tahliyeden en az 2 ay önce mal sahibine yazılı bildirimde bulunacaktır. Aksi taktirde kira dönemi sonuna kadar olan kirayı öder. Mal sahibi de kiracının gayrimenkulü tahliye etmesini istediğinde aynı şekilde 2 ay öncesinden bildirimde bulunacaktır.” düzenlemesi hükmü altına alınmıştır. Anılan sözleşme hükmü gereğince davacı yan tarafından sözleşme bitim tarihinden 2 ay önce davalıya gönderilen bir ihtar bulunmadığından kira sözleşmesi aynı koşullarla bir yıl uzamış olup 30/04/2015 tarihinde açılan dava süresinde değildir. Açıklanan bu olgu karşısında süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmesi gerekir.” (Lexpera).

⁴¹ Bkz. yukarıda dn. 36, 37 ve 38’de yer alan kararlar.

sözleşmenin 12. maddesinin lafzı tahliyenin isteneceği tüm durumlara yönelik kararlaştırılmış görünse de kiraya verenin de yerine getirmesi gereken iki aylık bildirim için “*aynı şekilde*” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, bildirim gerçekleştirilmesi şartıyla, “*kira dönemi sonunda*” kiraya verenin tahliye talep edebileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kiraya verenin fesih bildirimine yönelik ve TBK m. 347/I kapsamında kesin hükümsüz bir anlaşma söz konusudur. Yine fesih bildiriyle sınırlı bir anlaşmaya dayanarak, kiraya verenin ihtiyaç nedeniyle tahliye davası açtığı hallerde de bildirim şartının aranması kanaatimizce yerinde değildir.

Yargıtay’ın bahsi geçen kararlarında vurgulanan yaklaşımı benimsenecek olursa, TBK m. 351 kapsamında yeni malikin kiralananı satın aldıktan sonra yapması gereken bildirim de kiracıya kira döneminin sonundan sözleşmede belirlenen süre kadar önce ulaşmadığı durumlarda tahliye davası açamayacağı sonucuna ulaşılacaktır. Örneğin bir önceki kararda olduğu gibi sürenin sona ermesinden iki ay önce bildirimde bulunulması şartının aranacağı bir ihtimalde, yeni malik sürenin sona ermesine bir ay kala kiralananı satın almışsa bir sonraki yılın dolmasını beklemek zorunda kalacaktır. Aynı durum TBK m. 353 bakımından da gündeme gelebilecektir⁴².

Özetle, sözleşmede kiraya verene kanuna aykırı olarak kira süresinin sona ermesi kapsamında fesih hakkı tanıyan hükümlere dayanarak kiraya verenin tahliye davası açtığı hallerde de davadan önce bildirimde bulunması gerektiğine yönelik uygulamanın değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim tahliye davalarına ilişkin kanun koyucunun doğrudan zaman ve şekil bakımından sınırlayıcı düzenlemelere yer verdiği de dikkate alınır, tarafların iradelerinden açıkça anlaşılmayan ve TBK m. 347 bakımından geçersiz nitelikteki fesih bildirim anlaşmalarına dayanarak tahliye davasının açılacağı hallerde de bildirim yükümlülüğünün aranması kanaatimizce yerinde değildir. Bununla birlikte, tarafların kiraya verenin tahliye davası açmadan önce bildirimde bulunmasını kararlaştırabilmeleri ise elbette mümkündür. Ancak böyle bir hükmün geçerliliği, sürenin sona ermesine dayalı fesih bildirimden bağımsız ve tahliyenin talep edildiği her durumu kapsadığını yansıtan iradenin varlığını gerektirir. Bu durumda değerlendirilmesi gereken husus ise, kiraya verenin bu bildirimde hangi hususları açıklamak zorunda olduğudur. Kiraya verenin tahliye talebini iletmekle birlikte sebebine yönelik bir açıklama yapması zorunlu mudur veya böyle bir açıklama yapıldığında farklı bir sebebe dayanarak tahliye davası açılabilir midir? Örneğin, kiraya verenin ihtiyaç nedeniyle tahliye talep ettiği ve bu yönde bildirimde bulunduğu bir ihtimalde yeniden inşa sebebine dayanarak tahliye davası açılabilir midir? Kanaatimizce, bu yönde bir bildirim kararlaştırılan hallerde kural olarak tahliye sebebinin açıklanmasına gerek olmamalı yalnız tahliye talebinin kiracıya bildirilmesi yeterli kabul edilmelidir⁴³. Ancak kiraya veren bildirimde bir sebep zikretmişse kanaatimizce artık yalnız bu sebebe dayalı tahliye davası açılacağı kabul edilmelidir.

⁴² Örneğin karar konusu olaylarda olduğu gibi sözleşmedeki hüküm gereği sürenin sona ermesinden önce bildirimde bulunmayan kiraya verenin TBK m. 350 kapsamında sürenin sona ermesinden sonraki bir ay içerisinde tahliye davası açacağına yönelik bildirimde bulunduğu durumda, o kira yılı içerisinde dava açmasının kabul edilip edilmeyeceği belirsiz bir durum oluşturacaktır. Hatta kiracının temerrüdü gibi olağanüstü feshin (örneğin TBK m. 315) söz konusu olduğu durumlarda da sözleşmedeki bildirim şartının gerekliliğinin aranıp aranmayacağı belirsizdir. Bu noktada, doktrinde belirtildiği üzere TBK m. 315 hükmünde olağanüstü fesih düzenlenmiş olmakla birlikte kira bedelinin ödenmesi için verilen sürenin değiştirilmesinde olduğu gibi fesih hakkının kullanılması hususunda da anlaşma yapılabileceği kabul edilmelidir. TBK m. 315’in olağanüstü fesih olduğuna ilişkin bkz. Gümüş, *Kira*, s. 288.

⁴³ Yeni malikin gereksinimi sebebiyle ihtar bakımından aynı yönde bkz. İnceoğlu, s. 395; Gümüş, *Kira*, s. 359.

SONUÇ

Çalışmada, taraflarca tahliye yönelik bildirim şartlarının hangi hallerde söz konusu olabileceği incelenmiş ve özellikle uygulamada kullanılan sözleşmelerde yer alan hükümler incelenerek kiracı veya kiraya veren bakımından getirilen bildirimlerin hükmü belirlenmiştir. Bu çerçevede, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, kiracının TBK m. 347/I kapsamında uyması gereken on beş günlük sürenin uzatılmayacağı ancak daha uzun sürelerin sözleşmenin sona ermesinden bağımsız şekilde kararlaştırılabileceği ve bunların kiracıya tanınan serbest fesih hakkı niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde ise, kanaatimizce, kiracı bakımından fesih bildirim süresinin uzatılmayacağı, fesih döneminin ise değiştirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bildirimin şekline ilişkin TBK m. 348'te yer alan yazılı şeklin yalnız kiraya veren bakımından ağırlaştırılabileceği kabul edilmiştir.

Kiraya veren bakımından kararlaştırılabilecek bildirimler ise, fesih bildirimlerinin yanı sıra dava bildirimini şeklinde de gündeme gelebilir. Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kiraya verenin, on yıllık uzama süresinin sonunda sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bulunmakla birlikte, bu hususta bildirim yapılması gereken üç aylık sürenin ve hatta on yıllık uzama süresinin dahi, kişilik haklarına aykırılık teşkil etmedikçe, uzatılabileceği kabul edilmiştir. Aynı şekilde belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, kiraya verenin bildirimine ilişkin bildirim süresi ve on yıllık sürenin uzatılabileceği savunulmuştur.

Son olarak, kiraya verene sürenin sona ermesinden belirli bir zaman önce fesih bildiriminde bulunabileceğine yönelik anlaşmaların TBK m. 347 kapsamında kesin hükümsüz olduğu benimsenmiş ve bu anlaşmalara dayanarak kiraya verenin tahliye davası açmadan önce de bildirimde bulunması gerektiğine yönelik fikrin yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda Yargıtay'ın kiraya verenin tahliye davası açtığı hallerde de taraflarca dava bildirimini kararlaştırılmış gibi, kiraya veren bakımından bildirim şartı aramasına yönelik yerleşik uygulamasının değiştirilmesi gerektiği savunulmuştur. Bununla birlikte, tarafların sözleşmede tahliye davası açmadan önce bildirimde bulunulması gerektiğine yönelik anlaşma yapabilecekleri ancak bunun için sürenin sona ermesine dayalı fesih bildiriminden bağımsız nitelikte ve her tür tahliye durumunu kapsadığını gösteren iradenin varlığının aranması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk. Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021 (Acar, Aile).

Acar, Faruk. *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321)*, 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2017 (Acar, Kira).

Akıncı, Şahin. "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, ss. 33-50.

Akyiğit, Ercan. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

- Ayanoğlu Morali, Ahu. *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Cilt 4-5 (Madde 207-392)*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Aydın, Gülşah Sinem. *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Bayram, Aziz Erman. “Birlikte Kira”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 1, 2019, ss. 89-154.
- Birinci Uzun, Tuba. “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK md. 347 f.1)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2017, ss.137-158.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. “6098 Sayılı TBK’ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 31, S. 2, 2015, ss. 167-200.
- Doğan, Murat. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet, Ankara, 2011.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Gümüş, Mustafa Alper. “Kiracı ve Kiraya Veren Arasında Bir Gerilim Kaynağı Olarak Belirli Süreli Konut veya Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Sahip Olduğu Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirme Hakkı (TBK m. 347/I c. 3)”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, C. 11, S. 145-146, 2016, ss. 119-142 (Gümüş, “Bildirim”).
- Gümüş, Mustafa Alper. “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (Gümüş, Kira).
- Hekim, Aylin. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Bildirim Yoluyla Sona Ermesi (TBK m. 347)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- İnceoğlu, M. Murat. *Kira Hukuku, Cilt 2*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Kepkep, Burak. “Kiracının Belirli Süreli Konut Ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Sözleşmesini Tek Taraflı Feshinde Bildirim Süresi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 3, 2015, ss. 98-109.
- Kurşat, Pelin. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2*, Üçüncü Tıpkıbasımdan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008.

- Topuz, Seçkin/Canbolat, Ferhat. “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2011.
- Yağcı, Kürşad. “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında On Yıllık Uzama Süresinin Başlangıç Anı ve Kiraya Veren Fesih Bildiriminde Bulunabileceği En Erken Zaman Dilimi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76, S. 2, 2018, ss. 623-665.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 16. Baskı, Beta İstanbul, 2016 (Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Hukuku Dersleri).
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2014 (Yavuz/Acar/Özen, Borçlar).
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

DİĞER KAYNAKLAR

Kazancı Hukuk Otomasyon, www.kazanci.com.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, www.lexpera.com.tr.

Katma Değer Vergisi İadesi Yönünden Özel Esaslar

Kerem ÖNCÜ 

Dr. Öğr. Üyesi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, Adana, Türkiye
keremnc@hotmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 28.11.2022 Kabul: 22.02.2023 Yayın: 10.03.2023</p> <p>Anahtar Kelimeler: Özel esaslar, katma değer vergisi, mükellef, vergi iadesi, icraî işlem.</p>	<p>İade taleplerinde Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin özel esaslar bölümündeki usul ve esasların geçerli olması adı altında yeni bir uygulama söz konusudur. Haksız vergi iadesinin önlenmesi amacını taşıyan bu uygulama, yöntem bakımından kod listesi ve özel esaslardan farklıdır. Ancak üzerinde durulması gereken bazı sorunlar söz konusudur. Öncelikle, bu konuda henüz içtihat birliğine varamayan yargı organı, mükelleflerin bu kapsama alınmasını bazen icraî işlem saymamaktadır. Ancak, katma değer vergisi iadesinin reddedilmesi sonucunu doğuran bu işlem, kişilerin hukukî durumlarını etkilemektedir. Bir diğer sorun, uygulamanın sonucu itibarı ile çalışma barışını olumsuz etkileyecek mahiyette olmasıdır. Bunun dışında mevzuatta konu ile ilgili düzenleme yer almamaktadır. Bu durum kanunilik ilkesi bakımından eleştiriye açıktır. Ayrıca uygulamanın hukukî temelinin olmaması; mülkiyet hakkı, çalışma ve sözleşme hürriyeti ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını ihlal ettiği şeklinde yorumlanmaktadır.</p>

Exceptional Procedure for Value Added Tax Refund

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 28.11.2022 Accepted: 13.02.2022 Published: 10.03.2023</p> <p>Keywords: Exceptional procedure, value added tax, taxpayer, tax refund, enforcement action.</p>	<p>There's a new practice under the name of applying the procedures and principles in the exceptional procedure of the Value Added Tax General Implementation Communiqué for refund requests. This practice, which aims to prevent unfair tax refunds, differs from the code list and exceptional procedure in terms of method. However, there're some issues that need to be discussed. First of all, the judiciary, which hasn't yet reached a unity of jurisprudence on this issue, sometimes doesn't consider the inclusion of taxpayers in this scope as a enforcement action. However, this transaction, which results in the rejection of the value added tax refund, affects the legal status of individuals. Another problem is that, as a result of the application, it will negatively affect the working peace. Apart from this, there's no regulation on the subject in the legislation. This situation is open to criticism in terms of the principle of legality. In addition, the lack of legal basis for the application; it's interpreted as a violation of the right to property, freedom of work and contract, and the right to protection of personal data.</p>

Atıf/Citation: Öncü, K. (2023). Katma Değer Vergisi İadesi Yönünden Özel Esaslar, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s.217-233.

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

Özel esaslar, uzun süredir devam eden ve mükellefler ile vergi idaresini karşı karşıya getiren bir uygulamadır. Mükelleflerin bu statüye alınması, katma değer vergisi iadesinin güçleşmesi, vergi incelemesi ihtimalinin artması, diğer mükelleflerin mal veya hizmet alım/satımı yapmak istememesi gibi sonuçları da beraberinde getirmektedir. Mükelleflerin özel esaslara alınmaları, kesin ve yürütülebilir bir idarî işlemdir. Yargı organı, bu uygulamanın kanuna dayanmadığı ve yasal dayanağı olmadığı ve çalışma barışına aykırı olduğu gerekçeleri ile hukuka aykırı bulmakta ve iptal etmektedir. Yerleşik içtihadın bu yönde olduğunu belirtmek mümkündür. Konu bu yönü ile şimdiye kadar birçok akademik çalışmada ele alınmıştır. Ancak konunun üzerinde durulması gereken güncel bir yönü bulunmaktadır.

Vergi idaresi bir süredir özel esasları kendi içinde ayrıma tâbi tutmaktadır. Bunlardan biri, önceki paragrafta bahsedilen özel esaslar; diğeri ise, iade taleplerinde Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin¹ (kısaca Genel Tebliğ olarak anılacaktır) özel esaslar bölümündeki usul ve esasların geçerli olması (kısaca katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar denilecektir) durumudur. Bu çalışmada, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara tâbi olma üzerinde durulacaktır.

Konu ile ilgili temel oluşturması amacıyla öncelikle özel esaslar ele alınacaktır. Sonrasında katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar uygulamasının hukukî dayanakları; özel esaslar dışında farklı bir hukukî statü teşkil edip etmediği; kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olup olmadığı değerlendirilecek ve hukuka aykırı olup olmadığı tartışılacaktır.

Katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslarla ilgili uygulama bilgisine, mahkeme kararları ve uygulamaya dair yazılar aracılığı ile ulaşılmıştır. Konu ile ilgili değerlendirme, tespit, eleştiri ve öneriler için ise, mahkeme kararları, vergi hukukuna ilişkin temel kitaplar, monografik çalışmalar ve makalelerden yararlanılmıştır.

I. ÖZEL ESASLAR UYGULAMASI

Vergi idaresinin, kod listesi ile başlayan mükellefleri birtakım kategorilere ayırması, özel esaslar adı altında devam etmektedir. Halihazırda Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nde yer alan bu uygulamanın başlangıcı olarak 23.11.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 84 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği gösterilmektedir². Bununla birlikte, 84 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği öncesinde de 38, 56 ve 70 seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğleri ile vergi idaresinin benzer uygulamalara başvurduğu görülmektedir³.

Katma Değer Vergisi Kanunu Genel Uygulama Tebliği E. Özel Esaslar, 1. Ortak Hükümler, 1.1. Amaç başlığı altında, özel esaslar uygulamasının amacı şu şekilde ifade edilmiştir: “Tebliğin bu bölümünde yer alan düzenlemeler, iade edilecek katma değer vergisi tutarının gerçek

¹ 84 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği, Resmi Gazete Sayı: 24592, Tarih: 23.11.2001.

² Oktar, Kemal. *KDV İstisnalar ve İadeler*, Gözlem Yayıncılık Basım Dağıtım Tic. Ltd. Şti., Ankara, 2020, s. 863; Taylar, Yıldırım. “Özel Esaslara İlişkin Uygulama ve Yargı Kararları Perspektifinden Vergi Hukukunda Hukuka Aykırı Bir İşlemden Hukuka Uygun Bir Tarhiyat Çıkıp Çıkmayacağı Sorunu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2021, s. 776.

³ Özbalçcı, Yılmaz. *Katma Değer Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 362.

olup olmadığının tespit edilmesi suretiyle, Hazine'ye intikal etmemiş ve/veya hayali olarak oluşturulmuş, gerçek bir yüklenime dayanmayan tutarların katma değer vergisi iadesi çatısı altında yolsuz olarak iadesini önlemeyi amaçlamaktadır.”

Görüldüğü üzere, vergi idaresinin tespit ettiği mükelleflere yapılacak katma değer vergisi iadesinin önlenmesi amaçlanmaktadır⁴. Mükellefler, kendilerine tebliğ edilen uyarı yazılarıyla, haklarında olumsuz tespit bulunan mükelleflerden yapılan alım veya alımlar sebebiyle katma değer vergisinin indirim konusu yapılmaması, düzeltme beyannamesi verilmesi, söz konusu alım veya alımların gerçekliğinin ispat edilmesi veya dört katı tutarda teminat gösterilmesi veya yeminli mali müşavir raporu ibraz edilmesi gibi şartlara tâbi tutulmakta; aksi halde, özel esaslar kapsamına alınacakları bildirilmektedir⁵.

Söz konusu uygulamanın yasal dayanağı ile ilgili olarak Genel Uygulama Tebliği'nde yer alan düzenleme ise şu şekildedir: “3065 sayılı Kanununun 36. maddesinin ikinci fıkrasında Bakanlığımızın; mükellefiyet süresi, çalışan sayısı, aktif ve özsermaye büyüklüğü, ödenen vergi tutarı, vergisel ödevlerin zamanında yerine getirilip getirilmediği, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma yönünde olumsuz rapor ya da tespit bulunup bulunmadığı gibi kriterleri esas alarak mükelleflerin vergisel uyum seviyeleri ve bu uyum seviyelerine göre farklı iade yöntemleri tespit etmeye, iade alacağının mahsup edileceği vergi borçları ile iadeye ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

Bu nedenle, Tebliğin bu bölümü 3065 sayılı Kanununun 9, 11, 29, 32, 36 ve iadeyi düzenleyen diğer maddelerinde yer alan yetkilere istinaden, gerçekte iadesi gereken katma değer vergisinin tespitine yönelik olarak düzenlenmiştir.”

Doktrin, özel esaslar uygulamasının yasal dayanağı olmadığı görüşündedir.⁶ Konu ile ilgili yargı kararlarına bakıldığında, yerleşik içtihadın söz konusu uygulamanın bir anayasal ve yasal dayanağı bulunmadığı, vergi barışını bozacağı ve temel hak ve hürriyetlere aykırılık teşkil edeceği şeklinde olduğu belirtilebilir. Danıştay 3. Dairenin, E. 2014/11851 K. 2015/3173 sayılı ve 13.05.2015 tarihli kararı şu şekildedir: “Anayasa'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyetini düzenleyen 48'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, devletin, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak, 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında da, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı hükümlerine yer verilmiş, "Vergi Ödevi" başlığını taşıyan 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında da, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı belirtilmiştir.

⁴ Polat, İsmet. “KDV Uygulama Genel Tebliğine Göre Sahte Belge Nedeniyle Özel Esaslara Alınma” *Legal Mali Hukuk Dergisi*, S.117, 2014, s. 35.

⁵ Ela, Hatice. *Vergi Ceza Hukukunda Yanıltıcı Belge ve Sahte Belge*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 699; Çakmakçı, Ali / Köseer, Semra. *Sahte Belge ve Kaçakçılık Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 272; Aykar, Özkan. *Yeni KDV El Kitabı*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 97.

⁶ Yaltı, Billur. “Kod Listeleri”nden “Kdv İadesi Risk Analizi’ne Geçiş: Kdv İndirim Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Değerlendirmeler; *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 258, Mart 2010, s. 26; Taylar, s. 780; İnce, Eyyup. *Türk Vergi Sisteminde Vergi İadeleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Mali Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2016, s. 249.

Bu düzenlemelere göre devletin çalışma hayatına ilişkin düzenlemeleri yapması ve buna dair tedbirleri alması bir görev iken, çalışma, çalışanlar açısından bir hak ve ödevdir. Gerek bu alanda yapılacak düzenlemelerin gerek çalışma hayatının bir sonucu olan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilgili düzenlemelerin yasa ile yapılması ise zorunludur. Dayanağını Anayasaya uygun olarak çıkarılmış olan bu Kanunlardan almayan düzenlemelerle bir takım hak ve yükümlülükler getirilemez. Bu suretle çalışma barışının sağlanması yanında, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışması da temin edilmiş olur.

...

Davacı mal ve hizmet alımlarıyla ilgili olarak aldığı ve kayıtlarına yansıttığı faturaları düzenleyen kişi hakkındaki tespitlerden hareketle özel esaslara tabi mükellefler listesine alınmış ise de gerek davalı İdarenin gerek bağlı bulunduğu hiyerarşik üst makamların mükellefleri bu şekilde kategorize edebilmelerine olanak sağlayan hiçbir yasal düzenleme bulunmadığı gibi, Anayasa'da da buna izin veren bir hüküm yer almamaktadır. Bu şekilde yasal dayanağı olmadan yapılacak bir sınıflandırma, vergi barışını bozucu etki yaratacağı gibi, Anayasa'da güvence altına alınan temel kişi hak ve hürriyetlerine de aykırılık teşkil eder”⁷.

Doktrin ve yargı kararlarına katılmak mümkündür. Katma Değer Vergisi Kanunu’nda⁸ özel esaslar uygulaması düzenlenmediği gibi, bu yönde açık bir yetki de yer almamaktadır. Kanunilik ilkesinin temel esaslardan birini teşkil ettiği vergi hukukunda; kişilerin malî yüklerini artıran, mülkiyet hakkı, çalışma ve sözleşme hürriyeti gibi temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran söz konusu düzenlemenin hukukî güvenlik ilkesi gereği tereddüde mahal bırakmaksızın açık ve sarıh biçimde düzenlenmesi gerekmektedir⁹. Bununla birlikte, kod listesi uygulaması gibi¹⁰, esasen bir fişleme olan bu uygulamanın bu haliyle bir yasal dayanağa kavuşturulması durumunda da Anayasa’ya uygunluğunu savunmak yine mümkün değildir¹¹.

II. KATMA DEĞER VERGİSİ İADESİ YÖNÜNDE ÖZEL ESASLAR

A. Genel Açıklama

Son zamanlarda özel esaslar kapsamında, üzerinde durulması gereken yeni bir uygulama daha ortaya çıkmıştır. Bu, iade taleplerinde Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği’nin özel esaslar bölümündeki usul ve esasların geçerli olması durumudur¹². Vergi idaresi uygulamada

⁷ Dan. 3. D., E. 2014/11851, K. 2015/3173, 13.05.2015, www.lexpera.com.tr. (Erişim Tarihi: 27.11.2022). Benzer başka kararlar: Dan. 3. D., E. 2020/1304, K. 2021/2003, 15.04.2021, www.lexpera.com.tr. (Erişim Tarihi: 27.11.2022); İzmir BİM. 3. VDD., E. 2020/1781, K. 2020/1722, 30.11.2020, www.lexpera.com.tr. (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

⁸ 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, Resmi Gazete Sayı: 18563, Tarih: 02.11.1984.

⁹ Çağan, Nami. *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s. 100; Karakoç, Yusuf. “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, 2013, s. 1264; Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan. *Vergi Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022, s. 30, 31.

¹⁰ Yaltı, s. 26.

¹¹ Baykara, Bekir. “Özel Esaslar veya Kod Listesi Kavramı ve Hukuka Aykırılığı Üzerine”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 244, Nisan 2013, s. 270 – 280, s. 4.

¹² Tolu, Abdullah. “İş Dünyasında Özel Esas Rahatsızlığı”, *Dünya Gazetesi*, 10.01.2022, <https://www.bdturkey.com/mevzuat/is-dunyasinda-ozel-esas-rahatsizligi-h6522.html>, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

bunu özel esaslardan farklı ele almaktadır. Öyle ki, mükellef genel esaslarda bulunmasına rağmen, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslarda yer alabilmektedir¹³.

Mükelleflerin katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara alınmalarının kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olup olmadığı, bunun özel esaslar dışında farklı bir statü teşkil edip etmediği gibi, konu ile ilgili üzerinde durulması gereken tartışmalı noktalar bulunmaktadır.

B. Hukukî Dayanakları

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 36'ncı maddesinin 2'nci fıkrası şu şekildedir: “Maliye Bakanlığı; mükellefiyet süresi, çalışan sayısı, aktif ve özsermaye büyüklüğü, ödenen vergi tutarı, vergisel ödevlerin zamanında yerine getirilip getirilmediği, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma yönünde olumsuz rapor ya da tespit bulunup bulunmadığı gibi kriterleri esas alarak mükelleflerin vergisel uyum seviyeleri ve bu uyum seviyelerine göre farklı iade yöntemleri tespit etmeye, iade alacağına mahsup edileceği vergi borçları ile iadeye ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

Kanun'da, mükelleflerin iade alacaklarına ilişkin usul ve esasları belirlemesi öngörülen Bakanlık, Genel Tebliğ'de özel esaslar uygulamasını ayrıntılı biçimde düzenlemeye çalışmıştır. Ancak katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslarla ilgili açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu kapsamda ilgili olabilecek kısım, Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin “1.3.Özel Esaslara Tabi Mükellefler” başlığı altında yer alan; “Haklarında, düzenledikleri veya kullandıkları belgelerin gerçek duruma aykırı olduğuna ilişkin delil ve karineleri içeren rapor veya tespit bulunan aşağıdaki mükellefler iade taleplerinin yerine getirilmesi bakımından özel esaslara tabidir.” şeklindeki düzenlemedir. Söz konusu mükellefler Genel Tebliğ'de şu şekilde sıralanmıştır:

- “213 sayılı Kanununun (153/A) maddesi kapsamına giren mükellefler,
- Sahte belge veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme fiiline iştirak eden mükellefler de dâhil olmak üzere, sahte belge veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme ya da kullanma konusunda haklarında “olumsuz rapor” veya “olumsuz tespit” bulunan mükellefler,
- Sahte belge veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme konusunda haklarında “olumsuz rapor” bulunan mükelleflerin raporun ait olduğu dönemdeki ortakları, kanuni temsilcileri, bunların kurdukları veya ortak oldukları mükellefler ile kanuni temsilcisi oldukları mükellefler,
- Haklarında beyanname vermeme, defter ve belge ibraz etmeme ve adresinde bulunamama konusunda tespit bulunan mükellefler,
- Haklarında KDV yönünden ihtiyati tahakkuk veya ihtiyati haciz uygulanan mükellefler.”

Tebliğ'in “6. 6. Haklarında Olumsuz Rapor Bulunan Mükelleflerin İade Talepleri” başlıklı kısmında ise, Tebliğ'in “1.3.Özel Esaslara Tabi Mükellefler” başlıklı kısmında sayılanların iade

¹³ Dan. 3. D., E. 2018/5369, K. 2021/3369, 24.6.2021: “... davacı hakkında düzenlenen ... tarih ve ... sayılı tutanakta davacının genel esaslarda olduğu ancak katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslarda yer aldığından bahisle dava konusu tarhiyatın yapıldığı...”, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

taleplerinin nasıl yerine getirileceği teker teker düzenlenmiştir. Bu kişilerin katma değer vergisi iade talepleri; üç-beş kat arasında teminat gösterilmesi veya vergi incelemesi gibi ağır şartlara bağlanmıştır. Bununla birlikte bu düzenlemeler, iade taleplerinde Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin özel esaslar bölümündeki usul ve esasların geçerli olması durumuna ilişkin bir çerçeve çizmemektedir. Başka bir deyişle, söz konusu düzenleme, bilinen özel esaslar uygulaması ile katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar uygulaması arasında bir fark ortaya koymamaktadır. Nitekim doktrine göre, Tebliğ'in "1.3.Özel Esaslara Tabi Mükellefler" başlığı altında yer alan kısmında, hangi mükelleflerin özel esaslara tabi tutulacağı konusu düzenlenmektedir¹⁴.

C. Uygulamaya Dair Bilgiler ve Özel Esaslar Uygulaması ile Benzer ve Farklı Yönleri

Vergi idaresi, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esasları, özel esaslardan bağımsız şekilde ele almaktadır. Mükellefin özel esaslara alınması ile birlikte katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara da alınması gibi bir durum söz konusu değildir. Genel esaslarda yer alan mükellef, sadece katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara alınabilmektedir¹⁵.

Söz konusu uygulama, katma değer vergisi iadesi özelinde uygulanmaktadır¹⁶. Ancak bu durum, Genel Tebliğ uyarınca özel esaslar uygulamasının da bizatihi amacıdır. Bununla birlikte, uygulanma şekli bakımından farklılıklar söz konusudur. Özel esaslar uygulaması, doktrin ve yargı organının yerleşik içtihadı uyarınca kod listesi gibi bir fişleme mahiyetindedir. Nitekim kod listesi uygulamasında, mal/hizmet alımında bulunulan firmaların kod listesinde yer aldığı, bu firmalardan yapılan alımların çıkarılıp, katma değer vergisi beyannamesinin düzeltilmesi gerektiği, aksi halde kod listesine tabi tutulabileceği mükelleflere bildirilmektedir¹⁷. Vergi idaresi özel esasları da benzer şekilde uygulamaktadır¹⁸. Katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar ise, uygulanma şekli itibarı ile diğerlerinden farklı bir görünüm arz etmektedir. Vergi idaresinin üçüncü kişilere bu şekilde bildirim yapmadıkları, mükelleflerin işlem dosyalarına bu yönde kayıt düştikleri dikkati çekmektedir¹⁹.

¹⁴ Taylar, s. 777; Çakmakçı / Köseer, s. 275, 276.

¹⁵ Dan. 3. D., E. 2018/5369, K. 2021/3369, 24.6.2021: "... davacı hakkında düzenlenen ... tarih ve ... sayılı tutanakta davacının genel esaslarda olduğu ancak katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslarda yer aldığından bahisle dava konusu tarhiyatın yapıldığı...", www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022). Konya BİM. 1. VDD., E. 2019/1356, K. 2020/207, 19.02.2020: "... davacı şirketin değişik tarihlerde özel esaslara ve iade talepleri açısından özel esaslar listesine alındığı, bu işlemlerin iptali için Adana 2. Vergi Mahkemesi'nde dava açtığı, davacı şirket adına iade taleplerinde KDV Genel Uygulama Tebliği'nin özel esaslar bölümündeki usul ve esasların geçerli olacağına dair tesis edilen işlemin, Adana 2. Vergi Mahkemesi'nin 20.06.2019 tarih ve E;2019/128 K;2019/670 sayılı kararı ile iptaline karar verildiği...", www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

¹⁶ Dan. 3. D., E. 2019/2878, K. 2021/4293, 07.10.2021: "Davacının iade talebinin, ara karar cevabı ekindeki bilgisayar çıktısında yer alan "mükellef genel esaslara tabidir" yazısının hemen altında "iade taleplerinde kdv genel uygulama tebliğinin özel esaslar bölümündeki usul ve esaslar geçerlidir" ibaresine dayanılarak reddedildiğinin anlaşıldığı...", www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

¹⁷ AYM, Bir. Baş. No: 2015/15100, 27.02.2019, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

¹⁸ Ela, s. 699; Çakmakçı / Köseer, s. 272.

¹⁹ Dan. VDDK., E. 2017/640, K. 2018/94, 28.02.2018: "İstanbul 12. Vergi Mahkemesi, 25.1.2016 gün ve E:2015/968, K:2016/191 sayılı kararıyla; savunma dilekçesinde, davacının özel esaslara tabi mükellefler listesinde olmadığı iddia edilerek ekinde sunulan bilgisayar çıktısında, davacının genel esaslara tabi olduğu bilgisine yer verilmiş ise de söz konusu ifadenin hemen altında "İade taleplerinde KDV genel uygulama tebliğinin özel esaslar bölümündeki usul ve esaslar geçerlidir." şeklindeki ibare ile davacı hakkında özel esaslara tabi mükellefler hakkında yapılan uygulamanın geçerli olduğu belirtildiğinden..." www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022). Başka bir karar: İstanbul BİM. 2. VDD., E. 2018/2940, K. 2019/588, 14.03.2019: "Mahkemelerinin ara kararına cevaben ibraz edilen yazı eki olarak

D. Kesin ve Yürütülmesi Zorunlu İşlem Olup Olmadığı

Vergi idaresi, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esasların bir tespit olduğu, idarî davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem sayılamayacağı şeklinde savunma yapmaktadır²⁰. Bu konuda Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu da benzer bir değerlendirmede bulunmuştur. Sistem sorgulamasında şirketin genel esaslarda yer aldığını, ancak söz konusu çıktıda yer alan “iade taleplerinde Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinin özel esaslar bölümündeki usul ve esasların geçerli olduğu” şeklindeki ifadenin, davacı şirketin özel esaslara alındığı anlamına gelmediği ve idarî davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir idarî işlem olmadığı şeklinde yorumlamıştır²¹.

gönderilen bilgisayar çıktısında, mükellef genel esaslara tabidir yazısının hemen altında, iade taleplerinde kdv genel uygulama tebliğinin özel esaslar bölümündeki usul ve esaslar geçerlidir ibaresinin bulunması nedeniyle...”, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

²⁰ İzmir BİM. 3. VDD., E. 2020/1723, K. 2020/1703, 30.11.2020: “... dava konusu işlemin iptaline ilişkin İzmir Dördüncü Vergi Mahkemesi’nce verilen 24.09.2020 tarih ve E:2020/591, K:2020/904 sayılı kararın; davacı şirketin 2018/10, 2019/2,4 dönemleri katma değer vergisi beyannamelerinde iade talebinde bulunduğu, **davacının katma değer vergisi iade ve indirim işlemleri açısından özel esaslara alınmasının da bir idari işlem niteliğinde değil tespit niteliğinde olduğu**, ilgili dönem katma değer vergisi ideleri yönünden özel esaslara tabi mükelleflerin tarh dosyasının tetkikinde de, davacının sahte ya da muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullandığı dönemle sınırlı olmak üzere katma değer vergisi idelerinde özel esaslara tabi olduğu, bunun dışında kalan işlemler bakımından genel esaslara tabi olduğu, özel esaslara alınma işleminin mükelleflere bir yükümlülük de getirmediği, yapılan işlemin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek kaldırılması istenilmektedir.”, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

²¹ Dan. VDDK., E. 2017/640, K. 2018/94, 28.02.2018: “İstanbul 12. Vergi Mahkemesi, 25.1.2016 gün ve E:2015/968, K:2016/191 sayılı kararıyla; savunma dilekçesinde, davacının özel esaslara tabi mükellefler listesinde olmadığı iddia edilerek ekinde sunulan bilgisayar çıktısında, davacının genel esaslara tabi olduğu bilgisine yer verilmiş ise de söz konusu ifadenin hemen altında “İade taleplerinde KDV genel uygulama tebliğinin özel esaslar bölümündeki usul ve esaslar geçerlidir.” şeklindeki ibare ile davacı hakkında özel esaslara tabi mükellefler hakkında yapılan uygulamanın geçerli olduğu belirtildiğinden, yarattığı hukuki sonuçları dikkate alındığında işlemin, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde olduğunun kabulü gerektiği, davacı, sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme şüphesinden hareketle özel esaslara tabi mükellefler listesine alınmış ise de idarenin, mükellefleri bu şekilde kategorize edebilmelerine olanak sağlayan yasal bir düzenleme bulunmadığı, hukuka aykırı bir biçimde idarenin kendi içerisinde oluşturduğu bir sınıflandırma ile davacının özel esaslara alınmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir.

Davalı idarenin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 13.12.2016 gün ve E:2016/8936, K:2016/7135 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasının (d) bendi ile aynı Kanunun 15’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (b) bendine değindikten sonra; davalı idarenin, 27.11.2015 tarihinde mahkeme kaydına giren dilekçesinde, özel esaslar listesinde olmadığı belirtilen davacı şirketin, dilekçe ekindeki sistem sorgulama çıktısında da genel esaslara tabi olduğunun görüldüğü, söz konusu çıktıda yer alan iade taleplerinde Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinin özel esaslar bölümündeki usul ve esasların geçerli olduğu şeklindeki ifadenin, davacının özel esaslara alındığı anlamını taşımadığı sonucuna varıldığı, davacının özel esaslara alındığına ilişkin idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem bulunmadığından, Mahkemece uyumsuzluğun esası incelenerek verilen kararda hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

İstanbul 12. Vergi Mahkemesi, 23.6.2017 gün ve E:2017/814, K:2017/1829 sayılı kararıyla; aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle ilk kararında ısrar etmiştir.

...

TÜRK MİLLETİ ADINA

Danıştay Üçüncü Dairesinin, yukarıda yer verilen kararının dayandığı aynı hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 12. Vergi Mahkemesinin, 23.6.2017 gün ve E:2017/814, K:2017/1829 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, kararın tebliğ tarihini izleyen on beş (15) gün içinde Danıştay nezdinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 28.2.2018gününde oyçokluğuyla karar verildi.”, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

İdarî yargılama hukukunda bir işlemin iptal davasına konu olabilmesi için, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun²² 14'üncü maddesi uyarınca kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olması gerekmektedir. Bu şart, işlemin idarî yönden tekemmül etmiş ve kesinleşmiş olması, hukukî etki ve sonuç doğurabilir olması anlamına gelmektedir²³. Bu bağlamda, kişinin hukukî durumunu etkileyen kararlar etkili, icraî kararlar olup, iptal davasına konu olurlar²⁴. İdarî kararların icrailiği, ilgililerin hukukî durumları üzerinde etki yapması; yani, mevcut hukukî durumu değiştirmesi, ortadan kaldırması veya yeni hukukî durumlar yaratmasıdır²⁵.

Mükellefin işlem dosyasına katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara tâbi olduğu kaydı düşüldüğünde veya bu yönde kendisine bildirim yapıldığında, katma değer vergisi iade talepleri reddedilmekte veya ağır şartlara tâbi tutulmaktadır. Danıştay 3. Dairenin kararına konu olan bir olayda, davacı 2018 yılının Ocak dönemine ait katma değer vergisinin mahsuben iadesi talebinde bulunmuştur. Vergi idaresi, katma değer vergisi beyannamesi düzeltmeleri yapılması halinde mahsup talebinin yerine getirilebileceği yönünde karar almıştır. Mükellef, söz konusu işlemin iptali için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi dava konusu işlemi iptal etmiş; davalı vergi idaresinin istinaf ve temyiz talepleri ise reddedilmiştir. Danıştay 3. Daire kararında, ilk derece mahkemesinin gerekçesini şu şekilde aktarmıştır: “*Davacı hakkında sahte belge kullanma tespiti nedeniyle herhangi bir vergi inceleme raporunun bulunmadığından, Maliye Bakanlığının vergi farklılaştırmasını, verginin mükellefe veya vergiye tâbi işlemlere taraf olanlara iadesi yöntemi ile uygulamaya, teminat istemeye, bu teminatın türü, tutarı ve çözümüne ilişkin usul ve esaslar ile verginin iadesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili olmakla birlikte söz konusu yetkinin, iade talebinin nereye ve nasıl yapılacağı, iade işleminde hangi belgelerin aranacağı gibi düzenlemelerle sınırlı olduğunun kabulü gerektiği, idarenin Anayasal ve yasal dayanağı olmadan, hukuka aykırı biçimde kendi içerisinde oluşturduğu bir sınıflandırma ile davacı şirketin iade taleplerinde Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin Özel Esaslar Bölümündeki usul ve esaslara tabi tutulması suretiyle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlem iptal edilmiştir.*” Bu itibarla, 3. Daire, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslarda yer aldığı gerekçesiyle vergi iadesi talebinin reddedilmesini hukuka aykırı bulmuştur²⁶.

Bir başka kararda ise, davacının ihracat tesliminden doğan katma değer vergisi alacaklarının genel esaslar kapsamında vergi borçlarına mahsuben iadesi istemiyle yaptığı başvurusu, iade isteminin özel esaslara tabi tutulacağı ve dört kat teminat gösterilmesi halinde

²² 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu, Resmi Gazete Sayı: 17580, Tarih: 20.01.1982.

²³ Ulusoy, Ali. Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 707.

²⁴ Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, C. II, İdarî Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 292.

²⁵ Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 124.

²⁶ Dan. 3. D., E. 2019/5891, K. 2021/3790, 15.09.2021, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 27.11.2022). Danıştay 3. Dairenin kararına konu başka bir olayda ise, katma değer vergisi alacağının nakden iadesi talebiyle yapılan başvurunun özel esaslara tabi mükellefler listesinde olduğundan bahisle eksiklik ve hataların tamamlanması halinde yerine getirileceğine yönelik işlemin iptali dava konusu edilmiştir. İlk derece mahkemesi, iade talebinin, ara karar cevabı ekindeki bilgisayar çıktısında yer alan "mükellef genel esaslara tabidir" yazısının hemen altında "iade taleplerinde kdV genel uygulama tebliğinin özel esaslar bölümündeki usul ve esaslar geçerlidir" ibaresine dayanılarak reddedildiğini tespit etmiş, ticari ilişkinin taraflarının sahte fatura düzenlediğine ve kullandığına ilişkin tanzim edilen raporların ve yapılan diğer tüm tespitleri ortaya koyan bilgi ve belgelerin örneğinin istenilmesine rağmen, davalı vergi idaresinin bu konuda bilgi ve belge sunmaması üzerine iade talebinin reddine ilişkin işlemi iptal etmiştir. Dan. 3. D., E. 2019/2878, K. 2021/4293, 07.10.2021, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

talebin yerine getirileceği gerekçesi ile reddedilmiş ve bu işlem dava konusu edilmiştir. Söz konusu ret kararı ilk derece mahkemesi tarafından şu gerekçelerle iptal edilmiştir: "Mahkemelerinin ara kararına cevaben ibraz edilen yazı eki olarak gönderilen bilgisayar çıktısında, mükellef genel esaslara tabidir yazısının hemen altında, iade taleplerinde kdv genel uygulama tebliğinin özel esaslar bölümündeki usul ve esaslar geçerlidir ibaresinin bulunması nedeniyle, davacının özel esaslara tabi mükellefler listesine alındığının anlaşıldığı; gerek davalı idarenin, gerek bağlı bulunduğu hiyerarşik üst makamların, mükellefleri bu şekilde kategorize edebilmelerine olanak sağlayacak şekilde listeleme olanağı tanıyan hiç bir yasal düzenleme bulunmadığı gibi Anayasada buna izin veren bir hüküm de bulunmadığından, bu şekilde yasal dayanağı olmadan yapılacak bir sınıflandırma, vergi barışını bozucu etki yaratacağı gibi, Anayasada güvence altına alınan temel kişi hak ve hürriyetlerine aykırılık da teşkil edeceğinden; hukuka aykırı bir biçimde idarenin kendi içerisinde oluşturduğu bir sınıflandırma ile davacının iade taleplerinin reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı, kaldı ki, davacı şirket hakkında, iade istemlerinin özel esaslara tabi tutulmasını gerektirecek rapor ve tespit de bulunmadığı..."

Bölge İdare Mahkemesi ise, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esasların, özel esaslar veya kod listesi gibi uygulamalardan farklı olduğunu; özel esaslara alma işleminin iptali için açılan davalardan farklı şekilde konunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, vergi idaresinin mükellefi bu kapsama almasına dayanak olarak bir rapor ortaya koyamamış olması gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararını onamıştır²⁷.

²⁷ İstanbul BİM. 2. VDD., E. 2018/2940, K. 2019/588, 14.03.2019: "Anılan tebliğde, iade talepleri özel esaslar uyarınca yerine getirilecek mükellefler veya iade taleplerinin özel yöntemlerle yerine getirilmesine ilişkin düzenlemelerin, kanunla öngörülen iade hakkını ortadan kaldırır nitelikte olmayıp, iadenin hangi yöntemle yerine getirileceğine ilişkin bulunduğu, kamu yararı ve mükellef yararı birlikte gözetilmek suretiyle, VUK ve KDV Kanunuyla verilen yetki sınırları içerisinde kalınarak tesis edildiği sonucuna varılmakla, genel tebliğde özel esaslara tabi tutulmayı gerektiren hallerden birinin mevcudiyetini ortaya koyan idarece, mükelleflerin iade istemlerinin özel esaslara göre yerine getirilmesine de bir engel bulunmadığından, idarece, iadenin usul ve esaslarının yöntemlerinin genel tebliğ ile belirlenmesinde ve yayımlanan genel tebliğin idarece tesis edilecek bireysel işlemlere dayanak alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gibi, davacının belli bir döneme ilişkin iade isteminin özel esaslara tabi olduğundan bahisle, anılan tebliğ hükümleri uyarınca tesis edilen işleme karşı açılan davanın, mükelleflerin, genel olarak, KOD listesi adıyla bilinen özel esasa tabi mükellefler listesine alınarak kategorize edilmeleri işlemine karşı açılan davalardan farklılık arz ettiği ve bu davaların mükelleflerin somut iade istemleri hakkında tesis edilecek işlemlere (iadenin yöntemini belirleyen) dayanak farklı mevzuat hükümleri değerlendirilmek suretiyle çözülmesi gerektiği açıktır.

Bu nedenle, davacının, genel esaslar uyarınca mahsuben iade isteminin, özel esaslar kapsamında yerine getirilmesi gerektiğinden bahisle reddine ilişkin işlemin konu edildiği davayı, idareye, mükellefleri "İade Taleplerinde KDV Genel Uygulama Tebliğinin Özel Esaslar Bölümündeki Usul ve Esasların Geçerli Olduğu Mükellefler" listesine dahil ederek kategorize etme yetkisi veren anayasal ve yasal bir dayanağın bulunmadığı gerekçesiyle çözüme bağlayan istinaf istemine konu kararın gerekçesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bununla birlikte, dava konusu işlemin, davacı adına düzenlenen ve iade isteminin, tebliğin Özel Esaslar kısmının Sahte Belge veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Düzenleme Raporu Bulunanların İade Taleplerini düzenleyen E.6.1.1 bölümü uyarınca özel esaslara tabi tutulmasını gerektiren rapor bulunduğu bahisle tesis edildiği, ancak, Mahkemelerinin davalıyı muhatap 23.05.2018 tarihli ara kararı ile, iade isteminin hangi gerekçelerle ve hangi somut tespitlere dayanılarak özel esaslara tabi tutulduğu hususuyla ilgili tevsik edici rapor, tespit ve belgelerin ibrazının istenilmesine karşılık, ara kararına cevaben dosyaya ibraz edilen belgelerden, davacı mükellef hakkında sahte belge düzenleme tespiti nedeniyle düzenlenen herhangi bir inceleme raporu bulunmadığının belirtildiği anlaşılacakla, davalı idarece yapılan tespitlerin bu haliyle, davacının iade isteminin özel esaslara tabi tutularak inceleme raporu sonucu yerine getirilmesi için yeterli bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.", www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

Görüldüğü üzere, Vergi Dava Daireleri Kurulu katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara alma şeklindeki işlemi kesin ve yürütülebilir bir işlem saymamakla birlikte, Danıştay 3. Daire ve İstanbul Bölge İdare Mahkemesi kararlarında, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esasların vergi iadesi talebinin reddi sonucunu doğurduğu görülmektedir. Vergi iadesi, kişinin malvarlığını etkilemektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), vergi iadesini mülkiyet hakkı kapsamında saydığı kararları bulunmaktadır²⁸. Katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar, vergi iadesinin reddedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda kişilerin hukukî durumlarında değişiklik doğurduğunu, kişilerin hukukî durumlarını etkilediğini kabul etmek gerekmektedir. Kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem sayılması gerektiği düşünülmektedir.

E. Katma Değer Vergisi İadesi Yönünden Özel Esasların Hukuka Aykırı Olup Olmadığı Sorunu

Özel esaslar uygulaması bakımından eleştirilerden biri, varsayıma dayalı olarak oluşturulan listeler aracılığı ile vergi idaresinin mükellefleri kategorilere ayırmasıdır²⁹. Bu hususta, her bir mükellef nezdinde ayrı ayrı değerlendirme yapılarak indirim konu işlemin gerçek olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği, bir işlemin gerçek olmadığının ortaya koyulmasının, sonraki işlemlerin tamamının gerçek olmadığı anlamına gelmediği ifade edilmiştir³⁰.

Uygulamaya dair bilgilerden görüldüğü kadarıyla, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara dair bir liste oluşturulmamakta, her mükellef nezdinde ayrı ayrı hareket edilmektedir. Ancak, mükellefler hakkındaki tespitlerin ne kadar doğru yapıldığı ve bu tespitlerin diğer alım veya satımlar için karine oluşturup oluşturmadığı konusunda tereddütler söz konusudur. Nitekim Bölge İdare Mahkemesinin şu tespiti, bu konudaki tereddütleri destekler niteliktedir: “*Sahte Belge veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Düzenleme Raporu Bulunanların İade Taleplerini düzenleyen E.6.1.1 bölümü uyarınca özel esaslara tabi tutulmasını gerektiren rapor bulunduğundan bahisle tesis edildiği, ancak, Mahkemelerinin davalıyı muhatap 23.05.2018 tarihli ara kararı ile, iade isteminin hangi gerekçelerle ve hangi somut tespitlere dayanılarak özel esaslara tabi tutulduğu hususuyla ilgili tevsik edici rapor, tespit ve belgelerin ibrazının istenilmesine karşılık, ara kararına cevaben dosyaya ibraz edilen belgelerden, davacı mükellef hakkında sahte belge düzenleme tespiti nedeniyle düzenlenen herhangi bir inceleme raporu bulunmadığının belirtildiği anlaşılmalı, davalı idarece yapılan tespitlerin bu haliyle, davacının*

²⁸ ECHR., *Eko-Avee v. Greece*, App. No: 10162/02, 09.03.2006, par. 27; ECHR., *S.A. Dangeville v. France*, App. No: 36677/97, 16.04.2002, par. 48, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim Tarihi: 27.11.2022). Ancak vergi iadesinin bir alacak hakkı olması sebebiyle somut olayın özellikleri mutlaka göz önünde tutulmalıdır. AYM, Bir. Baş. No: 2013/5660, 02.03.2014: “28. Mülkiyet hakkı kapsamında sahip olunan şey, "mevcut bir şey" olabileceği gibi, "malvarlığına ilişkin değerler" de olabilir. Bu kapsamda alacak hakları da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak alacak haklarının mülkiyet hakkı kapsamında korunabilmesi için, ya bir mahkeme hükmü, hakem kararı, idari karar gibi bir işlemle "yeterli derecede icra edilebilir kılınmış olması" (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Burdov/Rusya*, B. No: 59498/00, 7/5/2002, § 28; *Moskal/Polonya*, B. No: 10373/05, 15/9/2009, § 45) ya da en azından bunlarla bağlantılı olarak "meşru bir beklenti"nin bulunması gerekmektedir. Meşru beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp, bir kanun hükmü, yerleşik bir yargısal içtihat veya aynı menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayalı beklentidir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kopecký/Slovakya*, B. No: 44/912/98, 28/9/2004, §§ 45-52; *Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan*, B. No: 18768/05, 27/5/2010, § 103).”, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

²⁹ Yaltı, s. 26, 27; Taylar, s. 785.

³⁰ Yaltı, s. 28, 29.

*iade isteminin özel esaslara tabi tutularak inceleme raporu sonucu yerine getirilmesi için yeterli bulunmadığı sonucuna varılmaktadır*³¹.

Bunun dışında, bir mükellef hakkında katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar şeklinde işlem tesisi durumunda, ondan alım yapan ve iade talep eden başka bir mükellef tarafından öğrenilmesi yine mümkün olmaktadır³². Bu durumda mükelleflerin katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslarda yer alan mükelleflerden mal ve hizmet almak istememesi gibi sonuçlar yine söz konusu olabilecektir. Bu ise, özel esaslar uygulamasının eleştirilen sonuçlarından biri olup, mükelleflerin kategorize edilmesi ve çalışma barışına aykırılık eleştirilerinin dayanaklarından biridir.

Mevzuat hükümleri değerlendirildiğinde, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar uygulaması, nasıl uygulanacağı, sonuçları düzenlenmemektedir. Genel Tebliğ'de yer alan düzenlemeler özel esaslara ilgilidir. Bunun dışında, sonuçları itibarı ile bakıldığında ise, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar ve özel esaslar uygulaması arasında benzerlik söz konusudur. Bu itibarla, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar ile özel esaslar uygulaması arasında bir ayrım yapabilmek de güçleşmektedir. Nitekim şimdiye kadar üzerinden durulan kararların birçoğunda, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar, özel esaslar addedilip, yerleşik içtihadı başvuruyla iptal edilmiştir³³. Hatta özel esaslara alma işleminin iptaline ilişkin mahkeme kararı sonrasında mükellefin katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara alınması hukuka aykırı bulunmaktadır. Bu konuda Danıştay 3. Dairenin vermiş olduğu bir karar önemlidir. Karara konu olayda, mükellefin 2015 yılının Ocak ila Mart, Mayıs, Temmuz, Ağustos ve Aralık dönemlerine ilişkin olarak ihracat tesliminden doğan alacaklarının vergi borçlarına mahsuben iadesi istemiyle yaptığı başvuru, beş kat teminat gösterilmesi halinde talebin yerine getirileceği gerekçesi ile reddedilmiştir. Mükellef ise bu işlemin iptali için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, mükellefin sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullandığından bahisle özel esaslara tâbi mükellefler listesine alınması yönünde tesis edilen işlemlerin iptal edildiğini ve mükellefin genel esaslara geçtiğini tespit etmiştir. Ancak iade taleplerinin, Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinin özel esaslar bölümündeki usul ve esaslar

³¹ İstanbul BİM. 2. VDD., E. 2018/2940, K. 2019/588, 14.03.2019, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

³² İstanbul BİM. 2. VDD., E. 2020/2810, K. 2020/2597, 29.12.2020. Kararda, mükellef kdv iadesi yönünden özel esaslar kapsamına alınmış, ilk derece mahkemesi söz konusu işlemi özel esaslara alma addederek işlemi iptal etmiştir. Bölge İdare Mahkemesi ise ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Ancak karşı oyda şu husus vurgulanmıştır: *"Maliye idaresince, mükellefler hakkında yapılan olumsuz tespitler ve düzenlenen olumsuz raporlara istinaden tutulan kayıtların, üçüncü kişilere duyurulması uygulamasından vazgeçildiği, bir mükellef hakkındaki, özel esaslar uygulamasını gerektirir tespit ve raporlardan, kendisi dışında ancak, kendisinden KDV yüklenen (alış gerçekleştiren) ve iade talep eden mükellefçe, hakkında düzenlenecek KDV İadesi Özet Raporunda haberdar olunabileceği de dikkate alındığında, iade isteminin, alt mükellef hakkında yapılan tespit ve düzenlenen raporlara dayanılarak özel esaslara tabi tutulması durumunda, bu tespitlerin, iade isteyen mükellefte, hakkında olumsuzluk tespit edilen alt mükellefle ticari ilişkisinin sürdürülmesi hususunda tereddüt yaratabileceği ileri sürülebilirse de, böyle bir riskin, alt mükellefin, hakkında yapılan her türlü tespiti idari davaya konu edebilmesini mümkün kılacak bir menfaat ihlali sayılması ve alt mükellef hakkında yapılan her türlü tespiti tek başına yargısal olarak denetlenebilir kaldığının kabulü mümkün bulunmamakta, söz konusu durumun, ticari hayatın olağan riski kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira aksinin kabulü, yukarıda belirtildiği üzere, sahte fatura kullanımı nedeniyle bir mükellef hakkında yapılan tarhiyatlar üzerine, hakkında sahte fatura düzenlediği yönünde rapor ve tespit bulunan alt mükellefin, hakkındaki rapor ve tespitlerin iptali istemiyle dava açabileceğinin kabulünden farklı bir hukuksal sonuç yaratmayacaktır."*, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

³³ İstanbul BİM. 2. VDD., E. 2020/2802, 2020/2596, 29.12.2020, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022); İstanbul BİM. 2. VDD., E. 2020/2797, K. 2020/2594, 29.12.2020, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

doğrultusunda, beş kat teminat gösterilmesi halinde yerine getirileceğine ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği olayda, özel esaslara tabi mükellefler listesine alınma işlemlerinin iptali üzerine genel esaslara göre işlem tesis edilmesi gerektiğinin açık olması ve idarenin mahkeme kararlarını geciktirmeksizin yerine getirmelerinin anayasal zorunluluk olması karşısında, ilgili dönemlere ilişkin ihracat istisnasından doğan katma değer vergilerinin mahsuben iade talebinin reddine ilişkin davalı idare işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir. Bölge İdare Mahkemesi, davalı vergi idaresinin istinaf talebini reddetmiştir. Bunun üzerine yapılan temyiz başvurusunda ise Danıştay 3. Daire şu şekilde karar vermiştir: “*Dosyanın incelenmesinden, davacının ihracat istisnası kapsamında gerçekleştirdiği teslimlerden kaynaklanıp indirim yoluyla gideremediği katma değer vergisi alacağıının, vergi borçlarına mahsup edilmesi yoluyla iadesini talep ettiği, istemin reddine ilişkin işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla iade alacaklarının vergi borçlarına mahsup edilmesine engel teşkil edecek herhangi bir vergi tekniği raporu, vergi inceleme raporu veya başkaca olumsuz bir tespit bulunmadığı, aksine 2011 ve 2013 yıllarında sahte belge düzenleme ve kullanma yönünden yapılan tespitler nedeniyle özel esaslara tabi mükellefler listesine alınması işleminin mahkeme kararıyla iptal edildiği anlaşılmaktadır.*

Bu durumda, davaya konu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla davacı hakkında herhangi bir olumsuz tespit/rapor bulunmadığı olayda işlemin sebep unsurunun hukuka uygunluğundan bahsedilemeyeceğinden, işlemin yazılı gerekçeyle iptali yolundaki Vergi Mahkemesi kararına yöneltilen istinaf başvurusunun reddi yolundaki Vergi Dava Dairesi kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir”³⁴.

Sonuç olarak, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar uygulamasının hukuka aykırı olduğu düşünülmektedir. Kod listesi uygulamasındaki gibi bir liste oluşturulmasa da, özel esaslar ile ilgili eleştirilen diğer hukuka aykırı hususları bünyesinde barındırmaktadır. Katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar ve buna ilişkin temel hususlar kanunda düzenlenmemiştir. Bu durumun hukukî güvenlik ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir³⁵. Ancak özel esaslar uygulamasına kıyasla, mükellefler açısından söz konusu belirsizliğin daha ağır olduğu değerlendirilmektedir. Zira yasal dayanağı olmayan özel esaslar uygulaması Genel Tebliğ’de açık biçimde düzenlenmiştir. Ancak katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar Genel Tebliğ’de dahi düzenlenmeyen tamamen belirsiz bir uygulamadır.

F. Katma Değer Vergisi İadesi Yönünden Özel Esaslar Uygulamasının Temel Hak ve Hürriyetler Bakımından Değerlendirilmesi

Uygulama, uygulanış şekli itibarıyla kod listesi ve özel esaslar uygulamalarından farklı olsa da amacı ve sonuçları düşünüldüğünde, özel esaslar uygulamasının benzeri şekilde değerlendirilmektedir. Bu haliyle, çalışma ve sözleşme hürriyetini sınırlandırdığı düşünülmektedir. Bunun dışında, özel esaslar uygulamasının indirim hakkını engellediği ve mülkiyet hakkını sınırlandırdığı değerlendirilmektedir³⁶. Nitekim katma değer vergisi iade

³⁴ Dan. 3. D., E. 2017/2455, K. 2021/2096, 20.4.2021, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

³⁵ Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami / Göker, Cenker. *Vergi Hukuku*, 31. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 52, 53; Karakoç, s. 1290.

³⁶ Yazar, AİHM’in Bulvez AD v. Bulgaria kararına atıfla kdv indirim hakkını, AİHS bakımından mal olarak değerlendirmektedir. Yaltı, s. 37, 38.

talebinin reddedilmesi de mülkiyet hakkı kapsamındadır³⁷. Bu durumda, katma değer vergisi iadesini engelleyen katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar uygulamasının mülkiyet hakkını sınırlandırdığı belirtilebilir. Ayrıca konu Anayasa'nın 20'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile de ilintilidir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun³⁸ 3'üncü maddesini d bendi uyarınca kişisel veri; “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir.*” Kişiler hakkındaki malî bilgiler, kimliği belirlenebilir kılacağı için kişisel veri niteliği taşımaktadır³⁹. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3'üncü maddesi uyarınca kişisel verilerin işlenmesi; “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*” şeklinde tanımlanmış olup, söz konusu bilgilerin elde edilmesi, depolanması, açıklanması, bu bilgilere dayanılarak mükelleflerin kategorilere ayrılması, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına müdahaledir⁴⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vergi idaresince tarhiyat amacıyla yükümlünün özel harcamalarını açıklama zorunluluğu getirmesini özel hayata müdahale saymıştır⁴¹.

1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesi uyarınca bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasının şartlarından biri, sınırlandırmanın kanunla yapılmış olmasıdır. Kanun ile kastedilen sadece şekli anlamda kanundan ibaret olmayıp, aynı zamanda da maddî anlamda kanundur⁴². Bu noktada kanunun kalitesi de önem arz etmekte olup, hukukî güvenlik ilkesi gereği kanun kişiler açısından ulaşılabilir ve öngörülebilir olmalıdır⁴³. Nitekim Anayasa'nın 73'üncü

³⁷ ECHR., S.A. Dangeville v. France, App. No: 36677/97, 16.04.2002, par. 48, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

³⁸ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Resmi Gazete Sayı: 29677, Tarih: 07.04.2016.

³⁹ Öncü, Kerem. *Vergi Yükümlüsü Açısından Özel Hayatın Gizliliği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 53.

⁴⁰ Solak Akman, İnci. *Vergi Mahremiyetini İhlal*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2012, s. 93-96; Öncü, s. 53; Taylar, s. 782; Baykara, s.3.

⁴¹ ECHR., X. v. Belgium, App. No: 9804/82, 07.12.1982, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 27.11.2022). Doktrinde, kod listelerinde yer alan bilgiler, vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilmiştir. Süt, Çağıl. “Kod Listelerinin Hukuka Uygunluğu”, *Prof. Dr. Mualla ÖNCEL'e Armağan*, C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 243, Ankara, 2009, s. 1175, 1176.

⁴² Tekbaş, Abdullah. “Vergisel Müdahalelere İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Kanunilik İlkesi” *Vergi ve Temel Haklar İncelemeleri- I Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Etkileri*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul, 2020, s. 26.

⁴³ AYM, Bir. Baş. No: 2016/2400, 3/4/2019: “48. Hak ve özgürlüklerin, bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen, hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir (Tahsin Erdoğan, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60).

49. Müdahalenin kanuna dayalı olması öncelikle şekli manada bir kanunun varlığını zorunlu kılar. Şekli manada kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından Anayasa'da belirtilen usule uygun olarak kanun adı altında çıkarılan düzenleyici yasama işlemidir. Mülkiyet hakkına müdahale edilmesi ancak yasama organınca kanun adı altında çıkarılan düzenleyici işlemlerde müdahaleye imkân tanıyan bir hükmün bulunması şartına bağlıdır. TBMM tarafından çıkarılan şekli anlamda bir kanun hükmünün bulunmaması mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi anayasal temelden yoksun bırakır (Ali Hıdır Akyol ve diğerleri [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017, § 56).

50. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği ölçüde hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

maddesinin 3'üncü fıkrası ile de bu yoruma ulaşabilmek mümkündür. Söz konusu fıkra uyarınca “*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*” Verginin kanunla koyulmuş olması, temel hususların da kanunda düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır⁴⁴. Anayasa Mahkemesinin sabit içtihadı da bu yöndedir⁴⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılabilmesinin şartlarından biri, kanunda öngörülmüş değildir. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında kanun ile kastedilen mutlaka şekli anlamda kanun değildir. Alt düzenleyici işlemlerle bile düzenlenmişse; ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerini taşıdığı müddetçe, müdahalenin ulusal hukukta temelini olduğu kabul edilmektedir⁴⁶.

Doktrin ve yargı organının yerleşik içtihadı uyarınca özel esaslar uygulamasının yasal dayanağı bulunmamaktadır. Ancak, özel esaslar uygulaması Genel Tebliğ'de ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara dair Genel Tebliğ'de ise, somut hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Hukukî dayanaklar kısmında üzerinde durulan maddelerin katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar uygulamasını ilgilendirdiği ise, kolaylıkla savunulabilecek bir husus değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kanunilik kriterini geniş yorumladığı içtihadı çerçevesinde dahi, katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar, ulusal hukukta bir dayanağa sahip değildir.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 36'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca; “*Maliye Bakanlığı; mükellefiyet süresi, çalışan sayısı, aktif ve özsermaye büyüklüğü, ödenen vergi tutarı, vergisel ödevlerin zamanında yerine getirilip getirilmediği, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma yönünde olumsuz rapor ya da tespit bulunup bulunmadığı*

Bu bağlamda müdahalenin kanuna dayalı olması, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (Türkiye İş Bankası A.Ş., § 44).

51. Hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013; E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 5). Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013; E.2010/80, K.2011/178, 29/12/2011).“; www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

⁴⁴ Başaran Yavaşlar, Funda. “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, *Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 156.

⁴⁵ AYM., E. 2010/11, K. 2011/153, 17.11.2011: “*Anayasa koyucunun, her çeşit malî yükümlerin yasayla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasını buyururken, keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamaları önleyecek ilkelerin yasada yer alması amacını güttüğünde kuşku yoktur. Yasa koyucunun, yalnızca konusunu belli ederek bir malî yükümlün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun, yasayla konulmuş sayılması ve Anayasa'ya uygunluğun kabulü için yeterli değildir. Mali yükümlerin, konusu, yükümlüleri, matrah ve oranları, muaflık, istisna ve indirimleri, mahsup ve iadesi, yükümü doğuran olay, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Vergi, resim ve harç koyma kavramı içine, konulan vergi veya malî yükümlüden muaflık, istisna, indirim ve iade yapma kavramları da girmektedir. Anayasa'nın eşit önemde bulunan konulardan bir kısmı için yasa hükmünü zorunlu sayarken diğerleri için zorunlu saymamış olması düşünülemez. Bu bakımdan yükümlülerin, belli başlı unsurları da açıklanarak ve temel hukuki çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasayla düzenlenmeleri, vergi unsurlarının açık bir şekilde yasada yer alması ve uygulamaların anlayışına ve yorumuna bırakılmaması zorunludur.*”, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

⁴⁶ Gemalmaz, Burak. *Mülkiyet Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6, Avrupa Konseyi, 2018, s. 117, 118.

gibi kriterleri esas alarak mükelleflerin vergisel uyum seviyeleri ve bu uyum seviyelerine göre farklı iade yöntemleri tespit etmeye, iade alacağının mahsup edileceği vergi borçları ile iadeye ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.” Vergi idaresi, vergi kaçırın mükellef ile maddî ve şekli yükümlülüklerini zamanında ve eksiksiz yerine getiren mükellefler arasında vergi iadeleri konusunda bir ayırım yapması gerekir. Bununla birlikte, bu konuda farklı iade yöntemlerinin tespitinin neye göre yapılacağı; hukukî güvenlik ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması ve verginin kanunîliği ilke ve kurallarının kesişim noktasında yer alan bir konudur. Anayasa uyarınca bunun öncelikle kanun ile yapılması gerekmektedir. Ancak katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslar uygulaması, Genel Tebliğ’de bile düzenlenmeyen, tamamen belirsiz bir uygulamadır. Mükellefin neye göre katma değer vergisi yönünden özel esaslara alındığı, sonuçlarının ne olduğu, bu statüden nasıl çıkılacağı bilinmemektedir. Hatta bazı mahkemeler bu işlemi kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem saymamak sureti ile yargı denetimini dahi güçleştirmektedir. Uygulama bu haliyle hukukîlik kriterini karşılamamakta ve ilgili temel hak ve hürriyetleri ihlal etmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmada, iade taleplerinde Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği’nin özel esaslar bölümündeki usul ve esasların geçerli olması durumu ele alınmıştır. Vergi idaresi tarafından özel esaslar dışında farklı bir statü şeklinde uygulanmaktadır. Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 36’ncı maddesinin 2’nci fıkrasında Bakanlık farklı iade yöntemleri tespit etmeye yetkili kılınmıştır. Ancak Kanun’da düzenlenmeyen bu husus, Genel Tebliğ’de de düzenlenmemiştir. Tebliğ’de yer alan ve katma değer vergisi iadesi yönünden özel esaslara ilgili olabilecek düzenlemeler ise özel esaslara ilgilidir.

Mükellefler bu statüye alınmaları durumunda katma değer vergisi iade talepleri reddedilmekte veya güçleştirilmektedir. Ancak buna rağmen mükellefler hakkında bu yönde kayıt düşülmesini kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem saymayan yargı kararları eleştirilmiştir. Katma değer vergisi iadesinin reddine yol açan bu durumun kişilerin hukukî durumlarında değişikliğe yol açtığı değerlendirilmiştir.

Çalışmanın devamında, bu uygulamanın hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilmiştir. Özel esaslar uygulamasının aksine mükellef nezdinde ayrı ayrı işlem yapılsa da mükellefin bu kapsama alınması durumunda, ondan mal veya hizmet alan mükelleflerce bu durumun görülebileceği ve ortaya çıkan bu tablonun özel esaslar uygulamasına getirilen eleştirilerden farkı olmadığı değerlendirilmiştir. Bunun dışında, varsayıma dayalı tespitlere dayanan bu uygulama, mükellefin diğer işlemleri ve diğer mükellefler için karine addedilmektedir. Katma değer vergisi iadesi yönünden özel esasların, özel esaslar ve kod listesi uygulaması ile ilgili olarak eleştirilen benzer hukuka aykırılıkları içerdiği ifade edilmiştir.

Konu son olarak temel hak ve hürriyetler boyutu ile de değerlendirilmiştir. Çalışma ve sözleşme hürriyetini, mülkiyet hakkını ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını sınırlandırdığı düşünülen söz konusu uygulamanın hukukîlik kriterini karşılamadığı için anılan temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiği ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Aykar, Özkan. *Yeni KDV El Kitabı*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Başaran Yavaşlar, Funda. “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, *Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 147-201.
- Baykara, Bekir. "Özel Esaslar veya Kod Listesi Kavramı ve Hukuka Aykırılığı Üzerine", *Yaklaşım Dergisi*, S. 244, Nisan 2013, s. 270 – 280.
- Çağan, Nami. *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982.
- Çakmakçı, Ali / Köseer Semra. *Sahte Belge ve Kaçakçılık Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Ela, Hatice. *Vergi Ceza Hukukunda Yanıltıcı Belge ve Sahte Belge*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Gemalmaz, Burak. *Mülkiyet Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6, Avrupa Konseyi, 2018.
- Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, C. II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- İnce, Eyyup. *Türk Vergi Sisteminde Vergi İadeleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Mali Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2016.
- Karakoç, Yusuf. “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, 2013, s. 1259-1308.
- Oktar, Kemal. *KDV İstisnalar ve İadeler*, Gözlem Yayıncılık Basım Dağıtım Tic. Ltd. Şti., Ankara, 2020.
- Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami / Göker, Cenker. *Vergi Hukuku*, 31. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Öncü, Kerem. *Vergi Yükümlüsü Açısından Özel Hayatın Gizliliği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Özbalcı, Yılmaz. *Katma Değer Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Polat, İsmet. “KDV Uygulama Genel Tebliğine Göre Sahte Belge Nedeniyle Özel Esaslara Alınma” *Legal Mali Hukuk Dergisi*, S.117, 2014, s. 33 – 44.
- Solak Akman, İnci. *Vergi Mahremiyetini İhlal*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2012.
- Süt, Çağıl. “Kod Listelerinin Hukuka Uygunluğu”, *Prof. Dr. Mualla ÖNCEL’e Armağan*, C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 243, Ankara, 2009, s. 1169 – 1188.
- Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan. *Vergi Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022.
- Taylar, Yıldırım. “Özel Esaslara İlişkin Uygulama ve Yargı Kararları Perspektifinden Vergi Hukukunda Hukuka Aykırı Bir İşlemden Hukuka Uygun Bir Tarhiyat Çıkıp Çıkmayacağı Sorunu” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 12, S. 2, 2021, s. 774 - 790.
- Tekbaş, Abdullah. “Vergisel Müdahalelere İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Kanunilik İlkesi” *Vergi ve Temel Haklar İncelemeleri- I Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Etkileri*, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ., İstanbul, 2020, s. 21 – 50.

Tolu, Abdullah. “İş Dünyasında Özel Esas Rahatsızlığı”, *Dünya Gazetesi*, 10.01.2022, <https://www.bdturkey.com/mevzuat/is-dunyasinda-ozel-esas-rahatsizligi-h6522.html>, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

Ulusoy, Ali. *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Yaltı, Billur. “Kod Listeleri”nden “Kdv İadesi Risk Analizi’ne Geçiş: Kdv İndirim Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Değerlendirmeler”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 258, Mart 2010, s. 21 – 40.

Hukuk Analitiği

Ali Semih ÇAMKERTEN 

Hukuk Danışmanı ve Veri Bilimci, Enkhuizen, Hollanda
as.camkerten@plazaconsultancy.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 05.11.2022

Kabul: 06.03.2023

Yayın: 31.03.2023

Anahtar

Kelimeler:

Hukuk Analitiği, Sosyal Ağ Analizi, Makina Öğrenmesi, Hukuki Veri, Kompleks Sistemler.

Hukuk analitiği, son yıllarda hızla gelişmekte olan bir hesaplamalı hukuk alanıdır. Temelini 1980'lerdeki bilirkişi sistemlerinden alarak, hukuk analitiği zamanla daha çok matematik ile iç içe geçmiş; başta istatistik olmak üzere, hukuk analitiği matematiğin birçok alanından etkilenmiş ve son olarak makina öğrenmesi tekniği ile, çoğu problemin üstesinden gelmiştir. Şimdilerde, hukuk analitiği yapay zekâ disiplinindeki çeşitli araçları kullanır hale gelmiştir. Hukuk analitiğinin hukuki veriyi kullanılabilir kılması ile birlikte, bu alan empirik hukuk çalışmalarının ve hukukta sosyal ağ analizi konularının gündemine girmiştir. Bu araştırmada, hukuk felsefesine dair çeşitli konulardan bahsedilmiş ve hukuk teorisi ile empirik hukuk alanı karşılaştırılmış ve değerlendirilmiştir. Ayrıca, makina öğrenmesi ve matematiğin hukuk analitiğine olan etkileri incelenmiş ve hukukun hukuk analitiği dolayısı ile matematiğin konusu olabileceği sonucuna varılmıştır. Bunun yanında sosyal ağ analizi araçlarının hukukun kompleks sistemler ile benzerlik gösterebilecek özelliklerini ortaya çıkarma potansiyeli olduğu sonucuna da ulaşılmıştır.

Legal Analytics

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 05.11.2022

Accepted: 06.03.2023

Published: 31.03.2023

Keywords:

Legal Analytics, Social Network Analysis, Machine Learning, Legal Data, Complex Systems

Legal analytics is a burgeoning field of computational law that has shown quite an advance in recent years. Taking its foundations from expert systems at 1980's, legal analytics have become more intertwined with mathematics. Starting from statistics, legal analytics have been effected by various fields of mathematics and lastly with the machine learning technique, it has overcome many of its problems. Nowadays, legal analytics uses various tools that are currently developing from artificial intelligence discipline. As legal analytics made legal data available, the field has come to the fore for empirical legal studies and application of social network analysis on law. In this research, various topics from legal philosophy have been mentioned and legal theory and empirical legal field have been contrasted and evaluated. Also, effects of machine learning and mathematics are also been evaluated and as a result, it has been concluded that law could be a domain of legal analytics and thus, mathematics. It has been also concluded that social network analysis tools have the potential to uncover various aspects of law that shows similarity with complex systems.

Atıf/Citation: Çamkerten, A. S. (2023). "Hukuk Analitiği", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 234-254.

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

İstatistiki hesaplamaların dijital ortamlarda gerçek veriler üzerinde yapılabilmesi ve bu verilerin çok büyük miktarlarda elde edilmesi, büyük veri ve veri analitiği kavramlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Büyük veriye uygulanan istatistiki işlemlerden elde edilen bilgilerin çeşitli sektörler tarafından kullanılması, verinin ekonomik değerini daha da arttırmıştır. Bununla birlikte herhangi bir nesnenin dijital ortamda veri olarak ele alınabilmesi sebebiyle, daha önce üzerinde herhangi bir sayısal işlem yapılabileceği düşünülmemeyen kavramlar veya konular, veri analitiğinin konusu olabilecek duruma gelmiştir.

Özellikle son yıllarda makina öğrenmesi teknolojisinde yaşanan gelişmeler, sayısal verilerle birlikte başta kelimeler olmak üzere metinlerin de bir veri olarak değerlendirilebilmesinin önünü açmıştır. Metinlerin de bir veri olarak değerlendirilebilmesi, daha önce sadece sayısal veriler üzerinden işlem yapabilen ve bu verilerin sayısal alanlara göre daha kısıtlı olduğu sosyal bilimlerin alanındaki hesaplamalı çalışmalara yeni bir veri kaynağı sunmuştur. Metinlerden elde edilen veriler, istatistiki bir şekilde işlenebilir ve bu işleme sonucunda kendi içinde tutarlı bir sonuç elde edilebilir. Bu sonuçlar, işlemin yapıldığı alan ile ilgili araştırmacıları bilgilendirir.

Hukuk da bu kategoride değerlendirilebilir. Sayısal hukuk araştırmaları, her ne kadar yeni bir alan olsa da araştırmacılar bu alana son yıllarda yönelmektedir.¹ Sayısal hukuk araştırmaları dışında, hukuk teknolojileri alanı da temelinde yazılım algoritmalarının hukuka uygulanması ve dijital platformlarda hukuki yazılım uygulamalarının üretilmesi ile hukuk hizmetinin geliştirilmesini amaçlar. Algoritmaların hukuka uygulanması da esasında sayısal bir işlemdir. Algoritmaların temelini oluşturan ayrık matematiğin mantık konusu, hukukla iç içedir. Mantık hesaplamalarının yapılması sonucunda algoritmalar üretilir, kaldı ki hukuk disiplini içerisinde de aynı mantık kuralları bulunmaktadır. Kanunlarda bulunan bağlaçlar ve şartlar, mantık kurallarına göre işler. Bu duruma genel bir örnek verilecek olunursa:

Neredeyse tüm programlama dillerinde, ya sözdizimsel olarak “and” “or” ifadesi geçmekte ya da sembolik olarak “&&”, “||” sembolleri bulunmaktadır. Bu kavramlar Türkçe’de “ve, veya” bağlaçlarına karşılık gelir. Bu kavramlar temellerini ayrık matematiğin mantık alanından alırlar. “Ve” bağlacı, kendisinden önce ve sonra gelen iki şartın, “boole cebiri” çerçevesinde “Doğru” (True, 1) sonuç üretebilmesi için pozitif olması şartını ifade eder. Yani pozitif bir sonuç üretebilmek veya ilgili koşulun gerçekleşebilmesini sağlayabilmek için “ve” ibaresinden önce ve sonra gelen iki şartın da pozitif olması, yani mevcut olması gerekmektedir. “Veya” bağlacında ise bu şartlardan sadece birinin bulunması, olumlu bir sonuç üretilmesi için yeterli olacaktır.

¹ Bhat, P. Ishwara, “Quantitative Legal Research”, *Idea and Methods of Legal Research*, Delhi, 2020; online edn, Oxford Academic, 23 Jan. 2020, Erişim Tarihi: 25.10. 2022. Dothan, Shai. A Guide to Quantitative Legal Research. iCourts Working Paper Series, No. 221, <https://ssrn.com/abstract=3719836>, Erişim Tarihi: 25.10.2022.

Bu kavramlar kanunlarda veya ilgili herhangi bir mevzuatta da aynı anlamlarda kullanılmaktadır. Bu durum özellikle koşul içeren maddelerde daha net bir şekilde görülebilir.² Mevzuatta da ilgili hukuku durumun gerçekleşebilmesi için birlikte bulunması zorunlu olan iki veya ikiden fazla şart, “ve” bağlacı ile birbirine bağlanır ve bu kullanım ayrık matematikteki “ve” bağlacının kullanımı ile aynı mantık kurallarına sahiptir. Bu alanlarda çalışmaların yapılması, güncel teknolojik gelişmelerin hukuk disiplininde kullanılabilmesinin önünü açacak ve vatandaşların hukuki bilgiye erişmesini kolaylaştıracaktır. Hukuk disiplininin sayısal kurallarla ele alınması sonucunda, başta mantık operatörlerinin kullanımı ve hukukun sayısal olarak incelenmesi ve hukuk analitiği ile, hukuki veriler üzerinde deney ve gözlem yapılabilmesi mümkün hale gelecektir. Bunun sonucunda hukuk, daha tutarlı ve tahmin edilebilir bir disiplin olacaktır. Bu durum ise hukuki belirlilik ilkesine katkı sağlayacaktır.

Hukuk analitiği ise, hukuki metinlerin bir veri olarak ele alınması ve bu veriler üzerinde, tıpkı sayısal hukuk araştırmalarında olduğu gibi istatistiki işlemler yapılmasını içerir. Bunun da ötesinde, temelini başta istatistik olmak üzere matematiğin çeşitli alanlarından alan makina öğrenmesi tekniğinin hukuk alanına uygulanması ve hukuku “öğrenebilecek”, hukuki problemlere çözümler üretebilecek yapay zekâ ürünlerinin geliştirilmesi ile ilgilenir. Bu makale, hukuk analitiği ve hukukta makina öğrenmesi çalışmaları konularının Türk hukuk doktrinine tanıtılmasını amaçlar. Makalede çeşitli sayısal ve istatistiki yöntemler ile makina öğrenmesinin hukuk üzerindeki etkileri teknik ve hukuki çerçevede ele alınacaktır.

I. HUKUK ANALİTİĞİNİN TANIMI VE TARİHÇESİ

A. Tanım

Herhangi bir veri analitiği işlemine başlamadan önce, konu ile alakalı olan hukuki verinin tanımlanması ve genel özelliklerinin açıklanması gerekir. Bu aşamadan sonra verinin nasıl elde edileceği, temizleneceği, analiz işlemi öncesinde verinin analize uygun hale gelmesi için gerekli işlemlerin neler olacağı tartışılacaktır.

Hukuki veri, hukuk disiplini içerisindeki her türlü mevzuat, akademik metin, dilekçeler ve yargı kararları gibi hukuki bilgi içeren herhangi bir metinden elde edilebilecek bilgi parçası olarak tanımlanabilir. Bu noktada hukuk işi ile alakalı verileri, yani avukatlık bürolarının muhasebe ve ticari verilerini hukuki veri olarak ele almak mümkün olmayacaktır. Bu veriler, “hukuk işi ile ilgili diğer veri” kavramı olarak başka bir başlık altında ele alınmalıdır. Hukuki verinin tanımlayıcı özelliği, hukuk disiplinine dair teorik veya pratik açıdan hukuki bilgi sunan metinlerden elde edilmiş olmasıdır.

Bu tanım, her türlü sayısal veriyi konunun dışına itecektir. Peki sayısal olmayan veriler üzerinde nasıl bir işlem uygulanabilecektir? Herhangi bir işlemin uygulanabildiği varsayıldığında, bu işlemler sonucunda tutarlı bir hukuki bilgi nasıl elde edilecektir?

² Türk Medeni Kanunu madde 10.

Sayısal olmayan metin verileri üzerinde işlemler yapılabilir. Analitik konusunun bir alt başlığı olan metin analitiği, bir metni ve metnin içeriğini veri olarak ele alır ve bu metin üzerinde işlemler yapılabilir. Aynı zamanda metin madenciliği olarak da bilinen metin analitiği, doğal dil işleme, makina öğrenmesi ve diğer hesaplamalı teknikleri kullanarak metinlerden anlam veya anlambilimsel verileri çıkarmayı amaçlar.³

Hukuk alanında metin analitiği, yukarıda tanımlanmış olan hukuki veriler üzerinde uygulanır. Bir başka deyişle hukuki metin analitiği veya hukuk analitiği, metin analitiği tekniklerinin hukuki veriler üzerinde uygulanmasıdır. Hukuki metinlerdeki argümanlar, taraflar ve sair hukuki kategoriler, metin analitiği teknikleri sayesinde kategorileştirilir, parçalarına ayrılır ve anlambilimsel açıdan analiz edilir. Bu analiz sonucunda belirli mantıki ve istatistiki çıkarımlarda bulunulur. Bu çıkarımlar, algoritma tarafından makina öğrenmesi sayesinde “öğrenilir” ve daha sonra hiçbir analiz işlemine gerek kalmaksızın ham hukuki veriye bu çıkarımlardan elde edilen sonuçlar uygulanabilir.

Metin analitiğini önceki algoritmik uygulamalardan ayıran en önemli özellik, artık hukuki metinlerin manuel olarak incelenmesi ve bir dijital algoritmaya tek tek programlanmasına gerek kalmayıdır. Metin analitiğine kadar olan süreçte, herhangi bir dijital ortamdaki hukuki algoritmalar, ancak manuel bir şekilde ilgili dijital uygulamaya kodlanırsa işlenebiliyordu. Yani bir kişinin olabildiğince çok hukuki veriyi okuması, incelemesi ve hukuki sonuçları tespit edip bir algoritma olarak hukuki bir uygulama oluşturması gerekiyordu. Ancak takdir edilecektir ki hukuki bilginin ve metinlerin sayısı ve uzunluğu göz önüne alındığında, bu algoritmaların oluşturulması oldukça zaman ve enerji gerektirecektir. Bu algoritmaların temelinde ayrık matematiğin bir konusunu oluşturan mantık kuralları yatmaktadır. Hukuki algoritmalar, ilgili hukuki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini, şartları küçük parçalara ayırıp değerlendirir ve bu duruma göre kullanıcıya bir sonuç sunar. Yukarıda da bahsedildiği üzere bu algoritmaların tutarlı sonuçlar verebilmesi için algoritmanın oluşturulma sürecinde oldukça büyük miktarda hukuki bilginin algoritmalara yüklenmesi gerekmektedir.

İşte hukuki metin analitiği de burada devreye girer. Metin analitiğindeki güncel gelişmeler, yapay zekâ ve hukuk çalışmalarına yeni bir boyut kazandırmıştır. Artık algoritmalar, hukuki bilgilerin geçerliliğini mantık operatörlerine dayanarak ve oldukça fazla bilgi üzerinde mantıki işlemler yaparak değerlendirmezler. Bunun yerine, doğal dil işleme teknikleri ile, hukuki metinler ve bu metinlerden elde edilen veriler birer “vektör” olarak ele alınır. Bu vektörler istatistiki veriye dönüştürülür. Hukuki metinlerden elde edilen her türlü kategoriler, etiketler ve sair hukuki veriler, metin analitiği teknikleri sayesinde bir istatistiki veriye dönüştürülüp makina öğrenmesi ve istatistik bilimi teknikleri ile incelenir.⁴

³ Ashley, Kevin D. “Prospects for Legal Analytics: Some Approaches to Extracting More Meaning from Legal Texts”, 90 *U. Cin. L. Rev.* 2022, s. 120, <https://scholarship.law.uc.edu/uclr/vol90/iss4/5>, Erişim Tarihi: 20.10.2022

⁴ Ashley, 1208

Bu noktada büyük bir ayrışma yaşanır: her ne kadar dijital algoritmalar hukuk mantığını tam olarak yansıtmaya ve yansıtması da pek mümkün gözükmese de, hem hukuk disiplini hem de bilgisayar bilimindeki algoritmalar, ayrık matematiğin mantık alanında kesişir. Bu alandan beslenir. Zira algoritmaların temelinde “boolean mantık sistemi” yatarken, hukukta da bir kanun metninin yorumlanmasında lafzi yorum yöntemi kullanılmaktadır. Lafzi yorum yöntemi ve boolean mantık sisteminin içerisinde de matematiksel mantık kuralları bulunmaktadır.

Metin analitiği uygulamaları öncesinde üretilecek olan algoritmalar, her ne kadar üretilmesi için gereken veri, enerji ve zaman açısından metin analitiği ile karşılaştırılınca daha az verimli ve efektif olsalar da içerdikleri mantık kuralları ile hukuki mantığın ortak noktaları bulunmaktadır. Bu noktalar yukarıda açıklanmıştır. Ancak metin analitiği teknikleri ile, artık bu ortak noktalar ortadan kalkmış, hukuk analitiğinin hukuki verileri değerlendirip bir sonuç üretmesindeki işlemin temel mantığına makina öğrenmesi ve istatistik yerleşmiştir. Yani denilebilir ki hukuk analitiği daha da sayısallaşmış ve matematik biliminden daha da beslenir duruma gelmiştir. Mantık kurallarının yerini istatistik, olasılık, lineer cebir ve kalkülüs almıştır.

Tüm bu anlatılanlardan sonra hukuk analitiği, temelini istatistik ve sair matematik disiplininden alan makina öğrenmesi ve metin analitiği tekniklerinin hukuki veriye uygulanması olarak tanımlanabilir.

B. Hukuk Analitiğinin Tarihsel Gelişim Süreci

Hukuk analitiğinin tarihsel gelişim sürecinin incelenmesinde, öncelikle metin analitiği uygulamaları öncesindeki uygulamalar incelenecek, bu inceleme sonrasında da metin analitiği uygulamaları incelenecektir.

Hukuk analitiği veya daha geniş çerçevede hesaplamalı hukuk, hukukun hesaplamalı tekniklerle incelenmesi ve bu inceleme sonucunda akademik veya pratik bir değer üretilmesidir. Burada üzerinde durulması gereken nokta, hukukun hesaplanabilirliğinin temelinde gelişen teknolojiler değil, matematik yatmaktadır. Zira hukuk ile matematiksel işlemlerin nasıl bağdaştığı anlaşılmadan, hukuk üzerinde herhangi bir hesaplama denemesi ya sonuçsuz kalacak ya da bir sonuç üretilse dahi bu sonucun nasıl üretildiğine dair temel bilgi ve süreç bilgisi elde edilemeyecektir.

Hesaplamalı mantığın temelleri Leibniz ile başlar ve başta Alan Turing olmak üzere bu alanda çalışma yapan kişilerin çalışmalarıyla devam eder. Hesaplamalı mantığın veya modern bir ifade ile sembolik mantığın hukuka uygulanmasının ilk örneklerinden biri ise Layman E. Allen’ın 1957 tarihli makalesidir.⁵

⁵ Allen, Layman E. "Symbolic Logic: A Razor-Edged Tool for Drafting and Interpreting Legal Documents." *Yale L.J.*, 66, no. 6, 1957, s. 833-79.

Bu makalede hukuki metinlerdeki belirsizlik eleştirilmiş ve her ne kadar belirsizliğin sözleşmelerde olduğu gibi bilerek üretilmesi söz konusu olsa da çoğu zaman bu durumun ilgili metnin yazarının açık ifadeler kullanmaması nedeniyle meydana geldiği belirtilmiştir. Bu belirsizlik ise sembolik mantık kurallarının kullanılması ile aşılabılır. Burada önemli olan belirli bir denge kurmaktır. Sembolik mantık kuralları metni boğmamalıdır. Metin, normal bir okuyucu tarafından rahatça anlaşılabilirdir. Ancak aynı zamanda sembolik mantık, metnin parçalarını birbirine bağlayacak ve katkısını etkili bir şekilde ortaya koyacak derecede kullanılmalıdır.

Günümüzde yapay zekanın hukukçuların yerini alıp alamayacağı minvalindeki tartışmalar gündeme gelmektedir. Bu durumun küçük ölçekli bir tezahürü de yukarıda bahsedilen makalede tartışılmıştır. Sembolik mantık kurallarının hukuki bilginin işlenmesinde ve tutarlı bir metin oluşturma işleminde kullanılması, sezginin veya içgörünün yerini alacak mıdır? Makalede bu soruya olumsuz cevap verilmiş ve hukukta analitiğin yanında sezgisel yorum ve analizlerin yerinden bahsedilmiştir.

Aslında yapay zekanın hukuki çıkarımda bulunma metodu, sembolik mantık ile aynıdır. Her ne kadar sembolik mantık, yapay zekaya göre çok daha az hesaplama işlemi içerse de yapay zeka da sembolik mantık da temelini matematikten alır ve matematiksel sorunlar analitik çözümlerle ile yani bir problemin küçük parçalara ayrılıp kendi içerisinde değerlendirilmesi ve bu değerlendirmelerin sonucunda bütünsel bir çözüm üretilmesi ile çözümlenir.

Analitik düşünce, hukukta da mevcuttur. Hukuki olayların ve sujuelerin olaydan bağımsız bir şekilde küçük parçalar halinde incelenip yorumlanması, somut olayın parçalarına ayrılıp ilgili hukuki durumla eşleştirilmesi hukuktaki analitik düşünceye örnek olarak verilebilir. Ancak hukuk metodolojisi ve hukuki değerlendirme sadece analitik düşünceyi içermez. Hukuk, sadece teorik bir alanda var olan, gerçek dünyadan bağımsız bir disiplin değildir. Gerçek dünyadaki olaylarla, duygularla ve düşüncelerle iç içe geçmiş ve onlarla varolan bir disiplindir. Bu olaylar, duygular ve düşünceler ise sadece analitik düşünce ile açıklanamaz. Bu sebeple aşağıda da bahsedileceği üzere, hukuki olaylar ve sujueler, izole bir biçimde küçük parçalar halinde incelenirse bile, bu araştırmacılara olayların ve sujuelerin anlaşılmasında yeterli bilgiyi veremeyecektir.

Bu açıklamalardan sonra hukuki düşünme biçimi, analitik düşünce ve sezgisel düşünce veya analitik düşünce ve analitik olmayan düşünce biçimlerinin birleşimi olarak açıklanabilir. Yapay zekâ, makina öğrenmesi veya sembolik mantık gibi analitik hesaplamaya uygulamaları ise, hukukun analitik yanının bu hesaplama teknikleri ile ele alınması ve analitik yükün makinalara ve/veya algoritmalara devredilmesini savunur. Bu devrediliş, hukuk metodolojisindeki insan faktörünü önemsizleştirmeyecek, bilakis daha da önemli ve efektif hale getirecektir. Hukukçular, algoritmaların yardımıyla hukuk metodolojisindeki saf analitik alanları efektif bir şekilde işleyecek ve algoritmaların gerçekleştiremeyeceği analitik-dışı alanlara yoğunlaşacaklardır.

Allen, sembolik mantığın hukuka uygulanmasında da sembolik mantığın hukukun analitiksel tarafının işlenmesinde kullanılmasını önermiştir. Ondan sonra gelecek analitiksel çözümlerin bir kısmı bu düşünce biçimini takip edecekken, bir kısmı etmeyecektir.

1980'lere gelindiğinde ise hukuk analitiğinde “Bilirkişi Sistemleri” kullanılmaya başlanacaktır. Bilirkişi sistemleri, hukuki bilginin ve uzmanlığın temsillerini içeren bilgisayar uygulamalarıdır. Bilirkişi sistemleri, bu bilgileri ve uzmanlığı tıpkı insanların yaptığı gibi problem çözümünde, tavsiye önermede ve bunun gibi çeşitli işlemlerin yapılmasında kullanırlar. Hukukta bu sistemler bilginin ve uzmanlığın yaygınlaşması ve bilgiye ulaşımın kolaylaştırılması hedefleri için kullanılabilir. Hukuki bilirkişi sistemleri, hukukun dar alanları ile ilgilenir, ama bu dar alanlarda müvekkilere veya kullanıcılara, onların problemlerini çözmek için gerekli soruları sorma ve bu soruların özelinden özgün cevaplar üretebilme “bilgi ve uzmanlığına” sahiptirler. Bu uzmanlık, şart/koşul cümlelerini içeren hüristik uygulamaları içerir. Hüristik uygulamalar her ne kadar genel anlamda kullanışlı olsalar da doğru sonuca ulaşmaları, ilgili somut olayla alakalı tüm bilgilerin değerlendirilmemesinden ötürü, her zaman mümkün olmayabilir.^{6,7}

Burada bir konunun açıklanması gerekmektedir. Hüristik modellemeler sezgisel değildirler. Sezgi (intuition), birbirinden bağımsız veya bağımlı çeşitli bilgi parçalarının hızlı bir şekilde entegre edilmesiyken, hüristik düşünce, şart/koşul cümlelerinin kompleks problemlere uygulanması ve “kestirme yoldan”, tüm bilgilerin işlenmesine gerek kalmadan sonuca ulaşılmasıdır. Bu iki kavram konunun anlaşılması açısından birbirine karıştırılmamalıdır.

Yukarıda bahsedilen bilirkişi sistemleri, hüristik metodun doğası gereği her türlü veriyi veya bilgiyi işlemez. Bilirkişi sistemler, hüristik şart koşul metodunu “uzmanlık”, dar çerçevedeki hukuki bilgiyi ise “bilgi” olarak temsil edilmiştir. Bilirkişi sistemleri, hüristik metodun kullanılmasında, bilgisayar biliminin temel konularından biri olan boole cebirini kullanırlar. Sembolik mantıkla benzerlik gösteren boole cebiri, bir ve sıfırlarla ifade edilen operatörler yardımıyla belirli sonuçlara ulaşma metodudur.

Hüristik metod, bilirkişi sistemlerinin kapsamı için uygun bir metottur. Çünkü bu sistemlerin değerlendirilmesi için elde edilen bilgi, tasarlanan sistemin otomatik olarak hukuki dökümanlardan elde ettiği bir bilgi değil, geliştiricilerin manuel olarak hukukçularında yardımıyla sisteme yükledikleri bilgidir.

Bu metod, kapsam olarak her türlü hukuki bilgiyi zaman ve imkân kısıtlamalarından dolayı içermeyişi gibi, her türlü hukuki yorum sistemini de içermeyiz. Ancak hukuk kurallarının oldukça mekanik, yoruma kapalı ve neredeyse tamamen şartlara bağlı olduğu usul hukuku gibi alanlarda uygulanabilir. Yine de bu uygulamanın tam ve doğru bilgi verdiği kanısına varılmamalıdır. Bilirkişi sistemleri, yukarıda da değinildiği gibi hukuki bir bilgiyi tüm yönleriyle ele alamaz.

