

ADALET DERGİSİ

Adalet Dergisi, 1873 yılında Cerîde-i Mehâkim adıyla yayın hayatına başlamıştır. Cerîde-i Mehâkim-i Adliye, Cerîde-i Adliye, Adliye Cerîdesi ve Adliye Dergisi isimleri ile yayımını sürdürmüştür. Dergi, 1946 yılından itibaren Adalet Dergisi adıyla yayımlanmaya başlamıştır. Dergiye ait dönemlendirme bu duruma göre yapılmıştır. Adalet Dergisi 62-63. sayılarından (2019) itibaren hakemli olarak yayımlanmaktadır.



71
(2023/2)

ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

Sayı: 71 2023/2
ISSN: 1011-730X
ISSN (online): 2717-6614
Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ
Adalet Bakanlığı Adına
Yılmaz TUNÇ
(Adalet Bakanı)

Yayın Danışma Kurulu Başkanı
Akin GÜRLEK
(Bakan Yardımcısı)

Editör
Murat EROL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Ahmet Kemal PEKACAR

Dil Editörleri
Halit Haki BARUT/Yusuf ÖNÇİRAK/Dr. Berat DUMAN

Dijital Koordinasyon: Mahmut CESUR/İsmail SARIKAYA
Tasarım: Burcu OYAR/Merve TÜRKOĞLU

Web Tasarım: İbrahim KÖSE/Enes ŞERBET

Yayın İşleri Büro: Hasan KELEŞ/Barış KÖKSAL/Özlem İNALKAÇ
Arşiv Dağıtım: Veysel ÜNAL/Alper USLU/Talip DEMİRCİ/Alper BAYSAL

Eğitim Dairesi Başkanlığı
Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13
Yenimahalle / ANKARA
Tel: (0312) 204 11 29 - (0312) 204 13 07, Belge Geçer: (0312) 219 64 17
e-posta: dergiadalet@gmail.com / adaletdergisi@adalet.gov.tr
www.adaletdergisi.adalet.gov.tr

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Tüm hakları Adalet Bakanlığına aittir. İzinsiz çoğaltılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Yayımlanacak makalelerin intihal incelemesi Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü işbirliği ile yapılmaktadır.

Yayın Türü: Altı Aylık, Ulusal Süreli Yayın, Yayın Dili: Türkçe
Adalet Dergisi yılda iki defa yayımlanır. Adalet Dergisi AD kısaltmasını kullanır.

Baskı – Cilt:
EMSAL MATBAA DAĞITIM
Hiz.San.ve Tic. Ltd. Şti.
Bahçekapı Mah. 2477 Cad.No:6 Etimesgut Ankara
Tel: +90 312 278 82 00 – Faks: +90 312 278 82 30
Etimesgut V.D.:3340992742

2023 ANKARA

BİLİM KURULU

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet Âkif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
İstanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

YAYIN DANIŞMA KURULU

İbrahim ŞAHİN
Eğitim Dairesi Başkanı

Ahmet ÜSTÜNBAŞ
Mevzuat Genel Müdürlüğü
Genel Müdür Yardımcısı

Cengiz ÖZEL
Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Murat EROL
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Daire Başkanı

Dr. Musa TANRISEVEN
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Tetkik Hâkimi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Cem Duran UZUN
Ankara Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

71. SAYI HAKEM KURULU*

Prof. Dr. Mine AKKAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Serdar GÜLENER	Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri KESER	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Belkıs KONAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuran KOYUNCU	Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa MÜJDECİ	Kırıkkale Üniversitesi Edebiyat Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK	İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nevin ÜNAL ÖZKORKUT	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Esra YAKUT	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa YAYLA	Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Taylan BARIN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Koray DOĞAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Selman DURSUN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Canan ERDOĞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Emir KAYA	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Talat KAYA	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayrettin KURT	Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu
Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ş. Barış Özçelik	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Salih POLATER	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yasin SÖYLER	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Duran UZUN	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Akın ÜNAL	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Said BİLAL	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENCİ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi A.O. HACIÖMEROĞLU	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah İSLAMOĞLU	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Selim KADIOĞLU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cem KARAKILIÇ	Çankırı Karatekin Üniversitesi İİBF
Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay ORTAÇ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Y. ÖZKAN	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Özkan ÖZYAKIŞIR	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ	Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hasan Sayım VURAL	Ankara Üniversitesi SBF
Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ali Adem YÖRÜK	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Anıl Güven YÜKSEL	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Dr. Betül KAYAR	Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Dr. H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Listeleme Unvan İçerisinde Soyadlara Göre Yapılmıştır.*

Adalet Dergisi



Veri tabanlarında taranmaktadır.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

- 19-21 • Yılmaz TUNÇ (Adalet Bakanı) / Takdim

CUMHURİYET DÖNEMİ TÜRK HUKUKUNUN GELİŞİMİ

- 25-73 • Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK / Türkiye Cumhuriyetinde İcra ve İflas Hukukunun Yaklaşık 100 Yıllık Serüveni
- 75-88 • Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK / 1926 Tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanununun Hazırlanışı
- 89-117 • Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Dr. Öğr. Üyesi Yavuz ÖZKAN / Türk Medeni Usul Hukukunun Yüz Yıllık Tarihi
Hundred Years History of Turkish Civil Procedure
- 119-160 • Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Arş. Gör. Dr. H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY / Cumhuriyet Döneminde Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Gelişmeler
Developments in Individual and Collective Labour Law During the Republican Period
- 161-198 • Prof. Dr. Nevin ÜNAL ÖZKORKUT / Türkiye'de Laiklik İlkesinin Kabul Süreci ve Çok Partili Döneme Geçişle Değişen Laiklik Anlayışı
The Process of Adoption of the Principle of Secularism in Türkiye and the Changing Perception of Secularism with the Transition to the Multi-Party Period
- 199-223 • Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ - Dr. Alkın KARAKURUMER / Osmanlı'dan Günümüze Askeri Disiplin Cezaları
From Ottoman to Present Military Disciplinary Punishments
- 225-253 • Doç. Dr. Gökçe CANARSLAN / Türk Borçlar Hukuku'ndaki Gelişimiyle Alt Kira
The Sublease with its Development in Turkish Law of Obligations

- 255-285 • **Dr. Öğr. Üyesi Halim Alperen ÇITAK** / Türk İdare Hukukunun Dünü ve Bugünü
The Past and Present of Turkish Administrative Law
- 287-311 • **Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENCİ** / Kadro Hareketinin Hukuk Anlayışı: İktisadi Devletçilik ve Özgürlük Geriliminde Bir İnceleme
Sense of Law in the Kadro Movement: An Inquiry in the Tension of Economic Etatism and Freedom
- 313-340 • **Ahmet YILMAZ** / Türk Anayasa Metinlerinde İfade Özgürlüğü
Freedom of Expression in Turkish Constitutional Texts
- 341-387 • **Mehmet YALIN** / Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmelerinde Sosyal Politika
Social Policy in Ottoman-Turkish Constitutional Developments

CUMHURİYETE DOĞRU HUKUKUMUZDA GELİŞMELER

- 391-418 • **Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN** / Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Uluslararası Antlaşmalar
International Treaties from the Ottoman to the Republic
- 419-450 • **Dr. Sefa ER** / Türk Hukuk Tarihi Açısından İslâm Hukukunda Kıymetli Evrak
Negotiable Instruments in Islamic Law from Turkish Law History Perspective
- 451-472 • **Arş. Gör. Rıdvan Abdurrahman DEMİRTAŞ** / “İhtiyacât-ı Hâzıraya Muvafık ve Kaide-i Terakki ve Tekamüle Mutabık” Bir Temyiz Kararları Dergisi Çıkarmak: Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye
Publishing a Journal of Appeal Decisions “In Line with the Needs of the Present and in Accordance with the Principles of Progress and Development”: Mecmua-ı Mukarrerat-ı Temyiziye
- 473-502 • **Arş. Gör. Betül ARGUNHAN** / Cumhuriyet'in İlk Yılında Adalet Dergisi: 1923 Yılı Ceride-i Adliyye'sinden Yansımalar
Reflections from the Ceride-i Adliyye in the First Year of the Republic of Türkiye
- 503-526 • **Av. Tuğay AYDIN** / Türkiye'de Avukatlığın Tarihi ve İlk Kurulan Barolar
About the History of Attorneyship in Türkiye and the First Established Bar Associations

- 527-564 • **Ercan KARAİSMAİLOĞLU** / Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonunca Aile Hukukuna Dair Yapılan Çalışmalar
Studies on Family Law by the Ahkâm-ı Shakhşiyye Komisyonu
- 565-604 • **Eren CENAN** / Osmanlı-Türk Anayasacılığının İlk Anayasası: 1876 Tarihli Kanun-i Esasi
The First Constitution of Ottoman-Turkish Constitutionalism: Kanun-i Esasi (1876)

HUKUKUMUZUN GÜNCEL KONULARI

- 607-629 • **Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU** / Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sınırları
Limits of the Presidential Decree
- 631-651 • **Prof. Dr. Faruk BİLİR** / Kişisel Verilerin Korunması Yönündeki Uygulama ve Hukuki Düzenlemelerin Ortaya Çıkışı
Practice on the Protection of Personal Data and Emergence of Legal Regulations
- 653-702 • **Prof. Dr. Berrin AKBULUT** / Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçu (VUK M. 359/B)
The Crime of Tax Evasion by Issuing or Using Forged Documents is Regulated under Article 359/B
- 703-737 • **Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN - Arş. Gör. Mustafa Fatih SARI/** Elektrik Piyasası Kanunu'ndaki Değişikliklerin Derdest Davalara Uygulanması Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararı ve Hakkı Beklentilerin Korunması İlkesi
The Constitutional Court Decision on the Implementation of the Changes in the Electricity Market Law to the Pending Adjudication and the Principle of Protection of Legitimate Expectations
- 739-767 • **Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN** / Ses ve Görüntü Nakli Yolu ile Duruşma ve Uygulamasının Değerlendirilmesi
Hearing through Audio and Visual Transfer and Evaluation of Implementation
- 769-791 • **Doç. Dr. Emir KAYA** / Felsefi Açından Hukuki Bilginin Kritiği
A Philosophical Critique of Legal Knowledge
- 793-825 • **Doç. Dr. Taylan BARIN - Dr. Öğr. Üyesi Hasan Sayim VURAL** / Anayasa Değişikliklerinde Beşte Üç Çoğunluk Kuralı
The Three-Fifths Majority Vote Rule in Constitutional Amendments in the Turkish Case

- 827-851 • **Doç. Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ - Arş. Gör. Oğuz ERSÖZ / Türk Vatandaşlığına Geçişte Yabancıların Birden Fazla Evliliğinin Nüfus Siciline Tescilinin Türk Kamu Düzenine Aykırılığı Üzerine Bir İnceleme (Türk Hukukuna Etkisi)**
An Investigation on the Violation of the Turkish Public Order of the Registration of more than One Marriage of Foreigners in the Population Register During the Transition to Turkish Citizenship (Its Impact on Turkish Law)
- 853-878 • **Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ - Arş. Gör. Numan DOĞAN / Yargı Kararlarında Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması**
Security Investigation and Archival Research in Judicial Decisions
- 879-914 • **Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nur KILINÇ / Türk Hukukunda Çocukların Kurum Aracılığı Dışında Evlat Edinilmesi**
The Adoption of Children without Applying a Competent Administrative Authority under Turkish Law
- 915-954 • **Dr. İpek B. ALDEMİR TOPRAK / İntifa Hakkının Sona Ermesi ve İade Yükümlülüğünün Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi**
The Termination of the Right of Usufruct and Implementation of the Obligation of Return Against Third Parties
- 955-997 • **Dr. Öğr. Üyesi S. Hilal ÜÇÜNCÜ / Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Hacizli Malın Elektronik Ortamda Paraya Çevrilmesine Bakış**
An Overview of the Electronic Liquidation of Seized Goods within the Framework of Comparative Law
- 999-1038 • **Dr. Öğr. Üyesi Seda BAŞ - Dr. Gonca KOZANOĞLU – Dr. Sezgin BAŞ / Hukuki Boyutlarıyla Tiny House**
Legal Aspects of Tiny House
- 1039-1067 • **Emrullah ÖZÜBEK - Dr. Öğr. Üyesi Bilal ÖZEL / 6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde “Ticari İş” ile “Ticari Dava” Kavramları Arasındaki İlişki**
Relation between the Concepts of Commercial Business and Commercial Litigation within the Framework of the Provision of TTK no. 6102
- 1069-1085 • **Arş. Gör. İrem ALPÖZEN / Uluslararasılaşmanın Anayasa Hukukuna Etkisi**
The Impact of Internationalization on Constitutional Law
- 1087-1118 • **Dr. Güven URGAN / Ceza İnfaz Kurumlarında Yürütülen İslah Faaliyetlerinin Başarısı İçin Temel Bir Unsur: Nitelikli Personel Eğitimi**
A Fundamental Element for the Success of Correctional Activities Conducted in Prisons: Qualified Personnel Education

- 1119-1162 • **Hakkı ÖZLÜ** / Borsa İstanbul Anonim Şirketi'nin Borsa İşlemlerine Yönelik Tedbir ve Yaptırım Yetkilerinin Devri
Transfer of Measures and Sanctions Powers for Stock Exchange Transactions of Borsa Istanbul Joint Stock Company
- 1163-1188 • **Uğur İHTİYAROĞLU** / Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisine Yönelik Bir Değerlendirme
An Evaluation Regarding the Objection Authority of the Chief Public Prosecutor Office in the Court of Appeal
- 1189-1212 • **Adalet YALÇIN SOYSAL** / Temel Kuramsal Yaklaşımlar Bağlamında Bilgi Uçurma "Whistleblowing" Kavramı
The Concept of "Whistleblowing" in the Context of Basic Theoretical Approaches
- 1213-1230 • **Av. Alkan Hazar ARKAN** / Yasaların Ruhuna Dair Bir Tartışma: Savigny, Schmitt ve Kelsen'in Düşüncesinde "Yasaların Ruhu"
A Discussion on the Spirit of the Laws: "The Spirit of the Laws" In Savigny's, Schmitt's, And Kelsen's Thought
- 1231 • **Etik Kuralları ve Yayın Politikası**
- 1241 • **Yazım ve Atıf Kuralları**

EDİTÖRDEN

Adalet Dergisi olarak Cumhuriyetimizin 100. Yılına şahitlik etmenin gururunu yaşıyoruz. Nice yüzyıllara derken, ikinci yüzyılın Türkiye Yüzyılı olmasını diliyoruz. Bu yönde var gücümüzle çalışmaya kararlıyız.

Ülkemizin yaşadığı bu tarihi döneme şahitlik etmek sadece bir gurur vesilesi değil, bir o kadar da büyük sorumluluktur. Bu sorumluluk dairesi içinde bize düşen kısımda dergimizi bu süreçte en iyi şekilde hazırlamaya çalıştık. Teknik sebeplerle “Özel Sayı” demedik, “Özel Dosya” ibaresini kullandık. Diğer yandan ise içeriğin özel sayı kapsamını aştığını belirtmek gerekiyor.

Adalet Dergisi olarak, Cumhuriyetimizin 100. yılına yakışır bir sayı hazırlama amacıyla hukukumuzun Cumhuriyet öncesindeki birikimini, Cumhuriyet dönemindeki gelişmelerini, günümüzün belli sorun alanlarını ve konularını ortaya koymaya çalıştık.

Bu süreçte makaleleri ile destek olan hocalarımıza ve yazarlarımıza şükranlarımızı sunuyoruz. Hakem incelemeleri ile akademik katkının seviyesini artıran değerli akademisyenlerimizin destekleri de gerçekten büyüktü.

İçerikle ilgili olarak ise şunlar ifade edilebilir: Kronolojik bir akış gözetmedik. Öncelikle Cumhuriyet dönemi birikimini ortaya koymaya çalıştık. Değerli hocalarımızın makaleleri bu konuda son derece büyük bir birikimi ortaya koyacak evsafa. Akabinde Cumhuriyet öncesi hukukumuzun belirli alanlarındaki gelişmelerine yer vermeye çalıştık. Son bölümde ise hukukumuzun güncel konularına yer verdik.

Böyle bir akış ve kompozisyon tasarlarken, doğal olarak birbiriyle farklı tezler öne süren görüşlerin de yer alacağını göz ardı etmedik. En azından dergimizin ve Bakanlığımızın resmi görüşü sayılmayacak görüşlerin de sadır olabileceği göz önüne alınmıştır. Hatta akademik ilkeler çevrevesinde bunun olması gerektiği düşünülmüştür. Cumhuriyetin çoğulcu anlayışına uygun olarak akademik özgürlükler konusunda gösterdiğimiz bu tavır, birbirinden farklı görüşlerin bir araya gelmesine ve belki de birbirini tamamlamasına vesile olacaktır.

Adalet Dergisinin 150 yıllık mazisi, Cumhuriyete giden sürece ayna tuttuğu gibi, Cumhuriyetin kurulması ve bugünlere gelmesi süreçlerini de ortaya koymaktadır. Nihai olarak Cumhuriyetin 100. yılına şahitlik etmektedir. İkinci yüzyılda dergimizin hukuk hayatımıza katkılarının artarak devam etmesi için çaba göstermeye devam edeceğiz.

İkinci yüzyıl hayırlı olsun.

Murat EROL

Adalet Dergisi Editörü

Eğitim Dairesi Başkanlığı Daire Başkanı

TAKDİM

100. YILLIK CUMHURİYET BİRİKİMİ YENİ YÜZYILIMIZIN TEMİNATIDIR!

Yılmaz TUNÇ
Adalet Bakanı

Cumhuriyete gelen yollar büyük badireler karşısında büyük fedakârlıklar ve inançla inşa edilmiştir. Bu badireler, birkaç yüzyıldır mütemediyen toprak kaybını içerdiği gibi, zaferle taçlanan Milli Mücadele öncesindeki kesintisiz savaşlar dönemini de içerir. Balkan Harbi ve Birinci Cihan Harbi sadece ülkeler arasındaki sıcak çatışmalardan ibaret değildi. Aynı zamanda yüzyıllarca bir arada yaşama kültürünü inşa etmiş toplulukların benzer saiklerle ayrılmasıydı. Bu trajedi Osmanlı'nın sonunu getirirken, millet olarak da bir gerçekle karşılaşmış olduk. Bu gerçek bir bekâ ve istiklâl meselesiydi. Bekâsı ve istiklâli uğruna fedakârlıktan kaçınmamış büyük milletimiz, millet olmanın haysiyet ve onuruyla kendi kaderini tayin etme cesaret, iştihak ve kararlılığını göstermiş, küllerinden yeni bir devlet çıkarmıştır. Bu devlet milletimizin bekâsının ve istiklâlinin güvencesi olduğu kadar, Anadolu'daki bin yıllık devlet geleneginin de son halkasıdır. Zor zamanda canını ortaya koymanın, yoklukta varlığın mücadelesini vermenin, bekâsı tehdit altındayken, kendisine vurulmak istenen zincirleri kırıp geçen milletimizin yazdığı destanın hûlasası bu büyük Devlet ve Cumhuriyet olmuştur.

Cumhuriyet sadece bir yönetim biçimi değildir. Bin yıllardır süregelen kişi, aile, kabile vb. merkezli yönetim biçimlerinin artık bitmesi, bunlardaki yetkinin topyekün millete devri demektir. Cumhuriyet, bir yönetim biçimi olarak meşruiyetin kaynağına milleti ve millet iradesini yerleştirmektedir. Milletlerin, modern toplumlarda ve hukukta yönetimin ve devletin temelini yerleşerek meşruiyet kaynağı olması ve yönetimi belirleme gücünü elde etmesi tarihteki önemli kırılmalardandır. Biz de Türk milleti olarak bu güç, şuur ve irade ile tarih yolculuğumuzu kararlılıkla sürdüreceğiz.

Cumhuriyet, yüzyıllardır süregelen devlet olma cehdi ve iradesinin, tekemül etmiş ve geri dönülmez noktasıdır. Farklı siyasi görüş veya inançlarımız Cumhuriyetimizi daha da güçlendirecek. Farklılıklarımız bizim gücümüz olmaya ve bize imkânlar sunmaya devam etmektedir. Bu tarihi realitenin, aynı zamanda atıye dair bir imkân olduğunun farkındayız.

Cumhuriyet sadece bu coğrafyada yaşayanların göz bebeği olmamıştır. Mazlum coğrafyaların, ezilmiş ve sömürülmüş milletlerin kurtuluş umudu da olmuştur. Bu milletler küllerinden doğmuş Cumhuriyet ile umutlanmış, kurtuluş mücadelelerini artırmışlardır. Bugün dahi Cumhuriyetimiz ve devletimiz mazlumların umudu olmayı sürdürmektedir. Mazlumların sesi olmaya, son birkaç yüzyıldır olduğu gibi mazlumların sığınağı olmaya devam ediyoruz. Tarihimiz ve kültürümüzle biz sorumluluklarımızı yerine getiriyoruz, bu sorumluluklar bizim göz ardı edemeyeceğimiz kendi gerçeklerimizdir. Daha Milli Mücadele yıllarında hedef olarak ortaya koyduğumuz Misak-ı Milli sınırları içerisinde yer alıp da

günümüz Türkiyesi'nin sınırları dışında kalan insanlarımıza kapılarımızı kapatmadık. Bu insanların, devlet sınırlarımız dışında kalmış olmalarına rağmen, onlarla yüzyıllarca aynı vatanın ve devletin sınırlarında bir arada yaşadığımızı unutmuyacağız.

Cumhuriyet bir yönetim biçimi olduğu kadar aynı zamanda bir hukuk reformudur. Cumhuriyeti kuran aktörlerin tarihî devamlılık içerisinde yeni, gelişmiş ve özgün olanı aradıkları, buna dair imkânları düşündükleri görülmekte ve anlaşılmaktadır. Tarihî süreklilikleri göz ardı edemeyiz. Devletleri güçlü kılan tarihleri ve gelenekleridir. Geleneği eskinin de dahil olduğu sürekli bir tekemmül hali, yenilenme durumu olarak görürsek, işte o zaman karşımıza çıkan büyük imkânlar ve birikimlerle daha hızlı yol alabiliriz. Hukukumuzun, tarihimizin hem modernleşme hem de klasik dönemini içerecek şekilde büyük bir birikime sahip olduğunu ifade etmemiz gerekiyor. Yüzyıllardır süregelen bu birikimin, tıpkı Cumhuriyetin kurulmasındaki yenilikçi ruh ile etkin ve kurucu roller alabileceğini de hassaten vurgulamak gerekiyor.

Hukuk hayatımızda, hukuk tarihimizin hakkıyla ele alınmasında belli sorunları müşahede ediyoruz. Hukuk tarihimizle bilgi, kültür ve süreklilik yoluyla ünsiyet kurmazsak hukuku güncelde yaşanan sorunlara indirgeyecek veya bunlardan ibaret görececek duruma düşeriz. Hukuku doğuran dinamikleri, tarihî realiteleri ve süreçleri, kendi hukuk kültürümüzü, günümüzün sorun ve ihtiyaçlarını, farklı ülke uygulamalarını gelecek vizyonu ile birlikte ele aldığımızda ancak yetkin bir hukuk normu ortaya koyabiliriz. Bunun için de elzem olan maddi hukuk yanında hukuk tarihimizle bir bağ kurulması kaçınılmaz görünmektedir. Buna ilave olarak, felsefenin analitik düşünme biçimi yanında hukuku doğuran düşünce ve akımların serencamı hakkındaki malumatı da hukuk vizyonunu tahkim edecektir. Hukukumuzun bütün bu büyük birikim karşısında kendine yetme, kendini imar ve inşa etme özgüvenine sahip olma konusunda eksikliklerini gidermek her birimize düşen bir sorumluluktur.

Cumhuriyetin kapsamlı hukuk reformu iradesi günümüze kadar devam etmiştir. Bu devamlılığı güçlendirecek ifade ettiğimiz iki temeli acilen inşa etmek zorundayız; birincisi hukuk tarihi ve felsefesinin imkânlarını güçlendirmek ve harekete geçirmek, ikincisi ise karşılaştırmalı hukukun verimini somuta tahvil etmek. Hukukta değişim ve reform iradesinin her iki dinamikten yoksun olması, hukukun adalet hedefinden ziyade, ideolojik bir belirleme veya kültürel bir mühendisliğe kaynaklık edecek bir konumda durmasına neden olabilecektir. Cumhuriyetimizin ikinci yüzyılına girdiğimiz eşikte ileri seviyede bir hukuk nizamı oluşturmak başta Anayasa değişikliği ile mümkün olan bir zorunluluk ve gerçektir. Cumhuriyetimizin ilk yüz yılı ikinci yüzyılının imarında ve inşasında büyük bir imkân ve birikime sahiptir. Sayın Cumhurbaşkanımız Recep Tayyip Erdoğan'ın "Türkiye Yüzyılı" vizyonu çerçevesinde sarsılmaz bir inanç ve yüksek gayret ile çalışmalarımızı devam ettirme, yenileme, geliştirme ve adaleti en üst seviyeye çıkarma hedefleri doğrultusunda çalışmaya devam edeceğiz.

Adalet Bakanlığı olarak kendi hukuk birikimimizin sadece güncel yönünü değil aynı zamanda tarihi birikimini de ele alma, bunları güncel planda yeniden değerlendirme çabasında olduğumuzu ifade etmek isterim.

Bu kapsamda hassaten Adalet Dergisine değinmek isterim. Adalet Dergisi, 1873 yılından günümüze yüz elli yıllık tarihiyle ülkemizin en önemli hukuk dergilerinden birisidir. Son dönemde kazandığı akademik kimlik ile bu tarihe yakışır bir yayıncılık sergilemektedir. Dergimizin büyük arşivi incelendiğinde Cumhuriyete gelen yollar ve izler net olarak görülecektir. Yine Cumhuriyet sonrasında da telif makaleler, yasal düzenlemeler ve mahkeme ilamlarından hukuk inşa süreci net olarak görülecektir. Cumhuriyete doğru hukukumuzun inşa, biçimlenme ve yenilenme süreçlerinin kaydını tutan Adalet Dergisi bugün de 100. Yılında Cumhuriyetin birikimini ele almaya, ikinci yüzyıla bir birikim bırakma ve buna dikkat çekme çabasına girişmiştir. Adalet Dergisinin bu sayısını Cumhuriyetimizin ilk yüzyılına olduğu kadar ikinci yüzyılına da armağan ediyoruz.

29 Ekim 1923 Tarihinde Türk devlet hayatına Cumhuriyet kavramını getiren, bu millete belirleyici olma rolünü veren başta Gazi Mustafa Kemal Atatürk olmak üzere, silah arkadaşlarını, yine o tarihte Yüce Meclisimizde Cumhuriyetin kabulü için heyecanla oy kullanan Meclis üyelerimizi rahmet ve minnet ile yad ediyorum. Hepsine bu eşsiz eserden dolayı şükranlarımızı, dualarımızı ve minnetlerimizi sunuyorum.

CUMHURİYET DÖNEMİ
TÜRK HUKUKUNUN
GELİŞİMİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİNDE İCRA VE İFLAS HUKUKUNUN YAKLAŞIK 100 YILLIK SERÜVENİ

*Türkiye Cumhuriyetinin 100. Yılına idrak ederken,
bu çalışma, Adalet Bakanlığı Merkez Teşkilatının
Hakk'ın rahmetine kavuşmuş veya halen görevde
olan birbirinden değerli, çefakeş ve dirayetli hakim
ve savcularına ithaf edilmiştir.*

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK*

T.C. Adalet Bakanlığının “*Cebri İcra Kanunu*” adı altında yeni bir icra ve iflas hukuku düzenlemesinin hazırlanmasına ilişkin olup yedi yıldır süren çalışmaları, tam da Cumhuriyetimizin 100.Yılına idrak etmekte olduğumuz bir dönemde bitme aşamasına geldiğinden, icra ve iflas hukukunun 100 yıllık bu dönemdeki serüvenini özellikle değişiklikler düzeyinde ve kısaca incelemek, bu süre zarfında katedilen yolu ve icra ve iflas hukukunun maruz kaldığı ve onu içinden çıkılmaz bir “labirentler” hukuku haline getiren “travmaları” göstermek bakımından faydalı olacaktır.¹

Osmanlı İmparatorluğunda, Tanzimat döneminden önce, mahkeme kararlarının hangi şartlarla ve nasıl cebri icraya konu olacağına ilişkin yeknesak kurallar bulunmamaktaydı. Genellikle çavuşbaşılar, belirli bir usule uymak zorunluluğunu hissetmeden mahkeme kararlarını cebren infaz ederlerdi.

İlk defa 1865 yılında bir İcra Cemiyeti kuruldu; ama bu cemiyet ilamları doğrudan cebren icra etmeye yetkili olmayıp, sadece Divanı Ahkamı Adliye Nezaretinin “*mucibince icra oluna*” şerhi ile kendisine gelen ilamları icra edebilirdi.

Mahkeme kararlarının icrası meselesini ilk defa geneli itibariyle ele alıp düzenleyen belge 1879 yılına ait “*İlamatı Hukukiyenin Sureti İcrasına Dair Muvakkat Kanun*” oldu. Bu *Muvakkat Kanunun* önemi; ilamların icrasının mülkiye amirlerinin müdahale ve havalesinden (“*mucibince icra oluna*” şerhinden) kurtarılarak icra hukukuna bir bağımsızlık verilmesiydi.

Söz konusu *Muvakkat Kanununun* yerine geçmek üzere 1914 (1330) yılında yeni bir *Muvakkat Kanun* yürürlüğe girdi. 1879 tarihli *Muvakkat*

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, soztek@ttmail.com, ORCID:0000-0002-6145-0967

¹ Bu konuda bkz. Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Hukuku*, Birinci Cilt, İstanbul 1945, s.12 vd., no.10 vd.; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, Beşinci Bası, Ankara, 1960, s.3 vd.; Saim Üstündağ, *İcra ve İflas Kanunu'nun Dünü ve Bugünü*, İstanbul, 1990, s.5 vd.

Kanunu tadil ederek onun yerini alan 1914 (1330) tarihli *Muvakkat Kanun*² bilahare 1928 yılında 16 Mart kabul tarihli ve 1215 sayılı bir Kanunla³ tadil edilmiş ise de, 1914 tarihli *Muvakkat Kanununun* bu şekilde başka ülkelerin yasal düzenlemelerinden fazla düşünülmeden ve biraz da rastgele alınan maddeler ve yapılan yamalarla tatminkar sonuçlar vermeyeceği ve arzulanan yasal bütünlüğü sağlayamayacağı kısa sürede anlaşılacak yeni bir kanun arayışına girildi ve sonuçta İsviçre'nin Borç İçin Takip ve İflas Hakkındaki Federal Kanunu üzerinde mutabık kalındı. Bu Kanunun büyük ölçüde bir tercümesi olan, 18/04/1929 kabul tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu, Resmi Gazete'de neşir tarihi olan 4 Mayıs 1929 tarihinden 4 ay sonra (4 Eylül 1929 tarihinde) yürürlüğe girdi. Böylece 1914 tarihli *Muvakkat İcra Kanunu* da ilga edilmiş oldu.

Adliye Vekâletince düzenlenen ve İcra Vekilleri Heyetinin 06/02/1929 tarihli toplantısında kabul olunup Başvekil İsmet imzasıyla B.M.M. Yüksek Reisliğine takdim olunan İcra ve İflâs Kanunu lâyihasının esbabı mucibesi (gerekçesi) aynen şöyleydi⁴:

“B. M. M. Yüksek reisliğine

Adliye Vekâletinden tanzim olunan ve İcra Vekilleri Heyetinin 6-2-1Q29 tarihli içtimasında Yüksek Meclise arzı kararlaştırılan İcra ve İflâs kanunu lâyihası esbabı mucibesile birlikte takdim olunmuştur. Muktazasının ifa ve neticesinin iş'arına müsaade buyrulmasını rica ederim efendim. Başvekil İsmet Esbabı mucibe Türkiye Büyük Millet Meclisinin kabulüne arzolunan bu kamm lâyihası, İsviçre icra ve iflâs kanununun Fransızca metninden Türk hukuk şinaslarına tercüme ettirilmiş, ve icap ettikçe Almanca metni ilede mukayese olunmuştur. Tercümenin ikmalinden sonra riyasetimde, İstanbul birinci hukuk mahkemesi reisi Feyzi Daim, Hariciye Vekâleti hukuk müşaviri ve Ankara hukuk mektebi kanunu medeni müdderrisi Veli, Baş müfettiş Ferit, Adliye Vekâleti hukuk İşleri müdürü Sabri Şakir B. Ef. lerden müteşekkil komisyon tarafından vücuda getirilmiştir.

15 - Cemaziyelahir 1332 ve 28 Nisan 1330 tarihli icra kanunu ile 18 Ramzan 1286 tarihli ticareti berriyeye kanununun ikinci kısmında münderiç iflâs ahkâmı, mülga mecelle, fıkhi şer'i ve ticaret kanunlarımıza göre tanzim edilmiş olduklarından, Cumhuriyet kanunlarından başka kanunu medeni, borçlar ve ticaret kanunlarımızın esasatıle hem ahenk değildirler; bu ahenksizlik icra ve iflâs işlerinde yeni müdevvenatımızı müeyyidesiz bırakacak ve onların yeni pirensiplere göre tatbikini işkâl edecek kadar müessir olmaktadır, gerek bu bariz

² Bu Kanun sadece cüz'i icraya ilişkin hükümler içermekteydi. İflasa ilişkin hükümler ise 1850 yılına ait “*Kanunnamei Ticaret*”te bulunmaktaydı.

³ 1215 sayılı bu Kanunun önemi şuradadır ki, alacaklının, elinde bir ilam olmadan doğrudan doğruya icraya giderek borçlusuna ödeme ihbarında bulunmasına, yani bir anlamda ilamsız icraya imkan vermekteydi. Üstündağ'a göre (s.21), 1215 sayılı Kanunun bu düzenlemesi esas alındığı için hem 1424 sayılı Kanunda ve hem de 2004 sayılı kanunda ilamsız icra, İsviçre'dekinden daha geniştir.

⁴ Çalışmamızdaki bütün metinler, aynen, içerdikleri yazım hatalarıyla birlikte alıntılanıp nakledilmiştir.

zaruretlere ve gerek baştan başa yeni ve demokratik hukuk desatirile teşhiz edilmekte olan Türk Cumhuriyeti adliye kanunları arasındaki Prensipte insicaminin temini gibi ihtiyaclar, yeni icra ve iflas kanunlarımız layihalarının sür'atla vücuda getirilmesine belli başlı saik olmuştur.

Türk Cumhuriyeti icra ve iflâs kanunu Lâyihası İsviçrenin federal icra ve iflâs kanunu örnek ittihaz olunarak tertip olundu. İhtiyacımıza göre ilave edilen bazı maddeler istisna edilirse-ki bunların bir kısmı kantonlar kanunlarından alınmıştır layiha hükümlerine, hatta kelimelerine kadar aynen tercümedir denebilir. İsviçre icra ve iflâs kanununun diğer mütemeddin milletler kanunlarına tercih edilmesinin bir sebebi de kanunu medeni ve borçlar kanununun hemen aynen denebilecek bir surette İsviçreden alınmış olmasıdır. Bundan başka kanunun emsaline nisbetle yeni ve daha müttekâmil olması ve muasır hukuk prensiplerinin ve ticaret işlerinin istilzam ettiği seri ve ameli tedbir ve hükümleri ihtiva etmeside tercih sebepleri arasında hatırlanmağa değer.

Ehemmiyetle işaret edilebilir ki Türk Cumhuriyeti İcra ve iflâs kanunu lâyihasının esaslı farikası, işleri mahkemeye düşürmezden evvel hal ve faslettirebilecek kaideleri ihtiva etmesidir. Yalnız vatandaşlarımızın değil fakat her yerde işlerin uzamasından ve geç intacından dolayı mahkeme kapuları önünde geçirdiği zamandan bizar ve müşteki bulunan mütemeddin beşeriyetin dileklerinin tatmine en müsait usullerin, Büyük Türk Meclisinin tasvibine arz olunan bu lâyihada bulunabileceği fikrindeyiz. Şübhe etmiyoruzki Türk hukukçularının çalışkanlığı, zekâları ve bilgileri mütemeddin milletler desatirine hakkile tefevvuk iddiasında bulunan yeni icra ve iflas kanunu lâyihasının gayelerini vazii kanunun gütdüğü emeller dairesinde tecelli ettirecektir.

Adliye Vekili
Mahmmut Esat”

İcra ve iflas hukukumuzun içerik ve ilkeler düzeyinde nereden bugünlere geldiğini göstermek bakımından 18/04/1929 kabul tarihli 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na ilişkin Adliye Encümeni Mazbatasının da burada aynen nakledilmesinde fayda mülâhaza etmekteyiz:

“Adliye Encümeni mazbatası
YÜKSEK REİSLİĞE

İcra ve iflas hakkında Adliye vekâleti tarafından hazırlanıp Bş. V. in 2/2 / 1929 tarih ve gş numaralı tezkeresiyle encümenimize havale olunan kanun lâyihası ve esbabı mucibe mazbatası Ad. V. Mahmut Esat ve baş müfettiş Ferit Beyefendiler hazır oldukları halde tetkik ve müzakere olundu.

Türkiye Cumhuriyeti adliyesinin inkılabımıza uygun asrı prensip ve esaslara göre tedvin ettiği kanunu medeni, borçlar kanunu ve ticâret kanunuyla idare olunan medeni ve içtimâi munasebatımızdaki hukuk kaide ve hükümleriyle icra muamelatı arasında bulunması muktazi olan insicam ve ahengin eldeki kanun ile temini mümkün olmayacağı gibi mevzuatımıza henüz alınmış bir çok mevadın icra dairelerince içtihadî kararlarla halli yoluna gidilmekte olmasından, kanunlar hükmünün filî neticelerini vatandaşlara verecek olan icra işlerinde

salim bir usul telekki edilmeyeceği aşikâr bulunan bu tarzı muamelenin idamesi tecviz olunamayacağı bedihidir. Bu sebeple bahsedilen yeni mevzularımız ahkâmında ihtiva eden bir kanunun tanzimi zaruret kespemmiş olduğunda encümen Adliye vekâletinin kanaat ve mutaleasıyla hem fikir olarak layihayı esas itibarıyla kabule şayan görmüştür.

Şimdiye kadar ticaret kanununun bir kısmı olan ve ticaret mahkemelerince tatbik ve icra edilmekte bulunan iflas işlerinin icra kanununa derciyle mehzinde olduğu gibi layihaya (icra ve iflas) kanunu unvanı verilmesi, iflas kaidesinin ticarî işlerin adi muamelelerden farklı olarak itibarın muhafazasına matuf ve hukukî tesirleri noktasından şedit ve seri hükümleri ihtiva etmesi lüzumu ile beraber nihayet bir icra takibinden başka bir şey olmamasına göre ticaret kanunundan ayrılarak icra kanununa ilave olunması ve bunun da icra takip yollarından biri olarak sayılması nefselemre muvafık görülmüştür.

şimdiye kadar icra muamelatı yalnız mahkemelerden sadır olan ilâmların tenfizine ve icra kabiliyetini haiz senedat ve vesâikin icrasına münhasır iken bu lâyiha alacaklıya hakkını almak için eliinde bir ilâm veya bir senet bulunmasına mecbur olmaksızın icra dairesine müracaat eylemesi salâhiyetini vermiş olup dairelerin de bu müracaat üzerine borçluya bir ödeme emri tebliğ ederek icra takiplerine iptidar etmeleri lâyihanın en bariz vasfı olmak üzere kaydedilebilir. Geçen sene M. Alice kabul buyurulan 1215 numaralı kanun ile ilamsız icra usulünün tatbikine başlanmış ve on aylık bir tecrübenin intizardan çok fazla iyi neticeler verdiği Ad. vekili Bf. in ihsâi ve mukayeseli malûmata müstenit izahatından anlaşılmiş olduğuna jöre bu layiha daha vasi ve şamil surette o hükümleri de ihtiva etmekle beraber hakkın istifası emrinde seri ve salim şekillerde icra takip yolları ve usulleri kabul eylemiş olduğundan halkın mahkemelerde uğraşmalarına mahal kalmadan ekseri alacaklıların yalnız icra daireleri vasıtasıyla tahsil olunabilmesine imkân hasıl olacaktır.

Layihada alacaklının müracaatıyla başlayan icra takibine mütenazır olarak borçlunun hukukunu ve defilerini mahfuz bulunduracak hükümler mevcuttur. Ezcümle ödeme emri kendisine tebliğ edilen borçlunun itirazile takibin durması ve itiraz merciince gerek borçlunun itirazının ve gerek alacaklının itirazın refi talebinin tetkikiyle bir karara raptı keyfiyeti borçlunun haklarına karşı bir teminattır.

Alacaklının mahkemeye müracaata mecbur kalarak alacağını hüküm altına aldıracağı hallerde buna sebebiyet veren borçlu hakkında %10 dan aşağı olmamak üzere bir tazminat hükmedilmesi bahsedilen 1215 numaralı kanunun tatbikatında görülen faydası nazarı itibara alınarak bu hüküm layihanın 58 inci maddesile kabul olunmuştur. Kendi muamelesinden husule gelmeyen borçlarda kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlunun istenen alacaktan malûmatı bulunmadığı beyan etmesi inkâr telakki olunarak ilerde alacaklı mahkemeden hüküm istihsal ettiğinde bu kabil borçlulara da tazminat hükmolunmasının muvafık olmayacağı ve çimki hükmi şahıslar mümessilleri, vasi, veli ve mirasçılarla karısının muamelesinden dolayı ödeme mecburiyetinde bulunan koca gibi kimselerin kendilerinden istenen borcun mahiyeti ve sebebi Tıakkında malûmatları bulunmaması varit olduğundan bu bapta fena niyetleri mahkemece anlaşılmadıkça tazminat mahkûmiyetinden vareste bırakılmalarını temin mülahazasıyla maddeye bir fıkra ilâve edilmesi encümende mevzuubahs olunması üzerine cereyan eden müzakerede serdedilen bu gibi hallerde borç hakkında malumatı olmadığını beyan, inkâr telakki edilemeyeceği ve madde de

(haksızlığına karar verilirse) kaydından da haklarında tazminat hükme dilecek olanların bu kabîl borçlular olmayacağını istinbat etmek mümkün bulunduğundan o yolda bir fikra ilâvesine lüzum görülmemiştir.

Haciz yoluyla takipte borçlunun evvela menkul maline ve bununda kendisine mahrumiyetten en az zarar vereninden başlamak üzere müracaat edilmesi ve sonra gayri menkulün haczine gidilmesi iki tarafın da menfaatma yarayan esaslardır.

Haczedilen malların satışının kanunda tayin edilen müddetler içinde alacaklı tarafından talep edilmediği halde haciz hükmünün kendiliğinden düşmesi kaidesi de hem kanunun takip ettiği sür'at esasına tetabuk etmekte ve nemde takipsiz kalan hacizler hakkında başkaca borçluların. mahkemeye müracaat etmek külfetine mahal bırakmaktadır.

Kanun, iflas hususları hakkında bu tarzdaki takip yolunuun icap ettirdiği süra't ve emniyetle ifasını temin eden hükümleri ihtiva etmektedir .

Konkordato yapabilmek usulü umum borçlular hakkında kabul edilmiş olup kanunda yazılı şartlar dairesinde alacaklıların kabulüne iktiran edecek bir konkordatonun, hükümlerinin ifasını temin eden müeyyedeleriyle alacaklıları başka suretle istihsal edemeyecek olan alacaklılarla o vaziyete düşen borçlu hakkındaki muhassenatı izahtan müstağni bulunmaktadır.

İcra Vekilleri Heyetinin kararıyle tahakkuk edecek devamlı iktisadî buhran gibi favkalade hallerde taahhütlerini ifa edemeyen borçluların kanunî sebeple sonradan uzadılabilmek üzere bidayeten altı ayı geçmemek şartıyla bir mühlet talep edebilmesi ve bu baпта itiraz merciinin keyfiyeti tetkik ve alacaklıları ilânla devet ederek bir diyecekleri olup olmadığı anlaşıldıktan sonra bir mehîl vermesi ve borcun ödenmesini taksitlere başlayabilmesi, usulüyle lâyihanın (tadiller ve talikler) faslında olup bu baba münasebeti hasabiyle encümence fevkalâde hallerden addile ayrı bir kısım olarak naklettiği salgın hastalık ve harp ve tmmnî bir musibet hallerinde de yine İcra Vekilleri Heyetinin kararıyle memleketin bir kısmında veya bu hallerden müteessir olan iktisadî bir zümre lehine muayyen bir müddet için icra takiplerinin durdurulması memleketin iktisadiyatı noktasından kanunun faydalı hükümlerinden sayılır .

Borçludan bir şey alınmasa mümkün olmadığı tahakkuk eden hallerde de alacaklıya müruru zaman cari olmamak üzere borç ödenmeden aciz vesikası verilmesi usulü icra dairelerinde infaz kabiliyeti bulunamayan bir takım işlerin yüz üstü kalmasına mani olan bir tedbirdir.

Hukuk usulü muhakemeleri kanunundaki hükümlerden daha vasi ve şümulü esbap ve şeraitle - ihtiyatî haciz hakkında bu kanunda ahkâm mevcuttur. Alacağın istifasını daha evvelden temin edici tedbirlerden olan bu mevaddm faydası derkârdır.

Kanunda yazılı hallerde alacaklı, borçlu ve sair alacaklıların itiraz mercii kararına karşı temyize müracaat hakları kabul edilmiştir. Temyizce yapılacak tetkikat her sene birinci reis tarafından ayrılacak ikinci reislerden birinin riyasetinde ve iki azadan mürekkep bir heyete tevdi edilmiş olup ittihaz olunacak kararlar telgrafla mahallerine bildirilmek sureti le alâkadarların hukukuna karşı tatminkâr kanunî bir yol kabul edilmiş olmaktadır.

Kanunda münderiç cezaî hükümler ve bazı intihap haklarından mahrumiyet ve ruhsatlı sanat ve mesleklerin icrasından men'edilmek hak sahiplerinin alacaklarını istihsal emrinde borçluyu taahhütlerini vaktinde ifaya

icbar edecek ve bir suretle malını gizlemek, kaçırmak gibi yollara sapmasına mani olacak mahiyette şiddetli bir müeyyede olduğundan bu veçhile kanunun mecbur tuttuğu hükümlere borçlunun riayetini tahtı teminde bulundurmaktadır. Eldeki icra kanununda mevcut bulunan ve ipkası arzu edilir bir usul olmaktan pek uzak bulunduğuna şüphe olmayıan hapis ile tazyik usulünün terkedilmesi encümence musip ve muvafık görülmüştür.

İcra harçlarından bir aidat almak suretile icra daireleri teşkil edilebileceği hakkında bu- layiha ile Adliye Vekâletine salâhiyet verilmiştir.

Layiha iş sahiplerinin zararlarına karşı icra memurlarının mes'uliyetlerini pek açık olarak tespit ve tayin eylediği gibi mes'ullerin ödeyemediği tazminatın Devlet tarafından ödeneceği esası da kabul olunmuştur.

Bu kanun meriyete geçtiği zaman elde bulunan icra ve iflas işlerinde hangi kanunun tatbiki lazım geleceği hakkında ayrıca 12 maddeden ibaret bir kanun tanzim edilmiştir.

Kanunu medenî ve borçlar kanunumuza mehaz ittihaz ettiğimiz İsviçrenin federal kanunnndan iktibas edilerek ihtiyacımıza göre telif ve ilave ve tadillerle vücuda getirilmiş olan bu layihanın müstacelen ve tercihan kül halinde müzakere ve kabulünün Heyeti Umumiyeye arzı encümenimizce ittifakla kararlaştırılmıştır.”

1929 Ekonomik Krizi gibi olağanüstü bir döneme rast geldiği için daha toleranslı bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerekmele birlikte, 1929 Kanunu büyük eleştirilere maruz kalmıştır. Bunların başında icra kararlarının üst mercilerde yeniden incelenmesinin mümkün kılınmasının işleri uzattığı, öte yandan sadece sınırlı bir alana özgü olan bu incelemenin beklenen faydayı sağlamadığı, borçlunun hapis ile tazyiki imkanı kaldırdığı için kimsenin borcunu ödemediği ve bunun da krediyi azalttığı, ihtiyati haczin kayıt ve şart altına alınmasının alacaklıyı önemli bir tazyik aracından yoksun bıraktığı, borçluya haciz sırasında hazır bulunması için yapılan ihtarin onun mallarını kaçırmasına bir davet niteliğinde olduğu, hacze iştirake ilişkin hükmün fiilen uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı hususları gelmekteydi⁵. Bu nedenle 1929 Kanununun yerine –ama bu “*kanunun malzemesiyle*” ve 1929 Kanunu “*gelişigüzel ahenksiz, düzensiz, çelişik, kıymetsiz ve yabancı maddeler, fıkralar sözler ilavesiyle... delik deşik*”⁶ edilerek⁷ yeni bir kanun hazırlanmış ve 2004 sayılı bu yeni Kanun 09/06/1932 tarihinde kabul edilerek 04/09/1932 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, zaman içinde travmatik değişikliklere, önemli-önemsiz birçok müdahaleye maruz kalsa da, 1932 yılından bugüne kadar –ısrarla- dayanmış ve uygulanagelmiştir.

⁵ Belgesay,s.14 no.13; Ansay, s.9-10.

⁶ Ansay, s.12.

⁷ Ansay, s.12.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, Başvekil İsmet imzasıyla ve 151 Sıra Numarasıyla B.M.M. Yüksek Reisliğine takdim olunmuştur. Esbabı Mucibenin (gerekçenin) “Başlangıç” başlıklı açıklamaları şöyledir:

“Adliye Vekâleti Celilesine

Vekâleti Celilece icra ve iflâs hakkındaki 1086⁸ numaralı kanunun tetkikimi memur buyrulan komisyonumuza bir yandan hapis ile taziyik usulüne dönmek ve ilamsız takip usulünü muhafaza etmek şeklinde ifade edilen iki prensip, diğer taraftan şimdiki teşkilâta fazla masraflı ilâveleri icap ettirecek tadillerden çekinmek suretinde hulâsa edilebilen bir direktif verilmiş idi. Komisyon bu çerçei ve içinde kalmak şartile eldeki mezkûr 1086 numaralı kanun ile mehazi olan İsviçre kanununu tetkik etmiş ve kendisine tevdi buyrulan muhtelif şikâyet ve mütalealan da nazara alarak ilmî nazariyelerle amelî tecrübeleri karşılaştırmıştır.

Başlangıç

İsvicrenin (para borcu için takip ve iflâs hakkında federal kanun) diye tercüme edilmesi lâzım olan (Loi Federale sur la poursuite pour dettes et la faillite) unvanlı kanunu kantonlar usulü muhakemelerinde paradan başka borçlar hakkındaki ilâmların icrası usulüne dair mevcut olan hükümlerle birlikte o bahtiyar memleketin bu yoldaki ihtiyaçlarını en asrî ve âdil surette temin etmiş ve 1889 tarihinden beri esaslı tadil görmemiş mükemmel bir manzume teşkil eder ki bizim medih ve senamızdan müstağnidir. Mezkûr kanunun İsviçrede de şikâyetleri mucip olduğuna ve tadili yolunda teşebbüsler yahut cereyanlar bulunduğuna dair bazıları tarafından vaki olan neşriyat resmî ve hususî istilâmlar üzerine alınan cevaplarda teyit olunmadı.

Şu kadar var ki mezkûr kanunun memleketimizde aynı muvaffakiyetle tatbik edilebilmesi için pek zarurî istisnalar haricinde aynile alınması ve İsviçredekiler gibi kâfi ve mükemmel teşkilâtla birlikte yürütülmesi lâzım idi.

Eldeki kanunumuz İsviçredeki manzumeden çok esaslı noktalarda ayırılmıştır. Bunların en ağırı temyiz kabiliyetinin tahdit edilmesi ve İsviçrede siyasi sebeplere mebni kantonlara bırakılmış olan paradan başka borçlar hakkındaki ilâmların icrası usulünün (30) uncu maddemizde bir iki fıkraya sıkıştırılmış olmasıdır.

Teşkilâta gelince, icra daireleri, şikâyet ve itiraz mercileri pek mahdut çerçiveler içinde bırakılmış temyiz işi ise teşekkülü ve çalışma vasıtaları müphem ve eksik olan bir heyete yükletilmiştir. Mezkûr kanunun tatbiki hususunda uğranılan güçlüklerin amilleri aranırken bu teşkilât eksikliği unutulmamalıdır. Halbuki ilamsız takip usulü bu takip hukuku noktasından muhakemeleri icap

⁸ Bu kanun numarasının 1424 olması gerekiyor. 1086, 18/06/1927 kabul tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun numarasıdır.

ettirmek dolayısıyla geniş teşkilât ister ve halkça bu usule alışıldıktan sonra asliye mahkemelerinin teşkilâtından o nisbette tasarruf mümkün olur.

Onun için ilamsız takipten vaz geçilmemesi hakkındaki prensiple bu iş için fazla masraflı teşkilatı istilzam edecek mahiyette hükümler vazından çekilmek yolundaki direktifin telifi çok zahmetli oldu.

Fakat bu telifi yapmak zarurî idi. Onun için ilamlı, ilamsız takiplere dair fazla masraflı teşkilata lüzum göstermeyecek şekilde bizim için kolaylık ve kullanılabilirlik hassalarını haiz hükümler bulup koymak yoluna gidildi.

Komisyonca hazırlanan lâyiha müsveddesi (avant projet) böyle bir zihniyet ve zaruretin mahsulüdür.

Gönül isterdi ki ilamsız takip sahası İsviçredeki kadar geniş kalsın; fakat bunun için teşkilatın da o nisbette zengin olması, temyiz yolunun da tamamen açık tutulması elzemdir. Bunun ise ileride düşünölmek üzere şimdilik bir mefkuremiz halinde kılması icap ediyor. “.

T.B.M.M. Adliye Encümeni Mazbatası ise şöyledir:

“Yüksek Reislîğë

icra ve iflâs kanununun tadiline dair Adliye vekâleti tarafından tanzim edilip Başvekâletin 12/11/1931 tarih ve 6/431 numaralı tezkeresile üçüncü intihap devresinin dördüncü içtima senesinde Adliye encümenine tevdi edilen kanun lâyihasının müzakeresine haşlanmış ise de bu sırada intihabın yenilenmesine karar verilmiş olmasına binaen ikmal ve intacı mümkün olmamıştı. Dördüncü intihap devresinin fevkalâde içtimaında Hükümetin talebile tekrar encümenimize havale edilen mezkûr kanun lâyihası Adliye vekili Yusuf Kemal Beyefendinin iştiraki ve lâyihayı ihzar eden komisyon reisi Mahkemei temyiz rüesasından Fuat Hulusi Beyin huzurile tetkik ve müzakere edilerek encümen tarafından ittihaz edilen kararlar tetkikat yalnız tadil edilen mevadda hasredilmeyerek bütün kanunun yeni baştan müzakeresi suretile toplu bir halde bir lâyiha vücude getirilmesi tensip edilmiş ve bu suretle tertip olunan lâyiha bastırılıp teksir olunarak Heyeti umumiyeye arzından evvel Adliye vekâleti vesatetile, hâkimlere, Darülfünun ve ticaret odaları ile barolara, belediyelere ve malî müesseselere dağıtılarak alınacak mütalea üzerine tekrar müzakere ve tetkiki tekarrür etmiştir. Tevzi edilen lâyiha hakkında varit olan altmış müteceviz mütaleaname üzerine encümen, tekrar müzakereye başhyarak 369 maddeden ibaret olan bu lâyihayı tanzim ve Heyeti umumiyeye arzylemiştir.

Umumî mütalea

1929 senesinde neşredilen 1424 numaralı icra ve iflâs kanunu, inkilâbımızın zarurî ve lüzumlu icaplarından olarak kabul ettiğimiz prensip ve esaslara uygun ve içtimaî ihtiyaçlarımızı müemmin adli mevzuatımız arasında tedvin edilen kanunlarımızdan biri olduğu halde tatbik sahasına geçtikten sonra beklenen faydayı tamamile temin etmediği ve bu yüzden kanunu tatbik edenlerle alâkadar iş sahipleri halk tarafından bir takım şikâyetler serdine sebebiyet verdiği

görülmüştür. Bu şikâyetler mübalâğalı addedilecek derece ifrata vardırılmış olmakla beraber büsbütün esassız olmamasına ve icra kanunu gibi hukuku hususiyede bütün kanunların tatbikatının netice ve semeresini izhar edecek bir kanunun maksut gayeyi istihsale kâfi gelmemesi şayanı nazar bulunmasına binaen kanun hakkında haklı ve varit görülecek şikâyeti müstelzim ve müşkilâtı bais olan mevaddın tebdili zarurî ve elzem olduğuna kanaat hâsıl olmuştur. Bu mülâhaza ile hazırlanmış olan tadil lâyihası esas itibarile kabule şayan görülmüş ve ancak tadil lâyihası asıl kanunun yarısına yakın yüz elliye müteceviz madde olarak tanzim edilmiş olmasından tadile uğrıyan ve ilga edilen maddelerle karışık bir hale gelecek kanunun intizamını temin etmek mülâhazası tetkikatı heyeti umumyesine teşmil ederek yemi baştan bir lâyiha tanzimine saik olmuştur.

Meri icra ve iflâs kanunu İsviçrenin (para borcu için takip ve iflâs) hakkında federal kanunundan iktibas edilmiş olup kanunu medenî ve borçlar kanunile hukuk usulü muhakemeleri kanununun da mehazi aynı memleket kanunları olmasına göre yeni mevzuatımıza ahenk ve insicam itibarile en uygun ve mahkemelere müracaat külfetinden vareste bırakarak pek çok kolaylıklar temin ettiği meri icra kanunundan daha evvel tatbik edilmekle anlaşılan ilamsız icra usulünü muhtevi bulunması itibarile faydalı olduğu halde tatbik sahasında maksadı tamamen temin etmemesi hasebile dermevan edilen şikâyet ve serdolunan mütalealar üzerinde encümen tevakkuf ederek bunların sebeplerini araştırıp tesbit hususunda uzun tetkik ve münakaşa ve müzakerelerde bulunmuştur.

Tadilâtı hazırlayan komisyonun esbabı mucibesinde de işaret edildiği üzere icra dairelerimizin teşkilâtının bu kanunun icablarına göre kâfi olmadığına ve bir çok kazalarda müstakil icra memurları bulunmadığına ve memurların bir kısmının lâzım olan kifayet ve iktidarı haiz olmadıklarına kanaat hâsıl eden encümen, meri kanunun lam bir muvaffakiyet temin etmemesi sebeplerinde bunların mühim amil olduğunu görmüştür. İşte bu kanaate binaendir ki bir çok mevaddı tatbikatın verdiği tecrübeler ve müşahedelere müstenit mütalea lile değiştirilen ve tatbik kabiliyeti görülmemesinden tayıyeden ve lüzumlu olduğu mülâhazasıle gerek komisyonun teklifile ve gerek encümence yeniden vazedilen hükümlerle vücade getirilen :bu kanun, beklenen semereyi verebilmesi için teşkilâtın kanunun esasatına göre tanzim ve ıslahı ve bilhassa iflâs işlerinde ticaret muamelesi çok olan yerlerde mahkemelerde bulunmuş tecrübeli ve mütehasıs hâkim sınıfından iflâs memurları tayini zarurî bulunduğunu kayıt ile Adliye vekili Beyefendinin de beyanatından aynı kanaat ve mütaleada olduğunu bilen encümen bu hususta Adliye vekâletinin bütçenin müsaadesi nisbetinde peyderpey icra daireleri teşkilâtını tanzim ve icra işlerinde temyiz mukarreratının muntazaman neşir ve tamimi hakkındaki kanun hükmünü ehemmiyetle tatbik ve muhtelif içtihatlara meydan vermemek ve kanunun ruh ve maksadına münafî muamelelerin yapılmasına mahal bırakılmamak üzere icra dairelerine tamimler yaparak kanunun müfit bir bale getirileceğinden mutmain bulunduğunu beyan eyler.

Meri kanun hakkında izhar edilen şikâyetler arasında eski ahkâma itiyat etmiş olanlar borçluların hapisle tazyiki usulünün alacakların istifası enirinde icra muamelelerinde ehemmiyetli faydalar temin ettiğini ileri sürerek bu usulün ihyasını ve hatta 28/1V/1330 tarihli icra kanunu muvakkatinin iadei meriyetini istemekte oldukları görülmüştür. Muasır hukuk telâkkileri itibarile kurunu vustaî bir usul olan hapsin adlî mevzuatımız arasında yer tutamayacağı pek bariz bir hakikat olup hiç bir ilmi kıymet ifade etmeyen bu arzuların tetkik mevzuu

olamayacağı aşikâr ise de encümenimiz ilme ve hakikate müstenit samimî bir kanaatle vatandaşların mücerret borçlu olmaları yüzünden hürriyetlerini alacaklısının iradesine tâbi tutacak bu sakim usulün inkilâp düsturlarının icapları olarak terkedilmiş olduğunu yeni icra kanununun fena bir tesadüf olarak bütün dünyayı saran ve tesiratmdan memleketimizin de azade kalamadığı iktisadî buhran zamanında meriyete geçmesinden alacaklarını kolaylıkla istihsal edemiyenler nezdinde husule getireceği memul olabilecek tesirleri izale maksadile mazbatada bu kadarlık bahsetmeyi münasip görmüştür.

Bununla beraber hak sahiplerinin en çabuk surette alacaklarını istifa etmeleri emrinde kanunun müessir ve bir hakkın zıyanına mahal kalmamak şartile mümkün olduğu derece merasim ve külfetten ari hükümleri ihtiva etmesi esasî göz önünde tutularak lâyiha mevaddı bu lüzumlara göre tertip edilmiş ve malı olduğu halde borcunu ödemiyenler ve malını kaçırın ve gizliyenler ve hatta malı bulunmadığı halde yaşayış tarzına göre borcunu kısmen olsun ödeyebileceğine kanaat hâsıl olanlar hakkında hâkimin takdirde bu hareketleri suç sayılarak ceza tertip edilmesi ve böyle maksatlarla yapılmış akit ve muamelelerin iptali emrindeki müeyyideler teşdit edilmiştir.

Meri kanunun muvaffakiyetli neticeler vermemesi sebepleri arasında ahlâkî telakkilerin de müessir olduğu inkâr edilemez. (İçrek amme hukukuna ve gerek fertlerin hukukuna ait olsun kanunî mevzuatta mevcut olan cezaların ve tazminatın tesiratından daha fazla ahlâk kaidelerine riayetkar olmak bu hakların ihlâline mani olur. Malı olduğu halde alacaklısına borcunu ödemeyen ve kanunun cebir ve kuvvetinden kurtulmak maksadile malını kaçırın ve saklıyanların heyeti içtimaiye arasında haysiyetli bir mevkide sayılmamaları ve hele bu haksız maksatlara müzaheret edilmemesi haksızlığı irtikâp kabiliyetinde bulunanlara karşı cüretlerini kıracak mühim bir tedbir olur. Hasis menfaatler temin etmek gayesile ortaya atılan bir takım akıl hocaları ve meyancıların fena telkinleriyle masum halk tabakalarına bile sirayet ettirilerek kanunların hükümlerinden fena yolda istifade ederek asılsız iddialarla hakkın istifasına engeller ihdas olunduğu müşahade edilmektedir.

Bu zararlı hallere karşı hâkimlerimizin vâsi takdir haklarını kullanarak hakkın muhafaza ve siyaneti için mevzu kanun hükümlerinin tezvîratile suiistimaline meydan verilmemesi ve haksız ve kanunsuz hareketlerin şiddetle cezalandırılması esbabının temin ve tatbikına itina edilmesi suretile meni ve tahdit edilebileceği şüphesizdir.

İcra ve iflâs kanununun ehemmiyeti derecesile mütenasip olarak her veçheden tatbikatta hakkın muhafazasını temin etmek mülâhazasıle iktiza eden tedbirleri kanuna ithal etmek hususunda encümen yukarıda zikredilen ve her biri hâkimler ve icra memurlarile Darülfünun, barolar, millî bankalar ve ticaret odaları ve muteber malî müesseseler tarafından eyi bir tetkik mahsulü olarak kaleme alınmış kıymetli mütaleanamerelerden istifade ederek muhassenatına kail olduğu ve mevcut kanunlarımızın esaslarına en uygun olan İsviçre federal kanununun umumî prensip ve kaidelerinden ayrılmamayı düstur ittihaz ederek bu lâyiha tanzim edilmiş ve ancak ilâma müstenit icra takiplerile kiralanan gayrimenkullerin tahliyesi hakkında yeni hükümler bu kanuna dercedilerek memleketimizin hususiyetlerine ve adliye teşkilâtımızın hal ve vaziyetine göre intibak kabiliyeti olmayan hir takım usulleri terkeylemiştir.

Lâyihanın bapları ve bunların ayrıldığı kısımlarla ehemmiyeti haiz olan maddeler hakkındaki encümenin mütalea ve esbabı mucibeleri sırasile aşağıya dercedilmiştir.

Merî kanunun başlangıç unvanlı 1 inci ve 2 inci maddelerinin mündericatu itibarile bir hükmü ihtiva etmeyip mütearife kabilinden olduğu sebebile yapılan müzakere ve münakaşa neticesinde dört reye karşı ekseriyetle tayyına karar verilmiştir.”.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 04/09/1932 tarihinde yürürlüğe girer girmez hemen eleştirilerin odağı olmuş ve daha Kanun uygulanmaya başlar başlamaz şikayetler de başlamıştır. Tabir caizse, adeta “çile çekmek için yaratılmış” olan 2004 sayılı Kanun, bu tespiti doğrularcasına, doğumundan itibaren daha bir yıl geçmeden ilk müdahaleye (değişikliğe) maruz kalmıştır. Bu müdahale “Malûllerle şehit yetimlerine verilen terlih zammı ile beyiye ikramiyelerine haciz konulup konulmayacağıнын tefsiri hakkında 3/303 numaralı Başvekâlet tezkeresile icra ve iflâs kanununun 49 uncu maddesine bir fıkra ilâvesine dair 1/548 numaralı kanun lâyihası”nda yer almıştır. 27/05/1933 tarihinde kabul edilen 2228 sayılı Kanuna ilişkin kanun layihası ve esbabı mucibe (gerekçe) aynen şöyledir:

“Esbabı mucibe

Ticaret kanununun ticarî rehinlerin satışına müteallik hükümleri 2004 sayılı icra ve iflâs kanununun rehnin paraya çevrilmesine dair hükümlerile ortadan kaldırılmadığı Adliye encümeninin esbabı mucibe mazbatasında tasrih kılınmış ve bu esbabı mucibe altında teklif olunan 366 ncı madde 368 olarak rakamlandırılıp hükmü değiştirilmeksizin kabul edilmiş ve 368 inci madde hükmile Ziraat ve Emlâk ve Eytam bankalarından başka diğer bazı müesseselerde cari rehnin paraya çevrilmesine dair istisnâî usullerin kaldırılması gözetilmiş ve şu suretle ticaret kanununun rehnin satışına müteallik hükümleri 2004 numaralı kanun hükmile kaldırılmadığı aşikâr bulunmuş olduğu halde tatbikatta icra ve iflâs kanununun 45, 49 ve 368 inci maddeleri hükümlerine istinaden ticaret kanununun ticarî rehinlerin satışına müteallik hükümlerinin ilga edilmiş olduğu neticesine varıldığı anlaşılmaktadır.

Ticaret kanununun rehin satışına müteallik hükümlerinin bu yoldaki içtihatlarla bir müddet tatbik edilmemesi itibara müstenit olan ticarî işlerde kredinin kesilmesini mucip ve binnetice istihsale de müessir olabileceğinden memleket iktisadiyatı ile alakadar olan bu halin temadisine mahal kalmamak üzere ticarî rehinlerin satışına müteallik hükümlerin mahfuz olduğuna dair 2004 sayılı icra ve iflâs kanununun 49 uncu maddesine bir fıkra ilâvesine lüzum ve zaruret hâsıl olmuştur.

Adliye encümeni mazbatası

Yüksek Reisliğe

İcra ve iflâs kanununun 49 uncu maddesine bir fıkra ilâvesine dair Adliye vekilliğince hazırlanıp Başvekâletin 11 - III -1933 tarih ve 6/585 numaralı

tezkeresile Adliye encümenine havale olunan kanun lâyihasile Millî Müdafaa vekâletinin işanna atfen Başvekâletin 26-IV-1933 tarih ve 6/1210 numaralı tezkeresile malûllerle şehit yetimlerine verilen terfih zammı ve beyiye ikramiyelerinin mezkûr icra ve iflâs kanununun 82 nci maddesinin 8 numaralı bendi hükmüne göre haczolunamıyacağıнын tefsiri keyfiyeti aynı kanuna taallük etmesine mebni her iki hususun birleştirilerek müzakeresi tensip olunduktan sonra teklif olunan lâyiha ile tefsire ait evrak mütalea ve tetkik olundu:

icra ve iflâs kanununun beşinci babı hükümleri, rehinin paraya çevrilmesinden bahis olup bu kanunun 49 uncu maddesinde hususî kanun ve nizamlarla rehinleri paraya çevirmeğe müteallik salâhiyetlerinin mahfuz olduğunu gösteren Ziraat ve Emlâk ve Eytam bankalarından başka bu yolda salâhiyet veren hususî kanun ve nizamların mülga olduğu mezkûr kanunun 368 inci maddesinde tasrih olunmuş ve ticaret kanununun ticarî rehinlere müteallik ahkâmının mahfuz olduğu da esbabı mucibe mazbatasında vazıhan beyan edilmiştir. Kanunun tatbikatında ilamsız takiplerin muhtelif tarzlarını gösteren üçüncü babın birinci kısmında rehinle temin edilmiş bir alacak için borçlu iflâsa tâbi eşhastan olsa bile yalnız rehinin paraya çevrilmesi yolile takip yapabileceği tasrih kılınmasına ve ticarî rehinler hakkında ticaret kanunu hükmünün mahfuz olduğuna dair bir hükmün esbabı mucibe mazbatasından başka kanunda sarih olarak gösterilmesine 49 uncu maddedeki eşyalardan gayri hususî hükümlerin 368 inci madde ile ilga edilmiş olmasına binaen rehinli alacaklarda rehinin paraya çevrilmesine dair icra ve iflâs kanunu hükümlerinden başka ahkâmın cereyanı caiz olamayacağı yolunda bazı kararlar verilmiş ve Temyiz mahkemesi de ittihaz ettiği bir kararla bu yolda içtihadta bulunmuştur. Halbuki ticarî rehinler hakkındaki ticaret kanunu hükümlerinin mahfuz olması lüzumunu kredi işlerinin hususiyeti itibarile memleket iktisadiyatile alâkadar bir keyfiyet olduğundan kanunun 49 uncu maddesine bir fıkra ilâvesi suretile bu ahkâmın mahfuz olduğunun tasrih edilmesi lâyihanın esbabı mucibesinde ve müzakerede hazır bulunan Adliye vekâleti hukuk işleri umum müdürünün şifahî izahatında beyan olunmuştur.

Encümen zaten icra ve iflâs kanununun esbabı mucibe mazbatasında ticarî rehinler hakkındaki ticaret kanunu hükümlerinin cari olduğu açıkça gösterilmiş olduğundan bahsolunan diğer maddelere göre tatbikatta bu hükümlerin mahfuz olduğunda tereddüt hâsıl olmasma karşı kanunda bu hususun vazıh olarak tesbitini muvafık ve bu suretle teklif edilen lâyihayı esas itibarile kabule şayan görmüştür. Ancak ilâve edilecek fıkranın teklifte gösterilen 49 uncu madde yerine 45 inci maddeye ilâvesini münasip görerek alacaklının gerek ticaret kanunu hükümlerine ve gerek icra ve iflâs kanunundaki rehinin paraya çevrilmesi yolile takip talebinde bulunmak hususundaki ihtiyarını gösterir surette bir fıkra tanzim olunmuştur.

icra ve iflâs kanununun 82 nci maddesinin 8 inci bendine mütedair olan tefsir talebi hakkında da encümenince yapılan tetkik neticesinde; malûllerle şehit yetimlerine verilen terfih zamlarile 1485 numaralı kanun mucibince inhisar beyiyeleri hisseleri mezkûr maddenin 8 inci bendinden ordu ve zabıt hizmetlerinden malûl olanlara bağışlanan aylıklarla bu hizmetlerin ifası sebebiyle ölenlerin ailelerine bağışlanan maaşların haczolunamaması hakkındaki maksat ve mülâhazata tamamile tetabuk ettiğinden bunların da haczedilememesini muvafık bulmuş ise de keyfiyetin tefsir tarikile halline imkân göremiyerek bunların da mezkûr bende bir fıkra ilâvesi suretile sarih bir hüküm halinde tesbitini kararlaştırmış ve o suretle bir fıkra tertip etmiştir.

Arzolunan her iki maddeye birer fıkra ilâvesine dair olan bu kanun lâyihasının tercihan ve müstacelen müzakere ve kabulü hususu Heyeti umumiyetim tasvibine arz edilmek üzere Yüksek Reisliğe takdim olunur.”.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu uygulandıkça şikayetler de çoğalmaya başlamıştır⁹.. Bunun üzerine o dönemin Hükümeti, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda değişiklik yapılmasını gündeme almış ve bir proje hazırlanması için İsviçreli Profesör Hans Leemann'ı görevlendirmiştir. Prof.Leemann'ın çeşitli hukuk çevrelerinden aldığı görüşlere dayanarak hazırladığı rapor ve tadilat projesi Adliye Vekaletine sunulduktan sonra Vekalet'in kurduğu özel bir komisyon tarafından incelenmiş; bu komisyon raporda ve projede önemli değişiklikler yapmış ve böylece oluşan 73 maddelik proje Meclis'e arz edilmiştir.

2004 sayılı “İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren” 03/07/1940 kabul tarihli ve 3890 sayılı Kanuna ilişkin kanun layihası ve “Mucib sebepler” (gerekçeler) şöyledir¹⁰:

“Büyük Millet Meclisi Yüksek Reisliğine

icra ve iflâs kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında Adliye vekilliğince hazırlanan ve icra Vekilleri Heyetince 5-I-1940 tarihinde Yüksek Meclise arzı kararlaştırılan kanun lâyihası esbabı mucibesile birlikte sunulmuştur.

Başvekil Dr. R. Saydam

Mucib sebebler

Esas medenî haklar ve borçlar üzerine İsviçre medenî kanunu ile borçlar kanunu ve usulde Nöşatel hukuk usulü muhakemeleri kanunu bazı ferî tadillerle kabul ve iktibas edildikten sonra bu kanunların birer mütemmimi olan icra hukukunun da aynı memlekette iktibasında bir zaruret görülmüş ve 18 - III - 1929 tarihinde «icra ve iflâs kanunu» unvanı altında 1424 numaralı kanun kabul edilmişti. Ancak, ayrı bir sistemde iktibas edilecek her hangi bir icra kanununun evvelce yerleşmiş ve itiyat haline gelmiş bir sisteme ve mevcut icra teşkilâtımıza nazaran bir takım itirazlara sebebiyet vermemesi ve icra yolunda bir aksaklık tevliid eylememesi mümkün değildi. Kanunu yeni baştan hazırlamış olsak bile iyi bir icra kanununun tedvininde, alacaklı ile borçlunun haklarının muvazenesi, kredi ihtiyaçlarının gözetilmesi, intizamı ammenin ve hüsnü niyetin hâkim kılınması, kanunun açık, kaçamaklı yollara saptırmıyacak kadar katği ve alacaklıları yıldırılmayacak kadar az masraflı olması gibi esaslı noktalar göz

⁹ Belgesay, s.14 no.14.

¹⁰ Layihaya ilişkin “Adliye Encümeni Mazbatası”nda daha ziyade maddeler bazında etraflı açıklamalar yapılmış olup, Mazbata'nın sadece giriş bölümü aşağıda çalışmamıza alınmıştır.

önünde tutulursa hemen her memlekette olduğu gibi bizde de bu itirazlardan kaçınmanın ne kadar güç olduğu tasavvur edilebilir.

İsviçre icra ve iflâs kanunu, bazı tadillerle kabulden sonra da icra teşkilâtımız ve müesses anane ve itiyadlarımıza intibak edemedi. 2004 numaralı kanunla tadil edildi. Fakat bu tadil de şikâyetlerin arkasını alamadı. Tekrar tadil zaruretleri hissedilmeğe başladı.

Bu gün takdim edilen proje bu zaruretin bir mahsulüdür.

Bununla beraber bu tadil ihtiyacı, münhasıran kanununun memleketin içtimâî bünyesine uymadığından ileri gelmiş değildir, isviçre icra ve iflâs kanunu ilmin en modern esaslarına istinad ederek 1888 tarihinde tanzim edildiği halde neşrinden bir sene sonra esaslı tenkidlere maruz kalmaktan kurulamadı ve meriyet tarihi olan 1892 tarihinden itibaren mecmualarda, hukuk cemiyetlerinde, hatta federal meclislerde tadilden bahsolunmağa ve teklifler yapılmaya başlandı. Bu cereyan üzerine muhtelif kanunlarla bu kanunun bazı maddeleri tadile uğradı. Federal konseyin, federal mahkemenin emirnameleri icra ve iflâs dairesinin sirkülerleri bu kanuna atfolunan boşlukları doldurmağa çalıştı. Bilhassa 23 nisan 1920 tarihli gayrimenkulun cebri paraya çevrilmesine ve 17 kânunusani 1923 tarihli iştirak halindeki hisselerin haczine ve paraya çevrilmesine, hapis hakkına, mülkiyeti muhafaza kaydile satışa dair kararlar ve nizamnamelerle kanununun tatbiki tanzim olundu. Bu tadilât projesini bir taraftan B. M. Meclisine takdim ederken diğer taraftan bu nizamnamelerden gayrimenkulun paraya çevrilmesine mütedair nizamnameyi de Devlet şûrasına sevkemiş bulunuyoruz. Mülkiyeti muhafaza kaydile satış hükümleri üzerinde tedkiklerimize devam etmekteyiz.

Bu gün yine isviçrede meri olan icra kanununun yeniden gözden geçirilmesi hakkında kuvvetli cereyan mevcuttur. Bilhassa isviçre hukukçular cemiyeti müteaddid içtimalarla kanunun noksanlarını aydınlatmağa çalışmıştır. Fakat muhtelif dil konuşan ve yekdiğerinden ayrı âdet ve ananeyi taşıyan yirmi iki kantondan mütesekkil bir memlekette her kantonu tatmin edecek bir kanun yapmanın müşkülâtı ve içtimâî ve iktisadî buhranın en şiddetli hâkim olduğu bir devirde bu kanunda esaslı tadilât yapmanın umumî huzursuzluğun daha ziyade artırılacağı düşünülerek teşriî sahada hiç bir harekete geçilmedi. Usul kanunu olan icra ve iflâs kanununun kanunu medeniye sıkı bir suretle merbut olduğu ve kanunu medenî ve borçlar kanunu gibi medenî kanunlarımızın büyük bir kısmını Avrupa kanunlarından aynen iktibas edildiği nazarı dikkate alınır ve isviçre vazı kanununu korkutan bu içtimâî buhranı düşünürsek mevcut kanunlarımız üzerinde teşkilâtımıza, içtimâî ahlâkiyatımıza, muvafık bir tadille iktifa etmenin daha doğru olacağı kolayca anlaşılabilir. İşte bu kanaatledir ki, icra ve iflâs kanunumuzun ana vatanı olan isviçrede hâkim olan ilmî cereyanlara ve mahallindeki tatbikatın neticelerine ve kanunda yapılan muhtelif tadillere vâkıf bir mütehassıs marifetile kanunun teknik bakımdan tadili ve icra dairelerinin tanzim ve tensiki düşünüldü.

Zürih kantonu icra ve iflâs daireleri müfettişi umumiliği yapan ve Zürihte bulunan profesör Mösyö Leeman davet olundu. Bu kanunun muhtacı tadil noktaları hakkında daha evvel icra dairelerinin, icra hâkimlerinin, baroların, bankaların, ticaret odalarının ve profesörlerin vekâletçe esaslı mütalealan alınmıştı. Profesör bu şahıs ve müesseselerin gönderdikleri mütaleaları tedkik ettikten ve bir çok icra memur ve hâkimlerle mahallinde temas ve münakaşa eyledikten sonra raporunu verdi. Vekâlet bu raporların suretlerini yine mezkûr

müessese ve şahıslara göndermiş ve her bir müesseseden aldığı cevabi arı, tasnif edildikten sonra temyiz reislerinden ve icra hâkimlerinden müteşekkil bir komisyon tarafından tedkik ettirmiştir. Komisyon rapor ve mütalealar üzerindeki noktai nazarını ve kabulü icab eden maddeleri tesbit eylemiş ve vekâlet bu muhtelif mütalea ve teklifleri mukayese ederek bu günkü icra teşkilâtımıza en uygun ve vekâlete vaki şikâyet ve istizahlara cevap teşkil edebilecek olan ahkâmı toplamış ve müstacelen şu tadilât projesini takdim eylemiştir.

Tadil projesindeki yeni esaslar

Yeni tadil projesile şimdiye kadar mevcut mevzuata biraz daha ilâveler yaparak ve bazan mevcut hükümleri değiştirerek alacaklılar lehinde yeni hükümler vazetmiş bulunuyoruz. Bu esaslar şu suretle hulâsa olunabilir :

A - ödeme emri tebliğine hacet kalmaksızın ilâmların icrası.

B - Merci hâkimine inkâr olunan imza üzerinde tedkikat yapmak salâhiyeti verilmesi.

C - Tedkik merciinin inkâr olunan imzayı tedkik ederek itirazların muvakkaten refine karar verebilmesi.

D - istihkak davalarında icranın devam veya taliki hususunda mercie salâhiyet itası.

F - iflâs idarelerinin kararlarına karşı iflâs dairesine itiraz hakkı tanınması. F - Müddetlerin tevhibi (isviçre icra ve iflâs kanununun kabulünden beri pratik icarcılar ve halkın şikâyetlerinin mühim bir kısmı kanundaki müddetlerin tenevvüü ve teaddüdüne matuf idi. Filhakika kanundaki müddetlerin ekserisi 5, 7, 10 arasında tahavvül etmektedir. Bu tenevvü kanununun tatbikim müşkülleştirmekte ve halkın hukukunun teminini zâfa düşürmekte idi. Vekâlet bu muhtelif müddetleri bir esasa irca etmiş ve beş günlük müddetleri 7 ye iblâğ ve 10 günlük müddetleri yediye tenzil eylemiştir. Şu sebeble kanunun 4, 16, 25, 26, 31, 32, 60, 62, 107, 155, 158, 225, (S. Sayısı : 208) — 3 — 235, 264, 265, 272, 274, 288, 289, 301, 302, 353 neti maddelerdeki beş ve on günlük müddetler yedi olarak tadil edilmiştir...

Adliye Encümeni Mazbatası

...icra ve iflâs kanununun tadiline dair Adliye vekâleti tarafından hazırlanarak icra Vekilleri Heyetinin 5-1-1940 tarihli toplantısında Yüksek Meclise arzı kararlaştırılan kanun lâyihasının Encümenimize havale ve tevdi buyurulması üzerine ihtiva etmekte olduğu hükümler Adliye vekili Fethi Okyarın ve Hukuk işleri umum müdürü î. Hakkı Törün huzurile tedkik ve müzakere olundu. Adliye vekili Fethi Okyar tarafından verilen izahata ve Hükümet esbabı mucibesinde dermeyeran edilen sebeblere nazaran tadil teklifini Heyeti umumiyesi itibarile kabule şayan gören encümenimiz maddelerin ayrı ayrı müzakeresinde aşağıda arz ve izah olunan neticelere varmıştır....”.

Bu değişiklikten sonra, 1956 yılına kadar 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu “rahat bırakılmıştır!”. 1956 yılında, 29/06/1956 kabul tarihli 6763 sayılı “Türk Ticaret Kanununun mer’iyet ve tatbik şekli hakkında Kanun”, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun birkaç maddesinde bazı değişiklikler yapmıştır. Bu değişikliklere ilişkin Gerekçe ve Adliye Encümeni Mazbatasının ilgili bölümleri şöyledir:

GEREKÇE

...

2. İcra ve İflâs Kanununun bâzı maddelerinin teklif edilen şekilde değiştirilmesine sebep, gemi üzerindeki akdî rehin haklarına ipotek mahiyetinin verilmiş olmasıdır. Diğer değişiklikler yalnız eski terimlerin yerlerine yenilerinin konmasından ibarettir. (Madde 41, No. 1-12, 16, 18, 21)

Ticari rehin hakkındaki özel kaideler kaldırıldıktan sonra 27.V.1933 gün ve 2228 sayılı Kanunla 45 nci maddeye eklenmiş olan son fıkranın hikmeti vücudu kalmamıştır.

Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki malları iflâsa tâbi olduğundan yetkili mahkemenin gösterilmesi faydalı görülmüştür. (Madde 41 No. 13)

Kooperatifler, kanunlarına bakılmaksızın ticaret ortaklığı mahiyetini haiz olduğu ve limitet ortaklıkların da yalnız esas sermayeleriyle mesul oldukları için kanunun 179 ve 200 ncü maddelerinin değiştirilmesi lâzımgelmıştır. (Madde 41, No. 15, 17)

Kolektif ve komandit ortaklıklar mevzuatımıza göre tüzel kişiliğe sahib olduğundan 345 nci maddenin son fıkrası kaldırılmıştır.

İhtiyati haciz hakkındaki teklif edilen hüküm gemi alacağının hukuki mahiyetinden istihraç edilen zaruri bir neticedir. (Madde 41, No. 20)

Kambiyo senetleri hakkındaki takipte teminat, takibin konusunu teşkil edemediğinden buna dair hüküm kaldırılmıştır. (Madde 41, No. 14)

Yeni Ticaret Kanununun 468 nci maddesiyle güdülen maksadı temin etmek üzere, anonim ve sair ticaret ortaklıkları tarafından müstahdem ve işçileri lehine ayrılmış olan yardım akçelerine mütaallik borçları ikinci sıraya dercetmek zaruri görülmüştür. (Madde 41, No. 19).

....

Adliye Encümeni mazbatası

...

'Madde 41 : Hükümet tasarısının bu maddesi 42 nci madde olarak kaleme alınmıştır.

İcra ve İflâs Kanununun 26 nci maddesindeki gemi sözleri, sicille kayıtlı gemi olarak değiştirildiğinden ve fakat bu 26 nci maddenin 3 ve 4 ncü fıkraları menkul hükmünde bulunan yani sicille kayıtlı olmayan gemiler hakkında da tatbik olunabileceğinden 24 ncü maddeye eklenen 7 nci fıkra ile bu ihtiyaç karşılanmıştır.

icra ve İflâs Kanununun 28 nci maddesinin birinci fıkrası hükmünce tapu ve gemi sicillerine verilecek şerhin hukuki neticeleri Borçlar Kanununun 9120 ve Ticaret Kanunu tasarısının 879 ncu maddesinin 2 nci fıkrasına atıf yapılarak gösterilmesi uygun görülmüştür. Bu itibarla birinci fıkraya bir cümle eklenmiştir.

İcra ve İflâs Kanununun 206 nci maddesinin 4 ncü fıkrasının (2 nci sıra) adlı bendinin B kısmının, yeni hükümler karşısında bir mânası kalmadığından oraya hüküm eklenmesi yerine hükümet tasarısındaki teklifin daha açık bir şekle konularak B kısmının değiştirilmesi gerekli görülmüştür.

İcra ve İflâs Kanununun 206 nci maddesinin 4 ncü fıkrasındaki 3 ncü sıraya acentelerin müvekkillerinden olan alacaklarına ait hüküm. İsviçre Borçlar

Kanununun 19-49 yılındaki değiştirilmesiyle o kanuna eklenen hükümden ilham alınarak konulmuştur.

İhtiyati haciz meselesinde. mesuliyetin sadece gemi ve navlunla mahdut yani mahdut aynı mesuliyet veyahut hem aynı hem de şahsi mesuliyet veyahut belli bir miktar ile mahdut şahsi mesuliyet oluşuna göre birtakım hükümler koymak tatbikatı kolaylaştırma bakımından zaruri görüldüğünden 257 nci madde yeniden kaleme alınmıştır. Böylece gemi alacaklısına karşı donatanın tâbi olduğu mesuliyetin, sadece mahdut aynı mesuliyetten ibaret olduğu yollu düşüncenin yanlış bulunduğu ve kanun hükümleri incelendikte üç şekil mesuliyetin dahi hâdisesine göre mevcudolabileceği belirtilmiş bulunmaktadır.

İcra ve İflâs Kanununun 285 nci maddesinin birinci fıkrasına Ticaret Kanununun mecburi defterler hakkında kabul ettiği esasın bu madde hükmüne tesirini belirtmek üzere bir cümle eklenmesi uygun görülmüş ve bu cihet hükümet tasarısına eklenmiştir.

Konkordato mehlinin tapu siciline şerh verilmesi, Medeni Kanunun 920 nci maddesinin birinci fıkrasının 2 nci bendi hükmünce mecburi olduğu gibi geminin sicilde kayıtlı gemilerden bulunması halinde donatana verilen konkordato mehlinin gemi siciline de kaydedilmesi doğru olacağından 288 nci maddenin hükümet tasarısında teklif edilen metnine bunu sağlayan ve şerhin hukuki neticesini gösteren bir cümle eklenmiştir.

Esas kanuna ait tasarıda 66 nci madde hükmüyle tutulması mecburi olan defterlerin hepsinin tutulmaması halinde değil, ancak 66 nci maddenin 1, 2 ve 3 ncü bentlerinde adları anılan defterlerin tutulmaması halinde cezai müeyyide kabul edilmiş bulunduğu cihetle bunun neticesi olarak taksiratlı iflâsa ait hükmün de değiştirilmesi gerektiğinden, icra ve İflâs Kanununun 310 ncu maddesinin 5 nci bendi bu esasa uygun bir hale konulmak üzere değiştirilmiş ve bu cihet de encümenimizce hükümet tasarısına eklenmiştir.

Eklenen madde 46. — Yeni kanunun 4 ncü maddesiyle kabul edilmiş bulunan esasın neticesi olarak Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesinin göreceği işlere aidolan Temyiz Teşkilât Kanununun 3 ncü maddesindeki hüküm yeniden kaleme alınmıştır.

Temyiz incelemeleri sırasında icra ve iflâs Kanununa tâbi iptal dâvalarının âdi veya ticari mahiyette olmaları ciheti birtakım tereddütlere sebebiyet verdiği ve bu dâvaların gayeleri bakımından takip hukukuyla olan yakın ilgileri itibarıyla tek bir merci tarafından Temyizce incelenmeleri ve icra ve iflâs Dairesine ait olması lâzımgeldiğinden bu dairenin vazifesine aidolan hükme de bu ihtiyacı karşılayacak bir ibare eklenmiştir.”

24/05/1962 kabul tarihli ve 51 sayılı “2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 3890 sayılı Kanunla muaddel 76 ncı maddesinin değiştirilmesine dair Kanun” ile mevzuatımıza, mal beyanında bulunmayan borçlunun hapisle tazyik edilmesi yöntemi girmiştir.

2004 sayılı İcra ve İfleas Kanununda asıl önemli değişiklik 18/02/1965 kabul tarihli ve 538 sayılı Kanunla vuku bulmuştur. Kanunun sistematüğını dikkate almayan (önemsemeyen), temel ilkelerini altüst eden, bütünlüğünü ortadan kaldıran, alacaklı ile borçlu arasındaki hassas dengeyi gözetdiğini söylemekle birlikte bu dengeyi (büyük ölçüde alacaklı lehine) bozan, bu (160 maddeyi aşkın) değişikliğin (genel) gerekçeleri aynen şöyledir:

**“2004 SAYILI İCRA VE İFLÂS KANUNUNUN BAZI MADDELERİNDE
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA VE BU KANUNA BÂZİ MADDE VE
FIKRALAR EKLENMESİNE DAİR KANUN**

TASARISI VE GEREKÇE

(Başbakanlık tarafından Millet Meclisi Başkanlığına arz olunan)

GEREKÇE

A) Giriş :

Medeni Kanun ile Borçlar Kanunumuzun İsviçre'den iktibas edilmesini mütaakıp, hakların müeyyidesini tanzim eden hükümlerin toplandığı İcra ve İflâs Kanununun da Federal Kanundan alınması tabii ve bir dereceye kadar, kaçınılması mümkün olmayan bir hareketti. Fakat Medeni Kanundan farklı olarak içtimai muhitin reaksiyonu ve yeni hükümlerin memleket ihtiyaçlarına tevafuk edememesi vakıası karşısında 1929 Kanunu, 1932 yılında esaslı tadillere uğradığı halde yine de şikâyetlerin arkası alınmamış, bu sebeple 1940 yılında yetmişe yakın maddenin tadili cihetine gidilmişti.

Buna rağmen İcra ve iflâs Kanununun, memleket bünyesine ve ihtiyaçlarına daha uygun bir hale getirilmesi ve 'uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi yolunda basında, ilim ve adalet çevreleri ile yasama sahasında zaman zaman mütalâalar, arzu ve temenniler izhar edilmiş, halk efkârı ile ticari muhitlerde de kanunun ıslahı konusunda yaygın bir kanaat belirmişti.

Bütün bunlar göz önüne alınarak İcra ve İflâs Kanunu üzerinde çalışmalara başlanmış ve yeni hükümlerin sevkinde, açıklanan mütalâa, arzu ve temennilerden geniş mikyasta istifade edilmiştir.

Cebrî icrayı tanzim eden her kanun, alacaklının hakkını istihsal etmesi için koyduğu hükümler yanında borçlunun ve üçüncü şahısların meşru menfaatlerinin korunmasını sağlayacak hükümlere de yer vermek mecburiyetindedir.

Ancak yürürlükte olan kanunumuzun bu konudaki bazı hükümleri, mahiyetleri icabı çeşitli ve şümmüllü suiistimallere yol açmıştır.

Bu itibarla borçluya meşru müdafaa haklarını tanımakla beraber buna dair hükümlerin alacaklının hakkına kavuşmasını geciktirmeye yanyacak vasıtalar haline getirilmesinin önlenmesi lüzumu da aşıkardır. İşte kanunumuz yeni baştan bu zihniyet içinde gözden geçirilmiş ve alacaklı ile borçlunun ve üçüncü şahısların meşru menfaatleri arasında makül bir ahengin tesisine çalışılmıştır.

Bu maksatla külli bir tadile gidilirken kanunumuzun yapısı ana hatları itibariyle muhafaza edilmiştir. Alışılmış madde numaralarında, bir değişiklik getirmemek için yeni hükümlerin sevkine ihtiyaç duyulduğu vakit maddelere yeni bir rakam verilecek yerde aynı rakamın sonuna a, b, c ... harflerinin konulması ciheti ihtiyar olunmuştur...

Millet Meclisi

Adalet Komisyonu Raporu

...

I - TASARI HAKKINDA GENEL DÜŞÜNCELER :

Tasarı, ilk Önce Komisyonumuz Genel Kurulunda tüm olarak görüşülmüş, Komisyona davet edilen Ankara ve İstanbul Hukuk Fakültesi temsilcilerinin tasarı hakkındaki açıklamaları dinlenmiştir. Bu toplantıda, tasan hakkında yazılan ve söylenenleri dikkate alarak tasarıyı etraflıca bir incelemeye tabi tutmak maksadiyle bir su komisyonu¹¹ teşkil olunmuştur.

Çalışmalarına hemen başlayan su komisyonu, Ankara Hukuk Fakültesi ve Adalet Bakanlığı temsilcilerinin de iştirakiyle yaptığı uzun ve titiz bir çalışma neticesinde tasarı hakkında etraflı bir rapor hazırlamıştır. Su Komisyonundaki çalışmalar sırasında, Ankara Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünün 13.12.1962 ilâ 17.1.1963 tarihleri arasında Ankara Hukuk Fakültesinde düzenlediği, İcra ve tflâs Kanunu değişiklik tasarısı hakkındaki seminerde yapılan bildiri ve müzakerelerden, Ankara ve İstanbul Hukuk Fakültesi temsilcilerinin Komisyonumuz Genel Kurulundaki metnini sonradan yazılı olarak verdikleri sözlü izahlarından, aynı temsilcilerin daha önce yayınladıkları kitap, broşür ve makalelerden, bâzı Ankara ve İstanbul icra hâkim ve memurlarının Adalet Bakanlığına tasarı hakkında göndermiş oldukları yazılı mütalâalardan geniş ölçüde istifade edilmiş ve tasarı hükümleri bu malzemenin ışığı altında yeniden gözden geçirilmiştir.

Su Komisyonunun hazırladığı rapor, Komisyon Genel Kurulunda görüşülmüş ve bâzı ufak değişikliklerle (ki, bu değişikliklere Su Komisyonu da katılmıştır) aynen kabul edilmiştir. Bu itibarla, Su Komisyonu raporunun ayrıca takdimine lüzum görülmemiş bu rapor, üzerinde Komisyon Genel Kurulunca yapılan değişikliklerle birlikte, Adalet Komisyonu mazbatasını teşkil eylemiştir.

Komisyonumuz, tasarıyı genel olarak ihtiyacımızı karşılayacak ve bilhassa gerekçesinde belirtilen gayeyi gerçekleştirecek vasıfta görüp tasvib etmekle beraber, tasan hakkındaki tenkid ve temennileri de nazarı itibara alarak, bâzı kısımlarda esaslı değişiklikler yapmıştır. Bunlardan bilhassa 89 ncu maddede ve rehlin paraya, çevrilmesi yolu ile takip hakkındaki hükümlerde yapılan değişiklikler zikre değer. Bâzı yeni hükümlerin, tatbikatta karışıklık ve güçlüklerle sebebiyet vereceği ve kanun değişikliğinden beklenen gayeyi de tesirsiz bırakacağı endişesi ile, tasarıdan çıkarılması. uygun bulunmuştur; ezcümle mevcudun terki suretiyle konkordato hakkındaki hükümler (madde 309 a - 309 u -) gibi. Birçok yerlerde hükümlere ve ifadeye sarahat vermek maksadiyle değişiklik ve ilâveler yapılmıştır. Bütün bunlar yapılırken, İcra ve iflâs Kanununun iş hayatının ihtiyaçlarına, gereği gibi cevap verecek hale gelmesi. kanun hükümlerinin bilhassa borçlarını ödemek istemiyen veya ödenmeyi geciktirmek isteyen kötü uuyetli borçluların faydalanabilecekleri boşluklar ihtiva etmemesi, alacaklıların. emin ve çabuk bir şekilde alacaklarına kavuşmalarının sağlanması, böylece alacaklı, borçlu ve üçüncü şahısların meşru menfaatleri arasında mâkul bir denge kurulması esasları göz önünde bulundurulmuştur.

¹¹ Fransızca "Sous commission" ("su komisyon" şeklinde okunur) (alt komisyon).

Belirtilen bu gayenin gerçekleştirilmesi için, tasarı ile değiştirilmeyen bâzı maddelerin değiştirilmesi de zaruri bulunmuştur; ezcümle 5, 73, 178, 228, 235 ve 267 nci maddelerde olduğu gibi.

Bundan başka, değiştirilen maddelerde kullanılan terim ve deyimler ile değiştirilmeyerek kalan maddelerdeki eski terim ve deyimler arasındaki tezdâ bertaraf etmek ve kanun maddeleri arasında dil bakımından birlik sağlamak için 147 nci madde tanzim olunmuştur.

Gerçekten değiştirilen maddelerde kullanılan dilin mümkün olduğu kadar öz Türkçe olmasına ve özellikle Anayasadaki terim ve deyimlerin kullanılmasına dikkat edilmiştir. Buna mukabil, İcra ve İflâs Kanununun tasarı ile değiştirilmeyen maddelerinde, değişen maddelerde karşılıkları kullanıldığı halde eski terim ve deyimler kalmıştır. Kanunun maddeleri arasında dil bakımından birlik sağlamak amacıyla, bu madde hazırlanmış ve sırf bir maddedeki bir kelimenin Türkçeleştirilmesi için o maddenin değiştirilmesi yoluna gidilmemiştir. Zira, bu halde bütün kanunu değiştirmek gerekecekti ki, bu ise kanun yapmak tekniğine uygun düşmezdi. Buradaki kabul edilen usule, kanun yapma tatbikatımızdan misaller de bulmak mümkündür; Borçlar Kanununun 544 ncü maddesi ile 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 343 ncü maddelerinde olduğu gibi.