⁶ Ashley, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 8.

⁷ Stamper, Ronald, “The Role of Semantics in Legal Expert Systems and Legal Reasoning,” *Ratio Juris* 4, s. 219–44, s. 220; Susskind, Richard “Expert Systems in Law: A Jurisprudential Approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning”, *The Modern Law Review* ,49, 02.09.2007, s. 172.

Zaman içerisinde bilirkişi sistemlerinin yerine argüman çekimi ve bilişsel hesaplama teknikleri geliştirilmiştir. Argüman çekimi sisteminin amacı, hukuki problemin doğrudan çözülmesini sağlamak değildir. Bunun yerine, çözüm için gerekli semantik bilginin hukuki metinlerden çıkartılmasını ve bu bilginin çözümde kullanması için kullanıcıya çıktı olarak sunulmasını amaçlar.⁸ 90'lı yıllarda kullanıcının hukuki argümanını destekleyici bilgilerin bulunup kullanıcıya bir çıktı olarak verilmesi mümkün hale gelmiştir.⁹

Bilişsel hesaplama tekniklerinde ise tıpkı argüman çekim programlarında olduğu gibi ilgili argümanın hukuki sorunu kendi kendine çözmesi beklenmez. Bilişsel hesaplama tekniklerinde daha çok algoritmaların kendine has özellikleri (hafıza, işleme hızı) ve insanların kendine has özellikleri (sezgi, yorumlama, içgörü) birleştirilerek insanların ve makinaların ortaklaşa bir şekilde hukuki sorunları çözmeleri amaçlanmıştır. Burada önemli olan, tıpkı argüman çekim programlarında olduğu gibi, bilişsel hesaplama tekniklerini kullanan programların hukuki metinleri “anlamasıdır”. Bu anlama, hukukçuların hukuki metinleri anlaması ile aynı anlama gelmemektedir. Zaten bu mümkün değildir. Ancak bu metinlerin tutarlı bir şekilde algoritmalar tarafından işlenmesi ve ilgili hukuki sorunla bağlantısı bulunan konseptlerin ve/veya metinlerin kullanıcıya sunulması mümkündür. Bu işlem, metinlerin içindeki verilerin örüntüsünün matematik yoluyla ortaya çıkarılması ve makina öğrenmesi sayesinde elde edilmesini içerir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere bilirkişi sistemlerinin hukuki bilgiyi işleme ve belirli bir sonuç üretme potansiyellerinin sınırlı olduğu görülmüş ve başka tekniklere yönelinmiştir. Bir algoritmanın bir hukuki olayı tamamen inceleyip tıpkı bir insan gibi sonuç üretmesinin teknik olarak imkânsız olduğu belirtilmelidir. Bu durum, hukuki algoritmaların ve programların üretilmesinde bir paradigma değişikliğine sebep olmuş ve “insana yardımcı algoritmalar” olarak açıklanabilecek, hukukun zaten kendi içerisinde var olan analitik düşünce ve bilgi işleme tekniklerini optimize edecek programlar geliştirilmeye başlanmıştır. “LEGAL-BERT” ve “JuriBERT” bu programlara örnek olarak gösterilebilir. Bu programlar veriye oldukça bağımlıdır. Bu bağımlılık, ilgili programların çalışması için oldukça büyük veri setlerinin gerekliliğine sebep olmuştur. Ancak veri setlerindeki verinin çok olması da programların çalışması için yeterli değildir. Verilerin temizlenmesi, ön işleme süreçlerinden geçirilmesi ve verilere yapısal olarak biçim verilmesi gerekmektedir.

Tüm bu işlemlerin tamamlanmasından sonra hukuki veriler, kullanıcıya kendi alanında yardımcı olmayı amaçlayan, bilişsel hesaplama tekniklerini kullanan uygulamaların kullanımına hazır hale gelecektir.

Bu aşamada, işlemlerin tamamlanması için işlenecek verinin üretilmesinin oldukça zorlu bir süreç olduğu ve bu durumun, hukuk analitiğine yönelik uygulamaların gelişmesini olumsuz etkilediği belirtilmelidir. Ancak bu durum makina öğrenmesi, metin analitiği ve doğal dil işleme tekniklerinin gelişmesiyle değişmiş, artık metinlerden düzensiz veri elde edilmesi ve bu verilerin temizlenip ön işlemeden geçirilmesi daha kolay hale gelmiştir.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

II. HUKUK ANALİTİĞİNİN UYGULAMA ALANLARI

A. Yapay Zekâ ve Hukuk uygulamalarına Giriş

Hukuk sistemindeki kurallar bütününün bir “kurallar sistemi” olarak ele alınması düşüncesi, 1960’larda dilbilimi felsefesi ve H.L.A Hart’ın fikirleri ile hukuk doktrininde etkili olmaya başlamıştır. Hart’ın düşünceleri şöyle açıklanabilir: Hukuk sistemi toplumun çoğunluğuna nasıl davranmaları gerektiğini açıklar. Bu kuralları koyma ve uygulama yetkisine sahip kişilere de bu kuralların nasıl yorumlanacağını ve uygulanacağını belirtir. Yapay zekâ üzerine çalışan araştırmacılar da hukuk ve hukuk felsefesi ile karşılaştıklarında, hukuka bakış açılarını bu felsefe üzerinden belirlerler.¹⁰

Yapay zekâ ve bilgisayar bilimindeki algoritma kavramı, bu iki disiplinde temelini oluşturan yapıtaşlarının en büyüğüdür denilebilir. Bu disiplinlerle ilgilenen araştırmacıların düşünce sistemlerinde haliyle algoritmalar büyük rol oynayacaktır. Bu bakış açısı, hukukun tıpkı Hart’ın belirttiği gibi hukuku sadece bir kurallar sistemi olarak ele alınması sonucunu doğuracaktır. Bunun sonucunda bu kuralların, dolayısıyla da hukukun hemen hesaplanılabilir bir alan olduğu düşüncesi ile hareket edilecek ve hukuk, indirgemeci bir kural-yorumlayıcı algoritma ile işlenmeye çalışılacaktır.¹¹

Ancak hukuki kavramlar, her zaman tam olarak net olmayabilirler. Bu kavramların sınırları her zaman keskin değildir. Her ne kadar temel kavramların bir kısmının sınıflandırma ve tanımlamalarının açık olduğu kabul edilebilirse de hukuki yorum ilkelerinin sonucu olarak temel kavramların anlamlandırılmasında bile yorum farklılıkları ortaya çıkabilecektir. Matematiksel olarak ifade etmek gerekirse hukuki kavramlar kapalı setler yerine açık setler olarak ifade edilebilir. Hart’ın dediği gibi hukuki kavramların temelde herkesin üzerinde anlaşığı bir anlamı olsa dahi, bu kavramların muğlak, her bakış açısı tarafından aynı olarak algılanmayan tarafları da vardır. Bu sebeple hukuki kavramlar, asla değişmeyen ve objektif genel geçerliliği olduğu kabul edilen şart/koşul sistemleri ile modellenemezler. Dahası hem hukuk sisteminin kendisi hem de ilgili kavramlar sürekli değişim geçirebilirler. Somut olayda daha önce tahmin edilemeyen durumların meydana gelmesi, kavramların yeni bir şekilde yorumlanmasını gerektirebilir. Bazen, Hart’ın ifadeleri ile muğlak alanında ötesinde herkesin üzerinde anlaşığı kavramın çekirdeğinin dahi değiştirilmesi gerekebilir. Her ne kadar bu durum hukukun oldukça değişken bir disiplin olduğu görüşünü doğurabilecekse de hukukun tam da bu özelliği hukuku ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlara ayak uydurabilecek, onlarla birlikte gelişebilecek ve evrimleşebilecek bir disiplin haline getirir.¹²

¹⁰ Kramer, Matthew, *Hart, H. L. A. -The Nature of Law*, Polity Press, 2018, s. 1; Leith, Philip. "The Application of AI to Law 2", *AI&Soc* 2, 31-46, 1988, s. 32; Farrell, I.P., "H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence," *Texas Law Review*, 84, s. 985; Summers, Robert / McRoberts, William / Goodhart, Arthur, "H.L.A. Hart's the Concept of Law," *Essays in Legal Theory*, vol. 46, 2000, s. 2

¹¹ Leith, "The Application of AI to Law," s. 32.

¹² Rissland , Edwina L. / Ashley, Kevin D. / Loui, R.P., *AI and Law: A Fruitful Synergy*, 150 , 2003, s. 5.

Bu durum ise, yapay zekanın hukuka uygulanması konusunu daha karmaşık bir hale sokar. Her ne kadar yapay zekanın çerçevesi bilgisayar biliminden daha geniş olsa da yapay zekâ dahi teknikalist görüşten etkilenmiştir. Teknikalist görüş, bilgisayar bilimindeki ve daha geniş bir kavramla sayısal bilimlerdeki araştırma ve pratik metodların hukuka veya herhangi bir sosyal bilime tamamen uygulanabileceğini savunur.¹³ Bu görüşe katılmak pek de mümkün değildir. Her ne kadar sosyal bilimlerde deney ve gözleme dayalı objektif bilgi edinimi, veri analitiği teknikleri ile yeni gelişen bir alan olsa da sosyal bilimlerin deney ve gözleme dayalı teknikleri kullanma süreci, sosyal bilimlerin kendilerine has özelliklerinden dolayı sayısal bilimlerden tamamen farklı olacaktır. Her ne kadar sayısal bilimlerdeki araştırma metodlarından ve araçlarından yararlanabilirse dahi bu araçların tamamının sosyal bilimlere ve dolayısıyla hukuka uygulanması sonucunda hukuk disiplini çerçevesinde tutarlı bir bilgi edinilebileceği düşüncesi savunulabilecek bir düşünce değildir. Bu araçlar ve metodlar, uygun olduğu ölçüde kullanılır. Uygun olmadığı durumların mevcudiyetinde ise sosyal bilimlere has araçlar ve metodlar geliştirilmelidir ve zaten geliştirilmektedir.

Bu sorunun temelinde, hukukun veya iktisadın veya herhangi diğer bir sosyal bilimin bilgisayar konfigürasyonlarına göre oldukça kompleks olmaları değil, niteliksel olarak oldukça farklı olmaları yatar. Sayısal bilimlerde subjektif görüşlerin ilgili bilimden ayrılması sosyal bilimlere göre daha yüksek bir derecede gerçekleşir ve sosyal bilimlerle karşılaştırıldığında, sayısal bilimlerdeki kavramlar üzerindeki genel kabul oranı daha yüksektir. İlgili somut nesne veya olay, objeleştirilebilir ve sayısallaştırılabilir. Bununla birlikte komşu süreçlerde ve objelerden izole, bağımsız bir şekilde de varlığını sürdürebilir. Örnek olarak bir bilgisayarın parçalarının nasıl birleştirileceği, bilgisayarı birleştiren kişinin sosyolojik özelliklerinden bağımsız olarak ele alınabilir. Bu modellerde yüksek derecede belirlilik bulunur ve bu belirlilik, modeller ve süreçler arası ilişkilerden bağımsızdır.¹⁴

Hukuka gelindiğinde ise, sosyal kurallar ve sosyal uyum ile alakalı kişisel fikirlerin, hukuki modellerin oluşturulmasında araştırmacıları etkilediği ve önyargının araştırmalarda mevcut olmasına neden olduğu gözlemlenebilir. Bu durum, H.L.A Hart'ın toplumun herhangi bir zamanda bir kurallar bütününe sonuna kadar bağlı olduğunu bir kanıt olarak ilgili teorisinin merkezine almasında görülebilir. Hart, hukuki sistemleri kuralların şartlara göre uygulandığı mekanik bir sistem olduğu teorisinin önkabulünde bir önceki fikrini kullanmış, teorisini bu fikir üzerine inşaa etmiştir. Ancak bu fikir önyargılı olduğundan ötürü, bu fikir temel alınarak yapılacak hukukun oldukça mekanik olduğuna dair teknikalist bir yorum da önyargılı olacaktır. Bu önyargılar zinciri ise son olarak sayılan fikirleri temel alıp bu fikirler üzerine otomasyon sistemleri ve algoritmalar üreten bilgisayar bilimcilerde kendisini gösterecektir. Hart'ın fikirlerinin doğru olup olmadığı bir kenara koyulursa, burada asıl problemin, hukukta ve diğer sosyal bilimler alanındaki disiplinlerdeki ön kabullerin subjektif ve dolayısıyla önyargılı olduğu, bu önkabuller üzerine kurulan sistemlerinde dolayısıyla önyargılı olduğu ve bu sistemler üzerine inşaa edilecek olan algoritmik veya yapay zekâ sistemlerinin de yine önyargılı olacağı tespiti yapılabilir.¹⁵

¹³ Leith, "The Application of AI to Law," s. 34.

¹⁴ Leith, s. 34.

¹⁵ Leith, s. 35.

Anglo Sakson hukuk sisteminde önyargı içeren içtihatların yapay zekâ sistemlerinde veri olarak ele alınması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu içtihatlar sonuç olarak yukarıda bahsedilen önkabulleri içermektedir. Bu problem, makine öğrenmesi algoritmalarına yüklenen verilerin önyargı içermesi problemi ile benzerdir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise kanunkoyucunun önkabulleri ve önyargıları, bir algoritma olarak ele alınabilecek kanunlarda tezahür eder. Kanunlar kendi içlerinde tutarlı olabilir ancak kanunkoyucunun önkabulleri üzerine inşa edilmişlerdir. Bu durum da bir bilgisayar programının kodlanırken yazılım geliştirici tarafından önyargılı bir şekilde kodlanmasına ve yazılım geliştiricinin sahip olduğu önkabulleri içermesine benzemektedir.

Bir başka problem ise sosyal bilimlere ve dolayısıyla hukuka, izole bir bakış açısıyla yaklaşamayacağıdır. Sosyal bilimlerdeki nesnelere ve kişiler, birbirlerinden bağımsız ve birbirine etkisiz olarak ele alınamaz. Türk Medeni Kanunu'ndaki bir madde, ilgili olduğu diğer maddelerden bağımsız olarak ele alınamayacağı gibi, Türk Medeni Kanunu da yorumlanmak istendiğinde, Anayasa'dan veya kanun yapılırken mevcut olan sosyo-kültürel durumdan bağımsız olarak ele alınamaz.¹⁶ Ancak sosyal bilimlerdeki bu bileşikliği çözmek için, graf teorisi veya sosyal ağ teorisi gibi teoriler kullanılabilir. Bu teoriler, ilgili objeleri soyutlayacağından, objenin her türlü özelliğini sosyal bilimler açısından içermese de bileşikliği göstermesi açısından uygun olabilir. Dahası, bu teknikler sosyal bilimlerdeki çeşitli sistemlerin belirleme özelliğinin tespiti için de kullanılabilir. Bu konu aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde açıklanacaktır.

Tüm bu söylenenlerden sonra denilebilir ki yapay zekâ ve hesaplama tekniklerinin sosyal bilimlere uygulanmasının önünde engeller bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere teknikalist bakış açısı, yerleşmiş, önyargılı problemlerisanki problem tüm sistemden izoleymişcesine çözmeye çalışır. Yapay Zeka'da hukuka bu bakış açısı ile yaklaşır. Hukuku bir veri işleme problemi olarak ele alır ve mevzuattaki çeşitli noktaları dijital ortamdaki temsilleri ile formalize edip ve veri gibi işlemeyi öngörür.¹⁷ Her ne kadar doğal dil işleme tekniğini kullanan metin analitiğinde dahi bu durum söz konusu olsa da, yine yapay zekanın yeni gelişen bir alanı olan yapay sinir ağlarının derin öğrenme ile metin analitiğinde kullanılması, her ne kadar bileşiklik sorununu tamamen –en azından şimdilik- çözemeyecek olsa da, çözüme yönelik bir adım olduğu kabul edilebilir.

B. Empirik Hukuk Araştırmaları

Empirizm, deney ve gözlem ile ilgilenir. Nesnelere anlaşılmasında ana başlangıç noktası olarak deney ve gözlemden elde edilmiş bilgileri alır. Empirik hukuk araştırmalarında ise hukuk kavramı, nedensel veya neden olmayan hipotezlerle açıklanabilecek bir sosyal yapı olarak ele alınır. Empirik hukuk çalışmaları, hukuku doktrinsel çalışmalardan farklı bir şekilde ele alır. Doktrinsel çalışmalar, empirik hukuk çalışmalarının aksine hukuki metinlerin ve doktrinlerin analizi ile ilgilenir.¹⁸

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Bell, Felicity. "Empirical Research in Law," *Griffith Law Review*, 25, 2016, s. 2.

Empirik hukuk araştırmalarında ise bunun tam aksine hukukun gerçek dünyada nasıl çalıştığının deney ve gözlem yoluyla açıklanması amaçlanmıştır. Sosyal bilimciler tarafından geçerliliği kabul edilen empirik hukuk çalışmaları, hukukun akademik olarak analiz edilmesinde merkezi bir rol oynar. Bu merkezilik, empirik araştırmanın niteliği ile açıklanabilir.¹⁹ Empirik araştırma, hukukun gerçek dünyada ve pratikte nasıl çalıştığı, teorinin pratiğe nasıl yansdığı, kanunların yapım süreçleri ve fonksiyonlarının pratik hukuka etkisi gibi konular, insanların hukuktan beklentilerinin ve hukuka verdikleri tepkilerin belirli bir zaman ve mekân çerçevesinde ele alınmasıdır.²⁰

Bu ele alma işlemi, hukuk ile ilgili verilerin toplanması ve analizi ile olabilir. Veri toplama işleminin amacı çok çeşitli olabilir: hukukun belirli bir yanı hakkında daha fazla bilgi edinilmesi, bir reform çalışması için istatistiki bilgiler elde edilmesi veya verilerden yola çıkılarak hukukla alakalı belirli genellemeler yapılması bir metodoloji olarak veri toplama ve analizini içerebilir. Sosyal fenomenler ve hukuk arasında belirli bir çizginin olması durumu empirik araştırma için önemli değildir. Empirik araştırma hukukun gerçek dünyada nasıl işlediğini araştırdığı için, zaten araştırma sosyal fenomenlerle, durumlarla i içe olacaktır. Empirik hukuk her türlü mevzuat ve daha doğrusu hukuki sonuç yaratabilecek her türlü metnin yarattığı sonuçların etkileri ile ilgilenir.²¹

Empirik araştırmanın metodunun bir alt metodu ise şu şekilde açıklanabilir: Öncelikle hukukun bir özelliği, tarafı ile ilgili bir soru ortaya atılır. Daha sonra bu sorun ile alakalı farklı hipotezler ne sürülür ve bu hipotezleri test etmek amacıyla veriler toplanır ve analiz edilir. Bu analiz sonucunda ise belirli bir sonuca ulaşılır. Genellikle buradaki yegne amaç, hukukun değişik durumlarda nasıl tezahür ettiğinin tespitidir. İkincil olarak elde edilen bulguların daha geniş sorunlarla ve durumlarla olan ilişkisinin tespiti veya daha geniş çerçevedeki hukuki genellemelerdeki yerinin tespiti yapılabilir. Max Weber, bu yaklaşımın nclerindenidir. Teorik modellerin pratikte neler olup bittiğine dair elde edilen bilgilerin yorumlanmasında ve anlamlandırılması düşüncesi, empirik hukuk araştırmalarında da mevcuttur. Spesifik olaylarda meydana gelen durumlardan çıkarılacak genellemeler, şarta bağlı ve yanlışlanabilir. Bu sebeple hukuk ile ilgili genel geçer bilgileri içerdiğini iddia eden hukuk teorisinden farklıdır. Ancak bu farklılıklara rağmen, hukuk teorisi ve empirik araştırmaların belirli ortak noktaları da mevcuttur. İki metotta, hukuku ve hukuki sistemleri anlamayı amaçlar. Hukuk teorisi, her ne kadar felsefi bir metoda sahip olsa da süjeleri sosyal fenomenlerin, durumların merkezine koyar. Bu durumun sağlanabilmesi için de hukuk teorisinin sosyal gerçeklikle bağlantısı olması ve sosyal pratiklerle tutarlı olması gerekmektedir. Empirik araştırmalar da sosyal gerçeklikte hukukun nasıl işlediğine dair bilgi içerdiğinden, hukuk teorisi empirik araştırmalardan faydalanabilir. Ancak mevcut durumda hukuk kuramcıları genellikle “sağduyu”ya ve kendi tecrübelerine dayanmaktadır. Empirik araştırmalar bu kuramcılar tarafından önemli görülmemekte ve bu çalışmalara atıf yapılmamaktadır.²²

¹⁹ Cane, Peter/ Kritzer, Herbert M., eds. *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, 2010, s. 1002.

²⁰ Cane/Kritzer, s. 978.

²¹ Cane/Kritzer, s. 979.

²² Cane/Kritzer, s. 979.

Yine de her ne kadar hukuk bilim insanları kendi çalışmalarını empirik veya “sosyo-legal” olarak adlandırmaları da bu çalışmaların saf bir şekilde teori olduğu sonucuna varmak da pek mümkün değildir.²³ Yukarıda da değinildiği üzere bir sosyal bilim olan hukuk, saf teoride, diğer teori parçaları veya sosyal gerçeklikten ayırık, izole bir şekilde mevcut değildir. Sosyal bilimlerin içsel özelliklerinin tezahürü olarak diğer teorilerle ve disiplinlerle bağlantılıdır ve iç içedir. Bu durum empirik araştırmaların önemini daha da arttırmaktadır: eğer hukuk zaten kendi içinde saf, ayırık ve izole bir teori değilse, bağlantılı olduğu noktalar ile alakalı pratik konularla ilgili bilgiler elde etme potansiyelinin olduğu gerçek dünya ve somut olay verilerinin işlenmesi, hukuk teorisinin sosyal bilim olma özelliğini daha da pekiştirmez mi?

Daha geniş bir perspektifte dava çalışmaları, dava analizi ve hukuki reform ile ilgili argümanlarda empirik metotlardır. Çünkü bu metodlar “gerçek dünya” ile iç içedir. Ancak bu metodlar, veri analitiği disiplininin tüm özelliklerini uygun ve efektif bir şekilde kullanmadıklarından, verecekleri empirik bilgiler sınırlıdır.²⁴

Hukuk doktrini ile ilgili kitaplarda da bu sınırlılık söz konusudur. Bu kitaplarda en tepedeki teorik hukukun, alt derece mahkemelerine, avukatlara ve hatta genel olarak topluma nasıl yansıdığına bilgisi, empirik olsun veya olmasın, bulunmamaktadır. Hatta denilebilir ki toplumdaki mevzuat ve regülasyon algısı, hukuk doktrininden oldukça kopuk bir durumdadır. Bu kopukluluk ise hukuk sistemleri karmaşıklıktıkça ve bilginin ortalama bir vatandaş tarafından çözümlenmesi zorlaştıkça daha da artacaktır. Bu durum, hukuki belirlilik ilkesine zarar vermekte ve hukukun uygulanmasında anlayış farklılıklarına yol açmaktadır. İşte bu sebeple hukuk kuramcıları ve yasa koyucular, herhangi bir yasa yapım işlemine veya doktrinsel çalışmaya giriştiklerinde, bu çalışmaların etkisinin ne olacağını, bu çalışmaların toplum nezdinde nasıl algılanacağını, bu çalışma ile bağlantılı olan diğer çalışmaların topluma nasıl yansıdığı gibi hakkında veri toplanıp belirli empirik sonuçlara ulaşılabilecek sorularla ilgilenmeli ve bu sorulardan doğabilecek cevapların hukuk teorisi ile ilişkisini kurmalı ve hukuk teorisini empirik araştırmalarla beslemelidir.

C. Hukuki Metinlerde Doğal Dil İşleme ve Makina Öğrenimi

Makina Öğrenmesi, bilgisayar biliminin bir alanıdır. Makina öğrenmesinde bilinen kodlama teknikleri ile programlanamayacak karmaşık problemlere otomatikleştirilmiş çözümler aranır. Makina öğrenmesinde bu çözümlere ulaşmak için çeşitli algoritma teknikleri incelenir. Temel programlama metodu iki adımdan oluşur. Öncelikle herhangi bir kodlama işlemine geçilmeden önce programın takip edeceği kurallar adım adım dizayn edilir ve oluşturulur. Daha sonrasında bu detaylı dizaynın bilgisayar dilinde kodlanmasına geçilir.²⁵

²³ Bell, *Empirical Research in Law*, s. 2.

²⁴ Bell, s. 3.

²⁵ Alpaydm, Ethem. *Machine Learning*, MIT Press, 2021, s. 2; Rebala, Gopinath / Ravi, Ajay / Churiwala, Sanjay, *An Introduction to Machine Learning*, 2018, s. 1; H. Sarker, Iqbal. “Machine Learning: Algorithms, Real-World Applications and Research Directions”, *SN Computer Science*, 2, no. 3, s. 160; Mahesh, Batta. *Machine Learning Algorithms -A Review*, 2019.

Gerçek hayattaki birçok problem oldukça karmaşıktır ve böyle bir yaklaşımla çözümler tasarlamak, dizayn ve yapılması gerekenler ne kadar net olursa olsun, oldukça zorlayıcı olabilir. Buna bir örnek olarak elle yazılmış karakter imgeleri örnek verilebilir. Bu imgelerin çok sayıda olduğu bir veri setinin bulunduğu varsayılınsın, bu imgeler, yani veri noktaları, içerdikleri karaktere göre etiketlenir. Bu etiketlenmiş veri seti, aynı zamanda programın nasıl çalışacağını anlatan bir settir denilebilir. Bu programın amacının, herhangi yeni bir imgedeki elle yazılmış karakterlerin tespit edilmesi olduğu varsayılınsın. Geleneksel metodlarda önce imgelerin karakterlerle nasıl eşleştiği, daha sonra bu karakterlere dair genel kuralların oluşturulması gerekir. Ancak bu kuralları oluşturmak, elle yazılmış karakterlerdeki yazım stili gibi değişik özelliklerin çeşitliliğinden ötürü oldukça zorlayıcı olabilir.²⁶

Ancak makina öğrenmesi, bu problemleri daha kapsamlı ve üretken bir şekilde çözebilir. Makina öğrenmesi algoritmalarının detaylı bir program dizaynına ihtiyacı yoktur. Bunun yerine, bu dizaynı ilgili etiketlenmiş veri setinden öğrenirler. Verisetinin daha büyük olması, algoritmanın daha az hatalı olmasını sağlayacaktır. Makina öğrenmesi algoritmalarının amacı, bir modeli veya kurallar dizinini etiketlenmiş bir veri setinden öğrenip, o veri setinde olmayan yeni veri noktalarını, öğrenme işleminde edindiği bilgi ile tahmin etmektir. Makina öğrenmesi algoritmaları problemleri dolaylı bir şekilde çözer. Önce ilgili veri setinin işlenmesinden bir model üretirler ve bu modeli uygulayarak yeni veri setlerinin etiketlerini, bilgilerini tahmin ederler. Bu yaklaşım, gözetimli öğrenme olarak da adlandırılabilir.²⁷

Makina öğreniminininde kullanıldığı doğal dil işleme tekniklerinde ise amaç, makina işlemesi ile insan dillerinin anlaşılması ve yorumlanmasıdır. Bu hem yazı dili hem de konuşma dili olabilir. Doğal dil işleme, konuşmaların tanınip işlenmesi, dil tercümesi, özetleme, soruların cevaplandırılması, konuşma üretimi ve arama uygulamaları gibi çeşitli alanlarda kullanılır. Doğal dil işleme, dilbilimi ve istatistiki çıkarım tekniklerine dayanır.²⁸

Makina öğrenmesindeki önemli bir adım da çığ, yapısız verinin uygun hesaplamalı temsillere dönüştürülmesidir. Doğal dil işlemeye makina öğrenmesi yaklaşımlarının ilk adımı, metnin sayısal temsillerini oluşturmaktır. Kelimeleri ve belgeleri hesaplamalı bir şekilde temsil etmek için genellikle iki ana metod bulunmaktadır. Bu metodlarda büyük oranda metin koleksiyonlarında bulunan kelime haznelerini içeren sözlüklere ihtiyaç duyar. Bu sözlükteki kelimeler, analiz için kullanılacak kelimeleri içerir.²⁹

²⁶ Rebala/Ravi/ Churiwala, s. 1.

²⁷ Rebala/Ravi/Churiwala, s. 2.

²⁸ M Nadkarni, Prakash / Ohno-Machado, Lucila / W. Chapman, Wendy, "Natural Language Processing: An Introduction," *Journal of the American Medical Informatics Association* 18, no. 5, s. 545 ; Rebala/Ravi/Churiwala, s. 117.

²⁹ Dale Robert, "Law and Word Order: NLP in Legal Tech," *Natural Language Engineering* 25, no. 1, 2019, s. 213 ; Kaiz Merchant/Yash Pande, *NLP Based Latent Semantic Analysis for Legal Text Summarization*, 2018, s. 1 ; Zhong , Haoxi et al., *How Does NLP Benefit Legal System: A Summary of Legal Artificial Intelligence*, 2020, s. 2 ; Mumcuoğlu , Emre et al., "Natural Language Processing in Law: Prediction of Outcomes in the Higher Courts of Turkey," no. 58, 2021, s. 2 ; Nay, John, "Natural Language Processing and Machine Learning for Law and Policy Texts," in *Legal Informatics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, s. 4.

Tek-sıcak kodlama (one-hot encoding) metodu, kelime ve cümle koleksiyonlarının 1 veya 0 olarak ifade edilmeleridir. Bu birler ve sıfırlar, sözlükteki kelimelerin uzunluğu ile aynı uzunluğa sahiptir. Kelimeler, listedeki bulunduğu pozisyonlara göre ilgili liste pozisyonunda bir matris oluşturacak şekilde 1 veya 0 ile ifade edilirler. 1, mevcudiyet, 0 ise mevcudiyet durumunun olmamasını ifade eder. Bir cümle, uzun bir 0 listesi ve az sayıda 1'den oluşur. Bu duruma seyreklik temsili adı verilir. İlgili kelimenin ilgili dökümandaki varlık ve yokluk bilgisini elde edilmekle kalınmayıp, kelimenin ilgili dökümandaki bulunma sayısının bilgisine de ulaşılabilir. Bu durum, sıklık temsili olarak adlandırılır. Sıklık temsili, döküman alma tekniklerinde efektif bir şekilde kullanılabilir. İlgili terimin var olup olmadığının bilgisi ise duygu analizi teknikleri için daha önemlidir.³⁰

Devamlı boşluk metodu ise her kelimeyi gerçek-değerli numaraların oluşturduğu yoğun bir vektörde temsil eder. Bu sayıların değeri veriden öğrenilir. Çoğu makina öğrenmesi modelleri için, gözlemlerin aynı değişken seti tarafından temsil edilmesi gerekmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak, eğer bir cümle parçası, cümle veya döküman modellendiğinde, değişik harf sayılarına sahip kelimelerin sabit sayıda değişkenlere dönüştürülmesi gerekmektedir. Bu amaç için bir yaklaşım, ilgili dökümanı bir kelime torbası olarak ele alıp kelime düzenini göz ardı etmektir. Tek sıcak kodlama metodu, bir dökümanın kelime torbası olarak temsilini kelimelerin var olup olmadığı veya hangi sıklıkla var olduklarının bilgisini veren 1 ve 0 listesine dönüştürür. Ancak kelimelerin pozisyonuna dair bilgi, bu metotta bulunmamaktadır. Bu temsil oldukça seyrek bir temsildir çünkü liste çoğunlukla 0'lardan oluşur. Yoğun temsillerde ise, aynı uzunluğa sahip vektörler, kelimeleri temsil eder. Bu vektörler toplanabilir, ortalamaları alınabilir veya dökümanın tamamını temsil etmek için birleştirilebilir. Hangi sayısal temsil tekniği kullanılırsa kullanılsın, bir dökümanı temsil edecek tek bir temsilin elde edilmesi süreci, diğer tüm dökümanlara uygulanabilir.³¹

Sonuç olarak, son makina öğrenmesi sistemi eşit büyüklükteki temsillere sahiptir. Bu durum, araştırmacılara sonuç vektörleri üzerinde daha fazla sayısal işlem yapma olanağını sağlar. Bu işlemler içinde bir dizi makina öğrenme modelleri de bulunur. Örnek olarak bir metin grubunun vektör temsilleri elde edildiğinde, bu vektör temsillerine kümeleme algoritmaları uygulanabilir. Bu uygulama sonucunda birbirine benzer dökümanlar gruplandırılır ve bu büyük hacimli döküman setlerinin incelenmesi kolaylaşır. Veya gözetimli öğrenme modelleri sayesinde ilgili metinden bir sonuç tahmini elde edilebilir. Özetlemek gerekirse sayısallaşmış metinler üzerinde her türlü algoritmik, makina öğrenmesine dayanan veya çok temel sayısal işlem uygulanabilir.³²

³⁰ Potdar, Kedar / Pardawala, Taher / Chinmay, Pai. "A Comparative Study of Categorical Variable Encoding Techniques for Neural Network Classifiers," *International Journal of Computer Applications*, 175, s. 7; Nay, s. 5.

³¹ Nay, s. 5.

³² Nay, s. 6.

D. Hukuki Verinin Görselleştirilmesi: Sosyal Ağ Analizi, Hukuk ve Kompleks Sistemler

Yapısal analiz olarak da adlandırılabilen sosyal ağ analizi, formal bir teori değildir. Daha çok sosyal yapıları incelemek için kullanılan bir araçtır denilebilir. Çeşitli veri analizi tekniklerinin ve görüşlerin aksine sosyal ağ analizinde, bir bireyin davranışı ele alınırken onunla bağlantısı olan diğer bireylerin davranışları da ele alınır. Çünkü ilgili birey, herhangi bir eylemin sosyallik kimliğini bir kenara bırakarak gerçekleştirmez. Sosyal ağ analizinde bireyler arası ilişkilerin özelliği ön plandayken, kişisel özellikler ikinci plandadır. Sosyal ağ analizinde kullanılan veri çeşidi ise ilişkişel veridir. Bu ilişkişel veri, her ne kadar bireylerin özellikleri ile ilgili olmasa da bireylerin özelliklerinin ortaya çıkarılması ilişkişel verinin yorumlanmasına katkı sağlar.^{33,34}

Sosyal ağlar genellikle iki temel birimden oluşur, köşeler ve kenarlar. Sosyal bilimler bağlamında köşeler aktörleri veya kurumları temsil ederken, kenarlar ise bu varlıklar arasındaki bağlantıyı temsil eder. Kenarlar yönlü veya yönsüz olabilir. Yönlü kenarlar bağlantı akışının hangi noktadan hangi noktaya doğru olduğunu ifade eder. Sosyal ağlar aynı zamanda matrislerle de ifade edilebilir. 1 veya 0 sayıları ile bir köşenin başka bir köşeye bağlantısının olup olmadığı tespit edilebilir. Aynı zamanda bir kenarın bir başka köşeye bağlantılı olup olmadığını tespiti de matrisler yoluyla yapılabilir. Kenarların “ağırlığı” da olabilir ve bu ağırlıklar, aktörler arasındaki bağlantının ne kadar sağlam veya güçlü olduğunu belirtmede kullanılabilir. Kenarlar, bağlantı, bilgi, kaynak gibi aktarılabilecek her türlü nesneyi ifadeyi edebilir.^{35,36,37} Sosyal ağ analizinin bir başka önemli özelliği ise, yapısal düzenin aktörlerin hareketlerine olan etkisinin incelenbilmesidir. Bu inceleme, hukuk da dahil çok fazla disipline katkı sunabilir.

³³ Otte, Evelien / Rousseau, Ronald. “Social Network Analysis: A Powerful Strategy, Also for the Information Sciences,” *Journal of Information Science*, 28, no. 6, 2002, s. 442.

³⁴ Scott, John. *Social Network Analysis*, Sage Publications, 4. Baskı, 2022, s. 5.

³⁵ Katz, Daniel et al., “Reproduction of Hierarchy? A Social Network Analysis of the American Law Professoriate,” *Journal of Legal Education*, 61, 1.3.2009, s. 81.

³⁶ Scott, *Social Network Analysis*. S. 6.

³⁷ Otte/Rousseau, *Social Network Analysis: A Powerful Strategy, Also for the Information Sciences*, s. 442.

Sosyal ağ analizi, hukuk çalışmalarına farklı şekillerde katkı sunmaktadır. Sosyal ağ analizi, hukuk teorisindeki kuralları ön plana almak yerine, somut olaya dair bilgi edinmek için araştırmacılara bir dizi araç sunmaktadır. Somut olayın ilgili hukuki kural ile bağdaştırılması yerine sosyal ağ analizi, somut olayın çok daha detaylı bir incelemesini, somut olayı çevresindeki toplum ile konumlandırarak yapar. Genellikle bir somut olayda çıkarları çatışan iki farklı taraf bulunur. Ancak bu çıkar çatışmasının daha geniş bir perspektifte ilgili somut olayla doğrudan bağlantısı bulunmayan tarafları nasıl etkilediği, yani somut olayın çözümünün dolaylı da olsa tarafların içinde bulunduğu sosyal çevreleri nasıl etkileyeceği incelenmez. Ancak somut olayın özelliği gereği taraflar, olay ile bağlantısı bulunmayan üçüncü kişilerle her zaman temas halindedir. Bu üçüncü kişiler, hukuk doktrininde veya mevzuatta özellikle belirtilen üçüncü kişiler değil, ilgili somut olay ile hukuki açıdan hiçbir bağlantısı olmayan üçüncü kişilerdir. Sosyal ağ analizi, yukarıda bahsedilen empirik hukuk çalışmaları çerçevesinde kanunların veya hukukun toplumu nasıl etkilediğine dair yapısal bir perspektif sunabilir.³⁸ Dahası, hukukun toplumu veya herhangi bir çevreyi nasıl etkilediğinin statik bir biçimde incelenmesi, araştırmacılara oldukça sınırlı bir bilgi sunacaktır. Sosyal yapının dayattığı doktriner sonuçları değerlendirmenin öncüsü, onun doğasını karakterize etme çabasıdır. Sosyal yapılar statik değildir, her zaman bir değişim içerisindedir. Tıpkı aynı nehirde iki kez yikanılamayacağı gibi, bir sosyal yapının birden fazla aynı enstantane fotoğrafı da çekilemez. Bu sebeple bu akışkan ve dinamik durumun belirtilebilmesi ve araştırılabilmesi için bir metodolojiye ihtiyaç duyulur. Genel olarak karmaşıklık teorisi, daha spesifik olarak da ağ analizi, bu dinamik yapının elde edilip çalışabilmesinde araştırmacılara yardımcı olabilir. Bu şekilde örnek olarak yargı organlarında akran etkisinin rolüne dair özgür bir içgörü elde edilebilir.³⁹ Sosyal ağ analizi, kompleks sistemlerin içerisindeki aktörlerin anlaşılmasını araştıran bilimsel bir yaklaşımdır. Kompleks sistemlerin pek çok tanımı olmakla birlikte, belirme hareketinin görüldüğü sistemler, kompleks sistemler olarak adlandırılabilir. Belirme özelliği de ilk bakışta net olmayan değişimlerin ilgili sisteme yeni özellikler kazandırması olarak açıklanabilir.⁴⁰ Genel olarak bir sistem, bireylerinin özelliklerinin sistemin tamamına dair yeterli bilgi verememesi durumunda belirme özelliği gösteriyor denilebilir. Burada bireylerin özellikleri yerine bireylerin birbirleriyle aralarındaki ilişkinin özelliği, sistemin çıktısını yapılandırır. Kompleksite teorisi çeşitli parçaların aralarındaki ilişkinin deterministik ama aynı zamanda öngörülemez olduğuna matematiksel olarak bir dayanak noktası sunar.⁴¹

³⁸ Teramoto, Shinto/Jurcys, Paulius. "Intermediaries, Trust and Efficiency of Communication: A Social Network Perspective", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2270254, Erişim Tarihi: 26.05.2022, s. 5.

³⁹ Katz, Daniel / Stafford, Derek, "Hustle and Flow: A Social Network Analysis of the American Federal Judiciary," *Ohio State Law J.* 71,1.3.2008, s. 4.

⁴⁰ Macaulay, Tyson, "Chapter 12 - Threats and Impacts to the IoT," in *RIoT Control*, ed. Tyson Macaulay, Boston, Morgan Kaufmann, 2017, s. 222,

⁴¹ Katz/Stafford, s. 5.

Belirme özelliğinin genel bir örneği, türler arası etkileşimden doğan bir düzenin olması olarak verilebilir. Belirme özelliğine sahip sistemlerin, mantıksal veya determinist bir yapıya sahip olma gibi bir zorunlulukları yoktur. Bu sebeple, sistemlerin çıktıları her zaman öngörülemez ve tahmin edilemez. Buna örnek olarak sunun buharlaşması veya donması örnek gösterilebilir. Bu işlemlerde su çeşitli değişimlere uğrar ama su moleküllerinde herhangi bir değişim gözlemlenemez. Burada suyun biçim değiştirmesinin ana sebebi, moleküller arası etkileşimin belirli derecelerde farklılaşmasıdır. Bu farklılaşma anlarının derinlemesine incelenmesinde ortaya çıkartılacak kimyasal karakteristikler, donma veya buharlaşma anındaki dramatik değişimin bilgisini bizlere veremez. Sonuç olarak bütün, parçaların toplamından farklıdır.⁴²Otomobil trafiği de kompleks sistemlere bir başka örnektir. Araçların beygir gücü de dahil pek çok özellik, otomobil trafiğinin genelgeçer özelliklerinin belirtilmesinde kullanılabilir. Bu özelliklere araç sürücülerinin kurallara riayet etme oranı, hızları ve şeritleri dahil edilebilir. Ancak trafiğin nasıl işlediğinin ve özelliklerinin belirlenmesinde tüm bu özellikler yeterli olmayacaktır. Trafik aktörlerinin birbirleri ile olan etkileşimi, sistemin yapısal dönütlerini belirleyecektir. Buna örnek verilecek olunursa, trafik akması veya tıkanması, bir arabanın beygir gücünden çok, trafik aktörü olan sürücülerin birbirleri ile olan etkileşimleri ile ilgilidir.⁴³

Konunun hukuksal boyutuna bakıldığında ise, yargılama organları, belirme özelliğini gösteren davranışlarda bulunuluyor denilebilir. Her ne kadar bir hâkimin bir davada verdiği karar diğer hakimlerden izole bir şekilde verilmiş gibi gözüküyor olsa da, hakimler verdikleri kararda mesleki olarak akranlarından ve toplumsal olarak toplumun geri kalanından tamamen izoledir denilemez. Hukuki topluluklarda sosyalleşme ve eğitim, ilgili kişinin akranları ile sürekli devam eden etkileşimi ve hiyerarşideki pozisyonu sırasında meydana gelir. Bu etkileşim hukuk fakültesindeki lisans eğitiminden ve hatta daha öncesinden başlayabilir. Bu duruma göre eğer yargısal algılamalar ve sonuçlar en azından bir dereceye kadar bu etkileşimlerin sonucu ise, daha geniş perspektifteki etkileşimler ve bireysel kararlar da belirme özelliğine sahiptir denilebilir. Sonuç olarak yargılama organları bir “kompleks sistem” olarak ele alınabilir ve sosyal ağ analizi de dahil çeşitli metodolojiler yardımıyla bu komplekslik durumu daha ayrıntılı bir şekilde araştırılabilir.⁴⁴

⁴² Katz/Stafford, s. 6.

⁴³ Katz/Stafford, s. 6.

⁴⁴ Katz, Stafford, s. 6.

SONUÇ

İstatistiki hesaplamaların makina öğrenmesi ve çok çeşitli teorileri ve uygulamaları desteklemesi sayesinde verinin işlenmesi çeşitli sektörleri ve disiplinleri etkilemiştir. Hukukta bu disiplinlerden bir tanesidir. Makina öğrenmesi ve doğal dil işleme tekniklerinden beslenen metin analitiği tekniği ile hukuki metinleri veri olarak ele almak mümkün hale gelmiştir. Bilirkişi sistemleri ile başlayan hukuk analitiği süreci, metin analitiğinin hukuki metinleri yapılandırılmamış veri olarak ele alması sonucunda daha da gelişmiş, bu alanda verinin oldukça az olması gibi problemlerin aşılmasında büyük katkı sağlamıştır. İstatistiki teknikler ile artık hukuk analitiği şart koşul bağlamında hüristik kurallar yerine lineer cebir, olasılık ve kalkülüs gibi çeşitli matematik alanları üzerine inşa edilmiş makina öğrenmesi ve yapay zeka teknikleri üzerine gelişmeye başlamıştır. Ayrıca istatistiki teknikler empirik hukuk çalışmalarında da kullanılmaya başlanmış, hukuk ile ilgili sayısal veriler elde etmek mümkün hale gelmiştir. Böylece, hukuk teorisini destekleyecek, üzerinde deney ve gözlem yapılabilecek empirik verilerin hukuk disiplinini geliştirmek için kullanılması mümkün hale gelmiştir.

Dahası, makina öğrenmesi teknikleri, hukuki tahminlerde bulunma, argüman üretme, belgeleri sınıflandırma ve sözleşmelerin incelenmesi gibi çeşitli alanlarda hukukçulara yardım edebilecek potansiyele ulaşmıştır. Tüm bu teknikler, hukukun yapısal analizinin yapılmasında ve kompleksite teorisi gibi sayısal bilim dallarından çıkmış teorilerin hukuka uygulanıp uygulanamayacağı sorularının cevaplandırılmasında da kullanılabilir hale gelmiştir. Bunun bir sonucu olarak hukukun statik bir sistem olmadığı, hukuki aktörlerin hukuka olan etkilerinin kompleks sistemlerdeki belirme özelliğini gösterdiği tespit edilmiştir. Hukuk alanındaki empirik ve sayısal çalışmalar, hukuki bilgi ediniminde hukuk teorisini destekler niteliktedir. Türk hukuk sisteminin geliştirilebilmesi, hukuki belirlilik ilkesinin güçlendirilmesi ve hukuk devleti ilkesinin pekiştirilmesi açısından empirik ve sayısal çalışmalar çok büyük önem arz etmektedir. Akademik multidisipliner bir bakış açısı ile gerek mühendislik gerek matematik bölümleri ile iş birliğine gidip, akademik çalışmalar açısından oldukça bakir olan bu alana yönelmeleri, Türkiye’de hukukun ve bilimin gelişmesine büyük katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Allen, Layman E. “Symbolic Logic: A Razor-Edged Tool for Drafting and Interpreting Legal Documents.” *Yale Law Journal* 66, 1957, 833.
- Alpaydin, Ethem. *Machine Learning*. MIT Press, 2021.
- Ashley, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Ashley, Kevin D. “Prospects for Legal Analytics: Some Approaches to Extracting More Meaning from Legal Texts.” University of Cincinnati College of Law Scholarship and Publications, 2022.
- Bell, Felicity. “Empirical Research in Law.” *Griffith Law Review* 25, 2.10.2016, 1–21.

- Bhat, P. Ishwara. "383Quantitative Legal Research." In *Idea and Methods of Legal Research*, edited by P. Ishwara Bhat, 0. Oxford University Press, 2020.
- Cane, Peter, / Herbert M. Kritzer, eds. *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford University Press, 2010.
- Dale, Robert. "Law and Word Order: NLP in Legal Tech." *Natural Language Engineering* 25, no. 1, 2019, 211–17.
- Farrell, IP. "H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence." *Texas Law Review* 84, 1.3.2006: 983–1011.
- Katz, Daniel / Joshua Gubler, Jon Zelner, Michael II, Eric Provins, and Eitan Ingall. "Reproduction of Hierarchy? A Social Network Analysis of the American Law Professoriate." *Journal of Legal Education* 61, 1.3.2009.
- Katz, Daniel / Stafford, Derek. "Hustle and Flow: A Social Network Analysis of the American Federal Judiciary." *Ohio State Law J.* 7, 1.3.2008.
- Kersting, Kristian. "Machine Learning and Artificial Intelligence: Two Fellow Travelers on the Quest for Intelligent Behavior in Machines." *Frontiers in Big Data* 1, 2018.
- Kramer, Matthew. *Hart, H. L. A.-The Nature of Law*, Polity Press, 2018.
- Leith, Philip. "The Application of AI to Law", *AI&Soc* 2, 31-46, 1988, s. 31-46.
- Macaulay, Tyson. "Chapter 12 - Threats and Impacts to the IoT." In *RIoT Control*, edited by Tyson Macaulay, 221–78. Boston: Morgan Kaufmann, 2017.
- Mahesh, Batta. *Machine Learning Algorithms -A Review*, 2019.
- Merchant, Kaiz / Yash Pande. *NLP Based Latent Semantic Analysis for Legal Text Summarization*, 2018.
- Mitchell, Tom / Buchanan Bruce / DeJong, Gerald / Dietterich Thomas / Rosenbloom, Paul /Waibel, Alex. "Machine Learning." *Annual Review of Computer Science* 4, no. 1 (June 1, 1990): 417–33.
- Mumcuoğlu, Emre / Ceyhun E., Öztürk / Haldun M., Ozaktas / Koç, Aykut. "Natural Language Processing in Law: Prediction of Outcomes in the Higher Courts of Turkey," no. 58 2021.
- Nadkarni, Prakash / Ohno-Machado, M. Lucila / Chapman, Wendy W. "Natural Language Processing: An Introduction." *Journal of the American Medical Informatics Association* 18, no. 5, 1.9.2011, 544–51.
- Nay, John. "Natural Language Processing and Machine Learning for Law and Policy Texts." In *Legal Informatics*, edited by Daniel Martin Katz, Ron Dolin, and Michael J. Bommarito. Cambridge University Press, 2018.

- Otte, Evelien / Rousseau, Ronald. "Social Network Analysis: A Powerful Strategy, Also for the Information Sciences." *Journal of Information Science* 28, no. 6, 1.12.2002, 441–53.
- Potdar, Kedar / Pardawala, Taher / Pai, Chinmay. "A Comparative Study of Categorical Variable Encoding Techniques for Neural Network Classifiers." *International Journal of Computer Applications* 175, 1.10.2017, 7–9.
- Rebala, Gopinath, Ajay Ravi, and Sanjay Churiwala. *An Introduction to Machine Learning*, 2019.
- Rissland, Edwina L., Kevin D. Ashley, and R.P. Loui. "AI and Law: A Fruitful Synergy" 150, 2003, 1–15.
- Sarker, Iqbal H. "Machine Learning: Algorithms, Real-World Applications and Research Directions." *SN Computer Science* 2, no. 3, 22.03.2021, 160.
- Scott, John. *Social Network Analysis*, Sage Publications, 4. Baskı, 2022.
- Stamper, Ronald. "The Role of Semantics in Legal Expert Systems and Legal Reasoning*." *Ratio Juris* 4, 02.09.2007, 219–44.
- Summers, Robert, William McRoberts, and Arthur Goodhart. "H.L.A. Hart's the Concept of Law," 46:1–20, 2000.
- Susskind, Richard. "Expert Systems in Law: A Jurisprudential Approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning." *The Modern Law Review* 49, 18.01.2011, 168–94.
- Teramoto, Shinto, and Paulius Jurcys. "Intermediaries, Trust and Efficiency of Communication: A Social Network Perspective", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2270254, Erişim Tarihi: 26.05.2013.
- Zhong, Haoxi, Chaojun Xiao, Cunchao Tu, Tianyang Zhang, Zhiyuan Liu, and Maosong Sun. *How Does NLP Benefit Legal System: A Summary of Legal Artificial Intelligence*, 2020.

Osmanlı Tâbiyet Hukuku Bağlamında Gerçek Vatandaşlık Statüsünün Önemi Göç, İltica Ve Sığınma Olguları Üzerinden Tarihî Bir Değerlendirme*

İrem KARAKOÇ 

Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İzmir
irem.karakoc@deu.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

Makale Geçmişi

Geliş: 23.12.2022

Kabul: 05.05.2023

Yayın: 08.05.2023

Anahtar

Kelimeler:

Vatandaşlık,
Kapitülasyon, Tâbiyet-i
Osmaniyye
Nizamnamesi, İltica,
Göç.

ÖZ

Günümüzde Türkiye'nin komşularında yaşanan iç ve dış savaşlar ile ekonomik ve sosyal krizlere bağlı olarak göç, iltica ve sığınma olguları gündemi meşgul etmektedir. Ülkelerinden ayrılıp gelenlerin bazıları yerleşmek; bazıları ise, Avrupa ülkelerine geçişin ara durağı olarak kullanmak amacıyla Türkiye'ye sığınmaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle doktrinde yanlış şekilde birbiri yerine kullanılan göç, iltica ve sığınma kavramlarının açıklanması ve tarihî bağlamına yerleştirilmesi amaçlanmıştır. Aslında konu, bu hâliyle bir akademik çalışmada olması gereken bütünlüğü sağlamaktadır. Fakat sığınmacı, mülteci ya da göçmenlere vatandaşlık hakkı da tanınmıyor olması ve tartışmaların daha ziyade vatandaşlık ekseninde yoğunlaşması nedeniyle *Osmanlı Devleti'*nde tâbiyet hukukunun suistimalinin yarattığı açmazlardan bahsedilmesinin, çalışmanın konusuna güncellik katacağı düşünülmüştür. Bu yüzden makalemiz, *göç-iltica-sığınma* ile *vatandaşlık-yabancılik-gerçek vatandaşlık* konularının açıklandığı iki bölüme ayrılmıştır.

Çeşitli dönemlerde *Osmanlı Devleti'*ne dışarıdan göçmen/sığınmacılar gelmiştir. Devlet bunları din temelli tâbiyet sistemi içerisinde korumuş ve haklar bahşetmiştir. Ancak on sekizinci yüzyıldan itibaren Osmanlı tâbiyet sisteminin yabancı elçilikler tarafından başlatılan kötüye kullanımlara konu olduğu bir süreç yaşanmıştır. *Osmanlı Devleti'*nde zimmilerin bir kısmı, önce birer berat edinerek Avrupa devletlerinin himayesi altına girmişler (mahmilik), sonra da yabancı devletlerin vatandaşlığına geçmişlerdir. Sırf bir takım maddî çıkarlar için edinilen bu vatandaşlıkların "*gerçek anlamda vatandaşlık*" olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılmalıdır. Makalemizde yeri geldikçe bu bağlamda gerçek vatandaşlık kavramından söz edilmiştir.

1800'lü yıllardan itibaren devletin egemenlik yetkilerini sınırlayan kapitülasyonlar, ilk bakışta basit bir ticari anlaşma gibi görünse de yargısal hükümleri de içermesi nedeniyle bu süreçte araç olarak kullanılmıştır. Kapitülasyonlar, yabancılara sağladığı kolaylıklar/imtiyazlar yüzünden bunlara sahip olmak isteyen Osmanlı tebaasının da ülke değiştirmeden vatandaşlık değiştirmesiyle birlikte, aslı tebaanın kendi ülkesinde azınlıkta kalmasına yol açmıştır. Eğer göçmen-mülteci-sığınmacı şeklinde de olsa yabancı statüsünde olan ya da muvazaalı şekilde vatandaş olanlara aslî vatandaşlardan daha ayrıcalıklı imkânlar tanınırsa, tarihte yaşanan ve bu çalışmamızda açıklanmaya çalışılanlara benzer sıkıntılara karşılaşılmaması kaçınılmaz gibi görünmektedir.

* Bu çalışma 13-15 Mayıs 2022 tarihinde yapılan Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde "*Vatandaşlık Kavramının Tarihi Kökleri*" başlıklı bir bildiri olarak sunulmuştur.

The Importance Of Real Citizenship Status In The Context Of Ottoman Nationality Law A Historical Evaluation On The Phenomena Of Migration, Asylum And Refuge

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 23.12.2022

Accepted: 05.05.2023

Published: 08.05.2023

Keywords:

Citizenship,
Capitulation, Ottoman
Nationality Regulation,
Asylum, Migration.

Today, migration, asylum and refugee phenomena occupy the domestic and international agenda due to internal unrest, wars, economic and social crises in Türkiye's neighbors. Some of those who leave their countries seek asylum in Türkiye to settle in and others seek asylum in Türkiye to use it as an "intermediate stop" on their way to Europe. Considering all these debates, our study aims to explain the concepts of migration, asylum and refuge, which are frequently and incorrectly used interchangeably in the doctrine, and to place them in their historical context. In fact, in this form, the subject will provide the integrity which is required in a certain academic study. However, since asylum-seekers, refugees and immigrants were also granted citizenship and the discussions were mostly centered on citizenship, mentioning the dilemmas created by the abuse of nationality law in the Ottoman Empire would add historical depth to the subject of the study. In conclusion, our article is divided into two main sections in which the issues of *immigration-asylum-refugee* and *citizenship-foreignness-real citizenship* are explained.

In various periods, the Ottoman Empire received immigrants and refugees from abroad. The state protected and granted them rights within the religious-based nationality system. However, from the eighteenth century onwards, there was a process in which the Ottoman system of allegiance was subject to abuses. In the Ottoman Empire, some of the dhimmis first obtained a charter and protected by European states (mahmîlik) and then became citizens of foreign states. It should be discussed whether these citizenships, which were acquired solely for material benefits, can be characterized as "citizenship in the real meaning/definition". In our article, the discussions on real citizenship have been mentioned occasionally, but this concept, which could be subject to a separate study, has not been fully elaborated.

Since the 1800s, capitulations, although it seems like a simple commercial agreement initially, limiting the sovereign powers of the state was used as a tool in this process, because it also includes judicial provisions. Ottoman subjects who wished to enjoy the facilities/privileges provided by the capitulations changed their citizenship without changing countries, causing the original/naturalized subjects to become minority in their own country. If more privileges are given to those who have foreign status, even if they are immigrants-refugees-asylum-seekers, than to the naturalized citizens, it seems inevitable to encounter difficulties similar to those experienced in history.

Atıf/Citation: Karakoç, İ. (2023). "Osmanlı Tâbiyet Hukuku Bağlamında Gerçek Vatandaşlık Statüsünün Önemi - Göç, İltica Ve Sığınma Olguları Üzerinden Tarihi Bir Değerlendirme", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 255-296.

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 *vatandaşlık*, bir topluluğa, bir devlete veya -devletten önceki çağlar düşünüldüğünde- site/kabile ve benzeri yapıya maddî ve manevî anlamda bağlılık olgusu şeklinde tanımlanmaktadır. Bu hususa, hukuk düzeninin sonuç bağlayarak hukukun konusu hâline getirmesi ise, tarihî bir süreç gerektirmiştir. Devlet öncesi toplumlarda bir aileye/aileler topluluğuna, siteye ya da kabileye âdiyet duygusu devlet şeklinde teşkilatlanan örgütlü toplumlarda giderek devlete bağlı insanlara haklar tanınması ve mükellefiyetler yüklenmesi şeklinde tezâhür etmeye başlamıştır. *Osmanlı Devleti*'nde on beşinci yüzyıldan on dokuzuncu yüzyıl sonuna kadar süren; göç-iltica-sığınma-himaye (ticarî ve dinî), kapitülasyon, beratlı (sefir-tercüman-tüccar) ve tâbiyete ilişkin hükümleri kötüye kullanmalar vatandaşlığın *manevî unsurunu* ve buna bağlı olarak *gerçek vatandaşlık* kavramının tanımlanmasının önemini ortaya koymuştur. 1860'lı yılların sonlarında Osmanlı hukuk dünyasında, bu türden suistimalleri dile getiren çalışmalar olmakla birlikte henüz "*gerçek vatandaşlık*" kavramından bahsedilmediği görülmektedir.

Bir hukuk tarihi çalışması olan bu makalede vatandaşlık konusu, günümüzde sıklıkla tartışmalara yol açan göç-iltica-sığınma kavram ve olgularıyla ilişkilendirilerek anlatılmak yoluna gidilmiştir. Bu yaklaşım şeklinin çalışmamıza güncel bir boyut kazandıracağı düşünülmektedir. Öncelikle göç-iltica-sığınma kavram ve olgularının tarihsel süreçteki yeri değerlendirilmiş ardından vatandaşlık ile bağlantısı üzerinde durulmuştur. Bu durum şüphesiz her biri, ayrı ayrı çalışma konusu olabilecek genişlikteki konuları bir araya getirmesi bakımından makalenin bir miktar dağınıkmış gibi görünmesine neden olabilir. Ama çalışma *Osmanlı Devleti* döneminde yaşanan tarihî örneklerin günümüzde yaşananlarla benzerliklerinden hareket ederek ve bu süreçlerin mukayesesi gâyesiyle yapıldığından bu sakıncayı gidermek amacıyla derli toplu bir sonuca varılmaya çalışılmıştır. Öte yandan halef-selef bu iki devletin ilgili dönemleri arasındaki zaman aralığının uzunluğu, anlatılanlar arasında kopukluklar olduğu izlenimi doğurabilirse de çalışma ilerledikçe okuyucu konunun bütünlüğünün farkına varacaktır. Çalışmada öncelikle, "*gerçek vatandaşlık*" kavramına en çok *Osmanlı Devleti*'nde yaşanan bir Tâbiyet Kanunnâmesi oluşturma sürecinde ihtiyaç duyulduğu fakat o dönemde henüz bu kavramın hukukî terimlerle dile getirilemediği vurgulanmıştır. Bu kavramlaştırma için o dönemin şartlarının henüz uygun bir zemin oluşturmadığı düşünülse bile gerçek vatandaşlık kavramına günümüzde başvurulmamasının bir bahanesi yoktur. Ancak bunun için hukuk tarihi çalışmalarının tuttuğu ışığa ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenlerle makalede *Osmanlı Devleti*'nin klasik döneminden başlanılarak, modern dönemin göç, iltica, sığınma olay ve kavramlarına dek gelinmek istenmiş; bu nedenle başlıklar altında detaylı dönemsel irdelemelere girilmemiş konular son derece genel açıklamalarla izah edilmiştir.

Vatandaşlık kavramının son yıllarda günlük hayatta da sıklıkla karşılaşılan ve hattâ son günlerde vatandaşlık terimiyle bir arada zikredilen; kendi aralarında yakın anlamlı oldukları için birbiri yerine kullanılan *göç-göçmen*, *iltica-mülteci*, *sığınma-sığınmacı*, *koruma-koruma altındaki yabancı* gibi kavramlarla da ilişki kurularak açıklanmasının gereği vardır.

I. GÖÇ, İLTİCA, SİĞİNMA KAVRAMLARI

A. Genel Açıklama

Sığınma ve mülteciliğin kökeni ile ilgili ilk kayıtları, yaklaşık 3500 yıl öncesine kadar götürmek mümkündür¹. Sınırların kesin ve belirgin hatlarla çizilmediği bu erken dönemlerde dahi yazıtlar ve kutsal metinlerde söz konusu kavramlarla karşılaşılması, insanın ve hukukun doğasının değişmediğini, bu konunun insan ve toplum hayatı bakımından önemini bir kez daha vurgulamaktadır.

Avrupa'nın gördüğü en büyük göç *Kavimler Göçü*'dür (M.S. 374). Sığınma konusunda Iustinianus, "büyük bir suçu olmadığı müddetçe sığınmacıya sığınma hakkı tanınır" kuralını getiren bir düzenleme yapmıştır. M.S. 711'de İspanya'daki Yahudi ve Arapların ülkelerinden kovulması sonucu Arapların, Kuzey Afrika'ya; Yahudilerinse, Kıta Avrupası'na ve *Osmanlı Devleti*'ne sığındıkları bilinmektedir². *Orta Çağ*'da Avrupa'da, Fransa ve İtalya'da, insanlara dinmezhep temelinde uygulanan baskılar sonucu kitlesel katliamlar, göçler ve sığınmalar yaşanmıştır. Benzer şekilde *Otuz Yıl Savaşlarının* yol açtığı kitlesel yer değiştirme hareketleri, *Balkan Savaşları* ve *Birinci Dünya Savaşı*, milyonlarca insanın bu kez Avrupa'ya sığınmasında etken olmuştur. *İkinci Dünya Savaşı*'na kadar olan dönemde bu kez faşist rejimlerin politikaları insanları göçe zorlamıştır. Dünya savaşlarının ardından ülke sınırları belirlenirken yine kitlesel insan hareketleri gözlemlenmiştir. Yirminci yüzyılın sonlarında kurulan sömürge rejimleri; takiben, bunların bağımsızlık hareketleri ve devamında kurulan devletlerin sınırları konusunda çıkan uyuşmazlıklar, özellikle Afrika'da kitlesel nüfus hareketlerini tetiklemiştir. Yirminci yüzyılın sonlarına gelindiğinde bu kez soykırımlar, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları, göçten ziyade, giderek artan sığınmaları ve mülteci hukukunu gündeme taşımıştır³.

Göç, iltica ve sığınma sözcükleri tanımları ve hukukî sonuçları bakımından birbirinden farklı durumları anlatmak için kullanılmaktadır. Fakat günümüzde bilinçli/bilinçsiz buna dikkat edilmediği, kelimelerin kapsamlarının gelişigüzel daraltılıp genişletildiği ya da yaşanan somut olayların yanlış ifade edildikleri görülmektedir. Örneğin *göç-göçmen* ve *iltica-mülteci* kavramlarının hukuken aynı anlamda kullanılması doğru değildir. Çalışmanın asıl konusu olan vatandaşlık-yabancılık hukukunun ise, bunlardan çok farklı bir bağlamı vardır. *Vatandaşlık-yabancılık statüsü*, normal şartlar altındaki durumları; *göç-sığınma-iltica* ise, istisnâi durumları anlatan kavramlardır.

¹ Odman, Tevfik. *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku, (Dünyada ve Türkiye'de İlticanın Gelişim Süreci)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 23-24.

² Odman, s. 25-26; Shaw, Stanford J. *From Empire to Republic, The Turkish War of National Liberation 1918-1923 Documentary Study, V. 1 The Rise and Fall of the Ottoman Empire*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s. 33-34; Bozkurt, Gülnihal. "Türk Hukuk Tarihinde Azınlıklar", AÜHFD, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 49.

³ Sayı konusunda bkz. UNHCR in Turkey, Facts&Figures (2011), Issue 3, s.13, [http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/f&f_issue_03-eng\(1\).pdf](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/f&f_issue_03-eng(1).pdf), (6. 11.2022).

B. Göç ve Göçmen

1. Genel Olarak

Göç, ilticadan daha geniş kapsamlı olup devletlerarası hukukta genellikle daha iyi iktisadî şartlarda yaşamak, eğitim, aile birleşmesi gibi nedenlerle ya da doğal afetler, kıtlık veya aşırı fakirlikten dolayı bir arayış sebebiyle kişilerin, gönüllü olarak ülke değiştirmesini anlatmaktadır⁴. Aslında mültecîyi ve göçmeni aynı kefeye koymak, her ikisine birden “göçmen” demek, mülteciliğin, içerdiği “zorluk/zorunluluk/sıkıntı” durumunu göz ardı etmek, basite indirgemek olur. Göçmende bir korku, endişe, yaşam tehlikesi gibi bir durum bulunması zorunlu değildir. Örneğin sırf daha iyi bir hayat yaşamak amacıyla bile bir yerden başka yere göçmek mümkündür. Göç olgusunda *uluslararası* bir boyut bulunmak zorunluluğu da yoktur. Bir kişi, ülke içinde de bir yerden bir başka şehre yerleşmek maksadıyla göç edebilir. Bu bakımdan göç kavramı iç⁵ ve dış göç olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Terk edilen ve yerleşilen ülke açısından bunu *dışa* ve *içe* göç olarak da ayırmak mümkündür. Göçenlerin sayısı temel alındığında *münferit* ve *kitlesel* göçler vardır⁶.

Farklı ülkelerden göçmen olarak gelenlere uygulanacak hukuk belirlenirken objektif ve sübjektif esaslar gözetilmelidir. Objektif esaslar, bu kişilerin insan hakları bakımından uluslararası hukukun tayin ettiği kurallara uygun ve uluslararası koruma müesseselerinden yararlandırılmasını sağlayacak olan kural ve kâidelerdir. Göçmende, gittiği ülkede yerleşme niyetinin olması, yerleşilecek ülke bakımından göçmenlere dâir hukuk düzenlemelerini kendi sosyal, siyasî, tarihî gerçeklerine göre şekillendirmesi hakkını da vermektedir. Ancak konuya objektif açıdan bakıldığında ülkelerin iç koşulları ne olursa olsun bırakınız göçmenlerin gittikleri yerin hukukunu etkilemelerini, istismar sayılabilecek şartlar altında çalıştırıldıkları görülebilmektedir. Oysaki bunlara diğer işçilerden daha düşük ücretle, daha uzun sürelerle, tatilsiz çalıştırma, ayrımcılık, keyfi tutuklama veya gözaltı, zorla çalıştırma veya kölelik gibi insan hakkı ihlâli sayılacak davranışlarda bulunulamaz. Aksi tutum, göçmen kabul eden ülke bakımından, uluslararası hukukî sorumluluk doğuracaktır.

Aşağıda *Osmanlı Devleti*'nde göç ile ilgili tarihî süreçten bahsedilirken açıklamalar genel hatlarıyla yapılmıştır. Çünkü konumuz genel bir değerlendirme olduğundan belli bir dönem esas alınmamış, konunun çok dağılmaması için Osmanlı'nın genel göç-göçmen politikaları ve tâbiyet esasları belirtilmekle yetinilmiştir.

⁴ Güllüpinar, Fuat. “Göç Olgusunun Ekonomi-Politigi ve Devletlerarası Göç Kuramları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 4, Nisan 2012-Eylül 2012, s. 53; Şakacı, Bilge Kağan. “Türkiye'nin Göç ve İskân Politikaları: 1934 Tarihli 2510 sayılı İskân Kanunu İncelemesi”, *Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi*, C. 1, S. 3, 2020, s. 38.

⁵ Kırsal bölgelerden, bir iş imkânı olup olmadığına bakmaksızın İstanbul'a kaçan insanları memleketlerine göndermek için III. Selim'in aldığı geçici önlemler Osmanlı'da yaşanan iç göç gerçeğini açıklamaktadır (Shaw, *Modern Türkiye-1*, s. 358 vd).

⁶ İpek, Nedim. “Birinci Dünya Savaşı Esnasında Karadeniz ve Doğu Anadolu'da Cereyan Eden Göçler”, *On Dokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 1999, s. 161.

2. Tarihî Süreç

Daha on altıncı yüzyılda, göçmenler sebebiyle devletin nüfusunun iki katına çıkması *Osmanlı Devleti*'nin çöküş nedenlerinden birinin aşırı nüfus artışı olduğunu düşündürmektedir. Dış göçe ek olarak iç göç de ortaya çıkmış, kendi köylerinde işleyecek toprak bulamayan köylüler kentlere göç etmiştir. Bir kısım topraksız köylüler, 1570'te Kıbrıs fethedilince oraya yerleştirilmişlerdir⁷. *Osmanlı Devleti*, gerileme dönemi boyunca sürekli toprak kaybettiği için yerleştirilecek yeni yerler olmadığı gibi kaybedilen topraklardaki Müslüman tebaanın da ana vatana geri dönüşleri söz konusu olmuştur. Devletin bu dönemde ülkeye dışarıdan gelen göçü de serbest bırakması hattâ teşvik ettiği görülür. Çünkü o devirlerde devletin zenginliğinin nüfusun çokluğuyla doğru orantılı olduğu ve savaşlardaki yenilginin, nüfus büyüterek kapatılabileceği sanılmaktaydı⁸. Ülkeye gelen muhacirler arasında Müslüman, Yahudi ve Hıristiyan ayrımı yapılmamış hattâ başka ülke tebaasına dahi kapılar açılmıştır. Bu göç politikası *II. Abdülhamid* dönemine kadar sürdürülmüş⁹, Türk olmayan nüfusun artmasıyla toprakların kaybedilmesi arasında doğru orantı olduğu fark edilememiştir¹⁰.

Türk Hukuk Tarihi, dünyadaki gelişmelerin de etkisiyle farklı dönemlerde birbirine benzeyen ve benzemeyen göç süreçlerine sahne olmuştur. Örneğin Türk askerinin ilk olarak Viyana'dan çekilmek durumunda olduğu yerlerde *geriye göç olgusu* yaşanmıştır. 1683'ten sonra Türk ordusunun çekildiği bölgelerdeki *Müslüman Türkler* yurtlarını terk ederek *Osmanlı Devleti*'nin egemenliğinde kalan *Türk topraklarına* doğru geri çekilmişlerdir. On yedinci yüzyıl sonlarında Türk egemenliğinden çıkan yerlerin Müslüman Türk ahali, Tuna'nın güneyine sığınmıştır. Tarihte *Osmanlı Devleti* ile Rusya arasında göçe yol açan çok sayıda savaş olmuştur. *1768-1774 Osmanlı-Rus Savaşı* öncesi Kazan, Güney Volga, Kuzey Kafkasya ve Don civarında yaşayan Türk, Tatar ve Moğollar tehcir edilmiştir. Kazan-Azak arasında yaşayan Türkler, yine Türk topraklarına göç etmişlerdir. 1768-1774 ve 1778-1792 savaşları sonunda da kitlesel göçler olmuştur¹¹. *Osmanlı Devleti*'nin Rusya ile. 1827-1829 savaşlarında, Rusya ile *Osmanlı Devleti* arasında Müslümanlar ile Ermenilerin mübâdelesi buna örnek gösterilebilir¹². Doktrininde böylesi bir geri dönüşü, *iltica* olarak nitelendirenler vardır¹³. Burada dikkat çeken husus, Türk egemenliğinden çıkıp yabancı devletlerin eline geçen yerlerdeki halkın, devleti oradan el çekince, devletin ana unsuru olarak askeriyle birlikte geri çekilmesidir. Bu insanlar yabancı yönetimine

⁷ Shaw, Modern Türkiye-1, s. 238-239.

⁸ Odman, s. 29.

⁹ Akgündüz, Ahmet. "Osmanlı İmparatorluğu ve Dış Göçler; 1783-1922", *Toplum ve Bilim*, S. 80, 1999, s. 148.

¹⁰ Candeğer, Ümmügülsüm. Lozan Ahali Mübadelesi Çerçevesinde Yunanistan ve Adalardan Muğla'ya Gelen Türk Göçmenlerin İskanı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2003, s. 136; Aydın, Faruk. "1878'de Osmanlı Devleti'nde Meydana Gelen Göç Hareketleri ve Göçmenlerin İskanı", *Askeri Tarih Bülteni*, C. XVIII/34, 1993, s. 35.

¹¹ Shaw, Modern Türkiye-1, s. 336, 338-339.

¹² Yunanistan'ın homojen nüfus gayesini, Osmanlı'dan bağımsızlık kazanma amacına bağlayan görüş için bkz. Mc Carthy, Justin. *Ölüm ve Sürgün*, (Çev. Bilge Umar), İnkılap Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 31. Ayrıca bkz. Dündar, Fuat. *İttihat ve Terakki'nin Müslümanları İskân Politikası (1913-1918)*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001, s. 52; Odman, s. 27.

¹³ Odman, s. 27.

girmiş o ülkelerde kalmayı sürdürebilirlerdi. Ama bunu yapmak istememişlerdir. Bu yüzden kanaatimizce burada, günümüzde anlaşıldığı şekliyle bir ilticadan söz edilemez.

Göçmenlerle ilgili yapılan düzenlemelerde zaman zaman kişinin iradesine ve devletin iznine yer verildiği görülmektedir. *Osmanlı Devleti'nde* 1911'de çıkarılan “*İskân-ı Muhâcirîn Nizamnamesi*”nde “göçmenlerin, bağlı oldukları devletin izniyle mi yoksa kendi iradeleriyle mi ülkeye döndükleri”ni temel alan ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, tâbi oldukları devletin izniyle göç edenlere *muhacir*; önce Türk topraklarına sığınıp sonradan Osmanlı tâbiyeti isteyenlere ise, *mülteci* denmiştir. *Birinci Dünya Savaşı* esnasında vuku bulan göç ve ilticalarda kavramların farklı bir içeriğe büründürüldükleri görülür. Savaş nedeniyle düşmanın işgal ettiği topraklarımızdan Türk topraklarına, sınır gerisine gelenlere *mülteci*; andlaşma ile bir diğer devlete terk edilen topraklardan gelenlere ise, *muhacir* denmiştir¹⁴.

Bir arşiv belgesinde aslî memleketini terk ederek Osmanlı tâbiyetini kabul etmek şartıyla Türk topraklarına yerleşen ve geri dönmeyeceğine dair kendisinden taahhüt senedi alınan kişilerin *muhacir* oldukları belirtilmiştir. Memleketi düşman istilâsına uğradığı için Osmanlı ülkesine sığınmaya mecbur kalan, ancak bu yerler geri alındığında yurduna dönme eğiliminde olanlara *mülteci* denir. Bu durumda mülteciler de biri, istilâyâ maruz kalan Türk topraklarından, elde kalan yerlere iltica edenler; diğeri, toprakları işgal edilen bir yabancı devletin vatandaşı olup Türk topraklarına iltica edenler olmak üzere ikiye ayrılabilir¹⁵.

Osmanlı'nın tâbiyete ilişkin hukukun gelişmesinde büyük ölçüde dış sebepler etkili olmuştur. *Balkan Savaşları*'ndan itibaren¹⁶ *Osmanlı Devleti*'nin Balkanlarda kurulan yeni devletlerle nüfus değişimi (mübâdele) anlaşmaları yapması zorunlu hâle gelmiştir. Savaşların sonucunda meydana gelen sınır değişiklikleri¹⁷ ve kurulan yeni ülkeler nedeniyle bazı ülkelerin halkları kısmen kendi sınırlarının dışında kalmışlardır. Her devlet kendi vatandaşını kendi topraklarına almak isteyince bu sorunun ancak andlaşmalar yoluyla çözülebileceği sonucuna varılmıştır¹⁸.

Yukarıda açıklanan dış gelişmeler nedeniyle millî mücadele sırasında kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti de 1922 yılı sonuna kadar iç ve dış göçmenlerin iskânıyla ilgilenmek zorunda kalmıştır. Balkanlar *Osmanlı Devleti* tarafından fethedildiği zaman oralara yerleştirilen Müslüman Türklerin, mübadelesi konusu gündeme gelmiştir¹⁹. Bu yönüyle devletin Balkanlardaki topraklarında yaşayan fakat sonradan Osmanlı'dan ayrılarak bağımsızlık ilân eden

¹⁴ *Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi*, III/I, Ankara 1990, s. 206-208'den aktaran, İpek, s. 162, dn. 3.

¹⁵ İpek, s. 162.

¹⁶ Balkan Savaşları *Osmanlı Devleti*'nin 8 Ekim 1912 - 10 Ağustos 1913 arasında Balkanlardaki dört devletle yaptığı savaşlar olup bunun nedeni Bulgaristan Krallığı ile Sırbistan Krallığı'nın Balkanlarda hızlanan yayılma faaliyetleridir. Ayrıntı için bkz. Shaw-Shaw, s. 352 vd.

¹⁷ Kesinleşen sınırlar 29.9.1913'te Bulgaristan; 14.10.1913'te Sırbistan ve 14.3.1913'te Yunanistan'ındırlar (Shaw-Shaw, s. 358-359).

¹⁸ Bulgaristan'dan gelenlerin bulunduğu mülteci kampı fotoğrafı için bkz. Shaw, *From Empire*, s. 50. Bulgaristan ve Yunanistan ile yapılan mübadele anlaşmaları (1913) için bkz. Dündar, s. 66. Odman, s. 29.

¹⁹ Osmanlı'nın Balkanlardaki iskân siyaseti ile ilgili olarak bkz. Kayapınar, Ayşe. “Anadolu'dan Balkanlara Yapılan İskânın Özellikleri: Bulgaristan Örneği”, *Atatürk Kültür, Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları VIII. Dizi - Sayı: 35° Kongreye Sunulan Bildiriler V. Cilt Göç Ve İskân İktisat Tarihi Vakıflar Tarihi* Ankara, 2022 XVIII. Türk Tarih Kongresi, Ankara: 1-5 Eylül 2018, Hazırlayanlar: Semiha Nurdan-Muhammed Özler, s. 9 vd.

devletlerden Türkiye'ye dönen Osmanlı Müslüman tebaasının hukukî durumunun, kendi ülkesinin olumsuz şartlarından kaçarak başka ülkelere sığınan yabancıların durumundan farklı olacağı açıktır. Konuyla ilgili olarak 30 Ocak 1923'te *Lozan Barış Konferansı*'nda Türkiye ve Yunanistan hükümetleri arasında, Türk ve Yunan ahâlisinin zorunlu değişimini esas alan bir anlaşmaya varılmış (30 Ocak 1923) ve iki devlet arasında ahali mübâdelesine yapılmıştır. Mübâdelenin hukukî dayanağı, 30 Ocak 1923'te imzalanan "*Yunan ve Türk Halklarının Mübadelesine İlişkin Sözleşme ve Protokol*"dür²⁰. Zorunlu mübadele ise, fiilen 1 Mayıs 1923'ten itibaren başlatılmıştır²¹. Daha *Lozan Antlaşması*'nın görüşülmesi sırasında Türkiye'deki Rumlar kıyı kentlere yığılmışlar, bir kısmı kaçarak Yunanistan'a sığınmışlardır²².

Cumhuriyet'ten sonra terimlerde yeniden bir anlam farklılaşması olduğu görülmektedir. 2510 sayılı, 14 Haziran 1934 tarihli *İskân Kanunu muhaciri*, "Türkiye'de yerleşmek fikriyle dışarıdan ferdi veya gruplar hâlinde gelmek isteyen Türk soyundan, meskûn veya göçebe fertler, aşiretler ve Türk kültürüne bağlı meskûn kişiler; *mülteciyi* ise, Türkiye'de yerleşmek amacıyla olmayıp bir zaruretten dolayı geçici bir süre oturmak üzere sığınanlar olarak kabul etmiştir²³. Ana hatlarıyla ve özetle açıklanan tüm bu gelişmelerin sonucunda, dünya kamuoyunda Türkiye'nin *kitlesel göçleri kabul etmeye alışkın ve gerçek anlamda bir iltica ülkesi* olduğu görüşü yerleşmiştir²⁴.

3. İltica ve Mülteci

a. Genel Olarak

Çağlar boyu insanlar, hem Doğu'da hem Batı'da dine ve ırka dayalı hoşgörüsüzlük; toprak bölünmeleri gibi olaylar sonucunda başka ülkelere iltica etmişlerdir. On dokuzuncu yüzyıldan önce bir ülkeden diğerine gitmek için pasaport/vize zorunluluğunun henüz kabul edilmediği dönemlerde uluslar arasında yaygın olarak *sığınma hakkı* tanınmaktaydı. On dokuzuncu yüzyıldan itibaren ülke sınırları ve vatandaşları belli olan devletler doğduktan sonra sayısı çok artan mültecilerle baş edilememiş, suistimaller baş göstermiş, mülteci sorunu doğmuş ve sonuçta siyasî sığınmacıları kabul geleneği terk edilmeye başlanmıştır. İngiltere'de 1905'te yürürlüğe konulan

²⁰ Lozan Barış Konferansı, Takım II, C. 2, s. 89-95.

²¹ <http://www.lozanmubadilleri.org.tr/mubadele-sozlesmesi/>; Lozan Barış Konferansı-Tutanaklar Belgeler- Takım: II, Cilt: 2, Çeviren: Seha L. Meray. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları; "Mübadele-i Ahâli Hakkında Lozan Muahedenamesiyle Atina İtilafnamesinin Tatbikatından Mütevellit Mesailin Halli İçin Yunanistanla İmza Edilen Mukavelename", Andlaşmanın İmza Yeri Ve Tarihi: Ankara, 10 Haziran 1930 Onay Kanununun Tarih Ve Sayısı : 17 Haziran 1930, Sayı 1725 Resmi Gazete İle Neşir Ve İlanı : 1 Temmuz 1930 Sayı: 1534 (*Düstur*, III. Tertib, Cilt. 11, s. 706). Ayrıca bkz. Kanunlar Dergisi, C. 2, S. 109, Ankara, 1923; Candeğer s. 137-138.

²² Yunanistan, dünya Rumlarına, mütteliklerine ve *Cemiyet-i Akvam*'a, göçmen Rumlar için yardım çağrısında bulunmuş yüklü bağış toplamıştır (Söylemezoğlu, Galip. Galip Kemal Hatıraları, Canlı Tarihler, C. V, Türkiye Yayınevi, İstanbul, 1946, s. 102; Aktar, Ayhan. *Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001, s. 27; Dündar, s. 69-70.

²³ *Düstur*, XV/1, İstanbul 1934, s. 1156-1157, (R.G. 21 Haziran 1934, S. 2733).

²⁴ Ortaylı, İlber. "Mülteci Sorunu", Milliyet, 13.9.2015.

Yabancılar Kanunu'ndan (Aliens Act) önce Avrupa ülkelerinden dinî ve kültürel farklılıklar nedeniyle sınırsız göçler (immigration²⁵) ve sığınmalar yaşanmış, 1880'den sonra büyük çaplı bir Yahudi göçünden sonra ülkeye girişleri sınırlayıcı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur²⁶.

b. İlticanın Tanımı ve Terim Sorunu

Batıda iltica karşılığı olarak insanlık dışı şartlarda akıl hastanelerine kapatılan hastalar için koruyucu-insanî tedaviler sağlamayı ifade eden sığınma/sığınak anlamındaki *asylum* kelimesi yerleşmiştir²⁷. 1951 Sözleşmesi'nde mültecinin karşılığı olarak *refugee* sözcüğü kullanılmıştır. *İnsan Hakları Evrensel Beyannâmesi* ile 1967 tarihli *Birleşmiş Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisi*'nde sığınmacıya *asylum seeker* (koruma arayan) denmiştir. Hukukî metinlerde *sığınmacı* ve *mülteci* arasında yaratılan bu farklılığın amacı, sığınan kişinin bu fillî durumunun (*asylum seeker*-sığınmacı) belli şartları taşıdığı anlaşıldıktan sonra sığınılan devlet indinde kazandığı hukukî/resmî statüden (*refugee*-mülteci) ayırt edilmesi gâyesidir. Dilimizde bu ikisi sanki aynı anlamda kullanılan kelimeler olup *mülteci* eski Türkçesi; *sığınmacı* ise onun yeni söylenişiymiş gibi bir izlenim vardır. Oysa sığınmacılar, baskı, zulüm, siyasî ayaklanma vb. nedenlerle güvenlik kaygısıyla artık eski hükümetinin korumasına sahip olmayan, yerinden edilmiş, evsiz, gönülsüz şekilde ülkesinin sınırı dışına çıkan/göç edenlerdir. Kişinin belli bir devlet tarafından *resmen* sığınmacı olarak kabulünden sonra kazandığı haklar ve yükümlülükler temelinde tanımlanan bu yeni statüsü ise, mülteciliktir²⁸. *Altuğ*, mültecilerin de kendi arsında millî-milletlerarası-siyasî-ekonomik mülteci olarak ayrılması gerektiğini düşünmüştür²⁹.

Mültecilik statüsü tanınsa bile bu, kişiye vatandaşlık statüsü vermemektedir. Mülteci, sığındığı ülke devletinin vatandaşlığını kazanmadığı için o devletin diplomatik korumasından da yararlanamamaktadır. *İskân Kanunu*'nun 3'üncü maddesinde mülteci, Türkiye'de yerleşmek maksadı ile olmayıp, bir zaruretle muvakkat oturmak için sığınanlar şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda hukukî bir terim olarak mülteci, vatandaşı olduğu ülkede olan siyasî olaylar nedeniyle bu ülkeyi iradî veya cebren terk etmiş; yeni bir devletin vatandaşlığına geçmemiş; bir devletin diplomatik koruması altında bulunmayan ve bu statüsü onu kabul eden devletçe resmen tanınan kişilerdir. Sığınma ise, uluslararası koruma arayan, başvuruda bulunduğu ülkede yetkili makamlarca başvurusu henüz sonuçlandırılmamış yani, henüz *resmi olarak mülteci statüsü verilmemiş* kişilerin içinde bulunduğu durumdur³⁰. Sığınma gerçekleşikten sonraki aşamada kişilerin iltica şartlarını taşıyıp taşımadıkları incelenir. İnceleme sonunda iltica başvurusunda bulunanın bu talebi kabul edilebilir ya da edilmeyebilir. Bu süreç içerisinde sözü geçenlere

²⁵Doktrinde Batı dillerinde göçü ifade etmek üzere *migration-immigration* ve *emmigration* sözcükleri kullanılmaktadır. Immigration, bir ülkeye taşınmak; migration, bir ülkeden diğerine taşınmak; emmigration ise, kendi ülkesinden taşınmaktır.

²⁶Fransa'dan göçen Huguenotlar, İngiltere'de bir dereceye kadar asimile olmaya istekli görünseler de kökleriyle bazı bağlarını sürdürmek için birkaç Fransız Protestan okulu ve dost topluluklar kurmuşlardır (<http://refugeehistory.org/timeline-refugee>)

²⁷<https://www.sciencemuseum.org.uk/objects-and-stories/medicine/victorian-mental-asylum>

²⁸Terim sorunu ile ilgili olarak bkz. Odman, s. 418 vd.

²⁹Altuğ, Yılmaz. *Devletler Hukuku Bakımından Mülteciler*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1967, s. 5-6.

³⁰Odman, s. 419.

“sığınmacı” denir. Her sığınmacı, mültecî olarak tanınmaz. Ancak her mülteci, iltica sürecinin başında sığınmacıdır.

Uluslararası yayınlarda sıkça karşılaşılan ve kavram karışıklığına sebep olan bir diğer kavram “zorunlu göç”tür. Zorunlu göç tabirini kullananlar, sanki mülteciliği anlatmak istermiş gibi görünmektedir. Ama zorunlu göç kavramı aslında “göç” kavramı gibi evrensel olarak kabul görmüş ve kanunlara girmiş bir kavram değildir. Zorunlu göç, insanların uluslararası sınırları aşarak veya kendi ülkelerinin sınırları dâhilinde yerinden edilmesi; çeşitli baskılarla yer değiştirmeye, başka şehre göç etmeye zorlanması; başka bir deyişle, kişinin isteği ve iradesi dışında yer değiştirilmesi gibi tüm yer değiştirmeleri ifade etmektedir. Ama kavram, tam da bu yönüyle bir belirsizlik ve muğlaklık arz etmektedir. Oysa tam da bu durumu anlatmak üzere mevcut olan mülteci kavramı, uluslararası metinlerde açıkça tanımlanmış olduğundan zorunlu göç diye yeni bir kavram üretmeye gerek yoktur. Zorunlu göçü öne çıkaranların amacının, kimi devletlerin mültecilere karşı uluslararası hukuktan doğan sorumluluklarını yerine getirmemek ya da yerine getirmekten kaçınmak için mültecilere *zorunlu göçmen* diyerek konuyu muğlaklaştırmak olduğu düşünülmektedir. Bu durumda en doğrusu yukarıda açıklanan şartları taşıyıp taşımadığına göre, insanların açıkça ya “mülteci” veya “göçmen” şeklinde nitelendirilmesidir³¹.

c. Tarihî Süreç

Türkler, gerek Osmanlı gerekse Cumhuriyet devirlerinde kendisine sığınanları himaye etmiştir. *Fatih Sultan Mehmed* ülkede zaten mevcut olan Yahudilerden daha çoğunun Avrupa’dan göçünü kabul etmiş; Avrupa ülkelerinde baskı, zulüm, kan iftiralari ve katliamlara maruz kalan Yahudilere Osmanlı ülkesinde hoşgörü ve özgürlük ortamı sunmuştur³².

Osmanlı Devleti’nin her döneminde yaşanan kitlesel insan hareketliliği Avrupa’daki diğer imparatorlukların çözülme sürecinde, *Birinci Dünya Savaşı*’nı müteakip hız kazanmıştır. Bu konuda Türklerin yaşadığı başlıca sorunsal, şüphesiz Mondros Mütarekesi sürecinde, savaşın yol açtığı kitlesel göç ve sonrasında meydana gelen olumsuz şartlardan kaynaklanmıştır. Mütareke dönemi, savaşın kendisinden daha zorlu ve uzun bir süreç olmuştur. *Osmanlı Devleti*’ni fiilen sonlandıran bu mütarekeden sonra devlet, savaşan askerini terhis edip göndermek durumunda kalmış, meclisi dağıtılmış ve başkenti işgal edilmiştir. Bunun sonucunda yer değiştiren bir asker topluluğu meydana çıkmıştır. Ancak o sırada ülkede zaten Mayıs 1919’dan itibaren Avrupa ve Rusya’dan kaçıp gelen yaklaşık 130.000 Müslüman ve Yahudi’nin hareketliliği yaşanmaktaydı. Bunlara bir de Yunan işgalinin ardından görevden alınan Osmanlı yetkilileri ile Güneydoğu Anadolu’dan gelen siviller ile binlerce Rum ve Ermeni’nin yer değiştirmeleri eklenince iş, içinden çıkılmaz boyuta varmıştır. Ayrıca Suriye ve Lübnan’da Fransızlardan kaçan Arapları da

³¹ UNCHR, “Mülteci ve Göçmen?”, Sözcük seçimleri Önemlidir”, https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/02/UNHCR_Refugee_or_Migrant_TR.pdf, (11.11.2022).

³² Shaw, Stanford J. *Osmanlı İmparatorluğu’nda ve Türkiye Cumhuriyeti’nde Yahudiler*, (*The Jews of The Ottoman Empire and Turkish Republic*, New York University Press, 1991) (Çev. Meriç Sobutay, Kapı Yayınları, İstanbul, Eylül, 2008, s. 47-48. Türkiye Cumhuriyeti döneminde (Shaw, Türkiye Cumhuriyeti’nde, s. 397 vd) ve İkinci Dünya Savaşı sırasında da Yahudiler muhafaza edilmişlerdir (Süreç için bkz. Shaw, Türkiye Cumhuriyeti’nde, s. 405 vd).

unutmamak gerekir. Sonuç itibarıyla bazı kaynaklarda, İstanbul'a gelen yarım milyon kadar mülteci olduğu belirtilmektedir³³.

Mültecilerin uluslararası hukuk anlamında belli bir statüye sahip olmaları gereği, dünya savaşlarından sonra önem kazanmış ve bu konuda devletlerarasında çeşitli sözleşmeler akdedilmiştir. Günümüzün mülteci tanımını başta 1951 tarihli "*Mültecilerin Hukukî Statüsüne Dair Sözleşme*"³⁴ ve "*1967 Protokolü*" olmak üzere diğer bazı uluslararası belgelerde bulmak mümkündür. Ülkemizde olduğu gibi dünyada da mülteci hukuku, belli bir süreç içinde tedricen gelişmiştir. Başlangıçta dünya çapında gerçekleşen her iltica olayına özgü uluslararası girişimler ve andlaşmalar yapılmak yoluna gidilmiştir. Bu konuda ilk uluslararası girişim, 1921'de Milletler Cemiyeti tarafından mülteciler için bir *Yüksek Komiser* atanmasıdır. Bunun dışında *Hükümetler Arası Mülteciler Komitesi* (1938-47), *Birleşmiş Milletler Yardım ve Rehabilitasyon Mülteci Örgütü* (1947-52) ve *Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği* (UNHCR) (1950) kurulmuştur. Ayrıca *Avrupa Göç İçin Hükümetler Arası Komite* (Hükümetler Arası Göç Komitesi) (1951), *Uluslararası Kurtarma Komitesi* gibi çeşitli hükümet dışı ve gönüllü kuruluşlar oluşturulmuştur³⁵.

Yakın zamanlara gelindiğinde, mültecilerin hukukî durumundaki gelişmeleri, özellikle 1980'den sonra İran-İrak Savaşı (1988) Eski Yugoslavya'daki iç savaş (1992-1997); Bulgaristan'dan sınır dışı edilmeler (1989); Körfez Savaşı (1990, 1991); Kosova'da meydana gelen olaylar (1999) ve Ahıska Türklerinin sürgününe bağlı göç ve sığınmaların şekillendirildiği görülmektedir³⁶.

Günümüzde Türkiye, nüfus hareketleri bakımından son yerleşim yeri olmaktan ziyade Avrupa'ya bir geçiş ülkesi konumundadır. Türkiye konumu gereği tarihte birçok sığınma olayı ile karşı karşıya kalmış bir ülke olarak ikiz metinler addedilen Sözleşme'yi onaylamış, Protokol'e katılmıştır. Bu iki belge 1969 *Afrika Birliği Örgütü Mülteci Sözleşmesi*, Latin Amerika'daki 1984 *Cartagena Deklarasyonu* ve AB'nin *Ortak Avrupa İltica Sistemi* gibi çok sayıdaki bölgesel anlaşmaya ve kanuna temel teşkil etmiştir. Bir süre ülkemizde konu hakkında iç hukuk düzenlemesi yapılmamış, nihayet 1934'te çıkarılan *İskân Kanunu*'nda "Türkiye'de yerleşmek maksadıyla olmayıp bir zaruretle geçici oturmak için sığınanlar" şeklinde bir mülteci tanımı benimsenmiştir. Avrupa Birliği'ne katılma sürecinde derli toplu ve tek bir mülteci hukuku mevzuatı yapılması zorunluluğu doğunca 6458 sayılı "*Yabancılar ve Devletlerarası Koruma Kanunu*" çıkarılmıştır.

³³ Shaw, *From Empire*, s. 215 vd; Shaw/Shaw, s. 395.

³⁴<https://www.unhcr.org/tr/30023-the-1951-refugee-convention-70-years-of-life-saving-protection.html>, (10.9.2022).

³⁵ Odman, s. 37.

³⁶ İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı, s. 37 (http://gib.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/gib/İLTİCA%20VE%20GÖÇ%20ULUSAL%20EYLEM%20PLANI.pdf), (11.11.2022). Ayrıca bkz. Ergüven, Nasih Sarp/Özturanlı, Beyza. "Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye", *AÜHFD*, C. 62, S. 4, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622933>, (7.05.2023). s. 1012-1013.

II. VATANDAŞLIK, YABANCILIK, HİMAYE

A. Genel Açıklama

Yukarıda birinci bölümde açıklandığı gibi dünya zaman zaman, içine düştüğü savaşlar/çatışmalar nedeniyle ülkelerinden kaçmak durumunda kaldıkları için korunması gereken kişiler ve bunların neden olduğu sorunlarla kaşı karşıya kalmıştır. Hukuk telâkkîsi ilerledikçe başka ülkelere sığınmak zorunda kalanların haklarının muhafazasının sadece sığınılan devletin/kişinin/yöneticinin insafına ya da ahlâkî değerlerine emanet edilemeyeceği fikri doğmuştur. Kişilerin, sırf insan olmak sebebiyle sahip oldukları hak ve hürriyetlerin her şartta korunması gerekmektedir. Bu nedenle sığınmacı, mülteci ve göçmenlerin girdikleri devletin vatandaşı yapılmak yerine bunların, devletler ve devletlerarası kuruluşlarca, devletlerarası ve ulusal alanda, küresel ve bölgesel ölçekte ilişkiler kurularak koordinasyon içerisinde, kurumsal düzeyde korunmaları için hukukî mekanizmalarının üretilmesi zorunluluğu vardır.