Yapılan değişiklik büyük ve esaslı olmakla beraber, kanunun yapısı ana hatları itibarıyla muhafaza edildiğinden, tasarıda olduğu gibi, alışılmış madde numaralarında bir değişiklik yapılmaması, yeni hükümler konulması gereken hallerde maddelere yeni bir madde numarası verilecek yerde, kendinden önceki madde numarasının sonuna (a), (b), (c), harflerinin konulması yolu uygun bulunmuştur; ezcümle (150 a), (150 b), (150 c), (150 d) gibi. Bunlar, bâzı tatbikatçıların anladığı gibi, kendinden önce gelen maddeye eklenmiş fıkralar olmayıp, bilâkis müstakil maddelerdir. Yukardaki misalde, tasarıda bir 150 nci madde vardır ancak 150 nci madde ile 151 nci madde arasında dört madde eklenmesi zaruri görüldüğünden ve 151 nci madde numarasının da değiştirilmesi imkânsız olduğundan, bu iki madde arasında eklenen maddelere (150 a), (150 b), (150 c) ve (150 d) numaraları verilmiştir. Bunlar kendilerinden önceki 150 nci maddeden sonra ve 151 nci maddeden de önce gelmektedir. Kendi aralarındaki sıra ise (a), (b), (c), (d) harflerinin alfabeadaki sırasına göre tayin olunmaktadır.

Maddelere ait gerekçeye geçmeden önce, burada kanun kadar önemli bir mesele olan, cebrî icra teşkilâtına da temas olunması uygun bulunmuştur. Bilindiği gibi, ne kadar mükemmel olursa olsun, bir kanun iyi uygulanmadığı takdirde, bundan zarar görenler kusuru kanunun kendisinde aramaya mütemayildirler. Bu müşahade, kısmen de olsa bugünkü icra ve İflâs Kanununun tatbikatı için de varittir, icra ve İflâs Kanuna karşı yöneltilen tenkid ve şikâyetlerin hepsini, Kanun değişikliği ile bertaraf etmeye imkân yoktur. icra ve iflâs teşkilâtının hem nitelik hem de nicelik bakımından yeterli olup olmadığının tartışma konusu bulunması sebebiyle, bugün icra ve iflâs Kanununun iyi hükümlerinin tatbikatının dahi aksadığı söylenebilir. icra ve iflâs Kanununu uygulamakla birinci derecede görevli olan (tabir caiz ise âdeta o Kanunu uygulayan ilk derece hâkimi durumunda olan) icra ve İflâs memurlarının nicelik bakımından yeterli hale getirilmesi için icra ve iflâs memuru yetiştirmek maksadıyla meslekî kurslar ve Adliye meslek okullarının açılması ve mevcut icra ve iflâs memurlarının da bu kurs veya okullara, devamının sağlanması; ayrıca, cebrî icra teşkilâtını nicelik bakımından yeterli hale getirmek için, icra ve iflâs

dairelerindeki memur ve müstahdem sayısının iş hacmine göre artırılması ve işi muayyen bir seviyenin üstünde olan yerlerde bağımsız icra hâkimliği (tetkik mercii hâkimliği) kurulması gibi müessir bâzı tedbirlerin alınması suretiyle, kanun değişikliği ile ulaşılmaması düşünülen gayenin tahakkuk edebileceği, aksi takdirde amaca ulaşılamayacağı ve teklif olunan değişikliğin kabulünden sonra da İcra ve İflâs Kanununun tatbikatına yöneltilen şikâyetlerin devam edeceği yolunda Komisyonomuzca görüş birliğine varılmıştır.

Cumhuriyet Senatosu

Anayasa ve Adalet Komisyonu raporu

1. Tasarı hakkında genel düşünceler:

1929 yılında İsviçreden alınmış olan 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanununun memleketimizin ihtiyaçlarına uymayan hükümler getirdiği kısa zamanda anlaşılmalı ve 4 Eylül 1932 tarihinde yürürlüğe giren 2004 sayılı Kanunla önemli değişikliklere tabi tutulmuştu. 1933 yılında bu kanunun iki maddesine birer fıkra eklenen 2228 sayılı Kanundan sonra 1940 yılında bu kanunun da aksayan taraflarını gidermek ve icra işlerinde daha fazla sürat ve emniyet sağlamak amacıyla tekrar bâzı değişiklikler yapmak zarureti kendini göstermiş ve İsviçre'den davet edilen ve o tarihte Zurih Kantonu İcra Daireleri Genel Müfettişi bulunan Prof. Leeman'm memleketimizdeki incelemeleri ve barolarla, ticaret odalarının, icra hâkim ve memurlarının mütalaaları esas ittihaz edilerek hazırlanan tasarı ile İcra ve İflâs Kanunumuz tekrar önemli bir değişikliğe uğramıştı. O tarihten buyana geçen 24 yıl içinde kanunun uygulanmasında bâzı hususların yeniden ikmal ve islâha muhtac olduğu bilim çevrelerinde, ilgili meslek kurumlarında tartışma konusu olmuş ve bütün bu tartışma ve istekleri göz önünde tutan Hükümet, yetkili meslek kurumlarının, ilim adamlarımızın ve icra hâkimlerinin mütalâalarını almak suretiyle bir tasarı hazırlatarak Büyük Meclise sevk etmiştir. Bu tasarı kanunun 136 maddesini tadil etmekte, kanuna 52 yeni madde ve 7 geçici madde eklemekte idi.

Cebrî icrayı düzenliyen bir kanunun alacaklının hakkını süratle elde etmesini sağlamak için getireceği hükümler yanında borçlunun ve üçüncü kişilerin meşru menfaatlerini koruyacak tedbirleri de öngörmesi gerekir. Yürürlükteki kanunumuz da bu espri içinde hazırlanmış ve bu istikamette tecrübelerin telkin ettiği birçok önemli hükümleri içinde toplamış olmasına rağmen bâzı konularda bu hükümlerin yetersiz oldukları, alacaklı, bazan da borçlu ve üçüncü kişi aleyhine kötüye kullandıkları görülmüş ve tatbikatın ortaya çıkardığı bu kötüye kullanmaları önlemek için sözü geçen tasarı hazırlanmıştır. Bu tasarı ile birbuçuk yıl kadar Millet Meclisi Adalet Komisyonunda ve Genel Kurulda görüşülmüş 59 ncu madde Komisyonunda, 8 neî madde Genel Kurulda değişmiş, Hükümetçe eklenen maddeler (30) a ve geçici maddeler de 6 ya inmiştir. Bu suretle Cumhuriyet Senatosuna Kanunun 132 maddesini değiştiren ve kanuna 30 yeni madde ve 6 geçici madde ekliyen bir tasarı gelmiştir.

Kanunda, madde numaralarının sırasını bozmamak ve hâkim ve avukat gibi tatbikatçılara kolaylık sağlamak endişesi ile eklenen yeni hükümlerin ilgili oldukları maddelerden sonra ve aynı maddelerin numaralarına (a), (ib), (c) gibi harflerin eklenmesi sureti ile yapıldığı görülmüş ve başka memleketlerde, özellikle,

İsviçre de sık sık rastlanan bu usul Komisyonumuzca da uygun mütalâa olunmuştur.

Değişen maddelerin bir kısmında hükümlere ve ifadeye açıklık vermek maksadı ile bâzı ilâveler yapılmakla yetinildiği ve yeni bir hüküm getirilmediği görülmüş ve tatbikattaki tereddütleri önleyici mahiyette olan bu değişiklikler Komisyonumuzca da yerinde görülmüştür. Esasa ilişkin olan değişikliklerin şu gayelere ulaşmak maksadı ile yapıldıkları anlaşılmıştır :

1. İcra ve İflas Kanununun borçlarını ödemek istemiyen veya ödemeyi geciktirmek isteyen kötü niyetli borçluların faydalanabilecekleri boşluklar ihtiva etmemesini sağlamak,

2. Alacaklıların çabuk ve emniyetli bir şekilde alacaklarına kavuşmalarını mümkün kılmak,

3. Alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin birbirine zıt olan meşru menfaatlerini mâkul bir denge içinde uzlaştırmak,

Maddelerde yapılan değişikliklerin esas itibariyle bu hedeflere ulaşmaya elverişli hükümler getirdiği görüşmeler sırasında tesbit edilmiş olmakla birlikte aşağıda işaret edilen maddelerde Komisyonumuzca değişiklikler yapılması Kanunun tadili ile ulaşılmak istenilen amaca daha uygun mütalâa edilmiştir...”

Bu devasa müdahale ve önemli şoktan sonra, bir durgunluk dönemine girilmiştir. Bu bağlamda sadece 12/04/1968 kabul tarihli ve 1045 sayılı (tek maddelik) Kanunla maaş haczinin ilkeleri sarahate kavuşturulmuştur.

Böylece 15 yıla yakın bir sükunetten sonra 1981 yılına gelinmiş ve “1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bu Kanuna Yeni Maddeler Eklenmesi ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında” 16/07/1981 kabul tarihli ve 2494 sayılı Kanun ile, İcra ve İflas Kanunumuzun icra tetkik mercii kararlarının temyizi çevresini genişleten bir değişiklik yapılmıştır.

Asıl önemli değişiklik, 1985 yılında, “İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununun 92, 93 ve 94 üncü Maddeleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 500 üncü Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair” 06/06/1985 kabul tarihli ve 3222 sayılı Kanun aracılığıyla yapılmıştır. Bu Kanunun İcra ve İflas Kanununa ait Genel Gerekçesi ile Adalet Komisyonu Raporunun Gerekçesi aynen şöyledir:

“GENEL GEREKÇE

1932 yılında 2004 sayılı Kanunla yürürlüğe girmiş bulunan İcra ve İflas Kanunu, o günden bu yana 2228 sayılı Kanunla 1933 yılında, 3'890 sayılı Kanunla 1940 yılında, 51 sayılı Kanunla 1962 yılında, 538 sayılı Kanunla 1965 yılında, 1045 sayılı Kanunla 1968 yılında ve 2494 sayılı Kanunla 1981 yılında değişiklik görmüştür. Bu değişikliklerden bazıları ayrıntılı ve geniştir.

Kanundaki değişik nedenlerinden en önemlisi, alacaklı ile borçlunun karşıt menfaatlerinde uzlaşma sağlamadaki güçlüklerdir. Diğer bir neden de, kaynak İsviçre Federal Kanunu ilkelerinin, memleketimiz şartlarına giderek uydurulması

ihtiyacının duyulmasıdır. Yapılan değişikliklerle Mevaz Kanundan uzaklaşılırken ülke gerçeklerine daha çok yaklaşma sağlanmıştır.

Buna rağmen, Kanunun, bugün için aksayan yönleri yine de mevcuttur. Ayrıca, dünyanın ve bu arada ülkemizin ekonomisinde önemli değişimler olmuş ve özellikle hızlı bir enflasyon sürecine girilmiştir. Bu süreçte alacaklıların hakları önemli ölçüde kayba uğramış ve sonuçta borç ve alacak ilişkilerindeki sağlıklı yapı bozulmaya yüz tutmuştur.

İcra dairelerinde uygulanan ve Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunundan kaynaklanan % 5 ve % 10'luk faiz oranlarının yetersiz olduğu görüşünden hareket eden, faiz oranlarını günün şartlarına uygun hale getiren 3095 sayılı 'Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun' 19.12.1984 tarihli Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

İcra ve İflas Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine dair bu Kanun Tasarısı, Kanunun aksayan diğer yönlerinin düzeltilmesi ile günün şartlarına uygunluğunu sağlama amacına yöneliktir...

Adalet Komisyonu Raporu

icra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ile istanbul Milletvekili Feridun Şakir öğünç ve 6 Arkadaşının 2004 Sayılı icra iflas Kanununun 3890 Sayılı Kanunla Değişik 206 ncı Maddesinin 4 üncü Fıkrasının Birinci Sırasının Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifi ve istanbul Milletvekili imren Aykut ve 3 Arkadaşının, 2004 Sayılı icra iflas Kanununun 3890 Sayılı Kanunla Değişik 206 ncı Maddesinin 4 üncü Fıkrasının Birinci Sırasının Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifi birleştirilmek ve tasarı esas alınmak suretiyle ilgili bakanlık temsilcilerinin ve teklif sahiplerinin de katılmalarıyla Komisyonumuzca incelenip görüşülmüş, gerekçesi uygun görülerek maddelerine, geçilmesi kabul edilmiş ve maddelere ilişkin kabul, ilave ve değişiklikler sırasıyla aşağıda açıklanmıştır..."

Her ne kadar 06/06/1985 kabul tarihli ve 3222 sayılı Kanuna ait Genel Gerekçe'de değişikliğin boyutu minimize edilmeye çalışılmışsa da, bu Kanunla İcra ve İflas Kanununun, eklenen yeni maddeler de dahil 48 maddesinde değişiklik yapıldığını belirtmek gerekir.

Bu değişiklikten üç yıl sonra, 1988 yılında, 60 maddelik daha kallavî bir değişiklik gelmiştir. "2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 Sayılı Bankalar Kanununun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair" 09/11/1988 kabul tarihli ve 3494 sayılı Kanunla yapılan bu değişikliğin hem Genel Gerekçesi ve hem de Adalet Komisyonu Raporu gayet kısa olup içerikleri şöyledir:

"GENEL GEREKÇE

2004 sayılı tora ve iflas Kanununun bazı maddelerinde önceki tarihlerde değişiklikler yapılmış ise de, günümüzün değişen sosyal ve ekonomik şartlan nedeniyle alacaklı ile borçlunun zıt menfaatlerinin bağdaştırılması ve Kanunun aksayan yönlerinin düzeltilmesi, kanundaki boşlukların doldurulması, bazı kötü niyetli kişilerin bu boşluklardan yararlanma teşebbüslerinin önlenmesi,

uygulamada tereddütlerin giderilmesi ve bazı konulara açıklık getirilmesi amacı ile bu defa yeniden bazı düzenlemeler yapılması zarureti hâsıl olmuştur. Bu nedenlerle haciz ve iflas yolu ile takiplere dair maddelerin bazıları değiştirilmiş, bazılarına fıkralar ilave edilmiş, Bankalar Kanunundaki bazı hükümler de uygulamada eşitlik sağlanması amacı ile bu Kanun kapsamına dahil edilmiştir...

Adalet Komisyonu Raporu

Komisyonumuzca Alt Komisyona havale edilmiş olan, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 sayılı Bankalar Kanununun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Zonguldak Milletvekili Güneş Müftüoğlu'nun; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 18.2.1965 Tarih ve 538 Sayılı Kanunla Değişik 1 inci Maddesinin 2 nci Fıkrasını Değiştiren ve 1 inci Maddeye Bir Fıkra Ekleyen Kanun Teklifi birleştirilmek ve Tasarı esas alınmak suretiyle Alt Komisyon raporu da göz önünde tutularak Adalet Bakanı Sayın Mehmet Topaç'ın, Adalet, Yargıtay Başkanlığı, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği ile Ankara Barosu temsilcilerinin ve teklif sahibinin de katılmalarıyla incelenip görüşülmüş ve maddeler üzerinde yapılan kabul, ilave ve değişiklikler sırasıyla aşağıda açıklanmıştır..."

3494 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle ilgili olarak bir Milletvekilinin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 1.maddesini değiştirmeye yönelik Kanun Teklifinin Gerekçesini, önemine binaen burada nakletmekte fayda görüyorum:

"Kamu hizmeti kadroları içerisinde görevlerini, o görevlerinin gerektirdiği kural ve ölçüler içerisinde yürüten memurların en büyük beklentileri 'Yetki' 'Unvan' ve 'Maaştır. Ve bu yetki, unvan ve maaşın zaman içerisinde yükselmesidir. Memuriyet hizmetinin ve yüklendiği sorumluluğun karşılığını alamayan, beklediği maddi ve manevi mükafatları elde edemeyen memur, çalışma sevk ve heyecanını yitirir.

Yetki ve maaşı yükselen memurun, zaman içinde unvanının da yükselmesi esas kaidedir. Adli teşkilatın önemli unsurlarından olan icra Dairelerinde, unvan konusu işlememektedir, icra Dairesinde göreve başlayan bir memur emekli oluncaya kadar aynı unvanla kalmaktadır. Yetki, sorumluluk ve maaş yönünden zaman içinde meydana gelen değişiklikler, unvan yönünden gerçekleşmemektedir. Özellikle büyük şehirlerdeki 10-15 kişinin çalıştığı dairelerde bu durum açıkça ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak memurun kıdemine göre beklediği unvan verilmemektedir. Bu durum da memuru monotonluğa, isteksizliğe sevk etmekte ve terfiden umulan manevi sonuç elde edilememiş olunmaktadır.

Hemen hemen kamu kesiminin her müessesesinde verilen bu unvanlar, Adli Teşkilatta adeta İcra Memurlarından esirgenmektedir. Bu nedenlerle, icra Memurlarının unvanlarının değiştirilerek 'İcra ve İflas Müdürü' ve yardımcılarında da 'icra ve iflas Müdür Yardımcısı' unvanlarının verilmesinin faydalı olacağı görüşündeyiz..."

2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda 06/08/1997 kabul tarihli ve 4301 sayılı Kanun, 02/04/1998 kabul tarihli ve 4358 sayılı Kanun ile

08/06/2000 kabul tarihli ve 4578 sayılı Kanunla yapılan tek maddelik değişikliklerden sonra 2003 yılına gelinmiştir.

“İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair” 17/07/2003 kabul tarihli ve 4949 sayılı Kanun, 2004 sayılı (mevcut) İcra ve İflas Kanununu mehz Kanundaki gelişmelere adapte etmek için yapılmış olmakla birlikte, bunda ne ölçüde başarılı olduğu tartışılabilir. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun seksen dokuz maddesinde değişiklik yapan ve Kanuna yirmi dokuz yeni madde ekleyen 4949 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi, değişikliğin kapsamına paralel olarak son derece etraflı bir şekilde kaleme alınmış olup bu bölümde adeta mevcut Kanunun bir tahlili yapılmıştır. Çalışmamızın kapsamını aşmamak amacıyla burada Genel Gerekçenin sadece bir kısmının nakledilmesiyle yetinilmiştir:

“GENEL GEREKÇE

Ekonominin etkin ve verimli olarak işleyebilmesi için, her şeyden önce, işletmelerin verimli bir şekilde çalışmaları, borçlarını ödeyebilecek ve alacaklarını tahsil edebilecek durumda olmaları lazımdır. Ülkemizde özel hukuk ilişkilerinden doğan alacakların tahsili, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin uygulanmasıyla sağlanır. Ekonomik düzende, rekabet edemeyen işletmeler ve girişimciler daima mevcut olacaktır. Alacaklı ile borçlu arasındaki hassas dengeyi gözeten, öngörülebilir ve şeffaf bir icra ve iflâs hukuku, bu işletmeler ve girişimciler için etkili bir çıkış yolu sağlayarak veya onların yeniden yapılandırılmalarına olanak vererek ve böylece ticarî yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan sakıncaları en aza indirgeyerek, ticarî ilişkilerin ve finansal sistemin istikrar kazanmasında yaşamsal bir rol oynar.

Sosyal ve ekonomik koşullardaki değişiklikler nedeniyle, aslında ekonomik hayatlarını devam ettirmesi mümkün olan bazı ticarî işletmeler, borçlarını ödeyemedikleri veya malvarlıkları borçlarını karşılayamadığı için, ekonomik varlıklarını yitirmek tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu tehlike borçluları olduğu kadar, alacağını tahsil edememek durumuyla karşı karşıya kalan alacaklıları ve işini kaybetmek riskine maruz kalan işçileri de tehdit etmekte; bu tehdit sonuçta bölgesel veya milli ekonomiyi de etkilemektedir. Bu gibi durumlarda, ekonomik varlığını devam ettirebilme ihtimali olan işletmelerin malvarlığını koruyucu önlemler almak veya yeniden yapılandırılmalarını sağlamak, alacaklıların ve borçluların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenlemek herkesin yararınadır. İşte, bu amaca ulaşmak, İcra ve İflâs Kanununun bu amaca ulaşılmasını zorlaştıran bazı yönlerini düzeltmek ve boşluklarını doldurmak, kötü niyetli kişilerin İcra ve İflâs Kanunundaki bu boşluklardan yararlanma girişimlerini önlemek, uygulamadaki duraksamaları gidermek için bu Tasarı hazırlanmıştır.

Tasarı hazırlanırken, ödeme güçlüğü içinde bulunan şirketler hukuku alanında Avrupa Birliği üyesi devletlerin birçoğunda (örneğin Fransa, İtalya) ilgili kanunların hiç de tatminkâr sonuçlar vermediği ve bu nedenle tadil edilmeleri için çalışmalar yapıldığı, bu çalışmaların devletler arasında gerçek bir koordinasyon söz konusu olmaksızın ülke bazında yürütüldüğü, İflâs Hakkındaki Topluluk Konvansiyonu Tasarısının ise tam bir başarısızlıkla sonuçlandığı müşahade edilmiştir. Böyle olunca, eldeki Tasarıya, yeknesaklaştırılmış

(birleştirilmiş) kurallara aykırı olduğu yönünde bir eleştirinin yöneltilmesi mümkün olamamak gerekir. Çünkü bu tür kurallar şimdilik mevcut olmadığı gibi, Avrupa Birliği üyesi devletlerin hepsinin benimseyerek kabul edeceği bir düzenlemenin hazırlanmasının epey zaman alacağı anlaşılmaktadır. Bu nedendir ki, Tasarının şirket kurtarmaya ilişkin hükümleri düzenlenirken, gerek Anglo-Sakson mevzuatından ve gerekse Kıta Avrupasındaki yasal düzenlemelerden yararlanılarak ve özellikle bu yasal düzenlemelerin temelinde bulunan ilke ve alt ilkeleri dikkate alarak hazırlanmış bulunan ve hukukumuzun yerleşmiş kavramlarıyla ahenk içinde olan İsviçre İcra ve İflâs Kanununun 1 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe giren metninden esinlenmek yoluna gidilmiştir. İsviçre düzenlemesinin bir diğer özelliği de, çok kere bütün menfaat ve ihtimalleri kapsamak endişesiyle kazüistik bir yöntem uygulayarak konuyu detaya boğmak yerine, esnek, hâkimin takdirine, adalet anlayışına ve sağduyusuna büyük önem ve yer veren, daha ziyade ilkeler düzeyinde kalan bir kanun yapma tekniğinin ürünü olmasıdır.

Tasarıyla;

- Yeniden yapılandırmaya ilişkin hükümler getirilmek suretiyle borçlu işletmelerin mevcut malvarlığının öncelikle korunması, bilahare değerinin artırılması,

- Tasfiye ve yeniden yapılandırma arasındaki hassas dengeye ulaştırılması,

- Bir ayırım yapılmaksızın, benzer durumda bulunan bütün alacaklıları kapsayan adil bir çözümün gerçekleştirilmesi,

- Borçlunun malvarlığının münferit alacaklılar tarafından zamanından önce tasfiyesinin önlenmesi ve dolayısıyla alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması,

- İflâs ve konkordato prosedürlerinin zamanında, etkili ve tarafsız bir şekilde sonuçlandırılması,

- Takip sürecinin alacaklı ve borçlunun hak ve menfaatlerini zedelemeyen, bunlar arasındaki hassas dengeyi bozmadan hızlandırılması,

- Kanunda yer alan hakların suiistimaline, özellikle kötü niyetli itirazların ve davaların önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması,

- Günümüz gereklerine uymayan, cüz'î ve küllî icra sürecini yavaşlatan yöntemlerin değiştirilmesi,

öngörülmektedir. Böylece Tasarıyla, malî sıkıntı içinde bulunup da, yeniden yapılandırılmaları hâlinde yaşamaları mümkün olan işletmelere, faaliyetlerini verimli bir şekilde sürdürebilecekleri bir ortamın sağlanması; bu şekilde ticari faaliyetlerin sürdürülmesi ve genişlemesi yoluyla, tedarikçi ve alıcı durumunda olan diğer işletme veya kişilere istihdam ortamı yaratılması; böylece, sonuçta, kapasite kullanımının artırılması olanağı sağlanmak istenmiştir.

Tasarıyla genel olarak;

İcra ve İflâs Kanununun 4, 9, 13, 14, 18, 23, 24, 26, 30, 32, 44, 58, 62, 63, 67, 68, 68/a, 68/b, 79,85, 88, 89,91,92,94, 111, 114, 115, 116, 118, 119, 126, 128, 129, 130, 133, 134, 143, 150/ı, 158, 166, 168, 169/a, 170, 170/b, 179, 185, 206, 222, 223, 226, 250, 251, 257, 258, 261, 264, 265, 268, 269/a, 280, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 296, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 309, 318, 323, 326, 331, 334, 337, 338, 341, 344, 345/b, 352 ve 363 üncü maddelerinde değişiklik yapılmış; Kanuna 25/b, 128/a, 142/a, 148/a, 179/a, 179/b, 298/a,

309/a ilâ 309/o, 329/a, 333/a, 334/a, 336/a ve 352/a maddeleri, 368 inci maddeden sonra gelmek üzere ek 1 inci madde ile geçici 3, 4 ve 5 inci maddeler eklenmiş; Kanununun 62 ve 67 nci maddelerinin dördüncü fıkrası, 128 inci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, 134 üncü maddesinin son fıkrası, 280 inci maddesinin ikinci fıkrası, 285 inci maddesinin son fıkrası, 354 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile 363 üncü maddesinin (12) numaralı bendi yürürlükten kaldırılmıştır...

Adalet Komisyonu Raporu

Başkanlığınızca 4.4.2003 tarihinde esas komisyon olarak Komisyonumuza havale edilmiş olan ve Komisyonumuzun 7.5.2003 tarihli 18 inci toplantısında geneli üzerindeki görüşmeleri tamamlanarak maddelerine geçilmesi kabul edilen, ancak maddelerinin ayrıntılı bir biçimde incelenerek gerekli değişiklik ve düzenlemelerin yapılması amacıyla beş kişilik bir alt komisyona havale edilen 'İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı', alt komisyonun ilgili bakanlık, kurum ve kuruluş temsilcilerinin de katılmalarıyla yaptığı toplantılar sonunda Komisyonumuza sunduğu rapor ve metin esas alınarak Komisyonumuzun 3.7.2003 tarihli 24, 10.7.2003 tarihli 25 ve 11.7.2003 tarihli 26 ncı toplantılarında Adalet Bakanı Sayın Cemil Çiçek ile Adalet Bakanlığı, Yargıtay Başkanlığı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Başkanlığı, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu temsilcilerinin de katılmalarıyla incelenip görüşülmüş, maddeler üzerinde yapılan kabul, ilave ve değişiklikler sırasıyla aşağıda açıklanmıştır..."

4949 sayılı Kanundan sonra kapsamlı değişiklik yapma döneminin artık en azından bir süre için kapandığı düşünülürken, durum hiç de böyle gelişmemiş ve takriben 6 ay sonra etraflı bir değişiklik gelmiş, bu değişiklikle 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması"¹² adı altında - gereksiz- yeni bir yapılandırma yöntemi dahil edilmiştir. Burada sözü edilen değişiklik, 12/02/2004 kabul tarihli ve 5092 sayılı Kanunla yapılan değişikliktir. Bu değişikliğe ilişkin Genel Gerekeç ve Adalet Komisyonu Raporu şöyledir:

"GENEL GEREKÇE

17.7.2003 tarihli ve 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 30.7.2003 tarihli ve 25184 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanunla özellikle konkordatoya ilişkin pek çok maddede değişiklik yapılarak ve Türk hukukuna yeni kurum ve kavramlar getirilerek ödeme gücünü içinde bulunmakla birlikte durumunu

¹² Konkordatonun büyük ticari işletmelerin kurtarılmasında yeterli olmadığı görüşünden hareket edilerek hazırlanan bu Tasarı, hareket noktası yanlış olduğu için, uygulamada hiç rağbet görmemiş ve bugüne kadar sadece -ve o da başarısız- iki-üç uygulaması olmuştur.

düzeltebilecek olan şirketlerin faaliyetlerine devam etmelerine imkân sağlanmak istenmiş; ancak bu yapılırken, alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasındaki hassas dengeyi korumasına dikkat edilmiştir.

Ekonominin etkin ve verimli olarak işleyebilmesi için, her şeyden önce, işletmelerin çalışmaları, borçlarını ödeyebilecek ve alacaklarını tahsil edebilecek durumda olmaları lâzımdır. 4949 sayılı Kanun, ekonomideki dalgalanmalar nedeniyle zor duruma düşen borçluları korumak amacıyla yeni bazı imkânlar sağlamış ve mevcut imkânları işler hale getirmişse de, Dünyada son yıllarda bu konuda gerçekleşen gelişmeleri karşılayacak bir kurumsal düzenleme gerçekleştirilememiştir. Alacaklı ve borçlu arasındaki hassas dengeyi gözetin, öngörülebilir ve şeffaf bir icra ve iflâs hukuku, zor durumda bulunan şirketler için etkili bir çıkış yolu sağlayarak veya onların yeniden yapılandırılmalarına olanak vererek ticarî yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki aksamalardan kaynaklanan sakıncaları en aza indirger ve böylece ticarî ilişkilerin ve finansal sistemin istikrar içinde devam edip gelişmesinde yaşamsal bir rol oynar.

Ekonomik koşullardaki beklenmedik değişiklikler nedeniyle, aslında ekonomik varlıklarını devam ettirmesi mümkün olan sermaye şirketleri muaccel para borçlarını ödeyemedikleri için faaliyetlerini durdurmak tehlikesi ile karşı karşıya kalabilirler. Bu tehlike, borçluları olduğu kadar alacağını tahsil edememe durumuyla karşı karşıya kalan alacaklıları ve işini kaybetme tehlikesine maruz kalan işçileri de tehdit etmekte, bu tehdit sonuçta bölgesel veya millî ekonomiyi etkilemektedir. Bu gibi durumlarda, ekonomik varlığını devam ettirebilme imkânı olan sermaye şirketlerini yeniden yapılandırılarak ekonomik hayatlarına devam etmelerini sağlamak herkesin yararınadır.

Bu çerçevede, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin alacaklılarla uzlaşarak borçlarını ve gerekiyorsa, buna bağlı olarak, yapısal organizasyonlarını koşullara adapte etmek suretiyle faaliyetlerine devam etmelerini sağlamak amacıyla bu Tasan hazırlanmıştır...

Adalet Komisyonu Raporu

Komisyonumuzun 15.1.2004 tarihli 37 nci toplantısında Adalet Bakanı Sayın Cemil Çiçek ile Adalet Bakanlığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği temsilcilerinin katılmalarıyla incelenip görüşülen ve geneli üzerinde görüşmelerin tamamlanmasından sonra maddelerine geçilmesi kabul edilen ve 1 inci maddesinin aynen kabul edilmesinden sonra diğer maddelerin ayrıntılı bir biçimde incelenerek gerekli değişiklik ve düzenlenmelerin yapılması amacıyla Komisyon Başkanlığına verilen önergelerle birlikte, 3 kişilik bir alt komisyona havale edilen 'İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı' alt komisyonun 21.1.2004 ve 27.1.2004 tarihlerinde ilgili bakanlık, kurum ve kuruluş temsilcilerinin de katılmalarıyla yaptığı toplantılar sonunda Komisyonumuza sunduğu rapor ve metin esas alınarak, Komisyonumuzun 29.1.2004 tarihli 39 uncu toplantısında Adalet Bakanı Sayın Cemil Çiçek ile Adalet Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı, Yargıtay Başkanlığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığı ve Türkiye Bankalar Birliği Başkanlığı temsilcilerinin de katılmalarıyla incelenip görüşülmüş, maddeler üzerinde yapılan kabul, ilave ve değişiklikler sırasıyla aşağıda açıklanmıştır..."

Bundan sonra, 14/07/2004 kabul tarihli ve 5219 sayılı Kanunla 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 88.maddesinin 4.fikrasına depo ve garaj ücretlerine ilişkin bir cümle eklenmiştir.

Değişiklik furyası 2005 yılında da bütün şiddetiyle devam etmiştir. Bu çerçevede 02/03/2005 kabul tarihli ve 5311 sayılı Kanun, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun yirmi sekiz maddesinde, akabinde 31/05/2005 kabul tarihli ve 5358 sayılı Kanun da 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun yirmi üç maddesinde, yani her iki Kanun toplam takriben elli maddede değişiklik yapmıştır.

02/03/2005 kabul tarihli ve 5311 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporu şöyledir:

“GENEL GEREKÇE

İcra ve İflas Kanununun bazı maddelerinde önceki tarihlerde değişiklikler yapılmış ise de, günümüzün değişen sosyal ve ekonomik koşulları nedeniyle, adaletin hızlandırılmasına yönelik adli reform çalışmaları çerçevesinde, alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin bağdaştırılması ve Kanunun aksayan yönlerinin düzeltilmesi, Kanundaki boşlukların doldurulması bazı kötüniyetli kişilerin bu boşluklardan yararlanma teşebbüslerinin önlenmesi, uygulamada tereddütlerin giderilmesi ve bazı konulara açıklık getirilmesi amacı ile bu Tasarı hazırlanmıştır. Ancak, Tasarıda İcra ve İflas Kanununun bütün hükümleri ele alınmamış, öncelik arz eden değişiklikler yapılmıştır. Öte yandan, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Tasarısı ile ilk derece mahkemelerince verilen kararların olaylara, maddî hukuka ve usul hükümlerine uygunluğunu denetlemek üzere bölge adliye mahkemeleri kurulmuş ve bu mahkemelerce verilmiş olup da temyiz olunan kararların yalnızca hukuka uygunluğunu denetleme ve içtihat mahkemesi olma görevi Yargıtaya verilmiş olduğundan, icra tetkik mercii kararlarına karşı ‘istinaf yolu’na başvurma olanağı getirilmesine yönelik düzenlemeler yapılması zorunlu hale gelmiştir.

Tasarıyla genel olarak;

İcra ve İflâs Kanununun 1, 10/a, 11, 13, 16, 17, 21, 24, 32, 33, 36, 38, 40, 49, 69, 82, 97, 99, 110, 149/a, 150/a, 164, 169/a, 177, 182, 227, 254, 262, 265, 269/b, 273, 275, 288, 297, 299, 307, 320, 327, 328, 353, 363, 364, 365 ve 366 ncı maddelerinde değişiklik yapılmış; Kanuna 205/a maddesi ile 368 inci maddeden sonra gelmek üzere ek 1 inci madde eklenmiş ve 57 nci maddesi, yürürlükten kaldırılmıştır.

İcra ve İflâs Kanununda köklü değişiklik yapılmıyaya kadar, bu Kanunda yer alan hukukî terimler bakımından bir karışıklığa sebep olmamak için Tasarıda da aynı terimlerin mümkün olduğunca kullanılması yoluna gidilmiştir. Öte yandan aynı düşünceyle, bölge adliye mahkemelerinin kuruluşunun gerektirdiği değişiklikler yapılmış, günümüzün ekonomik ve malî koşulları göz önünde tutularak parasal sınırlar artırılmıştır...

Adalet Komisyonu Raporu

Başkanlığımızca 23.3.2003 tarihinde esas komisyon olarak Komisyonumuza, tali komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilmiş olan 'İcra ve İflâs Kanunu ile Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkûmlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı', Adalet Bakanı Sayın Cemil Çiçek ile Adalet Bakanlığı temsilcilerinin de katılmalarıyla, Komisyonumuzun 9.2.2005 tarihli 12 nci toplantısında incelenip görüşülmüş, geneli üzerindeki görüşmeleri tamamlanarak maddelerine geçilmesi kabul edilmiş, ancak maddelerinin ayrıntılı bir biçimde incelenerek gerekli değişiklik ve düzenlemelerin yapılması amacıyla maddeler üzerinde verilen önergelerle birlikte Tasarı, üç kişilik bir alt komisyona havale edilmiştir.

Tasarı, Komisyonumuzun 17.2.2005 tarihli 13 üncü toplantısında Adalet Bakanlığı temsilcilerinin ve alt komisyonun ilgili bakanlık temsilcilerinin katılmalarıyla yaptığı toplantı sonunda Komisyonumuza sunduğu rapor ve metin esas alınarak incelenip görüşülmüştür.

İcra ve İflâs Kanunu ile Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkûmlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısının ilk hazırlanma amacı, değişen ve gelişen sosyo-ekonomik koşullar ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler de göz önünde bulundurulmak suretiyle, 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkların giderilmesi, bu alandaki işlemlere etkinlik ve hız kazandırılması, istinaf yoluna ilişkin usul hükümlerinin düzenlenmesi şeklinde özetlenebilir. Tasarıyı hazırlamak üzere kurulan Komisyon çalışmalarına 3.3.2000 tarihinde başlamış ve Komisyonca hazırlanan Tasarı, 26.11.2002 tarihinde Başbakanlığa sevk edilmiştir. Ardından 14.3.2003 tarihinde ise Başbakanlık tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine kanunlaşması amacıyla sunulmuştur.

Bilindiği üzere, Tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmesinden sonraki tarihlerde İcra ve İflâs Kanununda iki ayrı değişiklik yapılmıştır. Bunlardan birincisi, 17.7.2003 tarihli ve 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundur. 107 maddeden oluşan bu Kanun ile İcra ve İflâs Kanununda kapsamlı bir değişiklik yapılmıştır. Diğeri 12.2.2004 tarihli ve 5092 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundur. Bu Kanunla, İcra ve İflâs Kanununda bazı değişiklikler yapılmış ve bazı yeni kurumlar kabul edilmiştir.

Tasarının Başbakanlık'a sevk edildiği 26.11.2002 tarihinden sonra uzun bir süre kanunlaşmamış olması nedeniyle bu tarihten sonra İcra ve İflâs Kanununda yapılan değişikliklerle Tasarıdaki bazı hükümler, İcra ve İflâs Kanununa girmiş, Tasarıdaki hükümlerden bazılarının hiçbir anlamı kalmamış ve Tasarıdaki hükümlerden bazılarının ise İcra ve İflâs Kanununun bütünlüğü içerisinde yeniden değerlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Ayrıca, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun 1.4.2005 tarihinde yürürlüğe gireceğinden, Tasarıdaki istinafa ilişkin hükümlerin bu tarihe kadar kanunlaşması zarureti de bulunmaktadır. Bu

nedenle Tasanda yer alan istinaf yolu dışındaki hükümlerin, ileride İcra ve İflas Kanununun tamamının değerlendirileceği daha kapsamlı bir çalışma sırasında ele alınmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir. Bu aşamada; Tasarı ile sadece istinaf yoluna ilişkin hükümlerin düzenlenmesi uygun görülmüştür.

Bu görüş doğrultusunda, maddeler üzerindeki kabul, ilave ve değişiklikler sırasıyla aşağıda açıklanmıştır.

30.6.1934 tarihli ve 2548 sayılı Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkümlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanunda değişiklik yapan Tasarının 48 inci maddesi metinden çıkarıldığı için Tasarının adı 'İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı' şeklinde değiştirilmiştir.

Tasarı, 17.7.2003 tarihli ve 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 12.2.2004 tarihli ve 5092 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunundan önce Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmiş olduğundan Tasarıdaki değişikliklerin İcra ve İflas Kanununun bütünlüğü içerisinde yeniden değerlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Tasarının istinaf yolu dışındaki hükümleri içeren maddeleri, metninden çıkarılmıştır...”.

31/05/2005 kabul tarihli ve 5358 sayılı Kanunun Genel Gereğesi ve Adalet Komisyonu Raporu ise şu şekildedir:

“GENEL GEREKÇE

5327 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bakımından özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılması zorunlu bulunmaktadır.

31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunla yeni Türk Ceza Kanunu ve buna bağlı olarak bazı kanunların 1 Nisan 2005 olan yürürlük tarihleri 1 Haziran 2005 olarak yeniden belirlenmiştir. Bu çerçevede 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun ceza içeren hükümlerinin yeni Türk Ceza Kanunu çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda yukarıda açıklanan nedenlerle gerekli değişiklikleri yapmak amacıyla bu Kanun Teklifi hazırlanmıştır...

Adalet Komisyonu Raporu

Başkanlığımızca 3.5.2005 tarihinde esas komisyon olarak Komisyonumuzla havale edilmiş olan, 'Hatay Milletvekili Sadullah Ergin'in İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/460)', Komisyonumuzun 24.5.2005 tarihli 24 üncü ve 26.5.2005 tarihli 25 inci birleşimlerinde; Adalet Bakanı Sayın Cemil Çiçek ile Adalet Bakanlığı, Yargıtay Başkanlığı temsilcileri ve üniversite öğretim üyelerinin de katılımlarıyla incelenip görüşülmüş, gereğesi uygun görülerek maddelerine geçilmesi kabul edilmiş, maddeler üzerindeki kabul, ilave ve değişiklikler sırasıyla aşağıda belirtilmiştir:...”.

İki yıllık bir aradan sonra 21/02/2007 kabul tarihli ve 5582 sayılı Kanunla 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa birkaç yeni madde ve fıkra eklenmiş ve 2011 yılına gelinmiştir. 2011 yılında “*Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında*” 14/01/2011 kabul tarihli ve 6103 sayılı Kanunla (m.41, f.2), 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun on üç maddesi değiştirilmiş ve Kanuna üç yeni madde eklenmiştir.

Aynı yıl, 31/03/2011 kabul tarihli ve 6217 sayılı Kanunla 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 353.maddesinde ve 354.maddesinde değişiklik yapılmıştır.

2012 yılında, 02/07/2012 tarihli ve 6352 sayılı “*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun*” ile, yeni bir kapsamlı değişiklik dönemine girilmiştir. Bu Kanun 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun otuz sekiz maddesini değiştirdiği gibi, Kanuna üç Geçici Madde eklemiştir. Bu Kanunla başka birçok önemli kanunda da değişiklik yapıldığı için, çalışmamızda Genel Gerekeç’in sadece 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa ilişkin değişikliklere ve ilavelere ilişkin bölümleri nakledilmiştir. Buna mukabil **Alt Komisyon Raporu** ile **Adalet Komisyonunun Raporu** sadece maddeler temelinde değerlendirmeler yaptığı ve bütün bu değerlendirmelerin çalışmamızda nakledilmesi yer sorunu yaratacağı için burada aktarılmamıştır. Ama 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda yapılması önerilen değişikliklere ilişkin Alt Komisyon Raporundaki muhalefet şerhlerinden ilginç olduğunu düşündüğüm birinin okuyucuların bilgisine sunulmasında fayda mülâhaza edilmiştir.

“GENEL GEREKÇE

Anayasanın 141 inci maddesinin son fıkrasında ‘Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.’ hükmüne yer verilmiş, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında da herkesin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının ‘makul süre içinde’ görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Son yıllarda yargının iş yükünün aşırı şekilde ağırlaşması ve yargılama sürecinin yavaş işlemesi, Anayasamızın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kabul ettiği makul sürede yargılanma hakkı ve devletin makul sürede yargılama yükümlülüğünün gereğinin yerine getirilmesini önemli derecede engellemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlali nedeniyle Türkiye’nin tazminat ödemek zorunda kaldığı fiillerin önemli bir kısmının da makul sürede yargılama ilkesinin ihlaliyle ilgili olduğu düşünüldüğünde, makul sürede yargılama yükümlülüğünün önemi daha da artmaktadır.

Yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla bugüne kadar yapılan düzenlemelerin devamı niteliğinde olan bu Tasarı, icra-iflas, ceza ve idarî yargı mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan bazı sorunlara çözüm getirmek amacıyla hazırlanmıştır.

Öte yandan, temel hak ve hürriyetlerden kabul edilen ifade özgürlüğü, çoğulcu demokrasilerde temel haklardan kabul edilmektedir. İleri demokrasilerin

'olmazsa olmaz şartı' olan ifade hürriyeti, birçok hak ve hürriyetin temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin kaynağı olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, ifade hürriyeti, birçok uluslararası belgeye konu olmuş, Anayasamızda da ayrıntılı düzenlemelere tâbi tutulmuştur. Bu bağlamda, Anayasanın 'Düşünce ve kanaat hürriyeti' başlıklı 25 inci, 'Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti' başlıklı 26 ncı ve 'Basın hürriyeti' başlıklı 28 inci maddelerinde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 19 uncu maddesinde ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin 'İfade özgürlüğü' başlıklı 10 uncu maddesinde, konuya ilişkin koruyucu hükümlere yer verilmiştir.

Anayasanın 'Özel hayatın gizliliği' başlıklı 20 nci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu; özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; 'Haberleşme hürriyeti' başlıklı 22 nci maddesinin birinci fıkrasında ise, herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu anayasal teminat altına alınmıştır.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin 'Özel hayatın ve aile hayatının korunması' başlıklı 8 inci maddesinin birinci fıkrasında da, herkesin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Özel hayatın gizliliği, kişinin en az müdahale ile hayatını sürdürmesi hakkını içermekte olup, kişiye ait maddî ve manevî değerleri barındırmaktadır. Özel hayata saygı gösterilmesi, kişi için asgarî dış müdahalelerle kendi öz varlığını serbestçe sürdürebilmesi hakkını ifade etmektedir. Aile ve ev hayatı, fizikî ve moral bütünlük, onur ve saygınlık, kişinin yanlış tanıtılmasından kaçınılması, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayımlanmaması, özel iletişimin kötüye kullanılmaması, sır olarak verilen veya alınan bilgilerin açıklanmaması, özel hayat kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir.

Yukarıda belirtilen değerlerin korunmasına yönelik olarak mevzuatımızda önemli bir kısım değişiklikler yapılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda olmak üzere aşağıda ifade edilen mevzuat değişiklikleri yapılmıştır.

I- İcra-ıflaş mevzuatında yapılan değişiklikler kapsamında;

2004 sayılı İcra ve İflaş Kanununda, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir çok değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, bunlar köklü ve kapsamlı bir boyuta ulaşmamıştır. Bu nedenle, Kanun günün şartlarına ve ihtiyaçlarına gereği gibi cevap vermekte yetersiz kalmıştır. Ayrıca doktrinde ve uygulamada, Kanunun aksayan yönleri hakkında getirilen eleştiriler yanında, toplumda da alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin bulunmadığı yönünde şikayetler sıkça dile getirilmektedir.

Bu nedenle, Kanunun uygulanmasına ilişkin engellerin ortadan kaldırılması, yargının hızlandırılarak günümüzün değişen sosyal ve ekonomik koşullarına uyum sağlanması, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması ve uygulamada yaşanan aksaklıkların giderilmesi amaçlanmıştır.

Tasarıda; daha modern bir icra teşkilâtı kurulması, icra dairelerindeki işlemlerde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin kullanılması, icra ve iflâş dairelerinin para ile ilişkisinin zorunlu haller dışında tamamen ortadan kaldırılması, asgari ücret tutarının altında kalan alacakların takibi için ilamsız takibe başlamadan önce, borçlunun bilinen en son adresine ödemeye davet yazısı

gönderilmesi, borçlu ile aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için gerekli her türlü ev eşyası hacizlerinin önlenmesi, paraya çevrilme masraflarını karşılamayacak nitelikteki malların yediemin depolarına götürülmesinin önüne geçilmesi, yediemin depolarının daha verimli işletilebilmesine yönelik düzenlemeler yapılmaktadır...

Alt Komisyon Raporu

...

MUHALEFET ŞERHİ

...

“İCRA İFLAS KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER YÖNÜNDEN:

İcra iflas Hukuku; hukuki süreçlerin tamamlandığı, artık haklının haklarının teslim edileceği, adaletin gerçekleşeceğine ilişkin kurallar manzumesidir.

Bu alanda yapılan düzenlemeler veya değişiklikler taraflar arasındaki hak ve menfaat dengesini bozmamalıdır.

Devlet kendi alacağına tahsilinde nasıl hassas ise, kişilerin de alacaklarını almalarına imkân verecek sistemi korumalı, dengeleri bozacak müdahalelerden kaçınmalıdır. Geçtiğimiz günlerde T.B.M.M.'de yasalaşan karşılıksız çek keşide edilmesi halinde verilecek hapis cezasını kaldıran tasarı bugün hala tartışılmakta, piyasa verileri ticari ilişkilerde çek kullanımının azaldığı ve ödenmeyen çek miktarının arttığını göstermektedir. Bunun dışında;

- İcra personelinin özlük haklarına ilişkin düzenlemenin (Madde-1) yönetmelikle yapılacak olması hukuka uygun değildir.

- Belli miktarlardaki alacaklar için takipten önce borçluya ‘Meşruhatlı ödemeye davet yazısı göndermek’ hem zaman kaybı hem de iş yükünü arttıracaktır.

- Keza kararların gerekçeli olarak tutanaklara yazılması hususu da, iş yoğunluğu yanında işlemlerini de geciktirecektir.

- İcra ve iflas dairelerinde yapılacak her türlü işlemin UYAP sistemi içerisinde yapılması olumludur.

-Haczedilemez malların kapsamının genişletilmesi alacaklı-borçlu dengesi açısından üst komisyonumuzda yeniden değerlendirilmelidir.”.

06/02/2014 tarihli ve 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa Ek Madde 2 ilave edilmiştir.

Kanun koyucu tarafından mali ve finansal güçlük içinde bulunan şirketlerin ve kooperatiflerin içinde buldukları zor durumdan kurtarılmaları için –iyi niyetle- öngörülmüş bulunan iflasın ertelenmesi kurumunun infiale neden olacak derecede yanlış uygulamalar neticesinde amacından tamamen sapmış bir görünüm alması üzerine kanun koyucu, son bir gayretle, bu kurumu ıslah etmek için 15/07/2016 tarihli ve 6728 sayılı “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı

Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”u sevk etmiştir. Bu Kanunun Genel Gereği¹³ şöyledir:

“GENEL GEREKÇE

Ayrıca iflasın ertelenmesi kurumu, hukukumuzda kavram olarak daha önce de mevcut olmakla birlikte, 2003 yılında İcra ve İflas Kanununda 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ağırlıklı olarak uygulanmaya başlanmıştır. 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra konkordato kurumu işlevsiz kalmış ve iflasın ertelenmesi kurumu birden bire yoğun bir ilginin konusu olmuştur. O kadar ki, son birkaç yıldır kurumun asıl amacından saptırıldığı ve mecrandan tamamen çıkararak hiçbir şekilde amaca hizmet etmediği şeklinde eleştiriler dile getirilir olmuştur.