Öte yandan günümüzde savaşların sadece orduların karşılıklı çarpışması şeklinde olmayıp başka tekniklerle de yürütülmesi; devletlerin zarar vermek istedikleri toplumların nüfus yapısını bozarak kendi çıkarları doğrultusunda sonuçlar elde etmenin peşinde koşmaları; kendi ülkesinde mağdur edildiği gerekçesiyle her geleni içeri almamak gerektiğini de göstermektedir. Konu ile ilgili devletlerarası anlaşmaların yapılması ne kadar gerekli ise, bunların sürdürülebilirliğinin sağlanması, doğru ve amacına uygun şekilde uygulanmasının takibi ile iç ve devletlerarası hukukun imkânlarıyla denetlenmesi de o derece elzemdir.

Vatandaşlık konusu Türk Hukuk Tarihi bağlamında ele alınırken bunun, tarihî tecrübelerden kaynaklanan kendine özgü bir boyutunun olduğu görülmektedir. *Osmanlı Devleti*'nin son dönemlerinde yoğunlaşan vatandaşlık sorunsalı vatandaşlık-yabancılık statülerinin tespiti bağlamında, hukukta kavramlar, tanımlar, kurumlar ve kuralların ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Göç ve sığınma olgusu düşünüldüğünde *Osmanlı Devleti*'nde yaşanan himaye/koruma/protege tecrübeleri akla gelmekte ve konunun bu açıdan da değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Türk Hukuk Tarihi'nde himayenin farklı görünüş şekillerine rastlamak mümkündür³⁷. Osmanlı ülkesinde yabancı devletler, kimi *etnik* veya *dinî* toplulukları koruma altına alarak, bunları himaye etme bahanesiyle devlet içinde nüfuz kullanmışlardır. Bir süre sonra bu *koruyucular*, Osmanlı tebaasına vatandaşlık dağıtmaya başlamışlardır. Bu konu

³⁷ Erol, Mine. *Türkiye'de Amerikan Mandası Meselesi (1919-1920)*, İleri Basımevi, Giresun, 1972, s. VII-VIII. *Birinci Dünya Savaşı* sırasında *Wilson*'un mandacılığı savunan fikrine göre, savaş sonunda parçalanan imparatorluklardan ayrılan ve kendini idare edemeyecek olan küçük devletlerin bir büyük devletin kontrolü altına girmesi gerekirdi. Manda sistemini yürütmek üzere nezaret edecek olan kuruluş olarak öncelikle *Cemiyet-i Akvam* kurulmalıydı (Atatürk, Gazi Mustafa Kemal. *Nutuk*, YKY, İstanbul, 2021, s. 101). 30 Ocak 1919'da yapılan toplantıda *Osmanlı Devleti*'nin işgal edilmiş topraklarına ve Alman kolonilerine de bu sistemin uygulanması kararı verilmiştir. Fakat her ülkede farklı tür mandalar uygulanmalıydı. Tasarlanan bir haritada gösterilen sınırlar içinde bir *Türk Anadolu Devleti* kurulmalıydı. Bu devlete de belirlenen bir mandeter devlet tarafından kendine özgü bir manda sistemi uygulanmalıydı (Ayrıntı için bkz. Erol, s. 5, 9-10). *Atatürk*, *Nutuk*'ta İstanbul'da bazı kişilerin gerçek kurtuluşun Amerika'nın himayesine girmekte olduğunu düşündüklerini belirterek manda ve himaye isteyenleri acı bir biçimde eleştirmiştir (Atatürk, s. 12, 84, 95, 98, 100 vd). Ancak çalışmamızda sözü edilen himaye, bu anlamdaki manda sistemi değil, kişilerin himayesidir.

aşağıda önce kavramsal süreç, sonra kavramların Osmanlı hukuk metinlerinde yer alış biçimi, ardından da beratlılık, mahmûlik ve vatandaşlık statülerinin karışıklığından kaynaklanan devletin yaşadığı sıkıntılar ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir. Sonuçta varılmak istenen nokta, vatandaşlık statüsü ile göç, sığınma ve ilticanın aslında birbirinin zorunlu sonucu olmadıkları, başka başka hukukî durumları ifade etmek için var olduklarıdır.

B. Kavramsal Süreç: Vatandaşlık, Gerçek Vatandaşlık ve Yabancılık

1. Vatandaşlık ve Gerçek Vatandaşlık Kavramları

Vatandaşlık normal şartlar altında ve genellikle barış zamanında, bir kişinin devletle arasında olan, doğal ve/veya hukukî bağlılığı (tâbiyet rabitası) anlatan bir iç hukuk kavramı olduğuna göre bunun, belli bir devletin hukuk sistemi esas alınarak tanımlanması gerekir. İnsanlar genel olarak kendileriyle aynı yerde doğup yaşayan, aynı dili konuşan, aynı geçmişi paylaşan, aynı kültür ve geleneğe sahip olanların yaşadığı bir toplumun içine doğar. Bir “toplum” ile bir “*insan kalabalığı/gürûhu*” aynı şey değildir. Toplumda aynı/benzer özelliklerin; kültür unsurlarının olması, ortak bir dilin konuşulması, aynı örf-âdetin paylaşılması, aynı görgü-âdap, aile ve toplumsal düzen kurallarının benimsenmiş olması o toplumda kamu düzeninin sağlanması ve sürdürülmesi için şarttır. Kamu düzeni sağlanmış bir şekilde, birlik ve beraberlik içinde yaşayabilmek bir toplumu, insan kalabalığından ayıran özelliklerdendir³⁸.

Tarihte ve günümüzde her toplumun, vatandaşlık bağını kendi tarihî tecrübeleri, genel ve hukuk kültürü ile örf-âdetine uygun şekilde ele aldığı görülmektedir. Buna örnek olarak sömürgeci devletlerin, aslî vatandaşları ile tebaası arasında farklı statüler oluşturmak şeklinde bir ayırım yapması; Roma Hukukunu esas alan toplumlarda aslî vatandaşlığın sonradan kazanılana göre daha ayrıcalıklı haklar bahşetmesi; imparatorluk tarzı idarelerdeki tebaa anlayışı ya da din temelli sistemlerdeki müslim-gayrimüslim tebaa ayrımları gösterilebilir. Bu çalışmada sözü geçen tüm bu devlet/egemen otorite ile kişi arasında tanımlanan, hukukî sonuçları ülkeden ülkeye değişebilen bağlılık biçimleri ayırt edilmemiş ve hepsini kapsayacak şekilde *vatandaşlık* kelimesi kullanılmıştır³⁹.

Hemen her devirde bir ülke/şehrin asıl halkı ile oraya sonradan gelen ya da şehrini terk ederek başka yerlere gidenler olmuş ve bunların hukukî durumlarının diğerleriyle aynı olmayacağını farkına varılmıştır⁴⁰. Bir devleti kuran, başka bir deyişle o devletin başlangıçta halk/insan unsurunu oluşturan, aslî vatandaşlarının durumunda sorun yoktur. Ama bunların

³⁸ Benzer şekilde kavim ve ümmetler ile milletler de birbirinden farklıdır. *Örikağasızâde Hasan Sırrı*, kavim-ümmet (people); millet (nation) farkı üzerinde durmuştur (*Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, Ed. Ahmet Kılınç, Transliterasyon: A. Vefa Karataş-S. Betül Doğangüzel-Betül Argunhan vd., Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mart, 2021, İstişare No:10, 12 Teşrin-i sâni 1324, s. 433'ten aktaran Karakaya, s. 89). *Atatürk'e* göre Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türkiye halkına Türk milleti denir. Türk milleti kavramının ne şekilde anlaşılması gerektiği ve millet, Türkçe dil birliği ve vatandaşlık bilinci hakkında bkz. Eraslan, Cezmi. “Atatürk'ün Adana'daki Konuşmaları Üzerine”, <https://atamdergi.gov.tr/tam-metin-pdf/141/tur>, s. 13.

³⁹ Doktrindeki terimle ilgili tartışmalar için bkz. Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan. *Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tâbiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi*, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 7 vd.

⁴⁰ Karakoç, İrem. *Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 44 vd.

dışında, sonradan çeşitli sebeplerle ülkeye kabul edilenlerin vatandaş sayılıp sayılmaması, vatandaşlık şartlarında bir sınır belirlenmesi ve denetlenmesi devletin insan unsurunun muhafazası bakımından zorunludur. Bunun başlıca nedeni bir toplumda hukukî anlamda maddî bir müeyyidesi olmamasına rağmen ahlâk-âdab-görgü kurallarının o toplumun ortak kimliğinde, hukuk ve kamu düzeninin tesisinde büyük bir yeri ve önemi olduğudur. Hattâ yerine göre hâkim, önüne gelen bir davada, kanun hükmü bulunmadığı durumda örf-âdete göre karar verebilmektedir. Çünkü özel hukuk hükümleri/kanunları bir toplumun örf-âdetinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan bir an için bir toplumun içine herhangi bir sebeple bambaşka bir kültüre sahip başka yabancı bir insan topluluğunun, *gürûh hâlinde* dâhil olduğu düşünülürse o toplum, ruhunu, benliğini, kimlik ve kişiliğini kaybeder. Hayatın olağan akışı içerisinde çeşitli sebeplerle bir topluma sonradan dâhil olan yabancılar olacaktır. Ama bunların sayısının, içine girdikleri toplumun hukukunu, örf-âdetini, inancını, ahlâkî değerlerini değiştirecek/yok edecek kadar büyük miktarda olmaması gerekir. Kişiler daha iyi sosyal ve iktisadî şartlar talebiyle, yaşadıkları ülkeyi değiştirip bir başka ülkede yaşama arzusunda olabilirler. Kimileri ülkelerinde siyasî baskı gördükleri için; kimileri bilimsel-meslekî gelişmeleri takip için uzmanların bulunduğu ülkelere gidebilirler. İnsanların bir ülkeden diğerine gitmek isteme sebebi gezi-gözlem-inceleme, inanç veya sağlık da olabilir. Ama böyle bir kişinin yabancı bir ülkede bulunma isteği, kural olarak, *süre ile sınırlı* olur. Hiçbir egemen devlet kendi ülkesinde bir yabancının, süresiz olarak kalmasına rıza göstermez; vatandaşlık talebi ile gelenleri de detaylı bir denetimden geçirerek sınırlı sayıda alır. Çünkü bir yabancının vatandaşlığın *manevî unsuruna* sahip olup olmadığının ölçülebilmesi mümkün değildir. Bu süreçlerin tarihte de günümüzde de birbirine benzer şekilde görülmesinin sebebi, insanın ve hukukun doğasının aynı olmasıdır. Bu nedenle doktrindeki vatandaşlık tanımları genellikle vatandaşlığın şart ve hükümlerinin devletin, tek taraflı egemenlik hakkını kullanarak belirlediği bir hukukî statüyü sağlayan, birey ile söz konusu devlet arasında kurulan hukukî ve gerçek bağ olduğu konusunda toplanmaktadır⁴¹. Bu tanım, kişinin bağlı olduğu devlet bakımından yapılan bir tanımdır. Ancak vatandaşlık olgusuna uluslararası hukuk penceresinden bakıldığında çeşitli egemen otoritelerin konuyu kendi hukuk sistemleri, tarihî ve kültürel etkileri altında şekillendirdikleri görülür. Bu nedenle uluslararası hukuk alanında tek tür bir vatandaşlıktan söz edilemez. Uluslararası ve iç hukuktaki bu farkı vurgulamak için ve fakat aslında kişi ile devlet arasındaki hukukî ve gerçek bağı ifade etmek üzere uluslararası hukukta *tâbiyet*; iç hukukta ise, *vatandaşlık* terimleri kullanılmaktadır. Tâbiyet ve vatandaşlık kavramlarının, aynı olayın farklı iki yüzünü oluşturduğu da düşünülmektedir⁴².

Hayatın olağan akışı içerisinde bazı kişilerin kendi lehlerine sonuç doğuracağını düşündükleri her durumda gerek asıl bağlı oldukları devletin vergi, askerlik vb. müeyyidelerinden kaçınmak, gerekse bir başka devletin vatandaşına sağladığı avantajlardan yararlanmak için kolayca vatandaşlık değiştirebildikleri görülmektedir. Oysa, "*hukuk kötü niyeti korumaz*". Türk Hukuk Tarihinde Batılı devletlerce vatandaşlığın, *Osmanlı Devleti*'nin egemenlik gücünü

⁴¹ Berki, O. Fazıl. *Devletler Hususi Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 1959, s. 15; Fişek, Hicri. *Anayasa ve Vatandaşlık*, Ankara, 1961 s. 3; Uluocak, Nihal. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, 1988, s. 1, 6; Nomer, Ergin. *Vatandaşlık Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1980, s. 3, 16; Karakoç, s. 29.

⁴² Göger, Erdoğan. *Türk Tâbiyet Hukuku*, 4. Bası, AÜHF Yayınları, Ankara, 1979, s. 4; Fişek, s. 3; Karakoç, s. 28 vd.

zayıflatmanın; yani, halk unsurunu yok etmenin bir aracı olarak kullanıldığı görülmektedir. *Osmanlı Devleti*'nin yabancı devlet vatandaşlarına (müste'men) kendi ülkesinde ahidnâmelerle birtakım avantajlar sağlaması sebebiyle yabancı devletler, Osmanlı ülkesinde kazandıkları bu ayrıcalıklı statülerini paraya çevirmek için kendi vatandaşlıklarını satışa çıkarabilmişlerdir⁴³. Bu hususlar *Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnâmesi*'nin gerekçesinde de zikredilmiştir⁴⁴. Bu şekilde kullanılmaya uygun bir araç olan tâbiyet konusu kesin hatları ile düzenlenebilmiş olsaydı yabancı devletlerin bu aracı ellerinden alınmış olurdu. Ancak bu yapılamamıştır. Aslında devlet müste'menlere sürekli ayrıcalıklı statüler tanıyarak bu sonucu kendi yaratmış, yabancı devletler de bu açığı kendi yararlarına kullanmışlardır.

Batılı anlamda modern bir kanun olan *Osmanlı Tâbiyet Kanunnâmesi* şerhlerinde tâbiyet, “toplulu hâlde yaşamaya muhtaç olan insanın, bir toplulukla olan bağı” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁵. Bu dönemde *Osmanlı Devleti*'nden ayrılan devletlerde kalan Türkler özel bir konumda değerlendirilmiş, fakat henüz vatandaşlığın manevî unsurundan bahsedilmemiş, “gerçek” ve “görünüştü” vatandaşlık ayrımı yapılmamıştır.

2. Gerçek Vatandaşlık Kavramı

Tarihte vatandaşlığın suistimali sadece Osmanlı zamanında yaşanmamıştır. Bundan çok sonra bu konudaki kötü niyetli uygulamalara bir son vermek amacıyla *Uluslararası Adalet Divanı*, 6. 5. 1955 tarihli *Nottebohm Kararı*'nda kâğıt üzerinde görünen vatandaşlığın bir de gerçek/manevî boyutunun araştırılması gereğini kabul etmiştir. Bu karara göre, bir kişinin tâbiyeti belirlenirken sadece şekli olarak verilen/alınan bir vatandaşlık belgesi, vatandaşlığı iddia edilen devletin tâbiyetini kazanmada yeterli olamayacaktır⁴⁶. Şüphesiz ki, vatandaşlık kazanma/kazandırma bir hukukî işlemle gerçekleştirilir. Ancak vatandaşlık verecek olan devletin bekâsı için bu işlemin arka planında, aslında hangi amaç için yapıldığının yani hukukî işlemin sebebinin (causa) araştırılması uygun ve gereklidir. Bu araştırmanın amacı, iç hukuktaki *muvâzaanın* tespitine benzetilebilir. İnsanlar bazen görünürdeki bir işlem ile aslında geri planda amaçladıkları hukuka uygun olmayan yani, hukuk düzeninin yasak saydığı bir başka işlemi gizleyebilirler. Kişiler arası hukukî işlemlerde başvuru muvazaaya, uluslararası hukukta kişi ile devlet arasındaki işlemlerde de rastlanmaktadır. Hukuk düzenini dolanmak amacıyla yapılan böyle işlemlerin geçersiz kılınması mümkündür. Örneğin sırf Avrupa ülkelerine geçmek, ucuza gayrimenkul edinmek, ülkemizdeki sosyal güvencelerden yararlanmak veya sosyal yardım almak gibi çıkarlara dayalı; kamu düzenini bozmanın bir aracı olarak kullanılmak ya da ülkenin

⁴³ Karakoç, s. 222-223 vd; Engelhardt, Ed. *Tanzimat ve Türkiye*, (Çev. Ali Reşad), Kaknüs Yayınları, İstanbul, 1999, s. 69, 315-316; Bozkurt, Gülnihal. “Azınlık İmtiyazları-Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, S. 40, C. XIV, Mart 1998, s. 23.

⁴⁴ *Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnâmesi*, 11 Kanun-ı Sâni 1284 (9 Şevval 1285/23 Ocak 1869), *Düstur*, Tertib-i Evvel, s. 16-18. Unat, İlhan. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (Metinler-Mahkeme Kararları), AÜSBF Yayınları, Ankara, 1966, s. 8.

⁴⁵ O dönemde Kanun'un açıklaması mahiyetindeki kitaplarda bu anlayış hâkimdir (Örikağasızâde Hasan Sırrı, için bkz. *Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, Ed. Ahmet Kılınç, Transliterasyon: A. Vefa Karataş/S. Betül Doğangüzel/Betül Argunhan vd., s. 29). Ayrıca bkz. Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, s. 69.

⁴⁶ Çelikel, Aysel/Gelgel (Öztekin), Günseli. *Yabancılar Hukuku*, Yenilenmiş 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 10; Aybay, Rona. *Vatandaşlık Hukuku*, 3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2008, s. 6.

topraklarının mülkiyetini savaşmadan elde etmek gibi maksatlarla kullanılmaya müsait bir vatandaşlık tesis işlemleri bozulabilir.

Normal şartlar altında vatandaşlık, bir toplumsal bağlılık ve birbiriyle uyum duygusu; karşılıklı hak ve görevleri ifa etme ve ortak ihtiyaçlara katkı sağlama şeklinde tezahür eden bir bilinç; kısacası, temelinde sıkıntıda ve menfaatte ortaklaşma ve duygusal dayanışma olan hukukî ve manevî bağ gerektirir. Bu nedenle gerçek vatandaşlığın tespitinde, vatandaşlık talep eden kişinin sadece iç hukuk şartlarını yerine getirmesi ve kişinin hukukî açıdan bir devlete bağlı görünmesi, *kuru ve içi boş*, evrak üzerinde kalan bir hukukî vatandaşlık tesisi yeterli değildir. Sözü geçen kişinin menfaatlerinin merkezi, aile bağları, sosyal hayatı, yakın geleceğe yönelik niyetleri, girişmiş ve girişecek olduğu faaliyetlerin yeri, istek ve iradesi, vatandaşlığını talep ettiği devletin halkının, ruhunu, tarihini, kültürünü, dilini, gelenek-görenek ve hayat tarzını bilip bilmediği, benimsemiş olup olmadığı, devlete bağlılığın doğurduğu yükümlülükleri yerine getirip getirmediği, kendisine sağlanan hakları kullanıp kullanmadığı, hukuk sistemini benimseyip benimsemediği gibi başka birtakım ölçütlere de bakılmalıdır⁴⁷.

Kanaatimizce tüm bu ölçütler sağlanmış olsa bile bazı milletlerin tarihte yaşadıkları tecrübelerin de değerlendirmeye alınması, bir *devletin insan unsurunun* sağlamlığını muhafaza etmesi bakımından gereklidir. Örneğin, bir gün kolayca (A) devletin vatandaşlığına da geçen bir/birçok kişinin yarın çıkarları doğrultusunda (B) devletin vatandaşlığına geçebileceği düşünülmelidir. Hele toplu şekilde vatandaşlık kazanma/kazandırmalarda, ileride bir başka devletin, söz konusu toplulukları kullanarak vatandaşlık veren devletin iç işlerine müdahale hakkı kazanacağına; onun indinde nüfuz sahibi olacağına ve isteklerini dikte etmek için onları kışkırtıp ayaklandırabileceğine dikkat etmek gerekir⁴⁸. Bir devletin vatandaşlığı, kalabalık kitlelerin kolayca kazanabileceği bir statü değildir. O nedenle kitle hâlinde geniş kalabalıklara vatandaşlık verilmesinden değil, ihtiyaç varsa onların belli/geçici süreliğine misafir edilmesinden bahsedilebilir. Belli şartları hâiz olan az sayıda kişiler ise, istisnaî şekilde ve tedricen; uyum sürecinden sonra Kanun'un öngördüğü olağan ve olağanüstü vatandaşlığa girme yollarıyla vatandaşlığa kabul edilebilir.

Vatandaşlık mevzuatı, iç hukuk kurallarını koymada serbest olan devletlerin tâbiyete ilişkin uluslararası hukuk kurallarından oluşmaktadır. *Kişi ile devlet arasında kurulmuş olan bu bağ* sayesinde vatandaş devletten, yönetime katılma ve siyasî-sosyal-hukukî tüm haklardan yararlanma, ülkede ve yabancı ülkelerde korunma, iç mahkemelerin yetkisini ülke dışına yayma

⁴⁷ Ayrıca bkz. Unat, İlhan. *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi*, SBF Yayını, Ankara, 1966, s. 32; Çelikel/Gelgel, s. 10, dn. 3; Doğan, Vahit. *Türk Vatandaşlık Hukuku, 5901 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş, Yenilenmiş* 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2012, s. 24; Karakoç, s. 30. Buna benzer ve fakat daha kapsayıcı olmak üzere aralarında tarih, kültür, dil ve din birliği olan insan topluluğunun temel taşı olan *milliyet* kavramı vardır. Cumhuriyetin kuruluşunda esas alınan Türk milleti tanımına göre ortak bir kültüre sahip insanlardan oluşan topluluğa *millet* denir. Bunun etnik kökenle ilgisi yoktur. Bir milleti oluşturan asıl unsur kültür olup bunu tayinde, köklü ve geniş bir geçmiş mirasına sahip olan; bunu birlikte korumayı gaye edinen ve birlikte bir gelecek tahayyül eden insan topluluğu esas alınmaktadır (Doğan, s. 36-37; Karakoç, s. 38).

⁴⁸ Osmanlı tebaasından olmakla beraber yabancı bir devletin tâbiyetinde olduklarını iddia edenler hakkında alınan ama sonuç vermeyen tedbirler ve süreç için bkz. Osman Affan, (Transliterasyon: Betül Argunhan/Mervenur Öztürk), 148 vd.

gibi haklar elde etmektedir. Aslî vatandaşlar, bu hakları, zaten doğumla kazanmaktadır. Türk Vatandaşlık Kanunu'nda (m. 1-9), vatandaşlıkta kural olarak kan ve toprak esası kabul edilmiş bununla birlikte istisnalar da belirlenmiştir.

3. Yabancılık Kavramı

Yabancı kavramı, daha kapsayıcı olması için genellikle vatandaşa göre tanımlanmaktadır. Vatandaşı olmadığı bir devletin ülkesinde bulunan bir kişinin o devletin vatandaşlığını iddia etmeye hakkı bulunmamasına yabancılık denir⁴⁹. Her devlet, *ülkesinde bulunma hakkı tanıdığı* yabancıların faydalanabileceği ve faydalanamayacağı hakları açık ve net biçimde tespit etmelidir. Yabancılar arasında yabancı gerçek kişiler, vatansızlar, mülteciler, göçmenler, sığınmacılar, yasadışı göçmenler, kaçak göçmenler ve göçmen işçiler yer almaktadır. Bunların hiç birisi vatandaşlık statüsü değildir. Bir yabancı kural olarak kendi ülkesi dışında bir yerde sürekli yaşamaz. Bu kuralın istisnaları varsa da, istisnalar kuralı yok edecek şekilde ve sayıda olmamalıdır. Devlet, *geçici* niyetlerle ülkesinde bulunan yabancıların, bu *geçici* süre içinde insan hakları ihlallerine uğramamasını garanti eder. Yabancılar da buldukları ülkede suç işlemeyeceklerine; kamu düzenini bozmayacaklarına dair teminat verirler. Temel insan hak ve hürriyetleri bakımından yabancı ile vatandaş arasında fark gözetilmez. Fakat vatandaşların kendi emek ve paralarıyla oluşturduğu devletin hazinesinden yapılan harcama ve yatırımlardan, vatandaşmış gibi, onunla aynı şekilde yararlanamazlar. Devletin güvenliği için önemli olan bazı işlere giremez ve gayrimenkul edinemezler. Yabancılar, yeni girdikleri topluma ortam, dil ve sistem farklılığından dolayı uyum bakımından zorluk çekebileceklerinden dolayı onlara yardımcı olunması ve korunmaları; kendilerine kaşı suç işlenirse hukukî korumadan, hastalanırlarsa sağlık kurumlarından, suça maruz kalırlarsa adliyelerden yararlandırılmaları esastır. Ancak ülkeye girmeden önce bağlı oldukları devletteki sigortalarını sunmak zorundadırlar. Sigortası olmayana vize verilmez. Yabancılar, her konuda vatandaşla eşit haklardan yararlınsınlar diye değil, geldikleri bu yeni ülkede yol iz bilmediklerinden korunması gereken bir unsur gözüyle bakıldıkları için, hukukun konusu kabul edilmişlerdir. Ancak bu koruma yükümlülüğü, ülkeye turizm, din, eğitim vb. gibi olağan sebeplerle giriş yapan her yabancı, yani *vatandaş olmayan* kişi bakımından geçerlidir. Bu bir ayrıcalık ya da imtiyaz değildir. Yabancılık statüsü, bir devletin yabancıya kendi vatandaşından daha üstün statü; imtiyaz, öncelik ve haklar tanımasını gerektirmemektedir. *Çelikel/Gelgel*'e göre, "*yabancının bir ülkedeki hukukî durumu, yabancılar hukukunun ona tanıdığı statüdür*"⁵⁰.

Bir devletin ülkesinde, olağan şartlarda geçici niyetlerle gelen yabancıardan başka bir de zorunlu ve zorlayıcı sebeplerden dolayı bir ülkeden koruma talep eden; oraya kaçan veya sığınan yabancılar bulunabilir. Bu iki yabancı grubu arasında hukuken farklar vardır. Çünkü korunma talebiyle sığınan yabancıların dilini, örfünü ve hukukunu bilmedikleri bir ülkede sömürülmesinin

⁴⁹ Çelikel/Gelgel, s. 17.

⁵⁰ Çelikel/Gelgel, s. 8.

önüne geçmek, ülkesine o insanları kabul eden devletin sorumluluğundadır⁵¹. Örneğin hayatta kalabilmek için niteliği ve ücretinin ne olduğuna bakmaksızın bir işe girip çalışmak isteyen bu kişilerin, bu zor durumlarından faydalanarak, onları normalden ucuza, sigortasız çalıştırmak ve daha zor şartlara tahammül etmelerini beklemek, hem iç hem de uluslararası hukuk kurallarına, hukukun genel ilkelerine ve ahlâka aykırıdır. Ama çözüm, onlara içi boş bir vatandaş kalıbı vermek de değildir. Göçmenlerin/sığınmacıların asıl sorunu tanımsızlık ve denetimsizliktir. Belki de sürekli kalacakları bir yer olarak dahi görmedikleri yabancı ülkelerde engin bir kayıt dışı ekonomi denizinin, uçsuz bucaksız ve güvencesiz dalgaları arasında boğulacak olan bu insan yığınları normal şartlarda işlemeyecekleri suçların failleri ya da suç çetelerinin kaynakları olacaklardır. İşin bir de aslî vatandaşlar bakımından zorlayıcı tarafı vardır. Yerel hükümetler genellikle göçmenlerin, içinde buldukları şartların zorlamasıyla, ne iş olursa hangi şart altında olursa yapmaya hazır oluşlarını, aslî vatandaşların iş hukukunda ekonomik, sosyal, siyasal ve insan haklarına yönelik normal taleplerini ekarte etmek amacıyla bir tehdit aracı olarak kullanabilmektedir.

Yabancıların hukukî durumuyla ilgili olarak Osmanlı zamanında yaşanan gelişmeler Cumhuriyet'ten sonraki hukukumuzu da etkilemiştir. Tarih gibi hukuk da kesintisiz bir süreçte oluşmaktadır. Tarihî deneyimlerimiz bize, aşağıda açıklandığı gibi, ülkeye giren yabancıların ticaret, eğitim ve sair barışçı maksatlarla da olsa sıkı şekilde denetlenmesi gerektiğini, vatandaş ve yabancılik statülerinin birbirinden kesin olarak ayrılmasının ve birbirine karıştırılmamasının zorunlu olduğunu göstermektedir.

Günümüzde 04. 04. 2013'te yabancıların hukukî durumunu düzenleyen genel anlamda “*Yabancılar ve Devletlerarası Koruma Kanunu*”⁵² çıkarılmış, birinci maddesinde Kanun'un amacının “..yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de kalışları ve Türkiye'den çıkışları ile Türkiye'den koruma talep eden yabancılara sağlanacak korumanın kapsamına ve uygulanmasına ilişkin usûl ve esasları ve İçişleri Bakanlığına bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemek..” olduğu belirtilmiştir. Kanunda *göçmen*, *göçmen işçi*, *mülteci*, *kaçak/kuralsız/düzensiz göçmen* gibi gelişigüzel kullanılan terimlerle aslında *yabancıların* kastedildiği anlaşılmaktadır. Fakat bu sayılanların her birinin tanımları ve statüleri farklı olduğu gibi bunlara bağlanan hukukî sonuçlar da farklıdır. Bu konuda bir kavram karışıklığına sebep olmamak için mevzuatın birbiriyle uyumlu olması gerekir. Örneğin, 2510 sayılı mülgâ İskân Kanunu'nda kullanılan *muhacir* kavramı 5543 Sayılı Yeni İskân Kanunu'nda *göçmen* kelimesiyle değiştirilmiş fakat muhacirin tanımı yabancından farklı kılınmıştır⁵³. Göçmen/muhacir aslında, ülkeye göçmen olarak kabul edilen Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı yabancıları anlatır. Bu ayrımlar kesin hatlarla belirlenmemesinin sosyal ve hukukî alanda ne gibi sorunlara yol açacağını tarihî tecrübelerden okumak mümkündür. O nedenle aşağıda *Osmanlı Devleti*'ndeki tebaa/tâbiyet anlayışından vatandaş/vatandaşlık esasına geçmeyi gerektiren süreç üzerinde

⁵¹Soruların odak noktası göçmenlerin işgücü piyasasında ve sosyal çevrelerinde yaşadıkları sorunlar ve karşılaştıkları temel problemler olan deneye dayalı bir çalışma için bkz. (Dedeoğlu, Saniye. “Türkiye’de Göçmenlerin Sosyal Dışlanması”, <https://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423870127.pdf>, s. 32).

⁵² 4.4.2013 tarih ve 6458 sayılı *Yabancılar ve Devletlerarası Koruma Kanunu*, (RG. 11.04.2013 – 28615).

⁵³ 2510 Sayılı, 14/06/1934 tarihli İskân Kanunu (R.G, 21/06/1934, S. 2733; 5543 Sayılı, 19/9/2006 tarihli İskân Kanunu (R.G, 26/9/2006 S. 26301).

durulmak istenmiştir. Geniş bir zaman aralığından söz edildiği için bu konudaki açıklamalarımız, farklı dönemlerden örnekler verilerek yapılmıştır.

III. OSMANLI TÂBİİYET HUKUKU'NDA TEBAA VE MÜSTE'MEN

A. Genel Olarak

Vatandaş ve yabancı kavramlarının ayrı ayrı tanımlanması belli bir süreç içinde gerçekleşmiştir. *Osmanlı Devleti*'nde vatandaşlık statüsü içinde değerlendirilebilecek olan *Müslümanlar* ve *zimmîler* ile yabancılık statüsünde bulunan *müste'menlerin* durumu ve bunlara uygulanacak kurallar ve kaynaklar farklıdır. Zimmîlere Hz. Peygamber ve halifelerin uyguladıkları esaslar; müste'menlere ise, bunların yanı sıra iki devlet arasında imzalanan anlaşmalarda kabul edilen hükümler uygulanmıştır. Bu nedenle *Osmanlı Devleti*'nde, 1869'da "*Tâbiyet-i Osmaniye Nizamnamesi*"nin⁵⁴ çıkarılmasına kadar yabancıların hukukî statüsünde bir yeknesaklığın olmadığı söylenebilir. *Osmanlı Devleti*'nde zimmî ve müste'menlikten başlayıp *Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnâmesi*'ndeki "*Osmanlı tebaalığı*"na⁵⁵ kadar geçen zamana, bir tür *kavram tayin etme ve düzenleme süreci* de denebilir. Tanzimat'tan sonra müste'men ve harbî ayırımına bir de "*ecnebilik*" eklenmiştir.

Osmanlı Devleti'nde daha 1500'lü yıllarda Batılı devletler ülkedeki çeşitli toplulukları/grupları koruma altına almak şeklinde bir *himaye politikası* izlemişlerdir. Bu yaklaşım şekli 1700'lerde bir *vatandaşlık sorunsalına* evrilmiş ve 1800'lerde yaşanan yozlaşmayla birlikte devletin parçalanmasına yol açan önemli sebeplerden biri olmuştur. Devletin bunu fark edip 1800'lerde tedbir almaya başladığı görülmekteyse de⁵⁶ önlemler için artık hem çok geç kalınmış hem de yabancı devletlerin baskıları altında uygulan(a)mayan bu tedbirler, sorunu çözmede yeterli olmamıştır.

Osmanlı Devleti'nde tâbiyet konusunda yaşanan bu sıkıntının nedeni insanların, avantajına göre, sınır konulmadan kolaylıkla tâbiyet değiştirebilmelerinin kabul edilmesidir. O dönemde Batılı devletler de iç ve dış siyaset ya da iktisadî sebeplerle koruma ve vatandaşlık dağıtmaktaydılar. Oysa klâsik fıkıhta bile İslâm ülkesine girmek isteyenler veya girip sürekli kalmak isteyenler için bu giriş ve kalış, *sınırlı* şekilde kabul edilmişti⁵⁷. Çünkü yabancı devlet

⁵⁴ Neşir ve ilânı: 10 Şevval 1285, 11 Kânûn-ı sâni 1284-Takvim- Vekâyi; Numara 1044. Ayrıca bkz. Karakoç Sarkis. *Tâbiyet Kanunu ve Tâbiyet Kalemi Harç Tarifesi*, (Transliterasyon: Betül Kayar/A. Vefa Karataş), Cihan Matbaası, İstanbul 1341/1343, s. 158 vd.

⁵⁵ Bu dönemde Osmanlıcılık, klâsik dönem Osmanlı millet sisteminden kaynaklanan hukukî farklılıkları/imtiyazları eşitleme amacıyla, devletin resmî politikası hâline gelmiştir. *1876 Kanun-ı Esasî*'sinin 8'inci maddesine göre hangi dinden olurlarsa olsunlar devletin uyruklarına hiçbir ayırım gözetilmeksizin *Osmanlı* denir. Ayrıca bkz. Shaw, Stanford J/Shaw, Ezel Kural. *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, C. 2, (Çev. Mehmet Harmancı), E Yayınları, İstanbul, 1994, s. 223.

⁵⁶ Konan, Belkis. "Osmanlı Devleti'nde Protege (Koruma) Sistemi", *AÜHFD*, C. 58, S. 1, 2009, s. 169.

⁵⁷ Hanefî Mezheb'ine göre, bu süre bir yıldır. Belirlenen sürenin dolmasından önce müste'menin emanı yenilemesi veya ülkeyi terk etmesi gerekmektedir. Süresi dolduğu halde, emanını uzatmayanlar veya ülkeyi terk etmeyenler, bazı hukukçular tarafından harbî kabul edilirken, diğer bazıları ise, bu durumu -müste'men, ülkede kendi isteği ile

tebaasının çoğalması, gelecekte yerine göre yabancı devletlerin “*koruma bahanesi ileri sürerek*” devletin içişlerine müdahalesinin bir aracı yapılabilirdi. Nitekim Osmanlı ülkesinde gayrimenkul edinen yabancının, bu edinimine “*zimmî olmak istediği*” varsayılarak tâbiyet sonucunun bağlanması, zaman geçtikçe “*yerleşik yabancı*” diye bir kavramın doğmasına neden olmuştur. Oysa bu kişilerin niyeti gerçekten Osmanlı tebaası olmak değil, sadece gayrimenkul edinmek olup gayrimenkul edinmek için tâbiyeti bir araç olarak kullanmaktaydılar⁵⁸.

Klâsik fikhın, *müste'menin İslâm ülkesinde en çok bir yıl kalabileceği*⁵⁹, *sürekli yerleşmeyeceği, gayrimenkul edinmeyeceği* gibi, onun ülkede kalış süresini sınırlayan kuralları, aslında insanın doğasına uygun konulmuş kurallarıdır. Eğer bir yabancı, İslâm ülkesinde gayrimenkul satın alırsa “*zimmî vatandaşlık statüsü*”ne geçeceğinin kabul edilmesi (karine) ise, sonradan kabul edilmiş bir istisnâ hükmüdür. Karinelerin aksi her zaman ispat edilebilir. Eğer devlet kendisi için bir tehlike görürse, bunu kabul etmeyebilir. Asıl kural, müste'menin gayrimenkul satın alamayacağı ve dârü'l-islâmda geçici süre kalabileceğidir. Bu, müste'menin günümüz hukuku anlamında açıkça bir *yabancı* olarak kabul edildiğinin kanıtıdır.

Türk tarihinde hemen her dönemde devlete sığınan, yardım talep eden yabancılar olmuş⁶⁰ hattâ Osmanlılar da Selçuklular gibi, fikhın genel ilkeleri çerçevesinde, yabancılara -günümüzdeki gibi kavramlaştırılmış ve tasnif edilmiş şekilde olmasa da- insan hak ve özgürlüklerini gözeterek hakkaniyet ve adalet çerçevesinde olabildiğince geniş haklar tanımıştır⁶¹. *Osmanlı Devleti*'nin vatandaşlık uygulamalarının bir kaynağı fıkıh ise, diğeri İslâmiyet öncesi Türk hukukunun örf ve teâmülleridir. Fıkıh yazınında hukukî bir kavram olarak yer almamakla birlikte fakihlerin, vatandaş olan ve olmayanı hükümleri bakımından ayrı değerlendirdikleri anlaşılmaktadır. Müslüman, zimmî, müste'men ve harbînin ahkâmı birbirinden farklıdır. *Harbî* eman ister ve bu talep İslâm devleti tarafından kabul edilirse, *müste'men* olur. Klasik dönemde Osmanlı'da da tâbiyet bakımından bu doğrultuda bir ayırım mevcuttur⁶². Tanzimat devri hukukçuları, *toplum* ile

kaldığı için- zimmî statüsüne girdiğine dâir karine saymışlardır. Benzer biçimde bir zimmî de, yabancı ülkede süresiz kalır veya taşınmaz mal edinirse, İslâm Devleti'ne göre, harbî sayılmaktadır (İ. Karakoç, s. 127). Bozkurt, Zimmî, s. 117.

⁵⁸ Genel hukuk tarihinde de *gerçek vatandaşlık* ile *görünen vatandaşlığın* örtüşmediği muvazaalı vatandaşlık değiştirmelerin örnekleri vardır. Bu konuda “Gerçek Vatandaşlık” başlığı altındaki açıklamalara bakılabilir.

⁵⁹ İslâmiyet'in ilk zamanlarında, bir yıla sınırlı olan bu süre, *Osmanlı Devleti* ile Fransa arasında 1535'te yapılan anlaşma ile on yıla çıkarılmıştır (Cin, Halil/Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2021, s. 96; Karakoç, s. 175). Ayrıca bkz. Shaw, Stanford J. *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, C. 1, (Çev. Mehmet Harmancı), E Yayınları, İstanbul, 2000, s. 246.

⁶⁰ 1492'de İspanya engizisyonunca ülkelerinden çıkarılan Yahudiler topluluklar hâlinde *Osmanlı Devleti*'ne sığınmışlardır. Konuyla ilgili belgeler için bk. Shaw, Stanford J. *From Empire to Republic, The Turkish War of National Liberation 1918-1923 Documentary Study, V. 1 The Rise and Fall of the Ottoman Empire*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s. 8 vd, s. 439 vd; Akgündüz, Ahmet. *Pax Ottoman, Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Yönetimi*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2008, s. 104 vd, 110. Cizye Tahrir Defterleri kayıtları için bkz. (Heyd, Uriel. *Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler*, Tercüme ve Derleme: Ferhat Koca, Ankara, 2002, s. 180; Heyd, Uriel. “The Jewish Communities of Istanbul in the Seventeenth Century, *Oriens*, Vol. 6, No: 2, 1953, s. 299-314, <http://www.jstor.org/stable/1579169>, s. 300).

⁶¹ Konan, Belkis. “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”; *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4, 2011, s. 258.

⁶² Bozkurt, Gülnihal. “İslâm Hukukunda Müste'menler”, *AÜSBF Yayınları, Prof. Dr. Fadil Hakkı Sur'a Armağan*, Ankara, 1983, s. 363; Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, s. 70.

millet farkı ile *hukukî anlamdaki vatandaşlığı* açıklamışlardır⁶³. Buna göre “vatandaşlık” hukukî; “milliyet”/“soy” ise, siyasî anlamlar yüklenen sosyolojik terimlerdir⁶⁴.

B. Zimmîlik

Osmanlı Devleti'nin dinî esaslı hukuk sistemine göre dünyadaki tüm insanlar, Müslüman olanlar ve olmayanlar; topraklar da, dârü'l-islâm ve dârü'l-harp şeklinde ayrılmış; İslâm ülkelerindeki Müslümanlar, bazı istisnalar olmakla birlikte, aynı ümmetin fertleri olarak aynı hak ve borçlara sahip kabul edilmişlerdir⁶⁵. Kanaatimizce bu durum Müslümanlar arasında bir mezhep; *egemenlik alanı/ülke/egemen otorite* ayrımı yapılmadığı dönemlere özgüdür. Çünkü zaman bize, İslâm hukuku uyguladığını iddia eden devletlerin de, gerek hukukî anlamda gerekse ülke olarak, farklı egemen devletler şeklinde teşkilatlandıklarını göstermiştir. Bu noktada, farklı Müslüman devletler, rızalarıyla aralarından birinin egemenliğine girmeyeceğine göre tüm dünya Müslümanlarına aynı hukukun uygulanması uygun ve mümkün görünmemektedir.

Doktrinde tâbiyeti inanç temelinde en açıklayıcı şekilde dizgeleştiren *Bozkurt*'a göre, gayrimüslimler Müslümanlarla kurdukları siyasî ilişkiler ve hukuk bakımından farklı kıstaslar esas alınarak iki ana ayrıma tâbi tutulmuşlardır⁶⁶. Bunlardan biri, Müslüman olmayanları, *ehl-i kitap-putperest* olmak üzere ayıran yaklaşımdır⁶⁷. Yaşanan gelişmeler, tartışma ve görüş farklılıklarının *iman* konuları ile, *günlük hayatta bir arada yaşarken uyulacak müeyyideli kurallar anlamında hukuk kuralları* bakımından konunun ayrı ayrı değerlendirildiğini göstermektedir⁶⁸. Hukukî ayrıma göre ise gayrimüslimler, harbîler-müste'menler ve zimmîler olmak üzere üçe ayrılır⁶⁹.

Hukukî ayırım, haklar ve siyasî ilişkileri temel aldığından kanaatimizce özelde vatandaşlık-yabancılık statüsü ile de ilgilidir. *Osmanlı Devleti*'nin Müslümanların yerleşimine açtığı coğrafyalarda önceden yaşayan kişiler dilerlerse, Müslüman olup Müslim vatandaş statüsüne girebilir; dilerlerse, mevcut dinlerini muhafaza ederek fakat *Osmanlı Devleti*'nin egemenliğini kabul ederek fetihten önceki yaşam şekillerini -bir miktar değişiklikle de olsa- sürdürebilirlerdi. Fakat ıztırar hâlleri dışında, rızaları hilâfına, doğup büyüdükleri yerleri terke mecbur bırakılamazlardı. Bu konuda devlet ile gayrimüslimler arasında yapılan/yapıldığı kabul edilen

⁶³ Osmanlı hukukçularının tâbiyet hukuku hakkındaki yaklaşımları için bkz. *Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, Ed. Ahmet Kılınç, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mart 2021.

⁶⁴ Aybay, *Vatandaşlık*, s. 7.

⁶⁵ Bozkurt, Gülnihal. “İslam Hukukunda Zimmîlerin Hukukî Statüleri”, *DEÜHFD*, Cilt 3, Sayı 1-4, 1987, s. 115-155, s. 116; Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, s. 72; Yurtseven, Yılmaz. “İslam hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında Zimmîlerin Hukukî Statüsü”, *Selçuk ÜHFD* (Milenyum Armağanı), C. 8, S. 1-2, 2000, s. 439- 462, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262149>, (3.12.2022), s. 439. Şeriatın tek bir hükmünün bile uygulanıyor olması o yerin dârü'l-islâm sayılmasına yeter (Bozkurt, Müste'menler, s. 362).

⁶⁶ Bozkurt, *Azınlıklar*, s. 50.

⁶⁷ Güç, Ahmet. “Putperestlik”, *DİA*, C. 34, İstanbul, 2007, s. 365.

⁶⁸ Kaya, Remzi. “Ehl- Kitap”, *DİA*, C. 10, İstanbul 1994, s. 516.

⁶⁹ Bozkurt, *Zimmîler*, s. 117.

anlaşmaya zimmet anlaşması⁷⁰; gayrimüslimlerin devlet nezdinde kazandıkları yeni statüye ise zimmîlik⁷¹ denmektedir.

Vatandaşlığın günümüzdeki şekline kavuşmadığı dönemlerde zimmîliğe bağlanan hukukî sonuçlar, *Osmanlı Devleti*'nde bunun bir vatandaşlık statüsü olduğunu; başka bir deyişle, bir yabancılik statüsü olmadığını düşündürmektedir. Osmanlı döneminde henüz vatandaş-yabancı ayrımı kesin bir biçimde yapılmış olmadığı için doktrinde konu ile ilgili çalışmalarda yazarlar bu hususu belirtme ihtiyacı duymuşlardır⁷².

İslâm hukukunda haklara sahip olabilme ve borç altına girebilmede dinî kuralların esas oluşu, vatandaşların haklar ve yükümlülükler bakımından müslim-gayrimüslim şeklinde bir ayrıma tâbi tutulmasını gerektirmiştir. Ama hukukun ve egemenliğin doğası gereği ülkede yaşayan herkesin aynı kurallara tâbi oldukları ortak bir alan da vardır. İnsan hakları ve hürriyetleri bakımından, kural olarak, Müslüman ve gayrimüslim tebaa arasında fark gözetilemezdi. Devlet, bu kişilerin can ve mallarını korumayı vaat ve garanti etmiş dinî âyin, ibadet ve dinlerini öğretme anlamında inanç özgürlüğü tanımıştır⁷³. Buna mukabil zimmîler de devlet ve kamunun düzenini bozmayacak şekilde davranmayı taahhüt etmişlerdir. Bu nedenle idare ve ceza hukuku gibi kamu hukuku alanında yer alan, devletin egemenlik alanına giren ve özel hukuka dâhil olmakla birlikte kamu düzeninden ve emredici hükümlerden olan hususlarda *müslim-gayrimüslim tüm tebaa ve yabancılar istisnasız Osmanlı hukukuna tâbi tutulmuşlardır*. Ama özel hukukta kendi aralarında borçlar ve ticaret hukukuna ilişkin akit ve uyuşmazlıklarında kendi hukuklarına tâbidirler⁷⁴. Bu serbestî, o dönemdeki hukuk kurallarının din kurallarıyla iç içe olmasından kaynaklanmaktadır. İslâm'a inanmayan gayrimüslimlere belli konularda bu dinin hükümlerinin uygulanması doğru bulunmamış, sonuçta bazı konularda ruhanî reislerinin de görüşünün alınması uygun görülmüştür⁷⁵. Zimmîler kendi aralarındaki özel hukuk davalarını dilerlerse kâdı mahkemesinde de yargılababilirlerdi. Ancak cemaat liderleri, kendi milletlerinden olanların Müslüman mahkemelerine gitmelerini onaylamamışlar örneğin, Yahudiler şer'iyeye mahkemelerine gidilmesini aforoz sebebi saymışlardır⁷⁶. Eğer zimmîlerin bir Müslüman ile davaları olursa bunun kâdı mahkemelerine yargılanması gerekirdi.

⁷⁰ Bozkurt, Zimmîler, s. 120; Konan, Belkıs. "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, C. 64 S. 1, 2015, s. 172; Konan, İnsan Hakları, s. 264; Cantemir, Mehmet İhsan. "Müste'menlerden Mültecilere Ahidnâmeliler (Beratlılar, Patentliler, Mahmiler)", *Belgi Dergisi, Pamukkale Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını*, Kış 2020/I, C. 2, S. 19, 2020/1, s. 2101.

⁷¹ Zimmî yerine azınlık sözcüğü de kullanılmaktadır (Bozkurt, Azınlıklar, s. 50).

⁷² Aynı kanıda bkz. Konan, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşları, s. 172; Konan, Belkıs. "Osmanlı Devleti'nde Kapitülasyonlar Çerçevesinde Yabancıların Din ve Vicdan Özgürlüğü"; *AÜHFD*, C. 57, S. 1, 2008, s. 168; Yurtseven, s. 439.

⁷³ Konan, İnsan Hakları, s. 268.

⁷⁴ Buna rağmen zimmîler kendi ruhanî reislerinin alanına giren konular da dahil olmak üzere birçok konuda kâdı kararını tercih etmişlerdir (Kenanoğlu, Macit. *Osmanlı Millet Sistemi-Mit ve Gerçek*, 2. Baskı, Klâsik Yayınları, İstanbul, Aralık 2007, s. 202).

⁷⁵ Osmanlı millet sistemi, her gayrimüslim cemaate otonomi tanınması demek değildir (Kenanoğlu, Mit, s. 31).

⁷⁶ Kenanoğlu, Macit. "İslam-Osmanlı Hukukunda Zimmîler", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. 3, S. 5, 2005, s. 566; Konan, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşları, s. 179.

İslâm'da zimmîlerin statüsü müste'menlerinkine göre daha belirlidir. Buna göre zimmîlerin toprakları Müslümanlarca paylaşılmaz; kendi mülkleri olarak devam eder. Şahsın hukuku, vergi hukuku ve kısmen bazı dinî konulu uyuşmazlıklarında kendi hukuklarını uygulayabilirler⁷⁷. Ancak uygulamada bunun bazen gayrimüslimler lehine; bazen de aleyhine bozulduğuna rastlamak mümkündür⁷⁸. Zimmîler Müslümanların dinlerine, sosyal ve kültürel hayatlarına saygı duymakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük, silah taşıma-kullanma, Müslümanlardan farklı kılık kıyafet giyme, saç-sakal-başlık şeklinin ayırt edici olması ve Müslüman kadınlarla evlenememe gibi pek çok sosyal konuda kendini göstermektedir⁷⁹. Örneğin, III. Selim bir fermanla zimmî evlerinin ayırt edilmesi için siyaha boyanmasını ve Müslüman evlerine bakan pencereleri bulunmamasını irade etmiştir⁸⁰.

Genel anlamda güven gerektiren konuların başında gelen ülke savunması askerlik vergi mükellefligi gibi konularda, ülke savunmasını üstlenen Müslümanlarla denkleştirme maksadıyla, zimmîlerin hukukunda bir farklılaştırma yapılmıştır. Burada amaç, İslâm hukuku gereği bazı dinî ceza veya yükümlülüklerin zimmî vatandaşa yüklenmemesi⁸¹ fakat onun yerine örneğin haraç ve cizye vergileri gibi farklı bir yükümlülük getirilerek dengenin sağlanmasıdır.

Birçok mezhep görüşlerinden oluşan fıkhî görüşlere göre zimmîlere en geniş yetkileri veren mezhep Hanefîliktir. Ülkeye giren bir harbîye eman vermenin en önemli şartı, başvuranın dostluk ve sadakat vadedmesi olduğundan ahidnâmelerin ilk satırında daima bu husus belirtilirdi⁸². *Osmanlı Devleti*, içerisinde yaşayan farklı unsurların taleplerini hak ve adalet çerçevesinde karşıladığı ve aslî vatandaşlarını, ülkesinin kamu düzenini, devletin egemenlik yetkisini, emredici kuralları, hukuk birliğini sağladığı; hazinesini zarara uğratacak uygulamalar yapmadığı dönemlerde ilerleme göstermiştir⁸³.

C. Eman, Müste'men ve Harbî

Kur'ân'daki âyetlerde *emn* kökünden türeyen birçok sözcük yer almaktadır. Müste'menin hukukî statüsünün dayanağı Tevbe Süresi'nin 6'ncı âyetidir. Ancak İslâmiyet'ten önce Araplar

⁷⁷ İslâm hukukunda zimmîlerin askerlik yapmaları Necran Anlaşması ile yasaklanmış fakat Medine metninde harp masraflarına katılacakları belirtilmiştir (Turnagil, Ahmet Reşid. *İslamiyet ve Milletler Hukuku*, İstanbul, 1972, s. 164). Hz. Peygamber ve Hz. Ömer devrinde cizye ödemeyi reddeden zimmîlerin, savaşta askeri destek verme sözlerinin de kabul edilmiş olması cizyenin mutlak bir hüküm olmadığını, pratik yararlar için konulduğunu göstermektedir. Örneğin Hanefîlere göre, zimmî askerlik yapabilir. Kimi mezhepler askerlik yapsalar bile geri hizmetlerde istihdamını öngörmüşlerdir. Kâbe'ye girip giremeyecekleri konusunda da benzer görüş farklılıkları vardır (Bozkurt, Zimmîler, s. 125-126).

⁷⁸ Bozkurt, Zimmîler, s. 124-125.

⁷⁹ Bozkurt, Azınlıklar, s. 51 vd; Fayda, Mustafa. "Ahidnâme", *DİA*, C. 1, İstanbul, 1988, s. 535-536; Cantemir, s. 2101.

⁸⁰ Bozkurt, Azınlıklar, s. 51. III. Selim zamanında yapılan diğer toplumsal ve ekonomi reformları için bkz. Shaw, *Modern Türkiye-1*, s. 357.

⁸¹ Zimmîlerin cezaları bakımından hangi konularda farklı hükümlere tâbi oldukları hakkında bkz. Örsen Esirgen, Seda. "İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Zimmîler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015, C. 21, S. 2, s. 188 vd.

⁸² Bozkurt, Zimmîler, s. 123; İnalçık, İmtiyazat, s. 246

⁸³ Tarihî süreç için bkz. Yurtseven, s. 441 vd.

arasında barışın tesisi veya ticaretin devamı için bir kabile toprağına yabancıyı girip başına bir şey gelmeden gezebilmesi için o kableden *belli bir kişinin himâyesine girmesi* biçiminde yerel âdetler de vardı. Kâbe gibi kutsal yerler *emin/güvenilir yer* sayılmış ve sığınanlar iade edilmemiştir⁸⁴. İslâmiyet'ten sonra Hz. Peygamber ve Dört Halife zamanında emanın şekli, tarafları, sonuçları ve yetkisi konularında hukukî ahkâm belirlenmiştir⁸⁵. Kur'an ve Sünnet'ten delillerin oluşu ve Klâsik Osmanlı hukukunda dahi bu esasların uygulanışı, konuya ilişkin alanın şer'î hukuk kısmına dâhil olduğunu düşündürmektedir. Nitekim *Tâbiyyet Kânunnâmesi*'nin 1'inci maddesinin şerhinde “*Kânunnâme-i Hümâyûn'un bu maddesi tâbiyyet hakkındaki ahkâm-ı fihriyyeye muvafıktır. Fıkh-ı şerif âmme-i sekene-i dâr-ı İslâm-ı asliyye-i devletten addetmiş hatta memâlik-i İslâmiyye'ye hariçten gelecek ecnebileri müste'men nâmıyla...*” anmıştır⁸⁶.

Doktrinde, Osmanlı hukukunda yabancı kavramının, kişinin mensup olduğu dine göre belirlendiği görüşü hâkimdir. Yabancıları ifade etmek üzere kaynaklarda *harbî* ve *müste'men/müemmin* kavramları kullanılmakta ve bunun gayrimüslim olduğu belirtilmektedir⁸⁷. Ancak kanaatimizce İslâm dininden olmasına ve ülkesinde İslâm hukukunu uygulamasına rağmen *Osmanlı Devleti*'nden farklı bir halk, ülke ve egemen otoriteye sahip olan bir başka ülkenin tebaasının hukukî durumu konusunda daha fazla araştırma yapılmasına ihtiyaç vardır. İslâmiyet'i benimsemiş fakat farklı bir egemen devletin tebaası olanların, *Osmanlı Devleti* içindeki statüsünün, Osmanlı'nın aslî müslim tebaasına göre nasıl olduğu konusunda yapılacak olan çalışmalar konunun daha iyi aydınlanmasını sağlayacaktır. Aynı din ve ırka mensup dahi olsalar, birbirinden farklı milletleri ortak ve genel bir egemen otorite ve/veya ad altında toplamak; böylesi farklı toplumları aynı çatı altında birleştirerek güçlü bir devlet kurmak, ilk bakışta câzip bir fikir gibi gelse de tarih bunun yanıltıcı olduğunu göstermiştir. Halkları aynı dine inansalar da farklı egemen güçlerin/devletlerin, birinin diğerine kendiliğinden boyun eğerek onun egemenliği altına girdiğinin örneği yoktur. Hattâ tarih, Müslüman devletler arasında yaşanan büyük savaşların örnekleriyle doludur. Her devlet kendi ülkesi dâhilinde tam ve üstün bir egemenlik yetkisi kullanır⁸⁸.

Neticede İslâm ülkesine (dârüislâm) girmek isteyen yabancı gayri müslime (harbî) can ve mal güvencesi sağlayan taahhüt veya sözleşmeye eman; bu güvenceye sahip olana *müste'men* denir. İslâm devletiyle arasında barış antlaşması bulunmayan yabancı devlet tebaasına *harbî* denir. Osmanlı ülkesine ticaret, turizm ve inanç-ibadet gibi geçici niyetlerle girmek isteyen yabancıların/müste'menlerin eman adı verilen belli bir izinnâme almaları gerekirdi. Eman, müste'menler ile devlet arasında akdedildiği kabul edilen günümüzdeki “*yabancı ülkeye geçici maksatlarla giderken aranan vize*”ye benzetilebilecek olan geçici bir izin mutabakatıdır. Ayrıca ülkede yabancıların elçilik ve konsolosluk kurması için de bu yol kullanılmıştır. İstanbul'un fethinden sonra Venedik ve diğer Avrupa şehir devletlerine ahidnâmeler yoluyla emanlar

⁸⁴ Önkal, Ahmet. “Civar”, *DİA*, C. 8, İstanbul 1993, s. 34. Ayrıca bkz. Bozkurt, Müste'men, s. 364.

⁸⁵ Özel, Ahmet. “Müste'men”, *DİA*, C. 32, İstanbul, 2006, s. 140.

Madde için bkz. *Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, Ed. Ahmet Kılınç, (Transliterasyon: A. Vefa Karataş/S. Betül Doğangüzel/Betül Argunhan vd), s. 59.

⁸⁷ Karakoç, s. 128.

⁸⁸ Eski Nutuk, s. 276; Yeni Nutuk, s. 389.

verilmiştir. Onlar da buna dayanarak İstanbul'da dâimî elçilikler, büyük şehirlerde ise konsolosluklar açmışlardır. Ahidnâmelerle bahsedilen bu elçilik imtiyazlarında sorun yaşanmamıştır; bu, zaten uluslararası hukukta dostluk, sadakat ve mücâmet temelinde, barışçıl ilişkiler adına olması gereken bir uygulamadır. Nitekim Osmanlı tarihinde, önceden ahidnâme verilen bir devlet sonradan düşmanca tavır takınırsa veya iki devlet arasında bir savaş vuku bulursa bu devletin elçi ve konsolosu ağır hakaretlere mâruz bırakılarak Yedikule'ye kapatılırdı⁸⁹.

Eman, özellikle gayrimüslim yabancıların barışçı amaçlarla ülkeye girebilmesini sağlaması açısından Osmanlı hukukunun önemli bir parçası olmuştur. Ancak bu müessesenin, yabancı devletler ve içerideki basiretsiz devlet adamlarınca çeşitli siyasî ve ekonomik amaçlarla kötüye kullanıldığı da vâkîdir. Bu durumda sistemin açık noktalarının kapatılması için tedbir alınması gerekirken etkili düzenlemeler yapılamadığı görülmektedir. Örneğin emanlı tüccar, işlerini kendi elçi veya konsolosları vasıtasıyla yürütmeliyken çeşitli gerekçelerle, doğrudan Osmanlı makamlarını sıkıştırarak onlara iş gördürmeye başlamışlardır. O dönemde devletin bundan rahatsız olduğu anlaşılmaktadır⁹⁰. Normalde müste'men tüccara, mensup olduğu devlete verilen ahidnâme hükümlerine göre beratlar verilir; bu doğrultuda ülkede buldukları süre zarfında can, mal ve ırzları güvenceye alınır. Bazı hâllerde müslüman ve zimmî Osmanlı tebaası olan tüccara nazaran kıyafet serbestliği ve benzeri çeşitli imtiyaz ve muafiyetler tanınırdı⁹¹.

Müste'menlik geçici bir durum olduğundan normal şartlarda, klasik fıkha göre en çok bir yıl sürebilirdi. Bu bir yıllık süre, "*sürekli kalsınlar*" diye değil en çok bu süre sonunda ülkelerine dönmeleri için konulmuştur. Nitekim müste'menlik, ülkede sürekli kalmanın ve vatandaşlara ait yükümlülüklerden kaçmanın bir yolu olarak kullanılamayacağı gibi, aslî vatandaş olmak için hukuku dolanmanın aracı da yapılamazdı. Ülkede buldukları kısa/belirli süre içinde müste'menlerin de uyuşmazlıkları olabilir ve mahkemelere intikal edebilirdi. Müste'menler ülkede kaldıkları sürece, genel emniyet, asayiş ve düzeni bozmayacaklarına dair yükümlülük altına girerken; devlet de sınırları içindeyken onların can, mal, aile ve namuslarının güvencesini sağlamayı üstlenirdi. Ülkede suç işleyen herkes -Müslüman-zimmî-müste'men ayırt edilmeksizin-Osmanlı yargısına tâbi olurdu. Ceza hukukunda yabancılar, kural olarak her konuda Müslümanlarla eşit görülmüştür. 1583 tarihli bir kanunda "*tüm imparatorlukta suçlar karşılığı konulan örfî cezalar*"dan bahsedilmektedir. Ceza hukukunun devletin egemenlik hakkına dayanması sebebiyle taşıdığı mülkîlik ve genellik özellikleri nedeniyle sancak kanunnâmelerinin ceza kısmında ayrıntıya girilmeden "*kanun-ı kadîm-i Osmanî'ye müracaat olunması*" gerektiği ifade edilmekle yetinilmiştir⁹².

⁸⁹ İpşirli, s. 78.

Bu konuda 1699'da İstanbul kaymakamı, İstanbul ve Galata kâdılarına hitaben çıkarılan ve "müste'men tüccarın elçileri marifeti ve arzlarıyla müracaat etmeyip kendi arzuhâli ile iş görmesine engel olunması ve bu nevi arzuhâllerin reddedilmesini emreden" bir ferman örnek gösterilebilir (İpşirli, s. 79).

⁹¹ İpşirli, s. 78.

⁹² İnalçık, Halil. *Seçme Eserleri I-II, Devlet-i Âliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-I, Klâsik Dönem (1302-1606): Siyasal, Kurumsal ve Ekonomik Gelişim*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Mayıs 2009, s. 235-236.

On beşinci yüzyıldan itibaren Batılı devletlerin tebaası olan yabancılara kapitülasyon anlaşmaları yoluyla bazı ayrıcalıklar tanınmaya başlamıştır⁹³. Devlet tüccara verdiği bu imtiyazlarla teneke, kumaş, demir gibi ihtiyaca matuf malları sağlamanın yanı sıra bunları, Avrupa devletlerinden bazılarıyla yakın ilişki kurup diğerlerini dışta bırakmak şeklinde bir siyaset oyununun aracı olarak da kullanmıştır. Bu konuda verilen tüccar beratlarında yabancı devlet uyruklarına verilen imtiyazlar ve şartları yer almıştır⁹⁴. Paris Andlaması'ndan sonra uluslararası andlaşma hâline gelen bu imtiyazlar, Fatih zamanındaki gibi “*padişahın verdiği ve gerek kalmadığında da geri alabileceği*” niteliğini kaybetmiştir. Bu tarihlerden itibaren Avrupa devletlerinin vatandaşlarının hukukî durumları bakımından müste'men statüsü artık yavaş yavaş İslâm hukukunun esaslarından ayrılarak yabancılara ayrıcalık tanıma esası üzerine kurulu bulunan kapitülasyona dönüşmeye başlamıştır⁹⁵. İslâm hukuku, müste'menin bir yıldan fazla ülkede kalmasını öngörmemekte yani yabancıların turizm, dinî ziyaretler veya sosyal ilişkiler gibi geçici niyetlerle ülkeye girmesine izin verilse bile en çok bir yıl kalabileceklerini kabul etmektedir⁹⁶.

Ülke, devletin egemenlik alanı olduğundan kural olarak yabancılar, Osmanlı topraklarında buldukları sürede Osmanlı hukukuna ve mahkemelerine tâbi olmalıydı. Kapitülasyonlar olmasa bile eman ile bütün yabancılara şahsî hak ve özgürlükler, geniş ayrıcalıklar şeklinde zaten tanınmıştı. Bu özgürlükler kapsamında müste'men köle edilemez ve mallarına ganimet olarak el konulamaz; sırf özel hukuk konularında kendi aralarındaki uyuşmazlıklarda konsolosluk mahkemelerine başvurup kendi kanunlarına göre yargılanabilirlerdi⁹⁷. Kapitülasyonlar ticari amaçla yapılan andlaşmalar olup İslâm hukukuna göre devletin, kendi müslim-gayrimüslim (zimmî) vatandaşlarının aleyhine hüküm barındıramaz; gayrimüslimin durumunu müslimden daha üstün kılamazdı⁹⁸. Buna rağmen kapitülasyonlar sadece siyasî ve yargı alanında değil idarî ve malî bakımdan da yabancılara Osmanlı ülkesinde Osmanlı vatandaşlarından üstün, imtiyazlı bir durum sağlamıştır. Çünkü aynı ticarî işin bir ortağı Müslüman tebaa, bir ortağı müste'men olduğunda müste'men bu işten kârlı çıkmaktaydı. Çünkü -tebaası olduğu devlete tanınan imtiyazdaki şarta göre- sadece %2-%5 arasında değişen bir gümrük vergisi ödemekle yetinmekteydi. Buna rağmen yerleşik yabancılar, o sırada tahtta olan padişah döneminde hangi devlete daha az vergi kabul edilmişse onun vatandaşlığına geçerek kârlarını daha da arttırmak yoluna gitmişlerdir⁹⁹.

⁹³ Kimi yazarlara göre Fatih Sultan Mehmet verdiği ilk ahidnâme ile patrikliğe önceden de mevcut olan dinî ayrıcalıklarının yanında büyük bir siyasî yetki de vermiştir. Bu yeni *siyasî-adli yetki* tüm Ortodox reâyayı da kapsamına almıştır (Bu görüş sahipleri ve dayanakları için bkz. İncelik, Halil. “The Status of the Greek Orthodox Patriarch under the Ottomans”, *Essays in Ottoman History*, Eren Yayınları, İstanbul, 1998, s. 195). Ayrıca bkz. Konan, Belkis. Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukukî Durumu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2006, s. 187.

⁹⁴ Osmanlı'da tercümanlara tercüman, tüccara ticaret yapma serbestisini gösteren beratlar verilirdi (Shaw, *Modern Türkiye-1*, s. 229).

⁹⁵ Süreç için bkz. İ.Karakoç, s. 184 vd. Kapitüler hükümler, genel kuralın istisnası olarak kabul edilmektedir (Mumcu, Ahmet. *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, Ankara, 1976, s. 87-97. Vatandaşlık konusunda yaşanan dava örnekleri için bkz. Konan, Tez, s. 187).

⁹⁶ Yerleşik yabancılık hakkında bkz. İ.Karakoç, s. 175, 177, 180.

⁹⁷ Konan, Tez, s. 41 vd.

⁹⁸ Konuya ilişkin âyetler (Bakara: 146, 221; Al-i İmran: 55) ve hadisler (Beyhakî, “Teyemmüm”, 5; Buhârî, “Rikâk”, 45) vardır. Ayrıca bkz. Tayfur, Sabğatullah. “Âl-i İmrân Suresinin 55. Ayeti Bağlamında Hristiyanlar İle Diğer Ümmetler Arasındaki Üstünlük Meselesi”, *Batman Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Hakemli Dergisi*, C. 2, S. 2, 2018, s. 82-91.

⁹⁹ Shaw, *Modern Türkiye-1*, s. 230.

Gayrimüslimler karışık özel hukuk davalarında, Müslümanların taraf olduğu davalar ve ceza davalarında şer'î mahkemelerde yargılanırken¹⁰⁰ müste'menler, kendi aralarındaki *özel hukuk uyumsuzluklarında* konsolosluk mahkemelerinin yargı yetkisine tâbî kılınmışlardır¹⁰¹.

Dârü'l-harpte bulunan ya da oradan gelen yabancıların hepsine harbî denir. İslam devleti tebaasından olup dârülharbe emanla girenlerle, dârülharp tebaası olup bir İslam ülkesine emanla girenlere müste'men denmekle birlikte bunlar harbî olmaktan çıkmazlar¹⁰².

İslâm hukukunda hak ve borçlara sahip olmada kişinin dini önem taşıdığından vatandaşlık-yabancılik dendiğinde, bugünkü anlamda yabancılik hukukundan ziyade *İslâm ülkesindeki gayrimüslimlerin hukukundan* bahsedilmektedir. Fakat Osmanlı ülkesinde İran gibi Müslüman ülkelerin de tebâları vardı. *Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnâmesi*'nin kabulüne kadar her Müslümanın, Müslüman tebaaya tanınmış olan haklardan aynı şekilde yararlandığı söylenemeyeceği gibi İranlılar, Müslüman olmalarına rağmen mezhep farklılığı nedeniyle genellikle harbî muamelesine tâbî tutulmuşlardır. Sonuçta özel hukukta da kamu düzeninden olan hükümler bulunmaktadır. *Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnâmesi*'nin kabulü ile başlayan dönemde Osmanlı-yabancı ayırımının, modern devletlerarası hukuk gözetilerek laik esaslara uygun hâle getirilmeye başlandığı söylenebilir¹⁰³.

Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan sona ermesine kadarki süreçte yabancıların haklarının emandan kapitülasyona doğru evrilen bir çizgide tayin edildiği görülmektedir. Eman, bir yabancıyı İslâm topraklarında korumak; kapitülasyon ise, savaş sonunda düşmana bir toprak parçasının teslimi karşılığında yapılan veya bir devletin diğer devlet topraklarındaki vatandaşlarına ticaret, yargı yetkisi vs. konularda ayrıcalık tanımak amacıyla yapılan anlaşmalardır¹⁰⁴. Başlangıçta ülkedeki yabancılar gösterilen nezaket boyutunda olan ve birer *ihsan* kabul edildiğinden padişahın dilediğinde geri alabileceği bu lütuflar, zamanla ağır şartları olan ekonomik-adlî-hukukî prangalara dönüşmüştür. Osmanlı, çok çaba harcamasına rağmen *Birinci Dünya Savaşı*'na kadar, kapitülasyon kısıkcısından kendisini kurtaramamıştır. Bunlar ancak 26 Ağustos 1914'te karşı taraftaki devletlerin muhalefetine rağmen, tek taraflı olarak ilgâ edilebilmiştir¹⁰⁵. Karşı tarafın kabulü bulunmadığından bunun tam bir ilgânın sonuçlarını doğurması beklenemez. Ama buna

¹⁰⁰ Kenanoğlu, Mit, s. 210. Örnek davalar için bkz. Karakoç, s. 181. Konuya ilişkin İslam hukukunun teorik tartışmaları için bkz. Bozkurt, Müste'men, s. 375; Östen Esirgen, s. 187.

¹⁰¹ İslam hukukundaki durum için bkz. Bozkurt, Müste'men, s. 388 vd.

¹⁰² Konan, Belkis. "1915 Tarihli 'Memâlik-i Osmaniye'de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat'a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukukî Durumunun Değerlendirilmesi", *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri Kitabı*, s. 225. Özel, Ahmet. "Harbî", *DİA*, C. 16, İstanbul 1997, s. 113.

¹⁰³ Ökçün Gündüz. *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti*, Ankara, 1962, s. 25-27; Konan, Belkis. Osmanlı Devletinde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukukî Durumu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2006, s. 7.

¹⁰⁴ Kapitülasyon, "teslim olma" demektir (Aybay, Rona. *Yabancılar Hukuku*, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 64). Karakoç, s. 147 vd. Ekonomik, sosyal, teknik ve askerî alanda güçlü ülkelerin Güney Doğu Asya ve Afrika ülkeleri ile Osmanlı topraklarında kendi vatandaşları lehine sağladığı ayrıcalıklar ve kolaylıklar kapitülasyonun özel bir kullanım şeklidir (Çelikel/Gelgel, s. 38-39). Shaw, *Modern Türkiye-1*, s. 229-230.

¹⁰⁵ İrade-i Seniyye için bkz. *Düstur*, 2. Tertip, C. VI, s. 1273 (Özkorkut, Nevin Ünal. "Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar", *AÜHF*, C. 53, S. 2, s. 92).

rağmen devlet biraz rahat nefes almış, hemen bir kanunla gümrük vergilerini %14-15'e çıkarmış¹⁰⁶, vergi toplama yetkisini kendi uhdesine alabilmiş, yabancı posta idarelerini kapatmış, Osmanlı mahkemelerinin yetkisini yeniden¹⁰⁷ tanımıştır. Öncesinde bunların hepsi, uluslararası anlaşmalar ya da anlaşmaya konulan kapitüler hükümler yoluyla (kapitülasyon) yabancıların önceliğine geçmişti¹⁰⁸. Türkiye'deki yabancıların hukukî durumunu düzenlemek üzere 23 Şubat 1330'da (8 Mart 1915) "*Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hak ve Vazifeleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat*" çıkarılmıştır¹⁰⁹. Bu gelişmelerin ardından bir dünya savaşı ve Lozan'a (24 Temmuz 1923) kadar uzanan süreç gelmiştir¹¹⁰.

Ç. Ecnebîlik

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan önce, yabancı kapsamına harbî ve müste'menler girmektedirken Tanzimat'tan sonra bir de ecnebîlikten bahsedilmeye başlanmıştır¹¹¹. Sınırları belirlenmiş tam bir ayırım olmamakla birlikte¹¹² bu kavram farklılaşmasına gidilmesinin nedeni yukarıda belirtilen, her biri Müslüman da olsa farklı egemen erklere/devletlere bağlı olan kişilerin durumunun açıklığa kavuşturulması lüzumu olabilir. Nitekim Tanzimat sonrasında Müslüman olup olmadığına bakılmaksızın Osmanlı tebaasından olmayan herkes için *ecnebî* kelimesi kullanılmaya başlanmıştır. On dokuzuncu yüzyılda Müslüman ve gayrimüslim ecnebîlere ait davaların Mahkeme-i Osmaniyye'de görüleceğini konu alan bir Dâhiliye Nezareti yazısında "Binâenaleyh *müslim teb'a-i ecnebiyyeye* ait miras ve tereke davalarının da rüyeti ale'l-ıtlak mehâkim-i Osmaniyye'ye ve..." ifadesi kullanılmıştır¹¹³. Aynı ifade Memâlik-i Osmaniye'de Bulunan Ecânibin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat'ın 4'üncü maddesinde "...Şu kadar ki, *gayrimüslim tebaa-i ecnebiyyeye* müteallik olup da..." şeklinde yer alır. Bu ifadeden "müslim ecnebîlerin" de olduğu sonucuna varmak mümkündür. Sonuç olarak ecnebî dendiğinde

¹⁰⁶ Çelikel/Gelgel, s. 46. Kapitülasyonlarla belirlenen gümrük vergileri genellikle %2-%5 arasında değişmiştir (Shaw, Modern Türkiye-1, s. 230).

¹⁰⁷ Kapitülasyonlar 1856 Paris Kongresi sürecinde kaldırılmak istenmiş ve 1914'te bir irade-i seniyye ile kaldırdığı ilân edilmiştir. Bunu bildirmek için yabancı devletlere gönderilen notada, adli kapitülasyonların, devlet egemenliğinin önemli bir unsuru olan yargı hakkını sınırlandırıldığından bahsedilmiştir. 1914'te (20 Eylül 1330) "*İmtiyazat-ı Ecnebiyenin İlgası Üzerine Ecanib Hakkında İcra Olunacak Muameleye Dair Talimatname*"yi hazırlanarak vilayetlere gönderilmiştir. Talimatname'de, devletin yargı yetkisi üzerindeki yabancı etkisini kaldırmaya yönelik alınan tedbirler bildirilmiştir (Özkorkut, s. 92).

¹⁰⁸ Oldukça uzun bir zaman zarfında, emandan kapitülasyona geçiş süreci için bkz. Karakoç, s. 164 vd.

¹⁰⁹ Bozkurt, Gülnihal. "A.B.D Vatandaşlığı İddiasında Bulunan Osmanlı Vatandaşlarına Dair Bazı Amerikan Belgeleri", *Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Konya, 1991, s. 178.

¹¹⁰ Çelikel/Gelgel, s. 46 vd; Aybay, Yabancılık, s. 65-66. Ayrıca bkz. Shaw-Shaw, s. 435 vd.

¹¹¹ Arapça "c-n-b" acnab, bir şeyin merkezine göre kenar, daha dış taraf demektir (<https://www.etimolojiturkce.com/arama/ecnebi>); <https://www.etimolojiturkce.com/arama/canib>). Ecnebî kelimesi ilk olarak Neşri'nin, *Kitab-ı Cihannümâ* (1492) adlı eserinde (<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/ecnebi>) ve "askeri sınıftan olmayan, tımarlı olmayan" [Mühimme Defterleri, 1564] ra'yyetden bilâ-emr timâra çıkan ecnebîlerdür (Meninski, Thesaurus, 1680) şeklinde geçmiştir. Bunun Batı dillerindeki karşılığı peregrinus, extraneus, alienigena, qui non est sanguine, aut affinitate junctus gibi yabancı, garip, dışarıklı, hısım ve akraba olmayan anlamına gelen kelimelerdir (<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/ecnebi>). Ayrıca bkz. Özcoşar, İbrahim-Akman, Ekrem. "Osmanlı Kudüs'ünde Ecnebi Kilise Arazilerinin Vergiden Muafiyeti Meselesi", *Journal of Islamic Jerusalem Studies*, 18(2), 2018, s. 17.

¹¹² Tanzimat sonrasında her iki kavramın birlikte kullanıldığı görülür (Konan, 1915, s. 226).

¹¹³ BOA, 04 C 1335 H , Dosya No: 28, Gömlek No: 5, DH.MB.HPS.M. (Konan, 1915 s. 233, dn. 24); (Konan, 1915, s. 233, dn. 21); Konan, Din ve Vicdan, s. 169. Özcoşar-Akman, s. 17.

en genel anlamıyla eski Türkçede yabancı yani, *Osmanlı Devleti*'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişiler anlaşılmaktadır¹¹⁴. Çalışmamızda müslim-gayrimüslim ayrımı yapılmaksızın *Osmanlı Devleti* ile arasında bir tâbiyet rabitası olmayarak Osmanlı ülkesinde bulunanları ifade etmek üzere *yabancı* sözcüğü kullanılmıştır. Nitekim Tanzimat'tan sonra sadece gayrimüslimlerin değil Müslümanların da yabancı olarak kabul edilmeye başladığı bir sürece girilmiştir. On dokuzuncu yüzyılda diplomat, tüccar, âlim, misyoner ve din adamları olmak üzere Osmanlı ülkesine çok sayıda ecnebî gelip her yere yerleştiklerinden resmî yazışmalarda sıklıkla *düvel-i ecnebiye*, *tüccar-ı ecnebiye* gibi ifadelere rastlanmaktadır. Sadâret başta olmak üzere Hariciye, Dâhiliye ve Maarif nezâretlerinde Sadâret Divânı Düvel-i Ecnebiye Evrakı, Emniyet-i Umumiye Ecânib Kalemi, Mekâtib-i Gayrimüslime ve Ecnebiye Müfettişliği gibi ecnebilere özgü bürokratik birimler oluşturulmuştur¹¹⁵.

D. Tâbiyet-i Osmaniyyeye Dâir Kanunnâme¹¹⁶ ve *Osmanlı Devleti*'nin Uluslararası Hukuka Uyum Süreci

Tanzimat Fermanı'ndan sonra tebaa arasında müslim gayrimüslim ayrımına gidilmemiş, ferman ve anayasal belgelerde hak ve yükümlülüklerden bahsedilmeye başlanmıştır. Osmanlı, bu dönemde tebaasını belirlerken modern uluslararası hukukun esaslarını benimsemiştir. Vatandaşlığın sonradan kazanılmasında *Tâbiyet-i Osmâniyye Kanunnâmesi* yapıncaya kadarki süreçte müslim-gayrimüslim ayrımı aslî Müslüman tebaanın aleyhine işlemiştir. *Osmanlı Devleti*'nde yabancı elçilik ve konsoloslukların tercümanlarına tanınan cizye vb. tekâliften muafiyet gibi haklar, elçi ve konsolos olmayan gayrimüslim tebaaya son derece cazip görünmüştür.

On beşinci yüzyıldan itibaren yabancı devletler önce tercüman, din adamları, sefirlik memurları ve ailelerine¹¹⁷ diplomatik ve dinî ayrıcalık veren beratları haksız şekilde arttırmışlardır. Bu imtiyazlara gayrimeşru yollarla tüccarları da dâhil ederek bir suistimal sürecini başlatmışlardır. On sekizinci yüzyıldan sonra *Osmanlı Devleti*'nde konsolos, tercüman ve bunların yardımcılarının yanı sıra gayrimüslim reâyâdan bazı tüccar da berat almaya başlamıştır¹¹⁸.

¹¹⁴ Konan, 1915, s. 226.

¹¹⁵ Osmanlı Arşiv Rehberi, 2010'dan aktaran, Özcoşar-Akman, s. 18.

¹¹⁶ Tâbiyet-i Osmaniyyeye Dâir Kanunnâme, 11 Kanûn-ı sâni 1284/9 Şevval 1285/23 Ocak 1869 (*Düstur*, Tertib-i Evvel, C. 1, s. 16–18). Karakoç, s. 218 vd.

¹¹⁷ Bu konudaki en önemli örnek Kudüs'tür. Büyük devletlerin burada egemenlik mücadelesine giriştikleri görülmektedir. Önce Osmanlı vatandaşı olmayan gayrimüslimler tarafından kutsal mekânlara yakın yerlerden araziler alınmış buralara kilise ve manastırlar inşa edilmiş ardından Avrupa devletleri *Osmanlı Devleti* nezdinde buralar için arazi ve emlak vergisi muafiyeti başta olmak üzere giderek artan ayrıcalıklar talep etmişlerdir (Özcoşar-Akman, s. 17 vd).

¹¹⁸ Bağış, Ali İhsan. *Osmanlı Ticaretinde Gayrimüslimler, Kapitülasyonlar, Avrupa Tüccarları, Beratlı Tüccarlar, Hayriye Tüccarları (1750–1839)*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 17 vd; Genç, Y. İhsan, *Osmanlılarda Beratlar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, İstanbul, 1988, s. 8-10. Ayrıca bkz. Aybay, *Vatandaşlık*, s. 71.

İlk tercümanlar ata binebilmek, sakal uzatabilmek, cizyeden muaf olmak gibi normalde gayrimüslimlerin sahip olmadığı kimi hakları kullanabilmekteydi. Bunun üzerine yabancı elçilik ve konsolosluklar isteyen tüccara bu beratları temin ederek karşılığında maddî menfaatler sağlamaya başlamışlardır. Normalde her milletin konsolosları kendi tüccarının işlerinde onlara yardımcı olmak, gelen mallarını kaydetmek, belirlenen vergileri toplamak yetkisiyle donatılmış olup bu yetki ona padişah beratıyla sağlanırdı. Gemiler ancak konsolosun izniyle limandan ayrılabilir, ihtilâflar konsolos tarafından çözüldü. Konsolosun şahsı, hizmetkârları ve hayvanları her türlü müdahaleden korunur, malları gümrük resminden muaf tutulurdu. Osmanlı yetkililerinden yardım istemesi mümkün olan elçi ve konsoloslara birer çavuşla bir veya daha fazla yeniçeri görevlendirilirdi¹¹⁹.

Tercümanlık beratı taşıyanların sayısının giderek artmaya başlamıştır. Aslında tercüman olarak tescil edilenlerin çoğunun, tercümanlık beratındaki şehirlere hiç gitmemiş, ticaretle uğraşan ve lisan dahi bilmeyen kimseler olduğu tespit edilmiştir¹²⁰. Gerçekten de tercüman olanlara bazı diplomatik ayrıcalıklar tanınması doğal olmasına rağmen tüccar için aynı şey söylenemez. Osmanlı'da ayrıcalık kullanmak isteyenler bununla da sınırlı kalmamıştır. İstanbul'daki elçiler, zimmî tüccarı büyük paralar karşılığında *himayeleri* altına almaya başlamışlardır¹²¹. Bazı yazarlar bu durumu “*yabancı himayesinin ticarîleşmesi*” olarak nitelendirmiştir. Bu yolla yabancı devletlerin himayesi altına giren Osmanlı tebaasının sayısının giderek artması, himaye sisteminin *Osmanlı Devleti*'ni zayıflatmaya yönelik bir politika olup olmadığının sorgulanmasına yol açmıştır¹²². Çünkü zamanla kapitülasyon özelliği kazanan imtiyazların, yabancılara ticarî ve hukukî ayrıcalıklar, can, mal, mesken ve iş yerleri için dokunulmazlık sağlaması, yerli tüccarın imtiyaz sahibinin himayesine sığınmasına yol açtığından millî egemenliği zayıflatacağı gün gibi ortadadır.

Yabancı sefaretler, zimmîleri elçilik korumasına almak ve onları da elçilik imtiyazlarından yararlandırmak için ya tercüman beratı¹²³ veya “patente”¹²⁴ adı verilen bir belge temin etmişlerdir. Emanlı tüccarın Osmanlı ülkesinde yararlandığı muafiyet ve imtiyazları gören birçok Osmanlı tebaası zimmî, *tercüman* veya *müste'men tüccar* adı altında, elçiliklerden “patente” temin ederek müste'men statüsüne girmenin bir yolunu bulmuşlardır. Ahidnâmelerde yabancı devlet elçilerine bu konuda sınırlı kontenjan tanınması dahi suistimallerin önüne geçememiştir. Ticarî ve siyasî açıdan Osmanlılar aleyhine olacak şekilde pek çok zimmîyi imtiyazlı müste'mene çeviren

¹¹⁹ İnalçık, İmtiyazat, s. 246.

¹²⁰ Demiryürek, Mehmet. “İngiltere Tercümanları ve 1758 Tercüman Reformu”, *Bellekten*, C. LXXX, S. 288, Ağustos 2016, s. 439 vd.

¹²¹ Bağış, s. 29.

¹²² Boogert, Maurits H. Van den. *Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi, 18. Yüzyılda Kadılar, Konsoloslar ve Berathılar*, (Çev. Ali Coşkun Tuncer), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ocak, 2014 İstanbul, s. 62; Bozkurt, A.B.D, s. 179.

¹²³ Berat ile patente farkı için bkz. Bağış, s. 30. Berat, bir memuriyete atanan, kendisine bir devlet gelirinden tahsis yapılan, devlete ait bir arazinin kullanma hakkı verilen veya bir imtiyaz/muafiyet tanınan kişilere bu görev, tahsis ya da imtiyazın ne olduğu ve sınırlarını belirten resmî yazılı belgedir. Beratı veren padişahın tuğrasını taşıyan bu belge tuğranın sahibi olan padişahın saltanatı süresince geçerliydi. Beratın yeni tahta çıkan padişah zamanında da devam etmesi isteniyorsa *tecdid/yenileme* yapılırdı (Kütükoğlu, Mübahat. “Berat”, *DİA*, C. 5, İstanbul 1992, s. 472-473.

¹²⁴ İpşirli, Mehmet. “Eman”, *DİA*, C. 11, İstanbul 1995, s. 78; İnalçık, İmtiyazat, s. 251.

elçiliklerin başında Rusya elçileri gelmektedir¹²⁵. Devlet, bu zararlı uygulamadan kurtulmak için on sekizinci yüzyılda birçok ferman çıkarmış ancak dış siyasetteki gücünün zayıflığı yüzünden istediği sonucu alamamıştır¹²⁶.

Bir süre sonra aynı yolla sefaretlerin bu defa kendi devletlerinin *vatandaşlıklarını* dağıtmaya başladıkları bir sürece girilmiştir. Yabancı devlet vatandaşlığını satın alan Osmanlı tebaasının *Osmanlı Devleti* tebaalığının da sürüp sürmeyeceği tartışması gündeme oturduğunda, henüz *Osmanlı Devleti*, vatandaşlık kavramını tanımlamış değildi. Bu yüzden öncelikle hukukî bakımdan her yönü ile *Osmanlı Devleti* vatandaşlığının tanımı, unsurları, şartları, hüküm ve sonuçları belirlenmeliydi. Buna bağlı olarak vatandaşlığın nasıl kazanılacağı ve kaybedileceği konuları da yine hüküm ve sonuçları ile bir hukuk normu hâline getirilmeliydi. Çünkü hukukta *belirlilik* esas olup adalet ve güvenilirliği sağlamanın tek yoludur. İçtihat tarzındaki hukuk sistemi, istisnalarla dolu kanunnâmeler ve andlaşmalar bir başıboşluk ve sistemsizlik yaratmıştır. Nitekim Osmanlı sınırları içinde, Müslüman ve gayri müslim tebaa ile ahidnâmeli devletler tüccarı farklı şartlarda ticaret yapmaya başlamışlardır. Ticarî hayatta ahidnâmeli tüccar, dış ticaret açısından Osmanlı tebaasından daha imtiyazlı hâle getirilmiştir. 1838-1840 yılları arasında İngiltere başta olmak üzere Batılı devletlerle imzalanan ticaret anlaşmalarını müteakip Osmanlı topraklarına yüzlerce yabancı tüccar gelerek yerleşmiş tecrübesiz ve sermayesiz Türk tüccarını piyasanın dışında bırakmıştır¹²⁷.

Beratlı sayısındaki normal dışı artış yüzünden, 1850’de hükümet tarafından cılız önlemler alınmaya çalışılmışsa da bunlar geçici ve yetersiz kalmıştır. Himaye, yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanmaya dönüştüğünde, artık beratlılık değil; yabancılık statüsü söz konusudur. Bu aynı zamanda halk unsuru vasıtasıyla ülke topraklarının savaşmadan ele geçirilmesi, el değiştirmesi demektir. Bunun için derhâl *Osmanlı Tâbiyet Kanunnâmesi* yürürlüğe konulmuş¹²⁸; ülkedeki tâbiyet suistimallerinin önüne geçilebilmesi için önlem alınacağı konusunda yabancı elçilikler uyarılarak *Osmanlı Devleti*’nin çabalarına katkıda bulunmaya çağırılmışlardır. Ama çıkarlarının elden gideceğini düşünen devletler para karşılığı vatandaşlık dağıtmaktan vazgeçmemişlerdir. *Osmanlı Devleti* sırf yabancı devletleri de çözüme dâhil edebilmek için ülke içinde yabancılara gayrimenkullerde tasarruf hakkı tanımak şeklinde, adeta ödül gibi bir ödün vermiştir¹²⁹. *Osmanlı Devleti*’nin memurlarının bu Kanunnâme’nin uygulanmasıyla ilgili denetimi sağlıklı yapamamaları, önemine tam vakıf olamadıkları için müsamaha göstermeleri nedeniyle

¹²⁵ Patente uygulamasını en çok Rus elçiler kötüye kullanmıştır (Bağış, s. 31).

¹²⁶ Örneğin, 1722’de *III. Ahmed*, İzmir ve civarındaki kâdılıklara bu hukuk dışı uygulama hakkında teferruatlı bilgiler de vererek önlenmesini istediği bir ferman göndermiştir (İpşirli, s. 79).

¹²⁷ İthalat/ihracat oranını gösteren tablo için bkz. Shaw-Shaw, s. 159.

¹²⁸ Kanunnâme’den önce yapılan bazı hukukî düzenlemeler de vardır (Bozkurt, ABD, s. 178). Kutsal yerlerle ilgili olarak mahmiliğin kötüniyetle uygulanması örnekleri için bk. Engelhardt, s. 68; Davison, Roderic. *Reform In The Ottoman Empire, 1856–1876*, Princeton University Press, Princeton, USA, New Jersey, 1963 s. 273; Bozkurt, Gülnihal. *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu, (1839–1914)*, 2. Baskı, TTK Basımevi, Ankara, 1996, s. 139 vd; Unat, Vatandaşlık, s. 1–3.

¹²⁹ Avusturya, Danimarka gibi yabancı devletler, “Ecânibin Memâlik-i Osmaniyye’de Emlâke Hakk-ı Tasarruflarını Mutazammın 7 Safer 1284 Tarihli Kanun”a dâhil olmak üzere çeşitli tarihlerde birer protokol imzalamışlardır. Kimi devletler bu protokolü imzalamayıp dışında kalmışlarsa da kişiler başka devlet vatandaşlığı üzerinden yine de emlak tasarrufu hakkına sahip olmuşlardır (Altuğ, Yılmaz. *Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi*, 4. Bası, İstanbul, 1976, s. 61). Ayrıca bkz. Karakoç, s. 236 vd.

imtiyazların daha da genişlemesi sonucu ile karşı karşıya kalınmıştır¹³⁰. Osmanlı topraklarında *Müslüman vatandaşla eşitlik değil, kendisi için ayrıcalık isteyen gayrimüslim tebaa*, kazandığı yabancı devlet vatandaşlığının hukukî sonucu olarak pasaport edinmeye başlamıştır¹³¹. Nihayet *Osmanlı Devleti* tarafından 1869'da, Osmanlı vatandaşlık bağının kuruluş ilkelerini gösteren bir tâbiyet kanunu yürürlüğe konulabilmiştir. Kanun'un 5'inci maddesinde devletten izinsiz yabancı ülke vatandaşlığına geçenlerin bu yeni vatandaşlıklarının "*keenlemyekûn*" (yok) olduğu, Osmanlı vatandaşlıklarının geçerli sayılacağı belirtilmiştir. Kanuna göre, devletin izniyle yabancı devlet vatandaşlığına geçenlere ise Osmanlı tebaası değil, "*yabancı*" ahkâmı uygulanacaktır¹³².

1851 tarihli Fransız Vatandaşlık Kanunu'ndan¹³³ esinlenen bu Kanunnâme ile Osmanlı hukukunda vatandaşlık konusu, ilk kez bağımsız bir kanunla düzenlenmiş oldu. Kanun'un amacı, dağınık durumdaki vatandaşlık hükümlerini, tek bir metinde toplamak ve İslâm hukukuyla da bağdaşır şekilde Avrupa ülkelerinin hukuk sistemi ile uyumlu hâle getirmektir. Birinci maddeye göre, İslâm hukukuna da uygun şekilde anne ve babası/sadece babası Osmanlı vatandaşı olanlar, Osmanlı vatandaşı sayılmıştır. Ebeveyni yabancı olan çocuk Osmanlı ülkesinde doğmuşsa, çocuk reşit olduktan¹³⁴ itibaren üç yıl içinde seçimlik hakkını kullanarak Osmanlı uyrukluğuna geçebilirdi.

Önceden Osmanlı vatandaşı olup sonradan yabancı himayesi veya vatandaşlığına girenlerin bir kısmı yaptıkları bu işin sonuçlarının farkında bile olmamıştır. Bu durum, vatandaşlık değiştirenlerin hâlâ Osmanlı vatandaşı imişler gibi davranmalarından; örneğin hâlâ ülkede ikamet edip eski hukuklarını sürdürmelerinden de anlaşılabilir. Bu insanların, hukuken Osmanlı ya da yabancı vatandaşlığını seçmeleri gerektiğinin bilincinde oldukları söylenemez. Çünkü yabancı vatandaşlığı olup da sonradan Osmanlı veya yabancı vatandaşlığından birini seçmek ve sonuçlarına katlanmak durumunda kaldıklarında, bir kısmı yeniden aslî vatandaşlığı olan Osmanlı'ya geri dönmeyi seçmişlerdir. Bunu öngören *Osmanlı Devleti*, kanunu hazırlarken kapsamı daraltacak birtakım kesin belirleme ve sınırlamalara gidememiştir¹³⁵.

Konuyu bir örnek ile açıklamak devletin içinde bulunduğu çıkmazı daha anlaşılır kılabilir. O dönemde *Amerika*'yı dahi görmediği hâlde, parayla satın almak suretiyle Amerikan vatandaşlığına geçen Osmanlı tebaası kişiler, *Osmanlı Devleti*'nde ikamet etmeyi sürdürmüş ve işlerine devam edebilmişlerdir. İslâm hukukuna göre, bunlar müste'men de sayılamazdı. Çünkü tebaası oldukları ülkede (dârü'l-harp) fiilen yaşamamışlar, Osmanlı ülkesine de emanla girmemişlerdir. Burada olsa olsa, muvazaalı bir vatandaşlık değiştirme işlemi vardır. Esas işlem olan Osmanlı vatandaşlığı, görünürdeki işlem olan Amerikan vatandaşlığı ile gizlenmiştir.

¹³⁰ Ali Şahbaz Efendi. *Hukuk-u Düvel*, İstanbul'da Bağdatlıyan matbaasında tab olunmuştur, Nâşiri: Mehmed Âdil, 22 Aralık 1898, C. II, s. 231-232.

¹³¹ Bu hususlar *Kanunnâme*'nin girişindeki gerekçe kısmında yer almaktadır (Unat, Vatandaşlık, s. 8). Engelhardt, s. 69, 315-316; Bozkurt, Tek Hukuk, s. 23.

¹³² Bozkurt, A.B.D, s. 179.

¹³³ Seçimlik/tercihe bağlı (optional) çift (double) toprak esasını (ius soli) benimseyen ve başarılı olmadığı düşünülen bu *Kanun*, 1889'da kapsamlı bir değişikliklerle yürürlükten kaldırılmıştır. 1889 Vatandaşlık Kanunu'nun, Fransa'nın bir göçmen ülkesi olduğu gerçeğine daha uygun olduğu düşünülmektedir (Bertossi, s. 3).

¹³⁴ Rüşt yaşının 20 olduğu ve diğer devletlerin hukuku hakkında bkz. Surûri, s. 8-10.

¹³⁵ Karakoç, s. 224. Osmanlı Tâbiyet Kanunâmesi'nin şerhi için bkz. Surûri, s. 59 vd.