İflaşın ertelenmesi kurumu borçlu ile alacaklıların menfaatleri ve hatta milli ve bölgesel menfaatler arasında hassas bir dengeye dayanmaktadır. Ancak, bu kurum son yıllarda tamamen borçlunun menfaatlerini gözeten ve alacaklıların menfaatlerini dikkate almayan bir görünüme büründüğünden, dengenin tekrar kurulması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Tasarıyla iflas erteleme uygulamalarında kendini gösteren ve hem bu talebin taraflarınca dile getirilen hem de uygulayıcılar ve akademisyenler tarafından ortaya konan sorun ve sakıncaların giderilmesi amaçlanmaktadır...”

Bu Kanundan 10 gün sonra, “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair” 25/07/2016 tarihli ve 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, olağanüstü hal süresince iflas talebinde bulunulamayacağına ilişkin bir hüküm getirmiştir.

Hemen akabinde, 15/08/2016 tarihinde, “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında” 673 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kabul edilmiştir. Bu Kanun Hükmünde Kararname ile, 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4.maddesine olağanüstü hal çerçevesindeki ihtiyati tedbir kararları ve iflasın ertelenmesi kararlarıyla ilgili yeni bir fıkra eklenmiştir.

2016 yılı, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa müdahale yönünden gayet verimli (!) bir yıl olmuş, 03/11/2016 kabul tarihli ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu aracılığıyla da müdahale sürekliliği sağlanmıştır. Bu Kanuna ilişkin Tasarının 19.maddesinin gerekçesi şöyledir:

“MADDE 19 - Maddeyle, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa madde eklemek suretiyle, icra ve iflas daireleri ve icra mahkemeleri tarafından yapılacak bilirkişi görevlendirmeleri bakımından da Kanunda öngörülen hükümler ile

¹³ Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, değişikliğin icra ve iflas hukukuna ilişkin bölümü hakkında kayda değer bir açıklama içermediği için burada aktarılmamıştır. Bu Kanun Tasarısında Adalet Komisyonu, tali komisyon olarak görevlendirilmiştir. Genel Kurul görüşmeleri sırasında alt komisyonların rapor verip vermediklerinin bilinmediği hususu dile getirilmiş ve eleştirilmiş; bilahare tutanaklarda bu raporların birer fotokopisinden söz edilmiştir. Ama bu belgelere erişmek mümkün olamamıştır.

bilirkişilik kurumuna ilişkin hüküm içeren ilgili diğer kanun hükümlerinin uygulanması sağlanmaktadır. İcra ve İflas Kanunu kapsamında, icra ve iflas daireleri ile icra mahkemelerinin bilirkişi incelemesi yaptırması söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda, 2004 sayılı Kanun uyarınca yapılan şikâyet, istihkak, sıra cetveline itiraz, tasarrufun iptali gibi davalarda bilirkişi görevlendirirken 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan hükümler; icra ve iflas suçları sebebiyle açılacak davalarda bilirkişi görevlendirirken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan hükümler uygulanacaktır. Yine haciz uygulamasında veya satıştan önceki kıymet takdiri aşamasında icra daireleri tarafından Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan hükümler uyarınca bilirkişi görevlendirilebilecektir.”.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa bu şekilde yeni bir (ek) madde (Ek Madde 3) ilave edilmesine yönelik öneri Alt Komisyon Raporunda ve Adalet Komisyonu Raporunda da kabul edilmiştir.

Yine 2016 yılında, “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair” 24/11/2016 kabul tarihli ve 6763 sayılı Kanun, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 3363 ve 364 üncü maddelerindeki parasal eşiklerde değişiklik (artırım) yapmıştır. Genel Gerekçe bu değişikliği şöyle doğrulamaktadır:

“...2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda...istinaf ve temyiz kanun yollarına ilişkin parasal sınırlar belirlenmiş ve bu parasal sınırların bölge adliye mahkemelerinin tüm yurttaki faaliyete geçmesiyle birlikte yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Bölge adliye mahkemeleri, 20/7/2016 tarihinde fiilen faaliyete geçmiş ve böylece hukuk yargılamasında üç aşamalı yargılama sistemine geçilmiştir. İlk derece mahkemelerince verilen kararlarda kesinlik sınırı ile istinaf mahkemelerince verilen kararlarda kesinlik sınırına ilişkin düzenlemelerin onbir yıl önce yapıldığı nazara alındığında, günümüz ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücü itibarıyla bu sınırların yeniden belirlenmesi ve her yıl yeniden değerlendirilme oranında güncellenebilmesi amacıyla ilgili kanunlarda düzenlemeler yapılmaktadır...”.

Alt Komisyon, istinaf başvurusu yapabilmek için Tasarıda öngörülen 5.000.-TL’lik sınırı hak arama özgürlüğü bakımından yüksek bularak 3.000.-TL’ye indirmiştir (bu eşik bilahare Adalet Komisyonunda 7.000.-TL’ye yükseltilmiştir).

Temyiz eşiği bakımından ise Adalet Komisyonu Raporunda önce “Tasarının çerçeve 4’üncü maddesi ile değiştirilmesi öngörülen İcra ve İflas Kanununun 364’üncü maddesi ile bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerince verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurabilmede miktar ve değer bakımından sınır, elli bin Türk lirasına yükseltilmektedir. Ülkemizdeki gelir düzeyi ve gelir dağılımdaki adaletsizlikler göz önünde bulundurulduğunda belirtilen parasal sınır, hak arama özgürlüğünü sınırlayıcı niteliktedir.” şeklinde görüş belirtilmiş ise de, biraz sonra “Tasarının çerçeve 4’üncü maddesi ile değiştirilmesi öngörülen İcra ve İflas Kanununun 364’üncü maddesi temyiz yoluna başvurabilmede miktar ve değer bakımından sınırın elli bin Türk lirasına yükseltilmesinin hak arama özgürlüğünü sınırlayıcı bir nitelikte olduğu belirtilmişse de bu sınır daha önce bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerince verilen kararlara ilişkin olduğundan (istinaf incelemesinden geçtiğinden) böyle bir durum söz konusu olmayacaktır. Bir diğer ifadeyle daha önce bir kanun yolu incelemesinden geçmiş olan kararlar bakımından belirtilen sınır,

Komisyonomuzca makul seviyede görülmüştür. Kaldı ki, kanun yoluna başvurulmasına kimi sınırların getirilmesinin hak arama özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurmayacağını Anayasa Mahkemesi daha önceki kimi kararlarında vurgulamıştır.” şeklinde beyanda bulunularak Tasarıyla öngörülen parasal eşik kabul edilmiştir.

Sonunda 2016 yılı bitirilerek 2017 yılına gelinmiş ve bu yıl 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu bakımından nispeten rahat bir yıl olmuş, Kanun sadece bir tek değişiklik görmüştür ki, o da Bakanlar Kurulu'na 15/08/2017 tarihinde kabul edilen 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişikliktir. Bu Kanun Hükmünde Kararname ile, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 42.maddesine, idari yargının görev alanına giren konularda ilamsız takip yoluna başvurulamayacağına ilişkin yeni bir fıkra eklenmiş ve Kanunda bu yeni fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları açıklığa kavuşturan Geçici Madde 13 ihdas edilmiştir.

2018 yılı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu için “pek de sevimli bir yıl (!)” olmamıştır. Nitekim 2018 yılında Kanunda son derece önemli ve kapsamlı değişiklikler yapılmıştır.

Önce, “*Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair*” 01/02/2018 kabul tarihli ve 7078 sayılı Kanun vaz edilmiştir. Bu Kanun ile, 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa ilişkin değişiklikleri teyit edilmiştir.

Bu değişiklikten hemen sonra, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda diğer başka değişikliklerin¹⁴ yanında, ağırlıklı olarak, son derece önemli ve konkordato hukukuna tamamen yeni bir görünüm ve içerik kazandırarak Türk yeniden yapılandırma hukukunu baştan sona değiştiren “*İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında*” 28/02/2018 kabul tarihli ve 7101 sayılı Kanun vazedilmiştir. Tasarının Genel Gerekçesinin değişikliğin ağırlık merkezini oluşturan iflas ertelemeye ve konkordatoya ilişkin bölümü aynen şöyledir:

“Tasarıda yer alan en önemli değişiklik, bünyesinde pek çok sorunu barındıran iflas erteleme kurumunun yürürlükten kaldırılması ve konkordato kurumunun etkin ve işlevsel bir yapıya kavuşturulmasıdır.

Ülkemizde 2003 yılından bu yana uygulanan iflasın ertelenmesi kurumu, ihdas amacının gerçekleştirilmesi konusunda isteneni verememiştir. Bu sebeple 15 Temmuz 2016 tarihinde kabul edilen 6728 sayılı Kanunla iflasın ertelenmesi kurumu revize edilmiştir. İflasın ertelenmesi kurumunda alacaklıların herhangi bir şekilde söz sahibi olmaması, sürecin borçlu ve mahkeme arasında yürütülmesi

¹⁴ İflas erteleme ve konkordato dışında, 7101 sayılı Kanun 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 128, 177, 179, 185, 206, 208, 210, 224, 227, 232, 235 ve 241.maddelerinde de değişiklikler yapmıştır; ayrıca Kanuna bir Geçici Madde eklenmiş (Geçici Madde 14), Kanunun 179/a, 179/b, 179/c, 298/a ve 329/a maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Öte yandan, iflasın ertelenmesi kurumu kaldırılarak konkordato yöntemine yepyeni bir kimlik kazandırılmasının sonucu olarak, 7101 sayılı Kanunla başta Harçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Kooperatfler Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda değişiklikler yapılmıştır

ve yaşanan yargılama sorunları birlikte değerlendirildiğinde bu kurumun tamamıyla yürürlükten kaldırılması ve bunun yerine alacaklılar ile borçlunun bir müzakere sonrasında anlaşmaları ve bu anlaşmanın mahkemece tasdiki esasına dayanan konkordato kurumunun daha etkin ve aktif bir şekilde kullanılması ticari ve sosyal hayat bakımından bir ihtiyaç olarak görülmüştür.”

Bu konuda Alt Komisyon Raporunda da önemli açıklamalar yapılmıştır:

“Tasarıda yer alan en önemli değişiklik, bünyesinde pek çok sorunu barındıran iflas erteleme kurumunun yürürlükten kaldırılması ve konkordato kurumunun etkin ve işlevsel bir yapıya kavuşturulmasıdır.

Ülkemizde 2003 yılından bu yana uygulanan iflasın ertelenmesi kurumu, ihdas amacının gerçekleştirilmesi konusunda isteneni verememiştir. Bu sebeple 15 Temmuz 2016 tarihinde kabul edilen 6728 sayılı Kanunla iflasın ertelenmesi kurumu revize edilmiştir. İflasın ertelenmesi kurumunda alacaklıların herhangi bir şekilde söz sahibi olmaması, sürecin borçlu ve mahkeme arasında yürütülmesi ve yaşanan yargılama sorunları birlikte değerlendirildiğinde bu kurumun tamamıyla yürürlükten kaldırılması ve bunun yerine alacaklılar ile borçlunun bir müzakere sonrasında anlaşmaları ve bu anlaşmanın mahkemece tasdiki esasına dayanan konkordato kurumunun daha etkin ve aktif bir şekilde kullanılması ticari ve sosyal hayat bakımından bir ihtiyaç olarak görülmüştür...”

Adalet Komisyonu Raporunun ilgili bölümü de aynı yöndedir:

“...2003 yılından beri uygulanan iflas erteleme, konkordatoya giden yolda alacaklıları ikna etme yöntemi olarak benimsenmişti. Ancak uygulamada iflas erteleme kurumunun tercih edilmesi nedeniyle konkordato işlemez hâle gelmiştir. Diğer yandan borca batık durumda olma ön şartı, iflas erteleme yoluyla borçlu şirketlerin iyileşebilmelerini engellemiş; zaten borca batık olan şirketlerin bu yolla kurtulmaları mümkün olmamıştır. İflas erteleme kurumundan beklenen fayda elde edilemediği gibi, bir çok durumda alacaklılar da alacaklarını tahsil edememiş, mali durumları kötüleşmiş ve bu nedenle bir nevi iflas erteleme diğer bir iflas erteleme talebine sebebiyet verir duruma gelmiştir. Öte yandan uzun yargılama süreleriyle birlikte uzayan tedbir süreleri, kötü niyetli borçlu ve alacaklıların sürece müdahil olmaları gibi nedenler, iflas erteleme yargılamalarını olumsuz etkilemiştir.

İflas ertelemesinde alacaklıların herhangi bir söz hakkı bulunmamakta, süreç borçlu ve mahkeme arasında yürümektedir. Bu nedenle mevcut iflas erteleme kurumu, dünya bankasının yatırım ortamına ilişkin notlandırmasında aradığı, alacaklıların söz sahibi olması kriterini de sağlamamaktadır. Tasarı ile iflas erteleme kurumu kaldırılarak, alacaklılar ile borçlunun müzakere etmesi ve müzakere sonucundaki anlaşmalarının mahkemece tasdiki temeline dayanan konkordato kurumu, daha işlevsel bir hâle getirilmektedir...”

Bu kapsamlı değişiklikten sonra, “Yükseköğretim Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair” 09/05/2018 kabul tarihli ve 7141 Kanun ile, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa, “Özel okullar ile özel öğrenci yurt ve benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz mallarının haczi” başlığı altında, “8/2/2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında faaliyet gösteren okullar ile 24/3/1950 tarihli ve 5661 sayılı Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Aşevleri Hakkındaki Kanuna Ek Kanun kapsamında faaliyet gösteren özel öğrenci

barınma hizmetleri veren yurt ve benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz malları, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler hariç olmak üzere içinde bulunulan eğitim ve öğretim yılı sonunda haczedilir.” hükmünü içeren yeni bir madde, 362/a maddesi olarak eklenmiştir.

02/07/2018 tarihli ve 698 sayılı “477 Sayılı Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 14, 317,318 ve 330.maddelerinde birkaç terim uyumlaştırılması yapılmış.

“Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında” 06/12/2018 kabul tarihli ve 7155 sayılı Kanun ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 8/a, 78, 89, 286, 287, 290, 292 inci maddelerine yeni fıkra, cümle veya ibareler eklemiş ya da değişiklikler yapmış; ayrıca Kanuna Geçici Madde 15’i ilave etmiştir. Aslında kanaatimce 7155 sayılı Kanunun abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin hükümlerinin de (belki “Küçük Alacakların Tahsili” başlığı altında) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun içine yerleştirilmesi gerekirken bu yapılmamış ve –nedendir bilinmez- (tıpkı zaman içinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda yapıldığı gibi) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununu parçalayarak daraltmanın ve başka kanunların konusu haline getirmenin kapısı açılmıştır. 7155 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporunun 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununu ilgilendiren kısmı şöyledir:

“GENEL GEREKÇE

İcra dairelerinin iş yükünün önemli bir kısmını, ‘abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takipler’ oluşturmaktadır. Bu takipler için icra dairelerinde çok sayıda dosya bulunmakta; ödeme emri tanzimi ve tebliği gibi çok çok sayıda işlem yapılmaktadır. Hazırlanan Kanun teklifiyle, abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takibin başlatılması ve haciz aşamasına kadar olan bölümünün; Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) bünyesinde oluşturulan Merkezi Takip Sistemi (MTS) üzerinden yapılması amaçlanmaktadır.

Kanun teklifi uyarınca, alacaklı avukatı tarafından, güvenli elektronik imza kullanılmak suretiyle abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacağına ilişkin takip talebi doldurulacak; takibin dayanağı olan belgelerin tarih ve numarası ile alacağın son ödeme tarihi takip talebine işlenecek; harç ve tebligat giderleri sistem üzerinden ödenecektir. Bu işlemlerin tamamlanmasından sonra sistem üzerinden tanzim edilecek ödeme emri; borçlunun adresine en yakın PTT birimine elektronik ortamda iletilecek ve ilgili PTT birimi tarafından 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu uyarınca borçluya tebliğ edilecektir. Tebligatın yapıldığına ilişkin evrak PTT tarafından sisteme yüklenecek ve evrak aslı alacaklı avukatının takip talebinde bildirdiği icra dairesine gönderilecektir.

Ödeme yapacak olan borçlu, güncel borç miktarını, sistemden kontrol ederek alacaklıya ait ve sistemle ilişkilendirilmiş hesap numarasına kolaylıkla ödeyebilecektir. Borcun ödenmesi halinde takip sona erecek ve dosya kapanacaktır. İtiraz edecek olan borçlu, itiraz dilekçesini herhangi bir icra

dairesine sunabileceği gibi sistem üzerinden güvenli elektronik imza kullanarak da itirazda bulunabilecektir. İtiraz halinde alacaklı, itirazın hükümden düşürülmesini 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre ilgili mahkemeden talep edebilecektir. Takibin kesinleşmesine rağmen borcun ödenmemesi halinde, cebri icra işlemlerine yetkili icra dairesinde 2004 sayılı Kanunun ilgili hükümleri gereğince devam edilebilecektir.

Teklifle, kanun kapsamındaki alacakların haciz safhasına kadar olan takip işlemlerinin elektronik ortamda yapılması zorunluluğu getirilmekte; icra dairelerinin iş yükünün azaltılması, takip işlemlerinin daha az emek ve mesaiyle daha ucuz ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesi amaçlanmaktadır.

Öte yandan 15 Mart 2018 tarihinde yürürlüğe giren 7101 sayılı Kanunla, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun konkordatoya ilişkin hükümleri revize edilmiştir. Yaklaşık sekiz aylık uygulamanın takibi neticesinde ortaya çıkan bazı sorunların çözümüne yönelik de düzenlemeler yapılmaktadır. Bu kapsamda Teklifte konkordato talebine eklenecek belgeler arasındaki finansal analiz raporu, güvence veren denetim raporu olarak değiştirilmekte ve bu raporu hazırlayacak bağımsız denetim kuruluşları ile raporun standardı konusunda uygulamada yaşanan sorunları çözecek mahiyette düzenlemeler yapılmaktadır. Yine uygulamada konkordato komiserinin görevlendirilme metodundan kaynaklı sorunların çözümü amacıyla ilgili maddelerde değişiklik öngörülmektedir...

Adalet Komisyonu Raporu

Müzakereler esnasında Teklife ilişkin genel olarak aşağıdaki eleştiriler dile getirilmiştir:

Kanun Teklifi, başlığına bakıldığında abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takibin başlatılması usulüne ilişkin bir kod kanun olduğu izlenimi vermekteyse de, gerçekte arabuluculuk ve diğer birçok mevzuatta değişiklik öngören bir torba yasa düzenlemesidir ve bu yöntem açıkça kanun yapım tekniğine aykırılık teşkil etmektedir. Diğer yandan toplumun geniş kesimini ilgilendiren düzenlemeye ilişkin tüm paydaşların görüşlerinin alınmasına ve yeterli süre incelenmesine imkân tanınmaması düzenleme kalitesi bakımından ciddi bir eksiklidir.

İcra dairelerindeki iş yükü ve konkordato müessesesi ile ilgili olarak yaşanan sorunların temel kaynağının ekonomik problemler olduğu göz ardı edilerek, problemlerin özüne inmeden sunulan geçici çözüm önerileri, geçmişte olduğu gibi bugün de sorunlara kalıcı çözümler getirmeyecektir.

Birbirinden farkı olmayan alacak türleri bakımından ayrıma gidilerek bazı alacak türleri bakımından ilamsız takipleri farklı yöntem ve harç rejimine tabi tutmak, diğer yandan aynı tür alacaklarda dahi farklılaşmaya giderek hiçbir konuda vekil ile temsil zorunluluğu bulunmasına rağmen, getirilen imtiyazlardan yararlanmayı vekil ile temsil şartına bağlamak, açıkça eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Eğer abonelik sözleşmelerine ilişkin takiplerin haciz aşamasına kadar Merkezî Takip Sistemi aracılığıyla yapılması icra dairelerinin iş yükünü azaltacak ve belli kolaylıklar sağlayacaksa, diğer alacak türleri de bu kapsama dâhil edilmelidir.

Ödeme emirlerinin kanunen yetkili bir makamın hukukilik denetiminden geçmeden bir sistem marifetiyle şeklen kesinleşmesi, tüketicilerin haksız icra

takipleriyle karşılaşmasına neden olacaktır. Öte yandan Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre bilişim sistemleri vasıtasıyla borçlunun mal, hak veya alacaklarının sorgulanabileceğine ilişkin düzenleme, kişisel verilerin gizliliğini ve güvenliğini ortadan kaldırarak ilamsız takip yapan herkese kişisel verilerin açılması sonucunu ortaya çıkaracaktır.

Merkezî Takip Sistemi üzerinden yapılacak takiplerde, takip konusu belgenin dayanağı borçluya tebliğ edilmelidir. Aksi takdirde, günümüzde tüketicilerin çok sayıda fatura ile karşı karşıya olduğu bir ortamda, tüketicilerin sadece belge tarihi ve numarasıyla borcun varlığı konusunda bilgi sahibi olamayacaklarından, uygulamada inkâr tazminatlarıyla karşı karşıya kalacaklardır...

Düzenleme ile Sermaye Piyasası Kurulunun bağımsız denetim kuruluşu belirleme yetkisinin kaldırılarak konkordato ön projesine dayanak teşkil edecek denetim raporlarını hazırlayacak olan kuruluşların sadece Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca belirlenmesine yönelik düzenleme, Sermaye Piyasası Kurulunun sermaye piyasalarının güvenilir işlemlerinden ve yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunmasından sorumlu olduğu dikkate alındığında yerinde değildir.

Finansal analiz raporundan denetim raporuna geçiş yerinde olsa da Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca kamu yararını ilgilendiren kuruluşların denetimi için yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşlarının çok az sayıda ilde bulunması nedeniyle gelecekte Teklifte getirilen düzenleme, denetim müessesesinin belli kuruluşların tekeline girmesine neden olacaktır. Bu nedenle, aynı denetim koşullarına tabi bağımsız denetim kuruluşları bakımından mevcut olan denetim yetkilerinde bir daraltmaya gidilmemelidir.

Teklifin lehinde ise genel itibarıyla aşağıdaki görüşler ifade edilmiştir:

Nüfus artışı ve ekonomik büyüme, icra dairelerine iş sayısında artış şeklinde yansımış, bu durum gerek fiziki gerekse de elektronik alt yapıda yapılan birçok iyileştirmelere rağmen şikâyetlere ve icra dairelerinde olumsuz görüntülere neden olmuştur. İcra dairelerindeki iş yükünün önemli bir kısmını ise abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan takipler oluşturmaktadır. Getirilen düzenlemeyle abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin ilamsız icra takipleri, icra dairesine gelinmesine gerek duyulmadan, oluşturulacak olan Merkezî Takip Sistemi aracılığıyla elektronik ortamda yapılacaktır. Sonuçta, getirilen elektronik takip usulü sayesinde icra dairelerine gitmeye gerek kalmaksızın işlemler basit ve hızlı bir şekilde yapılacak, kamu giderleri ve ödenmesi gereken harç kalemleri azalacak, ödeme emrinin hazırlanması, tebligatının yapılması ve dosyaların muhafazası gibi çok sayıda işlem icra dairelerinde yapılmayacak, neticesinde icra dairelerinde oluşan olumsuz görüntüler önemli oranda ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla düzenleme, toplumun büyük kesimini ilgilendiren bir alanda tüm taraflar için birçok kolaylığı bünyesinde barındırmaktadır.

Alacaklı, ancak takip kesinleştikten sonra Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden borçlunun mal, hak veya alacağının olup olmadığını sorgulayabilecektir. Tanınan bu hakkın kötüye kullanılmaması ve kişisel verilerin korunması için sorgulama sonucunda borçlunun malvarlığının detayı hakkında bilgi verilmeyecek, verilen bilgi sadece mal, hak veya alacağın olup olmadığıyla sınırlı olacaktır. Dolayısıyla iddia edildiği gibi kişisel verilerin herkese açılması veya gizliliğinin ihlal edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

Merkezî Takip Sistemi aracılığıyla düzenlenecek olan takip talebinde takibin dayanağını oluşturan belgelerin tarih ve sayısı ile alacağın son ödeme tarihine yer verilecek, bilgilerin herhangi birinin sisteme girilmemesi durumunda ödeme emrinin oluşturulması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, zaten alacağı dayanak teşkil eden belge, borçluda öncesinden bulunmaktadır. Ödeme emri tebliğ edilirken borca ilişkin bilgilerin yanında borçlunun takibin dayanağı olan belgenin aslını da görebileceği bir internet adresi linki de yer alacaktır. Diğer yandan ilamsız takiplere belge ekleme zorunluluğu olmadığı gibi borçlunun da her zaman ödeme emrine itiraz etme hakkı bulunmaktadır...

Kısa süre önce yürürlüğe konulan konkordato hükümleriyle konkordato talebinde bulunacak borçlu, malî durumunu bağımsız bir denetçi raporuyla belgelendirerek mahkemeye sunmakta ve akabinde hemen borçlu lehine alacaklıların icra takiplerinden korunması amacıyla geçici mühlet kararı verilmektedir. Dolayısıyla bağımsız denetim kuruluşlarından alınan ön raporun sıhhati, gerçekçi bir geçici mühlet kararı verilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır. Ancak geçen süre zarfında, konkordatoya başvuru öncesinde alınan finansal analiz raporlarının gerçeği yansıtmadığı, bazı borçluların, temel amacı borçların ödenmesi olan konkordato müessesesini alacaklıları zarar uğratmak amacıyla kötüye kullandıkları gözlemlenmiştir. Getirilen düzenlemeyle hak eden borçluların geçici mühlet kararı alabilmesi amacıyla raporun yetkinliği artırılmakta, kamu yararını ilgilendiren kuruluşların denetimi için yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşları tarafından makul güvence veren ve Türkiye Denetim Standartlarına göre hazırlanan bir denetim raporunun hazırlanması öngörülmektedir. Öte yandan, denetim kuruluşlarının faaliyetlerinin 660 sayılı Kanun Hükümünde Kararname kapsamında denetleneceği ve konkordato komiseri olabilmek için eğitim alınmasının zorunlu hâle getirildiği de düşünüldüğünde, Teklifte getirilen düzenlemeler ticari hayatın daha sağlıklı şekilde yürümesine katkı sağlayacaktır... ”.

Böylece, değişiklik fırtınalarıyla dolu 2018 yılı bitmiş ve 2019 yılına yine bir değişikliklerle girilmiştir: “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair” 20/02/2019 kabul tarihli ve 7165 sayılı Kanun. Ama bu değişiklik, daha ziyade 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunundaki bazı parasal eşiklere ilişkin mütevazı bir değişiklik olmuştur

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında” 22/07/2020 kabul tarihli ve 7251 sayılı Kanun, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 8/a, 78 ve 258 maddelerinde bazı değişiklikler yapmıştır.

2020 yılı böylece “sakin bir yıl olmuş ve 2021 yılına gelinmiştir. 2021 yılında önce “İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair” 09/06/2021 kabul tarihli ve 7327 sayılı Kanun vazedilmiştir. Hangi ihtiyaçla bu Kanunun vazedildiği hakkında Genel Gerekeç’de şu açıklama yapılmıştır:

“GENEL GEREKÇE

15 Mart 2018 tarihinde yürürlüğe giren 7101 sayılı Kanunla, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun konkordatoya ilişkin hükümleri revize edilmiştir. Teklifte, üç yıllık uygulamanın takibi sonucunda tespit edilen bazı sorunların çözümüne yönelik düzenlemeler yapılmaktadır. Bu kapsamda kesin mühletin borçlu, rehinli alacaklılar ve sözleşmeler bakımından sonuçları, konkordatonun tasdik edilmemesi ve borçlunun iflasına ilişkin hükümlerde değişiklikler yapılmaktadır. Düzenlemelerle, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin azami derecede korunması ilkesi esas alınarak konkordato kurumunun daha işlevsel hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Öte yandan Teklifte, iflas tasfiyesinin daha etkin bir şekilde yürütülebilmesine yönelik bazı düzenlemeler de yapılmaktadır. Buna göre iflas tasfiye sürecinde görev alan ve iflas organlarından biri olan iflas idare memurlarının nitelikleri artırılmakta ve bunlara yönelik atama, eğitim ve denetim sistemi getirilmektedir. Ayrıca değişiklikle, iflas aşaması bakımından ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve hakları bünyesinde bulunduran işletmelerin bir bütün olarak satılacağı açıkça düzenlenmektedir. Böylece işletmenin devamlılığı ve ekonomiye olan katkısının gözetileceği bu tür satışlarda, hem modern tasfiye hukuku prensiplerine uygunluk hem de belirtilen sosyal ve ekonomik amaç gerçekleştirilmiş olacaktır...”.

Adalet Komisyonu Raporunda konu hakkında ilginç açıklamalar bulunmaktadır:

“Adalet Komisyonu Raporu

Müzakereler esnasında Teklifin lehinde genel olarak aşağıdaki görüşler ifade edilmiştir:

2003 yılından kaldırıldığı 2018 yılına kadar iflas erteleme müessesesi, kötü bir şekilde uygulanmıştır. İflas ertelemeye alacaklılar sürece müdahale edememekte ve uzun süren iflas erteleme süreci, kötü niyetli kullanımlara açık bir hâldeydi. Sonrasında konkordato hükümlerinin düzenlenmesine yönelik olarak, bilim kurulu ve bürokratlardan oluşan bir heyet tarafından Kıta Avrupası, Amerikan Hukuku gibi dünyada şirketlerin yeniden yapılandırılmasına ilişkin hangi mekanizmaların var olduğu detaylı bir şekilde incelenmiştir. Yapılan çalışmalar neticesinde iflas erteleme kurumu nedeniyle tercih edilmeyen konkordato kurumunun revize edilmesine yönelik düzenleme 2018 yılında kanunlaşmıştır. Geçen süre içerisinde, konkordato müessesesine ilişkin zamanında yapılan değişiklikler neticesinde, çok sayıda çalışanı istihdam eden şirketler borçlarını yapılandırmak suretiyle bu süreçten başarıyla çıkmışlar, iflas etmekten kurtulmuşlardır. Şu an şirketlerin iflasının önünde, yeniden yapılandırılmalarına ilişkin tek mekanizma, konkordatodur. Bu nedenle getirilen düzenlemedeki hükümler, üç yıllık süre zarfında konkordato kurumunu daha işlevsel hâle getirmek amacıyla uygulama neticesinde ortaya çıkan aksaklıkların ve tereddütlerin giderilmesine yöneliktir.

İflas idare memurlarının niteliklerinin artırılması amacıyla konkordato komiserlerinde olduğu gibi iflas idare memuru olarak seçilebilmek için belirlenen eğitimin alınması ve bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan listeye

kayıt olunması zorunlu kılınmaktadır. Getirilen müessesesyle iflas idare memuru olmak isteyenler, işi nasıl yürütmeleri gerektiği, sorumluluklarının neler olduğuna ilişkin en baştan bilgi sahibi olacaklardır. İflas idare memurlarının kendilerine verilen görevleri gerektiği gibi yapabilmeleri noktasında sıkıntı yaşanmaması ve tasfiye sürecinin hızlı bir şekilde bitirilmesi amacıyla da iflas idare memurları eş zamanlı olarak en fazla beş dosyada görev alabileceklerdir. Böylelikle iflas idare memurlarının niteliklerinin artırılması ve tasfiye sürecinin daha etkin ve hızlı yürütülmesi planlanmaktadır.

Modern hukuk sistemlerinde zor duruma düşmüş şirketlere destek olanların diğer alacaklılara göre öncelikli olması ön plana çıkmaktadır. Düzenlemedeki kurgu da, konkordato sürecinde olduğu bilindiği hâlde, zor durumda olan şirketlere destek olanların korunmasına yöneliktir. İşçi alacakları ise düzenlemede yer alan ‘geçici mühlet kararından sonra komiserin izniyle akdedilmiş borçlar’ kapsamına, komiserin açık veya örtülü onayıyla girebilecektir. Dolayısıyla geçici mühletten sonra iş akitleri sona erdirilmeyen işçilerin alacakları bu kapsamda değerlendirilecek ve öncelikli olarak alacaklarını alabileceklerdir. İşçiler bakımından herhangi bir hak kaybı söz konusu olmayacaktır...”

2021 yılında vazedilen ikinci değişiklik kanunu, “İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında” 24/11/2021 kabul tarihli ve 7343 sayılı kanundur. Bu kanun, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda son derece önemli değişiklikler yapmış; Kanunun klasikleşmiş ve değiştirilmesi belki de hiç düşünülemez olan kavram ve kurumlarını bir kenara iterek özellikle icra hukukunu adeta yeniden şekillendirmiştir. Teklife ilişkin Genel Gerekçe ve Adalet Komisyonu Gerekçesinin bu önemli Kanuna bütüncül yaklaşımı şöyledir:

“Genel Gerekçe

İcra ve İflas Kanununa göre icra ve iflas dairelerince yapılan işlemler UYAP kullanılmak suretiyle elektronik ortamda gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede elektronik ortamda; takip işlemleri başlatılmakta, her türlü veri, bilgi, belge ve karar işlenmekte, kaydedilmekte ve saklanmakta, borçlunun mal, hak ve alacağı sorgulanmakta ve haczedilmekte, mahcuz malın satışı için açık artırmaya başlanmakta ve teklif verilmektedir.

Bilindiği gibi mahcuz malın satışı için açık artırma işlemleri, elektronik ortamda teklif verme suretiyle başlatılmakta ise de ihaleler fiziki ortamda, bir başka ifadeyle mezar salonlarında yapılan açık artırımla tamamlanmaktadır. İcra ve iflas işlemlerinin önemli bir kısmının elektronik ortamda yapıldığı dikkate alındığında, açık artırma işlemlerinin de ‘tamamen elektronik ortamda yapılması’ bu alana ilişkin kamu hizmetinin daha etkin bir şekilde verilmesine katkı sağlayacaktır. Teklife İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca, açık artırmaların fiziki ortamda tamamlanması usulünden vazgeçilerek, mezar salonlarında yapılan bölümü de dâhil olmak üzere bütünüyle elektronik ortamda gerçekleştirilmesi sağlanacaktır.

İcra satışlarının tamamen elektronik ortamda yapılması neticesinde; açık artırmalara internete erişim olan her yerden çok daha fazla kişi katılabilecek, isteyen herkes açık artırmada kolay bir şekilde teklif verebilecek, mezar

salonlarına gelme ve oradaki teklifleri takip etme ihtiyacı ortadan kalkacak ve böylece mahcuz mal veya hak rayiç değerinde satılabilecektir. Bu şekilde alacaklı ve borçlu menfaati en üst seviyede korunmuş olacaktır.

Teklifle ayrıca cebri icra sisteminin etkinliğinin artırılması amacıyla önemli başka değişiklikler de yapılmaktadır. Bu kapsamda; sicile kayıtlı taşınır ve taşınmaz malların kıymet takdirine ilişkin esaslar yeniden belirlenmekte, haczedilen taşınır malların satış isteme süreleri taşınmazlarda olduğu gibi bir yıl olarak kabul edilmekte ve hacizli malların kıymet takdiri ile satış giderlerinin tarifeyle belirlenmesi hüküm altına alınmaktadır.

Ayrıca hacizli malların en az masraf ve en yüksek bedelle satışını sağlamak amacıyla, satış talebiyle birlikte tarifeyle belirlenecek giderin ödenmesinin zorunlu olacağı ve giderin yatırılmaması halinde satış talebinin vaki olmamış sayılacağı açıkça hüküm altına alınmaktadır. Böylece satış yapılmaksızın malın uzun süre hacizli kalmasına ve alacaklı ile borçlu arasında gözetilmese gereken menfaatin zedelenmesine neden olan bir uygulamaya da son verilmiş olacaktır. Mahcuz malın uzun süre muhafaza altında kalması, malın kıymetinin düşmesine, yediemin ücretinin artmasına ve böylece alacaklı ve borçlunun zarara uğramasına neden olmaktadır. Öte yandan hacizli malın uzun süre atıl bir vaziyette kalması, malın yıpranmasına ve ülke ekonomisinin zarar görmesine de sebebiyet vermektedir.

Özellikle motorlu kara araçları bakımından muhafaza, kıymet takdiri ve satış talebinin birlikte yapılması zorunlu hale getirilerek araçların en kısa süre içinde ve değerinde satılması sağlanacaktır. Sonuçta araçların yedieminlerde kalma süresi kısılacak, değer kaybetmesi önlenecek ve yediemin masraflarının artması engellenmiş olacaktır.

Yine Teklifte cebri icra sisteminde ilk defa kabul edilen usule göre borçluya, haczedilen malını rızaen satma imkânı verilmektedir.

Ayrıca ihale uygulamasında yaşanan ve özellikle takibin tarafları ile ihale alıcısını mağdur eden birtakım sorunlara çözüm bulmak amacıyla ihalenin feshini talep etmeye ilişkin usul ve esaslarda değişiklik yapılmaktadır.

Teklifle yapılan önemli bir değişiklik ise çocuk teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkindir.

Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararları, yükümlüsü tarafından rızaen yerine getirilmediği takdirde, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 25, 25/a ve 25/b maddelerine göre icra dairesi tarafından zorla yerine getirilmektedir. Özellikle kişisel ilişki kurulmasına dair kararların icra dairelerince zorla yerine getirilmesi, bir yandan çocuğun üstün yararına riayet edilmediği yönünde şikâyetlere neden olurken diğer yandan bu süreçte hak sahibini mali külfet altında bıraktığı eleştirilerine sebep olmaktadır. Mali külfet, ekonomik imkânı kısıtlı olan anne veya babalar bakımından çocuğunu görememesi nedeniyle annelik veya babalık duygusunun tatminini engellemekte; çocuk bakımından ise ruhsal ve bedensel gelişim sürecinde anne veya babasının sevgi ve şefkatini yeterince hissedememesine yol açabilmektedir.

Mevcut sistemde çocukla kişisel ilişki kurulması süreci eşler ve hatta aileleri arasında başkaca yeni ihtilafların doğmasına da sebebiyet verebilmektedir. Teklifte, söz konusu ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi sürecinde yaşanan bu ve benzeri şikâyetlerin giderilmesi amaçlanmaktadır.

Kanun Teklifiyle, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararlarının icrası, icra sistemi dışına çıkarılarak yeniden düzenlenmektedir. Değişiklikle, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin işlemlerin, Adalet Bakanlığı bünyesinde faaliyet gösteren adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince ve taraflara mali bir külfet yüklenmeksizin yerine getirilmesi kabul edilmektedir. Bu kapsamda, ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar, mahkemeler ile adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerinin görev ve yetkileri, tarafların hak ve yükümlülükleri, teslimine ilişkin emre muhalefet nedeniyle disiplin hapsine ve diğer hususlara yönelik hükümler sevk edilmektedir...

Adalet Komisyonu Raporu

...Teklif, Yargı Reformu Strateji Belgesi ve İnsan Hakları Eylem Planı çerçevesinde hayata geçirilen reform niteliğinde düzenlemelerin devamı niteliğindedir ve önemli değişiklikleri ihtiva etmektedir. İki ana başlıkta ele alınabilecek olan Teklife ilişkin, ilk başlıkta, İcra ve İflas Kanununda yapılan değişikliklerle borçlu ve alacaklı arasındaki hassas menfaat dengesi gözetilerek, sürecin daha hızlı ve sağlıklı yürütülmesi amacıyla fiziki satış usulü kaldırılarak elektronik satış usulü getirilmekte, mezat salonlarında yapılan satışlar ve uygulamada yaşanan birtakım sorunlar ortadan kaldırılmaktadır. Bu sayede internete erişimin olduğu her yerden açık artırmalara çok daha fazla kişi katılabilecek, daha kolay ve güvenli bir şekilde teklifler verilebilecektir. Böylece mezat salonlarına geliş gidiş gibi zahmetler de ortadan kaldırılacak ve de mahcuz mal veya hak, rayiç değerinde satılabilme imkânına kavuşacaktır. İcra dairelerinin düzenli, uyumlu ve verimli bir şekilde çalışmasını temin amacıyla iş yoğunluğunun veya personel sayısının fazla olduğu icra dairelerinde Adalet Bakanlığı tarafından icra müdür ve müdür yardımcıları arasından icra müdürünün yetkilerine haiz bir icra başmüdürü görevlendirilebilecek, yine iş yoğunluğunun veya icra dairelerinin fazla olduğu illerde, icra dairelerinin gözetim ve denetimini yapmak amacıyla icra daireleri başkanlığı kurulabilecektir. Öte yandan diğer getirilen hükümlerle, borçlunun mali külfetinin azaltılması, paraya çevirme işlemlerinin daha hızlı bir şekilde yapılması ve hacizli malın rayiç değeriyle satılabilmesi, ihale uygulamasında takibin tarafları ve ihale alıcısını zarara uğratan sorunlara çözüm bulunması amaçlanmaktadır. İkinci başlıkta ise İnsan Hakları Eylem Planında yer alan kırılgan kesimlerin korunması ve toplumsal refahın güçlendirilmesi amacı doğrultusunda 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda değişiklikler yapılmakta, çocuk teslimiyle ilgili uygulamada yaşanan sorunlara, çocukların fiziksel ve ruhsal gelişimlerinin desteklenmesi amacıyla çözüm önerileri getirilmektedir.

İcra ve İflas Kanununa ilişkin bütüncül bir bakış açısıyla yapılan çalışmalar, Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturan 35 üyeden oluşan bir bilim kurulu ile devam etmektedir. Yargıtay üyelerinin, bölge adliye mahkemelerinin, ilk derece hâkimlerin, akademisyenlerin, avukatların, icra müdürlerinin

uygulamaya yönelik görüşleri bu manada mevcuttur. Aciliyet oluşturan konular bakımından düzenleme getirilmiştir... ”¹⁵.

2021 yılındaki hayati müdahalelerden sonra 2022 yılı, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu yönünden nispeten rahat bir yıl olmuş ve sadece bir tek –ve o da dar kapsamlı- kanun değişikliği söz konusu olmuştur:”*Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair*” 13/10/2022 kabul tarihli ve 7418 sayılı Kanun.

Böylece 2023 yılına gelinmiştir. 2023 yılı da temel kavramlar düzeyinde –az sayıda, ama önemli- değişikliklere sahne olmuştur. Nitekim, “*İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair*” 28/03/2023 kabul tarihli ve 7445 sayılı Kanun, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa konutta haczi düzenleyen 79/a, muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiyesini düzenleyen 88/a ile Geçici Madde 19 ve Geçici Madde 20’yi eklemiş; Kanununun 82 ve 85.maddelerinde değişiklik yapmıştır. Bu değişiklik Kanununun Genel Gerekçesinin ve Adalet Komisyonu Raporunun icra ve iflas hakukuna ilişkin bölümleri şöyledir:

“GENEL GEREKÇE

Teklifle, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda yapılan düzenlemeyle, konut olarak kullanılan yerde haciz yapılması icra mahkemesinin kararına bağlanmaktadır. Buna göre hükümlerle, kişilerin temel insani ihtiyaçlarından olan barınma hakkının vücut bulduğu ve özel hayatının idame ettirdiği en önemli mahrem mekânlardan biri olan konutta haciz yapılması özel usule tabi tutulmakta ve böylece konut mahremiyetinin güçlendirilmesi sağlanmaktadır.

Öte yandan, haczi caiz olmayan mallar ve hakları düzenleyen maddede düzenleme yapılarak, aile bireylerine ait kişisel eşyalar ile ailenin ortak kullanımına hizmet eden tüm ev eşyasının haczi yasaklanmaktadır. Bu suretle kişilerin, asgari yaşam standardı korunarak insan onuruna yakışır bir şekilde hayatlarını idame ettirebilmeleri koruma altına alınmaktadır.

Teklifle, borçlunun taşınır ve taşınmaz mallarının, alacaklının ferileri dâhil bütün alacak miktarını aşacak şekilde haczedilmesi yasaklanmaktadır. Bu şekilde bir dosya alacağı sebebiyle borçlunun, tüm mal varlığının veya mal varlığının önemli bir kısmının taşkın haciz yoluyla haczedilerek mülkiyet hakkının ihlal edilmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır...

¹⁵ Adalet Komisyonunda Teklif aleyhinde birçok eleştiri yapıldığını da burada belirtmek gerekir. Bu eleştiriler için “08/11/2021 tarih ve Esas No: 2/3911, Karar No: 17 sayılı” Adalet Komisyonu Raporu incelenebilir.

Adalet Komisyonu Raporu

Konutlarda yapılacak hacizlerde; icra müdürünün verdiği haciz kararının, 'hâkim onayından geçtikten sonra' yerine getirilebilmesi sağlanmaktadır.

Aile bireylerine ait kişisel eşyalar ile ailenin ortak kullanımına matuf tüm ev eşyaları, haczi caiz olmayan mallar arasına alınmaktadır.

Taşkın haciz yapılması açıkça yasaklanmaktadır.

Üzerindeki haciz kalktığı halde yediemin depolarında bulunan malların daha etkin bir şekilde tasfiyesi için düzenlemeler yapılmaktadır...

Teklifin tümü üzerinde aleyhte söz alan milletvekilleri özetle;

Konut haczinin hâkim iznine bağlanmasının konutta haczi imkânsız hale getireceği, düzenlemenin icra dairelerinin ve icra mahkemelerin iş yükünü arttıracacağı, borçluya alacaklıdan mal kaçırmak için zaman kazandıracacağı, alacaklı taraf ve taraf vekili bakımından da alacağına zamanında kavuşamama tehlikesini barındırdığı, düzenlemenin alacaklı ve borçlu açısından hak ve menfaat dengesinin alacaklı aleyhine bozacağı,

Alacak miktarını aşacak şekilde haciz yapılmasının (taşkın haciz) yasaklanmasının haczin amacını ve kapsamını daraltacağı, icra müdürünün takdir yetkisini kısıtlayacağı, hacizli malın ekonomik değerinin altında satılacağı gerçeği ışığında alacaklının tam anlamıyla alacağına kavuşamaması tehlikesini doğuracağı,...

Teklifin geneli üzerinde yapılan müzakerelerde lehte söz alan milletvekilleri tarafından özetle;...

Taşkın haciz yasağından murat edilen asıl çerçevenin borçlunun mevduat hacizlerine yönelik olduğu, çok küçük bir alacak için borçlunun bankalardaki birçok hesabına haciz işlemlerinin yapıldığı ve mağduriyetlere sebebiyet verildiği, yine haciz mahallinde borçlu aleyhine oluşabilecek suiistimallerin önüne geçilmesinin bu düzenleme ile amaçlandığı,...

şeklinde görüşler ifade edilmiştir..."

İcra ve İflas Kanunu, tıpkı Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi temel bir kanundur. Bu nedenle, İcra ve İflas Kanununda değişiklik yapmadan önce bu değişiklik düşüncesinin ilgili çevreler nezdinde iyice tartışılmasını sağlamak gerekir. Aksi takdirde, yapılan değişikliğin Kanunun diğer hükümlerindeki muhtemel yansımalarının neler olabileceği önceden çalışılıp değerlendirilmediği için, ortaya olumsuz sonuçlar çıkabilir ve birbirine eklene eklene kartopu gibi büyüyen düzeltme amaçlı değişikliklerin önü alınamaz.

İcra ve İflas Kanunu ekonomik şartlar ve gelişmelerle yakından ilgilidir. Nitekim ülkemizde yapılan değişikliklere bakıldığında, 1932 yılında (yeni) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun kabulünün 1929 buhranı bütün şiddetiyle hüküm sürerken, 1940 değişikliğinin İkinci Dünya Savaşı cereyan ederken, 1965 değişikliğinin ülke ekonomisinde 1958 yılında başlayan ekonomik kriz süregelirken, 1980 yılından sonraki değişikliklerin özellikle 1985 ve 1988 değişikliklerinin 1980'li yıllardan itibaren geliştirilmeye çalışılan yeni ekonomik model etkili olurken,

2003 değişikliğinin 2000-2001 krizinin baskıları devam ederken vs. vuku bulduğu görülebilir¹⁶. Kaynak İsviçre’de de 1 Ocak 1892 tarihinde yürürlüğe giren Borç İçin Takip ve İflas Hakkındaki Federal Kanun (sayı olarak) en fazla değişikliğe uğrayan kanun olmuş; yürürlüğe girdikten sonra Kanunda, tek madde bazında veya kapsamlı revizyon olarak otuz sekiz kez (!) değişiklik yapılmıştır (4 Eylül 1932 tarihinde yürürlüğe giren 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu bakımından bu sayı şimdilik otuz dokuzdur).

Bir ölçüde anlayışla karşılanabilen bu değişiklikler yapılırken, Kanunun temel felsefe ve ilkelerine uygun düşmeye, çağdaş bir icra ve iflas hukukunun teorik gerekleriyle çatışmamaya, alacaklı ve borçlu arasındaki hassas dengeyi korumaya (bozmamaya), örneğın tüm alacaklıları veya tüm borçluları kötü niyetli saymamaya dikkat edilmesi gerekir¹⁷ ki, ülkemizde bu gereğe her zaman uyulduğu maalesef pek söylenemez.

Şu aşamada 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda yeni bir değişiklik yapılmasına ilişkin bir eğilim –bildiğimiz kadarıyla- bulunmamaktadır. Bunun bir nedeni de herhalde, artık paramparça olmuş, zaman içinde bütün üst ilkeleri tahribata uğramış, bütünlüğü kaybolmuş, sistematığı bozulmuş olan 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda dokunulacak bir hükmün pek kalmamış olmasıdır. Öte yandan, değişiklik eğilimini önleyen bir diğer neden de hiç kuşkusuz, Bilim Komisyonunun yeni bir kanun yapma çalışmalarını bitirmiş ve *Cebri İcra Kanunu Taslağı*’nı Adalet Bakanlığına sunmuş bulunmasıdır.