Bilindiği gibi hukuk, esas niyete itibar eder. O halde bunların bir Osmanlı vatandaşının yükümlülüklerini taşıması ve hukukuna uygun davranması; işte bu noktada basiretli, doğru ve dürüst hukukçu ve devlet adamlarının “gerçek vatandaşlık”-“suni vatandaşlık” ayrımı yapması gerekirdi. İlgili kanun maddesinde sevk edilmiş olan hüküm, sadece Osmanlı iç hukukunun bir hükmü değil, hem iç hukukun, hem devletlerarası hukukun genel ilkelerinden birinin tekrarıdır¹³⁶.

Yukarıda açıklanan süreç, on yedinci yüzyıldan itibaren *Osmanlı Devleti*'nin ülkesinde ve insan unsurunda egemen olamamaya başladığının göstergesidir. Ayrıca kapitülasyonlar gereği, *Osmanlı Devleti*'nde yaşayan yabancı vatandaşların haklarını, Osmanlı yöneticilerinden daha ziyade yabancı devletlerin konsoloslukları koruduğundan fiiliyatta yabancı konsolosluklar Osmanlı yerel yöneticilerine, sömürgelerindeki mahallî yöneticileri gibi davranmışlardır. Onlar için kapitülasyonlar sömürgeciliğin bir aracıydı ve asla bırakılmamalıydı. Dolayısıyla bu konudaki mücadele, Osmanlı sınırları içerisinde Osmanlı yöneticileri ile konsolosluklar arasında sürekli bir sorun odağı olmuştur¹³⁷.

Devlet, kapitülasyonları kaldırma mücadelesi yaşadığı sırada Birinci Dünya Savaşı'na girmiştir. *Osmanlı Devleti* kapitülasyonları tek taraflı olarak ilgâ etmişse de bu karar yabancı devletler tarafından kabul edilmemiş, protestolara konu olmuştur. Bu protestoda en çok ileri giden devletin, *Birinci Dünya Savaşı*'nda *Osmanlı Devleti*'nin müttefiki olan *Almanya* oluşu şaşırtıcıdır. Batılı devletler, Sevr Antlaşması'na bunları yeniden ve diğer galip devletlere de teşmil ederek - eski şartlarıyla- yerleştirmişlerdir. Kapitülasyonların iki taraflı olarak ve tümünden kaldırılması, ancak 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Andlaşması ile mümkün olabilmiştir¹³⁸. Lozan görüşmeleri sırasında baş delege İsmet Paşa kapitülasyonlara dayalı kurulan konsolosluk mahkemelerinin kararlarının ne denli keyfi ve adaletsiz olduğunu ispat etmiştir¹³⁹. Lozan Andlaşması'nda kapitüller hiçbir kayda yer verilmemiştir¹⁴⁰.

Bundan sonra *Osmanlı Devleti*'nde bulunan yabancıların hukukî durumu “*Memâlik-i Osmaniyye'de Bulunan Ecânibin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Muvakkat Kanun*” ile düzenlenmiştir¹⁴¹. Altı madde ve bir geçici maddeden oluşan *Kanun*'un 1'inci maddesinde, Osmanlı ülkesinde bulunan ecnebîlerin “*Kanun-ı Esasî ile kavânîn-i sâirenin Osmanlılara bahşettiği hukuk-ı siyasiyye ve belediyyeden..*” yararlanamayacakları fakat buna karşılık devletin

¹³⁶ Karakoç, s. 226.

¹³⁷ Çolak, Mustafa. “Alman Siyonistleri ve Sadrazam Talat Paşa: Yahudilere Yurt Bulma Meselesi”, *XVIII. Türk Tarih Kongresi, 1-5 Ekim 2018, Ankara, V. Cilt, (Göç ve İskan, İktisat Tarihi, Vakıflar Tarihi)*, (Haz.Semiha Nurdan – Muhammed Özler), TTK Yayınları, s. 177.

¹³⁸ Bozkurt, Batı Hukuku, s. 183; Özkorkut, s. 93; Bilsel, M. Cemil. *Devletler Hukuku, Giriş*, İkinci Bası, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, İstanbul, 1940, s. 180–181; Aybay, Yabancılık, s. 67; İnalçık, Halil. “İmtiyâzât”, *DİA*, C. 22, İstanbul 2000, s. 252. Thayer, Lucius Ellsworth. “The Capitulation of The Ottoman Empire and The Question of Their Abrogation as it Affects the United States”, *AJIL*, C.XVII, 1923, s. 228. Ayrıca bk. Lozan And, m. 71, 138; Bilsel, M. Cemil. *Lozan*, Ahmet İhsan Matbaası Ltd., İstanbul, 1933, s. 69; Çelikel/Gelgel, s. 47; Karakoç, s. 262.

¹³⁹ Bozkurt, Batı Hukuku, s. 176.

¹⁴⁰ Atatürk, s. 644. Lozan'da yabancıların durumu ile ilgili tartışmalar için bkz. Bozkurt, Batı Hukuku, s. 179.

¹⁴¹ *Düstur*, Tertib-i Sâni, C. 7, numara: 149, s. 458; Takvim-i Vakâyi ile neşir ve ilânı: 27 Rabîü'l-âhir 1333, 1 Mart 1331, numara: 2111, (<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/handle/11543/71;file:///C:/Users/ASUS/Downloads/199609306-c7.pdf>). Berki, Osman Fazıl. “Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat”, *AÜHFD*, C. 3, S. 2, 1946, s. 403.

kanunlarıyla Osmanlı tebaasına hasredilmeyen haklardan yararlanabilecekleri belirtilmiştir. İkinci maddede devletin güvenlik ve asayişine ilişkin kanunların -ecnebîler de dâhil- herkesi kapsadığı belirtilmiştir. Üçüncü madde, yabancıların hangi durumlarda modern uluslararası hukuka göre Osmanlı mahkemelerinden yararlanma ve başvuru hakları bulunduğunu açıklamaktadır. Dördüncü madde, yabancılara ait gayrimenkullerle ilgili davaların yargı yerinin -Osmanlı tebaası alâkadar olmasa bile- Osmanlı mahkemeleri olduğunu belirtmiş bazı istisnalar saymıştır. Bu maddede belli durumlarda kanunlar ihtilafı kurallarına atıf vardır¹⁴².

SONUÇ

Kuruluşundan itibaren *Osmanlı Devleti* kendi ülkelerinde gördükleri dinî, siyasî baskılar ve savaşlar nedeniyle kendisine sığınanlara ve göçmenlere kapılarını hep açık tutmuş hattâ bu durum bir gelenek hâline gelmiştir. *Osmanlı Devleti*, zamanın ve şartların değişmesiyle ülkesine geçici niyetlerle giren yabancılara eman ve ahidnâmeler yoluyla günümüzde yabancıya tanınan haklardan çok daha geniş; hattâ, imtiyaz boyutuna varan, ayrıcalıklar da tanımıştır. Fakat bunun sıkıntısını fazlasıyla yaşamıştır. Son günlerde *göçmen*, *mülteci*, *sığınmacı* gibi kavramların ülkemizde sıklıkla *vatandaşlık* terimiyle bir arada zikredildiğine şahit olunmaktadır. Bu makaleye de konuyla ilgili mevcut tartışmalar ilham kaynağı olmuş bu yönüyle çalışmamıza güncellik katmıştır. Tarihî veriler doğrultusunda *göçmen*, *mülteci*, *sığınmacı statülerinin* mutlaka vatandaşlığa dönüşmesi gerekliymiş gibi bir beklentinin yerleşmesinin doğru olmadığı sonucuna varılmıştır. Bunlar hukukta farklı alanların kavramlarıdır.

Osmanlı Devleti'ndeki Hristiyan/Yahudi milletler, duraklama devrinden itibaren Avrupa devletlerinin Osmanlı'nın iç işlerine müdahale aracı olmuşlar; on dokuzuncu yüzyılda milliyetçilik akımlarının etkisiyle ulusal bilinç geliştirmişler bunun sonucunda devletin zayıf noktasını oluşturmuşlardır. Çalışmamızın sonucunda tarihte yaşanan olayların, vatandaşlık verilen yabancıların, ileride dış güçler tarafından devletin aleyhine kullanılması muhtemel birer araç olabileceğini gösterdiği ve bu konuda tedbir alınmasını zorunlu kıldığı kanaatine varılmıştır.

Çalışmamızın bir başka sonucu da vatandaşlığın, kişi ile devlet arasında “*hukukî ve gerçek*” manâda kurulan ve hukukî sonuçları bulunan bağ olmakla birlikte kişi ile devlet arasında sadece hukukî prosedürler gerçekleştirilerek elde edilen maddî bir bağ boyutuna indirgenemeyeceğidir. Başka bir deyişle vatandaşlık kişinin, vatandaşı olduğu devletin hazinesine yaptığı katkının yanı sıra bu hazineden karşılanan tüm imkânlardan yararlanmasını sağlayacak şekilde içte ve dışta hak ve yükümlülüklerden müteşekkil birtakım hukukî sonuçlarla donatılmış *maddî* olduğu kadar *manevî*; *hukukî* olduğu kadar da *gerçek* ve her talep edenle kurulamayacak kadar değerli bir bağdır. Şüphesiz *Osmanlı Devleti* zamanında bu netlikte bir vatandaş/tebaa tanımı yapılamazdı. Bunun sebeplerinden biri dine dayalı bir hukuk sistemi olması ve bu dine inanmayanlara devletin sürekli her konuda ayrı hükümler tesis etmek zorunda kalmasıdır. Bu durum zamanla Müslüman tebaanın aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Bu yüzden Türklerin vatandaşlık müessesesinin kötüye kullanılmasıyla ilgili yaşadığı tecrübelerin zenginliğine bakılırsa, Osmanlı dönemi hukukçularının, çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenen “*gerçek vatandaşlık*” tanımını daha

¹⁴² Aybay, Yabancılar, s. 66, dn. 4; Konan, 1915, s. 231.

erken yapması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Yapılan bu çalışmadan çıkardığımız en önemli sonuçlardan biri bu çıkarımın bir tarih yanılığı (anakronizm) olmayacağıdır.

Osmanlı Devleti, fıkhîta *Haneî Mezhebi*'nin içtihatlarını esas alan bir sistem kurmuştur. Ancak çeşitli dönemleri esas alarak şer'î kayıtları inceleyen hukukçu ve tarihçilerin çalışmalarında fikhî hükümler ile uygulamaya yansıyan fiilî durumlar arasında fark olabildiği görülmektedir. Bu belirsizlik, vatandaşlık/tebâ tanımında ve yabancılarla ilişkileri düzenlemede de gözlenmektedir. Fıkıh kurallarına göre müste'menlerin (yabancı devlet tebaası) İslâm ülkesinde kalış süreleri en çok bir yıl ile sınırlı iken Osmanlı ülkesindeki yabancıların çok uzun yıllar kaldıkları, hattâ hiç çıkmadıkları bilinmektedir. Bu somut durum kendilerine ne tür bir fikhî ahkâmın uygulanacağı belli olmayan, başka bir deyişle, hukukî niteliği belirsiz bir "yerleşik yabancılar" sınıfının doğmasına neden olmuştur.

Klasik fıkıh esaslarına göre müste'menler, İslâm ülkesinde en çok bir yıl kalabilir; ülkeye giriş amacını gerçekleştirdikten sonra çıkış yapar ve kaldıkları süre zarfında gayrimenkul edinemezlerdi. Yabancı, eğer bir şekilde gayrimenkul edinirse bu davranış, yabancı'nın vatandaş (zimmî) statüsüne geçmek istediğine karene sayılmıştır. Karinelerin aksi her zaman ispatlanabileceğinden gayrimenkul edinenin "vatandaş olmak istediği/olması gerekliliği" mutlak bir kural olarak düşünülmemelidir. Kaldı ki yabancı'nın gayrimenkul edinmesi yasak olduğuna göre (eğer edinirse, bu hareketi, zimmî olmak istediğine yormadan önce) nasıl olup da gayrimenkul edinebildiğine bakmak ve eğer yasal olmayan bir yolla edindiye işlemi geçersiz saymak gerekir. Nitekim Osmanlı ülkesinde gayrimenkul edinen yabancıların aslında zimmî tebaa olmak istemedikleri; sırf gayrimenkul edinmek için *zimmî kadınla evlenmek, müstear ad kullanmak ve muvazaa* yollarına saparak alenen hukuku dolandıkları belirtilmektedir. Bunu yaparken amaçları, müste'menliğin ikili avantajını kullanarak hem kazançlarını katlamak hem de Osmanlı ülkesinde vatandaşların yararlandıkları imkânlardan yararlanmaktır. Bir devletin vatandaşlığına gerek normal yollardan gerekse göç ve sığınma gibi nedenlerle sonradan talip olanların gerçekten mi, yoksa çıkarlarına uygun düştüğü için mi bunu istediklerinin ne denli önem taşıdığı tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle çalışmamızda, vatandaşlığın bir *maddî/hukukî-prosedürel*, bir de *manevî* boyutu olduğu konusu üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda "gerçek vatandaşlık" kavramı da değerlendirilmiştir. Nitekim klasik fıkıhın ana kavramları olan *zimmî*, *ahidnâme* ve *eman* müesseselerinin Osmanlı tâbiyeti bakımından belli bir süre ihtiyacı karşılama yeterli geldiği fakat zaman geçip de Batılı devletler kendi vatandaşlık kriterlerini içeren kanunlar yapmaya başladığında, klasik dönem fıkıhının esasları içinde kalmanın devletin hukukçularını zorladığı anlaşılmaktadır. Bir yerden sonra artık Osmanlı hukukçularının da *vatandaşlık-yabancılık-mülteci-göçmen* konularında yeni hükümler üretmeleri; sınırları belli kesin tanımlar yapmaları, bunları temel alan kanunnâmeler çıkarmaları zorunluluğu doğmuştur. Süresiz eman verilmesi; kapitülasyonlarla getirilen "en çok gözetilen ulus kaydı" ve *tam serbest ticaret*; yabancıya *gayrimenkullerde tasarruf yetkisi edinme hakkı*¹⁴³ veya muvazaalı edinimlerin iyi

¹⁴³ 7 Safer 1284 /1867 tarihli kanunla yabancılara Hicaz vilayeti dışındaki yerlerde, müteakabiliyete bağlı olarak emlakte tasarruf hakkı verilmiştir. 1284 tarihli bu kanun 1914 yılında çıkarılan kanunla ilgâ edilmiş, yabancılara tanınan bu hak dondurulmuştur. Lozan Barış Andlaşması'ndan sonra 7 Ocak 1924 tarih 106 sayılı Bakanlar Kurulu

denetlenememesi, vergi muafiyeti ve yabancıların ceza davalarında dahi devlet içinde kurulan yabancı mahkemelerde yargılanması; karma mahkeme hâkimlerinin, kendi devletlerinin tarafı hâline gelmesi gibi sonuçlar, “*farklı hukuk sistemlerinin etkileşimi*” boyutlarını aşmış, devlet ise, buna karşı acil ve gerekli tedbirleri zamanında alamamıştır.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmet. “Osmanlı İmparatorluğu ve Dış Göçler; 1783–1922”, Toplum ve Bilim, S. 80, s. 144-170, İstanbul, 1999, (Dış Göçler)
- Akgündüz, Ahmet. Pax Ottoman, Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Yönetimi, Timaş Yayınları, İstanbul, 2008, (Pax).
- Aktar, Ayhan. Varlık Vergisi ve Türkleştirme Politikaları, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001.
- Akyılmaz, Gül. “Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Hukukî Statüsü”, Ermeni Araştırmaları Türkiye Kongresi, 20 Nisan 2020, (Tebliğ).
- Ali Şahbaz Efendi, Hukuk-u Düvel, C. I–II, İstanbul’da Bağdatlıyan Matbaası, Nâşiri: Mehmed Âdil, 22 Aralık 1898.
- Altuğ, Yılmaz. Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi, 4. Bası, İstanbul 1976.
- Altuğ, Yılmaz. Devletler Hukuku Bakımından Mülteciler, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1967.
- Atatürk, Gazi Mustafa Kemal. Nutuk, 33 612, Birinci Elli Bin, Ankara 1927, (Eski Nutuk).
- Atatürk, Gazi Mustafa Kemal. Nutuk, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul Kasım 2021, (1927 Baskısı olduğu gibi korunmuş şekli ile), (Yeni Nutuk).
- Aydın, Faruk. “1878’de Osmanlı Devleti’nde Meydana Gelen Göç Hareketleri ve Göçmenlerin İskânı”, Askeri Tarih Bülteni, C. XVIII, S. 34, Ankara, 1993.
- Aybay, Rona. Vatandaşlık Hukuku, 3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul Eylül 2008, (Vatandaşlık).
- Aybay, Rona. Yabancılar Hukuku, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Ocak 2007, (Yabancılar).
- Aydın, Mehmet Akif. Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, Beta, İstanbul, Eylül 2019.

Kararı ile yabancıların Türkiye’de gayrimenkule tasarruf haklarının yasaklanmasına ilişkin alınmış tedbirlerin kaldırıldığı ilân edilmiştir. Lozan’da taraf devletlerin vatandaşlarının taşınmaz edinimi hakkı, mütekabiliyete dayalı şekilde tanınmıştır (Şeref Ertaş-Gülseren Y. Öztürk, “Yabancıların Taşınmaz Edinmesindeki Gelişmeler ve Türkiye’deki Son Durum”, MÜHF - HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU’na Armağan, s. 443 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/469310>)).

- Bağış, Ali İhsan. Osmanlı Ticaretinde Gayrimüslimler, Kapitülasyonlar, Avrupa Tüccarları, Beratlı Tüccarlar, Hayriye Tüccarları (1750–1839), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- Berki, O. Fazıl. Devletler Hususi Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1959, (Devletler).
- Berki, Osman Fazıl. “Ecnebinin Hukuk Ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat”, AÜHFD, C. 3, S. 2, 1946, s.403-422, 01.05.1946,
[https://dergipark.org.tr > download > article-file](https://dergipark.org.tr/download/article-file), (15.11.2022), (Ecnebi).
- Bertossi, Christophe. EUDO Citizenship Observatory Country Report:France, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, January 2010, Revised April 2010, Italy,
(<https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/19613/France.pdf?sequence>), (11.12.2022).
- Boogert, Maurits H. Van den. Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi, 18. Yüzyılda Kadılar, Konsoloslar ve Beratlılar, (Çev. Ali Coşkun Tuncer), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Ocak 2014.
- Bozkurt, Gülnihal. “İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri”, DEÜHFD, 1987, Cilt 3, Sayı 1-4, s. 115-155, <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/ayiter/ayiter/bozkurt3.pdf>, (Zimmiler).
- Bozkurt, Gülnihal. “Azınlık İmtiyazları-Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C. XIV, S. 40, Mart 1998, (www.atam.gov.tr), (Tek Hukuk).
- Bozkurt, Gülnihal. “Türk Hukuk Tarihinde Azınlıklar”, AÜHFD, C. 43, 1993, S. 1–4, s. 49–59, (Azınlıklar).
- Bozkurt, Gülnihal. “İslam Hukukunda Müste’menler”, AÜSBF Yayınları, Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur’a Armağan, Ankara, 1983, s. 361–379, (Müste’men).
- Bozkurt, Gülnihal. “A.B.D Vatandaşlığı İddiasında Bulunan Osmanlı Vatandaşlarına Dair Bazı Amerikan Belgeleri”, Jale G. Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya 1991, (ABD).
- Bozkurt, Gülnihal. Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu, (1839–1914), 2. Baskı, (TTK Basımevi), Ankara, 1996, (Alman-İngiliz).
- Bilsel, M. Cemil. Lozan, Ahmet İhsan Matbaası Ltd., İstanbul, 1933, (Lozan).
- Bilsel, M. Cemil. Devletler Hukuku, Giriş, İkinci Bası, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, İstanbul, 1940, (Devletler Hukuku).

Candeğer, Ümmügülsüm. Lozan Ahali Mübadelesi Çerçevesinde Yunanistan ve Adalardan Muğla'ya Gelen Türk Göçmenlerin İskanı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla, 2003.

Cantemir, Mehmet İhsan. "Müste'menlerden Mültecilere Ahidnâmeliler (Beratlılar, Patenteliler, Mahmiler)", *Belgi Dergisi*, Pamukkale Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Kış 2020/I, C. 2, S. 19, 2020/1, s. 2100- 2115.

Cin, Halil/Akyılmaz. Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2021.

Çelikel, Aysel/Gelgel (Öztekin), Günseli. *Yabancılar Hukuku*, Yenilenmiş 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.

Çolak, Mustafa. "Alman Siyonistleri ve Sadrazam Talat Paşa: Yahudilere Yurt Bulma Meselesi", XVIII. Türk Tarih Kongresi, 1-5 Ekim 2018, Ankara, V. Cilt, (Göç ve İskan, İktisat Tarihi, Vakıflar Tarihi, TTK Yayınları, Haz.Semiha Nurdan – Muhammed Özler, s. 173-191.

Davison, Roderic. *Reform In The Otoman Empire, 1856–1876*, Princeton University Press, Princeton, USA, New Jersey, 1963.

Dedeoğlu, Saniye. "Türkiye'de Göçmenlerin Sosyal Dışlanması", <https://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423870127.pdf>, s. 32-33

Demiryürek, Mehmet. "İngiltere Tercümanları ve 1758 Tercüman Reformu", *Belleten*, C. LXXX, S. 288, Ağustos 2016, s. 439-483.

Doğan, Vahit. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş, Yenilenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2012.

Dündar, Fuat. *İttihat ve Terakki'nin Müslümanları İskân Politikası (1913–1918)*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001.

Düstur, Tertib-i Evvel, s. 16–18.

Düstur, XV/1, İstanbul 1934, s. 1156-1157, (R.G. 21 Haziran 1934, S. 2733).

Düstur, Tertib-i Sâni, C. 7, numara: 149, s. 458; Takvim-i Vakâyi ile neşir ve ilânı: 27 Rabîü'l-âhir 1333, 1 Mart 1331, numara:2111, (<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/handle/11543/71>).

R.G. 11. 04.2013, S. 28615.

Engelhardt, Ed. *Tanzimat ve Türkiye*, (Çev. Ali Reşad), Kaknüs Yayınları, İstanbul, 1999.

Eraslan, Cezmi. "Atatürk'ün Adana'daki Konuşmaları Üzerine", <https://atamdergi.gov.tr/tammetin-pdf/141/tur>, (19.11.2022).

<https://www.etimolojiturkce.com/arama/canib>

- Ergüven, Nasih Sarp/Özturanlı, Beyza. "Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye", AÜHFD, C. 62, S. 4, s. 1007-1062, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622933>, (7.05.2023).
- Erol, Mine. Türkiye’de Amerikan Mandası Meselesi (1919–1920), İleri Basımevi, Giresun, 1972.
- Eryılmaz, Bilal. Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Teb’anın Yönetimi, Risale Yayınları, İstanbul, Ocak 1990.
- Fayda, Mustafa. “Ahidnâme”, DİA, C. 1, İstanbul, 1988, s. 535-536, (Ahidname).
- Fişek, Hicri. Anayasa ve Vatandaşlık, Ankara, 1961.
- Genç, Y. İhsan. Osmanlılarda Beratlar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1988.
- Güç, Ahmet. “Putperestlik”, DİA, C. 34, s. 365-368, İstanbul, 2007.
- Güllüpnar, Fuat. “Göç Olgusunun Ekonomi-Politigi Ve Uluslararası Göç Kuramları Üzerine Bir Değerlendirme”, Yalova Sosyal Bilimler Dergisi, S. 4, Nisan 2012-Eylül 2012, s. 53-85.
- Göğer, Erdoğan. Türk Tâbiyet Hukuku, 4. Bası, AÜHF Yayınları, Ankara, 1979.
- Heyd, Uriel. Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler- (Tercüme ve Derleme: Ferhat Koca), Ankara, 2002, (Makaleler).
- Heyd, Uriel. “The Jewish Communities of Istanbul in the Seventeenth Century”, Oriens, Vol. 6, No. 2, 1953, pp. 299–314), <http://www.jstor.org/stable/1579169>, (Jewish).
- İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı, s.37, 20.03.2013’te <http://gib.icisleri.gov.tr/> (12.12.2022).
- İnalcık, Halil. “The Status of the Greek Orthodox Patriarch under the Ottomans”, Essays in Ottoman History, Eren Yayınları, İstanbul, 1998, s. 195-223, (Essays).
- İnalcık, Halil. Seçme Eserleri I-II, Devlet-i Âliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-I, Klâsik Dönem (1302–1606): Siyasal, Kurumsal ve Ekonomik Gelişim, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Mayıs 2009, (Devlet-i Âliyye).
- İnalcık, Halil. “İmtiyâzât”, DİA, C. 22, s. 245-252, İstanbul, 2000, (İmtiyazat).
- İpek, Nedim. “Birinci Dünya Savaşı Esnasında Karadeniz ve Doğu Anadolu’da Cereyan Eden Göçler”, On Dokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1, 1999, s. 167 - 254, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/188332>, (2.11.2022).
- İpşirli, Mehmet. “Eman”, DİA, C. 11, İstanbul, 1995, s. 77-79.
- Karakoç, İrem. Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Karakoç, Sarkis. Tâbiyet Kanunu ve Tâbiyet Kalemi Harç Tarifesi, (Transliterasyon: Betül Kayar-A. Vefa Karataş), Cihan Matbaası, İstanbul, 1341/1343.

Kaya, Remzi. “Ehl- Kitap”, DİA, C. 10, s. 516-519, İstanbul, 1994.

Kayapınar, Ayşe. “Anadolu’dan Balkanlara Yapılan İskânın Özellikleri: Bulgaristan Örneği”, Atatürk Kültür, Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları VIII. Dizi - Sayı: 35 Kongreye Sunulan Bildiriler V. Cilt Göç Ve İskân İktisat Tarihi Vakıflar Tarihi Ankara, 2022 XVIII. Türk Tarih Kongresi, Ankara: 1-5 Eylül 2018, (Hazırlayanlar: Semiha Nurdan/Muhammed Özler), s. 9-22, (12.09.2022).

Kenanoğlu, Macit. Osmanlı Millet Sistemi-Mit ve Gerçek, 2. Baskı, Klâsik Yayınları, İstanbul, Aralık, 2007, (Mit).

Kenanoğlu, Macit. “İslam-Osmanlı Hukukunda Zimmîler”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, 2005, s. 553-574, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/652368> (Zimmîler).

Konan, Belkıs. Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukukî Durumu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006. <http://acikarsiv.ankara.edu.tr>, (Tez).

Konan, Belkıs. “Osmanlı Devleti’nde Protege (Koruma) Sistemi”; AÜHFD, C.58, S. 1, 2009, s. 170- 188, (Protege).

Konan, Belkıs. “1915 Tarihli ‘Memâlik-i Osmaniye’de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat’a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukukî Durumunun Değerlendirilmesi”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri Kitabı, s. 225-245, (1915).

Konan, Belkıs. “Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, AÜHFD, C. 64 S.1, 2015, s. 171-193, (Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşları).

Konan, Belkıs. “Osmanlı Devleti’nde Kapitülasyonlar Çerçevesinde Yabancıların Din ve Vicdan Özgürlüğü”, AÜHFD, C. 57, S. 1, 2008, s. 167-182, (Din ve Vicdan).

Konan, Belkıs. “İnsan Hakları Ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 4, 2011, s. 253-288, (İnsan Hakları).

Kütükoğlu, Mübahat. “Berat”, DİA, C. 5, İstanbul 1992, s. 472-473.

Mc Carthy, Justin. Ölüm ve Sürgün, (Çev. Bilge Umar), İnkılap Kitabevi, İstanbul, 1998.

Mumcu, Ahmet. Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ankara, 1976.

<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/ecnebi>

Nomer, Ergin. Vatandaşlık Hukuku Dersleri, İstanbul, 1980.

Odman, Tevfik. Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku, (Dünyada ve Türkiye’de İlticanın Gelişim Süreci), Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Ortaylı, İlber. “Mülteci Sorunu”, Milliyet, 13.9.2015.

Lozan Barış Konferansı-Tutanaklar Belgeler-Takım: II, Cilt:1-2, Çeviren Seha L. Meray, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 348.

<http://www.lozanmubadilleri.org.tr/mubadele-sozlesmesi/>, (11.11.2022).

Osmanağaoğlu, Cihan. Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tâbiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi, Legal Yayınları, İstanbul, 2004.

Ökçün, Gündüz. Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti, Ankara, 1962.

Önkal, Ahmet. “Civar”, DİA, C. 8, s. 34-35, İstanbul, 1993.

Örsten Esirgen, Seda. “İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Zimmiler”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/272846>, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, 2015, s. 145-172, (11.11.2022).

Özcoşar, İbrahim/ Akman, Ekrem. “Osmanlı Kudüs’ünde Ecnebi Kilise Arazilerinin Vergiden Muafiyeti Meselesi”, Journal of Islamicjerusalem Studies, 18(2), s. 15-34,2018.

Özel, Ahmet. “Harbî”, DİA, C. 16, s. 112-114, İstanbul, 1997, (Harbi).

Özel, Ahmet. “Müste’men”, DİA, C. 32, s. 140–143, İstanbul, 2006, (Müste’men).

Özkorkut, Nevin Ünal. “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti’nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”, AÜHFD, C. 53, S. 2, 2003, ss. 83-94. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/278/2512.pdf>, (10. 11. 2022).

R. G. 26 Eylül 2006, S. 26301.

<https://www.sciencemuseum.org.uk/objects-and-stories/medicine/victorian-mental-asylum>

Refugee Timeline, (<http://refugeehistory.org/timeline-refugee>).

Shaw, Stanford J. Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, C. 1, (Çev. Mehmet Harmancı), E Yayınları, İstanbul, 2000, (Modern Türkiye-1).

Shaw, Stanford J./ Shaw Ezel Kural. Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, C. 2, (Çev. Mehmet Harmancı), E Yayınları, İstanbul, 1994.

Shaw, Stanford J. Osmanlı İmparatorluğu’nda ve Türkiye Cumhuriyeti’nde Yahudiler, (The Jews of The Ottoman Empire and Turkish Republic, New York University Press, 1991) (Çev. Meriç Sobutay), Kapı Yayınları, İstanbul, Eylül 2008, (Türkiye Cumhuriyeti’nde).

Shaw, Stanford J. From Empire to Republic, The Turkish War of National Liberation 1918-1923 Documentary Study, V. 1 The Rise and Fall of the Ottoman Empire, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, (From Empire).

Söylemezoğlu, Galip Kemali. Hatıraları, Canlı Tarihler, C. V, Türkiye Yayınları, İstanbul, 1946.

-
- Surûrî, Nazif/ Örikağasızâde, Hasan Sırrı/ Yusuf Ziya vd. Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, Ed. Ahmet Kılınç, (Transliterasyon: A. Vefa Karataş/S. Betül Doğangüzel/Betül Argunhan vd) Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mart 2021.
- Şakacı, Bilge Kağan. “Türkiye’nin Göç ve İskân Politikaları: 1934 Tarihli 2510 sayılı İskân Kanunu İncelemesi, Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi, C. 1, S. 3, 2020, s. 36-57.
- Tayfur, Sabğatullah. “Âl-İ İmrân Suresinin 55. Ayeti Bağlamında Hıristiyanlar İle Diğer Ümmetler Arasındaki Üstünlük Meselesi”, Batman Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Hakemli Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2018, s. 82-91.
- Tayla, Mustafa. Batı Anadolu’da Yunan Mezalimi Bursa Vilayetinde Yaşanan Acıların Dokümanter İncelemesi, Ankara, 2001.
- Thayer, Lucius Ellsworth. “The Capitulation of The Ottoman Empire and The Question of Their Abrogation as it Affects the United States”, AJIL, C.XVII, 1923, s. 207–233.
- Turnagil, Ahmet Reşid. İslamiyet ve Milletler Hukuku, İstanbul 1972.
- Uluocak, Nihal. Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 1988.
- Unat, İlhan. Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi, SBF Yayını, Ankara, 1966, (Nottebohm).
- Unat, İlhan. Türk Vatandaşlık Hukuku, (Metinler-Mahkeme Kararları), AÜSBF Yayınları, Ankara, 1966, (Vatandaşlık).
- UNCHR, “Mülteci ve Göçmen?”, Sözcük seçimleri Önemlidir”, https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/02/UNHCR_Refugee_or_Migrant_TR.pdf, (11.11.2022).
- UNHCR in Turkey, Facts&Figures (2011), Issue 3, s.13, [http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/f&f_issue_03-eng\(1\).pdf](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/f&f_issue_03-eng(1).pdf), (11.11.2022).
- Yurtseven, Yılmaz. “İslam hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında Zimmilerin Hukuki Statüsü”, Selçuk ÜHFD, C. 8, S. 1-2 (Milenyum Armağanı), 2000, s. 439 - 462, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262149>, (3.12.2022).

Mahkeme Kalem Teşkilatı Görevlilerinin Karar ve İşlemlerine Karşı Başvuru Yolları

Osman DURAN 

Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku
Anabilim Dalı, Sivas, Türkiye

osmandurann@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 15.01.2023

Kabul: 14.05.2023

Yayın: 25.05.2023

Anahtar

Kelimeler:

Kalem teşkilatı
personeli, Hukukî çare,
İtiraz, Kanun yolu, İdari
faaliyet.

Adli yargı ilk derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay'ın dairelerinde, yargı işleri hizmetlerinin yürütülmesi için bir kalem (yazı işleri) teşkilatı bulunur. Mahkemelerde bir yazı işleri müdürü, yeterli sayıda zabıt kâtabi, memur, mübaşir, hizmetli ve diğer görevliler bulunur. Yazı işleri müdürü, zabıt kâtabi ve mübaşir başta olmak üzere bu görevlilerin mevzuattan kaynaklanan önemli görevleri vardır. Kalem teşkilatı personelinin vermiş olduğu karar ve yapmış olduğu işlemler idari niteliktedir. İdari nitelikte olduğu için bu karar ve işlemlere karşı kanun yoluna başvurulamaz.

Alman hukukunda, mahkemede görevli zabıt kâtiplerinin karar ve işlemlerine karşı özel bir hukukî çare düzenlenmiştir. Bu hukukî çare "Erinnerung" olarak ifade edilmektedir. Alman Medenî Usûl Kanunu madde 573'de düzenlenen bu hukukî çareye göre, zabıt kâtiplerinin işlemlerine karşı mahkemeden bir karar talep edilebilir. Dilimize "itiraz" olarak çevirebileceğimiz bu hukukî çare ile zabıt kâtibinin işlemleri görev yaptığı mahkemeye incelenip gerektiğinde düzeltilir. Türk hukukunda ise buna benzer bir hukukî çare düzenlenmemiştir. Genel olarak idari nitelikte olan bu karar ve işlemlere karşı idari yargıda iptal davası açılabilir. Ancak etkin hukukî koruma sağlanabilmesi için Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi kalem teşkilatı personelinin karar ve işlemlerine karşı özel bir hukukî çare düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Remedies Against Court Clerks Decisions and Acts

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 15.01.2023

Accepted: 14.05.2023

Published: 25.05.2023

Keywords:

Registrar's office staff,
Legal remedy,
Objection, Process of
law, Administrative act.

In the chambers of the courts of first-instance courts, regional courts of appeal and the Court of Cassation have a clerk (registrar's office) for the execution of judicial services. Registrar's office staff are sufficient number of registrar, clerk, usher and retainer. These officer has important tasks. Their acts and decisions are administrative nature not a judicial nature. For this reason, it is not possible to take judicial remedies against their decisions and acts.

In German Law have a special legal remedy which is "erinnerung" against registrar's office workers decisions and acts. According to German Code of Civil Procedure (ZPO in German) Article 573 against any decisions and acts of clerk can be requested a decision from the related court. This process can be describe "objection" in Turkish law system. In this way, the unlawfulness in the actions and decisions of the clerk can be corrected by the related court. Unfortunately such a judicial remedy is not enacted in Turkish Law. In accordance with the general administrative judicial principle, any decisions and act can be hail into administrative court. However, in order to provide an effective legal guarantee it would be appropriate to include an special legal remedy in Turkish Law as in German Law.

Atf/Citation: Duran, O. (2023). "Mahkeme Kalem Teşkilatı Görevlilerinin Karar ve İşlemlerine Karşı Başvuru Yolları", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 297-314.

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

Adli yargı ilk derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay'ın dairelerinde, yargı işleri hizmetlerinin yürütülmesi için bir kalem (yazı işleri) teşkilatı bulunur¹. Mahkemelerde bir yazı işleri müdürü, yeterli sayıda zabıt kâtabi, memur, mübaşir, hizmetli ve diğer görevliler yazı işlerini yürütürler (Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik² m. 169/1; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği³ m. 6/1⁴). Kalem teşkilatını yürüten bu görevlilerin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Yazı İşleri Yönetmeliği, HMK Yönetmeliği gibi mevzuatta çeşitli görevleri bulunmaktadır. Bu görevlerin çoğunluğu mahkeme kalem teşkilatının iç işleyişi, dosyaların düzenli tutulması, duruşmanın gerçekleştirilmesine yardımcı faaliyetler iken, bir kısmı ise taraflar veya vekillerinin taleplerinin karşılanmasına yöneliktir.

Yargısal faaliyet, şekli (organik) ve maddi anlamda ayrılarak tanımlanmaktadır⁵. Şekli anlamda yargısal faaliyet, faaliyeti gerçekleştiren makamdan hareket eder. Buna göre mahkemenin yaptığı tüm işlemler yargısal faaliyettir⁶. Maddi anlamda yargısal faaliyet ise, objektif hukukun, bağımsız hâkimler (mahkemeler) tarafından belli bir olaya uygulanması⁷ ve buna kanunî gerçeklik tanınmasıdır⁸. Yargısal faaliyeti, şekli anlamda tanım yeteri kadar açıklayamadığı için, maddi anlamda tanım tercih edilmektedir. Çalışma konumuz açısından, kalem işlerinin yürütülmesi mahkemenin, yargısal olmayan idari faaliyetlerindedir⁹. Mahkemelerin idari nitelikteki işlerine

¹ Tanrıver, Süha. *Yargı Teşkilâtı ve Görevlileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 422 (*Yargı Teşkilâtı*); Akkan, Mine. "§ 4. Yargı Görevlileri", *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (ed. Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya), Cilt 1, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 396 (§ 4. Yargı Görevlileri); Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 1, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 315 (*Medenî Usûl*); Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 1, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 75 (Cilt 1); Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 92; Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Yargılama Usülleri*, 6. Baskı, Ankara, 1957, s. 58; Bilge, Necip/ Önen, Ergun. *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 119; Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 135-136; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Ünal Kaya, Hilal. *Yargı Örgütü*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 163; Sungurtekin Özkan, Meral/ Aykotalp, Aslı. *Yargı Örgütü Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 40.

² Bu yönetmelik bundan sonra Yazı İşleri Yönetmeliği şeklinde anılacaktır.

³ Bu yönetmelik bundan sonra HMK Yönetmeliği şeklinde anılacaktır.

⁴ 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 2/3; 2797 sayılı Yargıtay Kanunu m. 53; 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 10/3, 24/1, 32.

⁵ Kuru, Cilt 1, s. 2; Özbay, İbrahim/ Aydemir, Fatih/ Bölükbaşı, Özge/ Kaya, Seyithan. *Yargı Örgütü Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 3; Akkan, Mine. "§ 2. Yargı", *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (ed. Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya), Cilt 1, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 78 (§ 2. Yargı); Bilge/ Önen, s. 11; Sungurtekin Özkan/ Aykotalp, s. 19-20. Ayrıca bakınız, Postacıoğlu/ Altay, s. 20-23; Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Sulhi Garan, İstanbul, 1975, s. 22-26.

⁶ Kuru, Cilt 1, s. 2; Akkan, § 2. Yargı, s. 78; Bilge/ Önen, s. 11; Özbay/ Aydemir/ Bölükbaşı/ Kaya, s. 3; Sungurtekin Özkan/ Aykotalp, s. 19-20.

⁷ Kuru, Cilt 1, s. 3; Özbay/ Aydemir/ Bölükbaşı/ Kaya, s. 3; Akkan, § 2. Yargı, s. 78-79; Pekcanitez, Hakan/ Simil, Cemil. *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 24; Ansay, s. 17; Bilge/ Önen, s. 11; Atalı/ Ermenek/ Ünal Kaya, s. 18; Sungurtekin Özkan/ Aykotalp, s. 20.

⁸ Postacıoğlu/ Altay, s. 22; Özbay/ Aydemir/ Bölükbaşı/ Kaya, s. 3-4.

⁹ Kuru, Cilt 1, s. 2; Bilge/ Önen, s. 11; Sungurtekin Özkan/ Aykotalp, s. 20. Ayrıca bakınız, Postacıoğlu/ Altay, s. 23; Postacıoğlu, s. 27.

karşı istinaf veya temyiz kanun yollarına başvurulamaz¹⁰. Mahkemelerin kalem işlerinin yürütülmesi faaliyetleri idari nitelikte sayıldığı için evleviyetle, kalem teşkilatı personelinin de kalem işlerinin yürütülmesi amacıyla yaptığı faaliyetler idari niteliktedir ve bunun sonucu olarak bu faaliyetler/ işlemler aleyhine kanun yoluna başvurulamaz.

Kalem hizmetleri ilgisine göre mahkeme başkanı veya hâkiminin denetimi altında yürütülür (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/2; HMK Yönetmeliği m. 6/2). İcra mahkemelerinin denetimi altında bulunan icra dairelerinin (İcra ve İflas Kanunu; İİK m. 13/1) işlemlerine (bu işlemler idari nitelikte işlemlerdir¹¹) karşı öngörülmüş olan şikâyet (İİK m. 16-18) gibi bir hukukî çare¹², kalem teşkilatı görevlilerinin işlemlerine karşı hukukumuzda öngörülmemiştir. İdari nitelikte olan bu işlemlere karşı idari yargıda iptal davası açılması mümkündür. Fakat bu hukukî çare etkin bir hukukî koruma sağlamayacaktır. Oysa Alman medenî usûl hukukunda kalem teşkilatı görevlilerinin kararlarına karşı, Alman Medenî Usûl Kanunu (deutsche Zivilprozessordnung; dZPO) m. 573 ile itiraz (*Erinnerung*) yolu bir hukukî çare olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda ilk önce kalem teşkilatı personelinin görevlerine değinildikten sonra, olması gereken hukuk açısından Alman medenî usûl hukukundaki mevcut kanunî düzenleme de dikkate alınarak bir görüş önerisi sunulmaya çalışılmaktadır.

I. KALEM TEŞKİLATI PERSONELİNİN GÖREVLERİ

Mahkemelerde görevli yazı işleri müdürü, zabıt kâtibi ve mübaşirin çeşitli kanun ve yönetmeliklerde görevleri düzenlenmektedir¹³. Bu görevlerden sadece taraflar veya vekillerinin taleplerinin karşılanmasına yönelik olanlarına değinilmektedir.

A. Yazı İşleri Müdürünün Görevleri

Yazı işleri müdürü, kalem teşkilatının amiridir. Bütün kalem işlerinin bir sistem ve düzen içinde yürütülmesinden, diğer bir deyişle kalemin koordinasyon ve genel çerçevede işleyişinden, dosyaların muhafaza edilmesinden ve tebligatların yapılmasından sorumludur¹⁴ (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/2; HMK Yönetmeliği m. 6/2)¹⁵. Yazı işleri müdürünün görevlerinin

¹⁰ Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 5, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 4529 (Cilt 5). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 18.12.1970 T., 9397 E., 9458 K.; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 30.03.1998 T., 2440E., 3856 K. (Kuru, Cilt 5, s. 4530).

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız, Pekcanitez/ Simil, s. 22-27.

¹² Ayrıntılı bilgi için bakınız, Pekcanitez/ Simil, s. 27 vd.

¹³ Hizmetlinin görev ve sorumlulukları şunlardır: "a) Mahkemeye ait alanları tertipli, düzenli ve temiz hâlde tutmak. b) Mübaşirin olmadığı ya da yetersiz kaldığı zamanlarda ona ait işleri yapmak ve yardımcı olmak. c) Başkan, hâkimin ve yazı işleri müdürünün vereceği diğer görevleri yerine getirmek" (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 105/5, 169/6; HMK Yönetmeliği m. 6/6).

¹⁴ Ansay, s. 59; Tanrıver, *Yargı Teşkilâtı*, s. 423-424; Kuru, Cilt 1, s. 75; Akkan, § 4. Yargı Görevlileri, s. 396; Tanrıver, *Medenî Usûl*, s. 316; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes. Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 116; Sungurtekin Özkan/ Aykutaalp, s. 40.

¹⁵ Yargıtay Kanunu m. 53/8.

çoğunluğu da bu doğrultuda olarak, kalem teşkilatının iç işleyişi ile ilgilidir¹⁶. Yazı işleri müdürü, yerine getirmekle yükümlü olduğu görevleri yazı işleri hizmetlerinde görevli personele devredemez (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/7, 105/6). Yazı işleri müdürü, ilgisine göre başkanın veya hâkimin onayını alarak, zabıt kâtibî, memur, mübaşir ve diğer görevliler arasında iş bölümü yapar. Yazı işleri bürosunun birden fazla hâkime bağlı çalıştığı ilk derece hukuk mahkemelerinde tüm hâkimlerin onayı alınır. Yazı işleri müdürü, hizmetlerin verimli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi için zabıt kâtipleriyle, memur ve diğer görevlilere işlerin öğretilmesi de dâhil olmak üzere her türlü tedbiri alır. İlgili yazı işleri müdürü ve personel işin birikmesi veya gecikmesinden birlikte sorumludur (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 170; HMK Yönetmeliği m. 7).

Yazı işleri müdürünün, tarafların veya vekillerinin taleplerinin karşılanmasına yönelik görevleri de vardır. Bu görevler de genellikle HMK'da düzenlenmektedir:

"Hâkimi reddeden tarafın ret dilekçesi, varsa karşı tarafın cevabı ve ekleri, dosya ile birlikte yazı işleri müdürü tarafından reddi istenen hâkime verilir. Hâkim bir hafta içinde dosyayı inceler ve ret sebeplerinin kanuna uygun olup olmadığı hakkındaki düşüncesini yazı ile bildirerek, dosyayı hemen merciine gönderilmek üzere yazı işleri müdürüne verir" (HMK m. 38/5).

"Tutanakların tamamı veya bir kısmının örnekleri, talep hâlinde taraflara veya fer'î müdahile verilir. Bu örnekler mahkemenin mührü basılır ve aslına uygun olduğu yazı işleri müdürü tarafından imza olunarak onaylanır" (HMK m. 158/1). *"Elektronik ortamdan fizikî örnek çıkartılması gereken hâllerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir"* (HMK m. 445/3).

"Dava ile ilgili mahkemeye sunulan her türlü dilekçe ve belge hâkim veya yazı işleri müdürüne havale ettirildikten sonra, zabıt kâtibî tarafından dosyasına konulur" (HMK m. 159/1; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/3-d; HMK Yönetmeliği m. 6/3-d).

"Taraflardan biri elindeki belgenin aslını mahkemeye verirse, bu belgenin geri verilmesini talep edebilir. Bu takdirde hâkim, belgenin aslının verilip verilmeyeceğine karar verir. Geri verilmesine karar verildiğinde, aslına uygun olduğu mahkeme mührü ve yazı işleri müdürünün imzasıyla onanmış örneği dosyaya konur" (HMK m. 216/4).

"Hüküm yazılıp imza edildikten ve mahkeme mührü ile mühürlendikten sonra, nüshaları yazı işleri müdürü tarafından taraflardan her birine makbuz karşılığında verilir ve bir nüshası da gecikmeksizin diğer tarafa tebliğ edilir. Hükümün bir nüshası da dosyasında saklanır" (HMK m.

¹⁶ Örneğin, mahkeme yazı işlerini denetlemek, arşivin düzenli tutulmasını sağlamak, zabıt kâtipleri arasında iş bölümü yapmak, yönetimi altında bulunan zabıt kâtipleri ve diğer memurları yetiştirmek, harcın hesaplanması ve hukuk mahkemeleri veznesi bulunmayan yerlerde tahsiline ilişkin işlemleri yapmak, harç tahsil müzekkerelerini yazmak ve kesinleştirme işlemlerini yapmak, hukukî başvuru veya kanun yolları incelemesi için dosyayla ilgili gerekli işlemleri yapmak ya da yaptırmak, bilirkişilere fizikî ortamda teslimi gereken dosyalarla ilgili işlemleri yerine getirmek, dosyaya ait kıymetli evrak ve değerli eşyanın uygun yerde muhafazasını sağlamak, yargılamanın bulunduğu aşamanın gereklerini yerine getirmek gibi kalem teşkilatının iç işleyişi ile ilgili görevleri vardır (bakınız Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/3; HMK Yönetmeliği m. 6/3). Ceza mahkemelerinde ve savcılıklarda görevli yazı işleri müdürünün bu tarz görev ve sorumlulukları için bakınız, Yazı İşleri Yönetmeliği m. 105/2.

301/1). "Yazı işleri müdürü, talep hâlinde gerekçeli kararın tebliğini sağlar" (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/3-b; HMK Yönetmeliği m. 6/3-b).

"Yargıtay'ın bozma kararları ile onama kararları mahkeme yazı işleri müdürü tarafından derhâl taraflara tebliğ edilir" (HMK m. 372/1)¹⁷.

"Tebdir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tebdir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir" (HMK m. 393/2).

"Paylaştırma ve ortaklığın giderilmesi için satış yapılması gereken hâllerde, hâkim satış için bir memur görevlendirir" (HMK m. 322/1). Hâkimin bu iş için yazı işleri müdürünü görevlendirebilir¹⁸.

"Teminatın iadesi gereken hâllerde gerekli işlemleri yerine getirmek" (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/3-j; HMK Yönetmeliği m. 6/3-j).

"İcra müdürü, icra müdür yardımcısı veya icra kâtibinin herhangi bir nedenden dolayı yokluğu halinde görev ve yetkileri, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilecek yazı işleri müdürü tarafından yerine getirilir" (İİK m. 1/8).

"Arabuluculuk büroları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapar. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde bu büroların görevi, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından ilgili hâkimin gözetim ve denetimi altında yerine getirilir" (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 28/3).

B. Zabıt Kâtibinin Görevleri

Mahkemenin resmî tanığı durumunda olan zabıt kâtiplerinin¹⁹ asıl görevi, duruşmalarda ve duruşma dışında (örneğin keşifte) tutanak düzenlemek ve kararları yazmaktır²⁰. Tutanaklarda (HMK m. 155/1) ve kararlarda (HMK m. 297/1-d) hâkimin yanında zabıt kâtibinin de imzası yer

¹⁷ "Temyizi kabil olmayan kararlar, ilk derece mahkemesi tarafından; temyizi kabil olan kararlar ise bölge adliye mahkemesi tarafından resen tebliğe çıkarılır (HMK m. 359/4)".

¹⁸ Kuru, Cilt 1, s. 75; Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 6, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 6290 (Cilt 6).

¹⁹ Tanrıver, *Yargı Teşkilâtı*, s. 425; Akkan, § 4. Yargı Görevlileri, s. 399; Kuru, Cilt 1, s. 76; Tanrıver, *Medenî Usûl*, s. 318; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 116.

²⁰ Ansay, s. 59; Tanrıver, *Yargı Teşkilâtı*, s. 425; Akkan, § 4. Yargı Görevlileri, s. 399; Kuru, Cilt 1, s. 75-76; Tanrıver, *Medenî Usûl*, s. 318; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 116; Bilge/ Önen, s. 121; Sungurtekin Özkan/ Aykutalp, s. 43. Zabıt kâtibinin karar ve tutanakları dikkat ve itina ile yazarak imzasız bırakmaması gerekir (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/4; HMK Yönetmeliği m. 6/4).

alır. Zabıt kâtibinin imzasının bulunmadığı tutanağa dayanılarak hüküm verilirse bu eksiklik bir istinaf yoluna başvurma sebebi ve temyizde bozma sebebi sayılmaktadır²¹.

Zabıt kâtibinin görevlerinin çoğunluğu da kalem teşkilatının iç işleyişi ile ilgilidir²². Ancak zabıt kâtibinin, tarafların veya vekillerinin taleplerinin karşılanmasına yönelik görevi de vardır. Bu görevi ise taraflar veya fer'î müdahilin²³, dava dosyasını incelemesine nezaret etmek ve dosya inceleme tutanağını düzenlemektir (HMK m. 161/1; Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/4-e; HMK Yönetmeliği m. 6/4-e).

Paylaştırma ve ortaklığın giderilmesi için satış yapılması gereken hâllerde, hâkim satış için bir memur görevlendirir (HMK m. 322/1). Hâkimin bu iş için zabıt kâtibini de görevlendirebilmesi mümkündür²⁴. İcra müdürü, icra müdür yardımcısı veya icra kâtibinin herhangi bir nedenden dolayı yokluğu halinde görev ve yetkileri, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilecek zabıt kâtabi tarafından yerine getirilir (İİK m. 1/8).

C. Mübaşirin Görevleri

Mübaşirler, duruşma düzeninin sağlanması için hâkim tarafından alınan önlemlerin gereğinin yerine getirilmesi²⁵, duruşmalara tarafların, tanıkların çağrılması, duruşma salonuna alınması²⁶ ve duruşmada bulunanların verdiği belgeleri hâkime sunulması²⁷ gibi görevleri yerine

²¹ Ansay, s. 59; Akkan, § 4. Yargı Görevlileri, s. 400; Kuru, Cilt 1, s. 76; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 117; Bilge/ Önen, s. 121; Sungurtekin Özkan/ Aykutalp, s. 43.

²² Postacıoğlu/ Altay, s. 22. Örneğin, ara kararları yerine getirmek, yargılaması devam eden dosyaları düzenli ve eksiksiz bir şekilde muhafaza etmek, tamamlanıp kesinleşen dosyaları arşive kaldırmak, cevabı gelmeyen müzakerelerin tekidini yapmak, dizi pusulası düzenlemek (bakınız, Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/4; HMK Yönetmeliği m. 6/4), dava ile ilgili mahkemeye sunulan her türlü dilekçe ve belgenin hâkim veya yazı işleri müdürüne havale ettirildikten sonra dosyasına koymak (HMK m. 159/1), yargılamadan evvel ve gerektiği hâllerde dava dosyasını incelenmek için hâkime vermek ve zamanında eksiksiz almak (HMK m. 162) gibi kalem teşkilatının iç işleyişi ile ilgili görevleri vardır. Ceza mahkemelerinde ve savcılıklarda görevli zabıt kâtibinin bu tarz görev ve sorumlulukları için bakınız, Yazı İşleri Yönetmeliği m. 105/3.

²³ Avukatın dosya inceleme ve örnek alması Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre; "Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez (AvK m. 46/2)".

²⁴ Kuru, Cilt 6, s. 6290.

²⁵ Tanrıver, *Yargı Teşkilâtı*, s. 427; Tanrıver, *Medenî Usûl*, s. 319; Kuru, Cilt 1, s. 77; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 117; Akkan, § 4. Yargı Görevlileri, s. 402.

²⁶ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 117; Akkan, § 4. Yargı Görevlileri, s. 402; Kuru, Cilt 1, s. 77; Sungurtekin Özkan/ Aykutalp, s. 43.

²⁷ Kuru, Cilt 1, s. 77; Sungurtekin Özkan/ Aykutalp, s. 43.

getiren kalem teşkilatı görevlisidir²⁸. Mübaşirler özel bir üniforma giyerek görevlerini yerine getirirler²⁹.

Mübaşirler, bazı hallerde tebligat işlemlerinin yapılmasında mahkemelere yardımcı olurlar (Tebligat Kanunu m. 2, 41)³⁰. Mübaşirin hâkimin uygun bulduğu kişilerin dosyadan fotokopi almasına yardımcı olmak gibi, taraf veya vekillerinin taleplerine yönelik görevi de vardır (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/5-g; HMK Yönetmeliği m. 6/5-g).

II. KALEM TEŞKİLATI PERSONELİNİN İŞLEMLERİNE KARŞI HUKUKİ ÇARE

A. Mevcut Durum

Hukukumuzda kalem teşkilatı personelinin işlemlerine karşı gidilebilecek özel bir hukukî çareye dair genel düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kalem teşkilatı görevlilerinin bazı işlemlerine yönelik hukukî çarelerin düzenlendiği mevzuat hükümleri bulunmaktadır.

Paylaştırma ve ortaklığın giderilmesi için satış yapılması gereken hâllerde, sulh hukuk mahkemesi hâkiminin (HMK m. 4/1-b) satış için görevlendirdiği yazı işleri müdürü veya zabıt kâtabi (HMK m. 322/1) satışı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapar (HMK m. 322/2). Bu satışa karşı şikâyetler, özellikle de ihalenin feshi talepleri icra mahkemesine değil de yazı işleri müdürünü veya zabıt kâtabini görevlendirmiş olan sulh hukuk mahkemesine yapılır ve karara bağlanır (İİK m. 4/2)³¹.

İcra dairelerinde gerektiğinde, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar çerçevesinde, adlî yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından zabıt kâtabi, mübaşir ve hizmetli görevlendirilir. İcra müdürü, icra müdür yardımcısı veya icra kâtabinin herhangi bir nedenden dolayı yokluğu halinde görev ve yetkileri, adlî yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilecek yazı işleri müdürü veya zabıt kâtabi tarafından yerine

²⁸ Örneğin, kâtip tarafından hazırlanan ve duruşması yapılacak dosyaları incelenmek üzere duruşma gününden önce hâkime götürmek, günlük duruşma listesini yapmak ve görülebilecek bir yere asmak, yemin verilmesi ve kararın açıklanması başta olmak üzere, duruşma ve keşif esnasında izlenmesi gereken davranış kurallarını taraflara ve ilgililere açıklamak, müzekkereler ve tebligatların ilgili kurum ya da kişilere ulaşmasını sağlamak üzere posta ve zimmet işlemlerini yerine getirmek, duruşmanın gizli yapılması kararı alındığında salonu boşaltmak, başkan veya hâkimin uygun bulduğu kişilerin dosyadan fotokopi almasına yardımcı olmak, ertelenen duruşma tarihini yazarak taraflara vermek, arşive gitmesi gereken dosyalar ile arşivden çıkarılması gereken dosyalara ilişkin işlemleri yapmak ve arşivi düzenli tutmam, fizikî ortamda sunulan evrakı en kısa sürede dosyasına düzenli bir şekilde takmak gibi kalem teşkilatının iç işleyişi ile ilgili görevleri vardır (bakınız Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/5; HMK Yönetmeliği m. 6/5). Ceza mahkemelerinde ve savcılıklarda görevli mübaşirin bu tarz görev ve sorumlulukları için bakınız, Yazı İşleri Yönetmeliği m. 105/4.

²⁹ Kuru, Cilt 1, s. 77; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 117; Akkan, § 4. Yargı Görevlileri, s. 402; Sungurtekin Özkan/Aykutalp, s. 43.

³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 117; Akkan, § 4. Yargı Görevlileri, s. 402; Kuru, Cilt 1, s. 77.

³¹ Kuru, Cilt 6, s. 6291; Kuru, Cilt 1, s. 58, 297; Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt 1, 3. Baskı, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 102 (*İcra*, Cilt 1). Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 19.06.2007 T., 10389 E., 12534 K.; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 01.12.2014 T., 17926 E., 17417 K.; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 25.10.2005 T., 16746 E., 20767 K.; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 12.04.2002 T., 6300 E., 7665 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi ET. 07.03.2023). Satış için icra müdürü görevlendirilmiş olsa dahi, şikâyetler sulh hukuk mahkemesi tarafından incelenecektir, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 19.06.2007 T., 10389 E., 12534 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi ET. 07.03.2023).

getirilir (İİK m. 1/7, 8). Böyle bir durumda yazı işleri müdürü veya zabıt kâtibinin işlemi, icra dairesinin işlemi sayılır ve bu işlemlere karşı ilgililer icra mahkemesine şikâyette bulunabilir (İİK m. 16 vd.).

İhtiyatî tedbir kararının uygulanması³², kural olarak kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir (HMK m. 393/2). Böyle bir durumda ihtiyatî tedbir kararının uygulanmasına ilişkin şikâyetlerin, ihtiyatî tedbir kararını vermiş olan mahkeme tarafından inceleneceği kabul edilmektedir³³. Zira ihtiyatî tedbir kararını uygulayan icra dairesi, icra ve iflâs memuru sıfatıyla ve İİK'dan aldığı yetkiye dayanarak işlem yapmamaktadır. O yüzden İİK'daki şikâyete ilişkin hükümler uygulanamaz³⁴. Benzer şekilde mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü görevlendirmesi durumunda (HMK m. 393/2), ihtiyatî tedbir kararının uygulanmasına ilişkin itiraz ve şikâyetler ihtiyatî tedbir kararını vermiş olan mahkeme tarafından incelenir ve karar verilir³⁵.

Yukarıda belirttiğimiz görevler haricindeki kalem teşkilatı personelinin, ilamın taraflara verilmesi, teminatın iadesi gereken hâllerde gerekli işlemleri yerine getirmek veya dosya incelenmesine izin verilmesi gibi görevlerine karşı özel herhangi bir hukukî çare öngörülmemiştir. Bu işlemlerin yapılması taraflarca talep edilmesine rağmen yerine getirilmiyorsa, tarafların haklarını ihlal edip aleyhine durumlar yaratabilir. HMK m. 302/1'e göre "*taraflar harcının ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın ilamı her zaman alabilirler*". Bu hükme rağmen ilamı tarafa verecek olan yazı işleri müdürü (HMK m. 301/1), bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olmasını (HMK m. 302/2) gerekçe göstererek ilamı vermekten kaçınabilir. İlamı alamayan dolayısıyla bu ilamı icraya koyamayan taraf, hakkına geç kavuşur veya hiç kavuşmaz. HMK m. 89/1'e göre "*teminat gösterilmesini gerektiren sebep ortadan kalktığı takdirde, ilgilinin talebi üzerine mahkeme, teminatın iadesine karar verir*". Mahkeme tarafından teminatın iadesine karar verilmiş olmasına rağmen, teminatın iadesi gereken hâllerde gerekli işlemleri yerine getirmekle yükümlü olan (Yazı İşleri Yönetmeliği m. 169/3-j; HMK Yönetmeliği m. 6/3-j) yazı işleri müdürü, tarafa teminatı iade etmekten kaçınırsa yine taraf, hakkına geç kavuşur veya hiç kavuşmaz. HMK m. 161/1, cümle 1'e göre "*zabıt kâtibinin gözetimi altında taraflar veya fer'i müdahil, dava dosyasını inceleyebilir*". Yine HMK m. 161/1, cümle 2'ye göre "*dava ile ilgili olanlar da bunu ispatlamak kaydı ve hâkimin izniyle dosyayı inceleyebilir*". Gerek hâkimin iznine gerek olmadan taraflar veya fer'i müdahil gerekse de hâkimin izniyle dava ile ilgili olanların dosyayı incelemesi zabıt kâtibinin gözetimi altında olacaktır. Zabıt kâtabi, HMK m. 161 hükmüne rağmen tarafların, fer'i müdahilin veya dava ile ilgili olanların dosya incelemesinden kaçınabilir. Hukuki dinlenilme hakkının temellerinden birisi dosyadaki bilgilerin görülebilmesidir. Tarafların, fer'i müdahilin

³² İhtiyatî haciz kararları icra dairesi tarafından yerine getirilir (İİK m. 261). Bu haciz kararının icrası ile görevli icra memurunun işlemlerine karşı, icra memurunun bağlı bulunduğu icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurulabilir (Pekcanitez/ Simil, s. 64).

³³ Kuru, *İcra*, Cilt 1, s. 102; Pekcanitez/ Simil, s. 62; Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 4, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 4339 (Cilt 4). Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 16.04.2014 T., 8850 E., 11242 K. (Pekcanitez/ Simil, s. 62-63); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 22.12.2016 T., 31775 E., 25856 K. (Pekcanitez/ Simil, s. 63); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 04.05.2009 T., 1987 E., 9698 K. (Pekcanitez/ Simil, s. 63-64).

³⁴ Pekcanitez/ Simil, s. 62.

³⁵ Kuru, Cilt 4, s. 4339.

veya dava ile ilgili olanların, dava malzemelerini görmelerinin engellenmesi, bu kişilerin hukuki dinlenilme hakkını ihlâl edecektir³⁶.

İfade ettiğimiz gibi Alman medenî usûl hukukunda kalem teşkilatı görevlilerinin kararlarına karşı, Alman Medenî Usûl Kanunu (dZPO) m. 573 ile itiraz (*Erinnerung*)³⁷ hukukî çaresi düzenlenmiştir. Sonraki başlıkta Alman hukukundaki durum incelenmekte ve ardından Türk hukuku açısından olması gereken hukuk bakımından görüşümüze değinmeye çalışılmaktadır.

B. Alman Hukukundaki Durum

Alman hukukunda, her mahkeme ve savcılıkta, yeteri kadar zabıt kâtibinden oluşan yazı işleri bürosu kurulur (Alman Yargı Teşkilatı Kanunu; Gerichtsverfassungsgesetz; GVG m. 153/1). Zabıt kâtipleri, adlî idarenin memurudur ve çeşitli görevleri bulunur³⁸. Yargının düzgün işlemesi için usûlüne uygun olarak yerine getirilmesi elzem bir görev olan dosyaları hazırlar ve tutar³⁹. Zabıt kâtipleri, duruşmalarda tutanak tutar (dZPO m. 159 vd.)⁴⁰. Tarafların sözlü beyanlarını alır ve tutanağa geçirir (örneğin sulh hukuk mahkemesi önündeki yargılamalarda dava tarafın sözlü beyanının tutanağa geçirilmesiyle açılabilir, dZPO m. 496, diğer örnekler dZPO m. 44/1, 103/2, 118/1, 486/1)⁴¹. Zabıt kâtipleri taraflara dosyadan örnek (dZPO m. 299/1, 299a), özellikle hükmün nüshasını (ilamı) (dZPO m. 317/2, 3, 724/2) verir⁴² ve de kesinleşme şerhi (dZPO m. 706/1) düzenler⁴³. Zabıt kâtibi, re'sen tebliğ edilecek belgeleri onaylar (dZPO m. 169/2-1), bazı hallerde davetiye ve tebligatları ulaştırır (dZPO m. 168/1-1, 753/3)⁴⁴.

Zabıt kâtiplerinin kararlarına karşı başvurulacak hukuki çareye geçmeden önce, Alman medeni usul hukukunda kanun yolları hakkında kısa bir açıklama yapmak gerektiği kanaatindeyiz. Alman medeni usul hukukunda kanun yolları iki dereceli olmasına rağmen mahkemenin verdiği kararın türüne göre gidilecek kanun yolu da değişmektedir. İlk derece mahkemesinin vereceği nihai kararlara (*Endurteile*) karşı ilk önce istinafa (*Berufung*) (dZPO m. 511 vd.), daha sonra ise istinaf derecesinin vereceği nihai kararlara karşı temyize (*Revision*) (dZPO m. 542 vd.) başvurulur. İstinaf ve temyiz kanun yollarının yanında bir de itiraz⁴⁵ kanun yolu düzenlenmiştir. dZPO m. 567-

³⁶ Pekcanitez, Hakan. "Hukuki Dinlenilme Hakkı", *Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir, 2000, s. 774.

³⁷ Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu (deutsche Verwaltungsgerichtsordnung; dVwGO) m. 151'de de benzer bir hüküm yer almaktadır.

³⁸ Arens, Peter/ Lüke, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*, 10. Auflage, München, 2011, s. 77.

³⁹ Arens/ Lüke, s. 77. Zabıt kâtipleri, dosyayla ilgili işlemler yapar, duruşma ve iş takvimini, kayıt ve listeleri mahkeme ve savcılıklardaki sicillerin idaresine ilişkin talimatlara uygun olarak tutar (Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter. *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, 2010, s. 134).

⁴⁰ Arens/ Lüke, s. 77; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 134.

⁴¹ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 134; Arens/ Lüke, s. 77. Ancak dava açma ve davaya cevap verme ve de hukukî çareye başvurma ve gerekçelendirmenin tutanağa geçirilmesi suretiyle yapılmasında zabıt kâtibi değil, yardımcı adalet memuru (*Rechtspfleger*) yetkilidir (Yardımcı Adalet Memuru Kanunu; Rechtspflegergesetz; RPflG m. 24) (Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 134).

⁴² Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 134; Arens/ Lüke, s. 77.

⁴³ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 134.

⁴⁴ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 135; Arens/ Lüke, s. 78.

⁴⁵ *Beschwerde*'nin dilimize itiraz olarak çevrileceğine dair bakınız, Acar, Tuna. *Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar*, Yetkin, Ankara, 2022, s. 288 vd.; Boran Güneysu, Nilüfer. *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Adalet, Ankara, 2014, s. 9.

572 arasında düzenlenmiş, kanunda açıkça öngörülen (örneğin dZPO m. 387/3'e göre tanıklıktan çekinme talebi hakkındaki karara karşı) veya duruşma yapılmaksızın verilen ilk derece mahkemesi kararlarına (*Beschluss*) karşı (dZPO m. 567/1) acele itiraza (*sofortige Beschwerde*) başvurulur. dZPO m. 574-577 arasında da yine kanun yolu olarak düzenlenmiş olan, kanunda açıkça öngörülen (örneğin dZPO m. 522/1'e göre istinafin caizliği hakkında verilen kararlara karşı) veya itiraz mahkemesinin duruşma yapılmaksızın vermiş olduğu kararlara (dZPO m. 574/1) karşı hukuk itirazına (*Rechtsbeschwerde*) başvurulabilir. Bu sayılan kanun yollarından başka, kanunda belirtilen durumlarda *Erinnerung* hukuki çaresi düzenlenmiştir⁴⁶. Kanunda öngörülen bu durumlar dZPO m. 573, 766 ve Yardımcı Adalet Memuru Kanunu (Rechtspflegengesetz RPfG) m. 11/2 düzenlemeleridir. Bu hükümlere göre, naip veya istinabe hâkimin⁴⁷ (dZPO m. 573/1), zabıt kâtibinin kararlarına (dZPO m. 573/1), icra memurunun icra takibi sırasında uyması gereken hükümlere aykırı olarak yaptığı işlem ve aldığı tedbirlere (dZPO m. 766)⁴⁸ ve genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulamayan yardımcı adalet memurunun kararlarına karşı *Erinnerung* hukuki çaresi düzenlenmiştir.

Zabıt kâtiplerinin önemli görevlerinden dolayı verecekleri kararlara karşı, örneğin zabıt kâtibî, icra edilecek hükmün icra edilebilir ilamını vermezse (dZPO m. 724) veya kesinleşme şerhi düzenlemeyi reddederse (dZPO m. 706/1)⁴⁹, dZPO m. 573'de özel bir hukukî çare düzenlenmiştir⁵⁰. Bu hukukî çare dZPO m. 573'ün madde başlığında "*Erinnerung*" olarak ifade edilmiştir. *Erinnerung*, sözlükte "*hatırlama, uyarma ve ihtar*" gibi anlamlara gelmektedir⁵¹. Hukuk terimi olarak ise, hâkim olmayanlar, örneğin zabıt kâtibî, icra memuru ve yardımcı adalet memuru, tarafından verilen kararlara karşı başvuru bir hukukî çare anlamına gelmektedir⁵². dZPO m. 573/1'de ise *Erinnerung*, zabıt kâtibinin kararlarına karşı mahkemenin kararının talep edilmesi⁵³ şeklinde ifade edilmektedir. Yukarıdaki paragrafta son olarak açıklanan iki kanun yoluyla karışmaması için *Erinnerung*'un "mahkemenin kararının talep edildiği itiraz (*die Entscheidung des Gerichts beantragt*)" şeklinde dilimize çevrilebileceği kanaatindeyiz⁵⁴. Ancak çalışmamızın kalan

⁴⁶ Jänich, Volker Michael. "Vorbemerkung zu § 567", *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar* (ed. Wiczorek, Bernhard/ Schütze, Rolf A.), 4. Auflage, De Gruyter, 2014, kn. 16.

⁴⁷ Naip veya istinabe hâkim, kural olarak toplu veya istinabe eden mahkemenin görevlendirmesine bağlıdır ve hüküm verme yetkisine sahip değildir (Wulf, Wilfried. "ZPO § 573", *BeckOK ZPO* (ed. Vorwerk, Volkert/ Wolf, Christian), 47. Edition, C. H. Beck, München, 2022, kn. 1).

⁴⁸ Alman hukukundaki bu itirazın (*Erinnerung*), hukukumuzdaki şikâyete benzediğine dair bakınız, Pekcanitez/ Simil, s. 53.

⁴⁹ Jänich, Volker Michael. "ZPO § 573", *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar* (ed. Wiczorek, Bernhard/ Schütze, Rolf A.), 4. Auflage, De Gruyter, 2014, kn. (kenar numarası) 6. Zabıt kâtibinin tebligatın usulü hakkındaki kararlarına karşı da itiraz edilebilir (Jänich, "ZPO § 573", kn. 6).

⁵⁰ Koch, Raphael. "ZPO § 573", *ZPO Handkommentar* (ed. Saenger, Ingo), 9. Auflage, Nomos, 2021, kn. 1; Wulf, kn. 1 öncesi. Alman idari yargılama hukuku açısından da aynı hukukî çare düzenlenmiştir. Bakınız, Kaufmann, Marcel. "VwGO § 151 Beauftragter oder ersuchter Richter; Urkundsbeamter", *BeckOK VwGO* (ed. Posser, Herbert/ Wolff, Heinrich Amadeus), 63. Edition, C. H. Beck, München, 2022, kn. 1; Rudisile, Richard. "VwGO § 151 Beauftragter oder ersuchter Richter; Urkundsbeamter", *Verwaltungsrecht VwGO* (ed. Schoch, Friedrich/ Schneider, Jens-Peter), 43. Ergänzungslieferung, C. H. Beck, München, 2022, kn. 2.

⁵¹ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Erinnerung>.

⁵² <https://www.duden.de/rechtschreibung/Erinnerung>.

⁵³ Kaufmann, kn.1 öncesi.

⁵⁴ *Erinnerung*'un hukukumuzda ifade edilebileceği diğer anlamları için bakınız, Pekcanitez/ Simil, s. 53-54; Hasırcı, Hakan. *İflâsın Takiplere Etkisi*, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 304-307; Gilles, Peter. "Almanya'da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet", Çeviren: Haşhaş, Abdulkadir, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 125.

kısımında *Erinnerung*'dan bahsederken sadece "itiraz" ifadesini kullanacağız, karışıklığa yol açmamak adına da diğer hukukî müesseseleri, örneğin acele itiraz gibi, tam ifadesiyle belirteceğiz.

Mahkemenin bir organı olarak hareket eden zabıt kâtiplerinin idari işlem niteliğinde olan⁵⁵ kararlarına karşı doğrudan bir üst mahkemeye, diğer bir deyişle kanun yolu olarak acele itiraza başvurulamaz⁵⁶. Çünkü böyle bir durumda mahkemenin kendisinin bir kararı yoktur, mahkemede görevli zabıt kâtibinin bir kararı vardır⁵⁷. Öncelikle, mahkeme kararının talep edildiği iki haftalık kesin süre içinde itirazda bulunulmalıdır⁵⁸. Bu durumda zabıt kâtibinin kararı, üst derece mahkemesi tarafından değil görev yaptığı mahkemede, yani aynı derecede kısa yoldan⁵⁹ incelenir ve gerektiğinde düzeltilir⁶⁰. Böylelikle uyuşmazlığın kolayca çözümlenmesi sağlanmış olur⁶¹.

Zabıt kâtibinin kararlarına karşı başvuru itiraz yolunda, aktarıcı etki eksiktir. Bundan dolayı kanun yolu değildir, bir hukukî çaredir⁶². Her derecede zabıt kâtibinin kararlarına karşı itiraza başvurulabilir. Örneğin istinaf ve temyiz aşamasında da bu mahkemelerde görevli zabıt kâtiplerinin kararlarına karşı Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Oberlandesgericht*) ve Federal Mahkeme (*Bundesgericht*) dairelerine başvurulabilir⁶³.

İtiraza ilişkin dZPO m. 573'te hüküm bulunmayan hallerde, acele itiraza ilişkin hükümler uygulanacaktır (dZPO m. 573/1, cümle 3). İtiraz ya zabıt kâtibinin kendisine ya da zabıt kâtibinin görev yaptığı mahkemeye yapılır⁶⁴. Her iki başvuru da süreyi koruyucu etkiye sahiptir⁶⁵. Zabıt kâtibinin kararına karşı, bu karardan olumsuz etkilenen her bir taraf itiraza başvurabilir⁶⁶. İtiraz yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Sözlü olarak yapılan itiraz, mahkeme kaleminde tutanağa geçirilir (dZPO m. 573/1 cümle 2)⁶⁷. Katılma yoluyla itiraz mümkündür⁶⁸.

⁵⁵ Alman Medeni Usul Kanunu ve Yürürlük Kanunu Tasarı Gerekçesi (*Begründung des Entwurfs einer Deutschen Zivilprozessordnung und des Einführungsgesetzes*), Verlag der Königlichen Geheimen Ober- Hofbuchdruckerei, Berlin, 1872, s. 434; Hamdorf, Kai. "ZPO § 573", *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (ed. Krüger, Wolfgang/ Rauscher, Thomas), 6. Auflage, C.H.Beck, München, 2020, kn. 2.

⁵⁶ Braun, Johann. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Tübingen, 2014, s. 1034; Koch, kn. 1; Kaufmann, kn.1; Wulf, kn. 1 öncesi; Jacobs, Matthias. "ZPO § 573", *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (ed. Stein, Friedrich/ Jonas, Martin), 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, kn. 1; Jänich, "ZPO § 573", kn. 1.

⁵⁷ Braun, s. 1027; Hamdorf, kn. 2; Jänich, "ZPO § 573", kn. 2.

⁵⁸ Jacobs, "ZPO § 573", kn. 1; Braun, s. 1034, 1027; Wulf, kn. 1 öncesi; Rudisile, kn. 2.

⁵⁹ Alman Medeni Usul Kanunu ve Yürürlük Kanunu Tasarısının Gerekçesi, s. 434; Hamdorf, kn. 2.

⁶⁰ Alman Medeni Usul Kanunu ve Yürürlük Kanunu Tasarısının Gerekçesi, s. 434; Koch, kn. 1; Kaufmann, kn.1 öncesi; Wulf, kn. 1 öncesi; Jänich, "ZPO § 573", kn. 8.

⁶¹ Rudisile, kn. 2. Aynı zamanda acele itiraz mahkemelerinin iş yükü hafifletilmiş olur (Jänich, "ZPO § 573", kn. 1).

⁶² Rudisile, kn. 2; Kaufmann, kn.1 öncesi; Jacobs, Matthias. "Vorbemerkung zu § 567-577", *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (ed. Stein, Friedrich/ Jonas, Martin), 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, kn. 10; Jänich, "Vorbemerkung zu § 567", kn. 16.

⁶³ Jänich, "ZPO § 573", kn. 20; Hamdorf, kn. 6; Koch, kn. 1; Kaufmann, kn.1 öncesi; Rudisile, kn. 3; Jacobs, "ZPO § 573", kn. 1.

⁶⁴ Koch, kn. 3; Kaufmann, kn.2; Wulf, kn. 1, 2; Hamdorf, kn. 7; Rudisile, kn. 6; Jacobs, "ZPO § 573", kn. 3; Jänich, "ZPO § 573", kn. 9. İtiraza başvuru durumunda parasal bir sınır öngörülmemiştir (Rudisile, kn. 3).

⁶⁵ Jänich, "ZPO § 573", kn. 9; Kaufmann, kn.2; Rudisile, kn. 6.

⁶⁶ Rudisile, kn. 5.

⁶⁷ Bundan dolayı itiraz başvurusunda avukatla temsil zorunluluğu yoktur (Hamdorf, kn. 7; Jacobs, "ZPO § 573", kn. 3).

⁶⁸ Kaufmann, kn. 2; Rudisile, kn. 6.

İtiraz yargılamasıyla ilgili diğer örneğin erteleyici etki, gerekçelendirme, sükût etkisi, kendisi karar verme, karar verilmesi gibi hususlar hakkında da acele itiraz hakkındaki hükümler uygulanır⁶⁹. İtiraz hakkında kural olarak zabıt kâtibinin görev yaptığı mahkeme karar verir⁷⁰. Mahkeme, duruşma yapıp yapmama konusunda takdir yetkisine sahiptir⁷¹. Kararına itiraz edilen zabıt kâtibinin, bu itiraz hakkında kendisinin de karar vermesi (*Abhilfebescheid*) mümkündür⁷². Mahkeme bunu teşvik edebilir. Özellikle kabul edilebilir (caiz) olmayan bir itiraz durumunda zabıt kâtibinin itiraz hakkında kendisi karar vermelidir⁷³. Örneğin iki haftalık itiraz süresi geçtikten sonra başvurulmuşsa, zabıt kâtibinin itiraz hakkında kendisi karar vermelidir. Haklı bir itiraz durumunda zabıt kâtibinin kararını değiştirebilir⁷⁴. Aksi takdirde konuyu derhal mahkemeye sunmak zorundadır⁷⁵. Zabıt kâtibinin kendisinin karar verdiği durumlarda taraflara hukukî dinlenme hakkı tanınmalıdır ve karar gerekçeli olarak verilmelidir⁷⁶. Zabıt kâtibinin itiraz hakkındaki kararına karşı da itiraza başvurulabilir⁷⁷.

İtiraz haklı ise karar kaldırılır⁷⁸. Böyle bir durumda mahkeme ya konu hakkında kendisi karar verir ya da yeniden inceleme ve karar için zabıt kâtibine geri gönderebilir. Veya zabıt kâtibine uygun, örneğin tarafın talep ettiği icra edilebilir ilamın verilmesine yönelik emirler verebilir⁷⁹. Eğer itiraz süresinde yapılmamış veya kabul edilebilir değilse usûlden reddedilir. İtiraz esastan haklı değilse, yani zabıt kâtibinin kararı hukuka uygun ise esastan reddedilir⁸⁰.

İtiraz hakkında verilen karara karşı, eğer bu karar ilk derece mahkemesinin kararıysa acele itiraza, üst derece mahkemelerin (örneğin itiraz ve istinaf mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinin, Bölge Yüksek Mahkemesinin veya Federal Mahkemenin) kararıysa hukuk itirazı yoluna başvurulabilir⁸¹.

C. Değerlendirme ve Görüşümüz

Yukarıda birkaç mevzuatta yer alan görevler haricindeki kalem teşkilatı personelinin görevlerine (örneğin ilamın taraflara verilmesi, dosya incelenmesine izin verilmesi gibi) karşı herhangi özel bir hukukî çare öngörülmemiştir. Değerlendirme ve görüşümüzü açıklamaya geçmeden önce kalem teşkilatı personelinin hukuki statülerine ve sorumluluk türlerine değinmek

⁶⁹ Wulf, kn. 3; Koch, kn. 4; Kaufmann, kn. 1 öncesi, kn. 1-3; Hamdorf, kn. 7; Rudisile, kn. 6.

⁷⁰ Rudisile, kn. 6; Hamdorf, kn. 8; Kaufmann, kn. 2; Jänich, "ZPO § 573", kn. 14.

⁷¹ Jänich, "ZPO § 573", kn. 16; Kaufmann, kn. 2; Rudisile, kn. 6; Jacobs, "ZPO § 573", kn. 6.

⁷² Jacobs, "ZPO § 573", kn. 4; Rudisile, kn. 6; Hamdorf, kn. 8; Kaufmann, kn. 2; Jänich, "ZPO § 573", kn. 12.

⁷³ Hamdorf, kn. 8.

⁷⁴ Jacobs, "ZPO § 573", kn. 4; Jänich, "ZPO § 573", kn. 12.

⁷⁵ Jänich, "ZPO § 573", kn. 13; Hamdorf, kn. 8; Jacobs, "ZPO § 573", kn. 5.

⁷⁶ Jacobs, "ZPO § 573", kn. 4; Jänich, "ZPO § 573", kn. 12. Zabıt kâtibinin kendisi bir karar vermeyecekse, yani itiraz edilen kararını değiştirmeyecekse, bu durumda da olumsuz bir karar vermelidir, sadece konuyu mahkemeye sunmakla yetinmemelidir (Jacobs, "ZPO § 573", kn. 5; Jänich, "ZPO § 573", kn. 13).

⁷⁷ Kaufmann, kn. 2; Rudisile, kn. 6.

⁷⁸ Rudisile, kn. 6; Hamdorf, kn. 8; Kaufmann, kn. 2; Jacobs, "ZPO § 573", kn. 7; Jänich, "ZPO § 573", kn. 15.

⁷⁹ Jacobs, "ZPO § 573", kn. 7; Hamdorf, kn. 8; Rudisile, kn. 6; Jänich, "ZPO § 573", kn. 15.

⁸⁰ Kaufmann, kn. 2; Rudisile, kn. 6; Jacobs, "ZPO § 573", kn. 7; Jänich, "ZPO § 573", kn. 15.

⁸¹ Koch, kn. 5; Kaufmann, kn.1 öncesi, kn. 3; Wulf, kn. 1 öncesi; Hamdorf, kn. 8, 10; Rudisile, kn. 7; Jacobs, "ZPO § 573", kn. 9; Jänich, "ZPO § 573", kn. 19.

gerekir. Kalem teşkilatı görevlileri, devlet memuru statüsündedir⁸². Kalem görevlilerinin sorumluluğu, disiplin sorumluluğu, cezai sorumluluk ve hukukî sorumluluk olarak ortaya çıkabilir. Disiplin sorumluluğu bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabidirler (Adalet Bakanlığı Disiplin Yönetmeliği m. 5)⁸³. Hukukî statüleri devlet memuru olduğu için görevleri sebebiyle işledikleri suçlar ve soruşturma usulü bakımından 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunu hükümlerine tabidirler⁸⁴. Atamaları Adalet Komisyonları tarafından gerçekleştirilenlerin soruşturma usulü 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 116'ya göre gerçekleştirilecektir. Hukukî sorumluluk bakımından ise, memurların hukukî sorumluluğuna ilişkin ilkeler uygulanır. Fakat bunlar aşağıda görüleceği gibi taraflara "etkin hukukî koruma" sağlamaz. Nasıl ki hâkimin hukuki sorumluluğunun düzenlenmiş (HMK m. 46-49) olmasına rağmen, kararlarına karşı kanun yolu öngörülmüşse (HMK m. 341 vd.); yine icra görevlilerinin hukuki sorumluluğu düzenlenmiş (İİK m. 5) olmasına rağmen, icra dairelerinin yaptığı işlemlere karşı şikâyet hukuki çaresi öngörülmüşse (İİK m. 16-18), memurların hukuki sorumluluğuna ilişkin ilkelerin uygulanacağı kalem teşkilatı personelinin işlemlerine karşı da ayrı olarak bir hukuki çare öngörülmelidir.

Kalem teşkilatı personelinin işlem ve kararları ise idari niteliktedir. Aynı zamanda mahkeme kararı da olmadığı için kalem teşkilatı personelinin işlem ve kararları aleyhine kanun yoluna başvurulamaz. Bu idari nitelikte işlem ve kararlara karşı genel olarak idari yargıda iptal davası açılması gündeme gelebilir, fakat uygulamada bu duruma rastlanılamamıştır. Uygulamada rastlanılmasa da Anayasa m. 125'e göre "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü nedeniyle iptal davası açılması mümkündür. Ancak idari yargıda açılacak olan iptal davasının, kalem personelinin işlem ve kararından olumsuz etkilenen taraflara "etkin hukukî koruma" sağlayacağı söylenemez. Bir hukukî korumanın; ulaşılabilir, amaca hizmet eden, gerekli korumayı gerektiği gibi ve gerektiği zamanda sağlayabildiği durumlarda etkin olduğunu kabul edebiliriz⁸⁵. Bu şartlardan da özellikle çalışma konumuzla bağlantısından dolayı hukukî korumanın gerektiği zamanda sağlanması önem kazanmaktadır. Hukukî koruma, makul sürede - daha doğru ifadesiyle tam zamanında- sağlanırsa etkin olur. Tarafların mahkemeden talep ettiği koruma sağlandığı takdirde bunun hâlâ etki edebilir olması gerekir⁸⁶. İdari yargıda, kalem personelinin işlem ve kararından olumsuz etkilenen taraflarca dava şeklinde açılacak ve uzun sürecek bir iptal davasıyla ve bu dava sonucunda alınacak olumlu bir kararla, taraflara verilecek olan koruma çoğunlukla hâlâ etki edebilir nitelikte olmayacaktır.

Etkin hukukî koruma sağlanabilmesi için mahkemeye başvuru hakkının tanınmasının yanında, hak ihlali durumunda mahkemelere başvurulmasını sağlayan mevzuat düzenlemelerinin yeterince açık olması gerekir. Özellikle hak ihlali durumunda nasıl ve nereye başvurulacağı,

⁸² Tanrıver, *Medenî Usûl*, s. 316; Tanrıver, *Yargı Teşkilâtı*, s. 422; Atilla Öztürk, Gülden. "Zabıt Kâtibinin Cezai Sorumluluğu", *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 86, Sayı 3, 2021, s. 50.

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bakınız, Atilla Öztürk, s. 58-60.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız, Atilla Öztürk, s. 50, 60-62.

⁸⁵ Akkan, Mine. "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 3 (6), 2007, s. 38; Özekes, Muhammet/ Erişir, Evrim. "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi", *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2 (5), 2006, s. 1236.

⁸⁶ Akkan, "Etkin Hukukî Koruma", s. 39.

sürelerle ilgili durumlar mevzuata açıkça düzenlenmelidir⁸⁷. İdari işlem ve eylemlerden dolayı açılacak olan davaların neler olduğu, nereye başvurulacağı ve süreler mevzuatta açıkça düzenlenmiş olmasına (2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu m. 2, 7; 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun m. 5 vd.) rağmen, kalem personelinin işlem ve kararına karşı başvuru yolu ve süresi, uygulamada hakları ihlal edilenlerce kolayca tespit edilecek nitelikte değildir.

Sonuç olarak, kalem personelinin işlem ve kararına karşı hakları ihlal edilenlere etkin hukukî koruma sağlanabilmesi için, idari yargıda açılacak iptal davasından ayrı olarak bir hukukî çare düzenlenmelidir. Bu hukukî çare de Alman hukukunda olduğu gibi "mahkeme kararının talep edildiği itiraz" olabilir. Böylelikle kalem personelinin görev yapmış olduğu mahkemede kısa sürede hakları ihlal edilenlere hukukî koruma sağlanmış olacaktır. Yine, itiraz hukukî çaresi düzenlenerek ve ilgili mevzuata, örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu, konularak hakları ihlal edilenlerin bu hukukî çarenin ne olduğu, nereye başvurulacağı ve süreler hakkında bilgilere kolaylıkla ulaşması mümkün olacaktır. Kalem personelinin işlem ve kararına karşı itiraza başvurulduğunda (tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi dZPO m. 573/1, 570/1), erteleyici etki öngörülmeyle, bu başvurunun yargılamayı uzatmasının önüne geçilmiş olunur.

Hukukumuzda mahkemenin kanun yoluna başvurulamayan⁸⁸ ve yargısal olmayıp idari nitelikteki kararlarına karşı özel bir hukuki çare olan itirazın düzenlendiği hükümler mevcuttur. Örneğin vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin kararlarına karşı on gün içinde denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesine itiraz (TMK m. 461/2, 488) mümkündür⁸⁹. İşlemleri idari nitelikte olan icra ve iflas memurlarının işlemlerine karşı da özel bir hukuki çare olan şikâyet (İİK m. 16-18) düzenlenmiştir. Kalem personelinin işlem ve kararına karşı itiraz hukuki çaresinin düzenlenmesi, doğaldır ki hukukumuzda yabancı bir düzenleme olmayacaktır.

SONUÇ

Adlî yargı ilk derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay'ın dairelerinde, yargı işleri hizmetlerinin yürütülmesi için kurulan kalem (yazı işleri) teşkilatında görevli yazı işleri müdürü ve zabıt kâtibinin mevzuattan kaynaklı önemli görevleri bulunmaktadır. Ancak bu görevleri yerine getirirken vermiş oldukları kararlara karşı başvurulabilecek özel bir hukukî çare Türk hukukunda düzenlenmiş değildir.

⁸⁷ Akkan, "Etkin Hukukî Koruma", s. 54.

⁸⁸ Kuru, Cilt 5, s. 4529.

⁸⁹ "Sulh Hakiminin bu işlemlerine ve kararlarına karşı Asliye Hakimi nezdinde itiraz ve şikayette bulunulabilir (MK. 432, 404/2 Y2.H.D'nin 17/12/1993 günlü ve 9999/1 2403 sayılı kararı). Mahkemelerin kazai mahiyetteki nihai kararları temyiz edilebilir (HUMK. 427). Vesayet işi belki de yıllarca sürmektedir. Vesayet makamları vasiler üzerinde tayin ve azil mercii olarak, şikayet mercii olarak tetkik, tedbir mercii olarak kararlar al: maktadır. Bunlar vesayet işlerinin daha iyi yürütülmesi için alınan idari nitelikteki kararlar olup, ihtilafî nihai olarak çözmezler. Bu halleri ile temyiz incelemesine tabi olamazlar", Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 30.03.1998 T., 2440 E., 3856 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi ET. 07.03.2023).

Buna karşılık Alman hukukunda, zabıt kâtiplerinin görevlerinden dolayı verecekleri kararlara karşı, örneğin zabıt kâtibi, icra edilecek hükmün icra edilebilir ilamını vermezse (dZPO m. 724) veya kesinleşme şerhi düzenlemeyi reddederse (dZPO m. 706/1), dZPO m. 573'de özel bir hukukî çare düzenlenmiştir. Bu hukukî çare, "*mahkemenin kararının talep edildiği itiraz*" olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, zabıt kâtibinin kararlarına karşı, iki haftalık kesin süre içinde mahkeme kararı talep edilebilir. dZPO m. 573 düzenlemesiyle, adli idarenin memuru olan zabıt kâtiplerinin, idari nitelikte kararlarına karşı, idari yargıdaki iptal davasından farklı olarak, bir hukukî çare düzenlenmiştir. Bu hukukî çareyle, zabıt kâtibinin kararları, doğrudan görev yaptığı mahkeme tarafından incelenmekte ve gerektiğinde düzeltilmektedir. Böylelikle itiraz hukukî çaresiyle, zabıt kâtibinin kararından olumsuz etkilenen taraflar hızlı bir hukukî korumaya kavuşmuş olurlar.

Kanaatimizce, kalem personelinin işlem ve kararına karşı hakları ihlal edilenlere etkin hukukî koruma sağlanabilmesi için, Alman hukukunda olduğu gibi, idari yargıda açılacak iptal davasından ayrı olarak bir hukukî çare Türk hukukunda da düzenlenmelidir. Bu hukukî çare de, Alman hukukunda olduğu gibi "*mahkeme kararının talep edildiği itiraz*" olabilir. Böylelikle kalem personelinin görev yapmış olduğu mahkemede kısa sürede hakları ihlal edilenlere hukukî koruma sağlanmış olacaktır. Ayrıca örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu gibi mevzuatta itiraza ilişkin düzenleme getirilip bu hukukî çarenin ne olduğu, nereye başvurulacağı ve süresi hakkındaki açık hükümlerle hakları ihlal edilenlerin kolaylıkla bilgilere ulaşması mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

Acar, Tuna. Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar, Yetkin, Ankara, 2022.

Akkan, Mine. "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 3 (6), 2007, ss. 29-68 ("Etkin Hukukî Koruma").

Akkan, Mine. "§ 2. Yargı", Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (ed. Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya), Cilt 1, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (§ 2. Yargı).

Akkan, Mine. "§ 4. Yargı Görevlileri", Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (ed. Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya), Cilt 1, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (§ 4. Yargı Görevlileri).

Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Yargılama Usülleri, 6. Baskı, Ankara, 1957.

Arens, Peter/ Lüke, Wolfgang. Zivilprozessrecht, 10. Auflage, München, 2011.

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Ünal Kaya, Hilal. Yargı Örgütü, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Atilla Öztürk, Gülден. "Zabıt Katibinin Cezai Sorumluluğu", İzmir Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 3, 2021, ss. 41-68.

Braun, Johann. Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Tübingen, 2014.

Bilge, Necip/ Önen, Ergun. Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Boran Güneysu, Nilüfer. Medenî Usûl Hukukunda Karar, Adalet, Ankara, 2014.

Gilles, Peter. "Almanya'da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet", Çeviren: Haşhaş, Abdulkadir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, ss. 123-132.

Hamdorf, Kai. "ZPO § 573 Erinnerung", Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (ed. Krüger, Wolfgang/ Rauscher, Thomas), 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2020.

Hasırcı, Hakan. İflâsın Takiplere Etkisi, On İki Levha, İstanbul, 2021.

Jacobs, Matthias. "Vorbemerkung zu § 567-577", Kommentar zur Zivilprozessordnung (ed. Stein, Friedrich/ Jonas, Martin), 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

Jacobs, Matthias. "ZPO § 573 Erinnerung", Kommentar zur Zivilprozessordnung (ed. Stein, Friedrich/ Jonas, Martin), 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013 ("ZPO § 573").

Jänich, Volker Michael. "Vorbemerkung zu § 567", Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar (ed. Wiczorek, Bernhard/ Schütze, Rolf A.), 4. Auflage, De Gruyter, 2014 ("Vorbemerkung zu § 567")

Jänich, Volker Michael. "ZPO § 573 Erinnerung", Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar (ed. Wiczorek, Bernhard/ Schütze, Rolf A.), 4. Auflage, De Gruyter, 2014 ("ZPO § 573").

Kaufmann, Marcel. "VwGO § 151 Beauftragter oder ersuchter Richter; Urkundsbeamter", BeckOK VwGO (ed. Posser, Herbert/ Wolff, Heinrich Amadeus), 63. Edition, C. H. Beck, München, 2022.

Koch, Raphael. "ZPO § 573 Erinnerung", ZPO Handkommentar (ed. Saenger, Ingo), 9. Auflage, Nomos, 2021.

Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt 1, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Cilt 1).

Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt 4, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Cilt 4).

Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt 5, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Cilt 5).

Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt 6, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Cilt 6).

Kuru, Baki. İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1, 3. Baskı, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1988 (İcra, Cilt 1).

Özbay, İbrahim/ Aydemir, Fatih/ Bölükbaşı, Özge/ Kaya, Seyithan. Yargı Örgütü Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Özekes, Muhammet/ Erişir, Evrim. "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi", Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2 (5), 2006, ss. 1235-1274.

Pekcanitez, Hakan. "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, ss. 753-791.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Pekcanitez, Hakan/ Simil, Cemil. İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer. Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Postacıoğlu, İlhan E. Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 6. Bası, Sulhi Garan, İstanbul, 1975.

Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter. Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München, 2010.

Rudisile, Richard. "VwGO § 151 Beauftragter oder ersuchter Richter; Urkundsbeamter", Verwaltungsrecht VwGO (ed. Schoch, Friedrich/ Schneider, Jens-Peter), 43. Ergänzungslieferung, C. H. Beck, München, 2022.

Sungurtekin Özkan, Meral/ Aykutalp, Aslı. Yargı Örgütü Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Tanrıver, Süha. Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018 (Medenî Usûl).

Tanrıver, Süha. Yargı Teşkilâtı ve Görevlileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Yargı Teşkilâtı).