Her şeye rağmen 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, şimdiye kadar, kendisine yüklenen misyonu, doksan bir yıldır, iyi veya kötü yerine getirmeye çalışmıştır. Unutmamak gerekir ki, birlikte yola çıktığı Türk Kanunu Medenisi (1926), Ticaret Kanunu (1926), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (1927) hep ömürlerini tamamlamış, yerlerini yeni kanunlar almıştır.2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ise maruz kaldığı bütün darbelere ve içinde bulunduğu büyük yorgunluğa rağmen halen dahi direnmektedir.Bu durum, 1929 ve 1932 yıllarında yapılan tercihlerin hiç de ileri sürüldüğü kadar kötü olmadığının bir göstergesi değil midir?.

¹⁶ Üstündağ, s.10-11, s.28-29.

¹⁷ Üstündağ, s.11.

1926 TARİHLİ 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNUN HAZIRLANIŞI

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK*

GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğu zamanında, Tanzimat ve İkinci Meşrutiyet devrinde bazı sahalarda çıkarılan laik kanunların mevcudiyetine rağmen hukuk sistemimiz geniş ölçüde İslam hukukunun hakimiyeti altında bulunmakta idi. Milli mücadele sona erdikten ve cumhuriyet kurulduktan sonra dinî hukuk sisteminin terk edilip yerine laik hukuk sisteminin kabulü yolunda hareketlere girişildi. İktibas suretiyle kabul edilen kanunlar, ülkedeki şerî düzen ve kurumlara son verdi. Biz de burada, ceza hukuku alanının dinî tesirlerinden arınmış bir düzene geçmesine yol açan ve bu suretle ceza hukukumuzun yeni bir devreye girmesini mümkün kılan 1926 tarihli Türk Ceza Kanununun hazırlanışından bahsedeceğiz.

I. CUMHURİYET ÖNCESİ DÖNEM

1926 tarihli Türk Ceza Kanunundan önce yürürlükte olan kanunumuz, 1810 Fransız Ceza Kanununu hemen hemen aynen tercüme etmek suretiyle vücuda getirilen 27 Zilhicce 1274 (9 Ağustos 1858) tarihli “Ceza Kanunname-i Hümayunu”¹dur. İlk defa bir batı kanunu örnek tutularak meydana getirilen bu kanun laik esaslara dayanmakta idi. Ancak kanunu yapanlar, çevrelerinin de etkisi altında kalarak kanuna dinî bazı hükümler koydukları² gibi Fransız Ceza Kanununda bulunan, örneğin birden fazla evlilik yasağını³ almamışlardır. Gerçekten 1274 tarihli

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, meartuk@medipol.edu.tr,
ORCID: 0000-0002-9308-7664

¹ Bu kanundan önce, Fatih Sultan Mehmet, Kanuni Sultan Süleyman, Sultan Dördüncü Mehmet devirlerinde suç ve cezalara ilişkin kanunlar yapıldığı gibi tanzimatın ilânını müteakip 1 Rebiülevvel 1256 (3 Mayıs 1840) “Ceza Kanunname-i Hümayûnu” ve 15 Ramazan 1267 (14 Temmuz 1851) “Kanunu Cedid” de neşrolunmuştu. Tanzimat’tan sonra çıkarılan bu kanunlar için bkz. Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989, s. 1 vd.

² Bkz. m. 1, 9, 171, 172, 177 (ilk şekil), 180 (ilk şekil), 181-183 ve 192 ilk şekil. Madde metinleri için bkz. Gökçen, s. 117 vd.

³ Fransız Ceza Kanunu m. 340; Fransız Hukukunda birden fazla evlilik hakkında geniş bilgi için bkz. R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, C. V, 3. Bası, Paris 1953 (Nouveau tirage), s. 605-625. Bu konuda ayrıca bkz. Francis Gautschi, *Die mehrfache Ehe in schweizerischen Strafrecht*, Doktora Tezi, Zürich, 1953.

Kanunun birinci maddesi “Doğrudan doğruya Hükümet aleyhine vukubulan ceraimin icrai mücazâtı Devlete ait olduğu gibi şahıs aleyhinde vukubulan ceraimin asayışı umumiyi ihlal etmesi ciheti dahi kezalik Devlete ait olduğundan, tayin ve icrası şer’an emri ulüemre ait olan ta’zirin tayini derecatını dahi işbu kanunname mütekeffil ve mutazammın olup, ancak herhalde şer’an muayyen olan hukuki şahsiyeye hâlel gelmeyecektir.” demekle, şeriata aykırı olmayıp, “şer’an ulüemre ait olan ta’zirin derecatını” göstermek için düzenlendiğini ve “...ancak herhalde şer’an muayyen olan hukuki şahsiyeye hâlel gelmeyeceğini” yani kısas ve diyet gibi müeyyidelerin uygulanmasının şeriye mahkemelerinden istenebileceğini açıklamıştır. Birinci maddede yer alan “hukuki şahsiye” kavramından anlaşılması gereken adam öldürme ve müessir fiil suçlarında mağdurun veya mirasçılarının şeriat esaslarına göre kısas ve diyet isteme hakkıdır. Böylece laik hukuk sisteminden iktibas edilen yeni ceza kanunu şer’i hükümleri ilga etmiyor, aksine katil ve müessir fiil suçları hakkında şer’i hükümlerin de tatbik edileceğini bildiriyordu⁴. Gerçekten Kanunnamei Hümayun’un 171. maddesi “Hükmü kanuni hukuki şahsiyeyi iskat edemeyeceğinden maktulün veresei var ise, onların iddiaları üzerine hukuki şahsiye davası muhakemesi şer’iyyeye havale olunur.” demek suretiyle kısas için şer’iye mahkemesine başvurmaya maktulün mirasçılarının hakkı olduğunu belirtmişti. Uygulamada kısas veya diyete ilişkin talepler şu şekilde halledilirdi: Savcının kamu davasını açmasıyla vicdanî delil sistemini uygulayan nizamiye mahkemesi ceza kanununun hükümlerini esas alarak kararını verirdi. Nizamiye mahkemesinin verdiği hükümden sonra dosya şer’iye mahkemesine yollanır ve bu mahkeme ancak ilgililerin yani zarar görenin veya mirasçılarının isteği üzerine sorunu şer’i esaslara göre tekrar inceler ve nizamiye mahkemesinin son kararını göz önüne almadan hükmünü verirdi⁵. Zamanla uygulama, ortaya çıkabilen çelişik kararlar karşısında nasıl bir yol takip edileceği konusunda belli bir çözüm getirdi: kural olarak hangi mahkeme tarafından verilirse verilsin, iki çelişik karardan en ağır cezayı kapsayanı uygulanyordu⁶. Kısaca ceza adaletinin uygulanmasında bir ikilik hüküm sürüyordu. Gerçekten nizamiye mahkemeleri tarafından yeni kanuna göre yargılanmış bir kişinin, maktulün veresesinin talep etmesi üzerine şer’iye mahkemeleri tarafından bir de İslam Hukuku esaslarına göre muhakemesi gerekiyordu⁷. Katil ve müessir fiil suçlarıyla sınırlı kalsa dahi bir ülke

⁴ İşte bunun içindir ki C. Van den Berg, Osmanlı İmparatorluğunda yürürlükte bulunan ceza hukukunun müslüman ceza hukuku doktrini ile Fransız ceza hukukunun, milli hukukun ve keyfiliğin garip bir karışımı olduğunu belirtmekte tereddüt etmemişti. Zikreden Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, C. I, 3. Bası, Paris, 1913, s. 187 ve aynı sayfa dipnot 24.

⁵ Eric Nord, *Das türkische Strafgesetzbuch vom 28. Zilhidje 1274 (9 August 1858)* Berlin, 1912, s. 53, dipnot 3.

⁶ Nord, s. XI; ayrıca bkz. Wilhelm Jaenecke, *Die Grundprobleme des türkischen Strafrechts*, Berlin 1918, s. 13.

⁷ Belirtelim ki, her ne kadar nizamiye ve şeriye mahkemelerinin muhtemel çelişik kararlarından en ağır cezayı kapsayanı uygulama olanağı bulmakta idi ise de hükümdarın idam cezasını affetme selâhiyeti vardı. Ancak 1274

dahilinde aynı şahsa aynı zamanda farklı esaslardan kaynağını alan birbirinden tamamen ayrı iki kanunu tatbik etmenin tehlikeliliği yanında mantıksızlığı da açıktı⁸.

Cumhuriyetin ilanı sırasında da yürürlükte olan bu kanunun yerine yeni bir ceza kanunu yapma teşebbüsüne ikinci meşrutiyetten (1908) sonra rastlanılmaktadır. Gerçekten 1325 (1909) yılında Adliye Nazırı olan Necmettin Molla Bey, Yusuf Ziya (Özer) Bey'e 1889 İtalyan Ceza Kanununu Fransızcadan tercüme ettirmiş ve bu tercümenin ilgililere dağıtılması sonucu alınan görüşler çerçevesinde bir "Ceza Kanunu Layihası" meydana getirilmiştir. Meclisi Umumiye sunulmuş iken geri alınan Layihanın geri alınma sebebi, 1274 Ceza Kanunname-i Hümayununu pek geniş ölçüde değiştiren 22 Mayıs 1327 (4 Haziran 1911) tarihli Kanunun Adliye Nezaretince düzenlenen Esbabı Mucibe Layihasında şu şekilde açıklanmıştır:

"Vakia Kanunu Cezayı hâzırın külliyyen ve esaslı bir surette tebdil ve tecdidini için Nezareti âcizice sarfı mesaiden geri durulmamış ve ezcümle bazı kavanîni mükemmelei cezaîyeden istifa edilerek müstakil ve başlı başına bir kanun Layihası dahi vücuda getirilmişse de layihai mezkurenin her veçhile mükemmel ve ahval ve ihtiyacat ile müterafık olması için peyderpey tetkikatı ciddiyeye ile ıslahına ihtimam edilmekte olup, ancak ikmalî zamana mütevakkıf olduğu gibi ikmal edilip de Meclisi Alii Umumiye takdim edilse bile beş yüz maddeyi tecavüz etmesi muhtemel ve pek çok münakaşatı ilmiyeyi davet eylemesi tabii bulunan böyle mühim bir kanunun Meclisi Meb'usan ve Ayan Heyeyi Umumiyesince müzakere ve kabulü dahi senelere iftikar edeceği şüphesizdir. Halbuki kanunu hazırın noksanı günden güne kendisini izhar ve ihsas ederek vukua gelmekte bulunan birçok ceraim cezasız kalmakta ve bundan emniyet ve asayiş memleket müteessir olmakta bulunduğu gibi felsefi cezaya taallük eden bazı kavaidi âdilei nazariyenin fıkdanından nâsi ya adaleten istihkak peyda edilen cezadan fazla mücazat hükmolunmak suretiyle hukuku adlî hakkaniyet tecavüz edilmekte yahut mücazâtı kanuniyenin hiffetinden nâsi erbabi ceraim cür'etyap olarak hukuku âmme ihlâl olunmakta berdevamdır."

"Marüz-zikr lâyiha kemaliyle ıslah olunarak meclisi Umumiye takdim edilip de badelmünakaşa şekli kanunî iktisap edinceye kadar ahvali hazırının devamı caiz olmayacağından buna çaresiz olacak bazı tedabir ittihazı ehem ve elzem görülmüş ve bundan dolayı Kanunu Cezayı hazırın bazı mevaddının tay ve ihracı veya mücazâtı müterettibenin teşdidini ve bazı ilâveler tertibi suretiyle

Kanununun 172'nci maddesi "Kıyas veya idam cezalarından affolunan katil müebbeden yahut 15 seneden ekall olmamak üzere muvakkaten küreğe konulur" hükmünü taşıdığından; şer'îye mahkemesince kıyasına hükmedilmiş ve fakat nizamiye mahkemesi tarafından beraatine karar verilmiş olan şahsın kıyas cezasının affi halinde ceza kanununun 172'nci maddesi gereğince cezalandırılması gerekiyordu. Bkz. Tahir Taner, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Tanzimat, C. I, İstanbul, 1940, s. 231, dipnot 1.

⁸ Baha Kantar, Ceza Hukuku - Başlangıç, Ankara, 1937, s. 76-77.

*şimdilik ihtiyacımıza mümkün mertebe muvafık bir tarza kalbi münasip görülmüştür*⁹.

II. 1926 TARİHLİ TÜRK CEZA KANUNUNUN HAZIRLANIŞ SÜRECİ

Tamamen yeni bir ceza kanununun meydana getirilmesinin uzun yılları gerektirmesi ve yürürlükte olan 1274 kanununun noksanlarının gün geçtikçe kendini göstermesi mevcut kanunun, 1889 İtalyan Ceza Kanununun hükümleri esas alınarak¹⁰, 22 Mayıs 1327 (4 Haziran 1911) kanunu tarafından köklü bir değişikliğini sonuçlamıştır¹¹. Daha sonraki yıllarda da muhtelit değişikliklere uğrayan ve 1 Mart 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu tarafından ilga edilen Ceza Kanunnamei Hümayununun tadili yerine yeni bir ceza kanununun meydana getirilmesi hususundaki çalışmalara Birinci Dünya Savaşının bitiminden itibaren rastlanmaktadır. Gerçekten ceza kanununun yeniden düzenlenmesi ihtiyacını duyan Adliye Nezareti 1336 (1920) yılında İstinaf Reisi Evveli Arifi Bey'in başkanlığında Servet, Tahir (Taner), Sami, Bahaeddin (Kantar), Cevdet (Basman), Sadettin Ferit (Talay) ve Yorgaki Eftimyadi Beylerden oluşan bir komisyon teşkil etmiştir. İlk defa 27 Eylül 1337 tarihinde toplanan komisyon, çeşitli ülkelerin ceza kanunlarını incelemiş ve ceza kanununun zaman ve yer itibariyle yürürlüğü, suçluların iadesi, cezalar ve akıl hastalığı konularına 35 madde ayırmıştır. Komisyon 20 Kanunuevvel 1337 (1921) tarihine kadar 38 toplantı yapmış, bu tarihten sonra siyasî değişiklikler yüzünden faaliyetine devam edememiştir¹². Ancak yeni bir ceza kanunu hazırlanması çalışmalarına 1339 (1923) senesinden itibaren devam olunmuş ve söz konusu tarihte “Tâdili Kavanîn Komisyonları” adı altında altı komisyon kurulmuştur. Bu komisyonların birisi Baha (Kantar) Bey'in başkan, Asım, Nihat, Sadettin Ferit (Talay) ve Devdet Ferit (Basman) Beylerin üye oldukları “Kanunı Ceza Komisyonu”dur. 1337 tarihli komisyonun yerine geçen bu komisyon, birinci komisyonun kaldığı yerden itibaren çalışmalarına devam ederek, 57 maddeyi tamamlamış ve Adalet Bakanlığının yeniden teşkilatlanması sırasında diğer komisyonlar gibi faaliyetini durdurmuştur. “Tâdili Kavanîn Komisyonları” Mustafa Necati Bey'in Bakanlığı zamanında 19 Mayıs 1340 (1924) tarihinde yeniden faaliyete geçmişlerdir. Yine Baha Bey'in başkanlığından, Asım, Tahir (Taner), Cevdet Ferit (Basman) ve Sadettin Ferit (Talay) ve daha sonra Hulûsi ve Bahir Beylerin de katılımıyla kurulan bu üçüncü komisyon, 24 Ağustos 1340 (1924) tarihine kadar ikinci komisyonun faaliyetinin durduğu yerden başlayarak mesaisine devam

⁹ Nurullah Kunter, “Yirmibeş Cumhuriyet Yılımm Ceza Tarihçesi- Ne Bulduk, Ne Yaptık, Ne Yapmalıyız?”, İstanbul Baro Mecmuası, S. 10, 1948, s. 542-543.

¹⁰ Nord, a.g.e., s. XII.

¹¹ 1327 Kanunu, Ceza Kanunname-i Hümayununun 50 maddesini yeniden değiştirmiş, 10 maddesini ilga etmiş, 3 maddeye fıkra ilâve etmiş, 7 maddeye ek madde eklemiş ve bir maddenin de bir fıkrasını ilga etmiştir. Bkz. Kunter, s. 541.

¹² Kunter, s. 543.

etmiş, 19 maddede iştirak, içtima ve yataklık konularına ilişkin maddeleri hazırlamış ve bunların metin ve gerekçelerini Hükümete vermiştir. Komisyon daha sonraki oturumlarda çalışmasını tekerrür, itiyadi suçlular gibi konulara ayırmıştır. Bakanlığın bitirilen maddelerin bir an evvel gönderilmesini istemesi üzerine “*Ceza Kanununun ihtiva eylediği mevaddı kanuniye arasında vücudu zarurî olan âhenk ve muvazeneyi ihlâl edeceği cihetle muvafık olmadığı ve ancak Kanunun heyeti umumiyesi tanzim ve bir defa daha tetkik olunarak sureti katiyede takarrür ettirildikten sonra Meclisî Aliye sevkolunabileceği*” mütalaasında bulunan Komisyon, 15 Nisan 1341 tarihine kadar cezaların tecili konusunu da incelemiştir¹³. Komisyon Bakanlığın tasarının ne zaman tamamlanacağını sorması üzerine 2 Haziran 1341 (1925) tarihli cevabında, halen zamanaşımı konusunun tartışılmakta olduğunu ve ne kadar zaman zarfında tasarının tamamlanacağını tespitinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Tasarının bir an evvel Meclise sunulmasını isteyen Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt Eskişehir’de Mehmet İnsan (Ezgü) Bey’in başkanlığında yeni bir komisyon kurduğunu¹⁴. 12 Ağustos 1341 (1925) tarihinde çalışmaya başlayan “Eskişehir Komisyonu”, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 1325 (1909) yılında Adliye Nezareti tarafından yaptırılan tercümesini esas alarak altı aydan kısa bir müddetle ceza kanunu tasarısını hazırlamıştır¹⁵. Adalet Komisyonunun toplantısında görüşülen ve değişikliğe uğrayan tasarısı “Türk Ceza Kanunu Layihası” adıyla neşrolunmuştur (1925). İşte Türk Ceza Kanunu Layihası olarak meclise sunulan metin İtalyan Kanununun 1325 (1909) tarihli tercümesinin 1925 tarihinde değişikliklere uğramış şeklidir¹⁶. Adalet Komisyonunda epey tâdil gören metin, 1 Mart 1926 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanunlaştırılmıştır¹⁷.

¹³ Kunter, s. 544.

¹⁴ Kunter, s. 545.

¹⁵ Faruk Erem, Yasaların Dili, Cumhuriyet, 25 Mayıs 1981, sy. 20405, s. 2; Kunter, s. 545.

¹⁶ Erem, 1981, s. 2.

¹⁷ İtalyan Ceza Kanunundan iktibas edilen Türk Ceza Kanunu, 1274 Ceza Kanunnamei Hümayunundan alınan hükümlere de yer vermiştir. Riyaseti Celileye sunulan Adalet Komisyonu Raporu bu konuda şöyle demektedir: “Bu Layihanın tanziminde İtalyan Ceza Kanunu esas tutulmuş olmakla beraber umumi ahenk muhafaza edilmek şartıyla sırf memleketimize mahsus olan bazı hallerde ya eskiden mevcut ahkam ibka olunmak veya yeniden vaz olunmak suretiyle lâyihaın ikmaline çalışılmış ve usulü muhakematı cezaiyeden ve hususi ceza kanunlarımızdan umumi ceza kanununa alınması lâzım gelen bazı maddeler de buraya geçirilmiştir”. Adalet Komisyonu raporu için bkz. Faruk Erem, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Meriyet Kanunu, 2. Bası, Ankara-İstanbul, 1948, s. XI-XIV, XII.

III. DÖNEMİN CEZA KANUNLARININ HAZIRLANIŞ SÜRECİYLE MUKAYESE

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi uzun zamandan beri aralıklarla devam eden millî bir ceza kanunu meydana getirmek için yapılan çalışmalar, İtalyan Ceza Kanunu kaynak kabul edilmek suretiyle süratle hazırlanan bir metnin kanunlaşması neticesi bir sonuca ulaşmamıştır.

Millî bir ceza kanunu yapılmasına imkan vermediği ve İtalyan Kanununu kaynak olarak kabul ettiği için devrin Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt Beyi kınamamak gerekir.

Millî bir kanunun üç beş senede yapılamayacağını¹⁸ yabancı ülkelerin mevzuatlarının tetkiki de göstermektedir. Birkaç örnek vermekle yetinilecektir. İtalyan Birliğinin kurulmasından önce İtalyan Devletlerinden Sardunya ve Piemont'ta 26 Ekim 1859, Lombardiya ve Venedik'te 1852, Avusturya, Parma ve Piacenza'da 1820, Modena'da 1855, Toskana'da Mittermaier'in etkisiyle meydana gelen Baden Ceza Kanunu örnek alınarak yapılan 29 Haziran 1853, Sicilya'da 1819 Ceza Kanunları ve Vatikan'da 1832 Papalık Yönetmeliği (Regolamento Gregoriano) yürürlükte idi. İtalyan Birliğinin Victor Emanuel II ve Cavour tarafından sağlanması (1859-1870) ceza hukukunda da birliğe yol açtı. Gerçekten 1850'dan itibaren Sardunya Ceza Kanunu (kuzeyde 1859, güneyde 1861 şekliyle) Toskana haricinde bütün İtalya'da uygulanma alanı buldu. Vatikan da Sardunya Ceza Kanununun uygulanmasını 1870 yılında kabul etti. Bütün İtalya için geçerli yeni bir ceza kanununun yapılması için tasarıların hazırlanması¹⁹ 1862 tarihinden itibaren başlar. Bu tasarılarından Adalet Bakanı Zanardelli'nin ikinci tasarısı 1 Ocak 1889'dan itibaren yürürlüğe giren İtalyan Ceza Kanunu olarak kabul edildi²⁰.

Diğer bir örnek İsviçre'den verilecektir. 1889'da Federal Konsey bütün kantonlar için geçerli yeni bir İsviçre Ceza Kanunu meydana getirilmesi hususunda Bern Üniversitesi Profesörlerinden Carl Stooss'u ilmî nitelikte hazırlıklara memur etti. Çalışmalarına başlayan Stoos, İsviçre'de yürürlükte olan Kanton Ceza Kanunlarını toplayıp neşrettikten sonra (1890), metinlerden çıkarılan esasları "Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts" (İsviçre Ceza Hukukunun Vasıfları) adı altında iki cilt halinde yayınladı (1892-1893). Çok kısa bir zaman sonra Stoos, İsviçre Ceza Kanunu ön tasarısının genel kısmını (15 Ağustos 1893)

¹⁸ Kunter, s. 547.

¹⁹ 1862 Miglietti, 1864 Pisanelli, 1864 Mancini, 1868 De Filippğ, 1870 Pironti, 1873 De Falco, 1874 Vigliani, 1876-1878 Mancini, 1883 Zanardelli, 1883 Savelli, 1885 Pessina, 1866 Tajani, 1887 Zanardelli tasarıları, bkz. Robert v. Hippel, Deutsches Strafrecht, C. I, Allgemeine Grundlagen, Berlin, 1925, s. 405 dipnot 4.

²⁰ Adalet Bakanı Zanardelli tarafından parlamentoya getirildiğinden Zanardelli Kanunu olarak anılan 1889 İtalyan Ceza Kanununun meydana gelişi hakkında bkz. Franz v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Bası, Berlin ve Leipzig, 1927, s. 104; Robert v. Hippel, a.g.e., C. I, s. 403 vd.; Code pénal d'Italie, 30 juin 1889 (Traduit, annoté et précédé d'une introduction par Jules Lacoïnta) Paris MDCCCXC, s. XX vd; ayrıca bkz. Garraud, a.g.e., C. I, s.187-188 dipnot 26.

ve gerekçesini (Eylül 1893) neşretti. 1 Ağustos 1894'te ön tasarının tamamlanmış şekli (genel kısım-özel kısım) gerekçeyle birlikte teslim edildi. Ön tasarının incelenmesine Federal Adalet Bakanlığı tarafından memur edilen 19 kişilik uzmanlar komisyonu (birinci komisyon) tasarımı Eylül 1893'ten Ekim 1895'e kadar gözden geçirdi. Birinci komisyonun müzakerelerinin sonucu 1896 yılında "Uzmanlar Komisyonu kararlarına göre İsviçre Ceza Kanunu Ön Tasarısı" adı altında yayınladığı gibi komisyon zabıtları da iki cilt halinde neşredildi²¹. 1898'de Anayasa'da yapılan kısmi değişikliklerle o zamana kadar kural olarak kantonlara ait olan yasama yetkisi Konfederasyon'a verildi. Böylece Konfederasyon ceza hukuku sahasında genel olarak yasama faaliyetinde bulunma yetkisine sahip oldu. Federal Meclislerin medeni kanunun hazırlanmasına öncelik tanımları dolayısıyla, ceza hukukunun birleştirilmesi işlemi, İsviçre Ceza Kanunu Ön Tasarısı 1896'da neşredildiğinden hemen hemen tamamlanmış olmasına rağmen aksadı. Buna rağmen ceza hukuku alanında meclis dışı çalışmalara devam edildi. 1896 ön tasarısı küçük bir uzmanlar heyetinin incelenmesine tâbi tutuldu (1901-1903). Bu ön tasarının ikinci baskısı, Profesör Emile Zürcher tarafından kaleme alınan ve İsviçre Ceza Kanununun üçüncü kitabını teşkil eden yürürlük kanunu tasarısı ile birlikte 1903 Haziranında yayınlanarak kamuoyunun görüşlerine sunuldu²². Gelen görüş ve eleştiriler ışığında ön tasarı küçük uzmanlar heyeti tarafından tekrar incelendi (1907-1908). Uzmanlar heyetinin 1908 tarihli yeni metni, Temmuz 1909'da Almanca, Fransızca ve İtalyanca olarak neşredildi. Kasım 1911'de Federal Adalet Bakanlığı 1908 ön tasarısının 29 üyeden meydana gelen ikinci bir uzmanlar heyetinin incelemesine tâbi tutulmasına karar verdi. Ön tasarının ikinci uzmanlar heyetince hazırlanan metni 1917'de yayınlandı (Ceza Kanununun son ön tasarısı). İsviçre Ceza Kanunu tasarısının temelini oluşturan bu ön tasarı Adalet Bakanı ve profesörler tarafından bir kere daha gözden geçirildikten sonra 1918'de Federal Konsey aracılığıyla Federal Meclise sunuldu²³. Millet Meclisi (Conseil National) komisyonu 1921'de başladığı ve fakat Askeri Ceza Kanunu tasarısına öncelik tanıdığından ara verdiği ceza kanunu tasarısının incelenmesine 1925 Ağustos'undan itibaren tekrar başladı. Komisyon incelemesini bitirmesini müteakip Millet Meclisinde tasarı hakkında başlayan görüşmeler 1930 Mart'ına kadar sürdü. Diğer taraftan Devletler Meclisinde de (Conseil des Etat) ceza kanunu tasarısına ilişkin müzakereler 1932 Aralık'ına kadar devam etti. İki Meclis arasındaki ihtilafların hallinde sonra tasarı, 22 Aralık 1937'de her iki Meclis tarafından da kabul edildi. Referandum talebinin gelmesi üzerine referanduma da sunulan kanun İsviçre Halkı tarafından onaylandı²⁴.

²¹ Paul Logoz, Commentaire du Code pénal suisse. Partie générale (Art. 1 à 110), Neuchâtel/Paris, 1939, s. VII.

²² Logoz, s. VIII-IX.

²³ Logoz, s. X.

²⁴ Logoz, s. XI; ayrıca bkz. François Clerc, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, (Almancaya çeviren: Eduard Steck), Basel, 1943, s. 2-3.

Bu konuyla ilgili son bir örneği Federal Almanya'dan vereceğiz. 1871 Alman Ceza Kanununun suçlulukla mücadelede yetersiz kalması yanında yeni kriminolojik bilgiler kanunun tümüyle değiştirilmesi isteklerini doğurdu. Bu nedenle bir taraftan paragraf değişiklikleri diğer taraftan kanunun tümüne ilişkin reform çalışmalarının etkisiyle bölüm değişiklikleri yapıldı. Birinci Dünya Savaşından önce klasik okul (Binding, Beling, Birkmayer) ve modern okul (von Liszt, Kohlrausch) temsilcilerinin ceza hukuku reformu için birlikte yaptıkları çalışmalar zikre değer. Gerçekten Adalet Bakanlığı Müsteşarı Nieberding tarafından oluşturulan ve 8 profesörden kurulan komisyonun 1902'de başlayan çalışmaları, 1905-1909'da günümüzde dahi değerinden bir şey kaybetmeyen 16 ciltlik "Alman ve Yabancı Ceza Hukukunun Mukayesesi" adlı eserin ortaya çıkmasını sağladı. Çoğunluğunu uygulamacıların oluşturduğu bağımsız bir komisyon 1909'da ana hatlarıyla modern okulun düşüncelerinden esinlenen (özel önleme) bir ön tasarı yaptı. 1911'de teşkil edilen ve 1909 ön tasarısı ile birlikte ceza hukuku öğretim üyelerinin çeşitli tasarılarını da tartışan "Büyük Ceza Hukuku Komisyonu", 1913'te "Komisyon Tasarısı" adıyla anılan tasarımı meydana getirdi. Birinci Cihan Savaşının başlaması bütün bu çalışmaları durdurdu. Değişik politik ortam ceza hukukunda reform isteklerinin zorunluluğunu ortaya koyduğundan 1918'de çalışmalara kaldıkları yerden devam edildi. 1913 Komisyon tasarısının tekrar gözden geçirilmesi 1919 Avusturya (sadece genel kısım) ve 1922 Radbruch tasarılarından karıştını bulan 1919 tasarısının meydana gelmesini sonuçlandırdı. Alman İmparatorluğu ve Avusturya için geçerli tek bir ceza kanunu yapılması planlandığından 1919 tasarısının tekrar gözden geçirilmesinde Avusturya tasarısı daha etkili oldu²⁵. 1925 Temsilciler Meclisi (Reichsrat) resmî tasarısı bu gözden geçirmenin sonucu olarak ortaya çıktı. Bu son tasarı Temsilciler Meclisi'nde (Reichsrat) yapılan görüşmelerde çok az bir değişikliğe uğradı. Bu değişikliklerle 1925 Temsilciler Meclisi (Reichsrat) Tasarısı, 1927 Alman Millet Meclisi (Reichstag) tasarısı haline geldi. Millet Meclisi Komisyonunda yapılan görüşmeler sonucu "Kahl Tasarısı" olarak anılan bir tasarının meydana gelmesinden (1930) sonra reform çalışmalarının devamına politik bir darbe ara verdi. Ceza hukuku reform çalışmalarında kendilerinden öncekilerden geri kalmak istemeyen Nasyonal Sosyalistler o zamana kadar yapılan tasarıları gözden geçirmekle görevli resmi bir ceza hukuku komisyonu kurdular. 1933-1936 yıllarında gerçekleşen komisyon çalışmalarının hareket noktası 1927 tasarısına benzeyen 1933 Adalet Bakanlığı Eksperler Tasarısı idi. İkinci Dünya Savaşını izleyen yıllarda, 1871 Ceza Kanunundan Nasyonal Sosyalist görüşlerin etkisiyle hazırlanmış hükümlerin ayıklanmasından ve çeşitli bölge ve federe devletlerdeki ceza hukuku gelişmelerinin tespitinden sonra tekrar ceza hukukunun tümünün değiştirilmesi çalışmalarına dönüldü²⁶. 1954'te Adalet Bakanlığı tarafından toplantıya çağrılan Büyük Ceza Hukuku Komisyonu (1954-1959) ceza kanununun genel ve özel kısmına ilişkin bir tasarımı 1958'de oluşturdu. Çeşitli değişikliklerden sonra tasarı 1960

²⁵ Jürgen Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Bası, Bielefeld, 1975, s. 62.

²⁶ Baumann, s. 63.

tasarısı olarak Federal Hükümete sunuldu. Federal Hükümetçe Federal Konsey'e (Bundesrat) sevk edilen ve kabul edilen tasarı, yasama döneminin sona ermesi sebebiyle Federal Meclis (Bundestag) tarafından ele alınmadı. Daha sonraki yasama döneminde bazı değişikliklere uğrayan 1960 tasarısı, 1962 tasarısı olarak tekrar Federal Konsey'in görüşleri ve Federal Hükümetin bazı değişikliklerinden sonra Federal Meclise sunuldu ise de, 1962 yasama döneminde de kanunlaşamadı²⁷. 1962 tasarısına yöneltilen eleştirilerin artması sonucu kişisel bir girişimde bulunan 14 ceza hukuku profesörü bir alternatif tasarı meydana getirmek için çalışmalara başladı. Bu çalışmaların bir ürünü de 1966 yılında yayınlanan ceza kanununun alternatif tasarısının genel bölümüdür. Özgür Demokrat Parti (FDP) Parlamento grubu tarafından Federal Meclise sunulan alternatif tasarı 23.01.1966 alternatif tasarıları olmak üzere iki tasarı sunulmuş oluyordu, Alman Hâkimler Birliği ve Federal Baronun Ceza Hukuku Komisyonu Temsilcileri, doktorlar, psikologlar, infaz memurları ve mesleki kuruluş temsilcilerini dinledi. Ayrıca ülke içinde ve ülke dışında özellikle İsveç, Danimarka, ve Hollanda'daki infaz kurumlarını gezdiği gibi 1967'de Münster'deki ceza hukuku profesörleri kongresine ve 1968'de Nürnberg'deki 47. Alman hukukçular Kurultayına katıldı. Bütün bu çalışmalar yürürlükteki kanunun birçok hükmünün birinci ceza hukuku reformu kanunuyla değiştirilmesini ve ikinci ceza hukuku reformu kanunuyla da, yürürlük kanunuyla birlikte 01.01.1975'te yürürlüğe giren ceza kanununun yeniden düzenlenen genel kısmının meydana gelmesini sonuçlandırdı²⁸. İşte bugün Federal Almanya'da yürürlükte olan ceza kanununun yeni genel kısmı 1962 tasarısı ile ceza hukuku öğretim üyeleri tarafından meydana getirilen alternatif tasarının sentezinden oluşmuştur²⁹. Belirtelim ki, ceza kanununun özel bölümü de bugüne kadar geniş ölçüde değiştirilmiş olmakla birlikte, konuların şimdiye kadarki sıra düzeni ve paragrafların numarası uygulamada zorluklar meydana gelmemesi için ana hatlarıyla muhafaza edilmiştir³⁰.

SONUÇ

Geçmişle tüm bağlarını koparmak isteyen Türk İnkılabının beklemeye tahammülü olmadığından, ceza kanununun genel kısmının büyük bir ölçüde sona ermiş hazırlıkları göz önüne alınmayarak İtalyan Kanununun 1325 (1909) tarihli tercümesi 1925'te gerçekleştirilen değişikliklerle kanunlaştı. Gerçekten 1 Mart 1924 tarihinde Meclisin ikinci dönem birinci toplantı yılının açış nutkunda Atatürk hukuk sistemimizden bahsederken *"...Mühim olan nokta; adli telâkkimizi, adli*

²⁷ Baumann, s. 64.

²⁸ Hans-Heinrich Jescheck, "Almanya'da Ceza Hukuku Reformu – Genel Bölüm", (çev. Teoman Oğuzhan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLIV, S. 1-4, 1978, s. 18-20.

²⁹ Baumann, s. 67.

³⁰ Jescheck, s. 12; Federal Alman Ceza Hukuku reformu için bkz. Reinhart Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, C.1/1, 5. Bası, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, s. 57 vd., Heidelberg-Karlsruhe 1977, s.57 vd.

kanunlarımızı, adli teşkilatımızı bizi şimdiye kadar şuurî, gayri şuurî tesir altında bulunduran asrın icabatına gayri mutabık revabittan bir an evvel kurtarmaktır. Millet her mütemeddin memlekette olan terakkiyatı adliyenin, memleketin ihtiyacına tevafuk eden esasını istiyor. Millet seri ve kat'i adaleti temin edecek usulleri istiyor. Milletin arzu ve ihtiyacına tâbi olarak her güne tesirattan cesaretle silkinmek ve seri terakkiyata atılmakta asla tereddüt olunmamak lâzımdır.³¹” demektedir. Ancak Atatürk'ün bu sözlerinden anlaşılmaktadır ki, zaman olsaydı dahi 1925'li yıllarda Türkiye'de milli bir ceza kanunu yapılması mümkün değildi. Zira kurulan yeni devlet inkılapçı, batıya dönük ve kadim ile tüm bağlarını koparmaya çalışan bir devlet idi. Bu görüşü daha açık olarak Atatürk'ün aşağıdaki sözlerinde de görmekteyiz: “...Büsbütün yeni kanunlar vücuda getirerek eski esasatı hukukiyeyle temelinden kal'etmek teşebbüsündeyiz ve yeni esasatı hukukiye ile elifbasından tahsile başlayacak bir yeni hukuk neslini yetiştirmek için bu müessesatı açıyoruz³²”. Burada bir soru akla gelebilir: Özellikle Kara Avrupasının 19. Yüzyılın ilk yarısında yürürlüğe giren birçok ceza kanununu³³ etkileyen Fransız Ceza Kanunundan iktibas edilen 1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayûnunun saltanatı koruyan, din kurallarını yansıtan bazı hükümlerini, örneğin m. 1 kaldırılarak, bu kanunun muhafazası yoluna gidilemez miydi? Sualin cevabının hayır olacağını zannediyorum. Gerçekten bir an evvel geçmiş ile alakayı kesme düşüncesinin yanında Ceza Kanunnamei Hümayûnunun zamanın ihtiyaçlarını karşılayamaması nedeniyle muhafaza edilemeyeceğini devrin Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt Bey'in Celileye sunduğu Türk Ceza Kanunu gerekçesinde yer alan şu satırlardan anlıyoruz: “...Bu kanunun (1274 Kanununun) ihzarında Fransız Ceza Kanununun bilhassa mutlakriyet saltanatını takviye edecek müeyyideleri alınmıştır. Ammenin ve memleketin hukukuna taallük eden kısımlar pek basit bir surette veya meskût bir halde bırakılmıştır. Akla geldiği gibi zaman zaman ilâve olunan maddelerle kanunun esasatı arasında insicam kalmamış olduğundan halihazırda ilmî kıymetini ve tatbik kudretini tamamen zayı etmiş bir haldedir, denebilir. Esasen Fransız Ceza Kanunu pek eski nazariyata istinad etmekte ve ceza ilminin bugünkü terakkiyatını ifade edememektedir³⁴. Bundan başka mer'i ceza

³¹ Zikreden: Bülent Dâver, Türkiye Cumhuriyetinde Laiklik, Ankara, 1955, s. 93.

³² Atatürk'ün 1925 yılında Ankara Hukuk Fakültesini Açış Konuşması, zikreden: Dâver, s. 95.

³³ Örneğin 1822, 1848 İspanyol, 1852 Avusturya Ceza kanunları, bkz. Marc Ancel/Yvonne Marx, Les codes pénaux européens, C. I, Paris, 1956, s. XXIII.

³⁴ Gerçekten 1810 kanunu soyut kuralların, varsayımların ve hukuki formüllerin ağır bastığı bir hukuk eseri olup, suçluyu gerçekler dışında soyut bir şahıs olarak göz önünde bulundurmakta, onu, yaşayan, ihtiraslara ve çeşitli etkenlere açık bir varlık olarak görmemektedir. Kanun suçu, fiziki, ahlâkî ve ruhî etkenlerin altında ortaya çıkan bir olay olarak değil, bütün bunların dışında kendisine has ve değişmez bir niteliği olan soyut hukukî bir varlık olarak kabul etmektedir. Bu görüşün sonucu olarak cezai sorumluluk, suçlunun ruhî durumunu veya kişiliğini göz önüne almadan doğrudan doğruya suçun meydana getirdiği zarara göre hesaplandığı gibi cezaya da aynı ve eşit olarak hükmedilmektedir.

*kanunumuzdaki vaki noksanlar mahkemelerimizi ve hâkimlerimizi azîm bir müşkilat içinde bulundurmakta ve memleketin halihazır ihtiyacını tatmin edememektedir. Birçok ceraim eshabını cezalandırmak imkanı bulunamamakta, bu yüzden halkın hukuku ve memleketin yüksek menfaatleri müeyyidesizlikten ziyaa uğramaktadır*³⁵.

1274 Kanununun günün koşullarına uymadığı Riyaseti Celileye sunulan Adalet Komisyonu Raporunda da şu satırlarda ifadesini bulmaktadır: “Bugün mevki mer’iyette bulunan 1274 tarihli Ceza Kanunu aslen Fransa’nın 1810 tarihli ceza kanunundan iktibas edilmiştir. Muhtelif tarihlerde birçok tadilata uğramış olmakla beraber ihtiva ettiği umumi kaideler, cürüm ve cezaların taksimat ve envâi bilhassa kabul ettiği usulü mücazat itibarıyla eski şekil ve ruhunu muhafaza etmektedir. 1910’dan hatta hicri 1274’ten beri ise ceza ilmi pek ziyade terakki eylemiştir. Elimizdeki ceza kanunu bu ilmin bir ceza kanununda bulunmasını tavsiye ettiği şeylere nisbetle pek noksan olduğu gibi Türk Devletinin kendine verdiği yeni şeklin ve Türk Milletinin girdiği yeni yoldan ceza cihetinden olan şimdiki ve ilerdeki ihtiyaçlarını da layıkıyla tatmin edemeyecek haldedir...”³⁶.

Türk İnkılabının ve milletin yüksek menfaatlerinin korunmasının eski ceza kanunuyla mümkün olmadığını Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt şu şekilde açıklamaktadır: “İnkılabın ve cumhuriyetin vazettiği esaslar, prensipler, vücuda getirdiği eserler, başka bir tâbirle, inkılabın davası Türk Milletinin hakkı davası, halihazırdaki ceza kanunumuzla, kâfi derecede müeyyidelerle takviye edilmiş değildir”³⁷.

İnkılabın dinî hukuktan ebediyen ayrılması lazım geldiği ve 1274 Kanununun günlük ihtiyaçlara cevap veremediği düşünülünce, yeni bir kanunun kabulünde iktibas edilecek kanunun hangi ülke kanunu olacağı meselesi ile karşılaşıldı. 1889 İtalyan Ceza Kanunu iktibas edildi. Bu iktibasın nedeni 1909 yılında Necmettin Molla Bey’in Adliye Nazırlığı sırasında İtalyan Kanununun tercüme ettirilmiş oluşu ve dolayısıyla elde hazır bir metnin bulunması yanında söz konusu kanunun, döneminin en demokratik, insan hak ve özgürlüklerine en geniş yeri veren kanun

Toplumsal savunmayı korkutma suretiyle sağlamaya çalışan 1810 Kanununda cezanın ıslah fonksiyonu geri plana atılmıştır; 1810 Kanununun nitelikleri hakkında bkz. Georges Vidal/ Joseph Magnol, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, C. I, 9. Bası, Paris 1947, s. 23-24; ayrıca bkz. Garraud, a.g.e., C. I, 3. Bası, Paris, 1913, s. 165 vd.

³⁵ Türk Ceza Kanunu Gerekçesi için bkz. Erem, 1948, s. IX-X, IX.

³⁶ Adalet Komisyonu Raporu için bkz. Erem, 1948, s. XI-XIV, IX.

³⁷ 1 Mart 1926. Zabıt Ceridesi, zikreden: Baha Arıkan, “Kendi Sözleriyle Mahmut Esat Bozkurt”, Adliye Dergisi, Mahmut Esat Bozkurt Nüshası, S. 1 ek, 1944, s. 20. Belirtelim ki, Mahmut Esat Bozkurt İnkılâp kanunlarını meclise sunarken Atatürk’ten etkilediğini belirtmektedir:

“Tarihe, yüksek ve vefakâr hatıranıza bütün hakikatlerin, bütün çıplaklıklarıyla mevzuu bahis olduğu bu kürsüden küçük bir nokta etrafında tevakkuf ederek bir hakikati da tevdi etmek isterim. Bu Kanunları inkılabın büyük liderinin ilhamından aldığım feyiz ile düşünerek teklif ettim”, 17.2.1926 Tarihli Meclis Zabıt Ceridesi, zikreden Arıkan, s. 6.

olmasındandır³⁸. Gerçekten Adalet Komisyonu raporunda İtalyan Kanununun “en yeni³⁹ ve en mükemmel” ceza kanunlarından biri olduğu belirtilmiştir. Doktrinde de daha sonraki yıllarda 1889 İtalyan Ceza Kanununun “İnkılapçı, insanî ve liberal” olduğu görüşüne yer verilmiştir⁴⁰.

³⁸ Bu arada İtalyan Kanununun tercümesinin hazır oluşu nedeniyle iktibas edildiği hususunda görüşlere de rastlanmaktadır. Bkz. Sulhi Dönmezer, Tartışmalar, s. 116, in: Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku, 15-18 Aralık 1981, İstanbul, 1983.

³⁹ İtalyan Kanunundan daha yeni kanunlar arasında 1896 Bulgaristan, 1905 Rus Ceza Kanunları sayılabilir.

⁴⁰ H. Donnedieu de Vabres, La crise moderne du droit pénal - La politique criminelle des états autoritaires, Paris, 1938, s. 23.

KAYNAKÇA

- Ancel M/ Marx Y, Les codes pénaux européens, C. I, Paris, 1956
- Arikan B, "Kendi Sözleriyle Mahmut Esat Bozkurt", Adliye Dergisi, Mahmut Esat Bozkurt Nüshası, S. 1 ek, 1944.
- Baumann J, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Bası, Bielefeld, 1975
- Clerc F, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, (Almancaya çeviren: Eduard Steck), Basel, 1943.
- Code pénal d'Italie, 30 juin 1889 (Traduit, annoté et précédé d'une introduction par Jules Lacoïnta) Paris, MDCCCXC.
- Dâver B, Türkiye Cumhuriyetinde Laiklik, Ankara, 1955.
- Donnedieu de Vabres H, La crise moderne du droit pénal - La politique criminelle des états autoritaires, Paris, 1938.
- Dönmezer S, Tartışmalar, s. 116, in: Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku, 15-18 Aralık 1981, İstanbul, 1983.
- Erem F, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Meriyet Kanunu, 2. Bası, Ankara-İstanbul, 1948.
- Erem F, Yasaların Dili, Cumhuriyet, 25 Mayıs 1981, sy. 20405.
- Garraud R, Traité théorique et pratique du droit pénal français, C. V, 3. Bası, Paris 1953.
- Garraud R, Traité théorique et pratique du droit pénal français, C. I, 3. Bası, Paris 1913.
- Gautschi F, Die mehrfache Ehe in schweizerischen Strafrecht, Doktora Tezi, Zürich, 1953.
- Gökçen A, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989.
- Jaenecke W, Die Grundprobleme des türkischen Strafrechts, Berlin 1918.
- Jeschek H-H, "Almanya'da Ceza Hukuku Reformu - Genel Bölüm", (çev. Teoman Oğuzhan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLIV, S. 1-4, 1978.
- Kantar B, Ceza Hukuku, Başlangıç, Ankara, 1937.
- Kunter N, "Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi- Ne Bulduk, Ne Yaptık, Ne Yapmalıyız?", İstanbul Baro Mecmuası, S. 10, 1948
- Logoz P, Commentaire du Code pénal suisse. Partie générale (Art. 1 à 110), Neuchâtel/Paris, 1939.
- Maurach R/ Zipf H, Strafrecht, Allgemeiner Teil, C.1/1, 5. Bası, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.
- Nord E, Das türkische Strafgesetzbuch vom 28. Zilhidje 1274 (9 August 1858) Berlin, 1912.

Taner T, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Tanzimat, C. I, İstanbul, 1940.

v. Hippel R, Deutsches Strafrecht, C. I, Allgemeine Grundlagen, Berlin, 1925

v. Liszt F, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Bası, Berlin ve Leipzig, 1927.

Vidal G/ Magnol J, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, C. I, 9. Bası, Paris 1947.

TÜRK MEDENİ USUL HUKUKUNUN YÜZ YILLIK TARİHİ

Hundred Years History of Turkish Civil Procedure

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK*
Dr. Öğr. Üyesi Yavuz ÖZKAN**

Öz: Türkiye’de hukuk alanında modernleşme Cumhuriyet’ten önce Avrupa Devletleri ile eş zamanlı olarak başlamıştır. Heyet halinde görev yapan ticaret mahkemelerinin kuruluşu 1840 yılına tesadüf ettiği gibi genel bir Medeni Usul Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ise 1879 yılında, 1806 Fransız Medeni Usul Kanunu’nun iktibasıyla olmuştur. Milli Mücadele döneminde İstanbul’daki Temyiz Mahkemesinin Samsun’a nakli dikkati çekmektedir. Cumhuriyet’in ilanından sonra Medeni Usul Hukuku alanındaki ilk değişiklikler 1924 yılında Mayıs Adli İnkılabı ile gerçekleştirilmiş bu kapsamda istinaf mahkemeleri ile şer’i mahkemeler lağvedilmiştir. 1925 yılında ise uzunca bir müddet Alman Kanununun iktibası maksadıyla yürütülmekte olan kanun hazırlığı çalışmaları yarıda bırakılarak İsviçre’nin Neuchâtel Kantonu Medeni Usul Kanunu’nu esas alan yeni bir usul kanunu yapılmıştır. 1948 yılından itibaren bu kanunun bütünüyle değiştirilmesi için çeşitli komisyonlar kurulmuş ve altı farklı tasarı meydana getirilmiştir. Bu tasarlara takiben hazırlanan (yedinci) tasarı ise 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu adıyla yürürlüğe girmiş, 1927 tarihli kanun yürürlükten kalkmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilen Bilim Komisyonunun 2011 yılına kadarki ilmi ve kazai içtihat birikimini ve İsviçre’de hazırlanmakta olan milli Medeni Usul Kanunu tasarisını dikkate alarak meydana getirdiği yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdiği tarihten beri köklü bir değişikliğe tabi tutulmadan uygulanmaya devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Medeni Usul Hukuku, Hukuk Tarihi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1 Mayıs Adli İnkılabı.