Üstündağ, Saim. Medenî Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000.

Wulf, Wilfried. "ZPO § 573 Erinnerung", BeckOK ZPO (ed. Vorwerk, Volkert/ Wolf, Christian), 47. Edition, C. H. Beck, München, 2022.

Alman Medeni Usul Kanunu ve Yürürlük Kanunu Tasarı Gerekçesi (Begründung des Entwurfs einer Deutschen Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes), Verlag der Königlichen Geheimen Ober- Hofbuchdruckerei, Berlin, 1872.

Der neu eingeführte Jugendarrest zum deutschen Jugendgerichtsgesetz neben zur Bewährung ausgesetzter Jugendstrafe

Muhsin İshak DİNÇ 

Av. LL.M, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi,
İstanbul, Türkiye

muhsindinc@hotmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ZUSAMMENFASSUNG

Makale Geçmişi

Geliş: 25.01.2022

Kabul: 22.05.2023

Yayın: 25.05.2023

Schlüsselwörter: §

16a JGG, Jugendarrest,
Jugendgerichtsgesetz,
Warnschussarrest,
Bewährungszeit.

Der in Ergänzung zum Jugendgerichtsgesetz eingeführte § 16a Jugendgerichtsgesetz (JGG) zu dem Jugendarrest hat sowohl in Wissenschaft und Praxis als auch in Politik und Medien für viel Kontroversen gesorgt. Im Mittelpunkt dieser Diskussionen standen die Vor- und Nachteile der neuen gesetzlichen Regelung im Jugendstrafrecht. Um diese Diskussionen klarzumachen, wurde eine umfangreiche Recherche durchgeführt. Die Vor- und Nachteile dieses neuen Gesetzesartikels wurden in einem experimentellen Forschungsprojekt des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für eine empirische Untersuchung zusammengebracht, an dem in den 4 Jahren seit Antragstellung 16 Landesjustizministerien teilnahmen. So konnten Daten zu Ergebnissen und Problemen in der Praxis dieser in Politik und Medien teilweise voreingenommen Neuregelung erhoben werden. In diesem Artikel werden die Ergebnisse dieser experimentellen Forschung und die Kritik der Autoren in der Literatur vergleichend diskutiert.

The Newly Introduced Youth Detention In Addition To Youth Penalty To The German Youth Courts Act

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 25.01.2022

Accepted: 22.05.2023

Published: 25.05.2023

Keywords:

§ 16a JGG, Youth
Detention, Youth
Courts Act, Warning-
Shot Detention,
Probationary Period.

Article 16a Youth Courts Act (JGG) on the detention of young people, which was brought in addition to the German Youth Courts Law, created a lot of controversy both in science and practice, as well as in politics and media. The focus of these discussions was the advantages and disadvantages of the new legal regulation in criminal law for youth courts. Extensive research was conducted to shed light on these discussions. The pros and cons of this new application were brought together for an empirical verification as a result of an experimental research project conducted by the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection and attended by 16 State Ministries of Justice in the 4 years since the application. Thus, data on the results and problems encountered in practice of this new regulation, which was partially prejudiced in politics and media, could be collected. In this article, the results of this experimental research and the criticisms of the authors in the literature are discussed in a comparative manner.

Atıf/Citation: Dinç, M. İ. (2023). “Der neu eingeführte Jugendarrest zum deutschen Jugendgerichtsgesetz neben zur Bewährung ausgesetzter Jugendstrafe”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 315-325.

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)”

EINLEITUNG

Der sog. „Warnschussarrest“ ist eine Jugendstrafe von bis zu vier Wochen, der von den Gerichten zusätzlich zu einer zur Bewährung ausgesetzten Jugendstrafe verhängt werden kann, wenn der Richter zu dem Schluss kommt, dass eine Bewährungsstrafe allein das Fehlverhalten seines Verhaltens nicht eindeutig erkennen lässt.¹ Der Hauptzweck dahinter ist das Bemühen, jugendlichen Straftätern die Folgen von Unrecht aufzuzeigen. Eine bloße Bewährungsstrafe wird von den Betroffenen oft als Freispruch und nicht als Ergebnis ihres Handelns wahrgenommen.

Der Warnschussarrest wurde mit dem „Gesetz zur Erweiterung jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten“ vom 04.09.2012 in § 16a JGG eingeführt. Gemäß § 16a JGG kann Jugendarrest neben Jugendstrafe angeordnet werden. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber als Ausnahme vom sog. „Koppelungsverbot“ § 8 Abs. 2 um einen Satz 2 ergänzt und dadurch wurde der Grundsatz der Einspurigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen aufgehoben². Außerdem wurde durch die Änderung des § 21 JGG ermöglicht, die Vollstreckung der Strafe auch dann zur Bewährung auszusetzen, wenn die Erwartung der Legalbewährung durch Jugendarrest neben Jugendstrafe begründet werden kann.

Nach dieser Änderung ist die Verhängung von Jugendarrest neben einer Jugendstrafe in Verbindung mit einer bedingten Jugendstrafe gemäß §§ 21, 27 und 61 JGG möglich. Aus diesem Grund kommt die Anwendung des Warnschussarrests bei der Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 21 JGG, bei der Bewährung vor der Jugendstrafe gem. § 27 JGG oder bei der vorbehaltenen Aussetzung der Jugendstrafe gem. § 61 JGG in Betracht.³ Es gibt drei Arten von Warnschussarrest: Jugendarrest neben Jugendstrafe zur Unrechts- und Folgenverdeutlichung (Verdeutlichungsarrest) nach § 16a Abs. 1 Nr. 1 JGG, zur Herausnahme aus einem schädlichen Umfeld und Vorbereitung auf die Bewährung nach § 16a Abs. 1 Nr. 2 JGG und zur Intensivbetreuung oder Einleitung längerfristiger Betreuung nach § 16a Abs. 1 Nr. 3 JGG.

Der Gedanke des Warnschussarrestes ist nicht neu, sondern er ist seit 1980'er umstritten.⁴ Während ein Teil der Literatur die Einführung des Warnschussarrestes forderten, wurde bisher keine Notwendigkeit für Jugendarrest neben Jugendstrafe gesehen. Daneben bestand aber Einigkeit darüber, dass der Freiheitsentzug, der etwa fünf Jahre dauert, negative Folgen hat und die positive Handlungsmöglichkeiten der Jugendlichen verhindert.⁵

Nachdem das Gesetz in Kraft getreten war, wurde eine wissenschaftliche Forschung durchgeführt, welches im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

¹ Gertler, Nils Fabian/Kunkel, Volker/Putzke, Holm. *Beck'sche Online-Kommentar JGG*, 22. Auflage., C.H.Beck, 2021, § 21 Nr. 34.

² Gertler/Kunkel/Putzke, § 21 Nr. 35.

³ Ostendorf, Heribert: „Warnung vor dem neuen „Warnschussarrest“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Jahrgang 2012, Nr. 12, 2012, s. 608.

⁴ Gertler/Kunkel/Putzke, § 21 Nr. 35.

⁵ Ostendorf, Heribert. *Jugendgerichtsgesetz: Kommentar*, 9. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2013, § 18 Nr. 10.

übernommen wurde.⁶ Mit dieser empirischen Forschungsbefunde und die für und gegen die Einführung des § 16a JGG vorgebrachten Argumente wird vergleichend diskutiert, um die Antwort auf die Frage zu erreichen, ob die Einführung des Jugendarrests neben Jugendstrafe (§ 16a JGG) eine sinnvolle Ergänzung der jugendstrafrechtlichen Sanktionen darstellt. Aus dem Vergleich der Forschungsergebnisse und den Ergebnissen der Kritik in der Literatur lässt sich abschätzen, ob eine solche gesetzliche Neuregelung im türkischen Recht notwendig ist und zu welchen Konsequenzen die Einführung einer solchen gesetzlichen Regelung führen könnte.

I. ARGUMENTE UND FORSCHUNGSBEFUNDE FÜR UND GEGEN DIE EINFÜHRUNG DES § 16A JGG

Die Ausgangspunkte der Diskussion, die sich teilweise im Ausdruck des Gesetzes widerspiegelt und auf der Grundlage des Gesetzentwurfs erörtert werden, werden vorgestellt. Da diese vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz erstellte Forschung unter Berücksichtigung der wichtigsten Debatten in der Literatur zur Warnschussarrest aufgebaut ist, wird in diesem Artikel die Übersicht dargestellt werden.

A. Freiheit zweiter Klasse

Das erste wichtigste Argument für die Einführung des § 16a JGG ist die mögliche Missdeutung der Jugendstrafe mit Bewährung als „Freiheit zweiter Klasse“ durch Jugendliche.⁷ Der Grundgedanke ist damit, dass die nach §§ 21, 27, 61 JGG verurteilte Jugendliche haben diese Meinung, sie den Gerichtssaal als „frei Mensch“ verlassen. Befürworter sehen die Gefahr, dass die Strafe ihre erzieherische Wirkung nicht erreichen, da Auflagen und Weisungen der Jugendstrafe mit Bewährung einmal vollzogen nicht ausreichen.

Gegner spricht dafür, dass die Bewährungsstrafe durch ergänzende Auflagen und Weisungen „fühlbar“ gemacht werden kann. Sie sehen es als eine Pflicht des Jugendrichters, dem Verurteilten die Art einer Bewährungsstrafe erklären, um die Missverständnisse zu verhindern.

Es gibt keine empirischen Befunde dafür, dass Bewährungsstrafen als „Freisprüche zweiter Klasse“ wahrgenommen werden.⁸ Wenn der Verurteilte die bedingte Jugendstrafe als Freispruch zweiter Klasse angenommen hat, wird das Gericht den Angeklagten mit größerer Wahrscheinlichkeit keine ausreichenden Informationen über die Bedeutung der bedingten Jugendstrafe zur Verfügung stellen.⁹

⁶ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. *Evaluation des neu eingeführten Jugendarrestes neben zur Bewährung ausgesetzter Jugendstrafe (§ 16a JGG): Abschlussbericht*, Wissenschaftlicher Verlag, Berlin, 2016.

⁷ Werwigg-Hertneck, Corinna/Rebmann, Frank. “Reformbedarf im Bereich des Jugendstrafrechts?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Band 36, Heft 7, 2003, s. 225.

⁸ Sieveking, Ruth/Eisenberg, Ulrich/Heid, Ulrike. “Politische Bestrebungen zulasten des Jugendstrafrechts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 38. Jahrgang, Heft 6, 2005, s. 188.

⁹ Ostendorf, 2012, s. 608.

B. Verdeutlichungsarrest

Mit dem Verdeutlichungsarrest ist gemeint, dass der Jugendliche für das begangene Unrecht und die Folgen späterer Straftaten verantwortlich ist. Dieser Gedanke basiert auf der Erklärung und Klärung der Bedeutung der Bewährungsstrafe durch den Jugendlichen.

Nach den neuen Forschungsbefunde¹⁰ hat der in § 16a Abs. 1 Nr. 1 geregelte „Verdeutlichungsarrest“ eine nicht unbedeutende Rolle in der Praxis.¹¹ Mehr als die Hälfte der Befragten haben stimmten zu, dass eine Bewährungsstrafe gegen den Verurteilten keine Freispruchsentscheidung bedeuten. Außerdem stellten fast drei Viertel der Jugendlichen und Heranwachsenden am ersten Tag ihres Arrestes fest, dass Straftaten konkrete Konsequenzen hatten. In rund der Hälfte der Urteile wurde die nachdrückliche erzieherische Einwirkung des Verdeutlichungsarrests erwähnt.¹² In diesem Punkt ist zu erwähnen, dass von dem Praktiker nicht als rein oder primär erzieherisches Instrument wahrgenommen wird, obwohl in der Entscheidungspraxis erzieherische Einwirkung des § 16a JGG eine erhebliche Rolle spielt.¹³

Durch die Berücksichtigung der Forschungsergebnisse wird es klar, dass der Warnschussarrest eine erzieherische Wirkung hat und die Missverständnisse des Verurteilens durch verhindert könnten. Aus diesem Grund kann gesagt werden, dass das Argument für die Einführung des Jugendarrests neben einer Jugendstrafe in dieser Hinsicht gerechtfertigt ist. Aus diesem Grund kann davon ausgegangen werden, dass es seinen Zweck teilweise erfüllt hat.

C. Knastluft schnuppern

Ein anderer Punkt der Befürworter ist, dass der Warnschussarrest eine spezialpräventive Wirkung hat, wenn ein Jugendliche, die einmal „Knastluft geschnuppert“ hat und sie durch den Freiheitsentzug abgeschreckt wurde. Ihrer Ansicht nach war der Warnschussarrest eher motiviert, sich straffrei zu verhalten und sich an Auflagen und Weisungen zu halten.¹⁴ Dagegen spricht dafür, dass eine Abschreckung nur auftreten kann, wenn die Verurteilten ihr erster Freiheitsentzug mit dem Warnschussarrest erleben. Außerdem ist es nicht klar, warum ein neuer Jugendarrest mit einer bedingten Jugendstrafe eine andere Wirkung haben sollte. Im Gegenteil besteht die Gefahr, dass die bedrohliche Wirkung des Freiheitsentzugs verloren geht. Gegner sehen also die Gefahr, dass der Freiheitsentzug zu einer negativen Stigmatisierung der betroffenen Jugendlichen führen

¹⁰ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. *Evaluation des neu eingeführten Jugendarrestes neben zur Bewährung ausgesetzter Jugendstrafe (§ 16a JGG): Abschlussbericht*, Wissenschaftlicher Verlag, Berlin, 2016, s. 212, Befund 4.

¹¹ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 211-212, 12.4.1.

¹² Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 213, 12.4.3.

¹³ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 213, Befund 6.

¹⁴ Grethlein, Gerhard. „Jugendarrest, Jugendstrafe und Bewährung – Ist eine Koppelung zulässig und nützlich?“, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 39, 1957, s. 1462.

kann.¹⁵ Andererseits besteht die Gefahr der gegenseitige Informierung der Täter über ihr Verbrechen. Durch dieses Zusammenkommen der Täter kann bewirkt werden, dass sie ihre begangenen Straftaten untereinander vergleichen und sich gegenseitig negativ beeinflussen.¹⁶

Darüber hinaus wurde der Warnschussarrest wegen fehlender relevanter Zielgruppe und derjenigen, die bereits Hafterfahrungen haben, sich durch § 16a JGG nicht mehr beeindrucken lassen. Deshalb wird der Arrest nach § 16a JGG ihr Ziel verlieren.¹⁷ Ein anderes Gegenargument ist die hohe Rückfallquoten nach stationären Maßnahmen. Es ist daher zu befürchten, dass der Warnschussarrest eine selektive Wirkung haben könnte, deren Auswirkungen nicht nachhaltig, sondern sofortige negativen Auswirkungen eines Freiheitsentzugs eingetreten sind.¹⁸

D. Frühere Hafterfahrungen

Nach einem Befund der genannten Forschung (Befunde 8) angegeben, ungefähr die Hälfte der Praktiker/innen teilte die Einschätzung, dass die derzeitige Hafterfahrung die Festnahme unnötig und überflüssig macht. Es wurde auch festgestellt, dass Jugendliche nicht mehr betroffen wären, wenn sie mehrmals bei dem Freiheitsentzug verurteilt werden, da in diesen Fällen die Wirkung bestand, sich daran zu gewöhnen, und der beabsichtigte "Schock" beseitigt wurde. Bei der Befragung wurde berichtet, dass vielen bereits eine Sanktion verbüßt haben. Da der Zeitraum zwischen Urteil und Abfrage kurz war, hat Jugendarrest neben Jugendstrafe keine Auswirkung auf Schwere des Rückfalls hat.¹⁹

Die Auswertungen zeigen, dass mehr als ein Drittel der in der Aktenanalyse als Täter identifizierten Personen einen Rückfall haben. Mehr als die Hälfte ging davon aus, dass die Bewährungszeit problemlos verläuft und ein Drittel nicht erneut bestraft werden würde. Für § 16a JGG gibt es keine spezifische Zielgruppe, die aufgrund von Jugendstraftaten eindeutig anerkannt werden kann.²⁰ Somit hat der Warnschussarrest einen Motivationseffekt, damit die Bewährungszeit problemlos verlaufen können. Aufgrund des früheren Freiheitsentzugs wurde jedoch festgestellt, dass der Warnschussarrest ihre Schockwirkung verloren hatte. Wegen des kurzen Zeitraums ist es nicht klar, ob der Warnschussarrest negative Auswirkungen im sozialen Leben hat oder nicht.

¹⁵ Kinzig, Jörg/Schnierle, Rebecca. "Der neue Warnschussarrest im Jugendstrafrecht auf dem Prüfstand", *Juristische Schulung*, Heft 3, 2014, s. 213.

¹⁶ Kreuzer, Arthur. "Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 33, 2002, s. 2345.

¹⁷ Dünkel, Frieder/Flügge, Christoph/Lösch, Manfred/Pörksen, Anke. "Plädoyer für verantwortungsbewusste und rationale Reformen des strafrechtlichen Sanktionensystems und des Strafvollzugs - Thesen des Ziethener Kreises", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 6, 2010, s. 175.

¹⁸ Gembeck, Ursula. *Stationäres soziales Training im (Warnschuss-)Arrest: Implementation und Evaluation eines Modellprojekts in Baden-Württemberg*, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2017, s. 55.

¹⁹ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 213, Befund 10.

²⁰ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 210-211, Befund 3.

E. Das Komplizen-Argument

Das sog. Komplizen-Argument kommt in Betracht, wenn mehrere Mittäter in ein Fall gleichzeitig abgeurteilt werden. Befürworter sehen die Gefahr, dass als ungerecht angesehen werden, wenn einer der Mittäter zu einer Jugendstrafe auf Bewährung verurteilt wird, während anderen Mittäter Jugendarrest verhängt wird.²¹ Dagegen spricht, dass "Ungerechtigkeiten" letztendlich das Ergebnis des Erziehungsgedankens gem. § 2 Abs. 1 JGG sind.²² Die Sanktionsentscheidung wurde von den Angeklagten falsch interpretiert, was darauf hinweist, dass eine fehlgeschlagene Kommunikation im Prozess der Jugendgerichtsbarkeit mehr als die Notwendigkeit einer neuen Art von Sanktion war.²³ Leider wurde dieses Argument in den im Rahmen der Forschung untersuchten Akten nicht im Hinblick auf Gerechtigkeitsbegründungen bei Gruppendelikten untersucht.²⁴ Wenn man auf die Erziehungsgedanke fokussiert, dann zeigt die Forschung teilweise, dass die Bewährungsstrafe nicht mehr als Freispruch von Verurteilten verstanden und es kann sich herausstellen, dass dies nicht als „ungerecht“ angesehen werden kann.²⁵

F. Das Herausnahmefest

Unter dem Herausnahmefest versteht man die zeitlich begrenzte Entfernung von Jugendlichen aus lebensgefährlichen Umgebungen. Ein Argument für die Einführung des § 16a JGG ist, dass die Jugendlichen, die in einer problematischen Umgebung leben, durch das Warnschussarrest eine problemlose und positive Bewährung schaffen und sie werden aus der kriminogenen Umgebung entlassen (das Herausnahmefest).²⁶ Der Jugendarrest neben Jugendstrafe kann eine erzieherische Wirkung haben, da ein enger Kontakt zwischen dem Jugendlichen und dem Bewährungshelfer herstellen kann. Ein anderes Argument dafür ist, dass der Arrest der Einstieg in die Bewährungszeit erleichtern und eine Basis für erfolgreiche Bewährung bilden kann.²⁷ Die Feststellung ersten intensiven Kontakt zwischen dem Verurteilten und der Bewährungshilfe durch den Warnschussarrest möglich.²⁸

Das wichtigste Argument dagegen ist, dass eine Zusammenarbeit zwischen den Jugendlichen und den Bewährungshelfer nicht möglich scheint, wenn Arrestanstalt und Sitz der Bewährungshilfe nicht an einem Ort befinden.²⁹ Es ist nicht klar, warum ein Verurteilte, der seine Bereitschaft zur Zusammenarbeit in der Freiheit nicht zeigt, durch den Warnschussarrest anders

²¹ Vietze, Rainer. *Der Einstiegsarrest – eine zeitgemäße Sanktion?*, Logos, Berlin, 2004, s. 160.

²² Müller-Piepenkötter, Roswitha/Kubink, Michael. "Warn(schuss)arrest als neue Sanktion – rationale Perspektiven für eine ewige Kontroverse", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 41. Jahrgang, Heft 6, 2008, s. 178.

²³ Breyman, Klaus/Sonnen, Bernd-Rüdeger. "Wer braucht eigentlich den Einstiegsarrest? – Zur Diskussion über die Notwendigkeit einer Arrestanordnung neben der Strafaussetzung zur Bewährung und neben der Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe gem. § 27 JGG", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Band 25, Heft 12, 2005, s. 672.

²⁴ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 211-212, 12.4.1.

²⁵ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 212, Befund 4.

²⁶ Werwigk-Hertneck/Rebmann, s. 226.

²⁷ Sieveking/Eisenberg/Heid, s. 188, 189.

²⁸ Werwigk-Hertneck/Rebmann, s. 225, 226.

²⁹ Kinzig/Schnierle, s. 215.

handeln sollte.³⁰ Bei ein verspäteter Arrest besteht die Gefahr, dass die Zusammenarbeit mit der Bewährungshilfe unterbrochen wird. Auch wegen der langen Zeit zwischen Rechtskraft des Urteils und Vollstreckung des Arrests könnte die Schockwirkung nicht eintreten.³¹

Weiterhin ist ein Jugendarrest, der maximal vier Woche dauert, die darauf abzielt, die Jugendliche aus dem problematischen Umfeld zu entfernen, ist unrealistisch. Während des Arrests besteht die Gefahr, dass das Zusammenleben mit anderen Verurteilten und das negative Lernen. Dieses Argument wurde in die Forschung einbezogen, da es sich in der Norm findet und Gegenstand von Diskussionen ist. Das „Herausnahmefest“ wurde nur wenigen Einzelfällen in den Urteilsgründen genannt und nur ein kleiner Teil der Praktiker akzeptiert, dass der Arrest diese Funktion erfüllt.³² Somit spielt das „Herausnahmefest“ eine untergeordnete Rolle in der Praxis.³³

Nach einem Befund der genannten Forschung sind die Bewährungshelfer sich einig, dass der Arrest keinen relevanten Einfluss auf den Erfolg von Bewährungshelfern hat. Einerseits gibt es kein spezielles Konzept zur Vorbereitung auf die Bewährungszeit gibt und andererseits das Gespräch mit Bewährungshelfern war gleich, wie zuvor. Fast die Hälfte der Jugendlichen stimmt zu, dass sie keine Probleme hatten, obwohl sie möglicherweise in der Zeit nach der Verhaftung Probleme hätten. Wie die Forschungsbefund 7 berichtet, dass der Warnschussarrest in der Entscheidungspraxis eine gewisse Rolle spielt der Zweck, damit die Jugendliche auf Bewährungszeit vorbereiten, von den Praktikern uneinheitlich wahrgenommen.³⁴

In Anbetracht der obigen Argumente und Forschungsbefunde ist das "Herausnahmefest" unpraktisch, da nur das Entfernen der Jugendliche aus dem problematischen Umfeld sein Verhalten nicht ändert und die aus der schlechten Umgebung entfernte Jugendliche mit anderen Verurteilten für eine Weile zusammenleben. Auch auf Grund fehlender Ressourcen konnte der Arrest nach § 16a JGG ihr Zweck nicht erreichen. Es können jedoch neue zusätzliche Anwendungen, wie ein spezielles Konzept oder ein anderes Gespräch eingeführt werden, um dieses Ziel zu erreichen.³⁵

G. Die rechtswidrige Untersuchungshaft

Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft gelten auch für das Jugendstrafrecht. Trotzdem wird jedoch die sog. apokryphen Haftgründen ermittelt und aus "erzieherischen Gründen" eine Art Untersuchungshaft entwickelt.³⁶ Ein anderes Argument für die Einführung des § 16a JGG ist, dass der Warnschussarrest eine Alternative zur verfassungswidrigen Untersuchungshaft i.S.d. §§ 112, 112a StPO schaffen und der rechtswidrigen Untersuchungshaft zurückdrängen kann.³⁷ Dagegen

³⁰ Eisenberg, Ulrich. "Feindliche Übernahme im Jugendstrafrecht? Zur Situation eines politisch aufgeladenen Rechtsgebiets", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Band 63, Heft 21, 2010, s. 1507.

³¹ Ostendorf, 2012, s. 609.

³² Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 212, 12.4.2.

³³ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 212, Befund 5.

³⁴ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 214, Befund 7.

³⁵ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 214, 9.2.3.

³⁶ Vietze, s. 150.

³⁷ Vietze, s. 155.

spricht, dass der Warnschussarrest niemals mit der Untersuchungshaft verglichen werden können, selbst wenn sie unmittelbar nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils durchgeführt wurde. Es ist unwahrscheinlich, dass die Praktiker/innen von früheren Sanktionen abweichen, da das § 16a JGG eingeführt ist.³⁸

Im Gegenteil der Befürworter, die Zahlen zeigen, dass das § 16a JGG praktisch als eine weitere Option für die Sanktionierung angesehen wird und daher zusätzlich zu den bestehenden freiheitsentziehenden Sanktionen verwendet wird. Der Warnschussarrest wird die nachhaltig erschlossen, aber die intensive Nutzung des § 16a JGG drängt freiheitsentziehender Sanktionen nicht zurück.³⁹ Wie von dem Gegner argumentiert, dass der Warnschussarrest der rechtswidrigen Untersuchungshaft nicht zurückdrängt, sondern als weitere Option genutzt.⁴⁰

H. „net widening“

Die zuletzt angesprochene gegenteilige Meinung besagt, dass dieser Warnschussarrest „net widening“ sein kann.⁴¹ Dieser Begriff bezieht sich auf die positive Anziehungskraft, die Bildungssanktionen auf Richter haben können. Gemeint ist damit, dass eine bestimmte Sanktion nicht deshalb eingesetzt wird, weil sie notwendig ist, sondern weil sie keinen Schaden führen kann oder Hoffnung auf Heilung über die Bewährungsfrist hinaus hat. Es besteht die Gefahr, dass die neue Form der Sanktion nur in Fällen angewendet werden kann, in denen früher eine Bewährungsstrafe verhängt wurde. Der Warnschussarrest kann als eine Art „Dreingabe“ wirken.⁴² Aber wie die Forschungsbefund 1⁴³ berichtet, dass der Arrest nach § 16a JGG generell zurückhaltend und eher selten verhängt wird.

FAZIT

Mit dem Forschungsprojekt des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz erhobenen Befunden konnte es viele Fragen der Literatur zum Erlass des § 16a JGG teilweise beantworten. Es zeigt sich, dass weder die Befürchtungen der Gegner noch die Erwartungen der Befürworter in der Literatur auf eine Legalisierung des Warnschussarrests weitgehend eingetreten sind. Wie die im Projekt erhobenen Befunden zu bewerten sind, ist eine rechtspolitische Frage. Der Bericht hat aber eine neue Debatte darüber ausgelöst, ob mehr Freiheitsentzug der verurteilten Jugendlichen notwendig ist und welche Art von Freiheitsentzug erforderlich ist.

Die vorteilhaften Aspekte des Arrests nach § 16a JGG könnten wie folgt ausgeführt werden: Der Warnschussarrest verdeutlicht den Verurteilten, dass Bewährungsstrafe nicht gleichbedeutend

³⁸ Kinzig/Schnierle, s. 214.

³⁹ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 210, Befund 2.

⁴⁰ Vietze, s. 157.

⁴¹ Verrel, Torsten. “When the green flag drops, the bullshit stops“, Anmerkungen zum Gesetz zur „Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten“, *Neue Kriminalpolitik*, Vol. 25, No. 1 2013, s. 68.

⁴² Schaffstein, Friedrich/Beulke, Werner/Swoboda, Sabine. *Jugendstrafrecht, Eine systematische Darstellung*, 15. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014, Nr. 553.

⁴³ Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Abschlussbericht*, s. 209, Befund 1.

mit einem Freispruch ist und dass Straftaten konkrete Konsequenzen haben. Somit hat der Warnschussarrest ihr erzieherischer Zweck teilweise erreicht. Dadurch wurden die Missverständnisse verhindert. Die Verurteilten hoffen auf einen problemlosen Ablauf der Bewährungszeit und wünschen keine erneute Verurteilung.

In der Zusammenschau zeigt sich, dass die Einführung des Jugendarrestes neben Jugendstrafe überflüssig und unvollständig ist. Die Gründe dafür sind vielfältig. Das Missverständnis von Jugendstrafe mit Bewährung als „Freiheit zweiter Klasse“ kann durch die ausreichenden Informationen an die Verurteilte verhindert werden. Der Warnschussarrest hat eine positive spezialpräventive Wirkung, wenn Jugendliche früher mehrmals bei dem Freiheitsentzug verurteilt wurde. Aus diesem Grund spricht man von der „Schockwirkung“ des Warnschussarrests. Die „Ungerechtigkeit“ Argument zeigt uns, dass es eine fehlgeschlagene Kommunikation im Prozess der Jugendgerichtsbarkeit gibt. Der Arrest hat keinen relevanten Einfluss auf den Erfolg von Bewährungshelfern während der Bewährungszeit. Der Hauptgrund dafür liegt in der mangelnden wissenschaftlichen Kommunikationsmodelle i.S.d. § 16a JGG, die zur Kommunikation zwischen Bewährungshelfern und Jugendlichen führen können. Ein Warnschussarrest kann die Verhandlung der Jugendlichen nicht einfach ändern, weil eine Zusammenarbeit mit Bewährungshelfern unrealistisch ist. Verurteilte befürchten, dass sie nach ihrem Arrest ein Problem haben werden. Die Zahlen zeigen, dass der Warnschussarrest der rechtswidrigen Untersuchungshaft nicht zurückdrängt wurde. Vielmehr wurde der Warnschussarrest als weitere zusätzliche Option neben der rechtswidrigen Untersuchungshaft genutzt. In Anbetracht aller oben genannten Argumente stellt sich die Frage nicht, ob ein neuer Arrest eingeführt wird oder nicht. Das Hauptproblem besteht darin, dass die Verurteilten nicht ausreichend über die Entscheidung informiert und die erforderliche Kommunikation und Gespräch, während der Bewährungszeit nicht hergestellt werden kann und Jugendliche sich aufgrund einer neuen Sanktion nicht anders verhalten werden.

Bei der künftigen Anwendung des Warnschussarrests ist darauf zu achten, dass entgegen dem gesetzgeberischen Zweck vor der Gefahr zu hüten ist, dass der Warnschussarrest nur als milderer Instrument gegen die Vollstreckung einer Jugendstrafe eingesetzt wird. Dies geht einher mit der Forderung nach ausreichenden personellen und finanziellen Mitteln und inhaltlichen Ausgestaltung des Jugendarrests, um in Zukunft sogar der Funktion der Bildung bei der Entkriminalisierung gerecht zu werden. Als Ergebnis haben die Argumente der Kritiker und der Befürworter sich nicht großem Maße realisiert, sondern sind nur teilweise Rückschlüsse möglich.

In Bezug auf die Erkenntnisse aus den im Artikel diskutierten Forschung wäre es angemessen, mit den im türkischen Strafgesetzbuch vorzunehmenden Änderungen ein Warnschussarrest für einen bestimmten Zeitraum zu verhängen, um dem Richter die Folgen von Unrecht gegenüber Jugendlichen aufzuzeigen und zu verhindern, dass rechtswidrige Handlungen als Straffreiheit wahrgenommen werden. Bei dieser Regelung sollten jedoch die in der Literatur gegen die Regelung im deutschen Recht erhobenen Kritikpunkte und die negativen Forschungsergebnisse berücksichtigt werden. Andernfalls könnte dies als eine weitere Form des Freispruchs und nicht als Warnung für Jugendliche angesehen werden.

ABKÜRZUNGEN

Abs.	Absatz
Aufl.	Auflage
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Jg.	Jahrgang
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JuS	Juristische Schulung
i.S.d.	im Sinne des
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
s.	Seite
sog.	sogenannte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

LITERATURVERZEICHNIS

- Breymann, Klaus/Sonnen, Bernd-Rüdeger. “Wer braucht eigentlich den Einstiegsarrest? – Zur Diskussion über die Notwendigkeit einer Arrestanordnung neben der Strafaussetzung zur Bewährung und neben der Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe gem. § 27 JGG”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Band 25, Heft 12, 2005, s. 669 – 673.
- Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. *Evaluation des neu eingeführten Jugendarrestes neben zur Bewährung ausgesetzter Jugendstrafe (§ 16a JGG): Abschlussbericht*, Wissenschaftlicher Verlag, Berlin, 2016.
- Dünkel, Frieder/Flügge, Christoph/Lösch, Manfred/Pörksen, Anke. “Plädoyer für verantwortungsbewusste und rationale Reformen des strafrechtlichen Sanktionensystems und des Strafvollzugs - Thesen des Ziethener Kreises”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 6, 2010 s. 175 – 178.
- Eisenberg, Ulrich. “„Feindliche Übernahme“ im Jugendstrafrecht? Zur Situation eines politisch aufgeladenen Rechtsgebiets”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Band 63, Heft 21, 2010, s. 1507 – 1509.
- Gernbeck, Ursula/Höffler, Katrin/Verrel, Torsten. “Der Warnschussarrest in der Praxis – Erste Eindrücke”, *Neue Kriminalpolitik*, Vol. 25, No. 4, 2013, s. 305 – 315.

- Gernbeck, Ursula. *Stationäres soziales Training im (Warnschuss-)Arrest: Implementation und Evaluation eines Modellprojekts in Baden-Württemberg*, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Grethlein, Gerhard. "Jugendarrest, Jugendstrafe und Bewährung – Ist eine Koppelung zulässig und nützlich? ", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 39, 1957, s. 1462 – 1464.
- Gertler, Nils Fabian/Kunkel, Volker/Putzke, Holm. *Beck'sche Online-Kommentar JGG*, 22. Auflage., C.H.Beck, 2021.
- Kinzig, Jörg/Schnierle, Rebecca. "Der neue Warnschussarrest im Jugendstrafrecht auf dem Prüfstand", *Juristische Schulung*, Heft 3, 2014, s. 210 – 215.
- Kreuzer, Arthur. "Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 33, 2002, s. 2345 – 2351.
- Müller-Piepenkötter, Roswitha/Kubink, Michael. "„Warn(schuss)arrest“ als neue Sanktion – rationale Perspektiven für eine ewige Kontroverse", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 41. Jahrgang, Heft 6, 2008, s. 176 – 180.
- Ostendorf, Heribert. *Jugendgerichtsgesetz: Kommentar*, 9. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2013.
- Ostendorf, Heribert: "Warnung vor dem neuen „Warnschussarrest“", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Jahrgang 2012, Nr. 12, 2012.
- Schaffstein, Friedrich/Beulke, Werner/Swoboda, Sabine. *Jugendstrafrecht, Eine systematische Darstellung*, 15. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014.
- Schmidt, Julia. *Die Koppelung von Jugendarrest und bedingter Jugendstrafe als sog. „Warnschussarrest“ gem. § 16a JGG*, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2020.
- Sieveking, Ruth/Eisenberg, Ulrich/Heid, Ulrike. "Politische Bestrebungen zulasten des Jugendstrafrechts", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 38. Jahrgang, Heft 6, 2005, s. 188 – 192.
- Verrel, Torsten. "„When the green flag drops, the bullshit stops“, Anmerkungen zum Gesetz zur „Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten“, *Neue Kriminalpolitik*, Vol. 25, No. 1 2013, s. 67 – 78.
- Vietze, Rainer. *Der Einstiegsarrest – eine zeitgemäße Sanktion?*, Logos, Berlin, 2004.
- Werwigk-Hertneck, Corinna/Rebmann, Frank. "Reformbedarf im Bereich des Jugendstrafrechts?", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Band 36, Heft 7, 2003, s. 225 – 230.

Ticari İşlerde Birlikte Borç Altına Girilmesi ve Ticari Bir Borca Kefil Olunmasının Sonuçları

Aytekin ÇELİK 

Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Konya, Türkiye

aytekin.celik@karatay.edu.tr (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 08.04.2023

Kabul: 08.06.2023

Yayın: 19.06.2023

Anahtar

Kelimeler:

Ticari iş, Ticari hüküm,
Teselsül karinesi,
Müteselsil borçluluk,
Müteselsil kefalet

TTK m. 7'nin başlığı "teselsül karinesi" olmasına rağmen söz konusu düzenlemede müteselsil borçluluk ve müteselsil kefalet karinelerinin dışında kefillerin temerrüt faizinden sorumluluğu konusunda da hükümlere yer verilmiştir. Dolayısıyla ticari işlerde birlikte borç altına girilmesi ve ticari bir borca kefil olunmasının iki ayrı sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki kanun veya sözleşmede aksi öngörülmemişse birlikte borç altına giren kişilerin müteselsil borçlu, borçlu açısından ticari iş niteliğindeki bir borca kefil olan kişilerin ise müteselsil kefil olarak kabul edilmesidir. Söz konusu sonuç, teselsül karinesi olarak adlandırılmaktadır. Diğer sonuç ise borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan bir borca kefil olunması halinde borçlunun taahhüdünü yerine getirmedeği veya ödemeyi yapmadığı hususu ihbar edilmeden kefillere temerrüt faizi yürütülememesidir.

Birlikte borçlulukta işin sadece alacaklı açısından ticari iş niteliği taşıdığı durumlarda teselsül karinesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Aynı şekilde birlikte borçlulukta borçluların aynı anda ve aynı işlemle borç altına girmelerinin gerekli olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanması konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konuda özellikle kefalet sözleşmesinde müteselsil sorumlu olma konusundaki iradenin kefilin kendi el yazısıyla yazılmasına ilişkin TBK m. 583/1'deki düzenlemenin TTK m. 7/2'de düzenlenen teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanması konusunda da aranıp aranmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Aynı şekilde TTK m. 7/1'de düzenlenen kefillere temerrüt faizi yürütülmesi için ihbar şartı arayan düzenlemeye genel hükümlerde yer verilmemesi söz konusu düzenlemenin ticari iş niteliği taşımayan borçlarda uygulanıp uygulanmayacağı hususunda farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur.

Bu çalışmada öncelikle birlikte borçluluk halinde teselsül karinesinin uygulanması konusunda açıklamalara yer verilecektir. Akabinde ise ticari bir borca kefil olunması halinde teselsül karinesinin uygulanması ve kefillere temerrüt faizi yürütülebilmesi için ödemenin veya taahhüdün yerine getirilmediği hususunda yapılacak ihbar konusunda değerlendirmeler yapılacaktır.

Consequences Of Jointly Incurring A Debt In Commercial Affairs And Being A Guarantor For A Commercial Debt

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 08.04.2023

Accepted: 08.06.2023

Published: 19.06.2023

Keywords:

Commercial affair, commercial clause, presumption of solidarity, joint indebtedness, joint guarantees.

The first consequence regulated under Article 7 of the Turkish Commercial Code (TCC) titled “Presumption of Solidarity” is that, unless otherwise stipulated by law or contract, the persons who incur debt together are considered as joint debtors, and the persons who guarantor for a debt that is a commercial affair for the debtor are considered as joint guarantors. The second consequence is that in the case of a guarantor for a debt that is a commercial affair for the debtor, default interest cannot be charged to the guarantors without notice of the debtor’s failure to fulfill its commitment or to make the payment.

Different opinions have been put forward as to whether the presumption of solidarity should be applied in cases where the work in joint indebtedness has the characteristics of a commercial affair only for the creditor. Likewise, it is also controversial whether it is necessary for the debtors to incur debts at the same time and with the same transaction in joint indebtedness. Also different opinions have been put forward in the doctrine, especially on whether the requirement under Art. 583/1 of the Turkish Code of Obligation (TCO) that the guarantor’s intention to be jointly liable in the contract of surety must be written in the guarantor’s own handwriting should also be sought for the surety in commercial affairs regulated under Art. 7/2 of the TCC.

Likewise, the fact that the regulation under Art. 7/1 of the TCC, which requires a notice condition for the execution of default interest to the guarantors, is not included in the general provisions has led to different opinions on whether the said regulation should be applied to debts that do not have the characteristics of commercial affair.

Atıf/Citation: Çelik, A. (2023). “Ticari İşlerde Birlikte Borç Altına Girilmesi ve Ticari Bir Borca Kefil Olunmasının Sonuçları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 326-373.

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

Bir işin ticari iş olarak nitelendirilmesinin en önemli sonucu söz konusu işe ticari hükümlerin uygulanmasıdır. Ticari işe bağlanan sonuçlar Türk Ticaret Kanunu'nda zamanaşımı (TTK m. 6), teselsül karinesi (TTK m. 7) ve ticari işlerde faiz (TTK m. 8) başlığı altında düzenlenmiştir. Bu çalışmada söz konusu sonuçlardan sadece teselsül karinesi başlıklı TTK m. 7 üzerinde durulacaktır.

TTK m. 7'nin başlığı "teselsül karinesi" olmasına rağmen söz konusu düzenlemede müteselsil borçluluk ve müteselsil kefalet karinelerinin dışında kefillerin temerrüt faizinden sorumluluğu konusunda da hükümlere yer verilmiştir. Dolayısıyla ticari işlerde birlikte borç altına girilmesi ve ticari bir borca kefil olunmasının iki ayrı sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki kanun veya sözleşmede aksi öngörülmemişse birlikte borç altına giren kişilerin müteselsil borçlu, borçlu açısından ticari iş niteliğindeki bir borca kefil olan kişilerin ise müteselsil kefil olarak kabul edilmesidir. Diğer sonuç ise borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan bir borca kefil olunması halinde borçlunun taahhüdünü yerine getirmediği veya ödemeyi yapmadığı hususu ihbar edilmeden kefillere temerrüt faizi yürütülememesidir.

TTK m.7'de yer alan söz konusu düzenlemeler genel hükümlerden farklıdır. Genel hükümler içerisinde müteselsil borçluluk ve müteselsil kefalet konusunda bir karineye yer verilmemiştir. Bu sebeple genel hükümlere göre müteselsil borçluluk ve müteselsil kefalet ancak bu hususun kanunda düzenlenmesi veya sözleşmeyle kararlaştırılması halinde söz konusu olabilir. Ayrıca genel hükümlere göre müteselsil kefaletin sözleşmeyle kararlaştırıldığı durumlarda teselsüle ilişkin iradenin kefilin kendi el yazısıyla yazılması gerekmektedir. TTK m. 7'deki kefillerden temerrüt faizi talep edilebilmesi için aranan ihbar şartı da genel hükümler içerisinde yer almamaktadır.

Müteselsil borçluluk ve müteselsil kefalet konularında ticari işler açısından bir karineye yer verilmesinin en önemli sebebi alacaklılara güvence sağlanması ihtiyacıdır. Dolayısıyla genel hükümlerdeki borçlunun ve kefilin korunması amacı, ticari işler açısından yerini alacaklılara teminat sağlanması amacına bırakmaktadır. Bu sebeple ticari işler açısından genel hükümlerden farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu durum genel hükümler ve ticari hükümler arasında bir çatışmanın bulunduğu anlamına gelmez. Zira her iki hükmün de uygulama alanı farklı olduğundan bu konuda bir çatışmadan söz edilemez. Birlikte borç altına girilen veya kefil olunan borç, ticari iş niteliğindeyse müteselsil borçluluk ve müteselsil kefaletle ilişkin karine uygulama alanı bulur.

Bu konuda özellikle kefalet sözleşmesinde müteselsil sorumlu olma konusundaki iradenin kefilin kendi el yazısıyla yazılmasına ilişkin TBK m. 583/1'deki düzenlemenin TTK m. 7/2'de düzenlenen teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanması konusunda da aranıp aranmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Aynı şekilde TTK m. 7/1'de yer verilen kefillere temerrüt faizi yürütülmesi için ihbar şartı arayan düzenlemeye genel hükümlerde yer verilmemesi, söz konusu düzenlemenin ticari iş niteliği taşımayan borçlarda uygulanıp uygulanmayacağı hususunda farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur.

borçluluk¹ söz konusu olur. Birlikte borçluluk, borç ilişkisi doğarken veya borç ilişkisinin doğumundan sonra söz konusu olabilir².

Birlikte borçluluk, “kısmî (adî) borçluluk”, “müteselsil borçluluk” ve “elbirliğiyle borçluluk” olmak üzere üçe ayrılır³. Kısmi borçlulukta borçlulardan her biri borcun sadece bir kısmını ifa etmekle yükümlüdür. Bu durumda aksi kararlaştırılmadığı sürece borçluların her biri borçtan eşit bir şekilde sorumludur⁴. Müteselsil borçlulukta ise alacaklı, borçlulardan her birinden borcun tamamını ifa etmelerini talep edebilir. Buna karşılık elbirliğiyle borçlulukta edimin borçluların tamamından talep edilmesi gerekir⁵.

Birlikte borçluluğun niteliği kanuna, edimin mahiyetine ve taraflar arasındaki sözleşmeye göre farklılaşabilir. Borç, bölünemeyen bir edime ilişkinse edimin niteliği gereği borçluların tamamı alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olur. Borcun bölünebilir bir edim niteliğinde olduğu durumlarda ise kısmi borçluluk veya müteselsil borçluluk karşımıza çıkabilir. Bu durumda kısmi borçluluğun mu yoksa müteselsil borçluluğun mu söz konusu olacağı kanuna ve sözleşmeye göre belirlenir. Elbirliğiyle borçluluk ise miras şirketi, adi şirket⁶ ve mal ortaklığı gibi genellikle borçlular arasında elbirliği mülkiyeti ilişkisinin bulunduğu hukuki ilişkilerde söz konusu olabilir⁷.

¹ Borç ilişkisinin alacaklı tarafında birden fazla kişinin bulunması durumunda ise birlikte alacaklılık söz konusu olur. Birlikte alacaklılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, Turgut. *Müteselsil Borçluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971, s. 4; Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 963 vd.; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 507 vd.; Furrer, Andreas/Muller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 294, 295; Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukuku Umumi Kısmı*, C. 1-2 (Çev. Edege, Cevat.), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 814 vd.; Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Hüseyin Murat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2016, s. 513, 514.

² Akıntürk, s. 2; Oğuzman/Öz, s. 481; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 285; Von Tuhr, s. 790; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 502.

³ Akıntürk, s. 16, 17; Tunçomağ, Kenan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 3. Baskı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1968, s. 571; Oğuzman/Öz, s. 475; Furrer /Muller-Chen/Çetiner, s. 285. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu ise birlikte borçluları, kısmi borçlular, elbirliği halinde borçlular ve yarışan borçlular olmak üzere üçe ayırmakta ve müteselsil borçluları yarışan borçluların bir alt başlığı olarak incelemektedir (Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 499).

⁴ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 292; Akıntürk, s. 16, 17; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 1223; Kılıçoğlu, s. 947, 948; Tunçomağ, s. 570; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 500; Domaniç, Hayri, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, 4. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1998, s. 19; Domaniç, Hayri, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. I, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s. 36; Şahin, Aysenur Caner. *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 5.

⁵ Akıntürk, s. 7; Tunçomağ, s. 571; Eren, Genel, s. 1220; Oğuzman/Öz, s. 475; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K.Emre. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 341, 342; Furrer /Muller-Chen/Çetiner, s. 285; Özdoğan, Nurchihan Dalcı. *Müteselsil Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 56; Şahin, s. 58.

⁶ Adi şirketlerde ortakların sorumluluğunun konusunun para dışındaki şeylere ilişkin olması halinde dava veya takibin ortakların tamamına karşı yapılması gerekir. Ancak ortakların sorumluluğunun konusunun para olduğu durumlarda ortaklardan her biri borcun tamamından dolayı alacaklılara karşı müteselsil olarak sorumludur (Barlas, Nami. *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 63, 64; Yalman, Macit/Taylan, Erbay. *Adi Ortaklık*, Olgaç Matbaa, Ankara, 1976, s. 168; Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet. *Şirketler Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 85; Şener, Oruç Hami. *Adi Ortaklık*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 418; Kırcı, İsmail (Kendigelen, Abuzer). *Şirketler Hukuku*, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 59). Bu hususta ayrıca bkz. Yarg.19.HD., T. 07.05.2018, E. 2018/18129, K. 2018/2500 (www.lexpera.com.tr, E.T. 16.03.2021); Yarg. 15.HD., T. 03.10.2018, E. 2018/2783, K. 2018/3547 (www.lexpera.com.tr, E.T. 16.03.2021).

⁷ Akıntürk, s. 19; Tunçomağ, s. 571; Oğuzman/Öz, s. 475; Hatemi/Gökyayla, s. 341, 342; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 286; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 500; Özdoğan, s. 57; Şahin, s. 58. Bu tür durumlarda elbirliğiyle borçluluğun söz konusu olmadığı hususunda bkz. Eren, Genel, s. 1220.

Birlikte borçlulukta edim bölünebilir bir nitelikteyse sorumluluğun müteselsil olup olmadığı hususunda öncelikle kanunda emredici bir düzenlemenin bulunup bulunmadığına bakılması gerekir. Bu konuda kanunda bir düzenleme yapılmışsa sorumluluğun müteselsil olup olmadığı konusu söz konusu düzenlemeye göre belirlenir. Ancak kanunda bir düzenlemeye yer verilmemişse tarafların sözleşmeyle sorumluluğun türünü kararlaştırıp kararlaştırmadıklarına bakılması gerekir. Buna karşılık taraflarca sorumluluğun türünün kararlaştırılmadığı ve kanun koyucu tarafından da emredici bir düzenlemenin yapılmadığı durumlarda kısmi sorumluluğun mu yoksa müteselsil sorumluluğun mu uygulanacağı sorununun çözüme kavuşturulması gerekir.

Borç ilişkisinin borçlu tarafında birden fazla kişinin bulunuyor olması (birlikte borç altına girilmesi) her durumda söz konusu kişiler arasında müteselsil sorumluluğun bulunduğu anlamına gelmez⁸. Birlikte borçluluk durumunda kısmi sorumluluğun mu yoksa müteselsil sorumluluğun mu kabul edileceği hususu korunmak istenen menfaate göre değişir. Zira kısmi sorumluluğa ilişkin düzenlemeler borçluların menfaatini, müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ise alacaklıların menfaatini korumaktadır⁹. Bu sebeple sorumluluğun türünün kanun veya sözleşmeyle belirlenmediği durumlarda kanun koyucunun kimin menfaatini korumak istediğine bakılması gerekir. Kanun koyucu adi işler açısından bu konudaki tercihini borçluların korunması yönünde kullanarak kısmi sorumluluğu karine olarak kabul etmiştir¹⁰. Buna karşılık ticari işler açısından alacaklıların menfaatinin korunması gerektiğinden müteselsil sorumluluk (teselsül) karinesi kabul edilmiştir¹¹.

⁸ Akıntürk, s. 100; Eren, Genel, s. 1226, 1227; Tekinay, Selahattin Sulhi. “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi”, *Ord.Prof.Dr.Ernst E. Hirsch’e Armağan*, Ankara, 1964, s. 509; Tunçomağ, s. 570; Oğuzman/Öz, s. 474; Hatemi/Gökyayla, s. 341; Furrer /Muller-Chen/Çetiner, s. 287; Özdoğan, s. 51; Kapancı, Kadir Berk. “Türk Ticaret Kanunu’nun 7. Maddesinde Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S.2, 2016, s. 138; Arat, Ayşe. “Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.2, 2018, s. 327. Bu hususta ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 49 III 121 ve BGE 116 II 707 E.3 sayılı kararları (Akıntürk, s. 100; Furrer /Muller-Chen/Çetiner, s. 287). Birden fazla kişinin birlikte borç altına girdiği durumlarda bu kişilerin müteselsil olarak sorumlu olacakları konusunda alacaklıda bir güven oluşturacakları yönündeki görüşler için bkz. Akıntürk, s. 101. Eren de bölünebilir bir borcun birden fazla kişi tarafından borçlanılması halinde müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir (Eren, Genel, s. 1221). Bu görüşte olan diğer yazarlar için bkz. Eren, Genel, s. 1221, dn 10. Aksi yöndeki görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 92. Akıntürk de söz konusu durumda borçlular arasına kuvvetli bir menfaat bağı bulunduğunun peşinen kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir (Akıntürk, s. 104).

⁹ Akıntürk, s. 98, 121; Tekinay, s. 510; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 292; Eren, Genel, s. 1229; Kılıçoğlu, s. 948; Oğuzman/Öz, s. 474; Hatemi/Gökyayla, s. 341; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 502; Özdoğan, s. 52, 60.

¹⁰ Akıntürk, s. 98, 121; Tunçomağ, s. 578; Oğuzman/Öz, s. 480; Eren, Genel, s. 1223; Hatemi/Gökyayla, s. 342; Kılıçoğlu, s.947, 948; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 499; Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2019, s. 76; Özdoğan, s. 51; Bahtiyar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 72.

¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 295; Tekinay, s. 510, 514; Akıntürk, s. 104, 142; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2022, s. 93; Arkan, s. 76; Bahtiyar, s. 73; Midyat, Nuri Aziz. “Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXV, S.2, 2017, s. 685; Ağca Toplandı, Pınar. “Teselsül Karinesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 90, 2010, s. 385; Can, Mehmet Çelebi/Kaşak, Fahri Erdem. “Ticari Borçlara Kefalet Halinde Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirlenmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 162, s. 269; Kapancı, s. 141, 142. Ayrıca kanun koyucunun söz konusu karineyle yetinmeyip Türk Ticaret Kanunu’nun pek çok düzenlemesinde müteselsil sorumluluğu özel olarak düzenlediği hususunda bkz. Tekinay, s. 515; Ağca Toplandı, s.

TTK m. 7'ye göre ticari işlerde aksi kanun veya sözleşmede öngörülmediği sürece birlikte borç altına giren borçlular¹² alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olur¹³. Bu durum adî (ticari olmayan) işlerden farklıdır. Zira adi bir iş dolayısıyla sorumluluk altına giren kişiler aksine kanun veya sözleşmede düzenleme olmadığı sürece borcun tamamından değil sadece kendi paylarına düşen kısımdan sorumlu olur. Bir başka ifadeyle adi işler açısından kısmi sorumluluk karinesi geçerlidir¹⁴. Adi işlerde müteselsil sorumluluğun söz konusu olabilmesi için kanunda bu yönde bir hüküm bulunması veya bu hususun sözleşmeyle kararlaştırılması¹⁵ gerekir (TBK m. 162).

Müteselsil sorumluluk, borçlular arasında kuvvetli bir menfaat bağının bulunduğu durumlarda söz konusu olur. Şüphesiz müteselsil sorumluluğun sözleşmeyle kararlaştırıldığı durumlarda borçlular arasında kuvvetli bir menfaat bağının bulunup bulunmaması önem taşımaz.

382; Can/Kaşak, s. 269. TTK m. 25/2, 168/1/c, 176/1, 178/3, 194/3 216/1, 236/1, 251/1, 285/2 vd. bazı düzenlemelerde müteselsil sorumluluğa özel olarak yer verilmiştir.

¹² Buna karşılık alacaklıların birden fazla olduğu durumlarda alacaklılar arasında bir teselsül karinesine yer verilmemiştir (Ağca Toplandı, s. 382). Alacaklılar açısından da bu yönde bir karineye yer verilmesi gerektiği konusunda bkz. Ağca Toplandı, s. 387.

¹³ İsviçre hukukunda ticari işler açısından teselsül karinesine yer verilmemiştir (Akıntürk, s. 104; Göktürk, Hüseyin Avni. “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.3, 1950., s. 330; Ayan, Serkan. *Kefalet Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 61 dn 207; Midyat, s. 683). Dolayısıyla İsviçre hukukunda teselsülün söz konusu olabilmesi için kanunda bu yönde bir düzenleme yer verilmesi veya tarafların bu yönde bir iradelerinin bulunması gerekir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında bir evin birlikte kiralanması, açık artırmada birlikte pey sürülmesi vb. durumlarda borçlular arasında açık bir teselsül iradesi bulunmamasına rağmen zımnen teselsül iradesinin bulunduğu karar vermiştir (BGE 15 290; BGE 47 III 215). Söz konusu kararlar için bkz. Akıntürk, s. 111. Fransız hukukunda teselsülün karine olarak kabul edilemeyeceği kanunda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen mahkemeler ticari işlerde teselsülü kabul etmektedir (Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku, I-Giriş-Ticari İşletme*, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1968, s. 543 dn 16; Tekinay, s. 511-512; Midyat, s. 683 dn 2). Aynı durumun Belçika hukukunda da söz konusu olduğu hususunda bkz. Karayalçın, s. 543 dn 16.

İtalyan Medeni Kanunu'nda ise tamamen farklı bir sorumluluk sistemi getirilerek adi veya ticari iş ayrımı yapılmaksızın kanun veya sözleşmeyle aksi belirtilmediği sürece birlikte borç altına giren kişilerin müşterek ve müteselsil sorumlu olduğu karinesi kabul edilmiştir (m. 924). Bu sebeple İtalyan hukukunda teselsül karinesine ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek duyulmamıştır (Tekinay, s.512). Buna karşılık Alman hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi kural olarak kısmi sorumluluk esas kabul edilmiştir. Ancak söz konusu ilkeye kanunla oldukça kapsamlı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan birisi de sözleşmeyle bölünebilir bir edimin birlikte taahhüt edilmesi durumunda aksi anlaşılmadığı sürece müteselsil sorumluluğun geçerli olacağına ilişkin Alman Medeni Kanunu m. 427'deki düzenlemedir (Tekinay, s. 512; Akıntürk, s. 99; Midyat, s. 683 dn 2; Özdoğan, s. 52; Şahin, s. 28). Dolayısıyla Alman hukukunda müteselsil sorumluluğun uygulama alanının sadece ticari işlerle sınırlandırılmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple Alman hukukunda da İtalyan hukukunda olduğu gibi ticari işlere ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anglo-Amerikan hukukunda birlikte borç altına giren kişiler arasında teselsül karinesinin kabul edilmediği, söz konusu kişiler arasında iştirak halinde borç olarak tanımlanabilecek bir hukuki ilişkinin söz konusu olduğu ve alacaklının birlikte borç altına giren kişilerin tamamına karşı dava açması gerektiği hususunda bkz. Tekinay, s. 514.

¹⁴ Akıntürk, s. 98, 121; Kılıçoğlu, s. 947, 948; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 499; Domaniç, Şerh, s. 36; Arkan, s. 76; Özdoğan, s. 51; Şahin, s. 4.

¹⁵ Teselsül iradesi açık veya örtülü bir irade açıklamasıyla ortaya konulabilir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 293; Akıntürk, s. 109; Eren, Genel, s. 1227; Oğuzman/Öz, s. 475, 480; Tunçomağ, s. 577; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 287; Von Tuhr, s. 788; Hatemi/Gökyayla, s. 343; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 502; Midyat, s. 684; Özdoğan, s. 51; Özen, Burak. *Kefalet Sözleşmesi*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 343; Bilgen, Mahmut. *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 323). Bu hususta ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 129 III 476 E.1.4.; BGE 123 III 53 E.5a sayılı kararları (Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 287). Ancak tereddüt halinde teselsülün bulunmadığının kabul edilmesi gerekir (Kılıçoğlu, s. 949; Özdoğan, s. 52; Bilgen, s.289). Ayrıca TBK m. 583/1'e göre kefalet sözleşmelerinde teselsül iradesinin açık bir şekilde ortaya konulması ve söz konusu iradenin kanunda belirtilen şekle uygun olması gerekir.

Adi işlerde birlikte borç altına giren kişiler arasında her zaman kuvvetli bir menfaat bağının bulunduğu söylenemez¹⁶. Bir başka ifadeyle adi işlerde birlikte borç altına girilmesi alacaklıda söz konusu kişiler arasında kuvvetli bir menfaat bağı bulunduğu hususunda bir güven oluşturmayabilir. Bu yüzden adi işler açısından teselsül bir karine olarak kabul edilmemiştir. Ancak adi işlerde de birlikte borç altına giren kişiler arasında kuvvetli bir menfaat bağının bulunduğu durumlar söz konusu olabilir. Adi işlerde müteselsil sorumluluk karine olarak kabul edilmemesine rağmen kanun koyucu borçlular arasında kuvvetli bir menfaat bağının bulunduğu durumlarda teselsülü özel olarak düzenlemiştir¹⁷.

Buna karşılık ticari işlerde borçlular arasında kuvvetli bir menfaat bağının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁸. Bu yüzden teselsül, ticari işlerde karine olarak kabul edilmiştir. Ticari işlerde teselsül karinesinin kabul edilmesi, ticari hayatın olağan akışına uygundur¹⁹. Kanun koyucunun birlikte borç altına girilen durumlarda adi işler ve ticari işler arasında bu şekilde bir farklılık yaratmasının sebebi ticari işlerde alacaklıların korunması gerektiği düşüncesidir²⁰. Ticaret hayatında ihtiyaç duyulan sadelik ve hız da teselsül karinesinin kabul edilmesinde etkili olmuştur²¹.

Ticari işler açısından teselsül karinesinin kabul edilmesi ispat yükü açısından da önem taşımaktadır. Zira teselsül karinesinin uygulama alanı bulunduğu durumlarda bu hususu ileri süren kişinin borçluların sorumluluğunun müteselsil olduğunu ispatlaması gerekmez. Aksine bu durumda ispat yükü müteselsil sorumlu olmadığını ileri süren kişilerin üzerindedir. Buna karşılık teselsül karinesinin uygulanmadığı durumlarda borçluların müteselsil sorumlu olduğunu ileri süren kişinin bu hususu ispatlanması gerekir²².

2- Uygulanma Şartları

Borçlular arasında teselsül karinesinin uygulanabilmesi için öncelikle borçlulardan en az birisi açısından ticari iş niteliğinde bir borcun bulunması gerekir. Ancak borcun ticari iş niteliğinde bulunması teselsül karinesinin uygulanması için tek başına yeterli değildir. Ayrıca birden fazla kişinin birlikte borç altına girmeleri ve kanun veya sözleşmeyle müteselsil sorumluluğun aksinin öngörülmemiş olması gerekir.

¹⁶ Akıntürk, s. 104; Tekinay, s. 509.

¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 295; Tekinay, s. 510; Akıntürk, s. 120; Arkan, s. 76. Nitekim TMK m.379/2, 641/1 ve TBK m. 162/2, 201, 202, 206/2, 382, 511, 567 ve 638'de borçlular arasında kuvvetli bir menfaat bağının bulunduğu kabul edildiğinden müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlere yer verilmiştir (Tekinay, s. 510; Akıntürk, s. 121; Eren, Genel, s. 1228; Arkan, s. 76; Kaya, Arslan (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Ertan, Füsün Nomer). *Ticari İşletme Hukuku*, Kısaltılarak Güncellenmiş 8.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 22).

¹⁸ Tekinay, s. 510, 514; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 295; Akıntürk, s. 104, 142; Ağca Toplandı, s. 382; Midyat, s. 685; Can/Kaşak, s. 269; Kapancı, s. 142.

¹⁹ Akıntürk, s. 104; Tekinay, s. 510; Ağca Toplandı, s. 382; Midyat, s. 698.

²⁰ Teselsül karinesinin ticari işlerde alacaklılara daha fazla teminat sağlanması amacıyla kabul edildiği hususunda bkz. Tekinay, s. 510, 514; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 295; Poroy /Yasaman, s. 104; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 23; Arkan, s. 76; Midyat, s. 697; Kapancı, s.141; Ağca Toplandı, s. 385.

²¹ Tekinay, s. 514; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 23; Midyat, s. 698; Can/Kaşak, s. 269; Yaşar, Sevgi Bozkurt. "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri-Kefilin Sorumluluğu ve Takibi", *Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.14, S. 175-178, s. 458.

²² Akıntürk, s. 102; Oğuzman/Öz, s. 480.

TTK m. 7 çerçevesinde birlikte borç altına giren kişilerin müteselsil sorumluluklarının söz konusu olabilmesi için borcun bir sözleşmeden doğmuş olması gerekir. Borcun kaynağının sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil olduğu durumlarda TTK m. 7’de düzenlenen teselsül karinesinin uygulanması mümkün değildir²³.

a- Borçlulardan En Az Birisi Açısından Ticari Bir İş Niteliğinde Borcun Bulunması

Teselsül karinesi ticari işe bağlanan bir sonuçtur. Bu sebeple söz konusu karinenin uygulanabilmesi için ticari bir işin bulunması gerekir. Aksi halde teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkün değildir.

Ticarî iş, TTK m. 3 ve 19’da düzenlenmiştir. Buna göre Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlarla bir ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticarî iş olarak kabul edilmektedir²⁴. Bir işin Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmesi başka bir şart aranmaksızın o işin ticarî iş olması sonucunu doğurur. Dolayısıyla bir iş Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmişse taraflar tacir olmasa veya taraflar tacir olmalarına rağmen iş bu kişilerin ticarî işletmelerini ilgilendirmese bile ticarî iş olarak kabul edilir. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmeyen bir hususun ticari iş olarak nitelendirilebilmesi için bu hususun bir ticarî işletmeyi ilgilendirmesi gerekir. Ancak söz konusu durumda işin taraflardan birisinin ticari işletmesini ilgilendirmesi diğer tarafın ise ticari işletmesinin bulunmaması veya ticari işletmesi bulunsa bile işin ticari işletmesini ilgilendirmemesi ihtimali karşımıza çıkabilir. Bu durumda taraflardan birisi için ticari iş diğeri açısından ise adi iş söz konusu olur. Kanun koyucu söz konusu durumda taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması halinde işin kanunda aksine hüküm yoksa diğeri taraf açısından da ticari iş sayılacağını kabul etmiştir (TTK m. 19/2)²⁵.

²³ Kaya (Ülgen/Helvaci/Ertan), s. 23 dn 5. Müteselsil borçluluğun kanun, sözleşme ve tek taraflı hukuki işlemlerden doğabileceği hususunda bkz. Eren, Genel, s. 1283.

²⁴ Bir işin ticari iş olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususu tarafların iradesine bağlı değildir (Bilgişin, Şevket Memedali. *Ticaret Hukuku Prensipleri*, C. I, 2. Baskı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1948, s. 72). Bu sebeple söz ticari iş niteliği taşıyan bir iş, tarafların bu işin ticari iş niteliğinde olmadığına ilişkin iradeleri bulunsa dahi ticari iş olarak kabul edilir. Ancak tarafların ticari işin emredici olmayan sonuçlarının aksini kararlaştırabilmeleri mümkündür. Örneğin taraflar işin ticari iş niteliğine rağmen kısmi sorumluluğu kararlaştırabilir veya faiz oranını genel hükümlerdeki sınırlamalara uygun bir şekilde belirleyebilirler. Buna karşılık tarafların kanunda aksine hüküm yoksa ticari işlere ilişkin zamanaşımı sürelerini değiştirebilmeleri mümkün değildir (TTK m. 6).

²⁵ Her ne kadar madde metninden bu yönde bir anlam çıkartılabilirse de söz konusu düzenlemenin ticari işin tespitiyle ilgili olmadığı hususunda bkz. Kırca, İsmail. “Ticari İş ve Ticari Hükme Dair”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, , C. XXXIV, S.3, 2018, s. 6. Aksi yönde bkz. Göktürk, Kürşat. “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2015, C.XIX, s s. 34 vd. Bazı yazarlar, söz konusu düzenlemenin amacının bir taraf açısından ticari iş niteliğinde olan bir sözleşmenin diğeri taraf açısından da ticari iş sayılması olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşte olan yazarlara göre kanun koyucunun buradaki amacı bir taraf için ticari iş niteliğinde olan sözleşmelere ticari hükümlerin uygulanmasının sağlanmasıdır. Zira işin taraflardan birisi için ticari iş niteliğinde olup diğeri için ticari iş niteliği taşımadığı durumlarda taraflar arasındaki sözleşmeye adi hükümlerin mi yoksa ticari hükümlerin mi uygulanacağı konusunda bir tereddüt yaşanabilir. Bu tereddüdü ortadan kaldırılıp, söz konusu durumlarda ticari hükümlerin uygulanmasını sağlamak amacıyla TTK m. 19/2’deki düzenlemeye yer verilmiştir. Bu görüşte olan yazarlara göre taraflar arasındaki sözleşmeye ticari hükümlerin uygulanması söz konusu işi, sözleşme kendisi açısından adi iş niteliğinde olan diğeri taraf açısından ticari iş haline getirmemektedir (Bilgişin, s. 100, 101; Hirsch, Ernst E.. *Ticaret Hukuku Dersleri*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1948, s. 101; Kırca, s. 7, 8). Aksi yönde bkz. Arslanli, Halil. *Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 23; Arkan, s. 75; Göktürk, s. 34 vd.). 865 sayılı TTK m. 23 ve 1897 Tarihli Alman Ticaret Kanunu §345’te işin diğeri taraf açısından da ticari iş sayılmasından değil ticari hükümlerin uygulanmasından söz edildiği hususunda bkz. Kırca, s. 7.

Teselsül karinesinin uygulanabilmesi için iki veya daha fazla kişinin aralarından en az birisi için ticari iş niteliğinde olan bir iş dolayısıyla alacaklıya karşı borç altına girmeleri gerekir. Birlikte sorumluluk altına giren kişilerin müteselsil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için işin, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi, borçlulardan birisinin ticarî işletmesini ilgilendirmesi veya işin alacaklının ticari işletmesini ilgilendirmesinden dolayı TTK m. 19/2 çerçevesinde borçlular açısından da ticarî iş sayılması arasında farklılık yoktur. Söz konusu durumların tamamında aksi kanun veya sözleşmede belirtilmediği sürece teselsül karinesi uygulanabilir.

Bu sebeple Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiğinden ticari iş niteliğinde olan cari hesap sözleşmesi, acentelik sözleşmesi, taşıma sözleşmesi çerçevesinde birlikte borç altına giren kişiler tacir olup olmadıklarına, söz konusu sözleşmelerin ticari işletmelerini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın aksi kanun veya sözleşmede belirtilmediği sürece alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olurlar.

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyen bir işin söz konusu olduğu durumlarda ise işin borçluların ticari işletmesini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılması gerekir. Ancak işin borçluların tamamının ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekmez. İşin borçlulardan sadece birisinin ticari işletmesini ilgilendirmesi teselsül karinesinin uygulanabilmesi açısından yeterlidir.

Buna karşılık işin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmediği ve borçlulardan hiçbirisinin ticari işletmesini ilgilendirmediği durumlarda ise alacaklının ticari işletmesini ilgilendiren bir işin bulunup bulunmadığına ve taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığına bakılması gerekir. Zira alacaklı ve borçlular arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması halinde iş borçluların ticari işletmesini ilgilendirmese bile alacaklının ticari işletmesini ilgilendiriyorsa TTK m. 19/2 çerçevesinde kanunda aksine hüküm yoksa borçlular açısından da ticari iş söz konusu olur. Söz konusu ihtimalde de borçlular açısından teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür²⁶. Ancak TTK m. 3 ve 19'daki düzenlemeler çerçevesinde yapılacak olan

²⁶ Alacaklı açısından ticari iş niteliği taşıyan bir sözleşmenin borçlu açısından da ticari iş niteliği taşıyabilmesi için bu hususun aksinin kanunda öngörülmemiş olması gerekmektedir (TTK m. 19/2). *Ülgen ve Bozer/Göle*'ye göre TTK m. 7'de aksi yönde bir hükme yer verildiğinden teselsül karinesinin uygulanması açısından TTK m. 19/2'nin uygulanabilmesi mümkün değildir. Yazarlara göre TTK m. 7 çerçevesinde müteselsil sorumluluğun söz konusu olması için işin borçlulardan en az birisi açısından ticari iş niteliğinde bulunması gerektiğinden işin borçlular açısından ticari iş niteliğinde olmadığı durumlarda alacaklı açısından bir ticari iş bulunsa bile teselsül karinesinin uygulanması mümkün değildir (Ülgen (Helvacı/Kaya/Ertan) s. 21; Bozer, Ali/Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018, s. 367). Alacaklılar açısından ticari bir iş söz konusu olmasına rağmen borçlular açısından ticari işin bulunmadığı durumlarda teselsül karinesinin uygulanamayacağı konusunda ayrıca bkz. Baştuğ, İrfan/Erdem, Ercüment. *Ticari İşletme Hukuku*, DEÜHF Yayınları, Ankara, 1993, s. 66. Buna karşılık doktrinde baskın olan diğer bir görüşe göre TTK m. 19/2'deki düzenleme çerçevesinde ticari işin alacaklılardan borçlulara yayıldığı durumlarda da teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür (Domaniç, Esaslar, s. 21, 22; Domaniç, Şerh, s. 37; Tekil, Fahiman. *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı, Tekil Yayıncılık, İstanbul, 1997, s.52; Arkan, s. 77; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan) s. 23; Şener, Oruç Hami. "Ticari İşletme Hukuku", Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 69; Altop, Atilla. "Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Türk Borçlar Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan ve Birbirleri ile Çeliştikleri Düşünülen Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S.2, 2017, s. 56, 57; Can/Kaşak, s. 269; Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 180; Midyat, s. 686; Yaşar, s. 461).

değerlendirmeye göre işin borçlulardan hiçbirisi açısından ticari iş niteliği taşımadığı sonucuna ulaşılması halinde teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkün değildir.

Teselsül karinesinin uygulanabilmesi için işin borçlulardan en az birisi açısından ticari iş niteliğinde olması yeterlidir. Bunun dışında borçluların ve/veya alacaklının tacir sıfatını taşıyıp taşıyamamaları herhangi bir önem taşımaz²⁷. Bir başka ifadeyle ticari bir iş söz konusuysa alacaklı ve borçlulardan hiçbirisi tacir olmamasına rağmen teselsül karinesi uygulanabilir. Örneğin cari hesap sözleşmesiyle birlikte borç altına giren iki esnaf, alacaklı tacir olmasa bile aksi kanun veya sözleşmeyle kararlaştırılmadığı sürece müteselsil olarak sorumlu olur.

b- Birlikte Borç Altına Girilmesi

Teselsül karinesinin uygulanabilmesi için borç ilişkisinin borçlu tarafında birden fazla kişinin bulunması gerekir. Borç ilişkisinin borçlu tarafında tek kişinin bulunduğu durumlarda söz konusu kişi alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olur. Borçlu tarafında tek kişinin bulunduğu durumlarda teselsül karinesi ancak bu borca kefil olunması halinde söz konusu olabilir. Bu durumda teselsül karinesi, borçlu ile kefil veya kefillerin kendi aralarında uygulanabilir²⁸. Ancak söz konusu durum borçlunun hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmez. Borçlu bir kefalet sözleşmesi bulursa da bulunmasa da alacaklılara karşı zaten borcun tamamından sorumlu olacaktır. Hatta söz konusu sonucun ortaya çıkması için işin ticari nitelik taşıması da gerekli değildir.

Birlikte borçlulukta teselsül karinesi sadece alacaklı ve borçlular arasında söz konusu olur. Buna karşılık borçluların alacaklıya ödeme yaptıktan sonra kendi aralarındaki ilişkide (rücu ilişkisinde) teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkün değildir²⁹.

Birden fazla borçlunun birlikte borç altına girmeleri aynı işlemle (müşterek bir akitle) veya sonradan borca katılma şeklinde gerçekleşebilir³⁰. Borca katılma, borca taraf olarak katılma veya edimden birlikte sorumlu olma şeklinde ikiye ayrılır. Bir borca sonradan taraf olabilmek için borçlunun ve alacaklının muvafakati gerekir. Buna karşılık edimden birlikte sorumlu olabilmek için borçlunun muvafakati gerekmez³¹.

²⁷ Buna karşılık *Eriş*, birden fazla tacirin başkasına borçlanması halinde borçlulardan her birinin borcun tamamından sorumlu olacağını ileri sürmektedir. Yazara göre teselsül karinesinin uygulanabilmesi için alacaklı veya borçlunun tacir olması yeterlidir (Eriş, Gönen. “Ticari İşletme ve Şirketler”, C.I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 571). Aynı yönde Ağca Toplandı, s. 384.

Ancak teselsül karinesi tacir olmanın bir sonucu olmayıp, ticari bir işin sonuçlarından birisidir. Bu sebeple teselsül karinesinin uygulanabilmesi açısından borçluların veya alacaklıların tacir olup olmadığı değil işin TTK m. 3 ve 19 çerçevesinde ticari iş niteliği taşıyıp taşımadığı önem taşımaktadır. Aynı yönde bkz. Domaniç, Şerh, s. 37.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. I.B.

²⁹ Müteselsil borçluluğun sadece alacaklı ve borçlular arasında (dış ilişkide) söz konusu olacağı, borçluların kendi aralarında uygulanamayacağı yönünde bkz. Eren, Genel, s. 1225; Oğuzman/Öz, s. 500. Aksinin kararlaştırılmadığı ve işin niteliğinden de aksinin anlaşılmadığı durumlarda alacaklıya yapılan ödemeden dolayı borçlulardan her biri diğerlerine karşı eşit paylarla sorumludur (Eren, Genel, s. 1234; Tunçomağ, s. 587; Oğuzman/Öz, s. 500).

³⁰ Akıntürk, s. 113; Oğuzman/Öz, s. 481; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 285; Von Tuhr, s. 790; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 502.

³¹ Akıntürk, s. 115; Tunçomağ, s. 578.

TTK m. 7’de düzenlenen teselsül karinesinin uygulanabilmesi için borçluların aynı anda ve aynı işlemle borç altına girmelerinin gerekli olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre teselsül karinesinin uygulanabilmesi için borçluların aynı anda ve aynı işlemle borç altına girmeleri gerekir³². Bu görüşü savunan yazarlardan *Tekinay*, adi işlerde müteselsil sorumluluğun açıkça ortaya konulması gereken bir iradeye bağlı olmasından dolayı borçlu ve/veya kefillerin aynı anda ve aynı işlemle sorumluluk altına girmelerinin gerekli olmadığını ancak teselsül karinesinin uygulanacağı durumlarda müteselsil sorumlu olma konusunda bir irade bulunmadığından farklı tarihlerde ve farklı işlemlerle sorumluluk altına giren kişileri müşterek borçlu sıfatıyla sorumlu tutmanın doğru olmayacağını ileri sürmektedir. Yazara göre sonradan birlikte borç altına giren kişilerin borcun ticari vasfı konusunda bilgi sahibi olamamaları da mümkündür³³. Ayrıca *Tekinay*’a göre başlangıçta yeterli teminatı aramayan alacaklının sonradan teselsül karinesiyle korunmaya hakkı bulunmamaktadır³⁴.

Aksi yöndeki diğer bir görüşe göre ise teselsül karinesinin uygulanabilmesi için borçluların aynı anda ve aynı işlemle borç altına girmeleri gerekli değildir³⁵. Bu görüşü savunan yazarlardan *Midyat*’a göre 6098 sayılı TBK m. 202’de sonradan borca katılan kişinin sorumluluğunun müteselsil olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesinden sonra artık teselsül karinesinin uygulanabilmesi için aynı anda ve aynı işlemle borç altına girilmesi şartının aranması doğru değildir. Ayrıca yazara göre TTK m. 7’nin lafzında da aynı anda ve aynı işlemle borç altına girilmesi şeklinde bir şarta yer verilmemiştir³⁶.

Kanaatimizce birlikte borç altına girme iradesinin açıkça anlaşıldığı durumlarda söz konusu iradenin aynı anda ve aynı işlemle veya farklı tarihte ve farklı işlemlerle ortaya konulması teselsül karinesinin uygulanması açısından herhangi bir farklılık yaratmaz. Zira müteselsil borçluluk iradesi sözleşmenin kuruluşunda yani aynı anda ve aynı işlemle ortaya konulabileceği gibi sonradan borca katılma şeklinde yani farklı zamanda ve farklı işlemle de ortaya konulabilir³⁷. TTK m.7’de de borçluların aynı anda ve aynı işlemle borç altına girmelerinin gerektiği konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca TTK m. 7 çerçevesinde borç altına giren kişilerin müteselsil olarak sorumlu tutulabilmeleri için öncelikli olarak “birlikte” borç altına girilmesi gerekir. Birlikte borç altına girme iradesinin sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde farklı tarihlerde ve farklı işlemlerle ortaya konulabilmesi mümkündür³⁸. Zaten TBK m. 201’de de borca

³² *Tekinay*, s. 515 vd.; *Arkan*, s. 76 dn 1; *Kaya* (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 24; *Ağca Toplandı*, s. 387, 388; *Kapancı*, s. 139, 157. TBK m. 201 ve TTK m. 724/1’deki düzenlemelerin söz konusu durumun istisnası olduğu konusunda bkz. *Kaya* (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 24. Ancak *Arkan*, 6098 sayılı TBK m. 201’de borca sonradan katılan kişilerin de borçluya birlikte müteselsil olarak sorumlu olacaklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi sebebiyle artık aynı anda borç altına girme hususunun bir öneminin kalmadığı görüşündedir (*Arkan*, s. 76 dn. 1).

³³ *Tekinay*, s. 515 vd.

³⁴ *Tekinay*, s. 516.

³⁵ *Midyat*, s. 687.

³⁶ *Midyat*, s. 687. *Arkan* da “müştereken borç altına girme” ifadesinin aynı anda ve aynı işlemle borç altına girme şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmesine rağmen TBK m. 201’de borca sonradan katılan kişinin de müteselsil bir şekilde sorumlu olacağına ilişkin düzenlenmesinden sonra söz konusu hususun önemini kaybettiğini ifade etmektedir (*Arkan*, s. 76 dn 1).

³⁷ Teselsül iradesinin aynı anda ve aynı işlemle ortaya konulabileceği gibi farklı zamanlarda da ortaya konulabileceği hususunda bkz. *Akıntürk*, s. 114; *Tekinay*, s. 515; *Tunçomağ*, s. 578; *Eren, Genel*, s. 1228; *Hatemi/Gökyayla*, s. 343; *Özdoğan*, s. 68; *Şahin*, s. 15; *Oğuzman/Öz*, s. 481.

³⁸ Farklı zamanlarda ve farklı işlemlerle borç altına girilen durumlarda borçlular arasında birlikte borç altına girme amacının bulunması halinde teselsül karinesinin uygulanabileceği hususunda bkz. *Hirsch*, s. 645-646.

katılma başlığı altında adi iş-ticari iş ayrımı yapılmaksızın söz konusu hususa açıkça yer verilmiştir.

Birlikte borç altına girilmesinin aynı anda ve aynı işlemle yapılması gerektiğini savunan yazarlara göre söz konusu şartın aranması halinde birlikte borç altına giren kişilerin işin ticari niteliği konusunda bilgi sahibi olabilmeleri mümkündür³⁹. Ancak ticari işler açısından teselsül karinesinin uygulanabilmesi tarafların işin ticari vasfı konusunda bilgi sahibi olmalarına bağlıdır. Borçlular işin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiğinden, ticari işletmelerini ilgilendirdiğinden veya işin kendileri için ticari iş niteliği taşımasına rağmen alacaklının ticari işletmesini ilgilendirdiğinden habersiz olabilirler. Ticari işin sonuçları, tarafların bu konuda bilgi sahibi olup olmamalarından bağımsız olarak uygulanır. Ticari işin taraflarının işin ticari niteliği konusunda bilgi sahibi olmadıklarını ileri sürerek ticari işe bağlanan sonuçların uygulanmasını engelleyebilmeleri mümkün değildir. Bunun dışında farklı zamanlarda birlikte borç altına giren kişilerin işin ticari niteliğinin bulunup bulunmadığı hususunu araştırabilmeleri de mümkündür. Zira söz konusu kişilerin durumu başlangıçta borç altına giren veya kefil olan kişilerden farklıdır. Örneğin bankadan kredi çeken bir kişinin borcuna sonradan katılan veya bu borca sonradan kefil olan kişilerin işin ticari niteliğinin tespiti konusunda asıl borcun doğumundaki duruma nazaran dezavantajlı bir durumu bulunmamaktadır. Ayrıca borçlular ve kefillerin işin ticari niteliği konusunda bilgi sahibi olmaları ve teselsülün sonuçlarını öngörmeleri şartının aranması söz konusu düzenlemeyi karine olmaktan çıkartıp neredeyse borçlu ve kefillerin kendi iradeleriyle kabul edilmesi gereken bir hale getirir.

Bunun dışında alacaklının başlangıçta yeterli teminatı aramaması sebebiyle sonradan teselsül karinesiyle korunmaya hakkı olmadığı yönündeki görüş⁴⁰ de 6098 sayılı TBK m. 201'de borca katılan kişilerin alacaklıya karşı borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olduklarının düzenlenmesiyle birlikte geçerliliğini yitirmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre borca katılan kişi işin ticari iş niteliği taşıyıp taşımadığı araştırılmaksızın borçluyla birlikte alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumludur. Bu düzenlemede ayrıca borca katılan kişinin borçluyla birlikte alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olacağı düzenlenerek farklı zamanlarda ve farklı işlemlerle birlikte borç altına girme iradesinin ortaya konulması halinde de müteselsil sorumluluğun ortaya çıkabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Adi işler açısından geçerli olan söz konusu sonuca TTK m. 7 çerçevesinde ticari işler açısından da ulaşılmamasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁴¹. Bir başka ifadeyle birlikte borç altına girilmesi durumuna ilişkin olarak adi işlerde aranmayan aynı anda ve aynı işlemle borç altına girilmesi şartının ticari işler açısından aranması isabetli değildir. Söz konusu şarta TTK m.7'de de yer verilmemiştir. Ayrıca bu şartın aranması ticari işlerde alacaklıların korunması için getirilen TTK m. 7'deki karinenin amacına da ters düşecektir.

³⁹ Tekinay, s. 515 vd.

⁴⁰ Tekinay, s. 516.

⁴¹ Ayrıca kanunda belirtilen bazı durumlarda birlikte borç altına girme iradesi bulunmasa bile borç altına giren kişilerin müteselsil olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. Örneğin TTK m. 724'e göre kambiyo senetlerinde düzenleyen, ciranta ve avalistlerin aynı zamanda borç altına girip girmedikleri araştırılmaksızın müteselsil olarak sorumlu olacakları kabul edilmiştir.

Farklı zamanda ve farklı işlemlerle birlikte borç altına girilen durumlarda işin borç ilişkisinin tarafları açısından ticari iş niteliği taşımamasına rağmen sonradan borca katılan kişi açısından ticari iş niteliği taşıması durumunun ayrıca üzerinde durulması gerekir. Zira TTK m. 7/1'e göre teselsül karinesinin uygulanabilmesi için borçlulardan en az birisi için ticari niteliğe sahip bir işin bulunması yeterlidir. Dolayısıyla borçlu ile alacaklı arasında ticari bir işin bulunmadığı durumlarda işin borca katılan kişi açısından ticari iş niteliği taşıması teselsül karinesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bazı sorunlara yol açabilir. Bu yüzden söz konusu sorunun aynı işlem ve aynı anda borç altına giren kişilerle, borca (sonradan) katılan kişiler açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Aynı anda ve aynı işlemle birlikte borç altına girilmesi halinde işin borçluların tamamı açısından ticari iş niteliği taşımaması teselsül karinesinin uygulanması açısından bir sorun doğurmaz. Bu durumda borçlulardan birisi için ticari bir iş söz konusuysa veya alacaklı için ticari iş niteliğinde bir sözleşme varsa teselsül karinesi uygulanabilir. Ancak farklı tarihte ve farklı bir işlemle borca katılan kişiler varsa teselsül karinesinin uygulanması bazı sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Mevcut borçlular ve alacaklı açısından ticari bir işin söz konusu olmadığı durumlarda borca sonradan katılan kişi açısından ticari bir iş varsa önceki borçluların ve kefillerin de müteselsil olarak sorumlu tutulmalarına sebep olabilir. Kanaatimizce söz konusu durum mevcut borçlular ve kefiller açısından öngörülebilir bir durum değildir. Böyle bir sonuç kişilerin hukuki güvenliği ile de bağdaşmaz. Bunun dışında söz konusu durum başlangıçta adi olan sorumluluğun sonradan müteselsil hale getirilmesi şeklindeki kötüye kullanımlara da sebep olabilir. Bu yüzden kanaatimizce başlangıçta borçlulardan birisi açısından ticari bir işin bulunduğu durumlarla sonradan borca katılan kişi açısından ticari bir işin bulunduğu durumların birbirinden ayrılması gerekir. İlk durumda başlangıçta bir ticari iş vardır. Söz konusu işin ticari iş niteliğinin taraflarca veya sonradan borca katılan kişi açısından bilinip bilinmesi bu konuda bir önem taşımaz. Ayrıca bu durumda taraflar ve borca sonradan katılan kişilerin işin ticari iş niteliğinde olup olmadığını araştırabilmelerinde de hiçbir engel bulunmamaktadır.

İşin sadece borca katılan kişi açısından ticari iş niteliği taşıdığı durumlarda ise asıl borçlu/borçlular ile alacaklı açısından ticari bir iş söz konusu değildir. İşin ticari iş niteliği sonradan borca katılan kişiyle birlikte ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla söz konusu durumda başlangıçta adi olarak sorumlu olan asıl borçluları (ve kefilleri) sonradan borca katılan kişi açısından işin ticari nitelik taşıması sebebiyle müteselsil olarak sorumlu kabul etmek isabetli olmaz. Zira bu durumda borçluların bu durumu öngörebilmeleri mümkün değildir. Bu sebeple kanun veya sözleşmede aksine hüküm yoksa söz konusu durumda borca sonradan katılan kişi açısından ticari bir iş bulunsu bile önceki borçluları kısmi (adi) olarak sorumlu tutmak, kefilleri de adi kefil olarak kabul etmek gerekir.

Söz konusu tartışma borca farklı zamanda ve farklı işlemle katılan kişinin sorumluluğu açısından bir önem taşımamaktadır. Zira borca sonradan katılan kişi zaten TBK m. 201'e göre müteselsil olarak sorumludur. Dolayısıyla teselsül karinesinin uygulanıp uygulanmaması söz konusu kişinin sorumluluğu konusunda bir değişiklik meydana getirmemektedir. Aynı şekilde borca sonradan katılan kişinin dışında tek bir borçlunun bulunduğu durumlarda da zaten borçlu alacaklıya karşı edimin tamamından dolayı sorumlu olduğundan teselsül karinesinin uygulanıp

uygulanmaması borçlunun sorumluluğu konusunda herhangi bir değişiklik meydana getirmeyecektir.

c- Sözleşme veya Kanunda Aksinin Öngörülmemesi

Teselsül karinesine ilişkin TTK m. 7'deki düzenleme tamamlayıcı ticari hüküm niteliğindedir. Bu sebeple söz konusu karine ancak bu konuda kanunda aksine emredici bir düzenlemenin bulunmadığı ve taraflar arasındaki sözleşmede aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda uygulanabilir.

Teselsül karinesinin uygulama alanı tespit edilirken öncelikle kanunda teselsül karinesinin aksine bir düzenlemenin yapılıp yapılmadığına bakılması gerekir. Örneğin TTK m. 1466/2'ye göre bir menfaatin birden çok sigortacı tarafından aynı zamanda, aynı süreler için aynı rizikoya karşı sigorta edilmesi durumunda sigortacıların müteselsil olarak sorumlu tutulabilmeleri için sözleşmeyle bu hususun özel olarak kararlaştırılması gerekir. Oysa sigorta sözleşmeleri Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmelerinden dolayı tarafların tacir sıfatına sahip olup olmamaları ve sözleşmenin tarafların ticari işletmelerini ilgilendirip ilgilendirmemesinden bağımsız olarak ticari iş niteliğindedir. Ancak kanun koyucu müşterek sigorta söz konusu olduğunda TTK m. 7'deki teselsül karinesinden farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. Dolayısıyla TTK m. 1466/2 çerçevesinde müteselsil sorumluluğun söz konusu olabilmesi için taraflarca bu hususun aksinin kararlaştırılmamış olması yeterli değildir. Aksine söz konusu sigortada müteselsil sorumluluktan söz edilebilmesi için bu hususun açıkça kararlaştırılması gerekir. Aksi halde sigortacılar her biri sigorta bedelinin toplamına göre sigorta ettiği bedel oranında sorumludur (TTK m. 1466/1). Bir başka ifadeyle müşterek sigorta halinde aslında bir ticari iş söz konusu olmasına rağmen kısmi sorumluluk karine olarak kabul edilmiştir. Sigortacıların müteselsil sorumluluğu ancak sözleşmede bu hususun kararlaştırılmış olması halinde söz konusu olabilir. Ancak taraflarca müteselsil sorumluluğun kararlaştırılması halinde de sigortacılar her biri zararın tamamından değil kendi sigorta ettikleri bedele kadar sorumlu olur (TTK m. 1466/2). Dolayısıyla söz konusu durumda farklı bir müteselsil sorumluluk karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmeyle farklı bir müteselsil sorumluluk yöntemi belirlenmesi (örneğin sigortacıların meydana gelen zararın tamamından sigorta bedeliyle sınırlı olmaksızın müteselsilen sorumlu olacakları hususunu kararlaştırmaları) mümkün değildir (TTK m. 1486/2).

Kanunda teselsül karinesinin uygulanmasını engelleyen bir düzenlemenin bulunmaması durumunda ise sözleşmeyle müteselsil sorumluluğun aksinin kararlaştırıp kararlaştırılmadığına bakılması gerekir. Zira TTK m. 7'deki müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenleme bu konuda bir adi karine getirmektedir. Bu sebeple taraflar sözleşmeyle müteselsil sorumluluğun aksini kararlaştırabilirler. Ancak teselsül karinesinin aksinin borçluların kendi aralarında değil borçlu ve alacaklı arasında kararlaştırılması gerekir. Zira borçluların kendi aralarında bu hususta yapacakları sözleşmeler sadece iç ilişkide hüküm ve sonuç doğurur⁴². Söz konusu hususun alacaklılara karşı ileri sürülebilmesi için alacaklılar ve borçlular arasında kararlaştırılması gerekir⁴³.

⁴² YHGK, E. 2019(19)11-254, K. 2022/584, T. 18.05.2022 (Legalbank, E.T. 31.03.2023).

⁴³ Akıntürk, s. 107; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 24; Ağca Toplandı, s. 388.

Kanun veya sözleşmeyle teselsül karinesinin aksinin düzenlenmesi ispat yükü açısından da önem taşır. Zira teselsül karinesinin uygulandığı durumlarda müteselsil sorumluluğun aksinin bu hususu (adi sorumluluğun bulunduğunu) ileri süren kişiler tarafından ispatlanması gerekir. Buna karşılık kanun veya sözleşmeyle aksinin öngörüldüğü durumlarda sorumluluğun müteselsil olduğunu ileri süren kişinin bu hususu ispatlaması gerekir.

B- Ticari Bir Borca Kefalet Halinde Teselsül Karinesinin Uygulanması

1- Genel Olarak

Birlikte borçlulukta olduğu gibi bir borca kefil olunması halinde de kefilin peşinen müteselsil sorumlu olarak kabul edilmesi doğru değildir⁴⁴. Kefaletin adi mi yoksa müteselsil mi olduğu hususunda bir değerlendirme yapılırken öncelikle kanunun emredici hükümlerine, emredici hükümlerin bulunmaması halinde sözleşmeye, sözleşmede de bu konuda hüküm bulunmaması halinde ise kanun koyucu tarafından bu konuda hangi tür kefaletin karine olarak kabul edildiğine bakılması gerekir. Kanun koyucu bu konudaki tercihini tıpkı birlikte borçlulukta olduğu gibi korunmak istenen menfaate göre belirlemiştir. Bu çerçevede kanun koyucu kefilin menfaatlerinin korunması gereken durumlarda adi kefaleti, alacaklıların menfaatinin korunması gereken durumlarda ise müteselsil kefaleti karine olarak kabul etmiştir⁴⁵.

Ticari işlerde alacaklılara daha fazla teminat sağlanması gerektiğinden birlikte borçlulukta olduğu gibi bir borca kefil olunması halinde de borçlu ile kefil ve kefillerin kendi aralarında teselsül karinesi kabul edilmiştir⁴⁶. Söz konusu durum da birlikte borçlulukta olduğu gibi adi işlerden farklıdır. Zira adi işlerde kural olarak adi kefalet hükümleri geçerlidir. Dolayısıyla kefaletin türünün kanun ve sözleşmeyle belirlenmediği durumlarda kefaletin türü konusunda işin borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyıp taşımadığına göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Borçlu açısından ticari bir işin söz konusu olmadığı durumlarda kefil, adi kefalet hükümleri çerçevesinde sorumlu olur. Buna karşılık borçlu açısından ticari bir işin bulunduğu durumlarda ise aksi kanun veya sözleşmede aksi öngörülmemişse borçlu ile kefil ve kefillerin kendi aralarında müteselsil kefalete ilişkin hükümler uygulanır⁴⁷.

Borçlu ile kefil arasında teselsülün bulunup bulunmaması birlikte borçluluktan farklı olarak borcun bir kısmından mı yoksa tamamından mı sorumlu olunacağı konusunda değil

⁴⁴ Eski hukuk sistemlerinde kefaletin ilk şeklinin müteselsil kefalete daha yakın olduğu, adi kefalet türünün daha sonra ortaya çıktığı hususunda bkz. Göktürk, H.A., s. 329

⁴⁵ Akıntürk, s. 83, 84; Can/Kaşak, s. 269; Midyat, s. 697; Ağca Toplandı, s. 384.

⁴⁶ 1926 tarihli 865 sayılı TTK'da (m. 642) teselsül karinesinin borçlu ile kefiller arasında da uygulanacağına ilişkin 6102 sayılı TTK m. 7/2'deki düzenlemeye benzer bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Yargıtay 25.3.1931 tarih ve 26/36 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla borçlu ile kefiller arasında da teselsül karinesinin uygulanacağına karar vermiştir (Tekinay, s. 517; Karayalçın, s. 543 dn 19). İsviçre hukukunda ticari işlerde de adi kefalete ilişkin hükümlerle yetinilmesine rağmen Türk hukukunda teselsül karinesine yer verilmesinin savunulamayacağı hususunda bkz. Göktürk, H.A., s. 330.

⁴⁷ TTK m. 7'de garanti sözleşmesinden söz edilmediğini ancak borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan garanti sözleşmelerinde de borçlular açısından teselsül karinesinin uygulanması gerektiği hususunda bkz. Eriş, s. 571.

borçluya başvurmadan kefile başvurulup başvurulamayacağı konusunda önem taşımaktadır⁴⁸. Zira adi kefalette, kefilin alacaklıya karşı önce borçluya başvurulması gerektiğine ilişkin tartışma def'ini ileri sürebilmesi mümkündür (TBK m. 585/1)⁴⁹. Aynı şekilde adi kefalette kefil, önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini de ileri sürebilir (TBK m. 585/2). Buna karşılık müteselsil kefalette borçluya başvurulmadan ve rehin paraya çevrilmeden kefile başvurulabilir. Bir başka ifadeyle adi kefalette söz konusu olan tartışma def'i ve rehnin paraya çevrilmesi def'inin müteselsil kefalette ileri sürülmesi mümkün değildir⁵⁰ (TBK m. 586).