Abstract: Modernization in the field of law in Turkey began simultaneously with the rest of Europe before the Republic Reforms. The establishment of commercial courts coincided with 1840 and first Civil Procedure Code came into force in 1879, by way of reception from 1806 French Civil Procedure Code. The transfer of the Court of Cassation from Istanbul to Samsun during the War of Independence is a remarkable event. After the proclamation of the Republic, the first significant changes in the field of civil procedure law were made in 1924 with the “May 1 Judicial Revolution” Courts of appeal and sharia courts were abolished. In 1925, the preparation of the law, which had been carried out for a long time with the aim of reception of the German law of procedure was abandoned and a new procedural law based on the Civil Procedure Code of the Neuchâtel Canton of Switzerland was made. Since 1948, various commissions have been established to completely change this law and seven different drafts have been created. The last bill prepared following these drafts came into force in 2011 under the name of “Hukuk Muhakemeleri Kanunu”; the law dated 1927 has been repealed. Our new Civil Procedure Code was created by the Academic Commission appointed by the Ministry of Justice, taking into account the scholarly and judicial jurisprudence accumulated until 2011 and the draft national Civil Procedure Code, which at that time was being prepared in Switzerland. The new code has been applied without any radical changes since the date it came into force.

Keywords: Turkey, Kemalist Reforms, History of Law, Civil Procedure, Code of Civil Procedure.

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, acbudak@ticaret.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3756-4964

** Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yavuz.ozkan@balikesir.edu.tr, ORCID : 0000-0002-1932-5687

Makale Geliş Tarihi: 08.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 23.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391343

I. CUMHURİYETİN KURULDUĞU TARİHTE MEDENİ USUL HUKUKUNUN DURUMU

Osmanlı Devleti'nin 18. yüzyıldan itibaren batılılaşmaya yöneldiği; iktisadi alanda başlayan gerilemenin önüne geçmek ve bozulan devlet düzenini yeniden tesis edebilmek için Osmanlı İmparatorluğu'nda geçerli olan değer ve müesseseler yerine Avrupa'ya ait değer ve müesseseleri ikame etmek yolunu tuttuğu; fakat bu işte pek yavaş kaldığı ve modernleşmenin ancak Cumhuriyet devrimlerinin sonucunda başarıldığı şeklindeki yaygın görüş gerçeği ancak kısmen yansıtmaktadır. Avrupa modernleşmesinin önemli bir unsuru olan kodifikasyon hareketi Osmanlı Devleti'nde diğer Avrupa devletlerindeki ile eş zamanlı olarak yaşanmıştır. Prusya Devletleri İçin Genel Ülke Kanunu 1794, Code Napoléon 1804, Avusturya Medenî Kanunu 1811, ilk İtalyan Medenî Kanunu 1865, Alman Medenî Kanunu 1900, Arazi Kanunnamesi 1858, Mecelle ise 1868 – 1876 tarihlidir. Fransız medenî usul kanunu 1806; Cenevre, Alman, Osmanlı, Avusturya ve Belçika medenî usul kanunları ise sırasıyla 1819, 1877, 1879, 1895 ve 1967 tarihlidir. Türk kodifikasyon hareketinin başlangıçta Fransız hukukunun iktibas yoluyla gerçekleştiği doğrudur. Tıpkı Hollanda'da, Belçika'da, İtalya'da, İspanya, Portekiz ve Polonya'da olduğu gibi.

Osmanlı kodifikasyonunu 1849 tarihinde Kanunname-i Ticaret'in ilanı ile başladı¹. 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun tercüme edilmesi ile hazırlanan ve 1926 tarihine kadar yürürlükte kalan bu Kanun bazı zeyiller ile genişletilmiştir². Bunun akabinde Fransız Ticaret Usul Kanunu'ndan iktibas edilerek hazırlanan 1861 tarihli *Usul-i Muhakemat-ı Ticarete Dair* Nizamname yürürlüğe konulmuştur³.

¹ Düstur I, Cild I, s. 466-536.

² Lion Cean ve Louis Renault'un kaleme aldığı Rehber-i Hukuk-ı Ticaret isimli eserde Osmanlı'da ticaret hukuku alanında dört kanunun cari olduğu aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir.

“Hukuk-u Ticaret-i Osmaniyye dört muhtelif kanun ile tayin olunmuştur:

1) 1850 Kanunu olup 315 maddeyi havi Fransa Kanun-u Ticareti'nin birinci ve üçüncü kitabına mukabildir.

2) Rehber-i Hukuk-ı Ticaret'te İş bu kanuna zeyl olarak neşr edilen 1860 tarihli Kanun'dur. Ki mahakim-i ticariyyeye, protestolara faiz ve zarar ve ziyana müteferridir.

3) 1865 tarihli Kanun-u Ticaret-i Bahriyye-i Osmaniye olup 14 fash ve 282 maddeyi havidir.

4) 1862 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticariyye Kanunu'dur (Lion Cean/Louis Renault, Rehber-i Hukuk-u Ticaret, Çev. Lütfü İbnül-Hakkı, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1911, s. 20).

³ Düstur I, Cild I, s. 780-810. Ticaret Mahkemelerini düzenleyen mevzuatın tarihi gelişimi hakkında bkz. Ali Cem Budak, “Ticari Davaların Kısa Tarihi”, Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan, MİHBİR, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 317 – 362; Ali Cem Budak, “Bilgişin'in Ticaret Hukuku Prensipleri Başlıklı Eserinde Ticari Defterlerle İspat Usulü”, Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, XII Levha, İstanbul, 2021, s. 151 – 175.

Osmanlı Devleti'nde 1879 tarihinde yürürlüğe giren *Mahakim-i Nizamiyyenin Teşkilatı Kanun-ı Muvakkati*⁴ ile yargı teşkilatının yapısında önemli değişiklikler yapılmış ve bugün varlığı devam eden asliye mahkemelerinin ilk adımları olan bidayet mahkemeleri kurulmuştur. 1879 tarihi öncesinde Osmanlı Devleti'nde bugün anladığımız anlamda genel yetkili mahkeme olarak nitelendireceğimiz merciler mahakim-i şer'iyye iken⁵, bu tarihten sonra genel yetkili mahkeme vasfını bidayet mahkemeleri almış ve bunun haricindeki mahkemeler özel yetkili mahkemeler (mahakim-i istisnaiyye) olarak isimlendirilmiştir⁶. Bu kapsamda 1879 tarihli Teşkilat Kanunu sonrasında mahkemeler, 1) mahakim-i nizamiye (bidayet mahkemeleri ve ticaret mahkemeleri), 2) mahakim-i şer'iyye, 3) sulh mahkemeleri ile 4) cemaat ve konsolosluk mahkemeleri olarak örgütlenmiştir.

18 Haziran 1879 tarihinde yürürlüğe giren Teşkilat Kanunu'ndan dört gün sonra *Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu Muvakkati* (22 Haziran 1879) yürürlüğe girmiştir⁷. Bugün yürürlükte olan usul hükümlerimize önemli etkileri olan, 24 Nisan 1806 tarihli Fransız Medeni Usul Kanunu (Code de Procédure Civile) mehzaz alınarak hazırlanan 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu, 1086 sayılı HUMK'un yürürlüğe girdiği 1927 tarihine kadar 48 yıl uygulanmıştır.

1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile 1861 tarihli Ticaret Mahkemeleri Nizamnamesi yürürlükten kaldırılmamıştır. Ancak 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'na eklenen bir madde-i mahsusa ile 1861 tarihli Ticaret Mahkemeleri Nizamnamesi'nin 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'na aykırı olan hükümleri ilga edilmiştir.

Mecelle'nin usul hukukuna ait olan son üç kitabı da (Kitabü'd-Da'va -m. 1613-1675-, Kitabü'l-Beyyinat ve't-Tahlif -m. 1676-1783-, Kitabü'l-Kaza - m.1784-1851-) 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu ile birlikte uygulanmıştır⁸. 1879 tarihli Kanun'da Mecelle'ye açıkça atıf yapan hükümler de bulunmaktadır⁹.

⁴ Düstur I, Cild IV, s. 235-256.

⁵ Mustafa Reşit (Belgesay), *Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye*, Kader Matbaası, İstanbul, 1338, s. 37; Cabirzade Mehmed Sofi, *Tayin-i Mercî*, Asaduryan Matbaası, İstanbul, 1322, s. 52.

⁶ Mustafa Reşit (Belgesay), *Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye*, s. 37-38.

⁷ 1876 Anayasamızda yer alan, 1982 Anayasasındaki mülga kanun hükmünde kararname müessesesine benzeyen muvakkat kanunlar Meclis-i Meb'usan'ın kapalı kaldığı 1987-1908 arasındaki dönemde çok sayıda çıkarılmıştır. Esasen 1879 tarihli Kanun'un başlığında *Meclis-i Meb'usanın İçtimarında Kanunîyyeti Teklîf Olunmak Üzere* şeklinde bir kayıt yer almışsa da, 1879 tarihli Kanun ne Meclis-i Meb'usanın ne de TBMM'nin onayına sunulmamıştır (Ali Cem Budak, "1295 Tarihli Eski Medenî Usul Kanun-u Muvakkati'nde İstinaf", içinde *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf*, editör Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri, Antalya, 2015, s. 332).

⁸ Mecelle ile 1879 tarihli Kanun'un birlikte uygulamasına ilişkin özellikle ikrar ve kesin hüküm hakkında bkz. Ali Cem Budak, "Belgesay Kürsüsünün 1937-1938

1879 tarihli Medeni Usul Kanunu, iki maddelik bir başlangıç (mukaddeme) bölümü ile dokuz bابتan oluşan bir kanundur. Kanun'un muhtevası özetle aşağıdaki gibidir:

1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun ilk bölümü genel hükümlere ayrılmıştır (m. 3-4). İkinci bölümde mahkeme kalemî personelinin görevleri (vezaife-i dahiliyye) düzenlenmiştir (m. 5-14). Üçüncü bölüm davanın açılması hükümlerini düzenlemektedir (m. 15-34). Bu bölüm iki fasla ayrılmıştır. İlk fasılda dilekçeler (m. 15-22), ikinci fasılda ise tarafların mahkemeye davet edilmesi düzenlenmiştir (m. 23-34).

Dördüncü bölüm yedi fasıl olarak yargılamaya ayrılmıştır (m. 35-119). İlk fasılda aleniyet ilkesi ve yargılamanın sevk ve idaresi ilkesine ilişkin hükümler yer almıştır (m. 35-40). İkinci fasılda tarafların duruşmaya katılması ve davanın nasıl ve nerede görüleceği düzenlenmiştir (m. 41-67). Üçüncü fasılda delillere ilişkin hükümler (senedata dair mevad, beyanata dair mevad, tahlife dair mevad) yer almıştır (m. 68-96). Dördüncü fasıl imza inkârı ve incelemesi (m. 97-105), beşinci fasıl zarar ve ziyan davaları (m. 106-112), altıncı fasıl ilk itirazlar (m. 113-115), yedinci fasılda yargılamaya ilişkin çeşitli hükümler yer almıştır (m. 116-119).

Beşinci bölüm iki fasıl olarak düzenlenmiştir. İlk fasılda ilk derece mahkemesinin taraflardan ikisinin de hazır olduğu halde verdiği hüküm (hükm-i vicahî m. 120-138), ikinci fasıl ise ilk derece mahkemesinin taraflardan birinin yokluğunda verdiği hükme (hükm-i gıyabi m. 139-150) ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

Altıncı bölüm yerel mahkeme kararına itiraz yollarına ilişkin dört fasıldan oluşmaktadır (m. 151-216). İlk fasılda taraflardan birinin yokluğu halinde verilen hükme (hükm-i gıyabi) itiraz usulü düzenlenmiştir (m. 151-160). İkinci fasılda davanın tarafı olmadığı halde hüküm kendisini ilgilendiren tarafın ilk derece mahkemesi kararına karşı başvuracağı yargılamanın iadesi usulü (itiraz-ül gayr) düzenlenmiştir (m. 161-170). Üçüncü fasılda istinafa ilişkin hükümler (m. 171-200), dördüncü fasılda ise tarafların başvurabileceği yargılamanın iadesine ilişkin hükümler (m. 201-216) yer almıştır.

Ders Yılı Medenî Usul Hukuku Dersleri: Özellikle İkrar ve Kesin Hüküm Takrirleri", İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2020, C. 78, S. 3, s. 1169 - 1208.

⁹ Mesela: 1879 Tarihli Medeni Usul Kanunu m. 68 "Her müddei da'vasını isbata mecburdur. Fakat Mecelle-i Ahkam-ı Adliyenin bin sekiz yüz on yedinci maddesi mucibince müddeaaaleyh ikrar eder ise ikrarıyla ilzam olunur. Ve isbattan aciz kalan taraf hasmına yemin verdirebilir" / 1879 Tarihli Medeni Usul Kanunu m. 89 "Şehadetin nisabı ve keyfiyeti idaresi ve şurut-ı esasıyesi ve da'vaya muvafakati ve şahidlerin ihtilaf ve ifadati ve iddia-i şhadetten sonra tezkîyeleri veyahut şhadetten nukulleri hususları Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin kitabül beyinatına tevfik olunur" / 1879 Tarihli Medeni Usul Kanunu m. 148 "Müddeaaaleyh mahkemeye gelipte iddia-i vakia cevab vermeyerek sükutunda ısrar eder ise Mecelle-i Ahkam-ı Adliyenin bin sekiz yüz otuz dördüncü maddesinde muharrer olduğu vechile müddeiden beyne talep olunur". 1879 tarihli Kanun'daki diğer örnekler için bkz. m. 4, 54, 60, 70, 91, 96, 115, 294.

Yedinci bölümde temyize (m. 217-254), sekizinci bölümde hakimlerin hukuki sorumluluğuna (m. 255-270), dokuzuncu ve son bölümde hacze (m. 271-296) ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra nizamiye mahkemelerinde usul hukukuna ilişkin gelişmelerin hemen hepsi bu kanuna yapılan ek ve değişikliklerle olmuştur.

1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'na 27 Teşrinievvel 1304, 15 Mayıs 1312, 11 Eylül 1312, 27 Kanunusani 1312, 26 Mart 1327, 6 Nisan 1327, 30 Temmuz 1329, 27 Nisan 1330, 4 Teşrinievvel 1330 ve 21 Mart 1340 tarihlerinde birtakım değişiklikler veya eklemeler yapılmıştır. Özellikle 26 Mart 1327 tarihinde aslında 296 madde olan Medeni Usul Kanunu'na 49 maddelik bir zeyl eklenmiştir.

1879 tarihinden sonra nizamiye mahkemelerinde usul hukukuna ilişkin gelişmelerin hemen hepsi 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu üzerinde olmakla birlikte 1913 tarihinde sulh hakimlikleri kurulmuş ve bu mahkemelerde uygulanacak usul 1913 tarihli *Sulh Hakimleri Hakkında Kanun-u Muvakkat* ile belirlenmiştir¹⁰.

1913 tarihli Sulh Hakimleri Hakkında Kanun-u Muvakkat bir mukaddime (m.1-2) ile yedi fasıl ve bir fasıl-ı mahsustan oluşmaktadır. Bu kapsamda ilk fasıl sulh hakimlerinin mevadd-ı hukukiyedeki salahiyetleri (m. 3-7), ikinci fasıl sulh hakimlerinin mevadd-ı cezaiyyedeki salahiyetleri (m. 8), üçüncü fasıl mevadd-ı hukukiyede usul-i muhakeme (m. 9-46), dördüncü fasıl hükm-i gıyabi (m. 47-56), beşinci fasıl mevadd-ı cezaiyyede usul-i muhakeme (m. 57-70), yedinci fasıl hükmün icrası (m. 71-92), fasıl-ı mahsus (m. 93-98) hükümlerini ihtiva etmektedir.

II. CUMHURİYETİN İLANINDAN 1086 SAYILI HUMK'A KADAR USUL HUKUKU ALANINDA YAŞANAN GELİŞMELER

A. MAHKEME-İ TEMYİZ'İN SİVAS'A VE SONRASINDA ESKİŞEHİR'E NAKLİ

6 Mart 1868 tarihinde Divan-ı Ahkam-ı Adliye adıyla kurulan ve 18.06.1879 tarihli Mahakim-i Nizamiyyenin Teşkilatı Kanun-u Muvakkati ile Mahkeme-i Temyiz adını alan yüksek mahkeme esasen faaliyetlerini İstanbul'da yürütmekteydi.

Milli Mücadele döneminde, Yasama ve Yürütme, daha doğru bir ifadeyle yasama ve yürütme fonksiyonlarını birlikte ifa eden Meclis Hükümeti Anadolu'ya taşındığı gibi hukukun ülke sathında yeknesak uygulanmasını sağlamak fonksiyonunu gören, Yargının en üst mercii olan temyiz mahkemesi de Anadolu'ya nakledilmiş; bu arada İstanbul'daki Mahkeme-i Temyiz de faaliyetini sürdürdüğünden, yürütmede olduğu gibi yargıda da bir "iki başlılık" dönemi yaşanmıştır.

Muvakkat Temyiz Heyeti adı verilen temyiz mercii Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümetince 7 Haziran 1920'de 14 sayılı *Muvakkat Temyiz*

¹⁰ Düstur II, C. V, s. 322-348.

Heyeti Teşkiline Dair Kanun ile Sivas'ta kurulmuştur. Büyük Zafer'den sonra, daha Cumhuriyet ilan edilmeden önce her iki mahkeme birleşerek faaliyetlerini bir süre sadece Sivas'ta devam ettirmiştir. 14 Kasım 1923 tarihli 371 sayılı *Heyeti Temyiziye Merkezinin Eskişehir'e Nakline ve Teşkilatının Tevsüine Dair Kanun* ile Sivas'taki Muvakkat Temyiz Heyeti kaldırılmış ve Eskişehir'de Mahkeme-i Temyiz ismi ile yeni bir temyiz mahkemesi teşkil edilmiştir. Bu kanuni düzenleme Cumhuriyet'in ilanından birkaç hafta sonra yapılmış olmasına rağmen Temyiz Mercii'nin Ankara'da değil de Eskişehir'de kurulmuş olması dikkat çekmektedir.

B. CUMHURİYET'İN İLANINDAN SONRA USUL KANUNLARINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Yürürlükte bulunduğu dönemde pek çok değişikliğe tabi tutulan ve zeyillerle birçok ekleme yapılan 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'nda Cumhuriyet'in ilanından sonra da iki kez değişiklik yapılmıştır.

Bunlardan ilki 21 Mart 1340 tarihinde 492 sayılı *Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunlarıyla Sulh ve İcra Kanunlarının Bazı Mevaddını Muadil Kanun* ile yapılmıştır. 492 sayılı Kanun ile 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu m. 63, 91, 143, 159, 222 ve 254'e birer fıkra eklenmiş ve m. 138'de değişiklik yapılmıştır. Ayrıca hacze ilişkin 5 fıkralık numaratsız bir madde de Kanun'un metnine eklenmiştir. Bu Kanun ile 26 Mart 1327 tarihli Zeyl'de de önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda Zeyl'in yetkiye dair 1. maddesine yedi fıkralık yine yetki ile alakalı bir hüküm, 17. maddesine bir fıkra ilave edilmiştir. Bunun yanında Zeyl'in 30 Temmuz 1329 tarihinde değiştirilen 29 ve 30. maddeleri yerine kaim yedi maddelik düzenlemenin 1. maddesi 492 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

Diğer değişiklik ise 29.05.1926 tarihli 864 sayılı Kanun-u Medeni'nin Suret-i Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un 44 üncü maddesi ile eklenen 9 fıkralık bir madde ile olmuştur. 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu 1086 sayılı HUMK m. 581 ile tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

C. 1 MAYIS 1340 İNKILABI¹¹

1924 yılının Mayıs ayında, adliye teşkilatının ve yargılama usulü kanunlarının ıslahını amaçlayan bir kanunlaştırma hareketi olmuştur. "*Mayıs Adli İnkılabı*" adı verilen bu hareket hukuk tarihimizde belki Batı hukukundan iktibas edilen yeni kodların yürürlüğe girmesi kadar önemli, fakat her halde hukuk mesleği çevreleri bakımından ondan daha sarsıcı bir gelişme olarak göze çarpmaktadır.

¹¹ Bkz. Ali Cem Budak/Osman Demirbaş, "Mayıs Adli İnkılabı", Hazırlayanlar: Semiha NURDAN – Muhammed ÖZLER, XVIII. Türk Tarih Kongresi, Kongreye Sunulan Bildiriler VIII. Cilt, Hukuk ve Diploması – Türk-Ermeni İlişkileri, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2022, s. 57 – 78.

Mayıs Adli İnkılabını oluşturan kanunlar mahkemeler teşkilatı, yargılama usulü ve avukatlık hukukuna ilişkin olup, aşağıdakilerden ibarettir:

469 sayılı Mahakim-i Şer'iyyenin İlgasına ve Mahakimin Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun ("Şer'i Mahkemelerin İlgası Hakkında Kanun"),

460 sayılı Muhamat (Avukatlık) Kanunu,

461 sayılı Hükkam ve Mensubin-i Adliyenin Resmî Kisveleri Hakkında Kanun ("Hakimlerin Resmî Kisveleri Hakkında Kanun"),

492 sayılı Usul-ü Muhakeme-i Hukukiyye ve Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunlarıyla Sulh ve İcra Kanunlarının Bazı Mevaddını Muaddil Kanun ("Tesrî-i Muhakemat Kanunu").

Mayıs Adli İnkılabını oluşturan kanunlardan ilk üçü aynı Resmî Gazete'de yayımlanmış olup hepsi birbirine yakın tarihlerde yürürlüğe girmiştir¹². Yürürlüğe giriş tarihleri konusundaki çeşitlilik bir yandan bu dönemdeki yasama çalışmalarında -2 Cemaziyelahir 1329 tarihli Kavanin ve Nizamatin Usul-i Neşir ve İlanı hakkındaki Kanuna rağmen- yürürlüğe giriş tarihlerini belirlemek konusunda yerleşmiş bir usulün henüz oluşmadığını diğer yandan da yasama çalışmasının zaman baskısı içinde yapıldığını göstermektedir.

Ç. 469 SAYILI MAHAKİM-İ ŞER'İYYENİN İLGASINA VE MAHAKİM TEŞKİLATINA AİT AHKAMI MUADİL KANUN

469 sayılı kanun ile 1924 yılında Türk yargı teşkilatı tamamen değişmiştir. Kanunun adından da anlaşılacağı üzere ilk olarak bu kanun ile şer'iyye mahkemeleri kaldırılmıştır. Bunun haricinde bu kanun ile istinaf mahkemeleri de kaldırılmıştır (m. 9).

Esasen 469 sayılı Şer'i Mahkemelerin ilgası Hakkında Kanun'un kabulünden önce, Birinci Meclis Döneminde, Siirt Mebusu Hacı Mustafa Sabri Efendi istinaf mahkemelerinin lağvına yönelik bir kanun teklifinde bulunmuş; İkinci Meclis Döneminde müzakere edilen bu kanun teklifine ilişkin Adliye Encümeni mazbatasında istinaf mahkemelerinin kaldırılma gerekçesi "bütçede tasarruf" olarak ifade olunmuştur¹³. Bu teklif kanunlaşmamıştır. Ancak aynı Meclis içtimanda Hükümet tarafından teklif edilen tek maddelik "*Bazı Mahallerde Hakimi Müctemi Teşkilatının İadesine ve Bazı Mahakimin Lağvına Dair Kanun*" ile, Adliye Encümeni mazbatasına göre bütçede tasarruf zaruretinden dolayı, Adliye Vekaletine "ihσαιyat ve nüfus-ı mevcudeye nazaran lüzum görülmeyen mahallerde"

¹² Yürürlüğe giriş tarihleri şöyledir: 460 sayılı Kanun - "tarih-i neşrinin ferdasından itibaren", (Resmî Gazete'de yayımlanmasının günü, 27 Nisan 1340); 469 sayılı Kanun, "1340 senesi Mayısı iptidasından itibaren" (1 Mayıs 1340); 461 sayılı Kanun "tarih-i neşrinden itibaren" (26 Nisan 1340); 492 sayılı Kanun "1340 senesi Mayısının iptidasından itibaren" (1 Mayıs 1340).

¹³ TBMM Z. C., C I, içtima 114 (28 Şubat 1340), s. 449 vd.

bulunan mahkemelerinin lağvı yetkisi verilmiştir¹⁴. Meclis müzakerelerinden bu yetkinin öncelikle istinaf mahkemelerinin kapatılması için kullanılacağı, fakat kapatılan istinaf mahkemelerine ait görevlerin heyet halinde çalışan ilk derece mahkemelerine nakledilmesinin planlandığı anlaşılmaktadır.

Müzakereler sırasında Adliye Vekili Seyyid Bey istinaf mahkemelerinin lağvedileceği yönünde Mecliste yapılan ve basına da yansıyan eleştirilerin haksız olduğunu, istinaf usulünün lağvolunmayıp, bu mahkemelere ilişkin görevlerin ilk derece mahkemelerine verileceğini beyan etmiştir¹⁵. Ne var ki, 424 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra yürürlüğe giren Şer'i Mahkemelerin İlgası Hakkındaki Kanun, 9. maddesiyle sadece istinaf mahkemelerini lağvetmekle kalmayıp, istinaf mahkemelerinin "görevlerini" yani istinaf kanun yolunu da lağvetmiştir.

Kanunun metninde ticaret mahkemelerinin kaldırıldığına ilişkin bir ibare olmasa da ticaret mahkemelerine ilişkin bir düzenleme yapılmayarak ticaret mahkemeleri zımnen lağvedilmiştir¹⁶. Ancak 1926 yılında yeni Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile Ticaret Mahkemeleri tekrar faaliyete başlamıştır.

Bu kanuna göre sadece sulh mahkemesi ve asliye mahkemesi olarak iki mahkeme kurulmuştur. Bunun haricinde bir de ağır ceza mahkemesi olarak nitelendirebileceğimiz mahkeme-i cinaiyye kurulmuştur¹⁷. Bunların üzerinde ise sadece Mahkeme-i Temyiz'in

¹⁴ Bazı Mahallerde Hâkimi Müçtemi Teşkilatının İadesine ve Bazı Mahakimin Lağvına dair (424 sayılı) Kanun, Resmî Gazete, 29 Recep 1342, 6 Mart 1340, S. 63.

¹⁵ TBMM Z. C., C I, içtima 114 (28 Şubat 1340), s. 451-452, 464-465.

¹⁶ Mustafa Reşit (Belgesay), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yeni Matbaa, İstanbul, 1927, s. 9. Mustafa Reşit (Belgesay) ticaret mahkemelerinin ilgasının gerekçesini "1325 (1909) Kanunu ticaret mahkemesinde muvakkat a'zalığı ilga ettiğinden ticaret mahkemesinin de o vakitten beri hikmet-i mevcudiyeti kalmamıştı. Binaenaleyh ehemmiyetsiz işleri ru'yet etmek üzere tarafeyne yakın olmak üzere te'sis edilmiş olan sulh mahkemelerinden başka bütün istisnâ mahkemeleri ilga etmek fâideli olacaktı. 8 Mart 1340 (1924) Teşkilat-ı Mahakim Kanunu tanzim olunurken bu mülâhazat hâkim oldu" cümleleriyle ifade etmiştir (Mustafa Reşit (Belgesay), Salahiyet Kararları, Hukuki Bilgiler Mecmuası, Y. 1927, S. 1/2, s. 96).

¹⁷ Mustafa Reşit (Belgesay), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Umumî Medhal, Yeni Matbaa, İstanbul, 1928, s. 31. Bunlar haricinde siyasi suçların yargılmasının yapılması amacıyla TBMM tarafından İstiklal Mahkemeleri de yine TBMM'nin uygun göreceği yerlerde kurulmuştur (Mustafa Reşit (Belgesay), Umumî Medhal, s. 32).

olduğu kabul edilmiştir¹⁸. 442 sayılı Köy Kanunu¹⁹ ile de köy ihtiyar meclislerine bir takım uyuşmazlıkları çözme yetkisi verilmiştir²⁰.

469 sayılı Kanun 26.09.2004 tarihli 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 54 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

D. 460 SAYILI MUHAMAT (AVUKATLIK) KANUNU²¹

1924 yılı itibariyle avukatlık mesleği bu konudaki ilk ayrıntılı kanuni düzenleme olan 18 Şevval 1292 (17 Kasım 1875) tarihli Mahakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname ile düzenlenmişti²². Bu nizamname ilk olarak sadece İstanbul'daki nizamiye mahkemelerinde mesleki faaliyet gösteren avukatlar hakkında uygulanmaktayken daha sonra 7 Recep 1296 tarihli bir irade²³ ile İstanbul dışındaki avukatlara da teşmil edilmişti. Bu nizamname ile o dönemde "dava vekili" olarak adlandırılan avukatlık mesleğinin icrası Adalet Bakanlığı'ndan alınacak bir ruhsata tabi tutulmakta bu ruhsatın alınabilmesi için de başka şartlar yanında hukuk fakültesinden mezun olmak şartı aranmakta idi. Nizamname ayrıca avukata verilen temsil yetkisinin kapsamı, avukatlık ücreti, "Cemiyeti Daime" adıyla anılan ve baroların ilk şekli olan bir meslek örgütünün kurulması hakkında hükümler içermekte idi. Bu nizamname sonraki yıllarda çıkan bir dizi nizamname ile çeşitli değişiklik ve eklemelere tabi tutulmuş²⁴ ve 1 Ramazan 1327 (3 Eylül 1325) tarihli bir muvakkat kanun ile hukuk fakültelerinden mezun olan ve hukuk fakültesi mezunu olmayıp da üç senedir aralıksız olarak İstanbul'da dava vekilliği yapan kişilere dava vekili ruhsatı verilmesi öngörülmüş idi²⁵.

Muhamat Kanunu'nun 1924 yılına kadar avukatlık mesleğiyle ilgili olarak yapılmış olan çeşitli düzenlemeleri yeni bir anlayışla, tek bir kanun çatısı altında toplamayı amaçladığı görülmektedir. Muhamat Kanunu'nun avukatlık mesleği konusunda benimsediği yeni anlayış kanunun ismine de yansımıştır. "Muhamat" kelimesinin avukatlık mesleğini ifade etmek üzere Mısır'da kullanıldığı ve oradan alındığı anlaşılmaktadır. Bu kelimenin tercih edilmiş olmasının, yazılması ve okunuşu zor bir kelime

¹⁸ Mahkeme-i Temyîz 1945 yılında 491 sayılı Teşkilat-ı Esasîyye Kanunu'nu değiştiren 4695 sayılı Kanun ile Yargıtay adını almıştır.

¹⁹ Kanun Resmî Gazete'de yayınlanmamıştır. Kabul tarihi: 18 Mart 1340.

²⁰ İhtiyar Meclislerinin görebileceği davalar için bkz. Köy K. m. 49 vd. Köy ihtiyar meclislerinin bu yetkisi 26.07.1963 tarihinde 286 sayılı Köy Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kaldırılmıştır.

²¹ Ali Cem Budak/Varol Karaaslan/Eylem Apaydın/Fatih Aydemir, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2023, s. 10-13.

²² Düstur, I. Tertip, Cild III, s. 18 vd.

²³ İradenin metni için bkz. Fahrettin Tanju, Avukatlık ve Vekalet, Demokrat Matbaa, Adana, 1955, s. 105.

²⁴ Bkz. Tanju, s. 110 vd. yer alan nizamname, irade ve talimatnameler.

²⁵ Takvim-i Vakayi, 12 Ramazan 1327/ 4 Eylül 1325, Numara 341.

olması dolayısıyla Meclis müzakereleri sırasında eleştiri konusu edildiği görülmektedir.

Bu anlayışla kaleme alınan Muhamat Kanunu avukatların yapacağı işleri bugünkü 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin kaynağını teşkil etmek ve bu kanun hükmünde yer alan avukatlık tekelinin sınırlarını da çizmek üzere "bütün hukuki meselelerde yazılı ve sözlü mütalaa vermek, mahkeme, hakem ve yargı yetkisine sahip diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, bütün bu işlere ilişkin belgeleri düzenlemek" olarak saymaktadır.

Muhamat Kanunu avukatlık mesleğine kabul için gerekli şartları, bu meyanda adliyede hakimlik dışındaki işlerin görülmesi ile geçirilecek üç yıllık bir staj dönemini; en az on avukatın bulunduğu yerlerde baro kurulması zorunluluğunu ve baroya kayıtlı olmayanların avukatlık yapamayacağını; üniversite öğretim üyeliği ve hukuk, iktisat ve sosyoloji öğretmenliği dışındaki iş ve mesleklerin avukatlıkla bağdaşmayacağını; baroların teşkilatı ve özellikle barolar nezdinde kurulacak disiplin kurullarını; avukatlık ücretine ilişkin konuları ve özellikle -avukatlık ücretinin davanın kazanılması halinde ele geçecek tutarın bir kısmının avukata ait olacağı şeklinde belirlenmesini ifade eden- "hasıl-ı davaya iştirak yasağı" nı kapsayan düzenlemeler içermekte ve bu içeriğiyle daha sonraki yıllarda Avukatlık Kanunu adı altında yürürlüğe giren diğer iki kanunun²⁶ da temelini teşkil etmektedir.

460 sayılı Muhamat Kanunu yürürlüğe girmesinden iki yıl sonra 708 sayılı *Muhamat Kanununun Bazı Mevaddını Muaddil Kanun* ile değişikliğe tabi tutulmuştur²⁷. Bu değişikliğin kanunun esası bakımından köklü farklılıklar ortaya çıkartmadığı, daha çok kanunun ilk Meclis müzakereleri sırasında dile getirilen eleştirilerin dikkate alınmasıyla meydana getirilen bir değişiklik olduğu görülmektedir. Bu kapsamda adliye nezdinde yapılan avukatlık stajı süresi üç yıldan iki yıla, bir yerde baro teşkili için aranan avukat sayısı ondan yediye indirilmiş; beş yıl hakimlik veya hukuk fakültesinden mezun olarak dava vekilliği yapanların avukatlık yapabilecekleri ve baro teşekkül etmeyen yerlerde daha önce ruhsat almış veya açılacak imtihanda başarı göstermiş olan dava vekillerinin mesleki faaliyete devam edebilecekleri öngörülmüş; avukatlara avukatlık ücreti teminatı olmak üzere ellerinde bulunan müvekkillere ait mal ve paralar üzerinde hapis hakkı tanınmış ve nihayet Muhamat Kanunu'nun ismi Avukatlık Kanunu olarak değiştirilerek kanunda kullanılan muhamî kelimesi yerine "avukat" kelimesi ikame olunmuştur.

²⁶ 3499 sayılı Avukatlık Kanunu, Resmî Gazete 14.07.1938, S. 3959; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, Resmî Gazete 7.4.1969, S. 13168.

²⁷ Resmî Ceride, 6 Kanunusani 1926, s. 272.

III. 1086 SAYILI HUMK'UN HAZIRLIK SÜRECİ

A. ALMAN MEDENİ USUL KANUNU MEHAZ ALINARAK YAPILAN HAZIRLIK ÇALIŞMALARI²⁸

Cumhuriyet'in ilanından sonra yeni bir usul kanunu hazırlanmasına yönelik ilk adımlar 1923 yılında atılmaya başlanmıştır²⁹. Bu kapsamda bir komisyon oluşturulmuş ve bu komisyon ilk toplantısını 5 Haziran 1924 tarihinde yapmıştır³⁰. Medenî Kanun'un hazırlanmasında kanun çalışmalarını yürüten komisyon Alman Medenî Kanunu'nu mehaaz olarak kabul ettiğinden usul kanunu komisyonu da Alman Usul Kanunu'nu mehaaz alarak çalışmalarına başlamıştır³¹. Bu süre zarfında usul komisyonu Alman Usul Kanunu'nu mehaaz alarak yeni kanunun 265 maddeden oluşan ilk kısmını hazırlamıştır. Ancak sonraki süreçte 743 sayılı Medenî Kanun Alman Medenî Kanunu yerine İsviçre Medenî Kanunu mehaaz alınarak hazırlandığından Adalet Bakanlığı usul komisyonuna usul kanununun da İsviçre'den alınması talimatını vermiştir³².

Alman Usul Kanunu mehaaz alınarak hazırlanan ve Neuchâtel Medeni Usul Kanunu'nun alınmasına karar verildiği için yarıda bırakılan metin bakımından komisyon yaptığı her çalışmayı ve hazırlanan metnin gerekçesini Ceride-i Adliye'de yayımlamıştır. Bilindiği gibi 1086 sayılı HUMK'un bazı bölümleri de Alman Usul Kanunu dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu açıdan 1086 sayılı HUMK'un Alman Usul Kanunu mehaaz alınarak hazırlanan bölümleri ile HUMK öncesi hazırlanan metnin aynı konudaki hükümleri ciddi benzerlik içermektedir. Bunun yanında aynı bölümlerin yer yer 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu ile de benzerlikleri vardır.

B. 1086 SAYILI KANUN'UN KOMİSYON VE ADLİYE ENCÜMENİ RAPORLARI³³

1086 sayılı HUMK'un hazırlık çalışmaları, adliye encümenine sevk edilen metin ve madde gerekçeleri yayımlanmamıştır. TBMM arşivinde bulunan 1086 sayılı kartonda sadece HUMK'un TBMM'ye sevk edilmeden hemen önceki hali bulunmaktadır. Bu tasarıda ise muhtemelen dönemin Adalet Bakanı olan Mahmut Esat Bozkurt'un el yazısı ile yaptığı küçük

²⁸ Bkz. Yavuz Özkan, 1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati'nin Modern Usul Hukukuna Etkileri, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, 25-26.

²⁹ Mustafa Reşit (Belgesay), Umumî Medhal, 5.

³⁰ Usul-i Muhakemat-ı Hukukiyye Komisyon Raporları, Ceride-i Adliye, 1/26 (1 Eylül 1924), s. 967.

³¹ Usul-i Muhakemat-ı Hukukiyye Komisyon Raporları, Ceride-i Adliye, 1/26 (1 Eylül 1924), s. 967.

³² Mustafa Reşit (Belgesay), Umumî Medhal, s. 5.

³³ Özkan, 2021, s. 18-28.

tashih ve ilaveler mevcuttur. Bu düzeltmelerden anlaşıldığına göre hazırlanan tasarıda HUMK'un ismi *Hukuk Davaları Usulü Muhakeme Kanunu* iken yine muhtemelen Mahmut Esat Bozkurt tarafından yapılan el yazısı düzeltme ile 1086 sayılı Kanun'un ismi *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu* olarak belirlenmiştir. Bunun haricinde kartonda HUMK'un meclise sevk edildiği hali ve yine meclis tutanaklarında yer alan kısa esbab-ı mucibe layihası bulunmaktadır. Sonuç olarak komisyon tarafından adliye encümenine sevk edilen metin ve madde gerekçeleri maalesef kaybolmuştur.

Bu noktada HUMK'a ilişkin ulaşılabilen esbab-ı mucibe layihası ve Adliye Encümeni mazbatasından tespit edilebilen hususlar şöyledir:

İlk olarak esbab-ı mucibe layihasında Alman Usul Kanunu mehz alınarak hazırlanan usul kanunundan vazgeçilmesi üzerine yeni bir usul kanunu hazırlıkları için İstanbul'da 1925 yılı Eylül'ünde bir komisyon kurulduğu belirtilmiştir (*mütehassıslar komisyonu*). Bu komisyon hazırladığı çalışmayı 1926 yılı Aralık ayında Mahkeme-i Temyiz başkan ve üyelerinden oluşan 11 kişilik bir heyete tevdi etmiştir. 11 kişiden oluşan bu heyet hazırlanan metni incelemiş ve 2,5 ay sonra buna ilişkin bit mütalaa sunmuştur. Bunun üzerine de Adliye Encümeni metne son halini vermiş ve HUMK meclise sevk edilmiştir.

Adliye Encümeni komisyonun hazırladığı metin üzerinde yüzün üzerinde maddede ciddi değişiklik ve Kanun'un metnine birçok ekleme yapmıştır. Adliye Encümeni'nin yaptığı bu değişiklikler o döneme kadar gelen uygulamanın devamını temin etmek amacıyla yapılmıştır. Bu da haliyle 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun 1086 sayılı HUMK üzerindeki etkilerini artırmıştır.

Örneğin mahkemelerin görev ve yetkisinin hangi kelimelerle ifade edileceği HUMK'un hazırlanma sürecinde tartışma konusu olmuştur. Alman Usul Kanunu esas alınarak hazırlanan metinde görev yerine *zat-ı maslahat i'tibarıyla hakkı kaza* ve yetki için de *salahiyet* kelimeleri tercih edilmiştir³⁴. Neuchâtel Usul Kanunu esas alınarak hazırlanan metinde ise ilk önce mahkemelerin görevi için *zat-ı maslahat i'tibarıyla salahiyet*, yetkisi için ise *mahal i'tibarıyla salahiyet* olarak iki farklı tabir kullanmıştır³⁵. Bu

³⁴ Ceride-i Adliye, 1/26 (1 Eylül 1924), s. 967. Daha sonra görev için kullanılan *zat-ı maslahat i'tibarıyla kaza* terimi yerine *zat-ı maslahat i'tibarıyla salahiyet* denilmiştir (Ceride-i Adliye, 1/27 (1 Ekim 1924), s. 1037). Yetki için kullanılan *salahiyet* için ise *mevki' i'tibarıyla salahiyet* denilmiştir (Ceride-i Adliye, 1/28, (1 Kasım 1924), s. 1124)

³⁵ Mustafa Reşit (Belgesay), Şuun: Usul-i Muhakeme Komisyonunda, Hukuki Bilgiler Mecmuası, Y. 1926, S. 1/2, s. 106; Dilek Karademir Aydemir, Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 86. Mustafa Reşit (Belgesay) farklı bir makalesinde ve şerhinin sonraki 1939 tarihli baskısında komisyonun HUMK metnini Adliye Encümenine sevk ettiğinde yetki yerine *tarafeyn i'tibarıyla salahiyet* ibaresinin kullanıldığını söylemiştir (Mustafa Reşit (Belgesay), Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Hukuki Bilgiler Mecmuası, Y. 1927, S. 1/12, s. 759; Mustafa Reşit (Belgesay), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1939, s. 7 dp. 1).

terimler başta Neuchâtel Usul Kanunu olmak üzere, Fransa, Almanya, Cenevre ve Vaud Kantonları Usul Kanunlarının tercümesi neticesinde ortaya çıkmıştır³⁶. Ancak daha sonra Adliye Encümeni Türk Usul Hukuku'nda geçmişten beri mahkemelerin nev'i itibariyle ayırımına *vazîfe* ve yer itibariyle ayırımına da *salahiyet* denildiği ve Teşkilat-ı Esasiyye Kanunu m. 53'de "*mahkemelerin vazîfe ve salahiyetleri kanunla mukayyettir*" denilmesine binaen 1086 sayılı HUMK'daki başlıklandırma me haz kanuna göre değil Türk Usul Hukuku'nda yerleşmiş terimlere göre yapılmıştır³⁷.

Bunun haricinde özel mahkemelerinin görevlerinin ayrı bir kanunla –özel mahkemelere ilişkin teşkilat kanunları ile- düzenlenmesi genel bir uygulama iken; sulh mahkemelerinin görevinin HUMK'da yer alması yine Adliye Encümenin tasarrufu ile olmuştur. HUMK m. 581 ile usul kanunumuzda yer alması 1913 tarihli *Sulh Hakimleri Kanunu Muvakkati* ilga edildiğinden sulh mahkemelerinin görev alanlarının tespitine ilişkin HUMK m. 8 hükmü kanun metnine ilave edilmiştir³⁸. Sonraki süreçte bu uygulama HMK'da da devam ettirilmiştir.

1086 sayılı HUMK m. 573 ve 576 arasında düzenlen *hâkimlerin hukuki sorumluluğuna* ilişkin hükümler me haz kanun olan Neuchâtel Usul Kanun'dan alınmamıştır. 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'da hâkimlerin hukuki sorumluluğu *ıştika'* anil-hükkam başlığı altında 16 maddede düzenlenmiştir (1879 tarihli Medeni Usul Kanunu m. 255-270³⁹). Bu hükümler ile HUMK hükümleri arasında benzerlik vardır. Ancak bu hükümler birebir iktibas suretiyle de HUMK'a alınmamıştır. Bunun yanında komisyonun sevk ettiği metinde Adliye Encümeni'nce bu kısmın daha kolay tatbik edilebilecek bir şekilde değiştirildiği ifade edilmiştir⁴⁰. Neticede yapılan açıklama ve benzerliklerden HUMK m. 373-376

³⁶ Mustafa Reşit (Belgesay), *Salahiyet Kararları*, 94.

³⁷ Mustafa Reşit (Belgesay), HUMK Şerhi (1927), 10. Adliye Encümeni mazbatasında, "*Layihanın birinci faslımı teşkil eden bahsin zat-ı maslahat ve mahal i'tibarîyle salahiyet ünvanı altında ikiye taksimi gerek müellifati hukukiyyemizde ve gerek mahakimimizde ötedenberi müsta'mel ve menus olan tasnife tevafuluk etmemekle beraber Teşkilat-ı Esasiyye Kanunu'nun 53. maddesinde de mahkemelerin vazîfe ve salahiyetleri kanunla mukayyettir denilmesine mebnî zat-ı maslahat i'tibarîyle salahiyet yerine vazîfe ve mahal i'tibarîyle salahiyet makamına da mücerret salahiyet ta'bîrleri kabul edilmiş ve layihanın diğer mevaddında da buna göre tashîhler yapılmıştır*" şeklinde ifade edilmiştir.

³⁸ Mustafa Reşit (Belgesay), "Yeni Hukuk Usulü (S. 12)", s. 759. Adliye Encümeni mazbatasında, "*Sulh Hakimleri Kanunu ilga olunacağından (1086'nın yürürlüğe girmesiyle) sulh mahkemelerinin görevi sekizinci madde ile 1086'nın birinci kısmına ilave olunmuştur*" şeklinde ifade edilmiştir.

³⁹ *İştika'* anil-hükkam'ın ne anlama geldiği 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu m. 255'de açıklanmıştır.

1879 Tarihli Medeni Usul Kanunu m. 255 "*İştika' anil-hükkam bir da'vada tarafeyden birine mahkemenin reîs veya a'zasından biri veya birkaçı veyahut hey'et-i mecmuası canibinden kasden edilen gadr ve zulümden şikayet demektir*".

⁴⁰ Adliye Encümeni mazbatasında, "*hakimlerin mes'uliyetine dair olan onuncu bağ, tatbikatı daha kolay bir şekle ifrağ...*" şeklinde ifade edilmiştir.

hükümlerinin 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu mehz alınarak komisyon tarafından yeniden tertip ve tanzim edildiği ve Adliye Encümeni tarafından bir takım değişikliklerle son halini aldığı görülmektedir.

C. 1086 SAYILI HUMK'UN ÖZELLİKLERİ

1086 sayılı Kanun'un esbab-ı mucibe layihasında HUMK ile 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun farkları, 1086 sayılı Kanun'un özellikleri ve Neuchâtel Medeni Usul Kanunu'nun tercih sebebi hakkında bazı açıklamalar mevcuttur.

İlk olarak 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun batı kanunlarından mülhem olmaktan ziyade şer'i hükümleri ihtiva ettiği iddia olunarak yeni bir usul kanununun hazırlanmasını gerektirdiği belirtilmiştir. Bunun haricinde medeni kanunlar ile medeni usul kanunlarının birbiri ile uyumlu olması gerektiği, Medeni Kanun'un İsviçre'den alındığını bu sebeple usul hukukuna ilişkin kanununun da İsviçre'den alınması gerektiğini ve İsviçre usul kanunları içerisinde en yeni olan kanunun Neuchâtel Medeni Usul Kanunu'nu olduğunu belirterek 1086 sayılı Kanun'un mehzının neden Neuchâtel Medeni Usul Kanunu olduğu izah edilmiştir.

Mehz kanundan ayrılan yönler de esbab-ı mucibe layihasında açıklanmıştır. Bu bakımından ilk olarak adli teşkilatın dikkate alındığını ve Neuchâtel Medeni Usul Kanunu'nda yer almayan ya da eksik görülen bazı konularda Alman ve Fransız hukukundan yararlanıldığı belirtilmiştir.

1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun ekseriyetle şer'i hükümleri ihtiva ettiği doğru değildir. Neuchâtel Medeni Usul Kanunu'nun mehz olarak dikkate alınmış olması ise eleştiriye açıktır. Neuchâtel gibi küçük bir kantona ait, 1927 yılı itibarıyla herhangi bir uygulaması, uygulamasına ilişkin ilmi ve kazai herhangi bir içtihat bulunmayan bir kantonun usul kanununun ülkemiz açısından doğru bir tercih olmadığı kolaylıkla söylenebilir.

Diğer yandan HUMK'un 1879 tarihli Kanun'dan daha sistematik bir kanun olduğu görülmektedir. 1086 sayılı Kanun 1879 tarihli Kanun'a göre çok daha fazla başlıktan oluşmuştur. Aynı konuyu düzenleyen Kanun hükümlerinin bir başlık altında toplanması ve birbirinden farklı konuları içeren kanun hükümlerinin farklı başlıklar ile tefriki kanunun anlaşılabilirliğini artıracak, ders kitapları kanundaki başlıklara göre tanzim edilecek ve bu da hem kanuna ilişkin çalışma yapan kişilerin hem de uygulayıcıların işini çok fazla kolaylaştıracaktır. Ancak bu meziyet 1086 sayılı Kanun'un mehzının Neuchâtel Medeni Usul Kanunu olmasına bağlanamaz. Zira yeni usul kanunun hazırlanmasında sadece 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu ve uygulaması dikkate alınsaydı dahi, yine detaylı ve isabetli bir şekilde kanun hükümleri doğru başlıklarla tasnif edilebilirdi.

Sonuç olarak HUMK 10 bab ve 582 maddeden oluşan bir kanun olarak 18.06.1927 yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda birinci bab *vazife (görev) ve salahiyet (yetki)* (m. 1-27), *hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi* (m. 28-37), *taraflar, davanın ihbarı, üçüncü şahsın müdahalesi* (m. 38-

48), *iki taraf vekilleri* (m. 49-71), *iki tarafın hak ve vazifeleri* (m. 72-82), *ıslah* (m. 83-90), *feragat ve kabul* (m. 91-95), *teminat* (m. 96-100), *ihtiyati tedbirler* (m. 101-113), *muamelelerin şekli* (m. 114-159), *müddetler ve hali sabıka irca* (m. 159-174) ve son olarak *adli tatil* (m. 175-177) hükümlerinin yer aldığı on ikinci fasıldan müteşekkildir.