Kanun koyucunun kefaletin türü konusunda adi ve ticari işler açısından farklı karinelere yer vermesi birlikte borçlulukta olduğu gibi ispat yükü açısından da önem taşımaktadır. Zira adi işlerde geçerli olan adi kefalet karinesi sebebiyle kefaletin müteselsil olduğunu bu hususu ileri süren kişinin ispatlaması gerekir⁵¹. Buna karşılık ticari işlerde teselsül karinesi geçerli olduğundan kefaletin müteselsil olduğu hususunun ispatlanması gerekli değildir. Aksine söz konusu durumda kefaletin adi olduğunu ileri süren kişinin bu hususu ispatlaması gerekir⁵².

2- Uygulanma Şartları

Borçlu ile kefil ve kefillerin kendi aralarında teselsül karinesinin uygulanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Kefiller açısından teselsül karinesinin uygulanabilmesi için her şeyden önce alacaklı ile kefil arasında geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunması gerekir. Bunun dışında birlikte borçlulukta olduğu gibi kefil olunan borcun borçlu (veya borçlulardan en az birisi) açısından ticari iş niteliğinde bulunması ve kanun veya sözleşmede teselsül karinesinin aksinin öngörülmemiş olması gerekir.

⁴⁸ Akıntürk, s. 81.

⁴⁹ Adi kefalette alacaklının sadece TBK m. 585/1'de düzenlenen durumlarda doğrudan doğruya kefile başvurabilmesi mümkündür.

⁵⁰ Buna karşılık müteselsil kefalette kefilin borçluya ait defileri ileri sürebilmesi mümkündür. Hatta kefil açısından söz konusu defilerin ileri sürülmesi bir yükümlülüktür. Ancak birlikte borçlulukta borçluların birbirlerine ilişkin defileri ileri sürebilmeleri mümkün değildir (Akıntürk, s. 85). Ayrıca müteselsil kefaletin söz konusu olması kefaletin ferî niteliğini ortadan kaldırmamaktadır (Yavuz, Cevdet. "Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri", *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 12, S. 1-2, 2004, s. 22, 23; Tekil, s. 53; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 583; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K.Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 724; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 833; Develioğlu, Murat. *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 44; Özen, Kefalet, s. 307, 308). Bu hususta bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 78 II 59 sayılı kararı (Reisoğlu, Seza. "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.19, S. 1-4, 1962, s. 330). Dolayısıyla asıl borcun mevcut olup olmadığı, muaccel hale gelip gelmediği, şarta bağlı olup olmadığı hususları kefalet açısından da önem taşımaktadır (Reisoğlu, Muteberlik, s. 331; Aral/Ayrancı, s. 583). Buna karşılık müteselsil kefaletin talihlik niteliğinin tartışmalı olduğu hususunda bkz. Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 779.

⁵¹ Bu durumda TBK m. 583/1'deki teselsül iradesinin kefilin kendi el yazısıyla yazılmış olması şartının yerine getirilip getirilmediğinin araştırılması gerekir.

⁵² Akıntürk, s. 102. Bu durumda TBK m. 583/1'deki teselsül iradesinin kefilin kendi el yazısıyla yazılması şartından farklı olarak kefaletin adi olduğu hususunun ispatlanması konusunda nitelikli bir şekil şartına yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle söz konusu durumda kefaletin adi olduğu hususunun mutlaka kefilin el yazısıyla yazılması zorunlu değildir.

a- Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması

TTK m. 7’de ticari işlerde kefalet sözleşmesinin geçerliliği hususunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TTK m. 7’deki düzenlemenin kapsamı sadece aksi kanun veya sözleşmeyle kararlaştırılmadığı sürece kefaletin müteselsil kefalet ve müteselsil birlikte kefalet şeklinde kabul edileceğine ilişkindir. Bu sebeple TBK m. 582 vd.’da yer alan kefaletin doğumuna ilişkin şartlar ticari işlere kefalet halinde de aranır⁵³.

Dolayısıyla TTK m. 7’deki teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanabilmesi için hukuken geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunması gerekir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin şartlar TBK m. 581 vd.’da düzenlenmiştir. Buna göre kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, kefalet tarihi ve kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefilin kendi el yazısıyla yazılması⁵⁴ ve eşin izninin gerekli olduğu durumlarda bu iznin alınmış olması gerekir. Söz konusu şartlardan birisinin bulunmaması halinde geçerli bir kefalet sözleşmesinden söz edilemez. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda borçlu açısından bir ticari iş bulunsa bile teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkün değildir⁵⁵. Bir başka ifadeyle teselsül karinesinin geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunup bulunmadığı konusunda bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Dolayısıyla TTK m. 7, kefaletin varlığı hususunda herhangi bir şüphenin bulunmadığı ancak kefaletin türü konusunda (adi veya müteselsil) kanun veya sözleşmede bir düzenlemenin yapılmadığı durumlarda uygulama alanı bulabilir.

b- Kefil Olunan Borcun Borçlu Açısından Ticari İş Niteliğinde Olması

Teselsül karinesinin borçlu ile kefil ve kefillerin kendi aralarında uygulanabilmesi için birlikte borçlulukta olduğu gibi borçlulardan en az birisi açısından ticari bir işin bulunması gerekir. Borcun ticari iş niteliği Türk Ticaret Kanunu’ndan düzenlenmiş olmasından, borçlunun ticari işletmesini ilgilendirmesinden veya borcu doğuran sözleşmenin alacaklının ticari işletmesini ilgilendirmesinden kaynaklanabilir. Dolayısıyla birlikte borçlulukta olduğu gibi burada da borcun borçlunun ticari işletmesine ilişkin olması ile alacaklının ticari işletmesine ilişkin olmasından dolayı TTK m. 19/2 çerçevesinde borçlu açısından da ticari iş niteliği taşıması arasında bir farklılık bulunmamaktadır⁵⁶.

Kefil veya kefiller açısından teselsül karinesinin uygulanabilmesi için borçlu açısından ticari bir işin bulunması yeterli olup ayrıca işin kefil veya kefiller açısından da ticari iş niteliğinde olması gerekmez⁵⁷. Bu sebeple teselsül karinesinin kefil veya kefiller açısından uygulanabilmesi

⁵³ Altop, s. 57.

⁵⁴ Tüzel kişilerin kefil olması durumunda kefilin el yazısıyla yazması gereken yerlerin kimin tarafından doldurulacağı ve tüzel kişilerin birden fazla temsilcisinin bulunması halinde bu konuda başka sorunların da ortaya çıkacağı hususunda bkz. Özen, Kefalet, s. 220, 221; Kapancı, s. 147.

⁵⁵ Altop, s. 57.

⁵⁶ Domaniç, Esaslar, s. 21, 22; Domaniç, Şerh, s. 37; Tekil, s. 52; Arkan, s. 77; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan) s. 23; Şener, Ticari İşletme, s. 69; Altop, s. 56, 57; Can/Kaşak, s. 269; Bozkurt, s. 180; Midyat, s. 686; Yaşar, s. 461. Borçlular açısından ticari işin bulunmadığı durumlarda alacaklı açısından bir ticari iş bulunsa bile teselsül karinesinin uygulanamayacağı hususunda bkz. Ülgen (Helvacı/Kaya/Ertan) s. 21; Bozer/Göle, s. 367.

⁵⁷ Domaniç, Şerh, s. 37; Arkan, s. 78 dn 1; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 24; Eriş, s. 571; Yaşar, s. 461; Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 31; Can/Kaşak, s. 269. “Müteselsil kefalet karinesinin uygulanması için, borcun ayrıca kefil bakımından da ticari

için söz konusu kişilerin tacir olup olması veya bir ticari işletmelerinin bulunup bulunmaması herhangi bir önem taşımaz⁵⁸. Zira önemli olan kefil olunan borcun borçlu açısından ticari iş niteliğinde olup olmadığıdır⁵⁹. Buna karşılık *Ağca Toplandı*'ya göre teselsül karinesinin uygulanabilmesi için alacaklı veya borçlunun tacir olması gerekir. Yazara göre kefiller açısından teselsül karinesinin uygulanabilmesi için söz konusu şartın yerine getirilmesi yeterli olup ayrıca kefilin de tacir olması gerekmez⁶⁰. *Ayan* da TTK'da ticari borçlara kefalet ve tacirlerin kefil olmasına ilişkin özel hükümler bulunduğunu ileri sürmektedir⁶¹. Aynı şekilde *Eren* de ticari işin söz konusu olduğu durumlarda tacirler hakkında teselsül karinesinin uygulanacağı görüşünü savunmaktadır⁶². Ancak TTK m. 7'deki düzenlenen teselsül karinesi tacir olmanın sonuçlarından birisi olmayıp ticari işin bir sonucudur. Dolayısıyla alacaklı veya borçlu açısından bir ticari işin bulunması şartıyla tarafların hiçbirisinin tacir olmadığı durumlarda da teselsül karinesi uygulanabilir. Örneğin iki esnaf arasındaki cari hesap sözleşmesinde taraflardan birinin edimine kefil olunması durumunda taraflar ve kefil tacir sıfatına sahip olmamalarına rağmen (cari hesap sözleşmesinin TTK'da düzenlenmesinden dolayı) ticari bir iş söz konudur. Bu durumda da aksi kanun veya sözleşmede öngörülmediği sürece teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür.

Kefillerin borçlu açısından ticari bir işin bulunduğu hususunda bilgi sahibi olup olmamaları da teselsül karinesinin uygulanabilmesi açısından dikkate alınmaz. Borçlu açısından ticari bir işin bulunduğu durumlarda bu husus kefil veya kefiller açısından bilinmese bile teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür. Buna karşılık kefil olunan borcun ticari iş niteliği taşımadığı durumlarda söz konusu borç, kefil açısından ticari iş niteliği taşısa bile teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Ancak Alman hukukunda Türk hukukundaki düzenlemenin aksine işin borçlular açısından değil kefil açısından ticari iş niteliğinde olup olmadığı dikkate alınmıştır. Alman hukukunda kefil için ticari iş niteliği taşıyan kefalet sözleşmelerinde kefile tartışma defisini ileri sürme imkânı tanınmamıştır (ATK m. 349)⁶³.

olmasına gerek yoktur." (YHGK, E. 2019(19)11-254, K. 2022/584, T. 18.05.2022) (Legalbank, E.T. 31.03.2023). Ancak *Midyat*, söz konusu karinenin uygulama alanının kefil açısından ticari iş niteliği taşıyan kefalet sözleşmeleriyle sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir (Midyat, s. 701).

⁵⁸ Altop, s. 57; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 24; Arkan, s.78 dn 1; Domaniç, Esaslar, s. 21; Can/Kaşak, s. 269. Buna karşılık *Ağca Toplandı* teselsül karinesinin uygulanabilmesi için alacaklı veya borçlunun tacir olması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre kefiller açısından teselsül karinesinin uygulanabilmesi için söz konusu şartın yerine getirilmesi yeterli olup ayrıca kefilin de tacir olması gerekmez (*Ağca Toplandı*, s. 34). *Ayan* da TTK'da ticari borçlara kefalet ve tacirlerin kefil olmasına ilişkin özel hükümler bulunduğunu ileri sürmektedir (*Ayan*, Kefalet, s. 60). Aynı şekilde *Eren* de ticari işin söz konusu olduğu durumlarda tacirler hakkında teselsül karinesinin mevcut olduğunu ileri sürmektedir (*Eren*, Özel, s. 791). Ancak TTK m. 7'deki düzenlenen teselsül karinesi tacir olmanın sonuçlarından birisi olmayıp ticari işin bir sonucudur. Dolayısıyla alacaklı veya borçlu açısından bir ticari işin bulunması şartıyla tarafların hiçbirisinin tacir olmadığı durumlarda da teselsül karinesi uygulanabilir. Örneğin iki esnaf arasındaki cari hesap sözleşmesinde taraflardan birinin edimine kefil olunması durumunda taraflar ve kefil tacir sıfatına sahip olmamalarına rağmen (cari hesap sözleşmesinin TTK'da düzenlenmesinden dolayı) ticari bir iş söz konudur. Bu durumda da aksi kanun veya sözleşmede öngörülmediği sürece teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür.

⁵⁹ Arkan, s. 77; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan) s. 24. Buna karşılık *Doğanay*, teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanabilmesi için işin borçlular veya kefil için ticari mahiyette olması gerektiğini ileri sürmektedir (*Doğanay*, İsmail. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C.1, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 115).

⁶⁰ *Ağca Toplandı*, s. 34.

⁶¹ *Ayan*, Kefalet, s. 60.

⁶² *Eren*, Özel, s. 791.

⁶³ Şener, Ticari İşletme, s. 72 dn 80; *Ayan*, Kefalet, s. 61 dn 207; *Midyat*, s. 701. *Aker*, Türk hukukunda da teselsül karinesinin kefalet sözleşmesinin kefilin ticari işletmesini ilgilendirdiği durumlarda uygulanması gerektiğini ileri

c- Sözleşme ve Kanunda Aksinin Öngörülmemiş Olması

TTK m. 7’deki teselsül karinesine ilişkin düzenleme, birlikte borçlulukta olduğu gibi ticari bir borca kefil olunması durumunda da tamamlayıcı bir ticari hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla söz konusu karinenin borçlu ile kefil ve kefillerin kendi aralarında uygulanabilmesi için kanun veya sözleşmede aksinin öngörülmemiş olması gerekir.

Dolayısıyla söz konusu karinenin kefiller açısından uygulanabilmesi için öncelikle kanunda bu hususun aksinin öngörülüp öngörülmediğine bakılması gerekir⁶⁴. Bu konuda üzerinde durulması gereken ilk düzenleme TKHK m. 4/6’da yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre tüketici lehine verilen şahsi teminatlar her ne ad altında olursa adi kefalet olarak kabul edilir. Söz konusu düzenleme tarafların kefaletin türünü müteselsil kefalet olarak belirlemelerine engel teşkil ettiği gibi kefaletin türünün belirlenmediği durumlarda borçlu açısından ticari bir iş bulursa bile teselsül karinesinin uygulanmasına da engel teşkil etmektedir. Bu sebeple aynı zamanda ticari iş niteliği taşıyan tüketici işlemlerinde⁶⁵ tüketici lehine verilen kefaletlerin teselsül karinesi gerekçe gösterilerek müteselsil kefalet olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin bir tüketicinin elektronik eşya mağazasından bir bilgisayar satın alması ve arkadaşının tüketiciye kefil olması durumunda kefalet sözleşmesinde kefaletin türü düzenlenmemiş olsa bile adi kefalet söz konusu olur. Bu durumda satım sözleşmesi elektronik eşya mağazasının işleteni açısından ticari iş niteliğinde olduğundan TTK m. 19/2 çerçevesinde tüketici açısından da ticari iş söz konusu olur. Ancak tüketici işleminin aynı zamanda ticari iş sayılması söz konusu işe öncelikle tüketicilerin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla söz konusu örnekte TTK m. 7/1’deki teselsül karinesine ilişkin düzenlemenin değil TKHK m. 4/6’daki adi kefaletle ilişkin düzenlemenin uygulanması gerekir. Bu durumda asıl borçluya başvurulmadan, kefilin borcun ifası istenemez. Aynı durum sözleşmede açıkça müteselsil kefaletin kararlaştırıldığı

sürmektedir (Aker, Halit. “Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.25, S.3, 2009, s. 274).

⁶⁴ Buna karşılık 6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu m. 7’de sadece karinenin aksinin sözleşmeyle öngörülmemesi hali düzenlenmiş, karinenin aksinin kanunla öngörülmemesinden söz edilmemiştir. TTK m. 7’nin madde gerekçesinde söz konusu değişikliğin doktrindeki eleştiriler çerçevesinde yapıldığı ifade edilmektedir. Ancak söz konusu düzenlemede ifade edilen “kanun” terimi açık değildir. Eğer söz konusu terimle özel kanunlar kastediliyorsa TTK m. 7’de özel kanunlarda yapılan düzenlemelerin ayrık tutulmasının bir anlamı yoktur (Aynı yönde bkz. Can/Kaşak, s. 274). Buna karşılık söz konusu terim hem genel hem de özel kanunları ifade ediyorsa bu durumda TTK m. 7’deki karinenin uygulanmasının önemli ölçüde sınırlandırılması hatta uygulanma ihtimalin tamamen ortadan kalkması durumu söz konusu olabilir. Zira özellikle kefaletle ilişkin olarak hem genel kanunlarda hem de özel kanunlarda pek çok düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca bazı yazarlar TTK m. 7’deki “kanunla aksinin öngörülmesi” ifadesinden yola çıkarak kefillerin müteselsil sorumluluğuna ilişkin şekli şartları düzenleyen TBK m. 583/1 hükmünün TTK m. 7 açısından da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir (Reisoğlu, Seza. *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992, s. 35; Bilgen, s. 325; Koç, Ömer Cemre. *Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmede Üstlenenin Hukuki Konumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 80; Kapancı, s. 166). Bu sebeple TTK m. 7’de yer alan “kanunla aksinin öngörülebileceğine” ilişkin düzenlemenin ortaya çıkardığı bu belirsizlik sebebiyle isabetli bir değişiklik olmadığı kanaatindeyiz.

⁶⁵ Tüketici işleminin aynı zamanda ticari iş niteliği de taşıyabileceği ve söz konusu işlemlere tüketicileri koruyan özel hükümlerin bulunmaması halinde ticari hükümlerin uygulanması gerektiği hususunda bkz. Çelik, Aytekin. “Ticari İşlerde Faiz Konusundaki Hükümlerin Tüketici İşlemlerinde Uygulanması”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, Temmuz 2021, s. 261; Yağcı, Kürşat. “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK. m. 88 ve TBK. m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler Bakımından Uygulanabilirliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 2, s. 429 dn 26; Ayhan/Çağlar/Özdamar, Ticari İşletme, s. 41.

durumlarda da söz konusu olur. Bu durumda da kefil, sözleşmedeki müteselsil kefaletle ilişkin açık düzenlemeye rağmen adi kefil olarak kabul edilir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir düzenleme ise Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (BKKKK) m. 24/5'te yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre kredi kartlarına ilişkin kefalet sözleşmeleri adi kefalet olarak kabul edilmiştir. Banka kartları ve kredi kartlarına ilişkin bankalarla yapılan sözleşmeler borçlu açısından ticari iş niteliği taşımaları bile bankalar açısından ticari iş niteliği taşıdığından TTK m. 19/2 çerçevesinde diğer taraf (borçlu) açısından da ticari iş niteliğindedir. Ancak kanun koyucu söz konusu durumda teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanmasına izin vermemiştir. TKHK m. 4/6'daki düzenlemede olduğu gibi söz konusu düzenleme hem taraflarca kefaletin türünün kararlaştırılmadığı durumlarda hem de kefaletin türünün müteselsil kefalet olarak kararlaştırıldığı durumlarda uygulanır. Her iki durumda da kefalet, adi kefalet olarak kabul edilir. Ancak BKKKK m. 24/5'te yer alan söz konusu düzenleme tacirlere verilen kurumsal kredi kartları hakkında uygulanmaz (BKKKK m. 43/1). Dolayısıyla tacirlere verilen kurumsal kredi kartlarına ilişkin kefalet sözleşmelerinde aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür.

TKHK m. 4/6 ve BKKKK m. 24/5'teki düzenlemelerde olduğu gibi kanunda aksinin öngörüldüğü diğer durumlarda da borçlu açısından ticari bir iş söz konusu olsa bile teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkün değildir.

Kanunda teselsül karinesinin uygulanmasını engelleyen bir düzenlemenin bulunmaması durumunda sözleşmede müteselsil sorumluluğun aksinin kararlaştırıp kararlaştırılmadığına bakılması gerekir. Zira daha önce de belirtildiği gibi teselsül karinesine ilişkin TTK m. 7'deki düzenleme tamamlayıcı ticari hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla tarafların kefalet sözleşmesinde kefaletin türünü adi kefalet olarak belirleyebilmeleri mümkündür⁶⁶. Ancak bu konuda borçlu ile kefil arasında veya kefillerin kendi aralarında yaptıkları sözleşmeler sadece iç ilişkide sonuç doğuracağından alacaklılara karşı ileri sürülemez. Bu sebeple teselsül karinesinin aksinin mutlaka kefil ve alacaklı arasında kararlaştırılması gerekir⁶⁷.

3- Karinenin Kapsamı

Birlikte borç altına girilmesinden farklı olarak kefiller açısından teselsül karinesinin uygulanabilmesi için birden fazla borçlunun veya kefilin bulunması gerekmez. Ticari bir iş dolayısıyla borç altına giren tek bir kişiye kefil olunması durumunda da kanun veya sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa müteselsil kefalet söz konusu olur. Bunun dışında borçlu açısından ticari iş niteliğindeki bir borca birden fazla kişi tarafından kefil olunması durumunda da kefiller arasında aksi kanun veya sözleşmeden öngörülmediği sürece müteselsil kefalet söz konusu olur.

⁶⁶ Ancak kanun koyucu bazı durumlarda kefaletin türünü emredici bir şekilde müteselsil kefalet olarak kabul etmiştir. Örneğin TKHK m. 4/6'da tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların her ne ad altında olursa olsun müteselsil kefalet olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu durumda kefalet sözleşmesinde kefaletin türü adi kefalet olarak belirlense bile müteselsil kefaletle ilişkin hükümler uygulanır.

⁶⁷ Akıntürk, s. 107; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 24, 25; Ağca Toplandı, s. 388.

a- Borçlu ile Kefil Arasında Teselsül Karinesinin Uygulanması

Ticari bir borca kefalet halinde teselsül karinesinin uygulanabileceği ilk durum borçlu ve kefil arasında karşımıza çıkar. Borçlu açısından ticari bir işin söz konusu olduğu durumlarda aksi kanun veya sözleşmeyle kararlaştırılmadığı sürece kefalet, müteselsil kefalet olarak kabul edilir.

Birlikte borçlulukta söz konusu olan “aynı anda ve aynı işlemle” borç altına girilmesinin gerekli olup olmadığına ilişkin tartışma⁶⁸ bir borca kefil olunması durumunda borçlu ve kefil açısından da karşımıza çıkmaktadır. Teselsül karinesinin borçlu ile kefil arasında uygulanabilmesi için kefaletin asıl borçla aynı anda gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre teselsül karinesinin borçlu ile kefil arasında uygulanabilmesi için kefaletin asıl borçla aynı anda gerçekleşmesi gerekir⁶⁹. Buna karşılık aksi yöndeki diğer görüşe göre kefalet asıl borçla aynı anda gerçekleşmese bile teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür⁷⁰.

Kanaatimizce teselsül karinesinin borçlu ile kefil arasında uygulanabilmesi için kefilin borçlu ile aynı anda ve aynı işlemle sorumluluk altına girmesi gerekli değildir. TTK m. 7’de teselsül karinesinin uygulanabilmesi için kefaletin asıl borçla aynı anda ve aynı işlemle doğması gerektiği hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁷¹.

Ayrıca birlikte borç altına girilen durumlarda işin borçlu ve alacaklı açısından ticari iş niteliği taşımayıp borca sonradan katılan kişi açısından ticari iş niteliği taşıması durumuna ilişkin olarak ortaya çıkabilecek sorunların kefiller açısından ortaya çıkabilmesi mümkün değildir⁷². Söz konusu sorunlar sadece sonradan borca katılma durumunda karşımıza çıkabilir. Zira teselsül karinesinin uygulanabilmesi için borçlulardan birisi açısından işin ticari iş niteliğinde olması gerekir. Bu açıdan kefil veya kefiller açısından ticari bir işin bulunup bulunmaması önem taşımaz. Dolayısıyla borçlularla alacaklı arasında ticari bir işin bulunmadığı durumlarda işin kefil açısından ticari iş niteliği taşıması teselsül karinesini uygulanmasını gerektirmez. Bu sebeple asıl borç ilişkisine sonradan kefil olan kişinin borçlu ve diğer kefillerin sorumluluk durumlarını etkileyebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple asıl borç ilişkisinden farklı bir zamanda yapılan kefalet sözleşmelerinden dolayı da teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür.

b- Kefillerin Kendi Aralarında Teselsül Karinesinin Uygulanması

Bir borç için birden fazla kişinin kefil olması mümkündür. Bu durumda borçlu ile kefil arasındaki ilişkinin dışında kefillerin kendi aralarındaki ilişkinin de değerlendirilmesi gerekir. Bir

⁶⁸ Bu hususta bkz. I.A.2.b.

⁶⁹ Tekinay, s. 515 vd; Kapancı, s. 141.

⁷⁰ Altop, s. 57; Midyat, s.687 dn 21; Can/Kaşak, s. 269.

⁷¹ Aynı yönde bkz. Midyat, s. 687 dn. 21.

⁷² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. I.A.2.b.

borç için birden fazla kişinin kefil olması durumunda “kısmi kefalet”, “bağımsız kefalet” veya “birlikte kefalet” söz konusu olur⁷³.

Kısmi kefalette kefillerden her biri borcun yalnızca bir kısmından sorumlu olmayı üstlenir. Söz konusu durum Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Buna karşılık bağımsız kefalette kefillerden her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olur. Birlikte kefalet ise TBK m. 587’de düzenlenmiştir. Birlikte kefalet, adi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet şeklinde ikiye ayrılır. Adi birlikte kefalette kefillerden her biri kendi payı için adi kefil gibi diğerlerinin payı için ise kefile kefil gibi sorumlu olur. Müteselsil birlikte kefalette ise kefiller borcun tamamından dolayı alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumluluk altına girer⁷⁴. Adi işlerde müteselsil birlikte kefalette de teselsüle ilişkin iradenin sözleşmeden anlaşılması gerekir⁷⁵. Aksi halde adi birlikte kefalet hükümlerinin uygulanması gerekir⁷⁶.

Birlikte borçlulukta olduğu gibi birlikte kefalette de kural kısmi (adi) sorumluluktur. Bu sebeple birlikte kefalette aksi kanun veya sözleşmeyle öngörülmediği sürece adi birlikte kefalet hükümleri uygulanır. Müteselsil birlikte kefaletle ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için kanun veya sözleşmeyle bu hususun kararlaştırılmış olması gerekir.

Ticari işlerde birlikte borçluluk ve ticari bir borca kefalet halinde olduğu gibi ticari bir borca birlikte kefalet halinde de kanun veya sözleşmede aksi öngörülmediği sürece teselsül karinesi uygulanır. TTK m. 7/2’ye göre borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan bir borca birden fazla kişinin kefil olması durumunda hem borçlu ile kefiller arasında hem de kefillerin kendi aralarında müteselsil kefaletle ilişkin hükümler uygulanır. Ancak söz konusu düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi için kanunda veya sözleşmede aksinin öngörülmemiş olması gerekir. Bir başka ifadeyle söz konusu durumda borçlu ile kefil arasında olduğu gibi kefillerin kendi aralarında da teselsül aksi ispat edilebilir bir karine şeklinde düzenlenmiştir.

TTK m. 7/2’deki teselsül karinesinin kefiller arasında uygulanması TBK m. 587/2’de düzenlenen müteselsil birlikte kefaletten farklıdır. Zira TK m. 7/2’deki düzenleme hem kefillerin borçlu ile arasındaki ilişkiyi hem de kendi aralarındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Buna karşılık TBK m. 587/2’de sadece kefillerin kendi aralarındaki ilişki düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK m. 587/2 çerçevesinde kefillerin kendi aralarında teselsül söz konusu olsa bile borçlu ile aralarında adi kefaletle ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilir⁷⁷. Kefillerin borçluya birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulabilmeleri için kanun veya sözleşmede bu hususun öngörülmüş olması

⁷³ Eren, Özel, s. 791 vd.; Özen, Kefalet, s. 330 vd.; Aral/Ayrancı, s. 584 vd.

⁷⁴ Eren, Özel, s. 793; Aydoğdu/Kahveci, s. 835.

⁷⁵ Müteselsil kefalette olduğu gibi müteselsil birlikte kefalette de teselsüle ilişkin iradenin kefillerin kendi el yazılarıyla yazılması gerekir (Reisoğlu, Kefalet, s. 184; Kapancı, s. 147, 148; Özen, Kefalet, s. 343). Kefillerin sadece kendi aralarında müteselsil sorumluluğu kabul ettikleri durumlarda müteselsil sorumlu olma iradesinin kefilin el yazısıyla yazılmasının gerekli olmadığı hususunda bkz. Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 405. Ayrıca hem adi birlikte kefalet hem de müteselsil birlikte kefalette kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin diğer şartların da bulunması gerekir.

⁷⁶ Eren, Özel, s. 790; Özen, Kefalet, s. 339.

⁷⁷ Bu durumda kefiller alacaklıya karşı borçluya birlikte adi olarak, kendi aralarında ise müteselsil olarak sorumlu olurlar. Bir başka ifadeyle söz konusu durumda kefiller alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olmalarına rağmen borçluya başvurup kefile başvurma şartları doğmadan kefillere başvurulamaz.

gerekir⁷⁸. Bu sebeple TBK m. 587/2’de düzenlenen müteselsil birlikte kefalet konusunda ayrıca borçlu ile kefil arasındaki ilişkide kefaletin adi mi yoksa müteselsil mi olduğu hususunun da çözüme kavuşturulması gerekir⁷⁹. Buna karşılık TTK m. 7 çerçevesinde aksi kanunda veya sözleşmede öngörülmediği sürece hem borçlu ile kefil hem de kefillerin kendi aralarında müteselsil sorumluluk (müteselsil kefalet ve müteselsil birlikte kefalet) kabul edilmiştir.

Bunun dışında bir borç için birden fazla kişinin kefil olduğu durumlarda teselsül karinesinin uygulanabilmesi için kefillerin aynı anda ve aynı işlemle sorumluluk altına girmelerinin gerekli olup olmadığı hususu üzerinde de durulması gerekir.

TBK m. 587’de birden fazla kişinin aynı borca birlikte kefil olmaları durumuyla birbirlerinden bağımsız olarak kefil olmaları farklı hukuki sonuçlara bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre aynı borca birlikte kefil olunması durumunda kefillerden her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için ise kefile kefil gibi sorumlu olur (TBK m.587/1). Söz konusu kişilerin birbirlerinden bağımsız bir şekilde kefil olmaları durumunda kefillerin her biri borcundan tamamından dolayı alacaklıya karşı sorumludur (TBK m. 587/4). Dolayısıyla söz konusu düzenlemeye göre kefillerin birbirlerinden bağımsız bir şekilde kefil olmaları durumunda alacaklıya karşı her biri müteselsil olarak sorumlu olur. Ancak TBK m. 587/4’te kefillerin sadece kendi aralarındaki ilişki düzenlendiğinden borçlu ile kefiller arasındaki ilişkide kefaletin adi mi yoksa müteselsil mi olduğu hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

TTK m. 7/2’de TBK m. 587/4’ten farklı olarak kefillerin birlikte kefil olmaları ile birbirlerinden bağımsız bir şekilde kefil olmaları konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Aynı şekilde söz konusu düzenlemede birlikte borçluluktan farklı olarak birlikte kefaletten de söz edilmemiştir. Bu sebeple söz konusu düzenlemenin hem birlikte kefalet halinde hem de kefillerin birbirlerinden bağımsız bir şekilde kefil olmaları halinde⁸⁰ uygulanabilmesi mümkündür⁸¹. Dolayısıyla borçlu veya borçlulardan en az birisi açısından ticari iş niteliğindeki bir borca birden fazla kişi tarafından

⁷⁸ Doktrinde kefillerin hem borçluyla birlikte hem de kendi aralarında müteselsil olarak sorumlu olmaları “gerçek anlamda (tam anlamıyla) müteselsil birlikte kefalet”, sadece kendi aralarında müteselsil sorumlu olmaları ise “gerçek olmayan (eksik anlamda) müteselsil birlikte kefalet” şeklinde adlandırılmaktadır (Yavuz, s. 34; Reisoğlu, Kefalet, s. 175 vd.; Develioğlu, s. 43; Kapancı, s. 147 dn. 81).

⁷⁹ Birlikte kefalette “müteselsil kefil” ifadesinin aksi sözleşmeden anlaşılmadığı sürece müteselsil birlikte kefalet anlamına geleceği konusunda bkz. Tandoğan, Haluk. *Üçüncü Kişinin Fülünü Üstlenmede Üstlenenin Hukuki Konumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 774; Reisoğlu, Kefalet, s. 185; Ayan, Kefalet, s. 385, 386; Gümüş, Borçlar, s. 404; Ayan, Serkan. “Kefalet Sözleşmesi m. 583-588”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. 2, Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 2602; Özen, Kefalet, s. 343, 344.

⁸⁰ Yaşar’a göre bağımsız birlikte kefalette kefillerin birbirlerinden habersiz olmalarından dolayı birlikte hareket etme kıstası gerçekleşmeyeceğinden bu durumda teselsül karinesinin uygulanması mümkün değildir. Yazara göre söz konusu durumda da kefiller TBK m. 587/4 çerçevesinde borcun tamamından dolayı sorumlu olacaklarından alacaklılar açısından olumsuz bir sonuç ortaya çıkmayacaktır (Yaşar, s. 466).

⁸¹ *Kapancı* da TBK m. 583/1’in ticari işlerde uygulanmayacağını kabul edilmesi halinde birbirinden bağımsız bir şekilde kefil olan kişilerin TTK m. 7/2 çerçevesinde müteselsil kefil sayılacakları görüşündedir (Kapancı, s. 140 dn 42). Ancak *Kapancı*, aynı eserin 141. sayfasındaki açıklamalarında doktrine de atıfta bulunarak TTK m. 7/2’nin uygulama alanı bulabilmesi için kefaletin asıl borçla birlikte (aynı işlemle) verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Kapancı, s. 141). Buna karşılık *Reisoğlu*, birlikte kefaletten söz edilebilmesi için kefiller arasında bir anlaşmanın bulunmasının zorunlu olmadığını, sonradan kefil olan kişinin kefillerden en az birinin varlığından haberdar olmasının bu açıdan yeterli olduğunu aksi halde bağımsız kefaletin söz konusu olacağını ileri sürmektedir (Reisoğlu, Kefalet, s. 177). Birlikte kefalette kefaletin aynı zamanda gerçekleşmesinin gerekli olmadığı hususunda ayrıca bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 175, 177.

kefil olunması halinde söz konusu kişiler ister birlikte isterse birbirlerinden bağımsız bir şekilde hareket etsinler alacaklıya karşı hem borçluyla birlikte hem de kendi aralarında müteselsil olarak sorumlu olurlar. Bir başka ifadeyle söz konusu durumda kanun veya sözleşmede aksi öngörülmemişse hem müteselsil kefalet hem de müteselsil birlikte kefalet söz konusu olur.

Ayrıca birden fazla kefilin birbirlerinden bağımsız bir şekilde kefil olmaları durumu TTK m. 7/2'nin kapsamı içerisinde değerlendirilmese bile bu durumda uygulanması gereken TBK m. 587/4'e göre zaten kefiller kendi aralarında müteselsil olarak sorumlu olacaktır. Kefillerin kendi aralarındaki ilişki açısından TTK m. 7/2 ve TBK m. 587/4'te yer alan düzenleme birbirleriyle örtüşmektedir. Her iki düzenleme arasındaki farklılık TBK m. 587/4'te borçlu ile kefiller arasındaki ilişkinin düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu durum borçlular açısından ticari bir işin bulunmadığı durumlarda kefillerin borçluyla birlikte müteselsil olarak sorumlu olup olmayacakları hususunda farklı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Zira bu durumda ticari bir iş söz konusu olmasa bile kefiller kendi aralarında müteselsil bir şekilde sorumlu olmalarına rağmen söz konusu kişilerin alacaklıya karşı borçluyla birlikte müteselsil sorumlu tutulabilmeleri için kanun veya sözleşmeyle bu hususun öngörülmüş olması gerekir. Aksi halde söz konusu kişiler alacaklıya karşı kendi aralarında müteselsil olarak sorumlu olmalarına rağmen borçluyla birlikte adi kefil olarak sorumlu olur. Buna karşılık borçlu açısından ticari bir işin bulunduğu durumlarda kefiller ister birlikte isterse birbirlerinden bağımsız bir şekilde kefil olsunlar TTK m. 7/2 çerçevesinde aksi kanun veya sözleşmede öngörülmediği sürece borçluyla birlikte müteselsil bir şekilde sorumlu olacaklarından alacaklılar açısından olumsuz bir sonuç ortaya çıkmaz. Dolayısıyla söz konusu ihtimalde de kefillerin kendi aralarındaki ilişkiye TTK m. 7/2'nin uygulanıp uygulanmaması alacaklıların konumunda bir değişiklik meydana getirmemektedir⁸².

TBK m. 587/1 ve TBK m. 587/4'teki düzenlemeler sebebiyle TTK m. 7/2'de düzenlenen teselsül karinesi açısından kefillerin birlikte mi yoksa birbirlerinden bağımsız bir şekilde mi kefil oldukları önem taşımamaktadır. Her iki durumda da aksi kanun veya sözleşmeyle öngörülmediği takdirde borçlu ile kefiller arasında müteselsil kefalet, kefillerin kendi aralarında ise müteselsil birlikte kefaletle ilişkin hükümler uygulanır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise TBK m. 587/2'de yer alan birlikte müteselsil kefaletle ilişkin hükümlerin ticari işlerde uygulanıp uygulanmayacağıdır. Kanaatimizce TTK m. 7 çerçevesinde kefillerin kendi aralarında alacaklıya karşı müteselsil sorumlu olmaları halinde TBK m. 587/2'de düzenlenen birlikte müteselsil kefaletle ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

TBK m. 587/2'ye göre müteselsil birlikte kefalet durumunda kefillerden her biri kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsil yükümlü bulunan ve Türkiye'de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girilmiş olmadıkça kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Aynı şekilde kefillerden her biri kefillerin kendi paylarını ödemeleri veya aynı güvence sağlamış olmaları halinde de ödeme yapmaktan kaçınabilir. Kanaatimizce TTK m. 7'nin uygulandığı durumlarda kefiller söz konusu hususları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Zira TTK m.

⁸² Aynı yönde bkz. Yaşar, s. 466.

7, birlikte kefalet halinde kefaletin adi mi yoksa müteselsil mi olduğu hususunu düzenlemektedir. TTK m. 7, TBK m. 587/2’de düzenlenen ödemedeki kaçınma durumlarına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla bu hususta TBK m. 587/2’deki düzenlemenin uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Şüphesiz TTK m. 7’de yer verilen teselsül karinesinin kefillerin kendi aralarında uygulama alanı bulabilmesi kanun veya sözleşmeyle aksinin öngörülmemiş olmasına bağlıdır. Bu sebeple alacaklı ile kefiller arasında müteselsil sorumluluğun söz konusu olmayacağı hususu kararlaştırılabilir. Bu konuda TKHK m. 4/6 ve BKKKK m. 24/5’teki düzenlemelerin birlikte müteselsil kefaletle engel teşkil edip etmeyeceği hususu üzerinde de durulması gerekir. Zira bu düzenlemelerin uygulama alanı bulduğu durumlarda kefalet, adi kefalet olarak kabul edilir. Ancak TKHK m. 4/6 ve BKKKK m. 24/5’te birden fazla kişinin kefil olması durumuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla ticari iş niteliğindeki tüketici işlemlerinde ve BKKKK m. 24/5 kapsamında yapılan kefalet sözleşmelerinde aksi sözleşmede belirtilmediği sürece kefillerin kendi aralarında müteselsil birlikte kefaletle ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Zira TKHK m. 4/6 ve BKKKK m. 24/5’te birden fazla kişinin kefil olması halinde kefillerin kendi aralarındaki ilişki konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

4- Teselsül Karinesinin TBK m. 583/1’deki Teselsül İradesinin Kefilin Kendi El Yazısıyla Yazılmasına İlişkin Düzenleme Çerçevesinde Kefiller Açısından Uygulanabilirliği

Adi işlerde müteselsil kefaletin söz konusu olabilmesi için bu hususun kanunda düzenlenmesi veya tarafların kefaletin müteselsil olacağı hususunda anlaşmaları gerekir. Aksi halde müteselsil kefaletten değil adi kefaletten söz edilir. Tarafların kefaletin müteselsil olacağı konusunda anlaşmaları halinde kefalet sözleşmesinde kefilin müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmesi gerekir (TBK m. 586/1). Kefalet sözleşmesinde müteselsil kefaletle ilişkin irade “müteselsil kefil” şeklinde veya bu anlama gelen bir başka şekilde ifade edilebilir. Kanun koyucu müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda bu hususun sözleşmede özel olarak kararlaştırılmasının dışında ayrıca bu konudaki iradenin kefilin kendi el yazısıyla yazılması şartını da aramıştır (TBK m. 583/1). Bu sebeple kefalet sözleşmesinde kefilin müteselsil kefil olduğuna ilişkin bir irade yer almış olsa bile bu husus kefilin kendi el yazısıyla yazılmamışsa müteselsil kefaletten söz edilemez⁸³. Ancak söz konusu hususun kefilin kendi el yazısıyla yazılmaması TBK m. 583/1’e göre kefilin kendi el yazısıyla yazılması gereken diğer hususlardan (kefil olunan azami miktar ve kefalet tarihi) farklı olarak kefalet sözleşmesini geçersiz hale getirmez. Müteselsil kefil olunmasına ilişkin iradenin kefilin kendi el yazısıyla yazılıp yazılmaması sadece kefaletin türü açısından önem taşır⁸⁴. Müteselsil kefaletle ilişkin irade kefilin kendi el yazısıyla yazılmamışsa kefalet sözleşmesi geçerli olmakla beraber kefilin müteselsil sorumluluğundan söz edilemez.

⁸³ Müteselsil borçluluktan farklı olarak müteselsil kefil olma iradesinin örtülü bir şekilde ortaya konulamayacağı, bu iradenin mutlaka açık bir şekilde ortaya konulması gerektiği hususunda bkz. Eren, Özel, s. 790, 791. Aksi yönde bkz. Özen, Kefalet, s. 315; Ayan, Kefalet, s. 325.

⁸⁴ TBK m. 583/1’deki söz konusu düzenlemenin adi kefaletin alacaklı tarafından sonradan müteselsil ibaresi konularak müteselsil kefaletle çevrilmesini engellemek amacıyla yapıldığı hususunda bkz. Altop, s. 61.

Borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan bir borca kefil olunması halinde de kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmadığı hususunda TBK m. 581 vd'daki düzenlemelerin dikkate alınması gerekir. Zira bu hususta ticari hükümler içerisinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple söz konusu durumda da kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak kefil olunması, kefil olunan azami miktar ile kefalet tarihinin kefilin kendi el yazısıyla yazılması gerekmektedir. Ancak TTK m. 7/2'de TBK m. 583/1'deki düzenlemeden farklı olarak kefaletin müteselsil olduğu konusunda bir iradenin ortaya konulması şartı aranmamış, kanun veya sözleşmeyle aksi öngörülmemişse kefaletin müteselsil olduğu kabul edilmiştir. Söz konusu karinenin uygulanabilmesi için gerçekleşmesi gereken tek şart borçlu açısından ticari bir işin bulunmasıdır (TTK m. 7/1). Ayrıca kefalet sözleşmesinde kefaletin müteselsil olacağına ilişkin bir iradenin bulunması gerekmez. Aksine tarafların kefaletin müteselsil olmayacağı konusunda bir iradeleri varsa bu hususun sözleşmede yer alması gerekir.

Dolayısıyla adi işler ve ticari işler açısından kefalet sözleşmesinin geçerliliği konusunda bir farklılık yaratılmamış olmasına rağmen müteselsil kefaletin ortaya çıkışı konusunda farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu durum müteselsil kefil olma iradesinin kefilin kendi el yazısıyla yazılmadığı durumlarda kefilin TTK m. 7/2'deki karine çerçevesinde müteselsil kefil olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Bu sebeple teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanıp uygulanamayacağı hususundaki değerlendirmelere geçmeden önce doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlerin üzerinde durulması faydalı olacaktır.

a- TBK m. 583/1'deki düzenleme sebebiyle TTK m.7'deki teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanamayacağını ileri süren görüş

Doktrinde bazı yazarlar tarafından TBK m. 583/1'deki düzenlemenin emredici nitelikte olması, TTK m. 7'nin özel hüküm olmasına rağmen müteselsil kefaletin şeklini düzenlememesi ve TTK m. 7'nin uygulanabilmesi için kanunda aksinin öngörülmemesi gerektiği buna karşılık TBK m. 583/1'de aksi yönde bir düzenleme yapıldığı gerekçeleriyle TTK m. 7'nin kefiller açısından uygulanamayacağı ileri sürülmektedir.

aa- TBK m. 583/1'deki düzenlemenin emredici nitelikte olmasından dolayı teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanamayacağına ilişkin görüş

Bu görüşte olan yazarlara göre TBK m. 583/1'deki düzenlemenin emredici nitelikte ve kamu düzenine ilişkin olmasından dolayı TTK m. 7'de düzenlenen teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanması mümkün değildir⁸⁵. Bu görüşü savunan *Kapanıcı* ve *Acar*'a göre TTK m.7'deki teselsül karinesine ilişkin düzenleme ispat hukukuna ilişkin olmasından dolayı şekle ilişkin bir düzenleme olan TBK m. 583/1'deki düzenlemeyi bertaraf edemez⁸⁶. Ayrıca *Kapanıcı*'ya

⁸⁵ Gümüüş, Borçlar, s. 388 dn 2030; Kapanıcı, s. 164; Acar, Özlem. *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 172; Özen, Kefalet, s. 316. *Kapanıcı*'ya göre kanun koyucu müteselsil kefalet konusunda gerçek kişi-tüzel kişi ayrımı yapmaksızın kefalet veren kişilerin tamamı açısından bir şekil koruması getirmiş, bu hususta tüzel kişiler konusunda dahi bir istisnaya yer vermemiştir (Kapanıcı, s. 165, 166). Aynı şekilde *Özen* de TBK m. 583/1'deki müteselsil kefil olma iradesine ilişkin şeklin gerçek kişi-tüzel kişi ve adi iş-ticari iş ayrımı yapmaksızın uygulanacağını ileri sürmektedir (Özen, Kefalet, s. 316).

⁸⁶ Acar, s. 172; Kapanıcı, s. 164.

göre her iki düzenleme arasında bir genel hüküm özel hüküm ilişkisi kurulabilmesi de mümkün değildir⁸⁷. Yazara göre Alman Ticaret Kanunu (ATK) m. 350’de TTK m. 7’den farklı olarak kefaletin şekline ilişkin açık ve bilinçli bir istisnaya yer verilmiş olmasına rağmen TTK m. 7’de bilinçli bir istisna getirilmemiş⁸⁸, getirildiyse bile bu husus açık bir şekilde ortaya konulmamıştır⁸⁹. Aynı şekilde Özen ve Acar da TBK m. 583/1’deki düzenlemede ticari işlere kefaletin bu kuralın istisnası olduğuna ilişkin bir hükme yer verilmediğini ileri sürmektedir⁹⁰.

bb- TTK m. 7/2’deki düzenlemenin özel hüküm niteliğinde olmasına rağmen müteselsil kefaletin şeklini düzenlemediği, bu sebeple müteselsil kefaletin şekli konusunda TBK m. 583/1’deki düzenlemenin uygulanması gerektiğine ilişkin görüş

Teselsül karinesinin ticari bir borca kefalet halinde uygulanamayacağı görüşünü savunan bazı yazarlar ise TTK m. 7’deki düzenlemenin özel hüküm niteliğinde olmasına rağmen şekle ilişkin olmadığını bu sebeple müteselsil kefaletin şekli konusunda TBK m. 583/1’deki düzenlemenin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

Bu görüşte olan Yıldırım’a göre TBK m. 583/1’de dar anlamda nitelikli adi yazılı şekil öngörüldüğünden ticari işlerde de bu şeklin uygulanması söz konusu düzenlemenin konuluş amacı ve kanun koyucunun muradına daha uygun olacaktır. Yazara göre aksi bir düşünce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 818 sayılı Borçlar Kanunu’na nazaran kefil daha fazla koruyucu tavrıyla çelişecek ve TBK m. 583/1’deki düzenlemenin uygulanabilirliğini ortadan kaldıracaktır⁹¹. Hatta Yıldırım’a göre kanun koyucunun TBK m. 583/1’de müteselsil kefalet iradesinin kefilin kendi el yazısıyla yazılması şartını getirmesinin sebebi, kefillerin teselsül karinesi sebebiyle karşı karşıya kaldıkları olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmak istenmesidir⁹². Bu konuda Koç da TTK m. 7’de kefaletin şekli konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmediğini ileri sürmektedir⁹³.

cc- Teselsül karinesinin uygulanabilmesi için kanunda aksine hüküm bulunmaması gerektiği buna karşılık TBK m. 583/1’de aksi yönde düzenleme yapıldığına ilişkin görüş

Ticari bir borca kefalet halinde teselsül karinesinin uygulanabilmesi için kanunda bu hususun aksinin öngörülmemiş olması gerekir (TTK m. 7/1,2). Teselsül karinesinin ticari bir borca kefalet halinde uygulanamayacağı görüşünü savunan Reisoğlu ve Bilgen, TTK m. 7’deki düzenlemenin TBK m. 583/1’e göre özel hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için kanunda aksine bir düzenlemenin bulunmaması

⁸⁷ Kapancı, s. 164.

⁸⁸ Yazara göre yazara göre her iki düzenlemenin gerekçesinde de ticari işlerde TBK m. 583/1’in uygulanmayacağı konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir (Kapancı, s. 158).

⁸⁹ Kapancı, s. 167. Alman hukukundaki söz konusu düzenlemelerle Türk hukukundaki düzenlemelerin örtüşmediği hususunda bkz. Midyat, s. 693 dn 42.

⁹⁰ Özen, Kefalet, s. 316; Acar, s. 171. Bilgen ise TTK m. 7’de TBK m. 583/1’deki müteselsil kefaletin şekline ilişkin düzenlemeye bir istisna teşkil edildiği konusunda bir hükme yer verilmediğini ileri sürmektedir (Bilgen, s. 324).

⁹¹ Yıldırım, Efe Can. *Birlikte Kefalet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 92, 93.

⁹² Yıldırım, s. 93.

⁹³ Koç, s. 79.

gerektiğini, TBK m. 583/1’de aksine hüküm bulunması sebebiyle TTK m. 7’deki düzenlemenin kefiller açısından uygulanamayacağını ileri sürmektedir⁹⁴.

b- TBK m. 583/1’deki düzenlemeye rağmen TTK m. 7’deki teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanabileceğini ileri süren görüş

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre TBK m. 583/1’deki düzenlemeye rağmen ticari bir borca kefalet halinde TTK m. 7’deki teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür⁹⁵. Bu görüşü savunan yazarlardan *Altop*’a göre teselsül iradesinin kefilin kendi el yazısıyla yazılmasına ilişkin TBK m. 583/1’deki düzenleme ancak müteselsil kefaletin taraflarca kararlaştırıldığı durumlarda uygulanabilir. Yazara göre müteselsil kefaletin bir karine olarak düzenlendiği durumlarda TBK m. 583/1’deki şartın aranması mümkün değildir⁹⁶. Ancak *Altop*, kefilin teselsül iradesinin kendi el yazısıyla yazılmasına ilişkin TBK m. 583/1’deki düzenlemenin ticari borçlara kefalet halinde aranmayacağı hususunda TTK m. 7’de özel bir hükme yer verilmesinin faydalı olacağını ileri sürmektedir⁹⁷.

Aynı şekilde *Midyat* da teselsül karinesinin TBK m. 583/1’deki düzenlemeye rağmen kefiller açısından uygulanabileceği görüşündedir. Ancak *Midyat*, Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi teselsül karinesinin sadece tacirler açısından uygulanmasına ilişkin yasal bir düzenlemenin yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca yazara göre TTK m. 7’de

⁹⁴ Reisoğlu, Kefalet, s. 35; Bilgen, s. 324. Aynı yönde bkz. Koç, s. 80. *Kapancı* da TTK m. 7’deki düzenlemenin özel hüküm olarak kabul edilmesi halinde bile kanunda aksine hüküm bulunması sebebiyle bu düzenlemenin uygulanamayacağını ileri sürmektedir (*Kapancı*, s. 166). Aksi yönde bkz. Can/Kaşak, s. 274. *Can/Kaşak*, söz konusu ifadeyle TTK’ya nazaran özel kanunların kastedildiğini, burada kastedilen kanunun TBK olmadığını ileri sürmektedir (*Can/Kaşak*, s. 274).

⁹⁵ *Altop*, s. 62; *Midyat*, s. 681; Ayhan/Çağlar/Özdamar, Ticari İşletme, s. 32; Bozer/Göle, s. 369; *Can/Kaşak*, s. 274; *Midyat*, s. 682, 696; Ayan, Şerh, s. 2525, 2576-2577; Ayan, Serkan. Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.2, 2018, s. 671; Ruhi, Ahmet Cemal/Ruhi, Canan. *Türk Kefalet Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 33; Baş, Ece. “6098 sayılı TBK’nın Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXX, S.2, s. 134; Ayan, Kefalet, s. 326; Gündüz, Şefika Deren. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 89; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 1421; Özen, Kefalet, s. 279 dn. 6, s. 317; Uygur, s. 2539; Şener, Ticari İşletme, s. 72; Bozkurt, s. 179; Yaşar, s. 459; Gündüz, s. 89; Aral/Ayrancı, s. 584; Aydoğdu/Kahveci, s. 833; Eren, Özel, s. 791; Zevkliler/Gökyayla, s. 726; Uygur, s. 2545; Ayan, Kefalet, s. 61. *Ayan’a* göre TBK m. 583/1’deki düzenleme taraf iradeleri ile kararlaştırılan müteselsil sorumluluk durumunda uygulanabilir. Buna karşılık kanun gereği ortaya çıkan müteselsil sorumluluk hallerinde bu düzenlemenin uygulanması doğru değildir (Ayan, Kefalet, s. 61). *Kaya* ise kefalet sözleşmesinin kefil açısından ticari iş niteliği taşıdığı durumlarda TBK m. 583/1’deki şekli şartların uygulanamayacağını ileri sürmektedir (*Kaya* (Ülgen/Helvacı/Ertan, s. 25).

Ayrıca TKHK m. 4/6’da da tüketici işlemlerinde karşı tarafça verilen şahsi teminatların müteselsil kefalet sayılacağına ilişkin TTK m. 7’deki düzenlemeye benzer bir hükme yer verilmiştir. Ancak söz konusu düzenleme TTK m. 7’deki düzenlemeden aksinin sözleşmeyle kararlaştırılmaması sebebiyle ayrılmaktadır. TKHK m. 4/6’daki düzenlemede de TBK m. 583/1’deki şekli şartları gerçekleşmemesine rağmen müteselsil kefaletin varlığı kabul edilmektedir. Söz konusu durumda müteselsil kefaletle ilişkin TBK’daki düzenlemelerin uygulama alanı bulmayacağı hususunda bkz. Gümüş, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I, İstanbul, 2014, s. 47.

⁹⁶ *Altop*, s. 62. Yazara göre aksi halde TTK m.7’deki düzenleme kefiller açısından uygulanamaz bir hale gelecektir (*Altop*, s. 62).

⁹⁷ *Altop*, s. 61. Aynı yönde bkz. Arkan, s. 79.

belirtilen kanunda aksine hüküm bulunmaması ifadesiyle kastedilen Türk Borçlar Kanunu olmayıp özel kanunlardır⁹⁸.

Buna karşılık *Gümüş* de TTK m. 7/2'deki düzenlemeyi tarafların bu konuda bir iradesi olmasa bile kanun gereği müteselsil kefalet sayılan durumlar içerisinde değerlendirmiştir⁹⁹.

Ayrıca doktrindeki yazarların bir kısmı tarafından her iki düzenlemedeki farklılık konusunda bir değerlendirme yapılmadan TTK m. 7/2'deki düzenlemenin kefiller açısından da uygulanabileceği ileri sürülmektedir¹⁰⁰.

c- Değerlendirme

aa- TBK m. 583/1'deki düzenlemenin emredici nitelikte olmasından dolayı teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanamayacağını ileri süren görüşe ilişkin değerlendirmeler

TBK m. 583/1'deki müteselsil kefaletle ilişkin iradenin kefilin kendi el yazısıyla yazılması gerektiğine ilişkin düzenleme emredici niteliktedir. Buna karşılık TTK m. 7'deki müteselsil kefaletle ilişkin düzenleme ise aksi ispat edilebilir (adi) karine niteliğindedir.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler incelendiğinde bunların büyük ölçüde kefillerin korunmasına ilişkin olduğu görülmektedir. Ancak hem Türk Borçlar Kanunu'nda hem de diğer kanunlarda söz konusu düzenlemelere istisnalar getirilmiştir. Örneğin kefalette bazı durumlarda eşin rızasının aranmaması (TBK m. 584/3), tüketici işlemlerinde diğer taraf lehine verilen şahsi teminatların müteselsil kefalet olarak kabul edilmesi (TKHK m. 4/6), icra kefaletinin müteselsil kefalet olarak kabul edilmesi (İİK m. 38), Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefillerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin istisnalarıdır. Aynı şekilde TTK m. 7'de de bu konuda istisnai bir düzenleme yer verilmiş ve ticari işler açısından kefalet, aksi kanun veya sözleşmeyle kararlaştırılmadığı sürece müteselsil kefalet olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla TBK m. 583/1'deki düzenleme her türlü hukuki ilişkide mutlak bir uygulama alanına sahip değildir.

Ayrıca TBK m. 583/1'deki müteselsil kefaletin şekline ilişkin düzenlemenin TTK m.7/2'deki düzenleme dışında başka istisnaları da bulunmaktadır. Bu sebeple diğer istisnalar konusunda TBK m. 583/1'deki düzenlemenin emredici nitelikte olduğunun ileri sürülmeyip TTK m. 7 açısından bu hususun ileri sürülmesi isabetli değildir. TTK m. 7'deki düzenlemenin diğer istisnaların aksine adi karine niteliğinde olması da bu konuda farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmez¹⁰¹. Ticari işler açısından teselsül karinesinin emredici bir nitelikte düzenlenmeyip aksi

⁹⁸ Midyat, s. 681, 697.

⁹⁹ Gümüş, Borçlar, s. 387, 388.

¹⁰⁰ Eren, Özel, s. 791; Uygur, s. 2539, 2545; Aral/Ayrancı, s. 584; Aydoğdu/Kahveci, s. 833; Zevkliler/Gökyayla, s. 726; Şeker, Muzaffer. *Kefalet ve Avalde Eşin Rızası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 21. Uygur, müteselsil kefalet sözleşmede düzenlenmediği durumlarda kanunda açık bir hüküm yoksa kefaletin adi kefalet olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yazar kanunlarda açık hükme örnek olarak da TTK m. 7 ve İİK m. 38'i göstermektedir (Uygur, s. 2539, 2545).

¹⁰¹ TBK m. 583/1'deki düzenlemenin diğer istisnaları olan TKHK m. 4/6 ve İİK m. 38'deki düzenlemeler TTK m. 7/2'nin aksine emredici niteliktedir. Söz konusu düzenlemelerin amacı da tıpkı TTK m. 7/2'de olduğu gibi alacaklının korunmasıdır. Ancak kanun koyucu TTK m.7/2'den farklı olarak söz konusu düzenlemelerin aksinin taraflarca

ispat edilebilir bir karine olarak düzenlenmesinin sebebi de kefillerin korunmasıdır. Zira kefaletin ticari işlerde müteselsil olacağının emredici bir şekilde kabul edilmesi, tarafların adi kefaleti kararlaştırabilmelerine de engel teşkil edecektir.

Ayrıca kanun koyucu emredici bir hükmün uygulama alanını özel hükümlerle sınırlandırabilir. Bu kapsamda emredici bir hükmün uygulama alanı bir başka emredici hükümle sınırlandırılabilirdiği gibi (örneğin TKHK m. 4/6) emredici nitelikte olmayan (aksi kararlaştırılabilir) bir hükümle (karineye) de (örneğin TTK m. 7) sınırlandırılabilir. Bir başka ifadeyle emredici bir hükmün uygulama alanının, emredici olmayan bir hükümle (karine şeklinde bir düzenlemeyle) sınırlandırılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁰². Dolayısıyla TTK m.7’de bir karine getirilmiş olsa bile söz konusu düzenleme TBK m. 583/1’e göre özel hüküm niteliğindedir¹⁰³. Ayrıca zaten TTK m. 7’deki düzenlemenin yapılış amacı da TBK m. 583/1’deki düzenlemeye bir istisna getirmektir.

Dolayısıyla TBK m. 583/1’in emredici niteliği sadece adi işlerle ve teselsül iradesinin açıkça ortaya konulduğu durumlarla sınırlıdır. Bir başka ifadeyle TBK m. 583/1’deki düzenleme ancak müteselsil kefaletin taraf iradelerinden kaynaklandığı durumlarda uygulanabilir¹⁰⁴. Buna karşılık TTK m. 7/2’nin uygulama alanı bulunduğu durumlarda müteselsil kefalet tarafların açık iradelerinden kaynaklanmamaktadır¹⁰⁵. Ayrıca kanun koyucu adi işlerde de müteselsil kefaletin taraf iradelerinden kaynaklanmadığı bazı durumlarda TBK m. 583/1’deki şekil şartını aramamıştır¹⁰⁶. Aynı şekilde TTK m. 7/2’de düzenlenen karineyle de kanun koyucu TBK m. 583/1’deki düzenlemenin ticari işler açısından emredici nitelikte olmadığını açık bir şekilde ortaya koymuştur.

Bunun dışında TTK m. 7 ile TBK m. 583/1 arasında bir çatışmadan da söz edilemez. Zira bu konuda bir çatışmadan söz edilebilmesi için hükümlerin her ikisinin de ticari hüküm niteliğinde bulunması gerekir. Ancak TBK m. 583/1’deki düzenleme genel hüküm niteliğinde olmasına rağmen TTK m. 7/2’deki düzenleme ticari (özel) hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla borçlu

kararlaştırılmasına izin vermemiştir. Dolayısıyla kanun koyucu ticari işlerde alacaklıları, tüketici sıfatına sahip alacaklılar ve icra takibi alacaklıları gibi emredici bir şekilde koruma gereği duymamıştır.

¹⁰² Aynı yönde bkz. Midyat, s. 697; Can/Kaşak, s. 273.

¹⁰³ Aynı yönde bkz. Midyat, s. 697; Can/Kaşak, s. 273; Yaşar, s. 459. *Midyat’a* göre TTK m.7’deki düzenlemenin karine olması sadece söz konusu düzenlemenin aksinin ispat edilebilmesi konusunda farklılık yaratmaktadır (Midyat, s. 697). Aksi görüşte olan *Kapancı’ya* göre TTK m. 7’deki düzenlemenin ancak TBK m. 161, 586 ve 587’ye göre özel hüküm olduğu ileri sürülebilir (Kapancı, s. 165). Kanaatimizce TTK m. 7’deki düzenlemenin TBK m. 586’ye göre özel hüküm niteliğinde olduğunun kabul edilmesi halinde TBK m. 583/1’deki şekil şartının aranması doğru değildir. Zira TBK m. 583/1’deki şekil şartının emredici olduğu ve ticari işlerde de uygulanacağının kabul edilmesi halinde bu şartı sağlamayan bir kefaletin müteselsil kefalet olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple söz konusu durumda müteselsil kefaletin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen TBK m. 586’daki düzenleme de uygulama alanı bulamaz.

Yazara göre yazara göre her iki düzenlemenin gerekçesinde de ticari işlerde TBK m. 583/1’in uygulanmayacağı konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir (Kapancı, s. 158).

¹⁰⁴ Altop, s. 62; Ayan, Kefalet, s. 61.

¹⁰⁵ Altop, s. 62. Müteselsil sorumluluğun kaynağının kanun olduğu durumlarda iradenin etkili olmadığı hususunda ayrıca bkz. Arat, Ayşe. “Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.2, 2018, s. 343.

¹⁰⁶ Bu konuda bkz. TKHK m. 4/6, İİK m. 38.

açısından ticari bir işin bulunduğu durumlarda öncelikle ticari hüküm niteliğindeki TTK m. 7/2'nin uygulanması gerekir.

Bir başka ifadeyle TTK m. 7/2 karine niteliğinde olmasına rağmen adi işler açısından emredici nitelikteki TBK m. 583/1'e nazaran özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla her iki hükmün birbiriyle örtüşmemesi gayet doğal bir durumdur. Bu sebeple özel hüküm niteliği taşıyan düzenlemelerin genel hükümle çatıştığını, genel hükümle amaçlanan sonuçlara aykırı olduğunu ileri sürmek isabetli bir yaklaşım değildir. Zira genel hükümle korunmak istenen menfaatler ile özel hükümle korunmak istenen menfaatler birbirinden farklıdır.

Ayrıca teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanabilmesi için teselsül iradesinin kefilin el yazısıyla yazılmasına ilişkin şartın aranmayacağı hususunun TTK m. 7/2 veya TBK m. 583/1'de açıkça belirtilmesi de gerekli değildir. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından ATK m. 350'deki düzenlemeye atıfta bulunarak Türk hukukunda da TTK m. 7/2'nin uygulandığı durumlarda TBK m. 583/1'deki müteselsil kefaletle ilişkin şekil şartının uygulanmayacağı hususunda açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁷. ATK m. 349'a göre kefalet sözleşmesinin kefil için ticari iş niteliği taşıdığı durumlarda kefilin tartışma defisini ileri sürebilmesi mümkün değildir. Ayrıca ATK m. 350'de bu durumda Alman Medeni Kanunu'ndaki şekle ilişkin bazı şartların uygulanmayacağı da özel olarak düzenlenmiştir¹⁰⁸.

Kanaatimizce bir konuda genel bir hüküm varken kanun koyucunun bu konuda özel bir hükme yer vermesi zaten kanun koyucunun genel hükmün uygulanmasına bir istisna getirdiğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır¹⁰⁹. Ayrıca TBK m. 583/1'in uygulama alanını sınırlandıran

¹⁰⁷ Arkan bu konudaki tartışmaları ortadan kaldırmak için TTK m.7'deki düzenlemede TBK m. 583'te öngörülen şeklin aranmayacağına ilişkin Alman Ticaret Kanunu m. 350'deki düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Arkan, s. 79). Aynı yönde bkz. Akipek Öcal, Şebnem/Uzun Kazmacı, Özge/Hamamcıoğlu, Esra. "Bankacılık Sektöründe Kefalet", *Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, 2. Baskı, Ed. Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 136; Altop, s. 61. Alman Ticaret Kanunu m. 350'de de kefalet, borç vaadi ve borç ikrarı gibi durumlarda ticari iş söz konusu ise Alman Medeni Kanunu'ndaki şekle ilişkin düzenlemelerin (AMK m. 766) uygulanmayacağına açıkça yer verilmiştir (ATK m. 350) (Arkan, s. 79; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 25; Akipek Öcal/Uzun Kazmacı /Hamamcıoğlu, s. 136; Yaşar, s. 460; Midyat, s. 693 dn 42). Ancak söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için kefalet sözleşmesinin bizzat kefil açısından ticari iş niteliğinde bulunması gerekir. Alman Ticaret Kanunu m. 345'te ticari işin sözleşmenin diğer tarafından yayılması kabul edilmesine rağmen ATK m. 350'deki düzenleme çerçevesinde bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Ayrıca Alman hukukunda ticari iş, ticari işletmeyi ilgilendirme kıstasına göre belirlendiğinden bu durum kefilin tacir olması gerektiği sonucunu da ortaya çıkarmaktadır (Midyat, s. 693; Yaşar, s. 461). Zira Alman hukukunda ticari işin tespitinde ticaret kanununda düzenlenmiş olma kıstası (mutlak ticari iş) kabul edilmemiştir (Kırca, s. 13 dn 22). Bu sebeple söz konusu hükmün uygulanabilmesi için kefilin tacir olması ve kefalet sözleşmesinin tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması gerekmektedir. İİK m. 38'da düzenlenen icra kefaletinin müteselsil kefalet olarak kabul edilebilmesi için TBK m. 583'teki şekil şartlarına uygun olmasının gerekli olup olmaması konusundaki tartışmalar için bkz. Yazıcı, Burçin. "Borçlar Hukuku ve İcra İflas Hukuku Çerçevesinde İcra Kefaletnameleri", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 1-2, 2014, s. 23. İİK m. 38'de düzenlenen icra kefaletinde de tıpkı TTK m.7'de olduğu gibi TBK m. 583/1'deki şekil şartının aranmayacağı konusunda bkz. Ayan, Kefalet, s. 73. İcra kefaletinde (İİK m. 38), kefilin müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla yazılması şartının aranmayacağı hususunda bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 142.

¹⁰⁸ Midyat, s. 702 dn 79; Yaşar, s. 460.

¹⁰⁹ Kanun koyucunun genel hükmün bazı durumlarda uygulanmayacağına ilişkin iradesini açık bir şekilde ortaya koymak zorunda olmadığı, bu iradenin hükümlerin amaçlarında da çıkarılabileceği hususunda bkz. Çağa, Tahir. "Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991, S.3, s. 368. Ticaret hukukuna ilişkin hükümlerim medeni hukuk ve borçlar hukuku ile yapılan düzenlemelere nazaran istisnai nitelikte olduğu hususunda ayrıca bkz. Tunçomağ, s. 11.

diğer düzenlemeler de TBK m. 583/1'deki şartın aranmayacağı özel olarak düzenlenmediği gibi TBK m. 586/1'de de bu düzenlemeler bir istisna olarak belirtilmemiştir¹¹⁰.

Bunun dışında TBK m. 583/1 ve TTK m. 7/2'deki düzenlemelerin uygulama alanı birbirinden tamamen farklıdır. TBK m. 583/1'deki düzenleme ancak teselsül iradesinin açıkça ortaya konulması gereken durumlarda uygulama alanı bulabilir. Buna karşılık TTK m. 7/2'deki düzenleme ise kanun veya sözleşmede müteselsil kefaletin “aksinin” öngörülmediği durumlarda uygulanır. Dolayısıyla müteselsil kefaletin aksinin öngörülmemesine sonuç bağlayan bir düzenlemeyi “teselsül iradesine” ilişkin bir şekilde bağlı tutmaya çalışmak isabetli bir yaklaşım değildir.

Kanaatimizce her iki hüküm arasında bir çatışma söz konusu değildir. Bu sebeple TBK m. 583/1 veya TTK m. 7/2'de borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan bir borca kefil olunması durumunda teselsül iradesinin kefilin kendi el yazısıyla yazılmasına ilişkin şekil şartının aranmayacağı hususunda bir düzenleme yapılması gerekli değildir.

bb- Teselsül karinesinin uygulanabilmesi için kanunda aksine hüküm bulunmaması gerektiği buna karşılık TBK m. 583/1'de aksi yönde bir düzenlemenin yapıldığını ileri süren görüşe ilişkin değerlendirmeler

Teselsül karinesinin kefiller açısından uygulama alanı tartışılırken bu konuda üzerinde durulması gereken hususlardan bir diğeri de TTK m. 7'de bu karinenin uygulanabilmesi için aranan “kanunda aksinin öngörülmemesi” şartıdır. Doktrinde bazı yazarlar söz konusu düzenlemeden hareket ederek TBK m. 583/1'deki düzenlemeyi “kanunda aksinin öngörülmesi” şeklinde değerlendirilmekte ve kefilin müteselsil kefil olma iradesinin kendi el yazısıyla yazılmadığı durumlarda teselsül karinesinin uygulanamayacağını ileri sürmektedir¹¹¹. Aksi yönde görüş ileri süren bazı yazarlar ise “kanunda aksinin öngörülmemesi” şeklindeki ifadeyle Türk Ticaret Kanunu'na nazaran genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'nun değil Türk Ticaret Kanunu'na nazaran özel kanun niteliğinde olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu gibi kanunların kastedildiğini ileri sürmektedir¹¹².

Kanaatimizce TTK m. 7/1'de belirtilen “kanunda aksi öngörülmemişse” şeklindeki ifadenin kanun bazında değil hüküm bazında değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla söz konusu ifadeyle kastedilen TTK m. 7/2'ye nazaran özel hüküm niteliğindeki düzenlemelerdir. Bir hükmü özel, diğer hükmün genel hüküm niteliğinde olabilmesi için her ikisinin de maddi unsurunun aynı olması buna karşılık özel hükümde genel hükümdeki maddi unsura ilave olarak bazı vakıalara yer verilmesi gerekmektedir. Ayrıca genel hüküm-özel hüküm ayırımından söz edilebilmesi için maddi unsurları tamamen aynı olan iki ayrı hukuk kuralının hukuki sonuçlarının birbirinden farklı olmaları da gerekmektedir¹¹³. Bu çerçevede hem TBK m. 583/1'in hem de TTK m. 7/2'nin maddi

¹¹⁰ Örneğin tüketici işleminin diğer tarafı verilen şahsi teminatların müteselsil kefalet olarak kabul edileceğini ilişkin TKHK m. 4/6 ve icra kefaletinin müteselsil kefalet olacağına ilişkin İİK m. 38'de TBK m. 583/1'deki şekil şartının aranmayacağı belirtilmediği gibi söz konusu düzenlemeler TBK m. 583/1'de de bu düzenlemelerin kanunun uygulama alanı dışında kaldığı belirtilmemiştir.

¹¹¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 35.

¹¹² Midyat, s. 690, 697 dn 61; Can/Kaşak, s. 269, 274; Yaşar, s. 459.

¹¹³ Çağa, s. 369.

unsuru müteselsil kefaletle ilişkindir. Ancak TTK m. 7/2’de TBK m. 583/1’den farklı olarak “ticari niteliğe sahip bir iş” vakıasına yer verilmiştir. Ayrıca her iki hükümde de farklı hukuki sonuçlara yer verilmiştir. Dolayısıyla TTK m. 7/2’nin özel hüküm, TBK m. 583/1’in ise genel hüküm niteliğinde olduğu hususunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bu sebeple TTK m. 7/1’deki “kanunda aksinin öngörülmemişse” ifadesiyle kastedilen hükümlerinin içerisine TBK m. 583/1’in girebilmesi mümkün değildir¹¹⁴.

Dolayısıyla bu hususta TTK m. 7/2’ye nazaran özel hüküm niteliğindeki düzenlemelerin üzerinde durulması gerekir. Örneğin TKHK m. 4/6 ve BKKKK m. 24/5’te yer alan düzenlemelere göre kefalet sözleşmesi borçlu açısından ticari iş niteliğinde olsa bile kefil, adi kefil olarak sorumlu tutulmaktadır. Bir başka ifadeyle söz konusu düzenlemelerde aksi yönde hüküm bulunduğundan teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanması mümkün değildir.

TTK m. 7/1’de yer alan kanunda aksinin öngörülmemesi şartı teselsül karinesini düzenleyen 6762 sayılı TTK m. 7’de yer almamaktadır. TTK m. 7’nin madde gerekçesi incelendiğinde söz konusu değişikliğin doktrindeki eleştiriler çerçevesinde yapıldığı ifade edilmektedir. Ancak kanaatimizce TTK m. 7’de bu yönde bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira TTK m. 7/2’ye nazaran özel hüküm niteliği taşıyan düzenlemelerin uygulama alanı bulması kanunda bu yönde bir hüküm bulunmasına bağlı değildir. Nitekim TBK m. 583/1’de özel hükümler saklı tutulmasına rağmen TKHK m. 4/6, İİK m. 38 ve TTK m. 7/2’deki düzenlemeler uygulama alanı bulabilmektedir. Dolayısıyla TTK m. 7/1’de yer alan

¹¹⁴ Aynı yönde bkz. Midyat, s. 697. Kanaatimizce bu konuda yapılacak olan değerlendirmede her iki hükümden hangisinin daha önceki tarihli olduğunun da herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira her iki hükümden hangisinin uygulanacağı hususu, hangi hükmün özel, hangi hükmün genel hüküm olduğuna bağlıdır. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu’nun, Türk Ticaret Kanunu’na göre sonraki tarihli olduğu düşünülse bile TTK m. 7/2’nin özel hüküm olması sebebiyle öncelikle uygulanması gerekir. Bu konuda hükümler arasında öncelik-sonralık ilişkisi ancak aynı işe ilişkin farklı hükümlerin bulunması halinde söz konusu olabilir. Oysa TTK m. 7/2’deki düzenleme ticari hüküm niteliğindeki TBK m. 583/1’deki düzenleme genel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla bir uyumsuzluğa ilişkin ticari bir hükmün bulunması halinde genel hükmün uygulanması (genel hüküm daha sonraki tarihli olsa bile) mümkün değildir. Her iki hüküm arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi ancak her iki hükmün de genel hüküm veya ticari hüküm niteliğinde olması halinde karşımıza çıkabilir. Dolayısıyla her iki düzenleme arasında öncelik-sonralık ilişkisine bakılabilmesi için TBK m. 583/1’deki düzenlemenin de ticari hüküm niteliğinde olması gerekir. Örneğin TBK m. 583/1’de bu düzenlemenin ticari işlere kefalet halinde de uygulanacağı belirtilseydi hükümler arasında öncelik sonralık ilişkisine bakılması gerekirdi. Ancak söz konusu hükümlerden birisinin diğerine göre özel hüküm niteliği taşıması durumunda söz konusu hükümlerin yürürlük tarihlerine bakılmaksızın özel hükmün uygulanması gerekir. Örneğin BKKKK m. 24/5’te kredi kartı kefaletinin adi kefalet olarak kabul edileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kredi kartı sözleşmeleri bankalar açısından ticari iş niteliği taşıyacağından TTK m. 19/2 çerçevesinde diğer taraf için de ticari iş niteliğindedir. Söz konusu düzenleme de tıpkı TTK m. 7 gibi ticari hüküm niteliğindedir. BKKKK m. 24/5’teki düzenleme 1.3.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna karşılık TTK m. 7’nin yürürlük tarihi 01.07.2012’dir. Dolayısıyla bu konuda hangi hükmün diğerine göre özel hüküm niteliğinde olduğu araştırılmadan sadece öncelik sonralık ilişkisine bakılması halinde BKKKK m. 24/5’teki düzenlemenin uygulanabilmesi mümkün değildir. Ancak kanun koyucunun bu yönde bir iradesinin bulunduğu söylenemez. Zira BKKKK m. 24/5’teki düzenlemede TTK m. 7’deki maddi unsura ilave olarak bazı vakıalara (uyumsuzluğun kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanmasına) yer verilmiştir. Bu sebeple BKKKK m. 24/5, TTK m. 7’ye nazaran özel hüküm niteliğindedir. Bundan dolayı kredi kartlarına ilişkin kefalet sözleşmelerinde öncelik-sonralık ilişkisine bakılmaksızın öncelikle söz konusu düzenlemenin uygulanması gerekir. Zira kanun koyucu kanun koyucu kredi kartlarında kefillerin sorumluluğuna ilişkin iradesini BKKKK m. 24/5’te açıkça ortaya koymuş ve sonrasında da bu özel alana ilişkin iradesini değiştirmemiştir. Önceki tarihli özel hüküm ile sonraki tarihli genel hükmün çatışması halinde önceki tarihli özel hükmün uygulanması gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020, s. 364, 365.

kanunda aksinin öngörülmemesine ilişkin düzenlemenin bu açıdan ihdasi bir etkisi bulunmamaktadır.

Bu yüzden söz konusu düzenlemenin TKHK m. 4/6 ve BKKKK m. 24/5'teki düzenlemeler açısından ciddi bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak müteselsil borçluluk ve müteselsil kefaleti düzenleyen TTK m. 7'ye nazaran özel hükümler söz konusu düzenlemelerle sınırlı değildir. Diğer kanunlarda da bu konuda özel düzenlemelere yer verilebileceği gibi ticari hükümler içerisinde de aksi yönde özel hükümlere yer verilebilir. Kanaatimizce söz konusu düzenlemenin asıl fonksiyonu aksi yöndeki diğer ticari hükümlerde karşımıza çıkmaktadır. Nitekim TTK m. 7'de müteselsil sorumluluk karine olarak kabul edilmesine rağmen yine ticari hüküm niteliği taşıyan TTK m. 1466/2'de aksi yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Dolayısıyla TTK m. 7/1'de yer alan söz konusu ifadenin müteselsil borçluluk ve müteselsil kefalet konusundaki daha özel hükümlere dikkat çekmek amacıyla kanun metnine konulduğu söylenebilir¹¹⁵.

Bunun dışında TTK m. 7/1'deki kanunda aksinin öngörülmemesi ifadesiyle TBK m. 583/1'deki düzenlemenin kastedildiğinin kabul edilmesi halinde özel hüküm niteliğindeki benzer düzenlemelerin pek çoğunun da uygulanma imkânı ortadan kalkar. Örneğin hem adi işler hem de ticari işlerdeki hükümlere nazaran özel hüküm niteliği taşıyan TKHK m. 4/6'ya göre tüketicinin alacakları için diğer taraf lehine verilen şahsi teminatların kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu görüşün kabul edilmesi halinde TBK m. 583/1'deki düzenleme sebebiyle kanunda aksine hüküm bulunduğundan TKHK m. 4/6'daki düzenlemenin de uygulanabilmesi mümkün değildir.

Dolayısıyla TTK m. 7/1 ve TKHK m. 4/6 gibi özel hükümlerdeki kanunda aksinin öngörülmemesine ilişkin düzenlemelerle kastedilen hükümlerin TBK m. 583/1 olduğunun kabulü halinde söz konusu düzenlemelerin hiçbir şekilde uygulanması mümkün değildir. Ayrıca kanun koyucunun böyle bir sonucu arzu ettiği söylenemez¹¹⁶. Zira bu ihtimalde hiçbir zaman uygulama kabiliyeti olmayan bir yasal düzenlemenin yapıldığının kabulü gerekir.

Nitekim Yargıtay da borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan bir borca kefil olunması halinde kefalet sözleşmesinde kefaletin müteselsil olduğu açıkça belirtilmemiş olsa bile kefaletin TTK m. 7/2 çerçevesinde müteselsil kefalet olduğuna karar vermektedir¹¹⁷.

¹¹⁵ Genel hükümde özel hükümlerin saklı tutulmasıyla özel hükmün genel hükmü bertaraf edici niteliğinin açık bir şekilde ifade edildiği hususunda bkz. Çağa, s. 374.

¹¹⁶ Aynı yönde bkz. Altop, s. 62; Akipek Öcal/Uzun Kazmacı /Hamamcıoğlu, s. 136

¹¹⁷ “Somut olayda ticari ilişkiden kaynaklanan her türlü borçlaramüteselsil kefil olarak kefalet senedini imzalamışlardır. Görüldüğü gibi, kefalet senedinde kefaletin müteselsil kefalet olduğu açıkça belirtildiği gibi, 6102 sayılı TTK'nın 7.maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda “müteselsil kefalet” sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz. Kefaletle ilişkin diğer geçerlilik koşullarının ise gerçekleşmiş olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece davalılar ... ve ...'ın kefaletlerinin de müteselsil kefalet niteliğinde olduğu kabul edilerek deliller bu çerçevede değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, adı geçenlerin kefaletlerinin niteliğinin yorumlanmasında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir” (Yarg. 19. HD., 2016/2405 E., 2016/10936 K. ve 18.06.2016 T.) (Legalbank, E.T. 31.03.2023).

Söz konusu Yargıtay kararına ilk derece mahkemesi tarafından direnilmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından direnme kararının yerinde olmadığına karar verilmiştir. “Söz konusu kefalet senedinde, kefaletin müteselsil

cc- TTK m. 7'deki düzenlemenin özel hüküm niteliğinde olmasına rağmen müteselsil kefaletin şeklini düzenlemediği, bu sebeple müteselsil kefaletin şekli konusunda TBK m. 583/1'deki düzenlemenin uygulanması gerektiğini ileri süren görüşe ilişkin değerlendirmeler

TTK m. 7/2'deki düzenleme müteselsil kefaletin doğumuna ilişkindir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme kanaatimizce doğrudan müteselsil kefaletin şekline ilişkindir. Hatta TTK m. 7/2'de müteselsil kefaletin şekli dışında bir başka düzenlemeye yer verilmemiştir. Söz konusu düzenleme borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan bir borca kefil olunması halinde kefilin aksi yönde bir irade ortaya koymamasına (sessiz kalmasına/susmasına) kefaletin müteselsil olması sonucunu bağlamıştır. Dolayısıyla TTK m. 7/2'deki düzenleme TBK m. 583/1'de yapılan düzenlemede olduğu gibi doğrudan müteselsil kefaletin ortaya çıkışına (doğumuna) ilişkindir. TBK m. 583/1'e göre kefilin kendi el yazısıyla ortaya çıkan (doğan) müteselsil kefalet, TTK m. 7/2'ye göre kefilin aksi yönde bir irade ortaya koymaması (susması) halinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin müteselsil kefaletin şeklini düzenlemediğini ileri sürerek bu konuda TBK m. 583/1'in uygulanması gerektiğini ileri sürmek isabetli değildir. Zira TBK m. 583/1 ortaya konulması gereken bir iradenin şeklini düzenlemektedir. TTK m. 7/2'de ise müteselsil kefaletin ortaya çıkışı aksi yönde bir iradenin ortaya konulmamasına bağlanmıştır. Dolayısıyla ortaya konulması gerekmeyen bir iradenin, ortaya konulması gereken bir iradenin şekline bağlanması mümkün değildir.

TTK m. 7/2'ye göre bir irade ortaya konulacaksa bu iradenin müteselsil sorumluluğunun aksi yönünde olması gerekir. Dolayısıyla bu konuda ancak söz konusu iradenin şekle uygun olup olmadığı tartışma konusu edilebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun kefaletle ilişkin düzenlemelerinde de kefilin adi olarak sorumlu olacağına ilişkin iradesi herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Hatta TBK m. 581 vd'de tıpkı TTK m. 7/2'de olduğu gibi kefilin aksi yönde bir irade ortaya koymamasına bir sonuç bağlanmıştır. Buna göre kefilin müteselsil kefil olacağına ilişkin iradesinin kefilin el yazısıyla yazılmadığı durumlarda kanun veya sözleşmede aksi öngörülmemişse kefalet adi kefalet olarak kabul edilir. Bir başka ifadeyle adi kefalet için bu yönde açık bir iradenin ortaya

kefalet olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu durumda TTK'nın 7. maddesinde düzenlenen ticarî teselsül karinesi uyarınca ticarî borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Her ne kadar "müteselsil kefalet" sözcükleri davalılar A. E. ve İ. N. E.'in kendi el yazısı ile yazılmamış ise de, somut olaydaki ticarî iş kapsamındaki kefaletin müteselsil kefalet olmadığına ilişkin aksine sözleşmede hüküm bulunmaması karşısında, TTK'nın 7/2. maddesinde ticarî işlerde müteselsil kefalet ile ilgili özel düzenleme nedeniyle, TBK'nın müteselsil kefaletle ilişkin düzenlemeleri somut olaya uygulanamayacağından davalıların kefaletinin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekmektedir. Mahkemece davalılar A. E. ve İ. N. E.'in verdiği kefaletin, bu davalıların kendi el yazılı beyanlarında müteselsil veya benzer ibare bulunmadığından adi kefalet hükmünde olduğu gerekçesiyle verilen direnme kararı yerinde değildir." YHGK, E. 2019(19)11-254, K. 2022/584, T. 18.05.2022 (Legalbank, E.T. 31.03.2023).

Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz. Yarg.19. HD, 14.04.2016 tarihli ve 2015/17414 E., 2016/6615 K. sayılı kararı (www.lexpera.com.tr, E.T. 31.03.2023); Yarg. 19. HD, 16.09.2015 tarihli ve 2015/478 E., 2015/11100 K. sayılı kararı (www.lexpera.com.tr, E.T. 31.03.2023) Yarg. 19. HD, 13.06.2017, E. 2016/10842, K. 2017/4905(www.lexpera.com.tr, E.T. 31.03.2023), Yarg. 6. HD., 2015/8817 E., 2016/3432 K. ve 27.04.2016 T. Karar (www.lexpera.com.tr, E.T. 31.03.2023).

konulması gerekli değildir. Aynı şekilde TTK m. 7/2’de de müteselsil kefaletin aksi yönünde ortaya konulacak irade herhangi bir şekle bağlanmamıştır¹¹⁸.

Dolayısıyla TBK m. 583/1 ve TTK m. 7’deki düzenlemeler hem bir karineye hem de bu karinenin aksinin ispatına ilişkin hususlara yer vermektedir. Ticari işlerde kefaletin adi olarak kabul edilebilmesi için sözleşmede aksi yönde bir iradeye yer verilmesi gerekir. Bu sebeple TTK m. 7/2’deki düzenleme de tıpkı TBK m. 583/1’deki düzenlemede olduğu gibi kefaletin şekline ilişkindir¹¹⁹. Kanun koyucu kefilin bu konuda sessiz kalmasını, aksine yönde bir irade açıklamasında bulunmamasını örtülü olarak müteselsil kefaletin kabulü şeklinde değerlendirmiştir. Bir başka ifadeyle kanun koyucu kefilin susmasına, hareketsiz kalmasına bir sonuç bağlamıştır.

Kanun koyucu müteselsil kefaletin doğumunu adi işler ve ticari işler açısından farklı şekilde düzenlenmiştir¹²⁰. Buna göre müteselsil kefaletin ortaya çıkışı adi işlerde bu yönde açık bir irade açıklamasının bulunmasına ve söz konusu iradenin kefilin kendi el yazısıyla yazılmasına bağlanmıştır. Ticari işlerde ise aksi yönde bir irade açıklamasında bulunulmaması müteselsil kefaletin ortaya çıkışı açısından yeterli görülmüştür.

TTK m. 7’deki düzenlemede olduğu gibi kanun koyucunun karine olarak müteselsil kefaleti kabul etmesi bu konuda kefilin açık bir irade ortaya koyması şartını ortadan kaldırır¹²¹. Bu sebeple müteselsil kefaletin kanun koyucu tarafından karine olarak kabul edildiği, bu konuda kefilin ayrıca bir irade açıklamasında bulunmasının gerekmediği bir durumda TBK m. 583/1’deki şekil şartının yerine getirilip getirilmediğinin araştırılması müteselsil kefaletin kaynağı olarak kanunun yerine taraf iradelerinin geçmesine sebep olur. Zira kefilin müteselsil kefil olma iradesini kendi el yazısıyla yazdığı durumlarda söz konusu durum kefilin özgür iradesine dayanır. TBK m. 583’te belirtilen şekil şartlarına uygun bir şekilde müteselsil sorumluluk iradesinin açıkça ortaya konulması halinde bu yönde bir karinenin varlığından da söz edilemez. Ayrıca söz konusu şekil şartının aranması halinde teselsül karinesinin kefiller açısından uygulanması hiçbir şekilde mümkün olmaz.

İradenin hangi şekilde açıklanacağına ilişkin bir düzenleme ancak açık bir şekilde ortaya konulması gereken bir irade açısından söz konusu olabilir. Dolayısıyla söz konusu durumda kefilin ortaya koyması gerekmeyen bir iradenin¹²² (müteselsil kefil olma iradesinin) TBK m. 583/1’de düzenlenen şekle uygun bir şekilde açıklanması gerektiğini ileri sürmek isabetli değildir.

Bunun dışında TBK m. 583/1’de düzenlenen müteselsil kefil olma iradesinin kefilin kendi el yazısıyla yazılmasına ilişkin şart, kefalet sözleşmesinin geçerli olması için aranan bir şart

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, Ticari İşletme, s. 32; Şener, Ticari İşletme, s. 72-73. Bu durumda tarafların iradesi müteselsil kefalet yönünde değilse adi kefaletle ilişkin iradenin açıkça ortaya konulması gerekir. Aynı yönde bkz. Arkan, s. 77.

¹¹⁹ Aksi yönde bkz. Kapancı, s. 165.

¹²⁰ Tekinay, s. 515.

¹²¹ TTK m. 7’de TBK’deki teselsülün gerçekleşmesine ilişkin şartlardan farklılaştığı konusunda bkz. Tekinay, s. 515; Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 23.

¹²² TTK m. 7 çerçevesinde teselsülün söz konusu olabilmesi için bu yönde bir irade açıklamasının bulunmasının gerekli olmadığı konusunda bkz. Tekinay, s. 515.

değildir. Söz konusu şart sadece müteselsil kefaletin geçerli olup olmaması açısından önem taşır¹²³. Dolayısıyla hukuken geçerli bir kefalet sözleşmesi varsa kefilin müteselsil kefil olup olmadığı için tüketici işlemi, ticari iş veya adi iş olmasına göre farklılık gösterir. Örneğin TBK m. 583/1'deki şekil şartı sağlanmış olsa bile tüketici lehine müteselsil kefil olan kişi adi kefil olarak kabul edilecektir (TKHK m. 4/6). Aynı şekilde TBK m. 583/1'deki şekil şartı sağlanmamış olsa bile tüketicinin alacakları için karşı taraf lehine verilen adi kefalet, müteselsil kefalet olarak kabul edilecektir (TKHK m. 4/6). Tüketici işlemi niteliğinde olmayan ticari işlerde de sözleşmede aksi yönde bir hüküm yoksa TBK m. 583/1'deki şekil şartı sağlanmamış olsa bile müteselsil kefalet söz konusu olacaktır.

Dolayısıyla TBK m. 583/1'deki düzenleme ancak ticari iş niteliği taşımayan kefalet sözleşmelerinde uygulanabilir. Buna karşılık TTK m. 7/2'de düzenlenen teselsül karinesinin ise kanun veya sözleşmede aksi öngörülmemişse borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan kefalet sözleşmelerinde uygulanabilmesi mümkündür.

Bu çerçevede tamamen kefaletin türü ve şekline ilişkin özel bir düzenleme olduğunu düşündüğümüz TTK m. 7/2'deki düzenlemenin uygulanabilmesi için TBK m. 583/1'deki kefilin müteselsil kefil olma iradesinin kendi el yazısıyla yazılması şartının aranmaması gerektiği kanaatindeyiz.

II- KEFİLLERE İHBAR YAPILMADAN TEMERRÜT FAİZİ YÜRÜTÜLEMESİ

TBK m. 589/1'e göre kefil borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından da sorumludur¹²⁴. Borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından birisi de temerrüt faizidir. Dolayısıyla borçlunun temerrüde düşmesi halinde kefilin sorumluluğunun kapsamı içerisinde temerrüt faizi de yer alır. Ancak kefilin temerrüt faizinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için borçlunun temerrüdünün konusunun bir miktar paraya ilişkin olması gerekir.

Kefilin temerrüt faizinden dolayı sorumluluğu hem adi işlere hem de ticari işlere kefalet halinde söz konusu olur. Ancak ticari bir borca kefil olunması halinde kefilin temerrüt faizi talep edilebilmesi ihbar şartına bağlanmıştır. Buna göre borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan bir borca kefil olunması halinde asıl borca ilişkin taahhüdün yerine getirilmediği veya ödemenin yapılmadığı hususu ihbar edilmeden kefillere temerrüt faizi yürütülemez¹²⁵ (TTK m. 7/1-son¹²⁶). Söz konusu düzenleme ticari iş niteliği taşımayan bir borca kefil olunmasından farklıdır. Zira adi işler açısından kefilin temerrüt faizinden sorumlu tutulabilmesi için kendisine borçlu tarafından

¹²³ Aynı yönde bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 88, 89; Gümüş, Borçlar, s. 353.

¹²⁴ Kefilin sorumluluğu, kefalet sözleşmesinde belirtilen miktarla sınırlıdır (TBK m. 589/1). Dolayısıyla kefil, borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından ancak bu miktara kadar sorumlu olur.

¹²⁵ Hükmün emredici nitelikte olduğu hususunda bkz. Ayan, Kefalet, s. 579; Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan. *Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*, 2.Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 224 dn 446.

¹²⁶ Söz konusu düzenleme 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu'nda yer almamaktadır.

ödemenin yapılmadığı veya taahhüdün yerine getirilmediği hususunun ihbar edilmesi gerekli değildir¹²⁷.

TTK m. 7/2’de düzenlenen kefillere ilişkin teselsül karinesi ticari bir borca kefalet halinde alacaklılara daha fazla teminat sağlamayı amaçlarken kefillere temerrüt faizi yürütülmesi için ihbar şartını arayan TTK m. 7/1-son’daki düzenleme kefilleri koruma amacını taşımaktadır. Söz konusu düzenlemeyle kefile asıl borcu ödeyerek temerrüt faizinden kurtulma imkânı tanınmıştır¹²⁸. Ancak TTK m. 7/1-son’daki bu düzenleme kefilin asıl borçtan değil temerrüt faizinden sorumluluğuna ilişkindir. Dolayısıyla kefile borçlunun ödeme yapmadığı veya taahhüdünü yerine getirmediği hususu ihtar edilmemiş olsa bile kefilin asıl borcun talep edilebilmesi mümkündür¹²⁹.

TTK m. 7/1-son çerçevesinde kefillere yapılması gereken söz konusu ihbar herhangi bir şekilde bağlanmamıştır. Dolayısıyla ispat edilmesi şartıyla söz konusu ihbarın sözlü olarak yapılabilmesi de mümkündür¹³⁰. Temerrüt faizinin işlemeye başlaması için ihbarın kefile ulaşmış olması gerekir¹³¹. Burada amaç kefilin asıl borca ilişkin taahhüdün yerine getirilmediği veya ödemenin yapılmadığı konusunda bilgi sahibi olmasının sağlanması olduğundan ihbar yapılmamış olsa bile kefilin bu hususu başka şekilde öğrenmesi halinde de öğrenme tarihinden itibaren temerrüt faizinin yürütülmesi gerekir. Zira kefilin söz konusu hususta bilgi sahibi olmasına rağmen kendisine ihbar yapılmadığını ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹³².

Kefillere temerrüt faizi yürütülmesi için ihbar şartını arayan hükmün düzenleniş şekli ve düzenleme yeri bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Kefillere ihbar şartını arayan söz konusu düzenlemenin yer aldığı TTK m. 7, “teselsül karinesi” başlığını taşımaktadır. Ancak söz konusu düzenlemede teselsül karinesinin dışında borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyan bir borca

¹²⁷ Türk Borçlar Kanunu’nda bazı durumlarda kefile bildirimde bulunulması gerektiğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin TBK m. 590/3’te asıl borcun muaccel olmasının alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlandığı durumlarda kefalet borcu için sürenin, söz konusu bildirim kefile yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. TBK m. 590/3’e göre asıl borcun muacceliyetine ilişkin bildirim kefile de yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme kefillere temerrüt faizi işletilmesine ilişkin değildir (Acar, s. 210). Aynı şekilde TBK m. 594/1 çerçevesinde de kefile bildirimde bulunulması gerekir. Ancak TBK m. 590/3’teki düzenleme kefile temerrüt faizi yürütülmesi açısından bir bildirim yükümlülüğü getirmemektedir. Aynı yönde bkz. Ayan, Kefalet, s. 579; Aydoğdu/Ayan, s.226.

¹²⁸ Altop, s. 63; Aydoğdu/Ayan, s. 225. Özen ise TTK m. 7/1-son’daki düzenlemeyi farklı bir şekilde değerlendirmekte, söz konusu düzenlemenin kefilin asıl borç açısından sorumluluğuna ilişkin olmayıp kendi borcu bakımından önem taşıdığı ileri sürmektedir. Yazara göre düzenlemenin bu şekilde değerlendirilmesi halinde ticari bir borca kefil olan kişilere adi işlere kefil olanlara nazaran daha ağır bir sorumluluk getirilecektir (Özen, Kefalet, s. 132).