İkinci bab ise, *dava ikamesi* (m. 178-186), *itirazat-ı iptidaiyye* (m. 187-194), *davaya cevap ve karşı dava* (davayı mütekeleye) (m. 195-212), *tahkikat* (m. 213-221), *hadise* (m. 222-225), *muhasebeye muhtaç davalarda ihzari muameleler* (m. 226-229), *isticvap* (m. 230-235), *deliller* (m. 236-374), *tahkikatın hitamı ve muhakeme* (m. 375-381), *hüküm* (m. 382-397), *gıyap* (m. 398-412) son olarak *masarifi muhakeme* (413-426) hükümlerinin yer aldığı on ikinci fasıldan oluşmaktadır.

Üçüncü bab hükümlere karşı müracaat yollarının yani *temyiz* (m. 427-444), *iade-i muhakeme* (m. 445-454) ve son olarak *hükümün tavzihi* (m. 455-459) hükümlerinin yer aldığı üç fasıl ile düzenlenmiştir.

Bundan sonraki bablardan sadece yedinci ve dokuzuncu bab fasıllara ayrılmış, diğerleri ise tek bab altında bir başlık ile maddeler yer almıştır. Bu kapsamda dördüncü bab *haczi caiz olmayan şeyler* (m. 460-464), beşinci bab *müzaheret-i adliye* (m. 465-472), altıncı bab *şifahi usulü muhakeme* (m. 473-491), sekizinci bab *tahkim* (516-536), onuncu bab *hakimlerin mesuliyeti* (m. 573-576) hükümlerini ihtiva etmektedir.

Yedinci bab altında ise *özel muhakeme usulleri* (m. 494-511)⁴¹ ve *mahcuz mallara istihkak davası* (m. 512-515) hükümleri düzenlenmiştir. Son olarak dokuzuncu babta ise *ecnebi mahkemelerinden verilen ilamların sureti tenfizi* (m. 537-545), *temhir usulü* (m. 546-552), *tahrir* (m. 553-560), *taksim ve izale-i şüyu* (m. 561-570) ile *müzayede ile satış* (m. 571-572) hükümleri yer almıştır.

IV. 1086 SAYILI HUMK'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1086 sayılı HUMK 1927-2011 yılları arasında seksen dört yıl uygulanmıştır. Bu süreçte HUMK'da otuz farklı kanun ile değişiklik yapılmıştır⁴². Bu değişikliklerden ilki 1268 sayılı *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 400. Maddesini Muaddil Kanun* ile 28.05.1928 tarihinde yapılmıştır. Son değişiklik ise 6217 sayılı Kanun ile 14.04.2011 tarihinde yapılmıştır. Bunun haricinde HMK yürürlüğe girdikten sonra HUMK'un kanun yolu hükümleri uygulanmaya devam ettiğinden 30.04.2013 tarihinde 6460 sayılı Kanun ile HUMK'un kanun yoluna ilişkin bazı hükümlerinde değişiklik yapılmıştır.

⁴¹ Neseb işlerinde usulü muhakeme (m. 492-493), boşanma işlerinde sulh teşebbüsü - evlilik birliğini himaye tedbirleri (m. 494-500), seri usulü muhakeme (m. 501-560), basit usulü muhakeme (m. 507-511).

⁴² Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Dilek Aydemir, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa Kanun Değişikliklerine İlişkin Değerlendirme*, C. 17, S. 50, Y. 2021/3, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, s. 887-982.

Sonuç olarak 1086 sayılı HUMK üzerinde yapılan 31 değişikliğin bir kısmı birkaç maddenin değiştirilmesi suretiyle yapılmakla birlikte bazı değişiklikler bazen birçok maddenin değişmesine bazen de bir müessesenin değişmesine, kaldırılmasına ya da yeni bir müessesenin HUMK'a ithaline sebep olmuştur.

Bu kapsamda ilk olarak “*Muamelelerin Şekli*” başlıklı onuncu fasıl iki kısma ayrılmıştır. Birinci kısımda davetiyeler ve tebligat (HUMK m. 114-148); ikinci kısımda ise muhakeme celseleri, zabıtlar ve dosyalar (HUMK m. 149-158) düzenlenmiştir. Davetiyeler ve tebligata ilişkin hükümlerin tamamı bugün de yürürlükte olan 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 62/2 ile kaldırılmıştır. Bu kanun ile tebligata ilişkin bütün hükümlerin bir kanunda toplanması amaçlanmıştır. 6100 sayılı HMK'da da tebligata ilişkin hükümler yer almamıştır.

Bunun haricinde 1086 sayılı HUMK m. 226-229 maddeleri arasında *Muhasebeye Muhtaç Davalarda İhzari Muameleler* başlığı ile tahkikata ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu hükümler aslında HUMK yürürlükte olduğu sürece hiçbir değişikliğe uğramamıştır. Ancak uygulamada ve usul kitaplarında bahsi neredeyse hiç geçmeyen bu hükümlere 6100 sayılı HMK'da yer verilmemiştir.

Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğuna ilişkin düzenleme 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile 23.01.2004 tarihinde HUMK'a eklenmiştir (HUMK m. 295/A).

Hükme ilişkin düzenlemeler HUMK ilk yürürlüğe girdiğinde asliye mahkemelerinde ve sulh mahkemelerinde olmak üzere iki kısma ayrılarak ihdas edilmiştir. Ancak 22.12.1934 tarih ve 2606 sayılı Kanun m. 2 ile sulh hakimleri başlıklı HUMK m. 394 ile 397 arası hükümler kaldırılmıştır.

1086 sayılı HUMK'da taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi halinde yapılacaklar HUMK m. 398 ile 412 arasında *gryap* başlığı ile düzenlenmişti. Mezkur hükümler 05.03.1985 tarihli 3156 sayılı Kanun m. 25 ile ilga edildi. Bu maddelerden sadece HUMK m. 409 hükmü ilk önce 2606 sayılı Kanun (1934), sonrasında 1711 sayılı Kanun (1973) ve son olarak 3156 sayılı Kanun (1985) ile tadil edilerek bugün de uygulanan HMK m. 150 hükmünün mehası olan madde ihdas edilmiş oldu. Madde başlığı da “İşlemden kaldırma ve davanın açılmamış sayılması” şeklinde değiştirildi.

Aslında usul kanunlarında yer almayan ancak 1879 tarihli Kanun'un etkisi ile usul kanunlarında yer verilen icra hukukuna ilişkin hükümler ile milletlerarası usul hukukuna ilişkin hükümler de sonraki süreçte ilga edildi. Bu kapsamda 1424 sayılı ilk İcra ve İflas Kanunu ile *haczi caiz olmayan şeyler* başlıklı HUMK m. 460-464 hükümleri, 2675 sayılı MÖHUK ile de *ecnebi mahkemelerinden verilen ilamların sureti tenfizi* başlıklı HUMK m. 537-545 hükümleri ilga edildi. Bunlara ek olarak tarafların acele ve hiddetle verilmiş bir kararla boşanma davası açmalarına mani olmak, sulh hakimi tarafından onları barıştırmaya çalışmak gayesi ile HUMK m. 494-

499 arasında düzenlenen hükümler de müessesenin hiçbir faydasının olmadığı, sadece süreci uzattığı gerekçeleri ile ilga edilmiştir⁴³.

1086 sayılı HUMK'da tartışmasız en önemli yenilik istinaf usulünün yeniden kanunun metnine alınması olmuştur. Her ne kadar istinaf uygulamasına ancak HMK döneminde (20.07.2016 tarihinde) geçilmiş olsa da 5236 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile HUMK'a 426/A-U arası 20 madde eklenmiştir. Ayrıca yine 5236 sayılı Kanun'un 16. ve 20. maddesi ile temyiz usulü de istinaf usulünün varlığı dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir.

V. 1086 SAYILI HUMK SONRASINDA HAZIRLANAN USUL KANUNU TASARILARI⁴⁴

1086 sayılı HUMK'un değiştirilmesi amacıyla 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girdiği 2011 tarihine kadar yedi farklı kanun tasarısı hazırlanmıştır. Bunlardan sadece sonuncusu olan 2008 tarihli tasarı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu olarak yasalasmıştır.

A. 1948, 1952 VE 1955 TARİHLİ MEDENİ USUL KANUNU TASARILARI

Yeni bir usul kanunu için ilk çalışmalara HUMK'un henüz 20. yılı dolmadan yani 1946 yılında başlanılmıştır. Bu çalışmalar neticesinde 682 maddeden oluşan yeni bir usul kanunu tasarısı 1948 yılında hazırlanmıştır.

Tasarının en dikkat çeken hükümlerinden biri 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'ndan itibaren kabul edilen ve 6100 sayılı HMK'da da yer verilen görevin kamu düzeninden olduğu esastan tasarıda kısmen vazgeçilmiş olması, taraflara görev sözleşmesi yapabilme imkanının getirilmesi (m. 8/II) ve görevin ilk itiraz olduğunun belirtilmesidir (m. 235). Ancak bir taraftan görevin ilk itiraz olduğu belirtilmişken, diğer taraftan hâkimin re'sen görevsizlik kararı verebileceği kabul edilmiştir (m. 8/I).

Tasarıda yapılan değişikliklerden birisi de hâkimin davaların ayrılmasına ve birleşmesine re'sen karar verebileceğinin düzenlenmesidir (m. 59). Aslında HUMK'un yürürlüğe girdiği tarihte de bu konu eleştiri konusu olmuş ve hâkime bu yetkinin sehven verilmediği HUMK m. 46'nın mehazı olan Neuchâtel Medeni Usul Kanunu art. 40'a göre ve HUMK m. 48'in mehazı olan Neuchâtel Medeni Usul Kanunu art. 42'ye

⁴³ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 494, 495, 496, 497, 498, 499 ve 187/6 ncı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun'a ilişkin Adalet Komisyonu raporu.

⁴⁴ Tüm tasarılarının metinleri ve gerekçeleri ile tasarıların getirdiği yeniliklere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tülay Özer, HUMK'tan HMK'ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012; Tülay Özer, HUMK'tan HMK'ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları, Y. 2011, S. 20, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, s. 99-150.

göre hâkimin bu kararları re'sen de verebileceği belirtilmiştir⁴⁵. Nitekim HUMK'un mezkur hükümleri 2494 sayılı ve 16.07.1981 tarihli kanun ile değiştirilmiş ve hâkimin talep üzerine ya da re'sen ve davanın her aşamasında davaların ayrılmasına karar verebileceği belirtilmiştir. HMK m. 167 hükmünde de değişik HUMK m. 46 metnine sadık kalınmıştır.

Bunun haricinde hâkimin bazı tanıkları dinledikten sonra yeterli kanaat elde etmesi durumunda diğer tanıkları dinlemekten vazgeçebileceğine 1948 tarihli tasarının 293. maddesinde yer verilmiştir. Nitekim aynı düzenleme 6100 sayılı HMK'da da yer almıştır.

Hükmün ikmalî başlığı ile ilgili bir madde de tasarıda yer almıştır. Tasarının 484. maddesine göre tarafların asli ya da fer'i talepleri ile yargılama giderleri hakkında bir karar verilmesi unutulursa talep üzerine hükmün ikmal edilebileceği düzenlenmiştir. Benzer bir hüküm 22.07.2020 tarihli 7251 sayılı Kanun ile HMK'ya da eklenmiştir (m. 305/A).

20.02.1948 yılında meclise sunulan 1948 tasarısından kısa bir süre sonra 08.01.1952 tarihinde meclise yeni bir usul kanunu tasarısı sunulmuştur. Bu tasarı aslında 1948 tasarısının aynısı olup sadece istinafa ilişkin 27 madde eklenmiş ve temyiz usulü de buna göre tadil edilmiştir. Ancak istinaf mahkemelerinin kurulamayacağına anlaşılmaması üzerine yine 1948 tarihli tasarı dikkate alınarak ve dili kısmen sadeleştirilerek bu kez de 24.02.1955 tarihinde meclise yeni bir usul kanunu tasarısı sunulmuştur. Ancak bu da diğer iki tasarı gibi kadük kalmıştır.

B. 1967 TARİHLİ HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU DEĞİŞİKLİK TASARISI

Daha önce hazırlanan üç tasarının kadük kalması sebebiyle yeni bir usul kanununun yürürlüğe konulmasının zor olacağı düşünülerek; 1086 sayılı HUMK'da ciddi değişiklikler yapan bir tasarı hazırlanarak meclise sunulmuştur.

Aslında bu denli kısa aralıklarla usul kanununun değiştirilmesine yönelik bu arzu 1086 sayılı Kanun'un aslında iyi bir usul kanunu olmadığını göstermektedir. Nitekim 1967 tarihli tasarının genel gerekçesinde *"evveliminde gözetilen amaç, hukuk davalarında fuzuli ve zaman alıcı formalitelerin, kötüniyetli kişilere dava ve işlerin sürüncemede bırakmak fırsatını vermekten başka işe yaramayan bazı kayıtların bertaraf edilmesi suretiyle, sürat ve güvenliğin sağlanmasına gayret edilmiş olmasıdır"* denilerek 1086 sayılı HUMK'da yerinde olmayan ve yargılamanın uzamasına sebep olan hükümlerin olduğu vurgulanmıştır.

1967 tarihli tasarı *1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Başlığının ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması, Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı* ismiyle 29.02.1967 yılında meclise sunulmuştur.

İlk olarak tasarı ile usul kanununun isminin *Hukuk Yargılama Usulü Kanunu* olarak değiştirilmesi amaçlanmıştır. Bunun haricinde tasarı ile

⁴⁵ Mustafa Reşit (Belgesay), HUMK Şerhi (1927), s. 51.

1086 sayılı Kanun'daki 205 maddenin değiştirilmesi, 51 maddenin kaldırılması, 2 yeni madde eklenmesi ve 3 maddeye de fıkralar eklenmesi amaçlanmıştır. Bu açıdan yapılan değişiklikler ve eklemeler incelendiğinde, tasarrınn hükümlerinin 1948 tasarısı ile aynı doğrultuda olduğu görölmektedir.

1086 sayılı Kanun'un neredeyse yarısı üzerinde değişikliği amaçlayan bu tasarı da, HUMK'un tümnden değiştirilmesi gerektiği, bu şekilde külli ancak kısmi değişikliğin Kanun'un ahengini bozacağı, gerekçeleriyle yasalaşamamıştır⁴⁶.

C. 1971 VE 1993 TARİHLİ MEDENİ USUL KANUNU TASARILARI

1967 tarihli değişiklik tasarısından da sonuç alınamamasından kısa bir süre sonra, 26.04.1971 tarihinde, yeni bir usul kanunu tasarısı hazırlanmış ve Meclis'e sunulmuştur.

Bu tasarıda aslında önceki tasarılardaki değişikliklere benzer düzenlemeler yer almış ve HUMK'un dilinin güncel Türkçe ile uyumlu olmasına dikkat edilmiştir. Ancak 1971 yılında yaşanan muhtıra, sıkıyönetim gibi gelişmeler sebebiyle bu tasarı ile ilgili herhangi bir gelişme yaşanmamış ve tasarı ne siyasi ne de ilmi çevreler tarafından dikkate alınmadan unutulmuştur.

30.04.1973 tarih 1711 sayılı Kanun ile HUMK'un 11 maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bunun etkisi ile 1988 tarihine kadar yeni bir usul kanunu tasarısı gündeme gelmemiştir. Ancak 1988 yılında yeni bir komisyon oluşturulmuş ve bu komisyonun 5 yıllık çalışmaları ile hazırlanan tasarı *Hukuk Yargılama Usulü Tasarısı* ismi ile 02.12.1993 tarihinde meclise sunulmuştur.

1993 tarihli tasarıya bakıldığında çok önemli 3 değişikliğin hukuk usulüne dahil edilmesinin planlandığı görölmektedir. Bunlardan ilki aslında kaldırıldığı 1924 tarihinden beri ilgası bir hata olarak kabul edilen istinaf mahkemelerinin yeniden hayata geçirilmesidir. İkinci değişiklik ise HMK'da da kabul edilen ön inceleme aşamasının getirilmesidir. Ancak 1993 tarihli tasarıda ön incelemenin dosya üzerinden yapılacağı belirtilmiştir (m.160). Son olarak tasarı ile öteden beri var olan sulh hukuk-asliye hukuk ayırımına son verilmek istenilmiştir.

Ç. TASARILARIN 6100 SAYILI KANUN'A ETKİSİ

Daha önce de vurgulandığı üzere tasarılardaki temel gaye yargılamanın hızlandırılması olmuştur. Bu açıdan her 6 tasarıda da benzer düzenlemelerin yer aldığını görmekteyiz. Dolayısıyla aslında yeni bir usul kanununa ilişkin hazırlanan tasarıların 1948 yılında hazırlanan tasarıdan etkilenecek oluşturulduğu söylenebilir.

⁴⁶ Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/474), 28.04.1971, Dönem III, Toplantı 2, No. 64, TC Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Dairesi, Sayı 71-494, 5460, Genel Gerekeç, s. 1.

6100 sayılı HMK ile neticelenen 2004 yılında çalışmalarına başlanan 2008 tarihli tasarıda önceki tasarılarından önemli ölçüde yararlandırıldığı; özellikle HMK'nın getirdiği en önemli yenilikler olan ön inceleme ve istinafa ilişkin hükümlerin sırasıyla 1993 tarihli tasarıdan ve 1952 tarihli tasarımı esas alan 1086 sayılı Kanun'u değiştiren 5236 Sayılı Kanun değişikliğinden hemen hiç değiştirilmeden metne alınması şeklinde gerçekleştiği şeklinde görülmektedir. Nitekim 6100 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de 2008 tarihli tasarıların hazırlanmasında önceki tasarılarından da faydalandığı belirtilmiştir.

VI. 6100 SAYILI HMK'NIN HAZIRLIK SÜRECİ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun gözden geçirilerek yeni bir tasarı hazırlanması gayesi ile, 27.01.2004 tarihli Bakan oluru ile bir Komisyon (Bilim Komisyonu) oluşturulmuştur. Komisyonun oluşturulmasındaki amaç, Bakanlık olurunda; *“Yargı reformu çerçevesinde olmak üzere; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesi ve bir kısım uyuşmazlıkların nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk yargılamasına yansıtma amacıyla yeni bir Kanun Tasarısı hazırlamak”* şeklinde belirtilmiştir.

Komisyon ilk toplantısını bakan olurunun bir gün sonrasında yani 28 Ocak 2004 tarihinde zamanın Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in başkanlığında yapmıştır. Komisyon son toplantısını ise 18 Mayıs 2006 tarihinde yapmış ve hazırladığı tasarımı Adalet Bakanlığına teslim etmiştir.

Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Esas Komisyona (Adalet Komisyonuna) tasarı 02.05.2008 tarihinde havale olunmuş ve komisyon 14.05.2008 tarihli toplantısında, tasarıların geneli üzerindeki görüşmelerden sonra, daha ayrıntılı incelenmesi amacıyla bir Alt Komisyon kurulmasını kararlaştırmıştır. Alt Komisyonca, 17.11.2008 ve 21.11.2008 tarihlerinde yapılan toplantılarda, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile ilgili olarak alt komisyon kurulmasına rağmen esas komisyonda en ince ayrıntısına kadar yeniden müzakere edilmesi, aynı yöntemin Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında da uygulanacağını kuvvetle muhtemel olması ve yasama ekonomisi ilkesini de gözeterek 26.12.2008 tarihinde çalışmalara son verilmesinin uygun olacağı sonucuna varılmış ve alt komisyon bu doğrultudaki raporunu Esas Komisyona (Adalet Komisyonuna) sunmuştur.

Bunun üzerine Esas Komisyon (Adalet Komisyonu), 21.01.2009, 22.01.2009, 28.01.2009, 29.01.2009, 04.02.2009, 05.02.2009, 11.02.2009, 12.02.2009, 08.04.2009 tarihli toplantılarında Tasarıyı müzakere etmiş ve çalışmalarını 15.04.2009 tarihinde tamamlamış ve raporunu 02.06.2009 tarihinde TBMM'ye sunmuştur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 12.01.2011 Çarşamba günü yapılan 50. birleşimde tasarı milletvekilleri tarafından kabul edilmiş ve 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de (27836) yayınlanarak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir (HMK m. 451).

TBMM Genel Kurulu'nda HMK Tasarısı'nın görüşülmesi sırasında verilen değişiklik önerileri ile Tasarı'nın 2. (HMK m. 2), 3. (HMK m. 3), 206. (HMK m. 200), 207. (HMK m. 201), 347. (HMK m. 341), 368. (HMK m. 362), 405. (HMK m. 399), 453. (HMK m. 447) ve 457. (HMK m. 451) maddeleri değişikliğe uğramıştır. Tasarının Genel Kurul'da görüşülmesi esnasında tasarının 52. (HMK m. 46), 291. (HMK m. 285) ve 292. (HMK m. 286) maddeleri ile ilgili olarak verilen değişiklik önerileri ise Genel Kurul tarafından reddedilmiş ve bu maddeler herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

TBMM Genel Kurulu HMK Tasarısı'nın 5 ilâ 10. maddelerini metinden çıkartmıştır. Gerek bozulan teselsülün düzeltilmesi, gerekse atıf maddeleri bakımından gerekli uyumun sağlanması hususu, Tasarı'nın Meclis tarafından kabul edilmesinden sonra Genel Kurulun oyuna sunulmuş ve kabul edilmiştir. Böylece maddeler arası bozulan teselsül redaksiyon aşamasında kabul edilen metnin gazetede yayımlanmasından evvel düzeltilmiştir.

Ayrıca tasarının atıf maddeleri olan 49. (HMK m. 43), 50. (HMK m. 44), 51. (HMK m. 45), 70. (HMK m. 64), 135. (HMK m. 129), 136. (HMK m. 130), 159. (HMK m. 153), 181. (HMK m. 175), 256. (HMK m. 250), 257. (HMK m. 251), 268. (HMK m. 262), 276. (HMK m. 270), 312. (HMK m. 306), 348. (HMK m. 342), 349. (HMK m. 343), 181. (HMK m. 175), 350. (HMK m. 344), 352. (HMK m. 346), 357. (HMK m. 351), 362. (HMK m. 356), 363. (HMK m. 357), 368. (HMK m. 362), 372. (HMK m. 376), 374. (HMK m. 368), 375. (HMK m. 369), 378. (HMK m. 372), 379. (HMK m. 373), 383. (HMK m. 377), 386. (HMK m. 380), 401. (HMK m. 395), 402. (HMK m. 396), 441. (HMK m. 435) ve 449. (HMK m. 443) hükümlerinde yer alan başka maddelere yapılan yollamalar TBMM Genel Kurulu'nca yapılan değişiklikler doğrultusunda yine Kanun'un yayımlanmasından evvel Meclis Başkanlığı'nca yapılan redaksiyon çalışması ile düzeltilmiştir.

Ancak, TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilen metin üzerindeki değişiklikler doğrultusundaki düzeltme çalışması sadece bozulan teselsülün tekrar sağlanması ve atıf maddelerinin numaralarının yenilenmesi hususları ile sınırları ile kalmamış, metin Resmi Gazete'de yayımlanmadan evvel dil bakımından yapılacak olan bir redaksiyona uğramıştır. Her ne kadar dil bakımından yapılacak olan bir redaksiyon çalışması, TBMM Genel Kurulu görüşmeleri sırasında Genel Kurul'un oyuna sunulmuş olmasa da, bu redaksiyon metnin kabulünden sonra yayımlanmasına kadar geçen sürede Meclis Başkanlığı'nca yapılmıştır. Dil bakımından yapılan böyle bir çalışmanın da aslında yasama faaliyetine dahil olması gerekliliği ve TBMM Genel Kurulu'nun bu doğrultuda bir yasama işleminin bulunması zorunluluğu gözetilmemiştir.

VII. 6100 SAYILI HMK'NİN ÖZELLİKLERİ⁴⁷

6100 sayılı HMK'ya baktığımızda mehz olarak Alman ya da İsviçre Usul Kanunu yerine 1086 sayılı HUMK'un gösterilmesi gerekir. 6100 sayılı HMK büyük ölçüde HUMK hükümleri ile benzerlik göstermektedir. 1086 sayılı Kanun'daki bu hükümler, HMK'nın genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, dili sadeleştirilmek suretiyle HMK'ya alınmıştır⁴⁸.

Yukarıda 1086 sayılı HUMK ile 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'na ilişkin kıyaslamada, HUMK'un 1879 tarihli Kanun'dan daha sistematik bir kanun olduğu belirtilmiştir. Zira 1086 sayılı Kanun 1879 tarihli Kanun'a göre çok daha fazla başlıktan oluşmuş ve aynı konuyu düzenleyen Kanun hükümlerinin bir başlık altında toplanması ve birbirinden farklı konuları içeren kanun hükümlerinin farklı başlıklar ile tefriki HUMK'da çok daha başarılı bir şekilde kaleme alınmıştır. 6100 sayılı HMK'da tüm maddeler başlıklandırılmış⁴⁹ ve usul müesseselerinin sıralaması ve bir araya getirilmesi HUMK'a göre daha sistematik bir şekilde ele alınmıştır. Örneğin HUMK'da ihtiyati tedbirler m. 101-113 arasında düzenlenmişken, bir ihtiyati tedbir türü olan temhir ve tahrir usulleri m. 546-560 arasında düzenlenmiştir. HMK'da ise ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerin hepsi m. 389-406 arasında düzenlenmiştir. Ayrıca HUMK'da ıslah, feragat kabul, ihtiyati tedbir gibi müesseseler davaya ilişkin hükümlerden önce düzenlenmişken, HMK'da bu hükümler dava şartları, dava dilekçesi, cevap dilekçesi gibi hükümlerden sonra ele alınmıştır. Bu açıdan henüz dava ve cevap dilekçesine ilişkin hükümleri belirtmeden ıslahın ele alınması, davaya ilişkin tüm sürece ilişkin hükümleri düzenlemeden davaya son veren taraf işlemlerinin ele alınması HUMK'un sistematiginde görülen eksikliklerdir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında asliye hukuk-sulh hukuk mahkemelerinin görevi konusunda HUMK'daki sistem korunmuştu. Yani tasarı davanın değerine göre görevli mahkemenin tespiti usulünü devam ettirmekteydi. Ancak meclis görüşmeleri sırasında önerge verilmiş ve bu önerge doğrultusunda asliye hukuk-sulh hukuk mahkemelerinin görevini dava konusunun değerine göre belirleyen usul terkedilmiştir.

Bunun haricinde HMK diğer usul tasarılarında olduğu gibi yargılamanın hızlandırılmasını temel gaye olarak benimsemiştir. Yargılamanın hızlandırılması amacıyla HUMK'da yer almayan bazı yenilikler HMK'ya eklenmiştir. Örneğin davanın açılması ile davacıdan avans alınması usulü benimsenmiş ve bu suretle dava sırasında her işlem için ayrı ayrı masraf alınarak zaman kaybı yaşanması ve davaların uzaması kısmen önlenmiştir (HMK m. 114-120). Ayrıca taraflardan her

⁴⁷ Bkz. Baki Kuru/Alı Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, Eylül-Ekim 2011, s. 3-43.

⁴⁸ 6100 sayılı HMK'nın genel gerekçesinde "*tasarı aşlında 1086 sayılı Kanunun revize edilmesidir.*" sözleri ile 6100 sayılı HMK'nın HUMK ile olan ilişkisi ifade edilmiştir.

⁴⁹ 10.10.1984 tarihli ve 3056 sayılı Kanuna dayanılarak çıkartılan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 13 üncü maddesinde hazırlanan tasarılar da madde başlıklarının yer alması gerektiği yazılmıştır.

birinin ikamesini talep ettiği delil için belirlenen avansın, verilen kesin süre içinde yatırma zorunluluğu da getirilmiştir (HMK m. 324).

Yargılamanın hızlandırılması amacıyla yapılan en önemli yeniliklerden biri de ön incelemedir. Tüm deliller toplanıp dosyanın hüküm vermeye hazır hale gelmesi ile tahkikatının başlamasını amaçlayan ön inceleme aşaması HMK'nın en önemli yeniliklerinden birisidir. Gerekçede buna ilişkin *“ taraflar delillerini tam olarak göstermeden ve dilekçelerine eklemeyen, mahkeme de delilleri tam olarak toplamadan tahkikata başlamaktadır. Delillerin ve hukukî uyumsuzluğun tartışılması için yeterli hazırlık yapılmadan tahkikata başlandığında, istenen sonuç elde edilememekte, tahkikat, delillerin toplanması için gereksiz yere uzamaktadır. Bunun yanında, mahkemelerde, yeterli hazırlık yapıp dosyalar incelenmediğinden ve taraflar da bu konuda gerekli açıklamaları tam olarak yapmadıklarından, yargılamanın başında karar verilmesi gereken, usule ilişkin dava şartları ve ilk itirazlar davanın sonunda karar verilebilmektedir”* denilmiştir. Ancak gelinen noktada maalesef ön inceleme aşamasının yargılamanın seyrine olumlu bir etkisinin olmadığı görülmektedir.

6100 sayılı HMK ile HUMK'da yer almayan bazı önemli yenilikler de getirilmiştir. Örneğin HMK'da belirsiz alacak davası kabul edilmiş ve tarafların dava konusunun belirlenemediği durumlarda belirsiz alacak davası açabileceği ve dava konusunun belirlenebilir olduğu anda dava değerinin artırılmasının iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi olarak kabul edilmeyeceği ve faizin de tüm miktar üzerinden başlangıçtan itibaren hesaplanacağı kabul edilmiştir. Yine HMK'da çekişmesiz yargıya ilişkin bir kısım ayrılmış ve çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğuna ilişkin örnekler m. 382'de geniş bir şekilde yer verilmiştir⁵⁰. Ayrıca süreler açısından da önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bu kapsamda sürelerin daha kolay algılanabilmesi amacıyla bir hafta veya iki hafta, bir ay veya bir yıl gibi süreler kabul edilerek özellikle uygulayıcılar açısından daha rahat bir uygulama imkanı sunulmuştur.

Sonuç olarak HMK'ya bakıldığında sistematik olarak kısımlara, bölümlere, ayrımlara, genel başlıklara ve son olarak da madde başlıklarına ayrılmıştır. Bu kapsamda 12 kısma ayrılan HMK, 452 maddeden oluşmaktadır.

Birinci kısım görev ve yetki (m. 1-23), yargılamaya hâkim olan ilkeler (m. 24-33), hakimin yasaklılığı, reddi ve hukuki sorumluluğu (m. 34-49), taraflar ve davaya katılan üçüncü kişiler (50-83), teminat (m. 84-89), süreler, eski hale getirme, adli tatil (m. 90-104) hükümlerinden oluşan 6 bölüm ile düzenlenmiştir.

İkinci kısım dava çeşitleri (m. 105-113), dava şartları ve ilk itirazlar (m. 114-117) hükümlerinden oluşan 2 bölüm ile düzenlenmiştir. Üçüncü kısım yazılı yargılama usulünde davanın açılması (m. 118-125), cevap dilekçesi (m. 126-135), cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi ile ön inceleme (m. 136-142), tahkikat (m. 143-184), tahkikatın sona ermesi ve

⁵⁰ Bkz. Ali Cem Budak, “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – IV, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s. 128-187.

sözlü yargılama (m. 184-186) hükümlerinden oluşan 6 bölüm ile düzenlenmiştir

Dördüncü kısımda ispat ve deliller (m. 187-293), beşinci kısımda hüküm ve davaya son veren taraf işlemleri (m. 294-315) altınca kısımda basit yargılama usulü (m. 316-322), yedinci kısımda yargılama giderleri ve adli yardım (m. 323-340), sekizinci kısımda kanun yolları (m. 341-381), dokuzuncu kısımda çekişmesiz yargı (m. 382-388), onuncu kısımda geçici hukuki korumalar (m. 389-406), on birinci kısımda tahkim (m. 407-444) ve son olarak on ikinci kısımda son hükümler (m. 445-452) düzenlenmiştir

VIII. 6100 SAYILI HMK'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

6100 sayılı HMK yukarıda da ifade edildiği üzere TBMM'de 12.01.2011 Çarşamba günü yapılan 50. birleşimde kabul edilmiş, 24.01.2011 tarihinde Cumhurbaşkanlığı'na gönderilmiş ve Cumhurbaşkanlığı'nca 03.02.2011 tarihinde onaylanmış ve 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de (27836) yayınlanarak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yürürlüğe girme tarihine kadar yani 01.10.2011 tarihine kadar HMK'da 2 değişiklik yapılmıştır. HMK'da ilk olarak 14.04.2011 tarihli 6217 sayılı Kanun ile onama kararları başlıklı HMK m. 370 hükmünde değişiklik yapılmış ve 1086 sayılı HUMK'un temyiz hükümlerinin istinaf mahkemelerinin fiilen göreve başlama tarihine kadar uygulanacağı düzenlenmiştir. HMK henüz yürürlüğe girmeden yapılan diğer bir değişiklik ise 26.08.2011 tarihli 650 sayılı KHK ile yapılmıştır. Mezkur KHK ile adli tatil süresi değiştirilmiştir⁵¹.

6100 sayılı HMK yürürlüğe girdikten sonraki ilk değişiklik ise *ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev* başlıklı 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 tarihli ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı Kararı ile iptal edilmesi olmuştur.

Sonraki süreçte HMK'nın 137, 140 ve 320. maddelerine 22.06.2012 tarihli HUAK ile *arabuluculuğa* ibareleri eklenmiş, 30.04.2013 tarihli 6459 sayılı Kanun ile adli yardım hükümlerinde değişiklik yapılmış ve 30.04.2013 tarihli 6460 sayılı Kanun ile de HMK m. 373'e bir fıkra eklenmiştir.

Engelli bireylere yönelik ibarelerin değiştirilmesi amacıyla 03.05.2013 tarihli 6462 sayılı Kanun ile HMK'nın 172, 235 ve 259. maddelerinde geçen sakat ve özürlü ibareleri engelli şeklinde değiştirilmiştir.

11.04.2015 tarihli 6644 sayılı Kanun ile HMK'nın 109. maddesinin *talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması halinde kısmi dava açılmayacağı* hakkındaki 2. fıkrası yürürlükten

⁵¹ Bu hüküm Anayasa Mahkemesinin 18.07.2012 tarihli ve E. 2011/113 K. 2012/108 sayılı Kararı ile iptal edilmiş ve 650 sayılı KHK'da yer alan hüküm aynen 07.07.2013 tarihli 6494 sayılı Kanun ile getirilmiştir.

kaldırılmış ve hakimlerin hukuki sorumluluğu ile ilgili davaların hangi mahkemede açılacağı hakkındaki 47. maddede değişiklik yapılmıştır.

6100 sayılı HMK m. 20/1'de yer alan kanun yoluna başvuru süresinin kesin olarak verilen kararlarda kararın verildiği tarihten itibaren başlayacağını öngören “...bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten...” ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 10.02.2016 tarihli ve E 2015/96, K 2016/9 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nın 07.11.2015 tarihli 29525 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bölge Adliye Mahkemelerinin ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtta Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Kararı ile bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde tüm yurttan göreve başlayacakları ilan edilmiştir.

Bilirkişi deliline ilişkin HMK m. 266, 268, 269, 271, 274 ve 279 hükümleri 24.11.2016 tarihli 6754 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

24.11.2016 tarihli 6763 sayılı Kanun ile HMK'daki parasal sınırlara ilişkin maddelerde değişiklik yapılmış (m. 341, 362, 373) ve bu sınırların yeniden değerlendirilme oranına göre artırılmasını öngören bir madde eklenmiş (Ek Madde 1) ve kanun yollarına ilişkin olmak üzere, direnme kararlarının temyiz usulünde değişiklik yapılmıştır (Geçici Madde 4).

05.08.2017 tarihli 7035 sayılı Kanun ile HMK m. 302, 352, 353, 359, 361, 362 ve 363'te istinaf ve temyiz usulüne ilişkin değişiklikler yapılmıştır.

Yemine ilişkin Yargıtay İBK kararında (03.03.2017, 2015/2 E, 2017/1 K, RG 30099), HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile delil listelerinde “*sair deliller, her türlü delil, vesaire deliller*” gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline başvurmuş sayılmayacakları ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa yemin teklifinde bulunma hakkını hatırlatamayacağına karar verilmiştir.

694 sayılı OHAL KHK'sı ile HMK m. 268 hükmü değiştirilmiş⁵² ve bu maddede Bilirkişilik Kanunu'na yapılan atıflar 691 sayılı OHAL KHK'sı ile Bilirkişilik Kanunu m. 10'da yapılan değişikliğe uygun hale getirilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın bilirkişinin görev süresine ilişkin 274. maddesi ile tahkim yargılamasında görevli mahkemeye ilişkin 410, 416, 418 ve 439. maddelerinde 15.03.2018 tarihli 7101 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır.

Karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi, 31.07.2018 tarihli 7145 sayılı Kanun ile yargılamanın iadesi sebeplerine eklenmiştir.

28.07.2020 tarih ve 31199 sayılı RG'de yayımlanan 7251 sayılı ve 22.07.2020 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda

⁵² Bu değişiklik 01.02.2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanununun 156. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır

Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve diğer bazı kanunlarda çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu Kanun ile HMK önemli bir revizyona tabi tutulmuş, HMK m. 20, 28, 36, 38, 42, 94, 107, 116, 120, 123, 125, 127, 139, 140, 141, 147, 149, 177, 183/A, 186, 206, 215, 222, 281, 290, 305, 305/A, 306, 310, 314, 317, 323, 331, 341, 353, 356, 358, 359, 362, 391, 393, 394, 398, 402, 436, 440 ve geçici madde 3'te değişiklik yapılmıştır. 7251 sayılı Kanun m. 63'e göre bu değişiklikler ilgili Kanun'un Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir.

7251 sayılı Kanun ile HMK'da yapılan değişiklikler özetle hâkimin reddine, sürelere ve sürelerin başlamasına, belirsiz alacak davasına, gider ve delil avansına, ön incelemeye, ıslaha, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesine, duruşmaların icrasına ve toplu mahkemelerde tahkikatın yapılmasına, delillerin toplanmasına ve değerlendirilmesine, feragat, kabul ve sulhe, istinaf ve temyiz edilebilecek kararlara, ihtiyati tedbire, delil tespitine ve tahkime ilişkindir. Değişiklik yapılan maddeler yanında HMK'ya toplu mahkemelerde tahkikata ilişkin 183/A maddesi eklenmiştir. Ayrıca HMK'ya eklenen 305/A maddesi ile hükmün tamamlanması kurumu düzenlenmiştir.

6100 sayılı HMK'da son değişiklik ise Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.2022 tarihli ve E. 2022/7, K. 2022/79 sayılı Kararı ile olmuştur. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi kararın 375/i'de belirtilen sebeple iadesinin istenmesi açısından yargılamanın iadesini isteme süresi olarak belirlenen azami 10 yıllık sürenin iptaline karar vermiştir.

SONUÇ

Türkiye'de hukuk alanında modernleşme Cumhuriyet'ten önce 19. yüzyılın başlarında Avrupa Devletleri ile eş zamanlı olarak başlamıştır. Bu alanda kapsamlı ilk hukuki düzenleme ise 19. yüzyılın ortalarında 1849 tarihli Kanunname-i Ticaret'in ilanı ile olmuştur. Sonraki süreçte Kanunname-i Ticaret'i 1861 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Ticarete Dair Nizamname ve 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu Muvakkati izlemiştir.

Cumhuriyet'in ilanından sonra medeni usul hukuku alanındaki ilk önemli değişiklikler 1924 yılında 1 Mayıs Adli İnkılabı ile gerçekleştirilmiş bu kapsamda istinaf mahkemeleri ile şer'i mahkemeler lağvedilmiştir. 1927 yılında ise uzunca bir müddet Alman Kanununun iktibası maksadıyla yürütülmekte olan kanun hazırlığı çalışmaları yarıda bırakılarak İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu Medeni Usul Kanunu'nu esas alan yeni bir usul kanunu yapılmış ve neticede 84 yıl yürürlükte kalan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 18.06.1927 tarihinde kabul edilmiş ve 02-03-04.07.1927 tarihli Resmi Gazete'lerde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1879 tarihli Medeni Usul Kanunu o dönemde nizamiye ve sulh mahkemeleri olarak varlığını sürdüren 469 Sayılı Mahâkim-i Şer'iyyenin İlgasına ve Mahâkim Teşkilâtına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun'dan sonra asliye ve sulh mahkemeleri olarak isimlendirdiğimiz mahkemelerde uygulanan ve kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olarak kabul

edilebilecek bir yasal düzenlemedir. Bu açıdan 1879 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun 1086 sayılı HUMK'u etkilemesi kaçınılmaz bir durumdur. Esasen bu çıkarım usul kanunları açısından bir zorunluluktur. Zira yürürlükten kaldırılan kanun dönemindeki içtihatlar ve doktrinde eski kanunun uygulandığı dönemde oluşan görüşlerin bir süre daha etkili olması tabiidir.

6100 sayılı HMK açısından da aynı çıkarımı yapmak mümkündür. 6100 sayılı HMK'ya bakıldığında 1879 tarihli Kanun'un, 1086 sayılı HUMK'un ve 1948 yılından itibaren 1086 sayılı HUMK'u değiştirmek için hazırlanan 6 tasarının 6100 sayılı HMK'ya etkilerinin olduğu görülmektedir.

Yasalaşamayan altı tasarımı takiben hazırlanan yedinci tasarı ise 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu adıyla yürürlüğe girmiş; 1927 tarihli kanun yürürlükten kalkmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilen Bilim Komisyonunun 2011 yılına kadarki ilmi ve kazai içtihat birikimini ve İsviçre'de hazırlanmakta olan milli Medeni Usul Kanunu tasarısını dikkate alarak meydana getirdiği yeni Medeni Usul Kanunumuz yürürlüğe girdiği tarihten beri köklü bir değişikliğe tabi tutulmadan uygulanmaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

Aydemir D, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa Kanun Değişikliklerine İlişkin Değerlendirme, C. 17, S. 50, Y. 2021/3, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, s. 887-982.

(Belgesay) Mustafa Reşit, Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye, Kader Matbaası, İstanbul, 1338.

(Belgesay) Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Umumî Medhal, Yeni Matbaa, İstanbul, 1928.

(Belgesay) Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yeni Matbaa, İstanbul, 1927.

(Belgesay) Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1939.

(Belgesay) Mustafa Reşit, Şuun: Usul-i Muhakeme Komisyonunda, Hukuki Bilgiler Mecmuası, Y. 1926, S. 1/2, s. 106-110.

(Belgesay) Mustafa Reşit, Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Hukuki Bilgiler Mecmuası, Y. 1927, S. 1/12, s. 757-772.

(Belgesay) Mustafa Reşit, Salahiyet Kararları, Hukuki Bilgiler Mecmuası, Y. 1927, S. 1/2, s. 93-100.

Budak A C. “1295 Tarihli Eski Medenî Usul Kanun-u Muvakkati’nde İstinaf”, içinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, editör Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri, Antalya, 2015, s. 326-365.

Budak A C, “Belgesay Kürsüsünün 1937-1938 Ders Yılı Medenî Usul Hukuku Dersleri: Özellikle İkrar ve Kesin Hüküm Takrirleri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2020, C. 78, S. 3, s. 1169 - 1208.

Budak A C, “Bilgişin’in Ticaret Hukuku Prensipleri Başlıklı Eserinde Ticari Defterlerle İspat Usulü”, Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin’in Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, XII Levha, İstanbul, 2021, s. 151 – 175.

Budak A C, “Ticari Davaların Kısa Tarihi”, Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan, MİHBİR, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 317 – 362

Budak A C, “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – IV, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s. 128-187.

Budak A C/Demirbaş O, “Mayıs Adli İnkılabı”, Hazırlayanlar: Semiha NURDAN – Muhammed ÖZLER, XVIII. Türk Tarih Kongresi, Kongreye Sunulan Bildiriler VIII. Cilt, Hukuk ve Diplomasi – Türk-Ermeni İlişkileri, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2022, s. 57 – 78.

Budak A C/Karaaslan V/Apaydın E/Aydemir F, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2023.

Cabirzade M S, Tayin-i Mercî, Asaduryan Matbaası, İstanbul, 1322.

Karademir A D, Medenî Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019.

Kuru B/Budak A C, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, Eylül-Ekim 2011, s. 3-43.

Özer T, HUMK’tan HMK’ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları, Y. 2011, S. 20, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, s. 99-150.

Özer T, HUMK’tan HMK’ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.

Özkan Y, 1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati’nin Modern Usul Hukukuna Etkileri, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.

Tanju F, Avukatlık ve Vekalet, Demokrat Matbaa, Adana, 1955.

CUMHURİYET DÖNEMİNDE BİREYSEL VE TOPLU İŞ HUKUKUNDAKİ GELİŞMELER

Developments in Individual and Collective Labour Law During the Republican Period

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN*
Arş. Gör. Dr. H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY**

Öz: Türk hukuku açısından, iş hukukunun esas itibarıyla gelişimi, Cumhuriyetin ilanından sonraya tekabül etmektedir. Cumhuriyetin ilanından sonraki ilk yıllarda, bireysel iş hukuku alanında işçilere sosyal koruma sağlayan önemli kanunlar kabul edilmiş, toplu iş ilişkileri alanında ise bu gelişmeye rastlanılmamış ve hatta sendikal özgürlüklere yönelik yasaklayıcı bir tutum izlenmiştir. Bunun sebebi, bireysel iş ilişkilerinin siyasal gelişmelerden toplu iş ilişkilerine kıyasla daha az etkilenmesi olarak belirtilebilir. Böylece Cumhuriyet döneminde, bireysel iş hukuku alanındaki gelişmeler istikrarlı bir şekilde gerçekleşirken toplu iş hukuku alanındaki gelişmeler oldukça yavaş seyretmiştir. Mahiyetleri ve gelişim aşamaları farklı olduğundan, Cumhuriyet döneminde iş hukukundaki gelişmeleri bireysel ve toplu iş hukukundaki gelişmeler olarak iki başlık altında incelemek yerinde olur. Çalışmamızda, Cumhuriyetin ilanından günümüze kadar bireysel ve toplu iş ilişkilerini düzenleyen temel kanunlar mukayeseli olarak incelenmiş ve anılan kanunların birbirleriyle bağlantılarına yer verilmiştir. Bu suretle, süreç içerisinde bireysel ve toplu iş hukukundaki gelişmeler değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel İş Hukuku, Toplu İş Hukuku, Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu.

Abstract: In terms of Turkish law, the main development of labour law corresponds to the period after the proclamation of the Republic. In the first years after the proclamation of the Republic, important codes providing social protection to employees in the field of individual labour law were adopted, while no such development was observed in the field of collective labour relations and even a prohibitive attitude towards trade union freedoms was followed. This is because individual labour relations are less affected by political developments than collective labour relations. Thus, during the Republican period, while developments in the field of individual labour law took place steadily, developments in the field of collective labour law were quite slow. Since their nature and stages of development are different, it would be appropriate to examine the developments in labour law during the Republican period under two main topics as the developments in individual and collective labour law. In our study, the basic codes regulating individual and collective labour relations from the proclamation of the Republic to the present day have been examined comparatively and the interconnections of the laws have been included. In this way, the developments in individual and collective labour law have been evaluated.

Keywords: Individual Labour Law, Collective Labour Law, Turkish Code of Obligations, Labour Code, Press Labour Code, Maritime Labour Code, Code of Trade Unions and Collective Labour Agreements, Code of Public Officials' Trade Unions and Collective Agreements.

* Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, usanfatih@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5489-5602.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, hilaltiritoglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3429-9210.

Makale Geliş Tarihi: 17.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 27.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391351



GİRİŞ

Türkiye’de sanayileşme Batı ülkelerine göre oldukça geç başlamıştır. Sanayileşme hareketinin Batı ülkelerinde başladığı 18. yüzyılın sonlarında, Osmanlı İmparatorluğu’nda üretimin zanaatkarlar tarafından yapıldığı ve ekonominin büyük ölçüde tarıma dayalı olduğu bilinmektedir. Bu süreçte, çalışma hayatı esnaf kuruluşları (loncalar)¹ tarafından oluşturulan kurallar ve gelenekler ile şekillendirilmiştir. Bu sebeple, iş hukukunun gelişiminin uzun zaman içerisinde gerçekleştiği belirtilebilir. Zira Batı ülkelerinde işçi sınıfının doğuşu için geçerli olan sebepler ülkemizde ortaya çıkmamıştır². Türk hukuku açısından, iş hukukunun tarihi gelişimi incelenirken Cumhuriyet öncesi ve Cumhuriyet sonrası şeklinde ikili bir ayrıma yer verilmesi gereklidir. İş hukukunun esas itibarıyla gelişimi, Cumhuriyetin ilanından sonraya tekabül etmektedir³.

Cumhuriyetin ilanından sonra, bireysel iş hukukuna yönelik olarak çıkarılan ilk özel kanun 1924 tarihli ve 394 sayılı Hafta Tatili Kanunudur⁴.

¹ Osmanlı İmparatorluğunda, çalışma ilişkilerinin düzenlenmesinde ekonomik, sosyal ve hukuki bir sistem olarak yüzyıllar boyu esnaf kuruluşları (ahilik-loncalar) büyük bir rol üstelenmiştir. Bu bakımdan, çalışma ilişkilerinde loncalar tarafından oluşturulan kuralların belirleyici olduğu ifade edilebilir. Loncalar, meslek ve sanat dalları için kendi özellikleri ile uyum arz eden çalışma koşulları tesis etmiştir. Anılan kuruluşlarda, çıraklık, kalfalık ve ustalık şeklinde ilerleyen hiyerarşik bir sistem bulunmaktaydı. Sanayi devrimi sonrasında kapitülasyonların da etkisiyle, Osmanlı toplumunda zanaat yaşamı oldukça kötü şekilde etkilenmiştir. Bunun neticesinde, süreç içerisinde lonca sistemi zayıflayarak ortadan kalkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s.13; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s.14; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.13.