¹²⁹ Kaya (Ülgen/Helvacı/Ertan), s. 25. Bu hususta ayrıca bkz. YHGK, E. 2019(19)11-254, K. 2022/584, T. 18.05.2022 (Legalbank, E.T. 31.03.2023).

¹³⁰ Altop, s. 63; Ayan, Kefalet, s. 581. Alacaklı ve borçlunun her ikisinin de tacir olduğu durumlarda borçlunun temerrüde düşürülmesi için TTK m. 18/3’te yer alan yöntemlerin kullanılması gerekir. Ancak söz konusu durum borçlunun temerrüde düşürülmesi açısından önem taşır. Buna karşılık TTK m. 7/1’deki düzenleme temerrüde düşürülmeye ilişkin olmayıp kefillere temerrüt faizi yürütülmesine ilişkindir. Bu sebeple alacaklı ve kefilin her ikisi de tacir sıfatına sahip olsa bile kefile gönderilecek ihbarın TTK m. 18/3’te yer alan yöntemlere uygun bir şekilde yapılması gerekmez. Aksi yönde bkz. Gümüş, Borçlar, s. 416.

¹³¹ Altop, s. 63; Aydoğdu/Ayan, s. 224. İhbarın kefile herhangi bir süre verilmesi gerekli değildir (Ayan, Kefalet, s. 581; Aydoğdu/Ayan, s. 225). İhbarın asıl borçlunun temerrüde düşmesinden sonra yapılabileceği hususunda bkz. Aydoğdu/Ayan, s. 224.

¹³² Altop, s. 62 dn 25; Ayan, Kefalet, s. 580; Aydoğdu/Ayan, s. 225.

kefil olunması halinde kefillerin temerrüt faizinden sorumluluğuna ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Dolayısıyla madde başlığı, madde içeriğiyle uyumlu değildir¹³³.

Ayrıca söz konusu düzenleme borçlu ile kefil ve kefillerin kendi aralarındaki ilişkiyi düzenleyen TTK m. 7/2’de değil birlikte borçluluğa ilişkin TTK m. 7/1’de yer almaktadır. Bu durum birlikte borçluluk halinde de TTK m. 7/1-son’daki düzenlemenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bazı tartışmalara yol açabilir¹³⁴. Ancak bu düzenlemenin birlikte borçluluk halinde uygulanması mümkün değildir¹³⁵. Zira TTK m. 7/1-son’da ihbar şartının kefiller açısından geçerli olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ihbar şartına ilişkin düzenlemenin TTK m. 7/1 yerine TTK m. 7/2 içerisinde yer alması veya bağımsız bir fıkra olarak düzenlenmesi gerekmektedir¹³⁶.

Aynı şekilde ihbar şartının “teselsül karinesi” başlıklı düzenleme içerisinde yer alması ve TTK m. 7/2’de de kefillerin müteselsil sorumluluğunun düzenleme konusu edilmesinden dolayı bu hükmün adi kefalet halinde uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir tereddüt ortaya çıkabilir¹³⁷. Kanaatimizce kefillere temerrüt faizi yürütülmesi için ihbar şartını arayan bu düzenlemenin hem adi hem de müteselsil kefalet halinde uygulanabilmesi mümkündür¹³⁸. Zira kanunun lafzına bakıldığında söz konusu düzenlemenin sadece müteselsil kefalet halinde uygulanabileceğine ilişkin açık bir irade söz konusu değildir.

TTK m. 7/1-son’daki düzenlemenin uygulanabilmesi için kefil olunan borcun borçlu açısından ticari iş niteliği taşıması gerekir. Borçlu açısından bir ticari iş bulunmadığı durumlarda kefil açısından bir ticari iş söz konusu olsa bile ihbar şartına ilişkin düzenlemenin uygulanabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla burada önem taşıyan husus kefil açısından ticari bir iş bulunup bulunmadığı değil borçlu açısından ticari bir iş bulunup bulunmadığıdır. Borçlu açısından ticari bir iş bulunmadığı durumlarda kefile karşı temerrüt faizi işletilmesi genel hükümlere tabidir.

TTK m. 7/1-son’da yer alan düzenleme sebebiyle ticari işlerde kefil olan kişiler temerrüt faizi konusunda adi işlerde kefil olan kişilere göre daha fazla korunmaktadır¹³⁹. Bu sebeple

¹³³ Bu sebeple TTK m. 7’nin madde başlığına “*ticari bir borca kefalet halinde kefilin temerrüt faizinden sorumluluğu*” şeklinde bir ekleme yapılması gerekmektedir.

¹³⁴ *Kendigelen ve Altop*, ihbar şartına ilişkin düzenlemenin bulunduğu yer sebebiyle sadece müteselsil kefalet durumunda değil müteselsil borçluluğa ilişkin bütün durumlarda uygulanabileceği görüşünün savunulabileceğini ileri sürmektedir (Kendigelen, s. 52; Altop, s. 63).

¹³⁵ *Kendigelen*, söz konusu düzenlemeye Türk Ticaret Kanunu yerine kefaletle ilişkin genel düzenlemelerin yer aldığı Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmesinin daha doğru olacağı görüşündedir (Kendigelen, Abuzer. *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 52). Aynı yönde bkz. Ayan, Kefalet, s. 582; Aydoğdu/Ayan, s. 226.

¹³⁶ Ayrıca söz konusu düzenlemeye Türk Ticaret Kanunu yerine Türk Borçlar Kanunu’nda kefilin sorumluluğuna ilişkin hükümler içerisinde yer verilmesi de söz konusu tartışmaları sona erdirecektir (Kendigelen, s. 52).

¹³⁷ Altop, s. 63.

¹³⁸ Aynı yönde bkz. Altop, s. 63; Yaşar, s. 475; Ayan, Kefalet, s. 578; Aydoğdu/Ayan, s. 226.

¹³⁹ *Altop ve Özen* ticari borçlara kefalet ile adi borçlara kefalet arasında bu şekilde bir farklılık yaratılmasının doğru olmadığını esasında ticari bir borca kefil olan kişinin durumunun adi borca kefil olan kişiden daha ağır olması gerektiğini ileri sürmektedir (Altop, s. 65; Özen, Kefalet, s. 131). Ayrıca *Özen*, TTK m. 7/1 ile getirilen söz konusu düzenlemenin TBK m. 117/1’in aksine kefilin ifa talebinde bulunulmasını gerektirmediğini, söz konusu düzenleme çerçevesinde kefile yapılacak ihtarın sadece asıl borçlunun borcunu ifa etmediğinin bildirilmesine yönelik olduğunu bu sebeple ticari bir borca kefil olan kişinin durumunun adi borca kefil olan kişiye nazaran ağırlaştığı görüşündedir (Özen, Kefalet, s. 132).

doktrinde bazı yazarlar tarafından söz konusu düzenlemenin ticari olmayan işlerde de uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşte olan *Altop*'a göre Türk Borçlar Kanunu'nda bu konuda bir düzenleme yapılmamış olmasından dolayı örtülü bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Yazara göre adi işlere kefalet halinde söz konusu ihbar yükümlülüğünün aranmaması hakkaniyete aykırılık teşkil edeceğinden TTK m. 7'nin bu konuda genel hüküm olarak kabul edilmesi ve adi işlerde de söz konusu düzenlemenin uygulanması gerekmektedir¹⁴⁰.

Aynı görüşü savunan *Acar*'a göre ticari olmayan bir borca kefil olan kişileri daha ağır bir sorumluluk altına sokmamak için TTK m. 7/1-son'daki bu düzenlemenin tüm kefalet sözleşmelerine kıyas yoluyla uygulanması gerekir. *Aydoğdu* ve *Ayan* da TTK m. 7/1-son'un kefil koruma amacının dikkate alınarak bu düzenlemenin adi işlere kefalet halinde de uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁴¹. Aynı şekil de *Özen* de ticari bir borca kefil olan kişilerin adi borçlara kefil olan kişilere göre daha fazla korunmasının doğru olmadığını bu sebeple ihbar şartına ilişkin TTK m. 7/1'deki düzenlemenin genelleştirilebileceğini ileri sürmektedir¹⁴².

Kanaatimizce kefillere temerrüt faizi yürütülmesi için ihbar şartını arayan TTK m. 7/1-son'daki bu düzenlemenin borçlu açısından ticari iş niteliği taşımayan kefalet sözleşmelerinde uygulanabilmesi mümkün değildir¹⁴³. Zira TTK m. 7/1-son'daki düzenleme ticari hüküm niteliğinde olup sadece ticari bir işin bulunduğu durumlarda uygulanabilir. Hatta kanun koyucu TTK m. 7'nin uygulanması açısından işin ticari iş niteliği taşıması şartını da sadece borçluya sınırlandırmıştır. Dolayısıyla kefil açısından bir ticari iş söz konusu olsa bile borçlu açısından ticari bir iş bulunmuyorsa TTK m. 7/1-son'daki düzenlemenin uygulanabilmesi mümkün değildir.

SONUÇ

Ticari işlerde birlikte borç altına girilmesi ve ticari bir borca kefil olunmasının sonuçları TTK m. 7'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin uygulanabilmesi için birlikte borç altına girilen veya kefil olunan borcun ticari iş niteliğinde bulunması gerekir. Birlikte borçluluk olduğu gibi bir borca kefil olunması halinde de işin kefil açısından değil borçlu açısından ticari iş niteliği taşıyıp taşımadığına bakılması gerekir. İşin kefil açısından ticari iş niteliği taşıyıp taşınamaması teselsül karinesinin uygulanması açısından herhangi bir öneme sahip değildir.

Borcun ticari iş niteliği, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmasından, borçlunun ticari işletmesini ilgilendirmesinden veya alacaklının ticari işletmesinin ilgilendirmesinden dolayı TTK m. 19/2 çerçevesinde borçlular açısından da ticari iş sayılmasından kaynaklanabilir.

Birlikte borçluluk durumunda teselsül karinesinin uygulanabilmesi için borç altına giren kişilerin aynı zamanda ve aynı işlemle borç altına girmeleri gerekmez. TTK m. 7'de birlikte borç altına girilmesinin aynı işlemle ve aynı zamanda yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca genel hükümlerde de farklı zamanda ve farklı işlemle birlikte borç altına

¹⁴⁰ Altop, s. 65.

¹⁴¹ Aydoğdu/Ayan, s. 227; Ayan, Kefalet, s. 583.

¹⁴² Özen, Kefalet, s. 131, 132.

¹⁴³ Aynı yönde bkz. Yaşar, s. 475.

giren kişiler alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu tutulmuştur (TBK m. 201). Bu sebeple farklı zamanda ve farklı işlemlerle birlikte borç altına girilmesi halinde de teselsül karinesi uygulanabilir. Aynı şekilde kefalet sözleşmelerinde de bir borca birden fazla kişi tarafından kefil olunmuşsa bunların aynı anda ve aynı işlemle kefil olup olmadıklarına bakılmaksızın teselsül karinesinin uygulanabilmesi mümkündür.

Teselsül karinesinin uygulanabilmesi için borçlulardan sadece birisi için ticari işin bulunması yeterlidir. Ancak işin borçlu açısından ticari iş niteliği taşımadığı durumlarda farklı zamanda ve farklı işlemle birlikte borç altına giren kişi açısından ticari bir iş söz konusuysa bu durum tarafların öngörmedikleri bir sorumlulukla karşılaşmalarına sebep olabilir. Zira söz konusu ihtimalde adi olarak sorumlu olan birlikte borç altına giren kişilerin ve kefillerin sorumluluğu, sonradan borç altına giren kişi açısından ticari bir işin bulunmasından dolayı müteselsil hale gelebilir. Dolayısıyla farklı zamanda ve farklı işlemle borç altına giren kişiye de teselsül karinesinin uygulanmasını kabul etmekle birlikte bu durumda işin söz konusu kişi açısından ticari iş niteliği taşımasından dolayı önceki borçlu ve kefillere teselsül karinesinin uygulanmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Birlikte borçluluk halinde ve bir borca kefil olunması halinde teselsül karinesinin uygulanabilmesi için kanun veya sözleşmeyle bu hususun aksinin öngörülmemiş olması gerekir. Dolayısıyla TTK m. 7'ye nazaran özel hüküm niteliğindeki bir düzenlemeyle teselsül karinesinin uygulama alanı ortadan kaldırılabileceği gibi sözleşmeyle de müteselsil sorumluluğun aksi kararlaştırılabilir. Ancak söz konusu düzenlemede belirtilen kanun ifadesi TTK m.7'ye nazaran genel hüküm niteliği taşıyan düzenlemeleri kapsamamaktadır. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'ndaki ticari nitelik taşımayan hükümlerin teselsül karinesinin uygulanmasına engel teşkil etmesi mümkün değildir.

Teselsül karinesinin uygulanması konusunda doktrinde üzerinde en fazla tartışılan konu TBK m. 583/1'deki kefilin müteselsil kefil olma konusundaki iradesinin kendi el yazısıyla yazılmasına ilişkin düzenlemenin bu karinenin kefiller açısından uygulanmasına engel teşkil edip etmeyeceği hususudur. TTK m. 7/2'de bu konuda birlikte borçlulukta olduğu gibi bir karineye yer verilmiştir. Söz konusu karinenin aksinin sözleşmeyle kararlaştırılabilmesi mümkündür. Aksi halde (kanunda da aksine hüküm yoksa) teselsül karinesi, tarafların ve özellikle kefilin bu konuda bir iradesinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın uygulanır. Buna karşılık TBK m. 583/1'deki şekle ilişkin düzenleme ancak müteselsil kefaletin kefilin kendi iradesine bağlı olduğu durumlar açısından uygulanabilir. TKHK m. 4/6 ve İİK m. 38'de de kefilin iradesine bağlı olmadan ortaya çıkan müteselsil kefaletle ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. TTK m. 7/2'deki düzenleme de TBK m. 583/1'deki düzenlemenin istisnalarından birisidir. Bu konuda TBK m. 583/1'deki şekil şartının aranması teselsül karinesinin uygulama alanını kefiller açısından sona erdirir. Kanun koyucunun bu amaçla hareket ettiği düşünülemez. Ayrıca ticari nitelik taşımayan genel bir hükmün, ticari bir hükmün uygulama alanını sınırlandırması veya ortadan kaldırması mümkün değildir. Bu husus ancak tüketiciyi koruyan düzenlemeler gibi ticari hükümlere nazaran özel hüküm niteliğindeki düzenlemelerle yapılabilir.

TTK m. 7/1-son'da teselsül karinesinin dışında ticari bir borca kefil olunması durumunda kefillerden temerrüt faizi talep edilebilmesi için borçlu tarafından ödemenin yapılmadığı veya taahhüdün yerine getirilmediği hususunun kefillere ihbar edilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Söz konusu düzenlemeye “teselsül karinesi” başlığını taşıyan TTK m. 7'de birlikte borçluluğa ilişkin fıkra da yer verilmesi bu düzenlemenin adi kefalette uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bazı tereddütlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Aynı şekilde düzenlemenin yapıldığı yer birlikte borçluluk halinde de bu düzenlemenin uygulanabileceğinin ileri sürülmesine yol açabilecek niteliktedir.

Kanaatimizce TTK m. 7/1-son'daki düzenlemenin adi kefalet halinde de uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak TTK m. 7/1'de yer alan kefillere ihbar yapılmasına ilişkin düzenlemenin kefalet sözleşmelerine ilişkin olduğu madde metninde açıkça ifade edilmiştir. Bu sebeple söz konusu düzenlemenin birlikte borçluluk halinde uygulanması mümkün değildir. Ancak bu konuda tereddütlerin ortadan kaldırılması için TTK m.7'nin madde başlığının değiştirilmesi ayrıca bu düzenlemeye ayrı bir fıkra da yer verilmesi gerekmektedir.

Kefillerden temerrüt faizi talep edilmesine ilişkin ihbar şartını arayan bir düzenlemeye genel hükümler içerisinde yer verilmemiştir. Bu sebeple doktrinde TTK m. 7/1-son'daki düzenlemenin ticari iş niteliği taşımayan bir borca kefil olunması halinde de uygulanması gerektiği hususunda görüşler ileri sürülmektedir. Kanaatimizce ticari işe bağlanan bir sonucun kıyas yoluyla adi işlere uygulanması mümkün değildir. Söz konusu durum özel hüküm, genel hüküm ilişkisiyle de bağdaştırılamaz.

KAYNAKÇA

Acar, Özlem. *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Ağca Toplandı, Pınar. “Teselsül Karinesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2010, Sa. 90, s.379-394.

Aker, Halit. “Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.25, Y. 2009, s. 270-273.

Akıntürk, Turgut. *Müteselsil Borçluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971.

Akipek Öcal, Şebnem/Uzun Kazmacı, Özge/ Hamamcıoğlu, Esra. “Bankacılık Sektöründe Kefalet”, *Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, 2. Baskı, Ed. TOKBAŞ, Hakan/KURŞUN, Ali Suphi, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 123-159.

- Altop, Atilla. “Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Türk Borçlar Kanunu’nda ve Türk Ticaret Kanunu’nda Yer Alan ve Birbirleri ile Çeliştikleri Düşünülen Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Sa.2, Y. 2017, s. 55-66.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Arat, Ayşe. “Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, Sa.2, Y. 2018, s. 325-366.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2019.
- Arslanlı, Halil. *Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- Ayan, Serkan. “Kefalet Sözleşmesi m. 583-588”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. 2, Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 2511-2616 (Şerh).
- Ayan, Serkan. *Kefalet Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (Kefalet).
- Ayan, Serkan. “Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Sa.2, Y. 2018, s. 665-692 (Yetki).
- Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan. *Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku’nda yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*, 2.Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Ticari İşletme).
- Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet. *Şirketler Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019 (Şirketler).
- Bahtiyar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Barlas, Nami. *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- Baş, Ece. “6098 sayılı TBK’nın Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXX, Sa.2, s. 115-144.
- Baştuğ, İrfan/Erdem, Ercüment. *Ticari İşletme Hukuku*, DEÜHF Yayınları, Ankara, 1993.

-
- Bilgen, Mahmut. *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Bilgişin, Şevket Memedali. *Ticaret Hukuku Prensipleri*, C. I, 2. Baskı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1948.
- Bozer, Ali/Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018.
- Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Çağa, Tahir. “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991, Sa.3, s. 366-375.
- Can, Mehmet Çelebi/ Kaşak, Fahri Erdem. “Ticari Borçlara Kefalet Halinde Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sıfatının El Yazısıyla Belirlenmesini Arayan TBK m. 583 Hükümü Karşısında Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, Sa. 162, s. 266-277.
- Çelik, Aytekin. “Ticari İşlerde Faiz Konusundaki Hükümlerin Tüketici İşlemlerinde Uygulanması”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, Sa.2, Temmuz 2021, s. 259-290.
- Develioğlu, H. Murat. *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Doğanay, İsmail. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C.1, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Domaniç, Hayri. *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, 4. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1998 (Esaslar).
- Domaniç, Hayri. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C.I, Temel Yayınları, İstanbul, 1988 (Şerh).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017 (Genel).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Özel).
- Eriş, Gönen. *Ticari İşletme ve Şirketler*, C.I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Furrer, Andreas/ Muller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Göktürk, Hüseyin Avni. “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, Sa.3, Y. 1950, s.325-352 (Göktürk, H.A.).

- Göktürk, Kürşat. “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C.XIX, s. 3-44.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C.1, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Borçlar).
- Gümüş, Mustafa Alper. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Şerh).
- Gündüz, Şefika Deren. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- Hirş, Ernst. *Ticaret Hukuku Dersleri*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1948.
- Kapancı, Kadir Berk. “Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen ‘Ticari İşlerde Teselsül Karinesi’ Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, Sa.2, Y.2016, s. 131-170.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku, I-Giriş-Ticari İşletme*, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1968.
- Kendigelen, Abuzer. *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Kendigelen, Abuzer/ Kırca, İsmail. *Şirketler Hukuku*, C.I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Kırca, İsmail. “Ticari İş ve Ticari Hükme Dair”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 2018, C. XXXIV, Sa.3, s. 5-17.
- Koç, Ömer Cemre. *Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmede Üstlenenin Hukuki Konumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Midyat, Nuri Aziz. “Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXV, Sa.2, Y. 2017, s. 681-706.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- Özdoğan, Nurcihan Dalcı. *Müteselsil Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

-
- Özen, Burak. *Kefalet Sözleşmesi*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Kefalet).
- Özen, Burak. “Tüketici Kredilerinde Muacceliyet Koşullarının Kefile Etkisi”, *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016*, Ed. TOKBAŞ, Hakan/ÜÇİŞİK, Fehim, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 34-40 (Tüketici).
- Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2022.
- Reisoğlu, Seza. *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992 (Kefalet).
- Reisoğlu, Seza. “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1962, C.19, Sa. 1-4, s. 327-392 (Muteberlik).
- Ruhi, Ahmet Cemal/ Ruhi, Canan. *Türk Kefalet Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Şahin, Ayşenur Caner. *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Şeker, Muzaffer. *Kefalette ve Avalde Eşin Rızası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Şener, Oruç Hami. *Adi Ortaklık*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Tekil, Fahiman. *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı, Tekil Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi”, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Ankara, 1964, s. 509-518.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, Hüseyin Murat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Tunçomağ, Kenan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 3. Baskı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1968.
- Uygur, Turgut. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.II, Madde 237-649*, 3. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Ertan, Füsun Nomer. *Ticari İşletme Hukuku*, Kısaltılarak Güncellenmiş 8.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

- Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukuku Umumi Kısmı*, C. 1-2 (Çev. Edege, Cevat.), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.
- Yağcı, Kürşat. “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK. m. 88 ve TBK. m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler Bakımından Uygulanabilirliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası*, C. LXXI, Sa. 2, s. 421-438.
- Yalman, Macit/ Taylan, Erbay. *Adi Ortaklık*, Olgaç Matbaa, Ankara, 1976.
- Yaşar, Sevgi Bozkurt. “TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri-Kefilin Sorumluluğu ve Takibi”, *Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.14, Sa. 175-178, s. 433-527.
- Yavuz, Cevdet. “Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri”, *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 12, Sa. 1-2, 2004, s. 17-61.
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Yazıcı, Burçin. “Borçlar Hukuku ve İcra İflas Hukuku Çerçevesinde İcra Kefaletnameleri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Sa. 1-2 (2014), s. 211-236.
- Yıldırım, Efe Can. *Birlikte Kefalet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

Vasiyetnamenin Tenfizi Kavramı ve Vasiyetnamenin Tenfizi Davası

Mehmet AKÇAAL 

Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı
Konya, Türkiye

mehmetakcaal@hotmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZET

Makale Geçmişi
Geliş: 08.04.2023
Kabul: 08.06.2023
Yayın: 19.06.2023

Anahtar Kelimeler:

Ölüme Bağlı Tasarruf,
Vasiyetname, Vasiyet,
Vasiyetin İfası,
Vasiyetnamenin
Tenfizi.

Vasiyetnamenin tenfizi kavramı, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yer almamaktadır. Vasiyetnamenin tenfizi Yargıtay içtihatlarında ise sıkça karşılaşılan bir kavramdır. Ölüme bağlı tasarrufun herhangi bir itiraza uğramadığının tespiti amacıyla açılan bu dava uygulamada çeşitli isimlerle anılmaktadır. Daha ziyade ise bahse konu dava vasiyetnamenin tenfizi davası diye ifade edilmektedir. Vasiyetnamenin tenfizi davasının şartları belirli mal bırakmanın olması, vasiyetnamenin geçerli olması ve vasiyetnamenin açılmış olması diye ortaya konulabilir. Burada aslında şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun türlerinden vasiyetname değil, maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufun türlerinden vasiyet kast edilmektedir. Türk Hukuku'nda böyle bir kavrama gerçekten gerek olup olmadığı ile vasiyetnamenin tenfizi davasının mahiyeti incelenmeye değerdir. İşte, bu çalışmada önce vasiyetnamenin tenfizi kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Daha sonra da vasiyetnamenin tenfizi davasının konusu, hukukî niteliği, şartları, tarafları, açılacağı görevli ve yetkili mahkeme, süresi ve sonucunda verilecek hüküm incelenmiştir.

The Concept of Enforcement of Will and Case For Enforcement of Will

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 08.04.2023
Accepted: 08.06.2023
Published: 19.06.2023

Keywords:

Testamentary
Disposition, Will,
Legacy, Performance of
Legacy, Enforcement of
Will.

The concept of enforcement of will is not included in Turkish Civil Code No 4721. On the other hand, enforcement of will is a concept that is frequently encountered in case law of Supreme Court. This lawsuit, which was opened to determine that testamentary disposition was not subject to any objection, is referred to by various names in practice. Rather, it is referred to as enforcement of will. The conditions of the case are to bequeath a specific legacy, testamentary disposition to be valid and will to be opened. In fact, will is meant, not a testament, which is one of the types of testamentary disposition, but a will, which is a material form of testamentary disposition. It is worth examining whether such a concept is really needed in Turkish Law and the nature of case for enforcement of will. Here, in this study, firstly, what should be understood from the concept of enforcement of will is explained. Then, the subject of case for enforcement of will, its legal nature, conditions, parties, authorized court, its duration and judgment were examined.

Atf/Citation: Akcaal, M. (2023). "Vasiyetnamenin Tenfizi Kavramı ve Vasiyetnamenin Tenfizi Davası", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 374-396.

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

Ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını meydana getiren hukukî işlemlerdir. Ölüme bağlı tasarruf kavramı, maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf ve şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruf diye iki ayrı anlamda kullanılır¹.

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf, şeklî anlamda ölüme bağlı tasarrufun içeriğidir; yani şeklî anlamda ölüme bağlı tasarrufta açıklanan mirasbırakanın son arzularıdır. Meselâ, mirasçı atama, belirli mal bırakma (vasiyet), yükleme, mirastan feragat ve evlilik dışı çocuğu tanıma birer maddî anlamda ölüme bağlı tasarruftur².

Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın irade açıklamasında bulunurken uymak zorunda olduğu kalıbı ifade eder. Şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruf miras sözleşmesi ve vasiyetname olmak üzere iki türlüdür³.

Miras sözleşmesi iki taraflı bir hukukî işlemdir. Vasiyetnameden farklı olarak, miras sözleşmesi kural olarak tek taraflı ortadan kaldırılamaz⁴.

Miras sözleşmesinden farklı olarak, vasiyetname tek taraflı bir hukukî işlemdir. İrade açıklamasının başkasına ulaşmasına veya mirasbırakan dışında bir kimsenin irade açıklamasına gerek yoktur. Mirasbırakan, kural olarak her zaman özgürce vasiyetnameden dönebilir⁵.

Tek taraflı bir hukukî işlem olan vasiyetname resmî vasiyetname, el yazılı vasiyetname ve sözlü vasiyetname olmak üzere üç farklı şekilde düzenlenebilir. Sözlü vasiyetname sadece

¹ Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1978, s. 125 vd.; Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku Dersleri*, II. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 110-111; Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek. *Türk Miras Hukuku*, IV. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, N. 185-186; Antalya, O. Gökhan. *Miras Hukuku*, IV. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, N. 355 vd.; Dural, Mustafa / Öz, Turgut. *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, XI. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, N. 235, 251; Hatemi, Hüseyin. *Miras Hukuku*, IV. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 61 vd.; Serozan, Rona / Engin, Baki İlkyay. *Miras Hukuku*, III. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 201; İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan. *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku*, VIII. Baskı, İleri Kitabevi, İzmir, 2012, s. 159 vd.; İmre, Zahit / Erman, Hasan. *Miras Hukuku*, IX. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s. 53 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 97-98; İlgüzar, Hasan / Demir, Mehmet / Yılmaz, Süleyman. *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 35 vd.

² Kocayusufpaşaoğlu, s. 134; Oğuzman, s. 111-112; Dural / Öz, N. 272; Antalya, N. 733 vd.; Hatemi, s. 65 vd.; İnan / Ertaş / Albaş, s. 207 vd.; Serozan / Engin, s. 286; Öztan, Bilge. *Miras Hukuku*, XII. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 274-275; İmre / Erman, s. 55; Kılıçoğlu, s. 98; İlgüzar / Demir / Yılmaz, s. 37.

³ Oğuzman, s. 110-111; Dural / Öz, N. 253; İmre / Erman, s. 55; Eren / Yücer Aktürk, N. 187; Antalya, N. 401 vd.; Hatemi, s. 63; İnan / Ertaş / Albaş, s. 170 vd.; Serozan / Engin, s. 205 vd.; Kılıçoğlu, s. 98; İlgüzar / Demir / Yılmaz, s. 37; Yıldırım, Abdülkerim. “Sözlü Vasiyetname”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. V, S. 16, 2014, s. 211; Akçaal, Mehmet. *Medenî Hukuk*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 225.

⁴ Ayiter, Nüşin / Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*, II. Baskı, Adalet Matbaası, Ankara, 1991, s. 75; Oğuzman, s. 111; Eren / Yücer Aktürk, N. 192; Antalya, N. 542 vd.; Hatemi, s. 63 vd.; İmre / Erman, s. 56; İnan / Ertaş / Albaş, s. 163; Kılıçoğlu, s. 99-100.

⁵ Köprülü, Bülent. *Miras Hukuku Dersleri I (Mirasçılar – Ölüme Bağlı Tasarruflar)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 111-112; Oğuzman, s. 111; Dural / Öz, N. 477-478; Eren / Yücer Aktürk, N. 190; Antalya, N. 411 vd.; Hatemi, s. 63 vd.; İmre / Erman, s. 56; İnan / Ertaş / Albaş, s. 163; Serozan / Engin, s. 207; Kılıçoğlu, s. 99-100; Savaş, Abdurrahman. “İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukukî İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2007, s. 64; Kahraman, Zafer. “Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname ile Geri Alınması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 4, 2015, s. 947; Tekdoğan, Aydın. “Tapu İptali ile Tescil İstemi Vasiyetnamenin Tenfizi Davası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. XV, S. 171, 2020, s. 2358.

kanunda öngörülen istisnaî hallerde mümkündür. Bunun dışında, mirasbırakan resmî vasiyetnameyi veya el yazılı vasiyetnameyi seçerek son arzularını açıklayabilir. Resmî vasiyetname, usulüne uygun olarak ve iki tanığın katılmasıyla resmî memur tarafından düzenlenen vasiyetnamedir. Resmî memur, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli de olabilir (TMK. m. 532). Meselâ, Türk konsoloslukları da resmî vasiyetname düzenleyebilirler. El yazılı vasiyetname, vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış vasiyetnamedir (TMK. m. 538/I). Resmî vasiyetnameden farklı olarak, burada resmî memurun veya tanığın katılmasına gerek yoktur. Mirasbırakan el yazılı vasiyetnamenin yapıldığından herhangi bir kimseyi haberdar etmemiş olsa bile bu işlem geçerlidir. Sözlü vasiyetname kanunda öngörülen olağanüstü hallerden biri yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapılamadığı takdirde başvurulabilen bir vasiyetname türüdür (TMK. m. 539/I). Yani, sözlü vasiyetname istisnaîdir⁶.

Her ne kadar ölüme bağlı tasarruflar hakkında kanunda ayrıntılı düzenlemeler (TMK. m. 502 vd.) yer alsa da, vasiyetnamenin tenfizi bakımından durum farklıdır. Kanunda açıkça öngörülmemesine rağmen vasiyetnamenin tenfizi uygulamada oldukça benimsenen bir terimdir. Bu sebeple, çalışmanın konusunu vasiyetnamenin tenfizi kavramı ve bununla ilişkili olarak vasiyetnamenin tenfizi davası oluşturmaktadır.

I. VASİYETNAMENİN TENFİZİ KAVRAMI

Tenfiz, Arapça kökenli olup, kelime itibarıyla hükmü yerine getirme, uygulama ve infaz etme anlamına gelir. Tenfiz kelimesinin anlamından hareketle, vasiyetnamenin tenfizinin vasiyetnamede bulunan maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların yerine getirilmesi için gereken edimlerin ifasını ifade ettiği düşünülebilir⁷.

Vasiyetnamenin tenfizi 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda ayrı bir hukukî müessese olarak düzenlenmemiştir. Tapu Sicili Tüzüğü'nde ise sadece tenfiz kararı ifadesi yer almıştır (TST. m. 20/I, b. b). Uygulamada, vasiyetnamenin tenfizi kavramı ile sıkça karşılaşılmaktadır⁸. Vasiyetnamenin yerine getirilmesi, vasiyetnamenin infazı ve vasiyetin tenfizi kavramlarının da

⁶ Berki, Şakir. *Miras Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 73 vd.; Kocayusufoğlu, s. 157 vd.; Oğuzman, s. 127 vd.; Eren / Yücer Aktürk, N. 321 vd.; Dural / Öz, N. 302 vd.; Antalya, N. 419 vd.; Hatemi, s. 77 vd.; İnan / Ertaş / Albaş, s. 172 vd.; İmre / Erman, s. 56; Serozan / Engin, s. 254 vd.; İşgüzar / Demir / Yılmaz, s. 41 vd.; Kılıçoğlu, s. 106 vd.; Akkurt, Sinan Sami / Erdoğan, Kemal / Tokat, Hüseyin. *Medenî Hukuk Temel Bilgiler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 780 vd.; Yavuz, Cevdet / Topuz, Murat. "Resmi Vasiyetnamede Düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK. madde 534 ve 535'in Değerlendirmesi)", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 4, S. 7, 2016, s. 1148; Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru. "Resmi Vasiyetname", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. XXX, S. 133, 2017, s. 370; Çaldağ, Coşkun. "Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenme Biçimleri, Vasiyetçi için Özel Durumlar ve Resmi Vasiyetnamenin Geri Alınması", *Adalet Dergisi*, C. 148, S. 67, 2021, s. 265; Yünlü, Semih. "Video Vasiyetname: Ölüme Bağlı Tasarrufların Güncellenmesi", *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 22, S. 2, 2020, s. 720 vd.

⁷ Baygın, Cem. "Vasiyetnamelerle İlgili İhtiyat Tedbirleri ve Özellikle Vasiyetnamenin Tenfiz Meselesi", *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 1, 1999, s. 252; Demir, Mehmet. "Vasiyetnamelerin Açılması ve Yerine Getirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. VII, S. 3, 1995, s. 362.

⁸ 7. HD. E. 2021/ 5397 K. 2022 / 7702, T. 13.12.2022 (Sinerji); Baygın, 1999, s. 252.

bununla eş anlamlı kullanıldığı söylenebilir⁹. Ne var ki, vasiyetnamenin tenfizi diye ayrı bir hukukî müesseseye ihtiyaç olup olmadığı hususu ortaya konulmalıdır.

Yargıtay'a göre, vasiyetnamenin tenfizi ayrı bir kavram ve farklı bir dava türü olarak kabul edilmektedir¹⁰. Yüksek Mahkeme'nin içtihatlarındaki gerekçeye göre, vasiyet alacaklısı kişisel bir istem hakkına sahiptir. Yasal veya iradî mirasçılarının tapu memuru önünde mülkiyetin devrine yönelik bir irade açıklaması olmaksızın vasiyet alacaklısı tapu sicilinde işlem yapamaz¹¹.

Katıldığımız hâkim görüşe göre, mahkeme içtihatları ile vasiyetnamenin tenfizi diye ayrı bir kavramın yaratılmasına gerek yoktur. İptal veya tenkis davasının açılması gibi bir hukukî engel yoksa, sulh hukuk mahkemesinde vasiyetnamenin geçerliliği hüküm altına alınabilir. Bunun dışında, mesele mirasçı atama ve belirli mal bırakma (vasiyet) bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İlk olarak, vasiyetnamenin mirasçı atamayı içermesi halinde, zaten vasiyetnamenin tenfizinden bahsedilemez. Mirasçılar arasındaki miras ortaklığı paylaşma ile sona erdirilebilir. İkinci olarak, vasiyetnamenin belirli mal bırakmayı içermesi halinde ise vasiyetnamenin değil, vasiyetin ifası gerekir. Yasal ve iradî mirasçılardan farklı olarak, vasiyet alacaklısı küllî halef sıfatına sahip değildir. Vasiyet alacaklısı ölümle birlikte vasiyet konusu şey üzerinde doğrudan hak kazanmaz. Vasiyet alacaklısı sadece mirasçılara veya varsa vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı vasiyet borcunun yerine getirilmesine yönelik bir alacak hakkına sahip olur (TMK. m. 600/I). Vasiyetnamedeki her bir vasiyetin ayrı ayrı ifa edilmesi gerekir. Her bir vasiyetin yerine getirilmesi de daha sonra açıklandığı üzere kendine özgü esaslara tâbidir¹².

II. VASİYETNAMENİN TENFİZİ DAVASI

A. Terim

Uygulamada vasiyetnamenin tenfizi davası¹³ ve vasiyetnamenin yerine getirilmesi davası¹⁴ terimleri sıkça kullanılmaktadır. Aslında burada vasiyetnamenin değil, vasiyet borcunun yerine getirilmesi bahse konu olduğu için buna vasiyetin tenfizi veya vasiyetin yerine getirilmesi denmesi daha isabetli olur. Nitekim, doktrinde vasiyetin yerine getirilmesi davası¹⁵, vasiyetin ifası davası¹⁶ ve vasiyet borcunun tenfizi (yerine getirilmesi) davası¹⁷ gibi terimler kullanılmaktadır. Fakat

⁹ 2. HD. E. 2000/1389 K. 2000/3228, T. 20.03.2000 (Sinerji).

¹⁰ 7. HD. E. 2022/6718 K. 2022 / 7430, T. 05.12.2022 (Sinerji); 3. HD. E. 2014/14407 K. 2015/2188, T. 16.02.2015 (Lexpera).

¹¹ 3. HD. E. 2009/20749 K. 2010/3140, T. 01.03.2010 (Lexpera).

¹² Oğuzman, s. 168; Dural / Öz, N. 1659; İmre / Erman, s. 330; Öztan, s. 381; Eren / Yücer Aktürk, N. 435-436; Serozan / Engin, s. 427; Baygın, 1999, s. 253 vd.; Aydın Ateş, Gülşah Sinem. *Vasiyetin Yerine Getirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 295-296; Belge Çetin, Ayşe Merve. *Vasiyet (Belirli Mal Bırakma)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 211; Demir, s. 363 vd.

¹³ 7. HD. E. 2022/6826 K. 2022 / 8049, T. 26.12.2022 (Sinerji); 5. HD. E. 2022/12557 K. 2022/14926, T. 31.10.2022 (Sinerji); 2. HD. E. 1997/13419 K. 1997/616, T. 17.01.1997 (Sinerji).

¹⁴ 2. HD. E. 91 K. 823, T. 31.01.2002 (Gençcan, Ömer Uğur. *Miras Hukuku*, III. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 1023); 2. HD. E. 7512 K. 8798, T. 01.07.2004 (Gençcan, s. 1023).

¹⁵ Aydın Ateş, s. 294.

¹⁶ İnan / Ertaş / Albaş, s. 233; Belge Çetin, s. 258.

¹⁷ Serozan / Engin, s. 427.

yerleşik içtihatlarda daha ziyade vasiyetnamenin tenfizi davası terimi ile karşılaşılmaktadır¹⁸. Teknik anlamda çok isabetli olmamakla beraber, yerleşik uygulama göz önünde bulundurularak bu çalışmada da vasiyetnamenin tenfizi davası terimi benimsenmiştir.

Yargıtay içtihatlarında bazen de vasiyetnamenin tenfizi davası ile istihkak davası eş anlamlı olarak kullanılmaktadır¹⁹. Ancak, bu yaklaşım oldukça eleştiriye açıktır. Çünkü istihkak davası mülkiyet hakkından kaynaklanmakta olup TMK. m. 683/II hükmünde açıkça düzenlenmiştir. İstihkak davası hukukî niteliği itibarıyla aynî bir davadır. Oysa vasiyetnamenin tenfizi davasını açan vasiyet alacaklısının henüz malik olduğundan veya aynî bir hakkının bulunduğundan söz edilemez²⁰.

B. Davanın Konusu

Vasiyetnamenin tenfizi davasının konusu vasiyete konu malvarlığı değeridir²¹. Vasiyete konu malvarlığı değeri terekeye dâhil olmalıdır²².

Vasiyete konu değer, üzerinde henüz kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamış olan taşınmazdaki belirli bir daire vb. olabilir. Böyle bir vasiyetin tenfizi de istenebilir. Yargıtay'a göre, bu durumda davacının istemi kat mülkiyetinin kurulması istemini de kapsar. Yüksek Mahkeme dava konusu taşınmaz mal üzerinde kat mülkiyetinin kurulup kurulamayacağının araştırılması gerektiğini, bu mümkünse vasiyet konusu bağımsız bölümün davacı adına tesciline; mümkün değilse istemin reddine karar verilmesi gerektiğini benimsemektedir²³. Yargıtay'ın bu yerleşik

¹⁸ 2. HD. E. 2009/18027 K. 2009/19236, T. 09.11.2009 (Sinerji); 7. HD. E. 2022/ 6826 K. 2022 / 8049, T. 26.12.2022 (Sinerji); 7. HD. E. 2021/7363 K. 2022/7598, T. 08.12.2022 (Sinerji). Aynı terim doktrinde de kullanılmaktadır. Tekdoğan, s. 2361.

¹⁹ 2. HD. E. 2000/13892 K. 2000/14407, T. 20.11.2000 (Sinerji); 2. HD. E. 2000/1389 K. 2000/3228, T. 20.03.2000 (Sinerji); HGK. E. 1994/301 K. 1994/422, T. 22.06.1994 (Lexpera).

²⁰ Kocayusufoşpaşaoğlu, s. 268; Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, C. I, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, N. 631c, dpn. 1129; Aydın Ateş, s. 300-301.

²¹ Aydın Ateş, s. 295.

²² 2. HD. E. 2007/16699 K. 2009/1157, T. 02.02.2009 “Davaya konu 530 ve 141 nolu parseller de mirasbırakan K1 adına kayıtlıdır. Mirasbırakan K1'ye ait 5.11.1982 tarihli vasiyetname 1.10.2002 tarihinde açılarak okunmuş ve iptal edilmemiştir. Vasiyetname halen geçerli olup dava konusu taşınmazlar da terekeye dahil olduğuna göre mirasbırakana ait vasiyetnamede hak sahibi olan davacının davasının kabulüne karar vermek gerekir...” (Lexpera); 3. HD. E. 2009/20058 K. 2009/20874, T. 24.12.2009 “Davacının tapuya tescile yönelik talebinin kabul edilebilmesi için vasiyet edenin terekesine ait olması şarttır...” (Lexpera); 3. HD. E. 2010/26 K. 2010/7444, T. 27.04.2010 “Davacı lehine düzenlenen vasiyetnamenin vasiyetçisi durumunda olan K1'nin, taşınmaz yönünden K4'nin mirasçısı olmadığı kesinleşmiş mahkeme kararı ile saptanmış olduğundan; düzenlediği vasiyetname dava konusu taşınmaz açısından hukuki sonuç doğurmaz. Zira, vasiyetçiye mirasın intikal etmeyen (tasarrufuna geçmeyen veya geçmeyecek olan) taşınmazın vasiyeti yok hükmünde olup, yerine getirilmesi de söz konusu olamaz...” (Lexpera).

²³ 2. HD. E. 2008/18847 K. 2008/17480, T. 22.12.2008 “İstek vasiyetnamenin yerine getirilmesine ilişkindir. Vasiyetçi Hayriye, Bartın Birinci Noterliği'nin 15.09.1989 gün ve 11810 sayılı Vasiyetname ile muayyen mal vasiyetinde bulunmuş ve vasiyetname Amasra Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 19.10.2006 gün ve 2006/82-179 karar sayılı dosyası ile açılmıştır. Vasiyetnamenin yazımında murisin iradesini ayakta tutacak bir yol izlenmelidir. (YHGK 07.06.1966 tarih 738-309 sayılı ve 2. HD 10.05.2001 tarih 5921-7312 sayılı kararları) Vasiyetçi Hayriye, Bartın Birinci Noterliği'nin 15.09.1989 gün ve 11810 sayılı vasiyetnamesiyle henüz kat mülkiyeti kurulmamış olan 194 ada, 6 parseldeki bahçeli ev vasfındaki gayrimenkul üzerinde 2 katlı evin üst katını evlatlığı Hava'ya, birinci kat ve bahçenin tamamını davacı Hüseyin'e vasiyet etmiştir. Mirasbırakan vasiyet edilen gayrimenkulde paydaştır. Vasiyet Kat Mülkiyeti Yasası hükümlerine göre belirli ve muayyen bir şeyi ifade etmemekte, dolayısıyla şimdilik infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. İnfaz imkânının doğması 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 12, 14 ve 50. maddeleri hükümleri gereği kat irtifakı veya mülkiyetinin kurulmasına bağlıdır. Söz konusu taşınmaz mal üzerinde henüz kat mülkiyetinin kurulmamış olması; Borçlar Kanunu'nun 117/1. maddesinde yer alan ve borcun sübutuna yol açan objektif imkânsızlık

içtihadı, favor testamenti (vasiyetname lehine yorum) ilkesine uygundur. Zira, vasiyetname lehine yorum ilkesi gereğince, hem geçerli hem de geçersiz tarzda yorumlanabilecek müphem (belirsiz) bir ölüme bağlı tasarrufu geçerli kılacak yoruma üstünlük tanınır²⁴. Yargıtay'ın içtihadı usul ekonomisine de uygun düşer. Ancak Yüksek Mahkeme'nin içtihadının taleple bağlılık ilkesine aykırı olduğu da ifade edilmelidir. Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen içtihadı gereğince, vasiyetnamenin tenfizi davası ile birlikte taşınmaz mal üzerinde kat mülkiyetinin kurulmasına da karar verildiği ve bu istemin aslında inşâ mahiyette bir davanın konusu olduğu da belirtilmelidir.

C. Hukukî Niteliği

Vasiyetnamenin tenfizi davasının hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu dava hukukî niteliği itibarıyla bir tespit davasıdır. İptal veya tenkis davası gibi bir dava açılmamışsa, böyle bir durumda mahkeme tarafından vasiyetnamenin açıldığı, vasiyetnamenin açılmasından itibaren öngörülen yasal süreler içinde herhangi bir itiraza uğramadığı ve dolayısıyla da kesinleştiği tespit edilir²⁵.

Yargıtay vasiyetnamenin tenfizi davasını daha ziyade bir tespit davası olarak kabul etmektedir²⁶. Buna göre, vasiyetnamenin tenfizi davası bir aynî hakkın kurulması için değil, vasiyetnamenin açılıp itiraza uğramadığını veya yapılan itirazların sonuçsuz kaldığını tespit etmek üzere açılır²⁷. Mahkemenin vereceği tespit hükmü, başlı başına aynî hakkın kazanılmasını

olarak nitelendirilemez. Şahsi hak sahibi davacının isteğini, davalının kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurmalarına talik etmek de Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Kat Mülkiyeti Kanunu'nda kat mülkiyetine elverişli bir yapı yapılması halinde kat mülkiyeti kurulmasının dava yoluyla istenmesine engel bir hüküm yoktur. Davacının isteği bu yönü de kapsar. O halde, dava konusu taşınmaz mal içindeki binanın kat mülkiyeti kurulmasına elverişli bir yapı olup olmadığının belediye fen işlerinden sorulması, bağımsız bölümlerin arsa payları yönünden de bilirkişi düşüncesi alınması, yapının islahını mümkün olup olmadığının araştırılması, islah ve kat mülkiyeti kurulması için gerekli belgeleri düzenleyip ibraz etmek üzere davacıya yetki ve mehil verilmesi, ibraz edilen belgelere davalının bir itirazı olduğu takdirde bunların objektif kurallar çerçevesinde incelenip düzeltildikten sonra, taşınmaz mal üzerinde kat mülkiyeti kurmak suretiyle vasiyete konu bağımsız bölümlerin davacı üzerine tesciline, objektif imkânsızlık varsa, isteğin reddine karar verilmesi gerekir..." (Lexpera). Aynı yönde içtihatlar için bkz. 2. HD. E. 2007/12611 K. 2008/14814, T. 10.11.2008 (Lexpera); 2. HD. E. 2006/19607 K. 2007/14297, T. 24.10.2007 (Lexpera); 2. HD. E. 2001/3611 K. 2001/7844, T. 18.5.2001 (Lexpera); 3. HD. E. 18335 K. 2442, T. 18.02.2010 (Gençcan, s. 1061).

²⁴ Eren / Yücer Aktürk, N. 619; Yeniocak, Umut. "Çocuğun Vasiyetname Yoluyla Tanınması (Yargıtay Kararı İncelemesi)", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 100, 2014, s. 121; Türkmen, Ahmet. "Dijital Vasiyetname ve Vasiyetlerin Şekle Uygunluğunun Türk Pozitif Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2020, s. 1254 vd.; Taşatan, Caner. "Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu'na Yansımaları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 1, 2021, s. 574; Kırkbeşoğlu, Nagehan. "Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 4, 2019, s. 208 vd.; Öztürk, Mehmet. *Resmî Vasiyetname*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019, s. 38 vd.; 3. HD. E. 2014/22183 K. 2015/17797, T. 12.11.2015 (Sinerji).

²⁵ Dural / Öz, N. 1659; Öztan, s. 381; Tekdoğan, s. 2361.

²⁶ 3. HD. E. 2014/14407 K. 2015/2188, T. 16.02.2015 "Vasiyetnamenin tenfizi ve buna bağlı olarak tapu iptali-tescil davası; vasiyetnamenin açılıp okunduğu, itiraza uğramadan veya itiraz edilmiş ise itirazların reddedilmesi sonucunda kesinleştiğine dair bir tespit davası olup..." (Lexpera).

²⁷ 2. HD. E. 2000/1389 K. 2000/3228, T. 20.03.2000 "Medeni Kanunun 539. maddesi uyarınca, mirasın açılmasıyla terekeye sahip olma hakkı, sadece yasal mirasçılara tanınmıştır. Vasiyetname ile mirasçı nasb edilenler ise haklarına, yasal mirasçılar ve öncelikle tasarruf ile yararlarına teberru yapılmış olanlarca bir itirazda bulunulmadığının anlaşılması halinde vasiyetnamenin tebliğinden itibaren 1 ay geçtikten sonra mirasçılık sıfatları hakkında belge verilmesini, Sulh Hâkiminden isteyebilirler. Vasiyetname ile verilen hakka, tasarrufu sağlayacak olan, Sulh Hâkiminin vereceği mirasçılık belgesidir. Kendisine belirli bir mal vasiyet edilen kimsenin durumu ise daha farklıdır. Medeni

sağlamaz. Kendisine belirli bir mal vasiyet edilen kimsenin bu vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan varsa ona, yoksa yasal ve iradî mirasçılara karşı açacağı ifa davası ile malın kendisine teslimini istemesi gerekir²⁸. Nitekim, uygulamada genellikle vasiyetnamenin tenfizi ile birlikte vasiyetin ifası da istenmektedir. Meselâ, taşınmaz vasiyetinde vasiyetnamenin tenfizi ile birlikte tescil isteminin de ileri sürüldüğü görülmektedir²⁹. Bu durumda uygulamada tapu iptali ve vasiyet alacaklısı adına tescile karar verilmektedir³⁰.

Diğer bir görüşe göre, vasiyetnamenin tenfizi davası aynen ifa ve/veya tazminat istemli bir ifa (eda) davası niteliğindedir³¹. Yargıtay'ın bu görüşe uygun içtihatları da mevcuttur³².

Katıldığımız görüş gereğince, vasiyetnamenin tenfizi davası hukukî niteliği itibarıyla tespit davası mahiyetindedir. Buna ek olarak, uygulamada karşılaşıldığı üzere vasiyetin ifası isteminin niteliği de ortaya konulmalıdır. Kanaatimizce vasiyetin türüne göre her bir vasiyetin yerine getirilmesinde kendine özgü esaslar göz önünde bulundurulmalıdır. Vasiyet borcunun ifası için açılan dava hukukî niteliği itibarıyla eda davası mahiyetinde olabileceği gibi inşaî dava mahiyetinde de olabilir. Meselâ taşınır vasiyetinde açılan dava, eda davası niteliğindedir. Keza,

Kanun'un 541. maddesi gereğince belirli bir mal vasiyet edilen kimse, bu vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan varsa ona, yoksa yasal ve seçilmiş mirasçılara karşı açacağı istihkak davası ile malın kendisine teslimini isteyebilir. İncelenen dosyadan davacının öncelikle vasiyetnamenin infazını istediği anlaşılmaktadır. Ancak kendisine muayyen mal vasiyet edilen kişi durumunda bulunduğundan, izleyeceği yol Medeni kanunun 541. maddesi uyarınca bu malin teslimini yasal veya seçilmiş mirasçılardan veya tenfiz memuru varsa ondan istemek, bunların teslimden kaçınmaları ve üstün bir hak iddia etmeleri halinde, onlara karşı istihkak davası açmaktan ibarettir..." (Sinerji).

²⁸ 3. HD. E. 2009/12750 K. 2009 / 13819, T. 15.09.2009 "Hukuk Genel Kurulu'nun 13.2.1991 gün 648-65 sayılı kararında vurgulandığı üzere, vasiyetnamenin tenfizi diye adlandırılan davalar bir ayni hakkın tesisi için değil, yalnızca Sulh Hukuk Mahkemesince açılan vasiyetnamenin Türk Medeni Kanunu'nun 596 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tebliğ işlemlerinin tamamlanmasından ve gerekli yasal sürelerin geçmesinden sonra, herhangi bir itiraza uğramadığı ve iptalinin istenmediği veya itirazların sonuçsuz kaldığının, bu nedenle de kesinleşmiş olduğunun tespiti içindir. Bu tespit başlı başına aynı bir hakkın geçirimini sağlamaz. Kendisine belirli bir mal vasiyet edilen kimsenin bu vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan varsa ona, yoksa yasal ve seçilmiş mirasçılara karşı açacağı istihkak davası ile malın kendisine teslimini istemesi gerekir (TMK. md.600)..." (Sinerji).

²⁹ 3. HD. E. 2015/15064 K. 2016/3015, T. 02.03.2016 (Sinerji); 3. HD. E. 2014/5633 K. 2014/10743, T. 01.07.2014 (Lexpera); 3. HD. E. 2013/20110 K. 2014/4533, T. 24.03.2014 "Vasiyet Kat Mülkiyeti Yasası hükümlerine göre belirli ve muayyen bir şeyi ifade etmemekte, dolayısıyla şimdilik infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. İnfaz imkânının doğması 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasasının 12, 14 ve 50. maddeleri hükümleri gereği kat irtifakı veya mülkiyetinin kurulmasına bağlıdır. Söz konusu taşınmaz mal üzerinde henüz kat mülkiyetinin kurulmamış olması; Borçlar Kanununun 117/1. maddesinde yer alan ve borcun sübutuna yol açan objektif imkânsızlık olarak nitelendirilemez. O halde mahkemece, vasiyetname ile davaya konu taşınmazın orta katının davacıya bırakıldığını tespiti ile yetinmek gerekirken tahsise ilişkin karar verilmesi doğru değil ise de..." (Sinerji); 3. HD. E. 2013/20345 K. 2014/5230, T. 01.04.2014 (Lexpera); 3. HD. E. 2013/20814 K. 2014/383 (Lexpera).

³⁰ 2. HD. E. 2006/9903 K. 2006/18091, T. 21.12.2006 "Kabule göre de; vasiyetin yerine getirilmesi davası kabul edildiği durumda taşınmazın tapusunun iptali ile vasiyet alacaklısı adına tesciline karar verilmemesi usul ve kanuna aykırıdır..." (Sinerji).

³¹ Çabri, Sezer. "Vasiyetnamenin Açılması", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 181-182, 2019, s. 1670; Aydın Ateş, s.295. Hatemi'ye göre de, mirasbırakan bir mirasçı veya ön vasiyet alacaklısına ifa mükellefiyetini yüklememişse, yasal ve iradî mirasçılara karşı ifa davası açılabilir (Hatemi, s. 129).

³² 2. HD. E. 2006/21418 K. 2007/16810, T. 3.12.2007 "Dava, vasiyetnamenin yerine getirilmesi isteğine ilişkindir. Vasiyetname, muayyen mal vasiyeti niteliğindedir. (TKM. md. 464) Muayyen mal vasiyeti ile lehine bir mal veya bir hak kazandırması yapılan kişi, vasiyetçinin ölümü ile o şey üzerinde aynı bir hakka sahip olmaz. Onun hakkı, vasiyet edilen şeyin kendisine teslim edilmesi, devredilmesi konusunda vasiyeti ifa ile mükellef olanlara karşı bir talep hakkına (şahsi hakka) sahip olmaktan ibarettir. (TKM. md. 541) Bu bakımdan, davacıya vasiyet edilen dava konusu taşınmazların tapusuz olduğu gözetilerek, bu taşınmazların davacıya teslimine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, Türk Medeni Kanununun 713/1. maddesinde yer alan olağanüstü zamanaşımına dayalı "tescil davası" olarak nitelendirilip, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." (Lexpera).

irat vasiyetinde de durum böyledir. Taşınmaz vasiyetinde veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak vasiyetinde ise açılacak dava inşaî dava mahiyetindedir. Aynı şekilde, alacak vasiyeti de inşaî davaya konu olur.

D. Şartları

1. Belirli Mal Bırakmanın Olması

Her şeyden önce vasiyetnamenin tenfizi ile belirli mal bırakmada karşılaşılır. Belirli mal bırakma (vasiyet), mirasbırakanın bir kimseye onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bıraktığı maddî anlamda ölüme bağlı tasarruftur. Meselâ (M)'nin şoförüne otomobilini vasiyet etmesi belirli mal bırakmadır (TMK. m. 517/I). Çünkü mirasçı atamadan farklı olarak burada belli bir oran değil, belirli bir malvarlığı değeri öngörülmektedir³³.

Belirli mal bırakmanın (vasiyetin) türlerinden bazıları mal vasiyeti, intifa vasiyeti, edim vasiyeti, irat vasiyeti ve ibra vasiyetidir. Nitekim, belirli mal bırakma, ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetinin veya terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabileceği gibi; bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının, mirasçılar veya belirli mal bırakılanlara yükletilmesi suretiyle de olabilir (TMK. m. 517/II). Meselâ, (M), yasal mirasçıları tarafından her ay (İ) lehine aylık 1000 TL ödenmesini öngörürse bu bir irat vasiyetidir³⁴.

Belirli mal bırakmanın lehtarı konumundaki vasiyet alacaklısı gerçek veya tüzel kişi olabilir. Vasiyet alacaklısı mirasçı değildir ve küllî halef sıfatına da sahip değildir. Vasiyet alacaklısı ölümlerle birlikte vasiyet konusu şey üzerinde doğrudan hak kazanmaz; o sadece mirasçılara karşı vasiyet borcunun yerine getirilmesine yönelik bir alacak hakkına sahip olur (TMK. m. 600). Vasiyet alacaklısının vasiyete konu değer üzerindeki hakkı kazanması için vasiyet borçlusunun borcunu yerine getirmesi gerekir³⁵. Meselâ, belirli mal bırakmanın konusu taşınmaz ise aynî akide dayanan zilyetliğin devrine, taşınmaz ise tescil istemine dayanan tescile ihtiyaç vardır³⁶.

³³ Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Acabey, M. Beşir / Gürpınar, Damla. *Medeni Hukuk Temel Bilgiler*, X. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 441; Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer. *Türk Medeni Hukuku*, IV. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 282; Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 65 vd.; Dural / Öz, N. 668 vd.; Eren / Yücer Aktürk, N. 449; İnan / Ertaş / Albaş, s. 223-224; Gökçe, Erdoğan. "Medeni Kanunda Yer Alan Vasiyetname Çeşitleri ile Bunların Tenkis Davasında Karşılaştığı Farklı Sonuçlar Çözüm Yolu Nedir?", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 4, 2014, s. 259; Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay. "Ön Vasiyet (Mirasçı Lehine Vasiyet) Kavramı, Ön Vasiyetin Unsurları ve Özellikleri", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75, S. 2, 2017, s. 104 vd.

³⁴ Aybay, Aydın. *Miras Hukuku Dersleri*, III. Baskı, Safa Matbaası, İstanbul, 2002, s. 41 vd.; Dural / Öz, N. 691; Eren / Yücer Aktürk, N. 447; İnan / Ertaş / Albaş, s. 224 vd.; Eviz, Esra. "Vasiyet Türleri ve Özellikleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 75, S. 1, 2017, s. 396 vd.

³⁵ Studhalter, Philipp. *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Auflage, Zürich, 2021, Art. 484, N. 1 vd.; Weimar, Peter. *Berner Kommentar, Band/Nr. III/1/1/1*, Stämpfli Verlag, Bern, 2009, Art. 484, N. 1 vd.; Geiser, Thomas / Wolf, Stephan. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, 6. Auf., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art. 484, N. 10; Hrubesch-Millauer, Stephanie. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich / Basel / Genf, 2016, Art. 484, N. 2; Grüniger, Harold. *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017, Art. 484, N. 1.

³⁶ 3. HD. E. 2014/14407 K. 2015/2188, T. 16.02.2015 "Vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın cüzî halefi olduğu için, vasiyet olunan mal üzerinde doğrudan hak kazanması mümkün değildir. Vasiyet alacaklısı, kendisine vasiyet edilen

Alacak vasiyetinde alacağın devri sözleşmesi, ibra vasiyetinde ise ibra sözleşmesi şarttır. Vasiyet borcunun yerine getirilmemesi halinde ise vasiyet alacaklısı tarafından aynen ifa davası açılabilir. Bu kapsamda, taşınır vasiyetinin borçlusu aleyhine eda davası açılabilir (TBK. m. 146). Ancak, taşınır mülkiyeti mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden davacıya geçmez. Bu durumda, mülkiyet ancak ilamlı icra (İİK. m. 24) yoluyla kararın uygulanması sonucunda taşınır zorla alınıp alacaklıya verilince (zilyetlikle birlikte) kazanılır³⁷. Taşınmaz vasiyetinde vasiyet borçlusunun yazılı istemde bulunmaktan kaçınması halinde ise, verilecek karar, kesinleşmeyle birlikte mülkiyetin tescilden önce alıcıya geçmesini sağlar (TMK. m. 716/I)³⁸. Aynı esas, taşınmaz üzerindeki sınırlı aynî haklarda da kıyasen geçerlidir³⁹. Keza, alacak vasiyetinde vasiyet borcunun yerine getirilmemesi halinde yargısal devirle karşılaşılır. Meselâ, yasal mirasçıların vasiyet edilen alacağı vasiyet alacaklısına devretmekten kaçınması halinde, devir mahkeme kararıyla sağlanır⁴⁰. Tüm bu misallerden de anlaşılacağı üzere, vasiyet borcunun yerine getirilmemesi halinde istem hakkı dava yoluyla ileri sürülebilir. Bu durumda ise vasiyetnamenin ifası gündeme gelir.

Bırakılan belirli malın terekede bulunmaması halinde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar (TMK. m. 517/III). Meselâ, (M) vasiyet ettiği otomobilini başkasına satıp teslim etmişse, kural gereğince artık yasal mirasçılardan borcun yerine getirilmesi istenemez. Çünkü, mirasbırakan malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilir. Ne var ki, belirli mal bırakma miras sözleşmesine konu olur ve mirasbırakan bu sözleşmedeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan bir ölüme bağlı tasarrufta veya bağışlamada bulunursa buna itiraz edilebilir. İtiraz tasarrufun iptali için bir dava açılarak yapılır (TMK. m. 527/II)⁴¹.

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufun mirasçı atama niteliğinde olması halinde ise vasiyetnamenin tenfizine gerek yoktur. Mirasçı atama (mirasçı nasbı) ile kast edilen, mirasbırakanın bir vasiyetname veya miras sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişiyi terekasının tamamı veya belli bir oranı için mirasçı olarak belirlemesidir (TMK. m. 516/I). Meselâ, (M)'nin (N)'yi 1/2 oranında mirasçı tayin etmesinde durum böyledir. Atanmış mirasçı gerçek veya tüzel kişi olabilir. Bu da yasal mirasçı gibi küllî haleftir. Dolayısıyla, mirasbırakanın ölümüyle birlikte tereke üzerinde kendiliğinden hak sahibi olur (TMK. m. 599). Yasal mirasçılar gibi atanmış mirasçılar da mirasbırakana ait taşınmazları tescilsiz kazanırlar. Açıklayıcı tescil de sulh hukuk

şey üzerindeki mülkiyet hakkını; ancak, bu malın vasiyetin yerine getirilmesi yoluyla kendisi adına tescili sonucunda kazanır..." (Lexpera); 2. HD. E. 2007/7046 K. 2008/6522, T. 5.5.2008 "Muayyen mal vasiyetinin ifası, vasiyet edilen menkul malların vasiyet lehdarlarına teslimi veya hakkın bunlara devri, gayrimenkul malların da, vasiyet lehdarları adına tescili ve zilyetliğin teslimi suretiyle olur..." (Lexpera).

³⁷ Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, V. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 494; Nomer, Halûk Nami / Ergüne, Mehmet Serkan. *Eşya Hukuku*, VIII. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, N. 842; Baygın, 1999, s. 257; Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK. m. 575-639)*, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, N. 721; Belge Çetin, s. 256-257.

³⁸ İnan / Ertaş / Albaş, s. 228; Belge Çetin, s. 258-259; 2. HD. E. 2004/16751 K. 2005/3075, T. 01.03.2005 "Vasiyetname muaccel hale gelince vasiyet lehtarları olan davacının bu taşınmazla ilgili talep edebileceği; aynı (mülkiyet) hak değil tescili isteme hakkıdır. Bu bakımdan bu taşınmazla ilgili olarak mülkiyetinin davacıya aidiyetine şeklinde hüküm tesisi de doğru değildir..." (Sinerji).

³⁹ Serozan / Engin, s. 427; Baygın, Cem. *Türk Hukukunda Alacaklıların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 202.

⁴⁰ Gürsoy, Kemal Tahir. *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti*, Yıldız Matbaası, Ankara, 1955, s. 99; Kocayusufoğlu, s. 263-264; Baygın, 1999, s. 257-258; Aydın Ateş, s. 307; Belge Çetin, s. 263-264.

⁴¹ Dural / Öz, N. 548, 601 vd.

mahkemesi tarafından verilen mirasçılık belgesine istinaden yapılacak istem (TST. m. 20/I, b. a) üzerine gerçekleştirilir⁴².

2. Vasiyetnamenin Geçerli Olması

Vasiyetnamenin tenfizi için geçerli bir ölüme bağlı tasarrufun varlığı aranır. Bu noktada özellikle vasiyetname iptal edilmemiş olmalıdır⁴³.

Ölüme bağlı tasarrufun iptali davası, bir, on ve yirmi yıllık hak düşürücü sürelerle tâbidir. İptal davası açma hakkı, davacının tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, miras sözleşmelerinde mirasın geçmesi (mirasbırakanın ölüm) tarihinin üzerinden, iyiniyetli davalılara karşı on yıl, kötünietli davalılara karşı yirmi yıl geçmekle düşer (TMK. m. 559/I). Görüldüğü üzere, iptal davasında öğrenmeden itibaren işleyen bir yıllık kısa süre mevcuttur⁴⁴. Acaba bir yıllık süre tamamlanmadan vasiyetnamenin tenfizine karar verilebilir mi? Bazı içtihatlarla göre, bir yıllık iptal davası açma süresi beklenmeden vasiyetnamenin tenfizi davası hakkında hüküm kurulamaz⁴⁵. Daha güncel başka bir içtihadla göre ise, henüz açılmamış iptal davası vasiyetnamenin tenfizi davasının reddine gerekçe teşkil etmez⁴⁶. Gerçekten de, vasiyetnamenin tenfizi istemi için iptal

⁴² Dural / Öz, N. 663 vd.; Eren / Yücer Aktürk, N. 429 vd.; İnan / Ertaş / Albaş, s. 220 vd.; Baygın, 1999, s. 253-254; Küçükaydın, Emine Aslı. “Mirasçı Atama”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 75, S. 1, 2017, s. 434 vd.

⁴³ Tekdoğan, s. 2363.

⁴⁴ Eren / Yücer Aktürk, N. 662 vd.; Günay, Erhan. “Vasiyetnamenin Şeklen İptali Davası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. X, S. 109, 2015, s. 57; Arslan, Merve. “Yargıtay Kararları ve Doktrin Tartışmaları Işığında Ölüme Bağlı Tasarrufların İptal Sebeplerinin Değerlendirilmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. V, S. 2, 2022, s. 713.

⁴⁵ 3. HD. E. 2009/ 12750 K. 2009 / 13819, T. 15.09.2009 “Ayrıca, vasiyetname 3.6.2008 tarihinde, açılıp okunmuş bu dava ise 11.06.2008 tarihinde açılmış olup, 14.10.2008 tarihinde sonuçlandırılmıştır. Öncelikle vasiyetnamenin açılmasına ilişkin kararın kesinleşme tarihi şerhini içerir onaylı sureti ilgili mahkemeden getirilerek dosya içine konulmalıdır. Bunun dışında, vasiyetnamenin iptali davası açılması halinde sonucunda verilecek hüküm, vasiyetnamenin yerine getirilmesine ilişkin bu davanın sonucunu etkileyecek nitelikte olduğundan bir yıllık iptal davası açma süresi (TMK. md.559) ve açılmış dava varsa sonucu beklenmeden hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır...” (Sinerji).

⁴⁶ 3. HD. E. 2014/11623 K. 2015/4437, T. 19.3.2015 “Dava; vasiyetnamenin tenfizi istemine ilişkindir. Somut olayda, tarafların murisi 05.12.2013 tarihinde ölmüş, davaya konu 30.11.2000 tarihli vasiyetname 19.02.2014 tarihli ilamla açılıp okunmuş, vasiyetnamenin açılıp okunduğuna ilişkin ilam 03.04.2014 tarihinde kesinleşmiş, eldeki vasiyetnamenin tenfizi davası, 24.04.2014 tarihinde açılmış, mahkemece; dosya üzerinde yapılan inceleme neticesinde, vasiyetnamenin iptali için gereken sürenin henüz dolmadığı gerekçesiyle, dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar vermiştir. Bu bağlamda temyize konu uyuşmazlık; vasiyetnamenin tenfizi davası açılması için vasiyetnamenin iptali davasının açılması için öngörülmesi 1 yıllık sürenin dolmasının beklenmesinin gerekip gerekmediği, bu hususun dava şartı olup olmadığı ve vasiyetnamenin tenfizi davasında, taraflar duruşmaya davet edilmeden, dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu karar verilir verilemeyeceği noktalarında toplanmaktadır... Bu bağlamda, vasiyetnamenin tenfizi davasında öncelikle dava konusu vasiyetnamenin açılıp açılmadığı araştırılmalıdır. Zira, vasiyetname, Sulh Hukuk Mahkemesince usulüne uygun açılıp, okunmadıkça yerine getirilmesi istenemez. Vasiyetnamenin tenfizi davasında, vasiyetnamenin açılmış olduğu belirlendikten sonraki aşamada ise vasiyetnamenin ayakta kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekir. Bu için de dava konusu vasiyetnamenin iptal davasına konu olup olmadığı araştırılmalıdır. Dava konusu vasiyetname bir iptal davasına konu olmuşsa bu dava bekletici mesele yapılmalıdır. Ancak, iptal davası açılmamışsa bu tenfiz davasının reddine bir gerekçe yapılamaz...” (Lexpera).

davasına ilişkin sürenin geçmesi bir şart olarak değerlendirilmemelidir. Vasiyet borcu muaccel olunca vasiyetnamenin tenfizi istenebilmelidir⁴⁷.

Vasiyetnamenin iptali halinde verilecek hüküm, vasiyetnamenin tenfizi davasının sonucunu etkileyecek niteliktedir. Dolayısıyla, vasiyetnamenin iptal davasına konu olması halinde bu dava bekletici sorun olarak değerlendirilir⁴⁸. Böylece, iptal davasında verilen hükmün kesinleşmesi beklenir ve bunun sonucu uyarınca bir karar verilir⁴⁹. Yargıtay aynı yaklaşımı tenkis davasında da benimsemektedir⁵⁰.

İptal davasının reddedilip kesinleşmesi halinde ise uygulamada vasiyetnamenin kesinleştiğinden söz edilmektedir. Bu durumda artık varsa vasiyetnamenin tenfizi istemi hakkında karar verilmelidir⁵¹.

Vasiyetnamenin sona erme sebepleri iptal ile sınırlı değildir. Diğer sona erme sebeplerine misal, sözlü vasiyetnamedeki bir aylık sürenin geçmesi, boşanma ve butlan kararıdır. Bunların dışında vasiyetnamenin sona erme sebepleri esasen TMK. m. 542 ve devamında

⁴⁷ Aydın Ateş, s. 300.

⁴⁸ 3. HD. E. 2009/12750 K. 2009 / 13819, T. 15.09.2009 “Bunun dışında, vasiyetnamenin iptali davası açılması halinde sonucunda verilecek hüküm, vasiyetnamenin yerine getirilmesine ilişkin bu davanın sonucunu etkileyecek nitelikte olduğundan bir yıllık iptal davası açma süresi (TMK. md. 559) ve açılmış dava varsa sonucu beklenmeden hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır...” (Sinerji); 2. HD. E. 14861 K. 19529, T. 11.11.2009 (Gençcan, s. 1051); 3. HD. E. 2015/ 4679 K. 2016/3626, T. 10.03.2016 “Öte yandan, vasiyetnamenin tenfizi (yerine getirilmesi) davasının görülebilmesi için, vasiyetnamenin açılıp okunmasından sonra itiraza uğramaması veya itiraz edilmiş ise buna ilişkin vasiyetnamenin iptali veya tenkisine yönelik davaların kesinleşmesi gerekir. Başka bir deyişle, tenfiz için kesinleşmiş vasiyetnamenin bulunması gerekir. Hal böyle olunca, mahkemece; aynı dava dosyasında vasiyetnamenin tenfizi ile birlikte vasiyetnamenin iptali ve tenkisi davasının görülmesinin mümkün olmadığı gözetilerek, vasiyetnamenin iptali ve tenkis talebine ilişkin birleşen davanın tefrik edilerek ayrı esasa kaydedilmesi, asıl davada karar verilebilmesi için birleşen davanın kesinleşmesinin beklenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması dâhi doğru görülmemiştir...” (Sinerji).

⁴⁹ 2. HD. 2009/14861 K. 2009/19529, T. 11.11.2009 “Davalı tarafından 15.06.2000 tarihinde vasiyetnamenin iptali talebiyle dava açıldığı ve bu davanın reddedildiği, ret kararının Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin kararıyla onandığı, ancak onanma kararının taraflara tebliğ edilmediği ve henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Vasiyetnamenin iptali davası sonucunda verilecek hüküm, vasiyetnamenin yerine getirilmesine ilişkin bu davanın sonucunu etkileyecek niteliktedir. Bu itibarla vasiyetnamenin iptali davasının sonucunda verilen hükmün kesinleşmesinin beklenmesi ve ulaşılabilecek sonuç uyarınca karar verilmesi gerekir...” (Sinerji); 2. HD. E. 2008/15845 K. 2008/14668, T. 06.11.2008 (Sinerji); 2. HD. E. 2007/13151 K. 2008/13552, T. 16.10.2008 (Sinerji); 2. HD. E. 2008/5677 K. 2008/6391, T. 05.05.2008 “Davalı B. tarafından 23.03.2006 tarihinde vasiyetnamenin iptali talebiyle dava açıldığı ve bu davanın halen İpsala Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/49 esas sayılı dosyasıyla derdest olduğu anlaşılmaktadır. Vasiyetnamenin iptali davası sonucunda verilecek hüküm, vasiyetnamenin yerine getirilmesine ilişkin bu davanın sonucunu etkileyecek niteliktedir. Bu itibarla vasiyetnamenin iptali davasının sonucunun beklenmesi ve ulaşılabilecek sonuç uyarınca karar verilmesi gerekir...” (Sinerji).

⁵⁰ 3. HD. E. 2013/16453 K. 2014/586, T. 20.01.2014 “Vasiyetnamenin tenfizi (yerine getirilmesi) davasının görülebilmesi için, vasiyetnamenin açılıp okunup kesinleşmesinden sonra itiraza uğramaması veya itiraz edilmiş ise buna ilişkin vasiyetnamenin iptali veya tenkisine yönelik davaların kesinleşmesi gerekmektedir. Bu nedenle somut olayda; her ne kadar mahkemece, tenkis davasının vasiyetnamenin tenfizine ilişkin dava yönünden engel bir hali bulunmadığından tenkis davasının sonucunun beklenilmesine gerek olmadığı kanaatine varılarak, davanın kabulüne karar verilmiş ise de; iptal veya tenkis davasının yargılması sonucunda verilecek karar iş bu davada vasiyet alacaklılarının paylarını etkileyeceğinden, bu davanın sonucunun beklenmeksizin karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir...” (Lexpera).

⁵¹ 2. HD. E. 2004/13939 K. 2004/15861, T. 27.12.2004 “Vasiyetnamenin açıldığı, iptali yönüne gidilmediği de anlaşılmaktadır. Mahkemece işin esasının incelenmesi gerekir...” (Gençcan, s. 1055); 2. HD. E. 2005/14771 K. 2005/17567, T. 15.12.2005 (Gençcan, s. 1055); 2. HD. E. 2004/9051 K. 2004/9709, T. 13.09.2004 “Vasiyetnamenin iptali yoluna da gidilmediğine göre, istek muaccel hale gelmiştir. Mahkemece işin esasının incelenmesi gerekir...” (Gençcan, s. 1056).

düzenlenmektedir. Vasiyetnameden dönme (TMK. m. 542, 544/I)⁵², vasiyetnameyi yok etme (TMK. m. 543) ve sonraki sağlararası tasarruf (TMK. m. 544/II) bu kapsamdadır⁵³. Görüldüğü üzere, herhangi bir sona erme sebebinin varlığı halinde vasiyetnamenin tenfizi mümkün değildir.

3. Vasiyetnamenin Açılmış Olması

Vasiyetnamenin tenfizinin istenebilmesi için uygulamada aranan şartlardan diğeri dava konusu vasiyetnamenin açılmış olmasıdır. Vasiyetnamenin açılmasından maksat, mahkemeye teslim edilen (TMK. m. 595) vasiyetnamenin çağrılan mirasçılar huzurunda hâkim tarafından okunmasıdır. TMK. m. 596 gereğince, vasiyetname, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın tesliminden başlayarak bir ay içinde mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi tarafından açılır ve ilgililere okunur. Bilinen mirasçılar ve diğer ilgililer vasiyetnamenin açılması sırasında diledikleri takdirde hazır bulunmak üzere çağrılır. Mirasbırakanın sonradan ortaya çıkan vasiyetnameleri için de aynı işlemler yapılır⁵⁴.

Yargıtay'a göre, vasiyetnamenin tenfizi davasında öncelikle vasiyetnamenin açılıp açılmadığı araştırılmalı ve vasiyetnamenin açılmasına ilişkin kararın kesinleşme tarihi şerhini içerir onaylı sureti ilgili mahkemeden getirilerek dosya içine konulmalıdır⁵⁵. Yüksek Mahkeme'ye göre, vasiyetnamenin henüz açılmadığının anlaşılması halinde ise vasiyetnamenin tenfizi davasının reddedilmesi gerekir⁵⁶. Yargıtay'ın bu içtihadının gerekçesi olarak, açılmayan vasiyetnamenin yerine getirilmesinin istenemeyeceği gösterilmektedir⁵⁷. Ancak, böyle bir

⁵² 3. HD. E. 8227 K. 11269, T. 24.06.2010 "Düzeltilmesi istenilen Yargıtay ilamında benimsenen mahkeme kararındaki gerekçelere ve 19.03.1993 tarihli vasiyetname ile 15.07.1972 tarihli vasiyetnameden dönülmüş olması ve ayrıca 19.03.1993 tarihli vasiyetname iptal edilmediği sürece önceki vasiyetnameye göre tenfiz istenemeyeceğine göre..." (Gençcan, s. 1027); HGK. E. 958 K. 1035, T. 21.11.2001 (Gençcan, s. 1033).

⁵³ Dural / Öz, N. 531 vd.; Eren / Yücer Aktürk, N. 387 vd.; Kartal, Dilşah Büşra. "Vasiyetnamenin Geri Alınması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. IX, S. 34, 2018, s. 320 vd.; 2. HD. E. 2008/ 8632 K. 2008/ 8691, T. 16.06.2008 "Mirasbırakan, tenfizi istenen vasiyetnameden sonra aynı taşınmaz hakkında dava dışı H. A.ve N. B. ile ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapmıştır. H.. A.. ve N..B.. bu sözleşmeye dayanarak, dava konusu 127 ada, 1 nolu parsel hakkında tapu iptali ve tescil davası açmış olup, anılan dava Karacabey Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/216 esasında kayıtlı ve derdesttir. Bu dava sonunda verilecek karar eldeki davayı etkileyecek niteliktedir. Davanın bekletici mesele yapılıp sonucu uyarınca karar vermek gerekir..." (Sinerji).

⁵⁴ Oğuzman, s. 331; İnan / Ertaş / Albaş, s. 480; Dural / Öz, N. 1654 vd.; İmre / Erman, s. 328-329; Kılıçoğlu, s. 260-261; Çabri, 2022, N. 631c; Demir, s. 358.

⁵⁵ 3. HD. E. 2009/12750 K. 2009 / 13819, T. 15.09.2009 "Ayrıca, vasiyetname 3.6.2008 tarihinde, açılıp okunmuş bu dava ise 11.06.2008 tarihinde açılmış olup, 14.10.2008 tarihinde sonuçlandırılmıştır. Öncelikle vasiyetnamenin açılmasına ilişkin kararın kesinleşme tarihi şerhini içerir onaylı sureti ilgili mahkemeden getirilerek dosya içine konulmalıdır..." (Sinerji).

⁵⁶ 3. HD. E. 2014/5633 K. 2014/10743, T. 01.07.2014 "Davaya konu vasiyetnamenin açılıp okunması ile ilgili, iş bu davadan önce Sulh Hukuk Mahkemesinde açılmış bir dava bulunmamaktadır. Vasiyet alacaklısı, mirasçı değil; kişisel bir istem hakkı sahibidir. Bu hakkı, (alacak muaccel olmadan) vasiyetname açılıp okunmadan kullanamaz. Bu durumda, vasiyetin yerine getirilmesi de istenemez. O Halde, mahkemece; dava açma şartı henüz gerçekleşmediği nedeniyle, davanın reddine karar verilmesi gerekir..." (Lexpera); 3. HD. E. 12450 K. 16866, T. 19.10.2010 "Vasiyet alacaklısı, mirasçı değil; kişisel bir istem hakkı sahibidir. Bu hakkı, (alacak muaccel olmadan) vasiyetname açılıp okunmadan kullanamaz. Vasiyetnamenin açılmasına ilişkin dava henüz derdest olduğuna göre, bu dava sonuçlanmadan vasiyetin yerine getirilmesi de istenemez. O halde, mahkemece; dava açma şartı henüz gerçekleşmediği nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir..." (Gençcan, s. 1048).

⁵⁷ 2. HD. E. 2004/4511K. 2004/6106, T. 11.05.2004 "M 5. noterliğinin 7.4.2004 tarihli yazısından vasiyetnamenin Sulh Hukuk Hâkimliğine gönderildiği ve açılmadığı anlaşılmaktadır. Vasiyetnamenin yerine getirilmesi için her şeyden önce Türk Kanunu Medenisinin 536. ve devamı maddeleri uyarınca vasiyetnamenin açıldığının ve iptali için yasada gösterilen sürenin geçtiğinin belirlenmesi gerekir. Vasiyetname açılmadığına göre yerine getirilmesi istenemez. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddine karar verilmesi gerekir..." (Sinerji); 2. HD. E.

yaklaşım usul ekonomisine aykırıdır. Vasiyetnamenin açılmadığının anlaşılması halinde bu husus bekletici sorun sayılmalı ve davacıya vasiyetnamenin açılması için süre verilmelidir⁵⁸. Böylece, özellikle mirasçılarının vasiyete konu taşınmazı satmak üzere tapu müdürlüğüne müracaat etmesi gibi hallerde vasiyetnamenin tenfizi davası reddedilmemiş olur ve vasiyetnamenin açılması bekletici sorun sayılır ki bu yaklaşım daha hakkaniyetlidir.

E. Tarafları

Vasiyetnamenin tenfizi davasında davacı vasiyet alacaklısıdır⁵⁹. Vasiyetnamenin tenfizini isteyen kimse, vasiyet alacaklısı için aranan şartlara sahip olmalıdır (TMK. m. 581)⁶⁰.

Vasiyet alacaklısının mirasbırakandan sonra ölmesi halinde kendi (vasiyet alacaklısının) mirasçıları tarafından aynı dava açılabilir⁶¹.

Vasiyet alacaklısı olmayan bir kimse tarafından açılan dava konusu hakkın esasına ilişkin bir karar verilemez. Böyle bir durumda dava husumetten (sıfat yokluğundan) reddedilir⁶².

Mirasbırakan aynı veya farklı vasiyetname ile çeşitli malvarlığı değerleri bakımından vasiyette bulunmuş olabilir. Meselâ, iş adamı (M)'nin düzenlediği vasiyetname ile sahip olduğu

2004/16751 K. 2005/3075, T. 01.03.2005 “Davacı; Alman uyruklu olan miras bırakan R. F.’in Alanya’da el yazısıyla düzenlediği 17.10.1991 tarihli vasiyetnamesinin yerine getirilmesini istemiştir. Dava, miras bırakanın Alman uyruklu tek yasal mirasçısı olduğu anlaşılan oğlu H.’a karşı açılmıştır. Miras bırakanın 3.5.1996 tarihinde öldüğü anlaşılmaktadır. Dava 22.03.2002’de açılmıştır. Vasiyetnamenin açılması için Sulh Hukuk Mahkemesine başvurulmadığı, davacı vekilinin 3.4.2002 tarihli dilekçesinden anlaşılmaktadır. Vasiyetname, Sulh Hukuk Mahkemesince usulüne uygun açılıp okunmadıkça yerine getirilmesi istenemez...” (Sinerji).

⁵⁸ Aydın Ateş, s. 299; Tekdoğan, s. 2363. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin bu çözüme uygun önceki içtihatları için bkz. 3. HD. E. 19584 K. 855, T. 26.01.2010 “Bu durumda, vasiyetnamenin usulüne uygun olarak açılıp okunması gerekir. Ancak, kural olarak, bir davada hüküm verilmesi, başka bir davada incelenmesi ve karara bağlanması gereken bir olguya bağlı ise, usul ekonomisi bakımından eksik hususun ikmali için dava açmak üzere davacıya süre verilerek, sonucuna göre karar vermek gerekirken dava şartı bulunmadığından davanın reddi doğru görülmemiştir...” (Gençcan, s. 1047); 3. HD. E. 2010/ 5820 K. 2010/11073, T. 21.06.2010 “Yine, vasiyetnamenin yerine getirilebilmesi için her şeyden önce vasiyetnamenin açıldığı ve iptali için yasanın öngörülen sürenin geçtiğinin belirlenmesi gerekir. Vasiyetname sulh hukuk hakimi tarafından usule uygun açılıp okunmadıkça yerine getirilmesi istenemez. Somut olayda, vasiyetçi Ö. 14.09.1979 tarihinde vefat etmiştir. Vasiyetname Torul Noterliğinin yazısı üzerine mahkemeye intikal etmiştir. Sulh hukuk hakimi her ne kadar vasiyetnamenin açılmasına karar vermiş ise de dosyada murise ait veraset belgesi bulunmadığı gibi tüm mirasçılara TMK 595, 596 ve 597. madde hükümleri gereğince tebligat yapılmadığı da anlaşılmaktadır. Diğer taraftan gerek vasiyetnamenin açılması davasında ve gerekse de bu vasiyetnamenin tenfizi davasında tüm mirasçılar davaya dahil edilmemiş ve taraf teşkili sağlanmamıştır. O halde mahkemece, vasiyetnamenin açılması usulünce sağlandıktan sonra bu davaya devam edilmek üzere o davanın bekletici mesele yapılarak sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, vasiyetname usulünce açılmadan bu davaya devam edilerek davanın sonuçlandırılmış olması doğru görülmemiştir...” (Sinerji).

⁵⁹ 2. HD. E. 7055 K. 7616, T. 29.05.2008 (Gençcan, s. 1091).

⁶⁰ Dural / Öz, N. 1489 vd.; Aydın Ateş, s. 314; Belge Çetin, s. 113 vd.

⁶¹ 2. HD. E. 1998/11346 K. 1998/11322, T. 22.10.1998 “Lehine vasiyet edilen kişinin ölmesi üzerine bu hak onun mirasçılara geçer...” (Sinerji).

⁶² Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder. *Medenî Usul Hukuku*, XXIV. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 224; 3. HD. E. 2009/20745 K. 2010/3921, T. 09.03.2010 “Yürürlükte bulunan mevzuata göre, ilköğretim okulları üzerinde tasarruf ve idare yetkisi illerde İl özel İdaresine ait olup, özel idare vasiyet alacaklısı olduğuna göre vasiyetin tenfizini isteme hakkına sahip olacaktır...” (Lexpera); 2. HD. E. 2008/7055 K. 2008/7616, T. 29.05.2008 “Mirasbırakan M.S. tarafından düzenlenen ve tenfizi istenilen 11.11.1986 tarihli vasiyetnamenin lehtarı “Bursa Müftülüğü Üftade Kuran Kursu” olup, bu vasiyetnamenin yerine getirilmesini isteme yetkisi 633 sayılı kanuna göre Diyanet İşleri Başkanlığına aittir. Açıklanan nedenlerle Üftade Kuran Kursu Öğrencilerini Koruma Derneğinin açtığı davanın aktif husumet yokluğu nedeniyle reddi gerekir...” (Sinerji).

taşınmazlardan birini (A)'ya, otomobilini (B)'ye vasiyet etmesi mümkündür. Böyle bir durumda açılacak davada her vasiyet alacaklısının durumu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İstemi bulunmayan vasiyet alacaklısı lehine vasiyetnamenin tenfizine resen karar verilemez⁶³.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi ise vasiyetnamenin tenfizini isteyemez⁶⁴. Ancak, çalışmanın devamında açıklandığı üzere vasiyeti yerine getirme görevlisine husumet yöneltilebilir.

Mirasbırakan tarafından herhangi bir vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanmamış olması halinde ilke gereğince vasiyetnamenin tenfizi davası yasal veya iradî mirasçılara karşı açılır⁶⁵. Çünkü, mirasbırakan aksini öngörmedikçe, vasiyet borçluları yasal ve iradî mirasçıların hepsidir⁶⁶. Mirasçılardan birinin mirasbırakandan sonra ölmesi halinde ise husumet onun mirasçılara yöneltilerek istemde bulunulmalıdır⁶⁷. Pasif husumet ehliyeti olmayana karşı ise vasiyetnamenin tenfizi istenemez⁶⁸.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin bulunması halinde ise vasiyetnamenin tenfizi davası ona karşı açılır⁶⁹. Birden fazla vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanmış olması halinde,

⁶³ 2. HD. E. 2008/114 K. 2009/6456, T. 06.04.2009 “Dava, vasiyet alacaklısı K1 tarafından açılmıştır. Davacının yerine getirme isteği, kendisine vasiyet edilen malın teslimi veya hakkın devrine ilişkindir. (TMK.m.600) Aynı vasiyetname ile davalılar lehine mal bırakılmış olsa bile, bunlar vasiyetnamenin kendileriyle ilgili bölümünün yerine getirilmesini istemedikçe, vasiyetnamenin onlara ilişkin bölümüyle ilgili hüküm kurulamaz. Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın resen bir davayı tetkik ve halledemez. (HUMK.m.72) Davalılar tarafından vasiyetnamenin yerine getirilmesine ilişkin açılmış bir davanın bulunmadığı gözetilmeksizin, vasiyetnamenin davalılarla ilgili bölümünün de ifası ile tescile karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” (Lexpera).

⁶⁴ 3. HD. E. 2009/20745 K. 2010/3921, T. 09.03.2010 “Oysa, vasiyetnamenin tenfizi davası "vasiyet alacaklısı" tarafından açılabilir. Somut olayda ise vasiyeti yerine getirmekle yükümlü bulunan kişi vasiyetnamenin tenfizini istemiştir. Bu durumda davacının aktif dava ehliyetinin (davacı sıfatının) bulunmadığı gerekçesiyle istemin reddi gerekirken vasiyetnamenin tenfizine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir...” (Lexpera).

⁶⁵ 3. HD. E. 2010/174 K. 2010/1228, T. 02.02.2010 “Davada, vasiyeti yerine getirme görevlisi bulunmadığına göre davanın yasal veya atanmış mirasçılara karşı yöneltilmesi gerekirken, mahkemece miras bırakan K1'nun yasal ve atanmış mirasçıları araştırılmadan husumet yönünden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (Lexpera); 2. HD. E. 2008/280 K. 2008/1673, T. 18.02.2008 “Miras bırakan Y. B.'in eşi Y. B. nüfus kaydında sağ olarak görülmektedir. H. Y.'e de yöneltilmesi gösterdiği takdirde delillerinin toplanması gerekirken eksik hasımla yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” (Sinerji); 2. HD. E. 2009/3033 K. 2009/14094, T. 15.7.2009 (Lexpera); 2. HD. E. 2006/10644 K. 2006/10685, T. 4.7.2006 (Lexpera); 2. HD. E. 2004/3284 K. 2004/4313, T. 05.04.2004 “Mirasçılardan Saliha ve Kadriye davaya dahil edilmemiştir. Husumetin mirasçılardan Saliha ve Kadriye'ye yöneltilmesi, gösterdikleri takdirde delillerin toplanması, birlikte değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir...” (Sinerji); 2. HD. E. 2010/2741 K. 2010/7782, T. 19.4.2010 (Lexpera).

⁶⁶ Dural / Öz, N. 696; Aydın Ateş, s. 315-316.

⁶⁷ 2. HD. E. 13630 K. 14052, T. 12.10.2005 “Muris Nevzat'ın ikinci eşi Mehmet nüfus kaydında sağ olarak görülmektedir. Sağ ise husumetin Mehmet'e yöneltilmesi, ölü ise mirasçılık belgesi istenip husumetin Mehmet mirasçılarının tümüne yöneltilmesi gerekir...” (Gençcan, s. 1095).

⁶⁸ 3. HD. E. 2015/11116 K. 2015/18838, T. 25.11.2015 “O halde; tenfizi istenen Beyoğlu 22.Noterliğinin 18/10/2007 tarih 25049 yevmiye numaralı vasiyetnamesine ilişkin yasal mirasçı olmayan ve pasif husumet ehliyeti bulunmayan davalı E. E.'in davada haksız çıkan taraf olmadığı anlaşıldığına göre; kendisi yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken; yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde davalı E. E. yönünden davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuş, bozmayı gerektirmiştir...” (Sinerji); 3. HD. E. 7660 K. 12077, T. 09.07.2009 “Dava, 1998/188-609 sayılı kararlar vasiyeti tenfiz ettiren T.E. Vakfına yöneltilmiş olup, adı geçen vakıf yasal veya atanmış mirasçısı olmadığı gibi vasiyeti yerine getirme görevlisi de olmadığı, bu nedenle pasif husumet ehliyeti bulunmadığı dikkate alınarak, davanın bu nedenle reddi gerekir...” (Gençcan, s. 1099); 3. HD. E. 16496 K. 2420, T. 22.2.2011 (Gençcan, s. 1098); 3. HD. E. 2010/9758 K. 2010/15581, T. 04.10.2010 (Lexpera).

⁶⁹ 3. HD. E. 2015/10834 K. 2016/3350 T. 8.3.2016 (Lexpera); 2. HD. E. 2007/8817 K. 2008/7539, T. 29.5.2008 “Vasiyeti tenfiz memuru S.B. davada yer almamıştır. Davacı tarafından ölü olduğu belirtilmiş ise de, bu husus araştırılmadan yazılı şekilde eksik hasımla hüküm kurulması isabetsizdir. (TKM.md.541)...” (Lexpera).

tasarruftan veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça bunlar görevi birlikte yürütürler (TMK. m. 551/I)⁷⁰. Dolayısıyla, kural gereğince vasiyetnamenin tenfizi davasının da bahse konu bu görevlilerin hepsi aleyhine açılması gerekir⁷¹.

Bir görüşe göre mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh hukuk mahkemesince miras ortaklığına tereke temsilcisinin atanması halinde (TMK. m. 640/III) vasiyetnamenin tenfizi davasının tereke temsilcisine yöneltilmesi gerekir⁷². Sulh hukuk mahkemesince terekenin resmî yönetimine karar verilmesi ve resmî yönetici olarak vasiyeti yerine getirme görevlisinden başka bir kimsenin görevlendirilmesi halinde ise vasiyetin yerine getirilmesi istemi resmî yöneticiye yöneltilmelidir⁷³.

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, vasiyetnamenin tenfizi davası çekişmeli yargıya tâbidir. Dolayısıyla, vasiyetnamenin tenfizi davasında husumetin davalıya yöneltilmesi gerekir; bunun hasımsız açılması mümkün değildir⁷⁴.

F. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Vasiyetnamenin tenfizi davası malvarlığı haklarına ilişkin davalara dâhildir. Şu halde, HMK. m. 2 hükmü gereğince görevli mahkeme, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir⁷⁵. Vasiyetnamenin açılıp okunmasında ise sulh hukuk mahkemesi görevlidir (TMK. m. 596/I). Dolayısıyla, uygulamada her iki davanın birlikte

⁷⁰ 2. HD. E. 7512 K. 8798, T. 01.07.2004 “Mirasbırakan 10.000 USA dolarının veya bunun karşılığı olan Türk lirasının müftülük vasıtasıyla İslami hayır kurumlarına dağıtılmasını, ayrıca 3.000 USA doların da kendi camı için, kurban vs. yerlere dağıtımını istemiştir. Bu harcamaların dağıtımı ve takibi için Mehmet Şükrü Buğdaycıgil ve Ömer Baygın’ı birlikte vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atamıştır. Mahkemece yapılacak iş; davacı yönünden terekenin mevcudunun ölüm tarihine göre tespiti, bu tarihten sonra mirasçılar adına intikal eden taşınmazlar, menkul mallar, bankadaki paralar, hak ve alacakların belirlenmesi, vasiyetnameyi karşılayacak şekilde ölüm tarihindeki varsa 10.000 USA doları, yoksa o tarihteki Türk lirası karşılığının veya tereke mevcudu 10.000 USA doları değerinden azsa mevcudu ölüm tarihindeki dolar karşılığı davalı mirasçılardan alınarak vasiyeti yerine getirme görevlileri davalılar vasıtasıyla davacıya vermekten ibarettir...” (Gençcan, s. 1026).

⁷¹ 2. HD. E. 2000/13892 K. 2000/14407, T. 20.11.2000 “Medeni Kanun’un 541. maddesi gereği vasiyetnameden yararlanan kişi istihkak (vasiyetnamenin yerine getirilmesi) davasını varsa vasiyeti yerine getirmeye yetkili kişi, o yoksa yasal veya seçilmiş (mansup) mirasçılara karşı açılır. Miras bırakan vasiyet gereğini yerine getirmek (tenfiz memuru) üzere iki kişiyi görevlendirmiştir. Bu kişilerin görevi ret ettiklerine ilişkin iddia bulunmamaktadır. (MK. 497-498) Ancak hâkimin bu olguyu doğrudan gözetmesi gerekir. O halde öncelikle vasiyeti yerine getirmekle görevli kişilerin olaydan haberdar edilip edilmediği araştırılarak görevi reddetmediklerinin anlaşılması halinde davanın vasiyeti yerine getirmekle görevli bu kişilere yöneltilmesi, sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi doğru bulunmamıştır...” (Sinerji).

⁷² Gümüş, Mustafa Alper. *Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 309-310; Aydın Ateş, s. 318.

⁷³ Çabri, 2020, N. 398; Aydın Ateş, s. 319.

⁷⁴ 3. HD. E. 20745 K. 3921, T. 09.03.2010 “Dolayısıyla hasımsız olarak vasiyetnamenin tenfizi davası açılmaz. Mahkemece bu hususun gözetilmemiş olması usul ve yasaya uygun bulunmamıştır...” (Gençcan, s. 1095); 2. HD. E. 2000/1389 K. 2000/3228, T. 20.03.2000 (Sinerji).

⁷⁵ Demir, s. 370; Çabri, 2020, N. 696; Aydın Ateş, s. 297.

görülemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁶. Nitekim, bir görüşe göre sulh hukuk hâkiminin görevi vasiyetnameyi açmaktan ibarettir; dolayısıyla ifaya yönelik karar veremez⁷⁷.

TMK. m. 576/II hükmünde miras hukuku ile ilgili davalarda yetkili mahkemenin mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesi olduğu düzenlenmektedir. Böylece, miras malları nerede bulunursa bulunsun, miras işlerinin tek elden, yani aynı mahkeme tarafından yürütülmesinin uygun olacağı öngörülmüştür. Her ne kadar vasiyetnamenin tenfizi davası TMK. m. 576/II hükmünde açıkça belirtilmese de burada sayılan davalar sınırlı sayı esasına tâbi değildir⁷⁸. Şu hâlde, vasiyetnamenin tenfizi davasında da mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Mirasbırakanın yerleşim mahkemesi kesin yetkilidir (HMK. m. 11)⁷⁹. Meselâ, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde bu dava açılmaz. Kesin yetkinin varlığı mahkeme tarafından resen dikkate alınmalıdır. Nitekim, Yargıtay da aynı görüştedir⁸⁰.

G. Süresi

Vasiyet alacağı mirasbırakanın ölüm anında doğar⁸¹. Muacceliyet anı ise farklıdır. Vasiyet alacağı, tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa vasiyet yükümlüsünün mirası kabul etmesi veya ret hakkının düşmesiyle muaccel olur (TMK. m. 600/II). Vasiyet alacaklısının dava hakkı, ölüme bağlı kazandırmayı öğrenmesinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (TMK. m. 602). Yani, on yıllık süre ölümlerle birlikte işlemeye başlamaz. Vasiyet borcunun daha sonra muaccel olması halinde ise on yıllık süre muaccel olma tarihinden itibaren işlemeye başlar (TMK. m. 602). Kısacası, vasiyet alacaklısının dava hakkı on yıllık zamanaşımına tâbidir. Vasiyetnamenin tenfizi davasında da on yıllık zamanaşımı uygulanır⁸².

Peki, vasiyetnamenin tenfizinde on yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anı nedir? Bu konuda Yargıtay'ın farklı görüşte olduğu kararları mevcuttur. Bazı kararlara göre, TMK. m. 600/II ve TMK. m. 602 hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anı esas itibarıyla

⁷⁶ 2. HD. E. 2013/6520 K. 2013 / 13059, T. 09.05.2013 “Dava; vasiyetnamenin açılıp okunması ve tenfizine ilişkindir. Bu iki davanın birlikte görülmesi olanaklı değildir. Vasiyetnamenin tenfizine ilişkin davalar malvarlığına ilişkin olduğundan, bu davalarda görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir (HMK.m.2/2). Mahkemece, vasiyetnamenin tenfizi yönünden görevsizlik kararı verilmesi, diğer talep yönünden ise vasiyetin açılıp okunması ile yetinilmesi gerekir...” (Sinerji).

⁷⁷ Kurşat, Zekeriya. *Terekenin Korunması Önlemleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 235.

⁷⁸ Tuor, Peter / Schnyder, Bernhard / Schmid, Jörg. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, XI. Auflage, Zürich, 1995, s. 360; Kocayusufpaşaoğlu, s. 523.

⁷⁹ Demir, s. 371; Çabri, 2020, N. 696; Aydın Ateş, s. 322.

⁸⁰ HGK. E. 2006/538 K. 2006/619, T. 04.10.2006 “Burada yetkili olan miras bırakanın yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkili mahkemedir. Bu yetkinin mahkemece her aşamada resen gözetilmesi gerekir. Öyle ise davanın bir taşınmaz davası olarak yorumlanıp, taşınmazların bulunduğu yerde görülmesi gerektiği düşüncesi isabetli değildir...” (Lexpera); 3. HD. E. 10457 K. 15451, T. 12.10.2009 “Dosya vasiyetnamenin tenfizi sebebine dayalı tapu iptali ve tescil istemidir... Mirasbırakanın tasarruflarının iptali ile ilgili davalarda, davanın konusu gayrimenkulün aynına ilişkin olsa bile, dava (gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinde değil) mirasbırakanın son ikametgâhı mahkemesinde açılmalıdır...” (Gençcan, s. 1089); 3. HD. E. 12136 K. 13915, T. 15.09.2009 (Gençcan, s. 1089); 2. HD. E. 2009/944 K. 2009/10434, T. 01.06.2009 (Sinerji); 2. HD. E. 2008/3742 K. 2008/6979, T. 13.05.2008 (Sinerji); 2. HD. E. 2007/2937 K. 2007/5017, T. 27.3.2007 (Lexpera).

⁸¹ Köprülü, s. 122-123; Kocayusufpaşaoğlu, s. 267; Antalya, N. 759 vd.; Kocaağa, Köksal. *Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 31; Sarı, Suat. *Uygulamalı Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 20.

⁸² 16. HD. E. 2019/1227 K. 2019/2646, T. 10.4.2019 (Lexpera). Ayrıca bkz. E. 2003/13634 K. 2004/2175, T. 24.02.2004 (Sinerji).

vasiyetnamenin açılmasına ilişkin davanın kesinleşme tarihidir⁸³. Daha güncel başka bir içtihadı göre ise, vasiyetnamenin açılması davasında vasiyetnamenin davacının yüzüne okunduğu tarih on yıllık zamanaşımının başlangıç anıdır. Zira, TMK. m. 602 gereğince on yıllık süre bakımından esasen öğrenme tarihi esas alınmaktadır⁸⁴. Teorik açıdan bu içtihat daha isabetli görünmekle birlikte, vasiyetnamenin açılmasına ilişkin davanın kesinleşme tarihini esas alan yaklaşım vasiyet alacaklısının daha lehinedir.

H. Hükmü

Vasiyetnamenin tenfizi davasının hukukî niteliğine ilişkin değerlendirmeler burada da göz önünde bulundurulmalıdır. Yargıtay'ın içtihadı gereğince, vasiyetnamenin tenfizi davası tespit davası niteliğinde olduğuna göre bunun sonucunda verilen karar da tespit hükmü mahiyetindedir.

Vasiyetnamenin tenfizi davasında verilen karar sadece davanın tarafları bakımından kesin hüküm niteliğindedir. Taraflar dışında ise kesin hüküm oluşturmaz⁸⁵.

Vasiyetnamenin tenfizi davasında kabul kararı verilmesi halinde hüküm şüpheden uzak ve açık olmalıdır⁸⁶. Yargıtay'a göre, "hüküm infazda tereddüde yer vermeyecek şekilde tapu ile ilgili bilgileri, kimin hissesinin iptal edilip kimin adına tescile karar verildiğini gösterir açıklıkta

⁸³ 2. HD. E. 2003/13634 K. 2004/2175, T. 24.02.2004 "Vasiyetname Köyceğiz Sulh Hukuk Mahkemesince 15.10.1998 tarihinde açılmış, bu dava ise 10 yıllık süre geçmeden (TKM. md. 580) 6.6.2000 tarihinde açılmıştır. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekir..." (Sinerji); 16. HD. E. 2019/1227 K. 2019/2646, T. 10.4.2019 "Somut olayda; tarafların murisi olan ...'nın 20.10.1996 tarihinde vefat ettiği, murisin davaya konu edilen ve ... Noterliği'nce düzenlenen 23.08.1983 tarih ve 6407 yevmiye nolu vasiyetnamesinin ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1996/686 Esas, 1998/426 Karar sayılı dosyasında açılıp okunduğu ancak söz konusu açılma kararının kesinleşmediği anlaşılmaktadır. TMK'nın 602. maddesinde düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı vasiyetnamenin açılması dava dosyasının kesinleşme tarihidir. Hal böyle olunca eldeki davada zamanaşımının dolduğundan söz edilemeyeceğine göre, Mahkemece işin esasına girilerek araştırma ve inceleme yapılması gerekir" (Lexpera); 3. HD. E. 2014/6665 K. 2014/7406, T. 13.5.2014 (Lexpera).

⁸⁴ 3. HD. E. 2018/8040 K. 2019/7292, T. 1.10.2019 "Dava; muayyen mal vasiyetinin tenfizi istemine ilişkindir... Açıklanan madde hükmüne göre; kendisine muayyen bir şey vasiyet edilen kimsenin dava ..., ölüme bağlı tasarrufu öğrenme tarihinin üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; murisin ölümü üzerine vasiyetnamenin açılması için Perşembe Sulh Hukuk Mahkemesine gönderildiği, vasiyetnamenin 03/07/1997 tarihli duruşmada açılarak davacı ve hazır bulunan diğer yasal mirasçılarının yüzüne karşı okunduğu, diğer bir anlatımla davacının vasiyetname ve içeriğini duruşmada öğrendiği, buna bağlı olarak kanunda öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin bu tarihte işlemeye başladığı, davanın ise zamanaşımı süresi dolduktan sonra 29/12/2014 tarihinde açılmış olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, bozma ilamının (1) nolu bendinde yer alan değerlendirmenin hataya dayalı olduğu, mahkeme kararının davalı ... yönünden açıklanan bu husus gözetilerek onanması gerektiği bu defa yapılan inceleme ile belirlendiğinden, davalı ...'in bu yöne ilişkin karar düzeltme isteminin kabulüne karar vermek gerekmiştir..." (Lexpera).

⁸⁵ 2. HD. E. 2008/3550 K. 2008/4929, T. 09.04.2008 "...Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/106 E - 2002/117 K. Sayılı vasiyetnamenin tenfizi kararının davada taraf bulunmayan davalılar yönünden kesin hüküm teşkil etmeyeceğinin anlaşılmasına göre..." (Sinerji); 3. HD. E. 2015/5994 K. 2016/4306, T. 22.3.2016 "Bu nedenle mahkemece; sadece vasiyetnamenin tenfizini talep eden davacı Rabia yönünden ve 03/07/2003 tarih ve 08050 nolu vasiyetnamenin hükümlerine göre karar verilmesi gerekirken, murisin vasiyetnamede adı geçmeyen mirasçıları ve tenfiz talebinde bulunmayan diğer vasiyetname lehtarları hakkında da hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir..." (Lexpera). Böyle bir yaklaşımın ölüme bağlı tasarrufların iptali davası bakımından eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 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. 74 vd.

⁸⁶ Baygın, 1999, s. 262.

olmalıdır...”⁸⁷. Meselâ sadece vasiyetnamenin aynen tenfizine veya infazına karar verildiğine yönelik hüküm kurulması isabetli olmaz⁸⁸.

SONUÇ

Vasiyetnamenin tenfizi kanunda düzenlenmiş bir hukukî müessese olmamakla beraber, içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır. Oysa, vasiyetnamenin kesinleştiğinin tespitine yönelik olarak vasiyetnamenin tenfizi diye ayrı bir kavramın oluşturulmasına ihtiyaç yoktur.

Üzerinde henüz kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamış olan taşınmazdaki belirli bir daire ve benzerinin vasiyete konu olması halinde, vasiyetin tenfizi isteminin kat mülkiyetinin kurulması istemini de kapsadığı uygulamada kabul edilmektedir. Teorik açıdan eleştiriye açık yönleri bulunmakla beraber, bu yaklaşım vasiyetname lehine yorum ve usul ekonomisi ilkelerine uygun düşer.

Uygulamada kabul edildiği üzere, vasiyetnamenin tenfizi davası hukukî niteliği itibarıyla olsa olsa bir tespit davası mahiyetindedir. Vasiyetnamenin tenfizi davası sayesinde açılan vasiyetnamenin itiraza uğrayıp uğramadığı ve varsa itirazların sonuçsuz kalıp kalmadığı belirlenmiş olur. Bu isteme ek olarak, çoğunlukla aynı davada vasiyetin ifasının da istendiği görülmektedir. Zira, belirli mal bırakmayı içeren bir ölüme bağlı tasarruf bakımından vasiyetin ifası da gündeme gelir. Vasiyetin ifasında ise her bir vasiyetin yerine getirilmesi kendine özgü esaslara tâbidir. Bu sebeple, vasiyetnamenin tenfizi davasıyla birlikte açılan vasiyetin ifası davası, vasiyet konusu değer gereğince hukukî niteliği itibarıyla eda davası veya inşaî dava mahiyetinde olabilir.

Vasiyetnamenin tenfizi davasında aranan ilk şart belirli mal bırakmanın bulunmasıdır. Mirasçı atamada ise vasiyetnamenin tenfizi istenmez.

İkinci şart gereğince, vasiyetname geçerli olmalıdır. Belirtilmelidir ki vasiyetnamenin tenfizi istemi için iptal davasına ilişkin sürenin geçmesi aranmamalıdır. İptal veya tenkis davasının açılmış olması halinde ise, iptal veya tenkis davası vasiyetnamenin tenfizi davasında bekletici sorun olarak değerlendirilebilir. İptal davasının reddedilip kesinleşmesi halinde ise vasiyetnamenin kesinleştiğinden söz edilebilir.

Vasiyetnamenin tenfizi davasında vasiyetnamenin açılmış olmasına da ihtiyaç vardır. Henüz vasiyetnamenin açılması istenmeden vasiyetnamenin tenfizi davasının açılması halinde bunun reddedilmesine yönelik uygulama ise usul ekonomisine aykırı olup isabetli değildir.

⁸⁷ 2. HD. E. 2010/2076 K. 2010/6875, T. 8.4.2010 (Lexpera).

⁸⁸ Baygın, 1999, s. 262; 3. HD. E. 20751 K. 3364, T. 02.03.2010 (Gençcan, s. 1071); 2. HD. E. 2010/7514 K. 2010/11404, T. 09.06.2010 (Sinerji); 2. HD. E. 2007/7046 K. 2008/6522, T. 5.5.2008 (Lexpera); 2. HD. E. 2007/4685 K. 2008/4878, T. 8.4.2008 (Lexpera).

Vasiyetnamenin tenfizi davasında davacı esasen vasiyet alacaklısı kimsedir. Davalı ise esas itibarıyla yasal ve iradî mirasçılardır. Mirasbırakan tarafından vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanmış olması halinde ise davalı görevli olarak atanan kimsedir.

Vasiyetnamenin açılmasından farklı olarak, vasiyetnamenin tenfizi davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Mirasbırakanın yerleşim mahkemesi de kesin yetkili mahkemedir.

Vasiyet alacaklısının dava hakkının tâbi olduğu on yıllık zamanaşımı vasiyetnamenin tenfizi davasında da göz önünde bulundurulur. Bunun başlangıç anına ilişkin farklı içtihatlar bulunmakla birlikte, vasiyetnamenin açılmasına ilişkin davanın kesinleşme tarihini esas alan yaklaşım vasiyet alacaklısının daha menfaatinedir.

Uygulamada vasiyetnamenin tenfizi davası sonucunda verilen hükmün sadece davanın tarafları bakımından kesin hüküm olduğu benimsenmektedir. Bunun dışında ise kesin hüküm oluşturmaz.

KAYNAKÇA

Akçaal, Mehmet. *Medenî Hukuk*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Akkurt, Sinan Sami / Erdoğan, Kemal / Tokat, Hüseyin. *Medenî Hukuk Temel Bilgiler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Antalya, O. Gökhan. *Miras Hukuku*, IV. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Arslan, Merve. “Yargıtay Kararları ve Doktrin Tartışmaları Işığında Ölüme Bağlı Tasarrufların İptal Sebeplerinin Değerlendirilmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. V, S. 2, 2022, s. 693-717.

Aybay, Aydın. *Miras Hukuku Dersleri*, III. Baskı, Safa Matbaası, İstanbul, 2002.

Aydın Ateş, Gülşah Sinem. *Vasiyetin Yerine Getirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Ayiter, Nüşin / Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*, II. Baskı, Adalet Matbaası, Ankara, 1991.

Baygın, Cem. “Vasiyetnamelerle İlgili İhtiyat Tedbirleri ve Özellikle Vasiyetnamenin Tenfiz Meselesi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 1, 1999, s. 235-262.

Baygın, Cem. *Türk Hukukunda Alacaklıların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Belge Çetin, Ayşe Merve. *Vasiyet (Belirli Mal Bırakma)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Berki, Şakir. *Miras Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, C. I, II. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK. m. 575-639)*, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Çabri, Sezer. “Vasiyetnamenin Açılması”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 181-182, 2019, s. 1645-1672.
- Çaldağ, Coşkun. “Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenme Biçimleri, Vasiyetçi için Özel Durumlar ve Resmi Vasiyetnamenin Geri Alınması”, *Adalet Dergisi*, C. 148, S. 67, 2021, s. 263-296.
- Demir, Mehmet. “Vasiyetnamelerin Açılması ve Yerine Getirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. VII, S. 3, 1995, s. 342-377.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut. *Türk Özel Hukuku*, C. IV, *Miras Hukuku*, XI. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, V. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek. *Türk Miras Hukuku*, IV. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Eviz, Esra. “Vasiyet Türleri ve Özellikleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 75, S. 1, 2017, s. 393-412.
- Geiser, Thomas / Wolf, Stephan. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, 6. Auf., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Miras Hukuku*, III. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Gökçe, Erdoğan. “Medeni Kanun’da Yer Alan Vasiyetname Çeşitleri ile Bunların Tenkis Davasında Karşılaştığı Farklı Sonuçlar Çözüm Yolu Nedir?”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 4, 2014, s. 258-264.
- Grüninger, Harold. *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Günay, Erhan. “Vasiyetnamenin Şeklen İptali Davası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. X, S. 109, 2015, s. 53-57.
- Gürsoy, Kemal Tahir. *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti*, Yıldız Matbaası, Ankara, 1955.
- Hatemi, Hüseyin. *Miras Hukuku*, IV. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

-
- Hrubesch-Millauer, Stephanie. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich / Basel / Genf, 2016.
- İmre, Zahit / Erman, Hasan. *Miras Hukuku*, IX. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2013.
- İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan. *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku*, VIII. Baskı, İleri Kitabevi, İzmir, 2012.
- İşgüzar, Hasan / Demir, Mehmet / Yılmaz, Süleyman. *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kahraman, Zafer. “Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname ile Geri Alınması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 4, 2015, s. 945-964.
- Kartal, Dilşah Büşra. “Vasiyetnamenin Geri Alınması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. IX, S. 34, 2018, s. 317-339.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru. “Resmi Vasiyetname”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. XXX, S. 133, 2017, s. 369-392.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 4, 2019, s. 197-225.
- Kocağa, Köksal. *Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1978.
- Köprülü, Bülent. *Miras Hukuku Dersleri I (Mirasçılar – Ölüme Bağlı Tasarruflar)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- Kurşat, Zekeriya. *Terekenin Korunması Önlemleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder. *Medenî Usul Hukuku*, XXIV. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Küçükaydın, Emine Aslı. “Mirasçı Atama”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 75, S. 1, 2017, s. 431-452.
- Nomer, Halûk Nami / Ergüne, Mehmet Serkan. *Eşya Hukuku*, VIII. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku Dersleri*, II. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay. “Ön Vasiyet (Mirasçı Lehine Vasiyet) Kavramı, Ön Vasiyetin Unsurları ve Özellikleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75, S. 2, 2017, s. 99-144.
- Öztan, Bilge. *Miras Hukuku*, XII. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

- Öztürk, Mehmet. *Resmî Vasiyetname*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019.
- Sarı, Suat. *Uygulamalı Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Savaş, Abdurrahman. “İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukuki İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2007, s. 51-91.
- Studhalter, Philipp. *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2021.
- Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay. *Miras Hukuku*, III. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Taşatan, Caner. “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu’na Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 1, 2021, s. 571-605.
- Tekdoğan, Aydın. “Tapu İptali ile Tescil İstemli Vasiyetnamenin Tenfizi Davası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. XV, S. 171, 2020, s. 2357-2367.
- Tuor, Peter / Schnyder, Bernhard / Schmid, Jörg. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, XI. Auflage, Zürich, 1995.
- Türkmen, Ahmet. “Dijital Vasiyetname ve Vasiyetlerin Şekle Uygunluğunun Türk Pozitif Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2020, s. 1239-1320.
- Weimar, Peter. *Berner Kommentar, Band/Nr. III/1/1/1*, Stämpfli Verlag, Bern, 2009.
- Yavuz, Cevdet / Topuz, Murat. “Resmi Vasiyetnamede Düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK. Madde 534 ve 535’in Değerlendirmesi)”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 4, S. 7, 2016, s. 1145-1161.
- 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. 69-105.
- Yeniocak, Umut. “Çocuğun Vasiyetname Yoluyla Tanınması (Yargıtay Kararı İncelemesi)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 100, 2014, s. 117-125.
- Yıldırım, Abdülkerim. “Sözlü Vasiyetname”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. V, S. 16, 2014, s. 209-227.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Yünlü, Semih. “Video Vasiyetname: Ölüme Bağlı Tasarrufların Güncellenmesi”, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 22, S. 2, 2020, s. 717-740.

Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Acabey, M. Beşir / Gürpınar, Damla. *Medeni Hukuk Temel Bilgiler*, X. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer. *Türk Medeni Hukuku*, IV. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Birleşmiş Milletler Mal Satım Sözleşmesinin Yeknesak Yorumu

Eyüp İPEK 

Dr. Öğr. Üyesi, Dr. Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi, Kulu MYO, Konya, Türkiye
eyupipek@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Alper AKGÜL 

Araştırma Görevlisi, Kırıkkale Üniversitesi, Fatma Şenses Sosyal Bilimler MYO, Kırıkkale, Türkiye
alakgul@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZET

Makale Geçmişi
Geliş: 07.11.2022
Kabul: 19.06.2023
Yayın: 20.06.2023

Anahtar

Kelimeler:

Milletlerarası Mal
Satım Sözleşmeleri
Hakkında Birleşmiş
Milletler Antlaşması,
CISG, Viyana Satım
Sözleşmesi, Madde 7,
Yeknesak Yorum.

Milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla yapılmış olan sözleşmelerin en önemlisi Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods – CISG) veya yaygın bilinen adıyla Viyana Satım Sözleşmesidir. Bu sözleşme, milletlerarası mal satımına uygulanacak yeknesak kurallar bütünüdür. Fakat hukukî bütünlüğün sağlanabilmesi için sadece hukuk metinlerinin yeknesak hale getirilmesi tek başına yeterli olmamakta, uygulamada da yeknesaklığın sağlanması gerekmektedir. Uygulamada yeknesaklığın sağlanabilmesinin en önemli adımı ise CISG’de düzenlenen kuralların taraf devletler açısından aynı şekilde anlaşılmasını sağlayacak yorum mekanizmalarına yer vermektir. Bu amaç doğrultusunda CISG’in “Genel Hüükümler” başlığı altında sözleşmenin yeknesak yorumlanmasını düzenleyen 7. maddesine yer verilmiştir. Bu maddeye göre sözleşmenin farklı ülke ve hukuk sistemlerinde bulunan uygulayıcılar tarafından aynı şekilde anlaşılması ve yorumlanması gerekmektedir.

Uniform Interpretation Of The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 07.11.2022
Accepted: 19.06.2023
Published: 20.06.2023

Keywords:

United Nations
Convention on The
International Sale Of
Goods, CISG, The
Vienna Sales
Convention, Article 7,
Uniform Interpretation.

The most important one among the agreements made for the purpose of unification of international trading law is The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods or more widely known as Vienna Convention. This Convention constitutes the whole of uniform rules for international good sales. However, uniforming texts on law on its own falls short in terms of ensuring legal integrity. The most important step for ensuring uniformity in practice would be giving place to interpretation mechanisms that will serve the rules drawn up in CISG to be understood in the same way by each contracting state. In accordance with this purpose, article 7 which regulates the uniform interpretation of the convention is provided under the title ‘General Terms’ of CISG. According to this article, the convention must be understood and interpreted in the same way by the implementers existent in different states and legal systems.

Atf/Citation: İpek, E./Akgül, A. (2023). “Birleşmiş Milletler Mal Satım Sözleşmesinin Yeknesak Yorumu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), s. 397-418.

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)”

GİRİŞ

“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”¹ 1980 yılında tamamlanmış ve onay belgelerini tevdi eden 11 devlet bakımından 1988 yılında yürürlüğe girmiştir². Bu Antlaşma, Türkiye bakımından sözleşmeye koyulan herhangi bir çekince ve bildirim olmaksızın 01.08.2011 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır³. Nisan 2021 tarihi itibarıyla CISG’e taraf olan ülke sayısı 94’tür⁴. CISG, menkul mal satımına ilişkin olarak ayrıntılı nitelikte maddî hukuk kuralları ihtiva ettiği için taraf devletler açısından bir bakıma milletlerarası ticaretin “*magna carta*”sı veya “*Milletlerarası Borçlar Kanunu*” olarak nitelendirilmektedir⁵.

Viyana Sözleşmesi olarak da anılan bu Antlaşma, milletlerarası nitelikli menkul mal satımlarında yeknesak kurallar bütünü oluşturmaktadır. Ancak hukukî bütünlüğün sağlanabilmesi için sadece hukuki metinlerin yeknesak hale gelmesi yeterli değildir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi, uygulamada da yeknesaklığın sağlanmasına bağlıdır. Uygulamada yeknesaklığın sağlanmasına yönelik olarak CISG’in “*Genel Hükümler*” başlığı altında sözleşmenin yeknesak yorumlanmasını düzenleyen 7/1. maddesine yer verilmiştir⁶.

Hukukta yorum, bir sözleşmenin veya kanun hükmünün hukuken ne anlama geldiğinin belirlenmesi veya ifade ettiği mananın ortaya çıkarılması çabasıdır⁷. CISG m. 7/1 hükmü ile Antlaşma yorumlanırken gözetilmesi gereken hususların neler olduğu belirtilmektedir. Buna göre: “*Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.*” Hükümde geçen “*...gözetilir*” ifadesinden hareketle, gözetilmesi gereken hususların tavsiye niteliğinde değil; CISG’i uygulayan mahkemeler ve hakem heyetleri bakımından emredici

¹ Çalışmanın bundan sonraki kısmında Antlaşma’yı ifade etmek üzere İngilizce adının kısaltması olan “CISG” ifadesi de kullanılmıştır.

² Söz konusu 11 devlet: Arjantin, Çin, Mısır, Fransa, Macaristan, İtalya, Suriye, Amerika Birleşik Devletleri, Yugoslavya, Zambiya ve Lesotho Krallığı’dır. (Bkz. Felemegas, John. *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*, University of Nottingham, PHD thesis, 2000, s. 3, dn. 3). CISG’in tarihsel gelişimi hakkında bkz. Selanik, Atakan Adem/Bayram, Orkun/Talay Değirmenci, Işıl. “Viyana Satım Antlaşması’nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2018, C. 17, S. 4, s. 1353 vd.

³ Türkiye, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nı 5870 sayılı Kanun’la uygun bulmuştur (RG., T. 14.04.2009, S. 27200). Ancak CISG m. 99/II düzenlenen “*o Devlet bakımından, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer*” hükmü uyarınca CISG, Türkiye’de 01.08.2011 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Zira CISG m. 99/II gereğince katılma belgesinin tevdi edilmesi, 11.03.2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararıyla (RG., T. 07.04.2010, S. 27545) olmuştur.

⁴ Taraf devletlerle ilgili bkz. <https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/sayfa/taflar/>

⁵ Atamer, Yeşim. *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta, İstanbul, 2005, s. 2, 4; Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Fıganmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, İstanbul, 2013, s. 285.

⁶ Ferrari, Franco. “Auslegung des Übereinkommens und Lückenfüllung”, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG*, Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), 4. Auflage, München, 2004, s. 139.

⁷ Akyol, Şener. *Sözleşmenin Yorumu*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 5, 13.

nitelikte olduğu vurgulamaktadır⁸. CISG m. 7/1 hükmünün lafzına bakıldığında üç ana başlığın sözleşmenin yorumunda ön plana çıktığı görülmektedir. Bu başlıklar;

- a) *Antlaşmanın milletlerarası niteliği*
- b) *Yeknesak uygulanmasının teşviki*
- c) *Milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması* olarak sıralanabilir.

Bu çalışmada, Viyana Sözleşmesinin yorumlanmasında yeknesaklığın sağlanabilmesi için referans alınan; Antlaşmanın milletlerarası niteliği, yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması kavramları ele alınmaktadır. Aynı zamanda, CISG'in yeknesak bir şekilde uygulanabilmesi için tesis edilmesinde fayda görülen mekanizmalar ve bu mekanizmalara yöneltilen eleştiriler ortaya konulmaktadır. CISG m. 7/2'de düzenlenen ve Antlaşmada yer alan boşlukların ne şekilde doldurulacağını gösteren hüküm, bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır⁹. Yine iç hukuktan esinlenilerek ortaya konulan yorum metodlarına bu çalışma kapsamında yer verilmemiştir¹⁰. Zira yeknesak bir uygulamanın teşvik edilebilmesi için mümkün olduğunca iç hukukta kullanılan yorum metodlarından kaçınılmalıdır. Aynı şekilde, CISG m. 8'de taraf beyanlarının ve davranışlarının ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin yer alan düzenleme¹¹, Antlaşmanın yeknesak yorumlanmasından farklı bir konuyu düzenlediği için bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira anılan hükümde, CISG m. 7/1'de düzenlenen Antlaşma hükümlerinin yeknesak yorumlanmasından farklı olarak, tarafların beyanları ve davranışlarının yorumlanması düzenlenmektedir.

⁸ Schwenger, Ingeborg/Hachem, Pascal. "Madde 7", *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi*, Ed. Ingeborg Schwenger, Pınar Çağlayan Aksoy, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 262.

⁹ Madde 7/2: "Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir."

¹⁰ İç hukukta başvurulan yorum metodlarının neler olduğu hususunda sayı ve terminoloji yönünden doktrinde yeknesaklık bulunmamaktadır. Bir çalışmada yorum metodları üç grupta incelenmiştir. Bunlar; deyimsel yorumlama yöntemi, tarihsel yorumlama yöntemi ve amaçsal yorumlama yöntemidir (Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*, 29. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 201 vd.). Benzer bir sınıflandırmada ise deyimsel yorumlama yöntemi yerine söze göre yorum yöntemi kavramı kullanılmıştır (Soyupek, Yusuf/ Akgül, Alper/İpek, Eyüp. *Hukukun Temel Kavramları*, Global Politika Ve Strateji Yayınları, Ankara, 2015, s. 121 vd.). Bir başka çalışmada yorum metodları dört grupta incelenmiştir. Bunlar; söze göre yorum yöntemi, mantıksal – sistematik yorum yöntemi, tarihsel yorum yöntemi ve amaca göre yorum yöntemidir (Işıktaç, Yasemin. *Hukuk Başlangıcı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 196 vd.). Yorum metodlarını dört grupta ele alan bir başka çalışmada ise farklı sınıflandırma yapılmıştır. Bunlar; deyimsel yorum yöntemi, tarihi yorum yöntemi, objektif yorum yöntemi, yorumun amacı olarak tanınabilir iradenin araştırılması yöntemidir (Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş Ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1997, s. 189 vd.). Sonuç olarak iç hukukta bir hükmün yorumlanmasında başvurulan temelde beş farklı yorum metodu bulunmaktadır. Bunlar; deyimsel (lafzî – gramatik) yorum yöntemi, tarihi yorum yöntemi, objektif yorum yöntemi, mantıki – sistematik yorum yöntemi ve amaca göre yorum yöntemidir (İpek, Eyüp. *Medeni Hukuk Video Ders Notları*, 4. Baskı, Benim Hocam Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 26).

¹¹ Madde 8: (1) *Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.* (2) *Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.* (3) *Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.*

I. ANTLAŞMA'NIN MİLLETLERARASI NİTELİĞİ

Milletlerarası yeknesak bir uygulamanın hayata geçirilebilmesinin ilk adımı, örnek bir hukukî metnin oluşturulmasıdır. Bu hukukî metin oluşturulurken mümkün olduğunca belirli bir hukuk düzenine ait olan terimler kullanılmamalıdır¹². Ayrıca bu hukukî metnin hayata geçirilmesi tek başına yeterli olmaz; söz konusu düzenlemenin uygulanması da yeknesak olmalıdır. Ancak bu iki şartın birlikte gerçekleşmesiyle hukukta yeknesaklaştırma çabasının başarılı ya da başarısız olduğu değerlendirilebilir¹³. Aksi takdirde, milletlerarası yeknesak bir uygulama oluşturma hedefine ulaşamaz.

Satım hukuku konusunda milletlerarası yeknesak bir uygulama amacıyla ortaya çıkan CISG'in hazırlık aşamalarından itibaren kendine özgü niteliğe ve özerk bir yapıya sahip olduğu vurgulanmaktadır¹⁴. Her ne kadar milletlerarası hukukta kabul gören ve CISG uygulamasına da destek verebilecek UNIDROIT gibi bir düzenleme var olsa da CISG'in düzenlediği alanda milletlerarası mekanizmaların neler olduğu henüz tam olarak belirlenmiş değildir¹⁵. Zira bu Antlaşma'nın uygulandığı ülke hâkimlerinin, Antlaşma'ya taraf olan diğer devletlerde Antlaşma'nın ne şekilde yorumlandığını da bilmesi beklenmektedir. Bu beklentinin sağlanması ise anlatıldığı kadar kolay değildir¹⁶. Antlaşma'ya taraf olan devlet sayısı, bu devletlerdeki farklı hukuk sistemlerinin varlığı ve en nihayetinde yorumlanması gerekli olan olayların çeşitliliği yeknesak bir uygulamanın hayata geçirilmesini zorlaştıran temel etkenler olarak sıralanabilir¹⁷.

Aslında Antlaşma'nın yorumlanması açısından sadece hâkimler değil, aynı zamanda arabulucular ve âkit taraflar da Antlaşma'yı yorumlayacak olan aktörler arasında değerlendirilmelidir¹⁸. CISG'i yorumlayacak olan aktörün Antlaşma'nın; milletlerarası niteliğini, birçok ülkenin iç hukukunun bir parçası olduğunu¹⁹, ancak milletlerarası niteliği gereği söz konusu iç hukuk düzenlemelerinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini dikkate alması gerekir²⁰. Bu açıdan CISG'in uzun vadede başarılı olarak kabul edilebilmesinin ön şartı, Antlaşma'nın iç hukuk sistemlerinde kullanılan yorum araç ve kurallarından bağımsız bir yoruma tabi tutulmasıdır²¹.

¹² Ferrari, 2004, s. 142 – 143. Yeknesak bir metnin oluşturulması için yapılan hazırlık çalışmasında çok sayıda ülkeden çok sayıda katılımcı yer aldığı için ülkelerin iç hukuklarından ve katılımcıların fikirlerinden tamamen bağımsız bir metnin oluşturulması ciddi zorluklar içermektedir.

¹³ Ferrari, 2004, s. 144; Munday, R. J. C. "The Uniform Interpretation of International Conventions", *International Comparative Law Quarterly*, C. 27, S. 2, 1978, s. 450.

¹⁴ Felemegas, 2000, s. 107 - 108.

¹⁵ Felemegas, 2000, s. 108.

¹⁶ Bergsten, Eric E. "Foreword", *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Ed. John Felemegas, Cambridge, 2007. s. ix.

¹⁷ Ferrari, 2004, s. 143.

¹⁸ Enderlein, Fritz / Maskow, Dietrich. *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications, New York, 1992. s.55.

¹⁹ CISG, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası niteliğindedir. Zira Anayasa m. 90/5 hükmüne göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir".

²⁰ Schwenzler/Hachem, s. 262; Okur, Sinan. "CISG Hükümlerinin Yorumuna Bağlamında Boşluk Doldurma Sorunu ve CISG m. 8'e Göre Taraf Beyan ve Davranışlarının Yorumuna İlişkin Esaslar", *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Ed. Sinan Okur, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 73.

²¹ Felemegas, 2000, s. 109; Ferrari, 2004, s. 141. Aynı yönde bkz. Okur, s. 73.

Her ne kadar gerekli işlemlerin tamamlanmasıyla birlikte ülkelerin iç hukukunun bir parçası haline geldiği kabul edilse de CISG, ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinden farklıdır. Antlaşma'yı, herhangi bir yasama metni gibi genel bir değerlendirmeye tabi tutmak isabetli sonuç vermez. İç hukuk düzenlemelerinden bağımsız olan bu sözleşme, kendine has nitelikleri de dikkate alınarak özerk bir yoruma tabi tutulmalıdır²². Özellikle CISG'deki kavramlar bağımsız olarak yorumlanmalı ve bu yorum yapılırken iç hukuk düzenlemelerinde kullanılan kanun koyucunun iradesinin araştırılması, kavramların iç hukuklardaki tanım ve anlamlarına başvurulması gibi yorum kurallarından kaçınılmalıdır²³. Zira böyle bir yöntem, farklı devletlerin taraf olduğu bu anlaşmanın yeknesak uygulanmasına zarar verir. Bu sebeple, uluslararası hukuk uyumlaştırma metinlerinin yorumunda millî kavramların veya yorum kriterlerinin kullanılmasından kaçınılmaktadır²⁴.

CISG m. 7/1 hükmünde gözetilmesi emredilen “Antlaşma'nın milletlerarası niteliği” kavramı aslında yorum yapılırken CISG'in “otonom yorumlanması” gerektiğinin altını çizmektedir²⁵. Antlaşma'nın otonom yorumlanmasıyla uygulayıcıların, ulusal hukuk kurallarına, kavramlara ve terimlere başvurulması engellenmek istenmiştir²⁶. Otonom yorum kavramı madde metninde yer almamaktadır fakat Antlaşma'nın milletlerarası niteliğinin böyle bir yorumu gerektirdiği kabul edilmektedir²⁷. Yani CISG hükümleri ele alınırken, harici etkilerden bağımsız bir şekilde, Antlaşma'nın kendi dinamik ve kavramları içinde yorum yapılmalıdır²⁸. Bir kavramın anlamının belirlenmesinde veya bir uyuşmazlığın çözümünde CISG ile iç hukuk çatışırsa CISG'e uygun yorum yapmak, iç hukuktaki yerleşik anlam ve uygulamalardan bağımsız hareket etmek gerekir²⁹. Aksi takdirde her bir devlet, kendi hukuk sistemine göre ayrı bir CISG uygulaması ortaya koyar ki bu durum, CISG'i milletlerarası niteliği olan bir metin olmaktan çıkarır. CISG'in bu bağımsız ve özerk niteliğinin sadece iç hukuk sistemlerine değil, aynı zamanda milletlerarası nitelikli sözleşmelere karşı da kabul edilmesi gerekmektedir³⁰. Bu husus, sözleşmenin milletlerarası niteliğine atıfta bulunulan aşığıdaki mahkeme kararında açıkça vurgulanmaktadır.

“*Delchi Carrier v. Rotorex*”³¹ davasında davalı, Amerika Birleşik Devletleri'nin Maryland eyaletinde klimalarda kullanılmak üzere hava kompresörleri üreten bir firmadır. Davacı ise İtalya'da klima üreticisi olan bir firmadır. Taraflar 10800 adet klima motorunun satımına ilişkin

²² Ferrari, Franco. “Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, C. 7, S. 1, 2003, s. 65-66.

²³ Ferrari, 2004, s. 141; Brunner, Christoph. *UN – Kaufrecht - CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980*, Bern, 2004, s. 76.

²⁴ Ferrari, 2004, s. 142.

²⁵ Zeytin, Zafer. *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmesi Hukuku CISG - INCOTERMS*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 80; Okur, s. 73.

²⁶ Zeytin, s. 80; Okur, s. 73.

²⁷ Okur, s. 73.

²⁸ Schwenger/Hachem, s. 262; Okur, s. 73.

²⁹ Schwenger/Hachem, s. 262; Okur, s. 73.

³⁰ Felemegas, 2000, s. 109-110. İç hukuktaki yorum metodlarına Antlaşma'nın yorumunda başvurmak, her durumda Antlaşma'nın yorumlanmasına ilişkin ilkelere aykırı değildir. Yorum metodları bir araç olup hükmün anlamını ortaya çıkarmak için başvurulmaktadır. CISG m. 7/1'deki ilkelere göre Antlaşma'nın yorumlanmasına hizmet ettikleri sürece bu metodlara başvurmak faydalı olacaktır (Zeytin, s. 88).

³¹ “*Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corporation*”, United States 9 September 1994, U.S. [Federal] District Court for the Northern District of New York, https://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_85_leg-1288.html, Erişim Tarihi: 31.11.2022.

sözleşmeden kaynaklanan edimin üç parçada ifa edilmesine karar vermişlerdir. İlk gönderi gerçekleştikten sonra, fakat ikinci gönderi henüz yoldayken İtalyan firması gönderilen ürünlerin sözleşmede kararlaştırılan standartlara uygun olmadığını fark etmiştir. Bu aşamadan sonra ikinci gönderi kabul edilmemiş ve varna limanında muhafaza edilmiştir. Bu esnada İtalyan firması kusurların giderilmesini talep etmiş ancak başarılı olamamıştır. Daha sonra İtalyan firması, sözleşmeye aykırılık sebebiyle CISG 74. maddesine istinaden tazminat talebinde bulunmuştur³². Amerikan mahkemesi söz konusu uyuşmazlığa ilişkin talepler hakkında karar verirken öncelikle CISG hükümleri kapsamında uyuşmazlığı değerlendirmiş, CISG kapsamında açıkça bir faiz belirtilmediği için ABD'deki hazine bonusu faiz oranını uygulamıştır.

“*Orbisphere v. U.S*”³³ davasında ise Amerikalı bir müşterinin İsviçreli bir şirketten satın aldığı ürünlere ilişkin uyuşmazlık konu edilmiştir. Söz konusu şirketin hem ABD'de hem de İsviçre'de satış büroları bulunmaktadır. Burada asıl tartışılan husus, söz konusu uyuşmazlığa konu satımın uluslararası bir mal satımı olarak mı yoksa yerel bir satım işlemi olarak mı değerlendirileceğidir. Bu hususta Amerikan Mahkemesi, eğer taraflar açıkça CISG'in uygulanmayacağını kararlaştırmamışlarsa bu takdirde uyuşmazlığa uygulanacak olan hukukun UCC'den (Uniform Commercial Code - Amerikan Ticaret Kanunu) ziyade CISG olduğuna hükmetmiştir.

“*Calzaturificio Claudia v. Olivieri Footwear*”³⁴ davasında davacı, İtalya'da ayakkabı imalatçısı bir kişidir. Davalı ise ABD'de bulunan bir müşteridir. Bu dava, ayakkabı satışını konu alan sözleşmede dört adet eski ürün için bedelin ödenmemesine ilişkindir. Mahkeme söz konusu davada uygulanacak olan hukukun tespiti için öncelikle CISG'de yer alan hükümlerin yerel hukuk kurallarından ayrıştığını, bu bağlamda sözleşmenin müzakere aşamasında ispata ilişkin hükümlerin (m.8/3) ve bu şekilde kurulan sözleşmenin uygulanmasına dair uyuşmazlıkların (m. 9/1) CISG'e tabi olacağı yönünde bir değerlendirme yapmıştır.

Yukarıda paylaşılan kararlardan da anlaşılacağı üzere CISG, ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinden ve önceden uygulanmakta olan içtihat hukukundan bağımsız bir nitelik arz etmektedir. Amerikan Mahkemesi kararından da anlaşılacağı üzere CISG hükümlerinin niteliğinin

³² Türk Borçlar Kanunu sistemindeki “uygun illiyet bağı” teorisinden farklı olarak CISG m. 74'te düzenlenen tazminat sorumluluğu “*öngörülebilirlik ilkesine*” dayanmaktadır. Bu ilke ve CISG m. 74'te düzenlenen tazminat sorumluluğu hakkında bkz. Çevik, Abdülkerim. *Viyana Satım Sözleşmesinde Tazminat Sorumluluğu*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 113 - 114; Ulusu, Ayşe Elif. *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 53; Baş, Seda. “CISG m. 74 Kapsamında Sözleşmenin İhlali Halinde Tazminat Sorumluluğu ve Sınırlandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2021, C. 70, S. 4, s. 940 vd.; Kürşat, Pelin. “Viyana Satım Sözleşmesi Madde 74 Vd. Uyarınca Sözleşme İhlalinden Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2018, S. 36, s. 328 vd. CISG'de düzenlenen tazminat sorumluluğunun sınırlanmasına ilişkin bkz. Yüce, Halil Ahmet. *Viyana Satım Sözleşmesi'nin (CISG) 79. Maddesi Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 95 vd.; Birinci Uzun, Tuba. “CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2014, C. 16, S. 1, s. 155 vd.

³³ “*Orbisphere Corp., Plaintiff v. United States*”, United States 24 October 1989, United States Court of International Trade, <https://cite.case.law/ct-intl-trade/13/866/>, Erişim Tarihi: 20.09.2022.

³⁴ “*Calzaturificio Claudia S.n.c., v. Olivieri Footwear Ltd.*”, United States 6 April 1998, U.S. [Federal] District Court for the Southern District of New York, https://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_413_leg-1637.html, Erişim Tarihi: 31.10.2022.

UCC hükümleri ile hükümlerin kesinliği ve uygulanması açısından aynı olduğu, fakat CISG bağlamında değerlendirilmesi gereken sözleşmelerin yorumlanmasında UCC içtihat hukukunun uygulanmasının uygun olmayacağı hükme bağlanmıştır.

II. ANTLAŞMA'NIN YEKNESAK UYGULANMASININ TEŞVİKİ

CISG'in özerk yapıda olması aslında sadece milletlerarası niteliği haiz olmasının bir sonucu olarak algılanmamalı; aynı zamanda Antlaşma'nın uygulama birliğini teşvik edebilmek gayesiyle getirilmiş bir özellik olarak da değerlendirilmelidir³⁵. Bu bağlamda “*Antlaşma'nın milletlerarası niteliği*” ve “*yeknesak uygulanmasının teşviki*” kavramları birlikte ele alınmalıdır. Her iki kavramın sistematik olarak aynı başlık altında ve aynı konuyu düzenleyen bir hükmün içinde yer alması, söz konusu kavramların birbirlerinden bağımsız bir nitelik arz etmediklerinin göstergesi olarak değerlendirilebilir. Bir başka ifadeyle, bir hükmün varlığı bir diğerinin varlığının ön şartı olarak nitelendirilebilir³⁶.

CISG'in hazırlanmasının nihaî amacı, milletlerarası nitelikli mal satımlarına ilişkin en geniş etki alanına sahip ve en etkin yeknesak kurallar bütünü oluşturabilmektir³⁷. Bu amaçla, iç hukuklarında bu hükümleri uygulamakla görevli olanlar, önlerine gelen uyuşmazlık karşısında diğer taraf devletlerin uygulamalarını da hesaba katarak meseleye uluslararası çözüm odaklı yaklaşmalıdırlar³⁸. Yeknesak uygulama sağlanması gerekliliğinin asıl muhatapları, CISG hükümlerini uygulamakla yükümlü olan mahkeme ve hakem heyetleridir³⁹.

Taraf devletlerde CISG'i uygulayacak mahkeme ve hakem heyetlerinin bu metinleri kendi hukuk sistemi ve toplum yapısını temel alarak farklı yorumlayarak farklı uygulamalara gitmesi, yeknesaklığın önündeki önemli engellerdendir⁴⁰. Dolayısıyla sözleşmenin âkit devletler tarafından kabulü başlı başına yeterli bir unsur olmayıp farklı ülke ve hukuk sistemlerinde bulunan uygulayıcılar tarafından aynı şekilde anlaşılması ve yorumlanması gerekir⁴¹.

Antlaşma'nın yorumlanmasında milletlerarası özel hukuk kurallarının “*millileştirme*” eğilimin etkisinden mümkün olduğunca uzak durulmalı ve sözleşmenin birleştirici niteliğinin bertaraf edilmemesi temin edilmelidir⁴². Bu amaçla “*otonom yorum*” esasının kabul edildiğini söylemek mümkündür⁴³. Bu yorum yöntemine göre bir hüküm, CISG'e taraf olan Common Law veya Kara Avrupası hukuk sistemini kabul eden devletlerin hukuklarından bağımsız ve bütün taraf

³⁵ Ferrari, 2004, s. 144; Felemegas, 2000, s. 113.

³⁶ Ferrari, 2004, s. 144; Felemegas, 2000, s. 113; Zeytin, s. 85.

³⁷ Cook, V. Susanne. "Note, The Need for Uniform Interpretation of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *University of Pittsburgh Law Review*, Cilt 50, S. 197, 1988, s. 197.

³⁸ Ferrari, 2004, s. 144.

³⁹ Schwenger/Hachem, s. 263.

⁴⁰ Okur, s. 74.

⁴¹ Bonell, M. Joachim. “Article 7 CISG”, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milano, 1987, s.74-75.

⁴² Ferrari, Franco. "CISG Case Law: A New Challenge for Interpreters?", *Journal of Law and Commerce*, C. 17, S. 2, 1998, s. 246.

⁴³ Ferrari, 2004, s. 141; Brunner, s. 76.

devletlerde aynı şekilde uygulanabilecek tarzda yorumlanmalıdır⁴⁴. Aksi takdirde; her ülkenin iç hukuk kuralları ülke menfaatini ayakta tutmak üzere tesis edildiği için sözleşmeye taraf olan ülkeler arasında bir uyumun sağlanması beklentisi boşa çıkmış olur.

CISG'in uygulama yeri millî hukuklar olduğu için her bir devletin kendi yorum metodlarının ışığında bu sözleşmeyi yorumlayacağı, dolayısıyla yeknesak uygulamanın teşvik edilmesini esas alan m. 7/1'in terk edilebileceği ileri sürülmektedir⁴⁵. Bu husus, bilhassa milletlerarası nitelikli sözleşmelerin uygulanması aşamasında farklı yorum ve uygulamaların ortaya çıkmasıyla sözleşmenin hazırlık aşamasında gerçekleştirilmesi amaçlanan yeknesak bir hukuk ve uygulamanın sağlanması idealini de imkânsız kılar. Ancak bu tehlikeye tamamen katılmak mümkün değildir. Zira ülkelerin iç hukuktaki yorum ilkeleri ile uluslararası metinlere ait yorum ilkeleri birbirinden tamamen farklı değildir. Meselâ millî hukuklarda geçerli olan dürüstlük kuralı, CISG m. 7/1'e göre milletlerarası ticarete de korunması gereken temel bir ilkedir⁴⁶.

Aslında CISG'in yorumlanması açısından dile getirilen yukarıdaki sakıncalar, milletlerarası nitelikli metinleri millî hukuk perspektifiyle okuma eğiliminin doğal bir sonucudur⁴⁷. Antlaşma'yı iç hukuklarına dâhil etmiş olan ülkelerde sözleşmenin yeknesak olarak uygulanabilmesi için öncelikle CISG'in milletlerarası nitelikli mal satımlarında uygulanmak üzere hazırlanmış, kendine has bir karakteri olan, özerk yapılı ve yeknesak şekilde uygulanması zorunlu olan bir sözleşme olduğunun uygulayıcılar tarafından kabulü gerekir. Netice itibarıyla CISG'in özerk niteliğinin kabulü, aynı zamanda Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (The United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) direktiflerinin sözleşmenin 7/1. maddesinde belirtildiği gibi yorumlanmasına katkıda bulunabilir⁴⁸.

III. MİLLETLERARASI TİCARETE DÜRÜSTLÜK KURALININ KORUNMASI

CISG m. 7/1'de ifade edilen ve sözleşmenin yorumlanması esnasında dikkate alınması gereken üçüncü unsur ise milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunmasıdır. Dürüstlük kuralının ve iyiniyetin (*fair dealing – good fair*) korunması daha çok taraflar arasında borçlar hukukuna tâbi bir ilişkinin söz konusu olduğu hallerde karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramlar, birçok hukuk sisteminde taraflar arasındaki sözleşmelere uygulanan ortak düzenlemelerdir⁴⁹. Her

⁴⁴ Ferrari, 2004, s. 141 - 142; Atamer, s. 298; Tarman, Zeynep Derya. Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 79 - 80; Çalışkan, Yusuf. *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 162.

⁴⁵ Köhler, Martin F. *Das UN-Kaufrecht (CISG) und sein Anwendungsausschluss*, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2007, s. 39.

⁴⁶ Köhler, s. 39.

⁴⁷ Honnold, John. "The Sales Convention in Action - Uniform International Words: Uniform Application?", *Journal of Law and Commerce*, C. 8, S. 1, 1988, s. 208.

⁴⁸ Felemegas, 2000, s. 115.

⁴⁹ Dürüstlük kuralı, TMK m. 2/1'de "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır" şeklinde ifade edilen bir tür genel davranış kuralıdır. Bu kural, topluma egemen olan ahlaki ölçülere ve geçerli âdetlere göre bir kimseden, namuslu, dürüst, adil bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder (Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 193; Kavak, Yalçın. *Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması*, İstanbul, Legal, 2019, s. 5). Dürüstlük kuralının farklı hukuk sistemlerinde karşılaştırmalı olarak uygulanmasına dair bkz. Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın*

ne kadar farklı hukuk sistemlerinde dürüstlük kuralına yüklenen fonksiyonlar arasında çeşitlilik söz konusu olsa da böylesine ortak bir kavramın milletlerarası nitelikli bir sözleşmede yer alması, münhasıran belirli alanlarda gerçekleştirilen milletlerarası nitelikli özel hukuk işlemlerinde birliğin sağlanabilmesi amacıyla hizmet etmektedir.

A. Bir Yorum Aracı Olarak "Dürüstlük"

Dürüstlük kuralının madde metnine dâhil edilmesiyle, sözleşmeye taraf olan devletlerde CISG'in yeknesak bir şekilde uygulanabilmesinin tesisinde dürüstlük kuralının niteliğinden kaynaklanan bir belirsizlik ortaya çıkmıştır⁵⁰. Zira yeknesak uygulama amacıyla kaleme alınmış bir madde olan ve bu manada sözleşmenin yorumlanması açısından etkin bir düzenleyici niteliği haiz olan Antlaşma'nın 7. maddesinde "dürüstlük kuralı"nın nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusu belirsiz bırakılmıştır. Dürüstlük kuralı, bilhassa içtihat hukukuna sahip olan sistemler ile Kıta Avrupa'sı hukukunu uygulamakta olan sistemler arasında farklı şekillerde yorumlanmaya müsait bir kavram olarak nitelendirilmektedir⁵¹. Çünkü bu iki sistemin işleyiş mekanizmaları birbirinden farklıdır. Antlaşma'nın 7. maddesinin hazırlık aşamasında da birçok tartışmaya konu olan "dürüstlük kuralı", muhaliflerin yoğun eleştirilerine rağmen yetersiz dahi olsa uzlaştırıcı bir etkisinin olacağı umularak madde metnine dâhil edilmiştir⁵².

Bütün tartışmalara rağmen dürüstlük kuralı, adaletsiz sonuçların önüne geçebilmek amacıyla uygulayıcıların kullanabilecekleri bir yorum aracı olarak değerlendirilmelidir⁵³. Zaten CISG, münferit olarak sözleşme akdeden tarafların uyması gereken dürüstlük kuralına ilişkin bir düzenleme içermemektedir⁵⁴. Ancak yaygın olarak kabul edilen görüşe göre CISG'de düzenlenen

Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 3 vd. İyiniyet ise kişinin, hukuken mazur görülebilecek şekilde haksızlık bilincine sahip olmaması şeklinde tanımlanmaktadır (Akkanat, Halil. *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 42). İyiniyetin korunması, yapılan hukuki işleme ilişkin hukuki eksiklikler sebebiyle ortaya çıkan olumsuz sonuçların, iyiniyetli kişi yarına tamamen ortadan kaldırılması veya hafifletilmesi şeklinde ortaya çıkan durumdur (Akkanat, s. 168 vd.).

⁵⁰ Eörsi, Gyula. "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods," *American Journal of Comparative Law*, C. 31, S. 2, 1983, s. 333, 349; Ferrari, 2004, s. 147. CISG'in müzakere aşamasında dürüstlük kuralıyla ilgili birbirine zıt iki görüş ileri sürülmüştür. Dürüstlük kuralının metinde yer almaması gerektiğini ileri sürenler; bu ilkenin ahlaki bir ilke olması dolayısıyla sınırlarının çizilemeyeceği ve iç hukukun etkisi altında kalacağı, bu ilkenin ticari hayatta zımni olarak zaten uygulandığından ayrıca düzenlemeye ihtiyaç duyulmayacağı, bu ilkenin ihlali halinde yaptırımının Antlaşma'da düzenlenmediği için ihlal halinde iç hukukun uygulanmasının kaçınılmaz olacağı gerekçelerini ileri sürmüşler. Dürüstlük kuralının metinde yer alması gerektiğini ileri sürenler ise bir davranış normu olarak bu ilkenin metinde yer alması gerektiğini, ilkenin gelişmekte olan ülkelerle yapılacak işlemlerde gerekli olduğu ya da ilkenin ihlali halinde uygulanacak yaptırımın metinde düzenlemese bile ilkeye uyulacağını savunmuşlardır. Bu görüşler hakkında bkz. Erdem, H. Ercüment. "Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı", *Yeni Türk Borçlar Kanunu Ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri*, Ed. Şıpka, Şükran/ Yıldırım, Ahmet Cemil, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 131 vd.; Apaydın, Eylem. *The Principle of Good Faith in Contracts*, Leges, İstanbul, 2014, s. 27 vd.; Schwenger/Hachem, s. 267 – 268; Zeytin, s. 87.

⁵¹ Magnus, Ulrich. "Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations", *CISG Methodology*, Ed. André Janssen / Olaf Meyer, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, s. 43.

⁵² Dürüstlük kuralının madde metnine dâhil edilmesine ilişkin tartışmalara dair bkz. Eörsi, s. 333-356; Ferrari, 2004, s. 147.

⁵³ Felemegas, John. "Introduction", *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Ed. John Felemegas, Cambridge, 2007, s. 13.

⁵⁴ Magnus, Ulrich. "Comparative editorial remarks on the provisions regarding good faith in CISG Article 7(1) and the UNIDROIT Principles Article 1.7", *An International Approach to the Interpretation of the United Nations*

dürüstlük kuralı, münferit sözleşmelerin yorumlanmasında ve tarafların akdî ilişkilerinde dikkate alınması gerekli olan bir kural olarak kabul edilmektedir⁵⁵.

Dürüstlük kuralının farklı hukuk sistemlerinde değişik şekillerde uygulandığına daha önce değinilmişti. Bu farklılığa örnek olarak Amerikan hukuk sisteminde dürüstlük kuralının sadece sözleşmenin kapsamı ve mevcut uygulamalarla sınırlandırılması gösterilebilir. Buna karşılık birçok hukuk sisteminde ve özellikle sosyalist hukuk sistemlerinin hâkim olduğu ülkelerde dürüstlük kuralı, sözleşmenin kapsamının yanı sıra sözleşmenin yapısı ve yorumunu da kapsayacak şekilde geniş bir çerçevede değerlendirilmektedir⁵⁶. Dahası aynı nitelikteki hukuk sistemlerinde dahi dürüstlük kuralının uygulanması farklılık arz edebilmektedir⁵⁷.

B. Taraflar Arasındaki İlişkilerde "Dürüstlük"

Aslında dürüstlük kuralının kapsamı içinde irdelenmesi gereken diğer bir başlık da dürüst davranma (*fair dealing*) yükümlülüğüdür. Dürüst davranma yükümlülüğünün dürüstlük kavramı kapsamında değerlendirilmesinin sonucu olarak, CISG 7/1 metninde geçen dürüstlük kavramı daha geniş yorumlanmalıdır⁵⁸. Burada, uyumsuzluğa konu somut olayın taraflarının davranışları kastedilmektedir. Taraflardan dürüstlük kuralı kapsamında hareket etmeleri beklendiğinden, söz konusu kural ile düzenlenmek istenilen tarafların davranışlarıdır⁵⁹. Buna göre hakkın kötüye kullanılması ve çelişkili davranma yasağı da dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmelidir⁶⁰.

CISG'in madde metnine bakıldığında dürüst davranma yükümlülüğünün, dürüstlük kuralına nazaran daha belirsiz olduğu görülmektedir. Tarafların davranışlarının, hak ve yükümlülüklerinin yorumlanmasında dürüstlük kuralının uygulama alanı bulmasına ilişkin bir hüküm CISG maddesine alınmamıştır⁶¹. Ancak Antlaşma'da dürüstlük kuralı aynı zamanda tarafların dürüst davranma yükümlülüklerini de bu kapsamayı amaçlayarak kaleme alınmıştır⁶². Bu ilke hem Antlaşma'nın hem de taraf ilişkilerinin yorumlanmasında dikkate alınabilecek bir ilkedir⁶³. Dürüst davranma yükümlülüğünün dürüstlük kuralının kapsamında olduğunun tespiti, ilkenin daha net anlaşılması açısından önem arz etmektedir.

Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, Ed. John Felemegas, Cambridge, 2007, s. 45.

⁵⁵ Magnus, 2007, s. 45; Ferrari, 2004, s. 147; Brunner, s. 76.

⁵⁶ Felemegas, 2000, s.117; Akyol, 2006, s. 26 vd.

⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Bonell, s.86. Benzer eleştiri için bkz. Ferrari, 2004, s. 147.

⁵⁸ Felemegas, 2000, s.116; Bonell, s. 84; Ferrari, 2004, s. 147.

⁵⁹ Magnus, 2007, s. 46; Ferrari, 2004, s. 147; Brunner, s. 76.

⁶⁰ Brunner, s. 76. Çelişkili davranış, iki davranış arasındaki zıtlık veya terslik anlamına gelmektedir (Akyol, Şener. *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1 – 3; Akyol, 2006, s. 58). Kişinin önceki davranışıyla muhatapta bir güven yaratması ve yeni davranışı ile bu güvenin boşa çıkarılması söz konusudur. Çelişkili davranış yasağından söz edebilmek için bir taraf karşı tarafta yarattığı haklı güveni kötüye kullanmış olmalıdır (Akyol, 2007, s. 5). Bir kişinin önceki davranışı ile sonraki davranışı arasında oluşturduğu çelişki, bazen hakkın kötüye kullanımı bazen de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder (Akyol, 2007, s. 5; Akyol, 2006, s. 63). Hakkın kötüye kullanılması yasağının hukuki temeli de zaten dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük kuralına aykırılığın bir türü olarak görülmektedir (Akyol, 2006, s. 23; Akyol, 2007, s. 5; Kavak, s. 23).

⁶¹ Zeytin, s. 87.

⁶² Bonell, s. 85; Zeytin, s. 88.

⁶³ Schwenger/Hachem, s. 268; Zeytin, s. 88.

C. "Milletlerarası Ticaret" Bağlamında "Dürüstlük"

CISG'in 7. maddesi lafzen yorumlandığında dikkat çeken bir diğer husus, milletlerarası ticarî ilişkilerde göz önünde bulundurulması gereken dürüstlük kuralı niteliğindedir. Madde metninde, milletlerarası ticarete var olan dürüstlük kuralı uygulama ve teamüllerinin dikkate alınarak yorum faaliyetinin gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla maddede, dürüstlük kuralının, ülkelerin kendi iç hukuklarında mevcut dürüstlük kuralı uygulamalarından ve kurallarından bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken bir niteliği olduğu ön plana çıkartılmaktadır⁶⁴.

Milletlerarası ticaretin bazı alanlarında, uzun zamandır süregelen ticarî ilişkiler sonucunda bir gelenek oluşmuş ve dürüstlük kuralının kapsamı açıkça belirlenmiştir⁶⁵. Hâlbuki gelişen teknoloji ile birlikte ortaya çıkan elektronik ticaret gibi yeni ticarî alanlarda, hangi eylemlerin dürüstlük kuralı kapsamında olduğunun belirlenmesi daha zor olacaktır.

Milletlerarası ticaretteki dürüstlük kuralının uygulanmasında karşımıza çıkan bir başka problem ise gelişmiş ülkelerle, gelişmekte olan ülkeler arasında gerçekleştirilen milletlerarası ticarî faaliyetlerde dürüstlük kuralının kapsamının belirlenmesinin değişkenlik arz etmesidir. Çünkü aynı alanda faaliyet gösteren farklı ülke uygulamalarının, kendileriyle aynı ekonomik düzeyde olan ülkelerle dahi farklılık arz etmesi, milletlerarası ticaret kapsamında dürüstlük kuralının yeknesak bir şekilde yorumlanabilmesini güçleştirmektedir⁶⁶. Bu güçlük, gelişmiş ülkelerle, gelişmekte olan ülkeler veya az gelişmiş ülkeler arasında gerçekleşen ticarî faaliyetlerde kendini daha çok gösterecektir. Kanaatimizce, bu sakıncanın giderilmesi için CISG'in milletlerarası ticaret bağlamında dürüstlük kuralına göre yorumunda zayıf âkit tarafın korunması ilkesi göz önünde bulundurulmalı, tarafların alım gücü ve buldukları ülkelerin gelişmişlik durumları da dikkate alınmalıdır. Böylece dürüstlük kuralının milletlerarası ticaret bağlamında uygulanması somut olay adaletine katkı sağlayacaktır.

Milletlerarası ticaret açısından dürüstlük kuralının pratikte nasıl ve ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin şu dava örnek gösterilebilir⁶⁷. Davada, İspanyol ve Alman taraflar arasında akdedilen bir satış sözleşmesinde genel işlem şartlarının birleştirilmesine ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olmuştur. Olayda Alman şirketi kendi sözleşme şartlarına dayanarak bir haddeleme makinesi satmış, ancak söz konusu sözleşme şartlarını satın alan tarafa iletmemiştir. Daha sonra karşı tarafa iletmediği sözleşme şartlarına istinaden bazı taleplerde bulunmuştur. Alman Federal Mahkemesi, sözleşme şartlarının birleştirilmesi konusunun CISG'in 8. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Alman şirketinin yapmış olduğu davranış CISG m. 7'de düzenlenen dürüstlük kuralı bağlamında yorumlandığında, genel işlem şartlarını bir sözleşmeye dâhil etmek isteyen tarafın (*incorporation*) ilgili metni karşı tarafa iletilmesi gerekmektedir. Karşı tarafa sözleşme şartlarının iletilmemesi halinde bu davranış, eğer diğer taraf da sözleşme şartlarının içeriğinin nelerden ibaret olduğunu bilemeyecek durumdaysa,

⁶⁴ Magnus, 2007, s. 46.

⁶⁵ Felemegas, 2000, s. 120; Magnus, 2007, s. 46.

⁶⁶ Felemegas, 2000, s.122; Zeytin, s. 87.

⁶⁷ "Machinery Case", Germany 31 October 2001, Supreme Court (Bundesgerichtshof), https://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_445_leg-1670.html, Erişim tarihi: 15.08.2022.

milletlerarası ticarete var olan dürüstlük kuralının ihlâli anlamına gelir. Ayrıca mahkeme kararında, tarafların iş birliği içinde bulunma ve karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğünün olduğu ifade edilmiştir.

IV. FARKLI YORUMLARA KARŞI ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere CISG, milletlerarası satıma ilişkin olarak yeknesak kurallar bütünü oluşturmayı amaçlamaktadır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için ticarî ilişkilerde söz konusu olabilecek belirsizliklerin ve yanlış anlaşılmaların bertaraf edilmesi istenmektedir. Taraf devlet mahkemelerinde sözleşmenin birbirinden farklı şekillerde yorumlanmasının önüne geçilebilmesi, sözleşmenin milletlerarası niteliğinin ön plana çıkarılmasıyla mümkündür. Böylece sözleşmenin milletlerarası karakteri, uygulamada yeknesaklığın sağlanabilmesinin ön şartı olarak algılanmaktadır⁶⁸.

Şu husus özellikle vurgulanmalıdır ki CISG m. 7/1 hükmü, bütün kavramların mutlaka özerk bir şekilde yorumlanmasını düzenleyen emredici bir hüküm değildir. Bu sözleşmede millî yorumlara açık kavramlar da olabilir⁶⁹. Zira bu madde hükmü bir yorum metodu ihtiva etmemektedir. Burada düzenlenen husus, sözleşmenin yorumlanmasında uygulayıcıya yol göstermektir⁷⁰. Dolayısıyla maddenin asıl düzenleyici niteliği, CISG hükümlerinin yorumlanmasında daha makul ve âdil bir çözüme ulaşılabilmesini kolaylaştırmak olarak ifade edilebilir⁷¹.

A. İçtihat Hukuku (Case Law)

Sözleşmenin yürürlükte olduğu ülkelerde CISG hükümlerinin nasıl uygulandığının bilinmesi, uygulamada yeknesaklığın sağlanabilmesi açısından çok önemlidir. Yeknesaklığın sağlanabilmesinin birinci şartı ise CISG hükümlerinin aynı şekilde yorumlanmasıyla mümkündür. CISG uygulamalarını denetleyen bir üst mahkeme mevcut olmadığından uygulayıcı mahkemeler veya hakemler, yeknesak yorum için hem kendi ülkelerindeki CISG uygulamalarını hem de uluslararası düzeyde diğer ülke mahkemelerinin uygulamalarını bilmelidir⁷². Böylece hâkim, önüne gelen bir uyuşmazlıkla ilgili yorum faaliyetine başvururken diğer devlet mahkemeleri veya hakemlerinin sözleşme hükümlerini ne şekilde yorumlandığını bilerek hareket edecektir. Dolayısıyla bir içtihat birliği sağlanacak ve milletlerarası satım hukuku açısından farklı uygulamaların ve yorumların önüne geçilebilecektir⁷³.

Farklı yorumların önüne geçmek için yapılması gereken faaliyetler bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. Öncelikle yabancı mahkeme kararları kolay ulaşılabilir nitelikte değildir ve bu kararlar bir diğer taraf devlet açısından yabancı dilde verilmektedir. Dolayısıyla yeknesak bir uygulamanın önündeki en önemli problemlerden birisi yabancı mahkeme kararlarına

⁶⁸ Ferrari, 2004, s.141, 144; Felemegas, 2000, s. 124.

⁶⁹ Ferrari, 2004, s.143.

⁷⁰ Ferrari, 2004, s.143, 148.

⁷¹ Magnus, 2009, s. 43.

⁷² Schwenzer/Hachem, s. 264; Zeytin, s. 85; Okur, s. 77.

⁷³ Felemegas, 2000, s. 125; Ferrari, 2004, s. 144 – 145; Brunner, s. 76.

erişimdir⁷⁴. Bu probleme çözüm bulmak amacıyla UNCITRAL bünyesinde hem UNCITRAL metinlerine ilişkin hem de CISG'e ilişkin kararların yer aldığı bir veri tabanı oluşturulmuştur. Kısa adı "CLOUT" (*Case Law on UNCITRAL Texts*) olan bu veri tabanı sayesinde taraf ülke hâkimleri kolaylıkla diğer ülkelerde verilen kararları takip edebilmektedirler⁷⁵. Ayrıca UNCITRAL tarafından adına *Digest* denilen ve uzmanlar tarafından karar özetlerine dayalı olarak derlenen eserler yayımlanmaktadır⁷⁶. Yine bu amaçla, ülkelere ve yıllara göre CISG'e ilişkin taraf devlet mahkemelerinin vermiş olduğu kararların yer aldığı UNILEX adında bir veritabanı oluşturulmuştur⁷⁷. Görüldüğü üzere bütün bu çabalardaki temel amaç, CISG m. 7/1 uyarınca yeknesak bir uygulamanın teşviki ve bu amaç doğrultusunda taraf devlet hâkimlerinin diğer devlet mahkemelerinde verilen kararlara erişiminin sağlanmasıdır.

UNCITRAL tarafından yapılan çalışmalar dışında taraf devletlerin yeknesak uygulamasına katkı sunmayı amaçlayan başka resmi veya özel girişimler de mevcuttur. Bunların bir kısmı internet sitesi şeklinde faaliyet yürütmekte ve içeriğinde akademik çalışmalara, mahkeme ve hakem kararlarına yer vererek yeknesak uygulamaya hizmet etme amacı gütmektedir. Bu alanda en çok bilinen internet siteleri; Pace Hukuk Okulu Uluslararası Ticaret Hukuku Enstitüsü kapsamında faaliyet yürüten <https://iicl.law.pace.edu/cisg/>, Ingeborg Schwenzer tarafından yönetilen www.cisg-online.ch ve Joachim Bonell tarafından yönetilen www.unilex.info'dur. Ülkemizde İstanbul Bilgi Üniversitesi tarafından oluşturulan <https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/> sitesi de CISG'in yeknesak uygulanmasına önemli katkı sunmaktadır.

Yeknesak bir uygulamanın sağlanması için taraf devlet mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara erişimin sağlanması tek başına yeterli olmamakta, hatta bu durum bazen yeni problemlere de yol açabilmektedir. Meselâ bir taraf devlet, diğer taraf devletin daha önce vermiş olduğu karara muhalefet etme hakkına sahip olacak mıdır? Aynı hükme ilişkin farklı kararlar veren iki devlet mahkemesinden hangisinin kararına üstünlük tanınacaktır? Yabancı mahkeme kararlarının taraf devletler bakımından bağlayıcılığı nedir?⁷⁸ Hatta federal devlet yapılanmasına

⁷⁴ Ferrari, 2004, s.146; Zeytin, s. 85.

⁷⁵ Veri tabanına ulaşmak için bkz. <https://www.uncitral.org/clout/?lf=899&lng=en>. Bu veri tabanında taraf devlet mahkemelerince CISG'e ilişkin verilen kararlar yer almaktadır. Maalesef 2022 yılı Ekim ayı itibarıyla bu veri tabanında Türkiye'den herhangi bir karara yer verilmemiştir. Fakat bu veri tabanında Türkiye'den bir karara yer verilmemiş olması, iç hukukta CISG'e hiç atıf yapılmadığı anlamına gelmemektedir. CISG'e atıf yapılan bazı yargı kararları için bkz. <https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/yargi-kararlari/>, Erişim tarihi: 01.11.2022.

⁷⁶ Bu eserlerden ilki 2012 yılı itibarıyla United Nations Commission On International Trade Law tarafından *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* ismiyle uluslararası ticari tahkime ilişkin olarak yayımlandı. Eser için bkz. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>. Erişim tarihi: 30.09.2022. Diğer bir eser ise CISG'e ilişkin kararların yer aldığı *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 2016 Edition* eserdir. Eser için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf, Erişim tarihi: 30.09.2022. Son olarak uluslararası iflas veya sınır aşan iflas olarak da nitelendirilen hususlara dair kararların yer aldığı *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* isimli eser yayımlanmıştır. Eser için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/20-06293_uncitral_mlcbi_digest_e.pdf, Erişim tarihi: 30.09.2022.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi ve kararlar için bkz. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276> Erişim tarihi: 09.08.2022.

⁷⁸ Ferrari, 2004, s.145. Bağlayıcı olmasa bile CISG'i uygulayan ulusal mahkemeler için bu kararların emsal teşkil edeceği yönünde görüş için bkz. Kasap, Gözde. "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Yedinci Madde Hükümünün Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi",

sahip ülkelerde federe devletlerin vermiş olduğu mahkeme kararlarının diğer federe devletler açısından bağlayıcılığı ayrı bir problem olarak karşımıza çıkabilir⁷⁹. Bütün bu soruların ortak cevabı, yabancı mahkeme kararlarının bir diğer taraf devlet açısından bağlayıcı olmayacağı, bu kararların diğer devletler açısından sadece yardımcı kaynak olarak dikkate alınabileceği yönündedir⁸⁰. Dolayısıyla CISG'in yeknesak uygulanmasında ortaya çıkan en önemli problemler şu şekilde sıralanabilir: Bir devlet mahkemesinde verilmiş olan kararın diğer bir devlet hâkimi açısından bağlayıcı niteliğinin olmaması, bir devlet mahkemesi kararında bir diğer devlet mahkeme kararına yer verilmesinin güçlükleri ve bir devlet mahkemesinde verilmiş olan kararın diğer bir devlet mahkemesi açısından emsal teşkil edip etmeyeceğidir⁸¹.

B. Doktrin

Sözleşmeye taraf olan devletlerin farklı hukuk sistemine sahip olması ve yıllardan beri aktarıla gelen bir hukuk uygulamasının varlığı, özellikle içtihat hukukunun uygulandığı sistemlerde ortak bir payda altında hareket etmeyi ve yeknesaklığın sağlanmasını zorlaştırmaktadır. Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde hukuk kurallarının yorumunda doktrine başvurmak önemli bir yer tutarken, Common Law hukuk sisteminde yorum yaparken daha önce verilmiş mahkeme kararları önemli rol oynar. Hatta Common Law hukuk sisteminin uygulandığı Amerika ve İngiltere'de, sistemin diğer ülkelerinden farklı olarak mahkeme kararlarında akademik çalışmalara da atıf yapılmaktadır⁸². “Fothergill v Monarch Airlines Ltd-House Of Lords” davasında mahkeme “*Uygulamanın yeknesak olması açısından hazırlık çalışmalarının kullanılıp kullanılmayacağını değerlendirirken, diğer akit devletlerin mahkemelerinde uygulanan veya uygulanması muhtemel genel uygulamaları dikkate almalıyız. Profesör AF Dumon (Belçika Temyiz Mahkemesi Sözcüsü), 1976'da Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na teslim ettiği yorum konusuna ilişkin kapsamlı incelemesinde (s. 101) ... Profesör Dumon burada öncelikle iç hukukla ilgileniyor, ancak bir dipnot, bu yaklaşımın uluslararası bir antlaşmanın yorumlanmasında kullanıldığını gösteriyor*” şeklinde ifadelerle bizzat doktrine atıfta bulunmuştur⁸³.

Yukarıdaki karardan da anlaşılacağı üzere doktrin, sözleşmelerin yorumlanmasında mahkemelere yol gösterici niteliktedir. Sözleşmelerin yeknesak yorumlanması gayesine ulaşılabilmesi için yerel hukuk ile milletlerarası antlaşmanın yorum metodlarının farklılaşması gerekmekte ve ortak bir içtihat hukukunun gelişmesinde doktrin önemli yer tutmaktadır. Özellikle Antlaşma hakkında karar verilmemiş konularda, doktrindeki hâkim görüşün dikkate alınması Antlaşma'nın yeknesak yorumlanması amacına katkı sağlayacaktır⁸⁴. Bu bağlamda üniversiteler bünyesinde kurulacak ya da kurulmuş olan milletlerarası hukuk ve mukayeseli hukuk araştırma merkezleri, söz konusu milletlerarası hukuk belgesinin uygulanması konusunda tarafların

Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Ed. Günseli Öztekin Gelgel, Faruk Kerem Giray, Beta, İstanbul, 2014, s. 121.

⁷⁹ Ferrari, 2004, s.150; Brunner, s. 76 dn 333.

⁸⁰ Ferrari, 2004, s.145 – 146; Brunner, s. 76 dn 333; Zeytin, s. 86.

⁸¹ Bonell, s. 65. Benzer problemler için bkz. Ferrari, 2004, s.146.

⁸² Felemegas, 2000, s. 135.

⁸³ Kararın tam metni için bkz: “Fothergill v Monarch Airlines Ltd-House Of Lords”, House of Lords, England, <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=147892>, Erişim tarihi: 25.10.2022.

⁸⁴ Zeytin, s. 86.

cesaretlendirilmesi ve milletlerarası hukuk ve usul hukuku bağlamında bilinçlendirilmesi açısından çok büyük değer arz etmektedir⁸⁵.

C. Hazırlık Çalışmaları

Sözleşmenin farklı şekillerde yorumlanmasının önüne geçebilmek için kullanılabilir ve hükümlerin ne şekilde anlaşılması gerektiğini kolaylaştırabilecek bir diğer yöntem sözleşme hükümlerinin hazırlanma sürecidir. Burada CISG hakkında yazılan şerhlerde belirtildiği üzere sadece Viyana Konferansı anlaşma ve usulleri değil aynı zamanda UNCITRAL metni hazırlık aşamasında yapılan müzakere özetleri de CISG'in yorumlanmasında yol gösterici olacaktır⁸⁶.

D. Diğer Çözüm Önerileri

CISG'in uygulama birliğinin sağlanabilmesi ve yeknesak bir şekilde yorumlanabilmesi için yukarıda saydığımız mekanizmaların yanı sıra doktrinde önerilen başka çözüm yolları da mevcuttur. Bunlar milletlerarası nitelikli bir mahkemenin kurulması ve bir danışma konseyinin tesis edilmesidir.

1. Milletlerarası Mahkeme

Sözleşmenin yeknesak uygulanabilmesi amacıyla ileri sürülen çözüm önerilerinden biri, sözleşmenin yorumlanmasında yeknesaklığın oluşmasını sağlayabilmek ve sözleşmeyi amacı dışında yorumlama eğilimlerinin önüne geçebilmek için “Milletlerarası Adalet Divanı” benzeri bir mekanizmanın oluşturulmasıdır⁸⁷. Böylece CISG hükümlerinin yorumlanması ve ön sorunların çözümü faaliyeti bu mahkeme tarafından gerçekleştirilecektir. Bu teklifin içeriğinde, söz konusu mahkeme önünde derdest olan yargılama bitene kadar yerel mahkemelerin kendi kararlarını verebilmeleri için bu durumu bekletici mesele olarak öngörmeleri de yer almaktadır⁸⁸.

Aslında buna benzer bir mekanizmanın tesis edilmesi Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran antlaşmada da mevcuttur⁸⁹. Ancak bu önerinin hayata geçirilmesini zorlaştıran bazı

⁸⁵ Felemegas, 2000, s. 135.

⁸⁶ Honnold, John. *Uniform Law for International Sales Under the United Nations Convention*, 2. Baskı, Kluwer Law and Taxation Publishers, London, 1991, s. 136; Bonell, s. 90; Felemegas, 2000, s. 136.

⁸⁷ Bonell, s. 88; Felemegas, 2000, s. 137.

⁸⁸ Bonell, s. 88-89.

⁸⁹ Roma Antlaşması olarak da anılan bu antlaşma, 25 Mart 1957 tarihinde Fransa, Batı Almanya, İtalya, Benelüks ülkeleri Belçika, Hollanda ve Lüksemburg arasında imzalanan ve bağımsız bir uluslararası örgüt olan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu oluşturan antlaşmadır. 1 Ocak 1958 tarihinden başlayarak yürürlüğe girmiştir. Bu antlaşmasının 177. maddesinde uluslararası bir mahkeme olan Adalet Divanı'na antlaşma hükümlerini yorumlama yetkisi verilmiştir. Madde 177: “Adalet Divanı:

(a) işbu Antlaşmanın yorumu konusunda;

(b) Topluluk kurumlarının işlemlerinin geçerliliği ve yorumu konusunda;

(c) Konsey kararıyla oluşturulan kurumların statülerinde öngörülmesi şartıyla, bu statülerin yorumu konusunda karar verme yetkisine sahiptir.

Böyle bir sorun bir Üye Devlet mahkemesi önünde ileri sürüldüğünde bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarırsa Adalet Divanından bu konuda karar vermesini talep edebilir.

Böyle bir sorun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolu kapalı bulunan yerel bir mahkemede görülmekte olan bir davada ileri sürülürse, bu mahkeme Adalet Divanına başvurmakla yükümlüdür”.

faktörlerin varlığı da göz ardı edilmemelidir. Mevcut çözüm önerisine getirilen eleştirilerde ileri sürülen faktörlerin şu şekilde sıralanması mümkündür⁹⁰:

- a) Âkit devletler arasında var olan coğrafi uzaklık
- b) Âkit devletler arasında var olan sosyal, ekonomik, siyasî, hukukî ve kültürel farklılıklar⁹¹
- c) Ticarî uyuşmazlıkların çözüm yollarının çeşitliliği
- d) Ekonomik ve lojistik manada desteklemenin maliyeti yüksek bir iş olmasıdır.

2. Danışma Konseyi

Sözleşmenin yeknesak uygulanabilmesi amacıyla ileri sürülen çözüm önerilerinden ikincisi, adına CISG-Advisory Council denilen ve farklı hukuk çevrelerinden profesörlerden oluşan bir danışma konseyinin oluşturulmasıdır⁹². Bu konseyin temel amacı, uygulamada yeknesaklığı sağlamak amacıyla belirli sorulara ilişkin görüşler yayınlamaktır⁹³. Bu öneri, milletlerarası bir mahkemenin kurulması fikrine nazaran daha az iddialıdır. Bu önerinin ilk tekliften farklı yönü, kurulması önerilen bu organın danışmanlık rolünün sadece mevcut uyuşmazlıklara ilişkin olmamasıdır⁹⁴. Bu teklifte söz konusu konsey, genel ve soyut düzeyde faaliyetlerini gerçekleştirecektir. CISG hükümlerinin ülkelerinde doğru bir şekilde uygulanmasını arzu eden devletler, söz konusu konseye başvurmak suretiyle bir CISG hükmünün açıklanmasını talep edebileceklerdir⁹⁵.

Farklı hukuk çevrelerinden katılacak profesörlerden oluşması planlanan danışma konseyi fikrine getirilen başlıca eleştiriler; kurulun yetkilendirilmesi problemi, böyle bir yapının organize edilmesi problemi ve söz konusu kurulun danışma fonksiyonunun meşruluğu başlıklarında yoğunlaşmaktadır⁹⁶. Bu eleştirilerin varlığına rağmen 2001 yılında Pace Üniversitesi Uluslararası Ticaret Hukuku Enstitüsü Profesörü Albert Kritzer'in inisiyatifi ile CISG Danışma Kurulu oluşturulmuştur. Bu kurul, özel bir girişimdir. Kurul, herhangi bir kişi veya kurumdan talimat almadığı gibi üyeleri de belirli ülkeleri veya hukuk kültürlerini temsil etmemektedir. Bağımsız hukukçu uzmanlardan oluşan CISG Danışma Kurulu her türlü görüşü, mahkeme veya tahkim kurulu kararını eleştirel şekilde değerlendirme özgürlüğüne sahiptir. Danışma Kurulu bir yandan CISG'in yeknesak yorumlanması diğer yandan da CISG'in temelindeki genel ilkelerin tespiti suretiyle Antlaşma'nın boşluklarının doldurulması amacıyla görüşler yayınlamaktadır⁹⁷. Bu

⁹⁰ Felemegas, 2000, s.138.

⁹¹ Bu konuda yapılan eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bonell, s. 89.

⁹² Ferrari, 2004, s.145; Schwenger/Hachem, s. 264.

⁹³ Ferrari, 2004, s.145.

⁹⁴ Bonell, s. 89-90.

⁹⁵ Felemegas, 2000, s. 138; Ferrari, 2004, s. 145.

⁹⁶ Bonell, s. 90; Felemegas, 2000, s. 139.

⁹⁷ Danışma kurulu hakkında daha detaylı bilgi ve görüşleri hakkında bkz. <https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/cisg-dk-hakkinda/> ve <https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/cisg-dk-gorusleri/>.

görüşler bağlayıcı olmasalar bile ikna edici olarak kabul edilmekte ve mahkeme kararlarına da yansiyabilmektedir⁹⁸.

SONUÇ

1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla Türkiye’de yürürlüğe giren “*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması*”, bilhassa günümüzde yaygınlaşan milletlerarası ticarete pazar payını artırmak isteyen tacirlerin faaliyetlerini daha güvenli bir ortamda gerçekleştirebilmelerine imkân sağlamaktadır.

Sözleşmenin bütün taraf devletler bakımından yeknesak biçimde uygulanması, metinde yeknesaklığın sağlanmasından ziyade uygulamada yeknesaklığın sağlanmasıyla mümkündür. Uygulamada yeknesaklık ise sözleşmenin milletlerarası karakteri de dikkate alınarak sözleşme metinlerinin bütün taraf devletler bakımından yeknesak yorumlanmasıyla mümkündür. Zira CISG’in yürürlüğe girdiği devletler bakımından bu sözleşme, o devletlerin iç hukukunun bir parçası hâline gelmektedir. Ancak sözleşmenin milletlerarası karakteri gereği CISG’in yorumu, devletlerin iç hukuk düzenlerinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

Sözleşme hükümlerinin yeknesak yorumlanabilmesi için uygulayıcılar tarafından; mevcut içtihat hukukunun, doktrinin, sözleşmenin hazırlık aşamasında yayınlanan raporların ve sözleşme görüşmelerinin bilinmesi gerekmektedir. Ne yazık ki ülkemiz açısından uygulayıcıların birçoğunun söz konusu kaynakları tarayabilecek nitelikte dil donanımına sahip olmadığı bir gerçektir. Aynı şekilde, söz konusu yorum faaliyetinde uygulayıcılara yol gösterebilecek Türkçe tercümelemlerin veya doktrin tarafından incelenmiş akademik çalışmaların sayısı da bir hayli azdır. Bu bağlamda hem Adalet Bakanlığı’na hem ticarî alanda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarına hem de üniversitelere çeviri, kitap, akademik çalışma ve en nihayetinde bir Türkçe veri tabanı oluşturulması konusunda ciddi yükümlülükler düşmektedir.

Sözleşmenin örnek bir şekilde uygulanabilmesi ve aynı zamanda yeknesak yorumunun gerçekleştirilebilmesi için önerilen mekanizmalara bakıldığında, söz konusu mekanizmaların 1988 yılından günümüze kadar tam anlamıyla hayata geçirilemediği görülmektedir. Uygulamada yeknesaklığın sağlanabilmesini amaçlayan böyle bir sözleşmenin bir üst otorite tarafından koordine edilme ihtiyacı olduğu ortadadır. Birleşmiş milletler sözleşmelerinin yeknesak bir şekilde uygulanabilmesi, günümüz iletişim şartlarında ülkelerin farklı coğrafyalarda bulunmasının negatif etkilerinden maksimum derecede uzak kalacaktır. Ancak âkit devletler arasında var olan sosyal, ekonomik, siyasî, hukukî ve kültürel farklılıkların sözleşmenin uygulanmasını ve söz konusu üst yargı otoritesinin tesis edilmesini zorlaştıracığı da bir gerçektir. Hâlbuki milletlerarası ticaret; farklı kültürler, farklı sosyal durumlar, farklı ekonomik, siyasî ve hukukî nitelikleri haiz olan ülkeler arasında yapılmaktadır. Hatta aynı hukuk sistemine sahip, aynı coğrafyada bulunan, aynı

⁹⁸ Schwenger/Hachem, s. 265. Danışma Kurulu tarafından verilen görüşlerin derlendiği Türkçe çalışma için bkz. Ed. Atamer, Yeşim M./Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin/Taşkın, Zeynep Damla. *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Danışma Kurulu Görüşleri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ekonomik güce sahip olan ülkelerde dahi birbirinden farklı uygulamaların varlığı görülmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmenin yeknesak yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlayacak mekanizmaların henüz kurulmamış olması, CISG ile hedeflenen amacının gerçekleşmesini geciktirirken, farklı uygulama ve yorumların oluşmasına da zemin hazırlamaktadır. Farklı uygulama ve yorumlar ise CISG ile amaçlanan yeknesak uygulamadan uzaklaşıldığı anlamına gelmektedir.

Taraflar, irade serbestisi ilkesi çerçevesinde tâbi olacakları hukuku ve uyuşmazlıklara uygulanacak çözüm yolunu aralarında kararlaştırabilmektedir. Milletlerarası nitelikli bir mahkemenin tesis edilmiş olması hâlinde taraflar, bu mahkemenin yargılama yetkisini seçebilecek ve böylece farklı devlet mahkemelerinde tatmin olmadıkları bir yargılama riski minimuma indirilecektir. Ayrıca etkin bir danışma konseyinin oluşturulması, taraf devletlerin iç hukukunda uygulama yeknesaklığını sağlayacaktır. Zira CISG, yürürlükte bulunduğu devletlerin iç hukuklarının bir parçası haline gelmiş durumdadır. Sonuç olarak ticarî uyuşmazlıkların çözüm yollarının çeşitliliği, negatif bir etki oluşturmaktan ziyade tarafları tatmin eden bir amaca hizmet etmiş olur.

KAYNAKÇA

- Akkanat, Halil. *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Akyol, Şener. *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Akyol, Şener. *Sözleşmenin Yorumu*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Atamer, Yeşim. *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta, İstanbul, 2005.
- Atamer, Yeşim M./Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin/Taşkın, Zeynep Damla. *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Danışma Kurulu Görüşleri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Baş, Seda. “CISG m. 74 Kapsamında Sözleşmenin İhlali Halinde Tazminat Sorumluluğu ve Sınırlandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2021, C. 70, S. 4, s. 933 – 971.
- Bergsten, Eric E. “Foreword”, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Ed. John Felemegas, Cambridge, 2007.

- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*, 29. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Birinci Uzun, Tuba. "CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2014, C. 16, S. 1, s. 151 – 192.
- Bonell, M. Joachim. "Article 7 CISG", *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milano, 1987.
- Brunner, Christoph. *UN – Kaufrecht - CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980*, Bern, 2004.
- Cook, V. Susanne. "Note, The Need for Uniform Interpretation of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *University of Pittsburgh Law Review*, Cilt 50, S. 197, 1988, s. 197-226.
- Çalışkan, Yusuf. *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Çevik, Abdülkerim. *Viyana Satım Sözleşmesinde Tazminat Sorumluluğu*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1997.
- Enderlein, Fritz / Maskow, Dietrich. *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications, New York, 1992.
- Eörsi, Gyula. "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods," *American Journal of Comparative Law*, C. 31, S. 2, 1983, s. 333 – 356.
- Erdem, H. Ercüment. "Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı", *Yeni Türk Borçlar Kanunu Ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri*, Ed. Şıpka, Şükran/ Yıldırım, Ahmet Cemil, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 117-156.
- Felemegas, John. "Introduction", *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Ed. John Felemegas, Cambridge, 2007.
- Felemegas, John. *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*, University of Nottingham, PHD thesis, 2000.
- Ferrari, Franco. "CISG Case Law: A New Challenge for Interpreters? ", *Journal of Law and Commerce*, C. 17, S. 2, 1998, s. 245 – 262.
- Ferrari, Franco. "Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, C. 7, S. 1, 2003, s. 63 – 92.
- Ferrari, Franco. "Auslegung des Übereinkommens und Lückenfüllung", *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG*, Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), 4. Auflage, München, 2004.
- Honnold, John. "The Sales Convention in Action - Uniform International Words: Uniform Application?", *Journal of Law and Commerce*, C. 8, S. 1, 1988, s. 201 – 211.

-
- Honnold, John. *Uniform Law for International Sales Under the United Nations Convention*, 2. Baskı, Kluwer Law and Taxation Publishers, London, 1991.
- Işıқтаç, Yasemin. *Hukuk Başlangıcı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- İpek, Eyüp. *Medeni Hukuk Video Ders Notları*, 4. Baskı, Benim Hocam Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Kasap, Gözde. “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Yedinci Madde Hükmünün Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı*, Ed. Günseli Öztekin Gelgel, Faruk Kerem Giray, Beta, İstanbul, 2014, s. 114 – 138.
- Kavak, Yalçın. *Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması*, İstanbul, Legal, 2019.
- Köhler, Martin F. *Das UN-Kaufrecht (CISG) und sein Anwendungsausschluss*, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2007.
- Kürşat, Pelin. “Viyana Satım Sözleşmesi Madde 74 Vd. Uyarınca Sözleşme İhlalinden Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2018, S. 36, s. 313 – 340.
- Magnus, Ulrich. “Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations”, *CISG Methodology*, Ed. André Janssen/Olaf Meyer, Sellier European Law Publishers, München, 2009.
- Magnus, Ulrich. “Comparative editorial remarks on the provisions regarding good faith in CISG Article 7(1) and the UNIDROIT Principles Article 1.7”, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Ed. John Felemegas, Cambridge, 2007.
- Munday, R. J. C. "The Uniform Interpretation of International Conventions", *International Comparative Law Quarterly*, C. 27, S. 2, 1978, s. 450 – 459.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Okur, Sinan. “CISG Hükümlerinin Yorumu Bağlamında Boşluk Doldurma Sorunu ve CISG m. 8’e Göre Taraf Beyan ve Davranışlarının Yorumuna İlişkin Esaslar”, *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Ed. Sinan Okur, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 71 – 101.
- Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal. “Madde 7”, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi*, Ed. Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Selanik, Atakan Adem/Bayram, Orkun/Talay Değirmenci, Işıl. “Viyana Satım Antlaşması’nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2018, C. 17, S. 4, s. 1353 – 1367.
- Soyupek, Yusuf /Akgül, Alper /İpek, Eyüp. *Hukukun Temel Kavramları*, Global Politika Ve Strateji Yayınları, Ankara, 2015.
- Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman-Figanmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, İstanbul, 2013.

Tarman, Zeynep Derya. Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Ulus, Ayşe Elif. *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

United Nations Commission On International Trade Law. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>. Erişim tarihi: 30.09.2022.

United Nations Commission On International Trade Law. *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 2016 Edition* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf, Erişim tarihi: 30.09.2022.

United Nations Commission On International Trade Law. *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/20-06293_uncitral_mlcbi_digest_e.pdf, Erişim tarihi: 30.09.2022.

Zeytin, Zafer. *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmesi Hukuku CISG-INCOTERMS*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

<https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/sayfa/tafalar/> Erişim tarihi: 02.10.2022.

<https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/yargi-kararlari/>, Erişim tarihi: 01.11.2022.

<https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/cisg-dk-hakkinda/> Erişim tarihi: 05.11.2022.

<https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/cisg-dk-gorusleri/> Erişim tarihi: 05.11.2022.

<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276> Erişim tarihi: 09.08.2022.

KARARLAR

“Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.”, United States 6 April 1998, U.S. [Federal] District Court for the Southern District of New York, https://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_413_leg-1637.html, Erişim tarihi: 31.10.2022.

“Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corporation”, United States 9 September 1994, U.S. [Federal] District Court for the Northern District of New York, https://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_85_leg-1288.html, Erişim tarihi: 31.10.2022.

“Fothergill v Monarch Airlines Ltd-House Of Lords”, House of Lords, England,, <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=147892>, Erişim tarihi: 25.10.2022.

“Machinery Case”, Germany 31 October 2001, Supreme Court (Bundesgerichtshof), https://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_445_leg-1670.html, Erişim tarihi: 15.08.2022.

“Orbisphere Corp., Plaintiff v. United States”, United States 24 October 1989, United States Court of International Trade, <https://cite.case.law/ct-intl-trade/13/866/>, Erişim tarihi: 20.09.2022.

Türkiye’den örnek yargı kararları, <https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/yargi-kararlari/>, Erişim tarihi: 01.11.2022.