² Kemal Oğuzman, “931 Sayılı Yeni İş Kanununun Özellikleri”, C.33, S.3-4, 1967, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s.215; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 35. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s.5-6; Süzek, s.13; Aziz Can Tuncay/Burcu Savaş Kutsal/Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, Revize Edilmiş 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023, s.7; Sur, 2022, s.14; Müjdat Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s.6-7; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.30; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.31-32; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2022, s.41; M. Fatih Uşan/Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.37-38; Tulukçu N B, *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.91.

³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.8-9; Süzek, s.13-14; Şakar, s.7; Sümer, 2022, s.5; Uşan/Erdoğan, s.37-38.

⁴ RG, 21.01.1924, S.54. Hafta Tatili Kanunu, 7033 sayılı “*Sanayinin Geliştirilmesi ve Üretimin Desteklenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde*

Bununla birlikte iş sözleşmesine yönelik hükümlerin yer aldığı en önemli düzenleme, 1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunudur. Anılan Kanunda, iş sözleşmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu 2012 yılına kadar uygulama alanı bulmuş, ardından yerini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu almıştır. Belirtelim ki, kişilerin sağlıklarının korunması amacıyla güden 1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁵ da halen yürürlüktedir⁶.

İş Hukukuna ilişkin ilk temel kanun ise, 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunudur. 3008 sayılı İş Kanununun akabinde 931 sayılı İş Kanunu kabul edilmiş, ancak bu Kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptali üzerine 1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu uzun bir süre yürürlükte kaldıktan sonra yerini 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa bırakmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanununu bir maddesi haricinde (kıdem tazminatına yönelik 14. madde) tamamen yürürlükten kaldırmıştır. Halen yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanununda 77-89. maddeler arasında düzenlenen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler de 2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler tüm çalışanları kapsamına alan müstakil bir kanun ile güvence altına alınmıştır. Bunun yanı sıra, özel iş kanunları olarak bilinen 1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ve 1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu yürürlüğünü sürdürmektedir⁷.

Toplu iş hukuku alanında, 1961 Anayasasının kabulünden sonra⁸, Anayasada öngörülen esaslara uygun olarak 1963 tarihinde 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz.RG, 01.07.2020, S.30111.

⁵ RG, 06.05.1930, S.1489.

⁶ Oğuzman, s.216; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.9; Ali Güzel, “3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, S.35-36, 1986, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, s.173; Şakar, s.7-8; Sümer, 2022, s.5-6; Akyiğit, 2021, s.31; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.44; Uşan/Erdoğan, s.38; Orhan Ersun Civan, “3008 Sayılı İş Kanunu”, Atatürk Ansiklopedisi, 2021, s.1, (<https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/>, s.e.t. 01.08.2023); Ömer Ceylan, “3008 Sayılı İş Kanunu’ndan 931 Sayılı İş Kanunu’na: Türkiye’de Bireysel İş Hukukunun Kurumsallaşması”, C.4, S.1, 2019, Emek Araştırma Dergisi, s.89.

⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.9-15; Sümer, 2022, s.6; Akyiğit, 2021, s.31-33; Uşan/Erdoğan, s.38-39; Aydın Başbuğ/Mehtap Yücel Bodur, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s.18-20.

⁸ 1961 Anayasasında çalışma hayatına ilişkin önemli esaslar düzenlenmiştir.1961 Anayasası ile ilk kez çalışma hakkı (m.42), çalışma şartları (m.43), dinlenme hakkı (m.44), ücrette adalet sağlanması (m.45), sendika kurma hakkı (m.46), toplu sözleşme ve grev hakkı (m.47), sosyal güvenlik hakkı (m.48) düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır. Böylece, ülkemizde çalışma hayatına yönelik önemli haklar anayasal güç kazanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.11-12; Süzek, s.15; Şakar, s.8; Sümer, 2022, s.6; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.48.

Kanunu yürürlüğe konmuştur. 1982 Anayasasının kabulünden sonra ise⁹, 274 ve 275 sayılı Kanunlar yerlerini, 1983 tarihli 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununa bırakmıştır. Nihayet 2010 tarihinde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu yürürlüğe girmiş ve toplu iş hukuku alanının iki ayrı kanun ile düzenlenmesi uygulamasından vazgeçilmiştir. Kamu görevlileri için ise, ayrı bir düzenleme yapılmış ve 2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu yürürlüğe konmuştur¹⁰.

Çalışmamızda, Cumhuriyet döneminde bireysel ve toplu iş hukukundaki gelişmeler konusu ele alınmıştır. Bunun için, öncelikle genel bir giriş kısmına yer verilmiştir. Akabinde bireysel ve toplu iş hukukuna yönelik temel kanunlar iki ana başlık altında mukayeseli olarak ele alınmıştır. Böylece, bireysel ve toplu iş hukuku alanlarında süreç içerisinde gerçekleşen gelişmeler değerlendirilmiştir.

I. BİREYSEL İŞ HUKUKU

A. GENEL OLARAK

Cumhuriyet döneminde, bireysel iş hukuku alanındaki gelişmelerin istikrarlı bir şekilde gerçekleştiğini belirtebiliriz. Zira bireysel iş ilişkileri, siyasal gelişmelerden toplu iş ilişkilerine kıyasla daha az etkilenmiştir¹¹. Bireysel iş hukukunun konusunu, iş sözleşmesi ile işçi ve işveren arasında kurulan hukuki ilişki oluşturur. Bu doğrultuda, iş sözleşmesinin kurulması, iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçların yerine getirilmesi, çalışma koşullarının düzenlenmesi, çalışma ve dinlenme süreleri, iş sağlığı ve güvenliği, iş sözleşmesinin sona ermesi ve sonuçları gibi hususlar bireysel iş hukukunun kapsamı içerisinde bulunur¹². Bireysel iş ilişkileri; esas itibarıyla 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki

⁹ 1982 Anayasasında, iş hukuku ile doğrudan bağlantılı olarak “*Çalışma ile ilgili hükümler*” başlığı altında, çalışma hakkı ve ödevi (m.49), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (m.50), sendika kurma hakkı (m.51), toplu iş sözleşmesi, grev hakkı ve lokavt (m.53), grev hakkı ve lokavt (m.54), ücrette adalet sağlanması (m.55) ile sosyal güvenlik hakkına (m.60) yönelik hükümlere yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.14; A. Murat Demircioğlu/Tankut Centel/Hasan Ali Kaplan, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s.29; Süzek, s.16.

¹⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.12-15; Melda Sur, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, C.4, S.39, 2013, Çalışma ve Toplum Dergisi, s.318; Sümer, 2022, s.6-7; Akyiğit, 2021, s.32; Uşan/Erdoğan, s.39; Başbuğ, Yücel Bodur, s.18-19.

¹¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.52.

¹² Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.7; Şakar, s.4; Sümer, 2022, s.4; Uşan/Erdoğan, s.36.

Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmektedir¹³.

B. BİREYSEL İŞ İLİŞKİLERİNİ DÜZENLEYEN GENEL KANUNLAR

İş ilişkileri, yalnızca özel kanunlar vasıtasıyla düzenlenmemektedir. Genel kanunlar da iş hukukunun kaynakları arasında yer alır¹⁴. Türk Medeni Kanunu m.5 uyarınca, “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” Bu hüküm, esasen her iki kanunun temel kanun olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. Elbette ki, iş ilişkileri bakımından da anılan hüküm uygulama alanı bulur. Özellikle, Borçlar Kanunu bireysel iş ilişkilerine kaynak teşkil eden genel kanunların başında gelir¹⁵. Borçlar Kanununun bireysel iş ilişkilerinin düzenlenmesi bakımından özel ve önemli bir yerinin bulunması dolayısıyla çalışmamızda 818 sayılı mülga Borçlar Kanununa ve yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa ayrı birer başlık altında yer verilmiştir.

1. 818 Sayılı Borçlar Kanunu

Cumhuriyetin ilanından sonra, iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin yer aldığı en önemli ilk düzenleme 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunudur¹⁶. İsviçre Borçlar Kanunundan uyarlanan 818 sayılı Borçlar Kanunu, henüz bir iş kanununun bulunmadığı dönemde kabul edilerek uzun bir süre bireysel iş ilişkilerini düzenleyen tek metin olarak yürürlükte kalmıştır. Tüm borç ilişkilerini düzenleme amacı güden 818 sayılı Borçlar Kanununun onuncu babında (m.313-354) “*Hizmet akdi*”ne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Böylece, Kanunda işçi-işveren ilişkileri hizmet akdi başlığı altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü ilkesine yaslanan bu Kanunun, iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinde liberal ve bireyci görüşe bağlı kaldığı ifade edilebilir¹⁷.

¹³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.15; Süzek, s.3; Akyiğit, 2021, s.45; Uşan/Erdoğan, s.36.

¹⁴ En basit ifade ile, genellik gösteren ve kapsam itibarıyla geniş bir konuyu düzenleyen kanunlar “*genel kanun*”, sınırlı konuda düzenleme yapan ve belirli bir alana ilişkin olarak çıkartılan kanunlar ise “*özel kanun*” olarak adlandırılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, “Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi” (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), S.22, 2011, Sicil İş Hukuku Dergisi, s.23-24.

¹⁵ Yılmaz, s.27-28; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.65; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2021, s.5; Sabahattin Yürekli, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.68; Karaçöp/Yamakoğlu, s.87.

¹⁶ RG, 29.04.1926, S.359.

¹⁷ Güzel, s.173; Yılmaz, s.29; Sümer, 2022, s.5-6; Süzek, s.14; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.65; Uşan/Erdoğan, s.38; Tulukçu, s.91;

818 sayılı Kanun, kabul edildiği 1926 yılından itibaren 85 yıl boyunca yürürlükte kalmış ancak günün ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalması, dili itibarıyla anlaşılmasının zor olması gibi gerekçelerle 2012 yılında yerini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa bırakmıştır¹⁸.

2. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

İş hukukunu etkileyen en önemli düzenlemelerden biri de 01.11.2010 tarihinde kabul edilen ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunudur¹⁹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlığını taşıyan 6. Bölümünde, sırası ile “*Genel Hizmet Sözleşmesi*” (m.393-447), “*Pazarlamacılık Sözleşmesi*” (m.448-460) ve “*Evde Hizmet Sözleşmesi*”ne (m.461-469) ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu doğrultuda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, 818 sayılı Borçlar Kanununa kıyasla daha kapsamlı ve ayrıntılı hükümler içerdiği belirtilebilir. Anılan Kanun, uygulama alanına giren konularda köklü değişiklikler meydana getirmiştir²⁰.

Ceylan, s.89-90; Güneş/Mutlay, s.233. Liberal ve bireyci dönem, işçi işveren ilişkileri hususunda, bazı doğrudan yahut dolaylı yasal düzenlemeler bulunsa da, çalışma koşullarının sözleşme özgürlüğü uyarınca belirlendiği ve bu suretle işverenin keyfi muamelelerinin ağır bastığı bir dönemdir. Bahsi geçen dönemde işçiler, oldukça kötü şartlar altında iş görmüşlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Gülmez, *Türkiye’de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi)*, 2. Bası, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1991, s.406; Güzel, s.170, 173-174; Ceylan, s.89-90.

¹⁸ Yılmaz, s.28; Sümer, 2022, s.5-6; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.65; Uşan/Erdoğan, s.38; Başak Güneş/Faruk Barış Mutlay, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, C.3, S.30, 2011, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, s.233; Eda Karaçöp/Efe Yamakoğlu, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi”, C.10, S.38, 2013, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, s.84.

¹⁹ RG, 04.02.2011, S.27836.

²⁰ Yılmaz, s.29; Süzek, s.17; Cevdet Yavuz, “Yeni (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmeleri”, S.2, 2011, *İzmir Barosu Dergisi*, s.48; Sümer, 2022, s.6; Akyiğit, 2021, s.32; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.65; Yürekli, 2016, s.26; Güneş/Mutlay, s.233; Karaçöp/Yamakoğlu, s.84-85. 6098 sayılı Kanunun Genel Gereğesinde yer verilen yeni düzenlemeler şu şekilde ifade edilmiştir; “*Birinci Ayrımında, genel hizmet sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen 394 üncü maddenin son fıkrasına, “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.” hükmü eklenerek, işçilerin menfaati korunmuştur. Yürürlükteki Kanunda yer almayan “Teslim ve hesap verme borcu”, 397 nci maddede düzenlenmiş yeni bir hükümdür. Aynı şekilde, “Düzenlemelere ve talimata uyma borcu” da 399 uncu maddede düzenlenmiş yeni bir hükümdür. Yeni hükümlerden biri de, 404 üncü maddede yer verilen “Aracılık ücreti”dir. Aynı şekilde “İkramiye”yi düzenleyen 405 inci madde, “Ücret alacağıının haczi, devri ve rehnedilmesi” konusunu düzenleyen 410 uncu madde, “Birim ücreti” düzenleyen 412 nci madde, “Giderler” kenar başlığını taşıyan 414 üncü madde, “Taşıma araçları” kenar başlıklı 415 inci madde, “Giderlerin ödenmesi” konusunu düzenleyen 416 nci madde, “İşçinin kişiliğinin*

6098 sayılı Kanunun “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı 6. Bölümünün 1. Ayırımında, 393 ila 447. maddeler arasında “*Genel Hizmet Sözleşmesi*” düzenlenmiştir²¹. Bireysel iş ilişkilerini iş sözleşmesi bağlamında düzenleyen hükümleri; iş sözleşmesinin tanımı (m.393), işçinin borçları (m.395-400), işverenin borçları (m.400-426), sınai ve fikri mülkiyet hakkı (m.427), hizmet ilişkisinin devri (m.428-429) ve sözleşmenin sona ermesi (m.430-447) şeklinde belirtebiliriz. Genel hizmet sözleşmesine ilişkin yer verilen bu hükümler, bireysel iş ilişkilerinin genel hüküm mahiyetindeki önemli esaslarını meydana getirmektedir. Zira bahsi geçen genel hükümler, Türk Borçlar Kanununun sözleşmelere ilişkin genel kurallarına kıyasla bireysel iş ilişkileri için özel olarak öngörölmüş kurallardır. Türk Borçlar Kanunu, çoğunlukla yedek hukuk kuralı ya da yorumlayıcı nitelikte düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte, bireysel iş ilişkilerine yönelik düzenlemeler emredici niteliktedir. Bu yönüyle, 6. Bölüm hükümlerinin Kanunun geneli içerisinde farklı bir yeri vardır²².

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, İsviçre Borçlar Kanununun etkisinde kalarak iş sözleşmesine dair ayrıntılı düzenlemeler öngörmesi esasen öğretide eleştirilmektedir²³. Zira 818 sayılı Borçlar Kanununun kabul edildiği 1926 yılında iş mevzuatı bulunmadığından anılan Kanunda

korunması” ile ilgili 419 ve ibraya ilişkin 420 nci maddeler, “Yullık izin” ile ilgili 422 ilâ 425 inci maddeler ile “Hizmet ilişkisinin devri”, “Sözleşmenin devri”, “Feshe karşı koruma”, “Haklı sebebe dayanmayan feshin sonuçları”, “İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması”, “Sözleşmenin sona ermesinin sonuçları”, “Geri verme yükümlülüğü” ile “Makbuz hükmünde sayılmama” konularını düzenleyen 428, 429, 434, 438, 439, 442, 443 ve 447 nci maddeler, yürürlükteki Kanunda mevcut olmayan yeni hükümlerdir. İkinci Ayırımında düzenlenen “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almamış olmakla birlikte, uygulamada çok sık karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür. Bu ayırımın içerdiği hükümlerin yer aldığı 448 ilâ 460 ıncı maddeler, tamamen yeni düzenlemelerdir. Üçüncü Ayırımında yer verilen “Evde Hizmet Sözleşmesi”ne ilişkin 461 ilâ 469 uncu maddeler de yeni düzenlemeler arasındadır.”

²¹ Öğretide bir görüş, 4857 sayılı İş Kanununda benimsenen “iş sözleşmesi” kavramı yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda “hizmet sözleşmesi” kavramının tercih edilmesinin yerinde olmadığını belirtmektedir. Zira farklı kanunlar arasında aynı hukuki müesseseler için terminolojik birliğin sağlanması yoluyla karışıklıkların önüne geçilebileceği kanısı hakimdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş/Mutlay, s.235.

²² Süzek, s.17; Yavuz, s.48; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.65-66; Güneş/Mutlay, s.234.

²³ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.65. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu başka açılardan da eleştirilmektedir. Kanunun hazırlık sürecinde uluslararası alanda ve Avrupa’da yapılan çalışmaların ve değişikliklerin yeterli düzeyde dikkate alınmadığı, liberal hukuk sistemine ve irade özgürlüğüne aykırı hükümlere yer verildiği ileri sürülmüştür. Bunun yanı sıra, Kanunda dili sadeleştirmek adına yerleşmiş hukuki kavramların terk edildiği ve terk edilen kavramlar yerine bu kavramları tam olarak karşılamayan ibarelere yer verildiği öne sürülmüştür. Yine, kullanılan bazı terimlerde birlik olmadığı, madde metinlerinde cümle düşüklükleri ve ifade bozuklukları bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş/Mutlay, s.234.

iş sözleşmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmesi makul ise de 6098 sayılı Kanun bakımından durum farklıdır. Böylece, yeni tarihli genel kanun olan 6098 sayılı TBK ile eski tarihli özel kanun olan 4857 sayılı İş Kanununun aynı konuyu düzenleyen ve çelişen hükümleri ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, esasen her iki Kanunun kapsam ve içeriği farklıdır. Bu halde, anılan Kanunlarda aynı konuyu düzenleyen ve çelişkili hükümler bakımından 6098 sayılı Kanunun 4857 sayılı Kanunu değiştirdiği söylenemez²⁴.

Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesine yönelik hükümleri, İş Kanunu hükümleri karşısında göreceli bir genel hüküm niteliği taşır. Burada, işçilerin iş kanunlarına tabi olup olmamasına göre bir ayırım yapılması gerekir. İş kanunlarının kapsamı dışında kalan işçiler bakımından, Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, bu işçiler ile işverenleri arasında genel hüküm olarak değil de özel hüküm olarak doğrudan uygulama alanı bulur. İş kanunlarının kapsamında bulunan işçiler bakımından ise, Türk Borçlar Kanunu genel nitelikli – tamamlayıcı bir kanun olarak değerlendirilmektedir. Böylece, iş kanunlarında boşluk bulunan hallerde, iş hukukunun özel niteliğine aykırı düşmediği takdirde, 6098 sayılı Kanun genel kanun – özel kanun ilişkisi bağlamında uygulama alanı bulur. Ancak, iş kanunlarında boşluk bulunmaması halinde Türk Borçlar Kanunu hükümleri işçiler bakımından daha lehe oldukları gerekçesiyle uygulanamaz²⁵.

Türk Borçlar Kanununun 6. Bölümü “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlığını taşısa da bu bölümde iş sözleşmesinin yanı sıra “*Pazarlamacılık Sözleşmesi*” ile “*Evde Hizmet Sözleşmesi*”ne yönelik düzenlemeler de bulunmaktadır. Belirtmekte fayda var ki, 818 sayılı Borçlar Kanununda ve 4857 sayılı İş Kanununda “*Pazarlamacılık Sözleşmesi*” ile “*Evde Hizmet Sözleşmesi*”ne yönelik düzenlemelere yer verilmemiştir²⁶. 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmiş olan çıraklık sözleşmesi ile umumi mukaveleye ise, 6098 sayılı Kanunda isabetli olarak yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 6098 sayılı Kanun m.393/3’te çıraklık sözleşmesinden ismen bahsedilmiş ve özel kanun hükümleri saklı kalmak üzere genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanacağı belirtilmiştir²⁷.

²⁴ Yılmaz, s.28, 30; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.65.

²⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.17; Yılmaz, s.28; Süzek, s.231; Yavuz, s.48; Şakar, s.8; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.66; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2021, s.6; Başbuğ/Yücel Bodur, s.19; Yürekli, 2016, s.72; Güneş/Mutlay, s.233; Karaçöp/Yamakoğlu, s.91.

²⁶ Yavuz, s.48; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.66; Güneş/Mutlay, s.234.

²⁷ Yavuz, s.48; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.66. Çıraklık sözleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Fatih Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, Mimoza Yayınevi, Konya, 1994, s.1 vd.

C. BİREYSEL İŞ İLİŞKİLERİNİ DÜZENLEYEN ÖZEL KANUNLAR

Bireysel iş ilişkilerini düzenleyen üç özel kanun mevcuttur. Bunlar; 22 Mayıs 2023 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu, 13 Haziran 1954 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ve 20 Nisan 1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunudur. Belirtmekte fayda vardır ki, yalın olarak “İş Kanunu” denildiğinde akla 4857 sayılı İş Kanunu gelir. 4857 sayılı İş Kanunu, genel kanun niteliğinde olmasa da uygulama kapsamı genel olan bir iş kanunudur. Bu özelliği açısından, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunundan farklıdır. Bununla birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun, diğer iş kanunları ile ilişkisinin genel kanun – özel kanun ilişkisi kapsamında değerlendirmesi mümkün değildir²⁸.

Çalışmamızda, bireysel iş ilişkilerini düzenleyen üç özel kanun - 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu- mukayeseli olarak incelenmiştir. Bunun yanı sıra, bireysel iş hukukunun süreç içerisindeki gelişiminin değerlendirilebilmesi bakımından 4857 sayılı İş Kanunundan önceki eski iş kanunlarına -3008 sayılı İş Kanunu, 931 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı Kanunu- yer verilmiştir.

I. İş Kanunu

a. 3008 Sayılı İş Kanunu

Türkiye’de, bireysel iş ilişkileri alanında ilk İş Kanunu, 8 Haziran 1936 tarihinde kabul edilen ve 15 Haziran 1937 tarihinde yürürlüğe giren 3008 sayılı İş Kanunudur²⁹. 1930’lu yıllarda devletin öncülüğü ile ulusal sanayinin kurulmaya başlaması, bunun neticesinde işçi sayısının giderek artması iş ilişkilerini düzenleyecek bir iş kanununa duyulan gereksinimi artırmıştır³⁰. Mevcut iş mevzuatımızın şekillenmesinde büyük etkisi

²⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.17-18; Yılmaz, s.27-28; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.59; Uşan/Erdoğan, s.75-76; Güneş/Mutlay, s.233; Karaçöp/Yamakoglu, s.86-87; Kayık, s.154-155. “Aynı konu hem genel hem de özel kanunda düzenlenmiş ise kural, özel kanun önce uygulanır. Genel kanun hükümleri ancak özel kanunda hüküm bulunmayan durumlarda devreye girer... TBK. eskiden olduğu gibi yine iş kanunları (4857 sayılı İş K., 854 sayılı Deniz İş K., 5953 sayılı Basın İş K.) karşısında genel kanundur. Ancak bireysel iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde BK. hükümlerinin uygulanması gerekir.” Yargıtay HGK, E:2016/1414, K:2016/1072, T:16.11.2016, (<http://www.lexpera.com.tr/>, s.e.t. 05.08.2023).

²⁹ RG, 15.06.1936, S.3330. Oğuzman, s.215; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.10; Güzel, s.176; Süzek, s.14; Şakar, s.8; Sümer, 2022, s.6; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.45; Uşan/Erdoğan, s.38; Kayık, s.155.

³⁰ 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanununa kadar çalışma hayatında “liberal” ve “bireyci” olarak değerlendirilen bir dönem hakimdi. Bahsi geçen dönemde, çalışma ilişkileri genel bir yasal çerçeveden yoksundu, iş koşulları sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirlenmekteydi. Bunun neticesinde, işçiler uzun çalışma saatleri boyunca, ağır çalışma koşulları altında, her türlü güvenceden

bulunan anılan Kanun ile toplum yararına uygun çalışma koşullarının düzenlenmesi amaçlanmıştır. 3008 sayılı İş Kanunu ile devlet çalışma ilişkilerine hem koruyucu hem de yasaklayıcı bir yöntemle, kapsamlı bir biçimde dahil olmuştur. Anılan Kanun ile ülkemizde ilk defa, işçi işveren ilişkilerine genel ve kapsamlı bir hukuki çerçeve çizilmiştir.148 maddeden oluşan Kanun, iş sözleşmesi, ücretler, iş süreleri, özel olarak korunan grupların çalışma koşulları, işçi sağlığı ve iş güvenliği, işe yerleştirme, iş uyuşmazlıkları, çalışma hayatının denetimi gibi birçok konuda ayrıntılı düzenlemeler içermekte idi³¹.

3008 sayılı İş Kanununda, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, işçi ve işveren eşit gücüne kimseler olarak kabul edilmemiş, iş ilişkisinde işçiyi koruma düşüncesi ön plana çıkmıştır. Çalışma sürelerinin sınırlandırılması, fazla çalışmanın belirli kurallara bağlanması, ücretlere güvence sağlanması, asgari ücret, işçi sağlığı ve güvenliği, çocuk ve kadın işçileri koruyucu düzenlemeler içermesi dolayısıyla anılan Kanunun zamanın koşullarına göre başarılı bir Kanun olduğu ve Uluslararası İş Hukukunun kimi esaslarını dikkate alarak hazırlandığı belirtilebilir. Böylece, işçi yararına ve işçiyi koruyucu birçok hükme yer vermesi dolayısıyla, 3008 sayılı İş Kanunu çağdaş iş hukukunun esaslarına uygun düşmektedir. Ayrıca, ülkemizde sosyal sigortaların kuruluşu da ilk defa 3008 sayılı İş Kanunu ile öngörülmüş ve sosyal güvenlik kavramının dayandığı çağdaş ilkeler belirlenmiştir³². Bununla birlikte, Kanunda iş ilişkilerine müdahale eden emredici hükümler oldukça fazladır, bu sebeple Kanunun kamu hukuku yönü ağır basmaktadır. Bu bağlamda, sözleşme yapma özgürlüğüne sınırlamalar getirilmiş, işin düzenlenmesi, işçi sağlığı ve iş güvenliği, iş hayatının denetimi gibi hususlarda emredici düzenlemelere yer verilmiştir. Bunun gibi, grev ve lokavt yasası, iş uyuşmazlıklarının çözümünde zorunlu tahkim öngörülmüştür³³. Belirtilen olumlu yanlarından farklı olarak,

yoksun şekilde ve işverenlerin keyfi kararları doğrultusunda iş görmektedirler. Bu sebeple, 3008 sayılı İş Kanunu ile çalışma koşulları bakımından hukuksal çerçevenin belirlenmesi oldukça önemlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, s.215; Gülmez, s.406; Güzel, s.170, 173-174; Ceylan, s.89-90.

³¹ Oğuzman, s.216; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.10; Güzel, s.174-176, 217; Fevzi Şahlanan, “Genel Hükümler ve Temel Kavramlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, s.25-26; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.45.

³² 3008 sayılı İş Kanununun “Sosyal Yardımlar” başlıklı yedinci faslıyla (m.100-107), iş kazası ve meslek hastalığı, analık, ihtiyarlık, işten kalma, hastalık ve ölüm hallerinde sosyal yardım yapılması, anılan risklere karşı yapılacak yardımların devlet eliyle yürütülmesi ve bu amaçla Sosyal Sigorta İdaresinin kurulması öngörülmüştür. Sosyal sigorta mevzuatımızda geçerli olan zorunlu sigortalılık esası, ilk kez bu Kanun ile kabul edilmiştir. İş Sigortaları Kurumu Kanunu ise ancak 1945 yılında çıkarılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Civan, s.3; Ceylan, s.98-99.

³³ Oğuzman, s.216; Güzel, s.177; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.29; Süzek, s.14; Sur, 2022, s.17; Civan, s.1-2; Ceylan, s.98.

anılan Kanunda grev hakkının yasaklanması, sendika ve toplu sözleşme kavramlarına yer verilmemesi önemli bir eksikliklerdir. Bu bakımdan, toplu iş hukukuna yönelik yasaklayıcı hükümler haricinde, 3008 sayılı İş Kanununun zamanın koşulları dikkate alındığında modern ve sistematik bir İş Kanunu olduğu ifade edilebilir³⁴.

3008 sayılı İş Kanununun uygulanma alanının dar tutulması dikkat çekicidir. Anılan Kanunda; “*çalıştırılan işçi sayısı*”, “*işyerinde yürütülen faaliyetler*” ve “*işçi niteliği*” olmak üzere çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. İlk olarak, Kanunun işçi niteliğine dair getirdiği sınırlama başka bir ifade ile “*işçi tanımı*”³⁵ kapsamı daraltma neticesini doğurmaktadır. 3008 sayılı İş Kanunu, bir işverene bağlı olarak çalışanları bedenen ve fikren çalışanlar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. Kanun, işçi kavramını tanımlarken iş sözleşmesinin yanı sıra “*bedenen veyahut bedenen ve fikren çalışma*”yı (m.1/1) esas almıştır. Tanım doğrultusunda, İş Kanununun hükümleri “*fikir işçileri*”ne uygulanmaz. Böylece, anılan Kanunun kapsamına bedenen çalışanlar ile bedenen çalışması fikren çalışmasına üstün sayılan kişiler alınmıştır. Fikren çalışması bedenen çalışmasına üstün sayılan ve bir işverene bağımlı olarak iş gören kişilere ise, İş Kanunu hükümleri yerine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmıştır³⁶.

İkinci olarak, Kanunun uygulanma alanına işyerinde çalıştırılan işçi sayısı bakımından sınırlama da getirilmiştir. 3008 sayılı Kanun m.2/A uyarınca, “*Bu Kanun, mahiyeti itibarıyla yolunda işleyebilmesi için günde en az on işçi çalıştırmayı gerektiren işyerlerine ve buralarda çalışan işçilerle bunların işverenlerine uygulanır.*” Bu doğrultuda, en az 10 kişinin çalışması gereken işyerleri ve burada çalışan işçiler kapsama alınmıştır. Başka bir ifade ile, Kanun günde en az 10 işçi çalıştırmayı gerektiren işyerlerinde çalışan işçileri konu edinmektedir. Zira 10’dan az işçi çalıştıran işyerleri ve buralarda çalışan işçiler uygulama kapsamının dışında tutulmuştur³⁷. Bununla birlikte, 3008 sayılı İş Kanunu m.2/C uyarınca, 10 işçi çalıştırma kuralına bir istisna öngörülmüş ve Bakanlar Kurulu’na kapsamı genişletme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkiye dayanılarak, İcra Vekilleri Heyetince 29.04.1952 tarihli kararlar, nüfusu 50 bin ve daha yukarı olan şehirlerde İş Kanunu hükümleri günde en az 4, en çok 9 işçi çalıştırmayı gerektiren işyerlerine de teşmil edilmiştir³⁸.

³⁴ Güzel, s.177-178; Civan, s.1-2.

³⁵ 3008 sayılı İş Kanunu m.1 uyarınca, “*Bir iş akdi dolayısıyla, başka bir şahsın işyerinde bedenen veyahut bedenen ve fikren çalışan kimseye “işçi” denir.*”

³⁶ Oğuzman, s.216; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.10, 18; Güzel, s.180-181; A. Can Tuncay, “931 Sayılı İş Kanununun Uygulama Alanı”, C.34, S.1-4, 1968, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s.414; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.29; Süzek, s.14; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.45; Uşan/Erdoğan, s.38; Civan, s.2; Kayık, s.155-156.

³⁷ Oğuzman, s.216; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.10; Güzel, s.180; Tuncay, 1968, s.413-414; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.29; Süzek, s.14; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.45; Uşan/Erdoğan, s.38; Civan, s.2-3.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, s.219; Güzel, s.181; Tuncay, 1968, s.413-414.

Üçüncü olarak, 3008 sayılı İş Kanunu ile yapılan faaliyete göre de sınırlama öngörülmüştür. Kapsam dışında bırakılan faaliyetler sayılmak suretiyle Kanunun kapsamı daraltılmıştır. 3008 sayılı Kanun m.2/Ç uyarınca, deniz ve hava nakliyatı ile tarım işleri, aynı çatı altında birlikte yaşayan bir ailenin fertleri veya hısımları arasında ve aralarına dışarıdan bir kimse katılmayarak ev içinde yapılan işler ve ev hizmetleri kapsam dışında bırakılmıştır. Belirtilen faaliyetlerin yanı sıra, genel, katma ve özel bütçelerle belediye bütçelerinden kadro karşılığı aylık veya ücret alan memur ve hizmetliler bakımından da 3008 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulmamıştır³⁹.

3008 sayılı İş Kanunu, 34 yıl boyunca yürürlükte kalmıştır. Böylece, anılan Kanun 931 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girdiği 1967 yılına kadar, çalışma ilişkilerini düzenleyen temel kanun olarak uygulanmıştır⁴⁰. Bununla birlikte, belirtmekte fayda vardır ki, II. Dünya Savaşı nedeniyle ülkenin yaşadığı olağanüstü koşullar gereği 1940 tarihli ve 3780 sayılı Milli Koruma Kanunu kabul edilmiştir. Bu sebeple, 3008 sayılı İş Kanununun işçileri koruyucu bazı hükümleri uzun bir süre boyunca uygulanma alanı bulamamıştır⁴¹.

b. 931 Sayılı İş Kanunu

1961 Anayasasının kabulünü takiben, sosyal devlet ilkesi ve anayasal esaslara uygun olarak çalışma hayatının gelişen ihtiyaçlarına cevap verebilmesi amacıyla yeni bir İş Kanunu çıkarılması gereği hasıl olmuştur. Bunun neticesinde, 28 Temmuz 1967 tarihinde 3008 sayılı İş Kanununu yürürlükten kaldıran 931 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir⁴². 931 sayılı İş Kanununun hazırlanmasında esasen üç temel gaye güdüldüğü ifade edilebilir. Bunların dışında, 931 sayılı İş Kanununda büyük ölçüde 3008 sayılı İş Kanunu ve ilgili diğer Kanunlardaki hükümler tekrar edilmiştir⁴³.

İlk olarak, 3008 sayılı İş Kanunundan sonra çıkarılan; işçilere hafta tatili ve genel tatil günlerinde ücret ödenmesini düzenleyen 5837 sayılı Kanun, garson ve benzeri işçilerin hizmet karşılıklarını düzenleyen 6032 sayılı Kanun, yıllık ücretli izin konusunu düzenleyen 7467 sayılı Kanun gibi çeşitli Kanunlar bulunmaktadır. Anılan Kanunlarla düzenlenen hükümlerin tek kanun metni içerisinde toplanması amaçlanmıştır. Bu sebeple, bahsi geçen hükümler 931 sayılı İş Kanununun içerisine (m.41-60) yerleştirilmiştir⁴⁴.

³⁹ Güzel, s.182; Civan, s.2.

⁴⁰ Güzel, s.176; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.45; Ceylan, s.95.

⁴¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.45.

⁴² RG, 12.08.1967, S.12672. Oğuzman, s.217; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraça, s.12-13; Süzek, s.15-16; Şakar, s.8; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.49; Ceylan, s.95.

⁴³ Oğuzman, s.217, 227; Selim Kaneti, "931 Sayılı İş Kanunu Açısından Önemli Bir Eser", S.5, 1968, Adalet Dergisi, s.307.

⁴⁴ Oğuzman, s.218.

İkinci olarak, 1961 Anayasasında sendika ve toplu sözleşme haklarının tanınması ve bu haklar doğrultusunda 1963 yılında 274 sayılı Sendikalar Kanunu ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun çıkarılması neticesinde toplu iş hukukuna ilişkin hükümler İş Kanununun kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu doğrultuda, 3008 sayılı İş Kanunundan farklı olarak, 931 sayılı İş Kanunu ile çalışma hukukunun tüm dallarına yönelik düzenlemelerden ziyade bireysel iş hukukuna yönelik düzenlemelere ağırlık verildiği belirtilebilir⁴⁵. Böylece, 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile 3008 sayılı İş Kanununun birtakım hükümlerinin (m.29, 72-89, 127-136) yürürlükten kaldırılması sebebiyle kanunun maddeleri arasında bozulan sıranın düzenlenmesi gerekmiştir⁴⁶.

Üçüncü olarak da Kanunun kapsamının genişletilmesi amacı güdülmüştür. Belirttiğimiz üzere, fikir işçisi olarak adlandırılan ve fikren çalışması bedenen çalışmasına üstün sayılan kimseler 3008 sayılı İş Kanunu uyarınca işçi olarak kabul edilmemiş ve kapsam dışında bırakılmıştı. Gazeteciler dışındaki fikir işçilerinin çalışma şartları Borçlar Kanununun hizmet akdi hükümlerine tabi kılınmıştı. 931 sayılı İş Kanununda ise, ayrımı haklı kılan bir gerekçe bulunmaması sebebiyle bedenen çalışan – fikren çalışan işçi ayrımına yer verilmemiştir. Bu doğrultuda, 931 sayılı İş Kanunu, “*Bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığında çalışan her şahıs işçi saymıştır.*” Neticede, öncesinde işçi tanımına uymadıkları için İş Kanununun kapsamı dışında bırakılan fikir işçileri de Kanunun kapsamına dahil edilmişlerdir. Bunun yanı sıra, 931 sayılı İş Kanunu ile işyerinde çalıştırılan işçi sayısı bakımından getirilen sınırlama da kaldırılmıştır. Başka bir ifade ile, İş Kanununun kapsamına girecek işyerleri açısından da kapsam genişletilmiştir. 3008 sayılı İş Kanunundan farklı olarak 931 sayılı İş Kanunu, kaç işçi çalıştırıldığına bakılmaksızın 5. maddesinde sayılan istisnalar⁴⁷ dışında kalan tüm işyerlerini kapsamına almıştır⁴⁸.

⁴⁵ Ceylan, s.97, 100. 3008 sayılı İş Kanununun Sosyal Sigortalara ilişkin maddeleri konunun ayrı bir kanunla düzenlenmesi dolayısıyla 931 sayılı İş Kanununa alınmamıştır. Her ne kadar 931 sayılı Kanunda sosyal sigortalara ilişkin bir bölüm yer alsada bu bölümde yalnızca sosyal sigortalının devlet tarafından kanunla düzenleneceğini ve denetleneceğini öngören 96. madde bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, s.226; Ceylan, s.99.

⁴⁶ Oğuzman, s.218.

⁴⁷ 931 sayılı İş Kanununda, 3008 sayılı İş Kanunu ile benzer olarak yapılan faaliyete yönelik sınırlamalara yer verilmiştir. 3008 sayılı Kanun da olduğu gibi 931 sayılı İş Kanunun kapsamından da deniz ve hava taşıma işleri, tarım işleri, evlerde yapılan el sanatları, ev hizmetleri, çıraklar, tarımla ilgili yapı işleri istisna tutulmuştur. Belirtilenlerin yanı sıra, 931 sayılı Kanunla Kanun kapsamı haricinde bırakılan yeni istisnalara da yer verilmiştir. Buna göre; 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanununun 2. maddesinin tarifine uygun üç işçinin çalıştığı işyerlerinde, konutların kapıcılık hizmetlerinde, sporcular hakkında, Yardım Sevenler Derneği merkez ve taşra atölyelerinde çalışanlar hakkında ve rehabilite edilenler hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Ancak, halkın faydalanmasına açık veya işyerlerinin müşterilati durumunda olan park ve bahçe işleri İş Kanununa tabidir. Ayrıca, istisnalar arasında 5953 sayılı Kanuna

931 sayılı Kanun, 12 Ağustos 1967 tarihinden başlayarak ancak üç yıla yakın bir süre kadar yürürlükte kalmıştır. Zira Türkiye İşçi Partisi tarafından, Kanunun tümünün iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır. 14 Mayıs 1970 tarihinde sonuçlanan dava uyarınca⁴⁹, 931 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptal edilmiştir⁵⁰.

c. 1475 Sayılı İş Kanunu

931 sayılı İş Kanununun şekil yönünden Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesinin üzerine, 25 Ağustos 1971 tarihinde 1475 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir⁵¹. 1475 sayılı İş Kanununun birkaç hüküm dışında, 931 sayılı İş Kanunu ile içeriği neredeyse aynıdır⁵². Süreç içerisinde değişikliklere uğrasa da 1475 sayılı İş Kanunu 30 yıldan fazla süre ile yürürlükte kalarak iş ilişkilerini düzenlemiştir⁵³.

1475 sayılı İş Kanunu ile esasen bireysel iş ilişkilerini modern anlamda düzenleyen birçok hükme yer verilmiştir. Bununla birlikte, Kanunda genel itibarıyla klasik, tipik çalışmayı esas alan ve esnekleşme taleplerine olanak vermeyen düzenlemeler mevcuttur. Böylece, anılan Kanun zaman içerisinde yeni teknolojilerin iş ilişkilerinde meydana getirdiği değişikliklere, yeni çalışma tarzlarına cevap verememiştir. Başka bir ifade ile, atipik çalışma ilişkilerinin giderek yaygınlaştığı günümüzde çağın gereklerini yakalamaktan uzak kalınmıştır⁵⁴.

tabi gazetecilere yer verilmemesi de dikkat çekicidir. Zira öncesinde işçi tanımının kapsamı dışında kalması dolayısıyla fikir işçilerine ayrıca istisnalar arasında yer verilmesine gerek bulunmamaktaydı. Ancak, 931 sayılı İş Kanunu ile işçi tanımı değiştirildiğinden deniz taşıma işçilerinde çalışanlar gibi gazetecilere de istisnalar arasında yer verilmesi münasip olurdu. Bunun sebebi, deniz taşıma işinde çalışanlar gibi gazetecilere yönelik hususların da ayrı bir kanunla düzenlenmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, s.220; Tuncay, 1968, s.401-412.

⁴⁸ Oğuzman, s.218-220; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.18-19; Tuncay, 1968, s.413-414.

⁴⁹ AYM, E: 1967/40, K: 1970/26, T: 14.05.1970, www.anayasa.gov.tr, (s.e.t. 17.07.2023).

⁵⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.12-13; Süzek, s.15-16; Şahlanan, s.26; Şakar, s.8; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.49; Ceylan, s.95.

⁵¹ RG, 01.09.1971, S.13943.

⁵² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.13; Süzek, s.16; Şahlanan, s.26; Şakar, s.8; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.49.

⁵³ Süzek, s.16; Şakar, s.8; Şahlanan, s.28; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.49; Ceylan, s.95.

⁵⁴ Şahlanan, s.26-27; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.60. 1475 sayılı Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yusuf Karakoç, "1475 Sayılı İş Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Üzerine", C.2, S.2, 1984, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.443-452.

1475 sayılı İş Kanununa getirilen diğer bir eleştiri de iş güvencesine yönelik ciddi bir koruma sağlamamasına yönelik olmuştur. 4773 sayılı Kanunla, 1475 sayılı İş Kanunundaki bu eksikliğin giderilmesi yönünde bir düzenleme getirilmiştir. Zira “İş Güvencesi Yasası” olarak da bilinen 9 Ağustos 2002 tarihli ve 4773 sayılı Kanun ile ağırlıklı olarak 1475 sayılı İş Kanununda değişiklik yapılmıştır. Böylece, 4773 sayılı Kanunla 1475 sayılı İş Kanununa bazı maddeler eklenmiş ve Kanunda belirtilen koşullar çerçevesinde iş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin, geçerli bir sebebe dayandırılması zorunluluğu öngörülmüştür⁵⁵. Bahsi geçen değişikliğin yürürlük tarihi de 15.03.2003 olarak belirlenmiştir.

1475 sayılı İş Kanunu, 22 Mayıs 2003 tarihinde, 4857 sayılı İş Kanununun kabul edilmesiyle kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi haricinde yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, yalnızca 14. maddesi itibarıyla 1475 sayılı Kanun geçerliliğini sürdürmektedir⁵⁶.

d. 4857 Sayılı İş Kanunu

Halihazırda, Türk hukukunda bireysel iş ilişkilerinin temel kanunu 22 Mayıs 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunudur⁵⁷. 30 yılı aşkın bir süre ile bireysel iş ilişkilerine uygulanan 1475 sayılı İş Kanununu, kıdem tazminatının düzenlendiği 14. madde haricinde yürürlükten kaldıran 4857 sayılı Kanun, 10 Haziran 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵⁸. Zira çalışma hayatındaki ekonomik, teknolojik, sosyal koşullar, 1475 sayılı Kanundaki katı kuralların esnekleştirilmesi ve Avrupa Birliği ile Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyum sağlanması gereksinimini doğurmuştur⁵⁹.

4857 sayılı İş Kanununda, bireysel iş ilişkilerindeki ihtiyaçlara cevap vermek üzere, özellikle iş güvencesi ve esnekleşme kavramları üzerine

⁵⁵ Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.32; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.52, 60; Tulukçu, s.95. Uluslararası Çalışma Örgütünün 1982 tarihli ve 158 No.lu Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi Türkiye tarafından 1994 yılında 3999 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Böylece, anılan Sözleşmeye uyum sağlanması için iş güvencesine ilişkin yasal değişiklikler yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bunun neticesinde, 2002 yılında 4773 sayılı Kanun yasalamaştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.487-488; Tulukçu, s.95.

⁵⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.14; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.32; Şakar, s.8; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.52, 60; Uşan/Erdoğan, s.39.

⁵⁷ RG, 10.06.2003, S.25134.

⁵⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.14; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.32; Şakar, s.8; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.52, 60; Uşan/Erdoğan, s.39.

⁵⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.14; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.32; Süzek, s.16; Şahlanan, s.28-29; Başbuğ/ Yücel Bodur, s.18-19; Tulukçu, s.95. 4857 sayılı İş Kanununa ilişkin kanun taslağı; hükümet, işçi ve işveren kesimlerinin üçer kişi olarak seçtiği, öğretim üyelerinden oluşan dokuz kişilik bir bilim kurulu tarafından hazırlanmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü, Kanunun hazırlanmasında benimsenen bu katılımcı yöntemin övgüye layık bir model olduğunu vurgulamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.17.

odaklanılmıştır. Bahsi geçen Kanun, 4473 sayılı Kanunla kabul edilen iş güvencesi sistemini geniş ölçüde muhafaza etmektedir. 1475 sayılı Kanundan farklı olarak ise, işin düzenlenmesi hususunda esnekleşmeye imkân tanıyan hükümleri ile dikkat çekmektedir. Kanun ile aynı zamanda, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde çalışma normlarının ahenkleştirilmesi amacı güdülmüştür. Anılan Kanunun, Avrupa Birliği normlarına büyük ölçüde uygun düştüğü belirtilebilir. Bu doğrultuda, Türk İş Hukuku Mevzuatının dördüncü kanunu olan 4857 sayılı İş Kanunu ile, bireysel iş ilişkileri bakımından çalışma hayatında önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir⁶⁰.

Çalışma ilişkilerinde değişim öngören 4857 sayılı Kanun ile, kısmi süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma, geçici iş ilişkisi ile çalışma, telafi çalışması, belirli süreli çalışma, alt işveren ve kısa süreli çalışma gibi birçok hususta yeni düzenlemeler öngörülmüştür. Bu husus Kanunun Genel Gereğesinde şu şekilde ifade edilmiştir; “... yeni teknoloji nedeniyle yeni çalışma türleri hızla yaygınlaşmış, işin düzenlenmesinde yepyeni model ve uygulamalar ortaya çıkmıştır: Kısmi süreli, çağrı üzerine çalışmalar, ödünç iş ilişkileri, iş paylaşımı modelleri, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin ve alt işveren uygulamalarının yaygınlaşması bu değişimin sadece bazı örnekleridir. Bunlar gibi ... özel istihdam bürolarının yasalarla düzenlenerek yeni işlevlere kavuşturulması da yaşanmakta olan değişimler arasında belirtilebilir.” Bahsi geçen yeni düzenlemeler UÇÖ ve AB normları çerçevesinde ele alınmış ve iş güvencesi ile birlikte iş hukukuna taşınmıştır. Böylece, esnek çalışma ile ortaya çıkabilecek bazı olumsuzlukların bertaraf edilmesi amacı güdülmüştür⁶¹.

Dokuz bölümden meydana gelen Kanunun 1. Bölümü, “Genel Hükümler” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, 1475 sayılı Kanundan farklı olarak kanunun amacı ortaya koyulmuştur. Buna göre, “Bu Kanunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir.” Kanun, 4. maddede yer verilen istisnalar haricinde bütün işyerlerini, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerini ve işçilerini faaliyet konularına bakılmaksızın kapsamına alır⁶². Bu özelliği ile, 4857 sayılı İş

⁶⁰ Demircioğlu/ Centel/ Kaplan, s.32; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.52, 60; Pir Ali Kaya, “4857 Sayılı İş Yasası'nın Türk İş Hukuku'nda Meydana Getirdiği Yenilikler”, C.5, S.2, 2003, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, s.1, 5-6, (<http://www.isguc.org/>, s.e.t. 04.08.2023).

⁶¹ Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.32; Kaya, s.1.

⁶² 4857 sayılı İş Kanununda, kapsam dışında bırakılan istisnalarda değişiklikler yapılmıştır. Buna göre; konut kapıcıları (konut türüne bakılmaksızın), 50'den fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinde çalışanlar, yardım sevenler derneği merkez ve taşra atölyelerinde çalışanlar İş Kanunu kapsamına alınmıştır. Bir ailenin üyeleri veya hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerle ilgili düzenlemedeki çalışma ilişkisi 3. derecede hısımlık ilişkisiyle sınırlandırılmıştır. Belirtilenlerin yanı sıra, çarıklar kanun kapsamı dışına çıkarılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.151; Şahlanan, s.33-34; Kaya, s.1

Kanununun, genel kanun niteliğinde olmasa da uygulama kapsamı genel olan bir iş kanunu olduğu belirtilebilir⁶³.

Belirtilenlerin yanı sıra Kanunun 1. Bölümünde, 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak, bazı kavramlar bakımından esas itibarıyla farklı mahiyette tanımlara ve yeni düzenlemelere yer verildiği göze çarpmaktadır. Genel olarak belirtmek gerekirse, işçi kavramı daha yalın olarak tanımlanmış, işveren kavramına tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da dahil edilmiştir. İşyeri kavramı farklı bir şekilde ele alınmış, işyerinin bir iş organizasyonu olduğunun altı çizilerek yeni çalışma ilişkilerinin önü açılmıştır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanmış ve ayrıntılı olarak hükme bağlanmıştır. Eşit davranma ilkesi, işyeri devri açıkça düzenlenmiş ve bunların yanı sıra geçici iş ilişkisine detaylı olarak yer verilmiştir⁶⁴.

4857 sayılı Kanunun 2. Bölümünde, iş sözleşmesinin tanımına, şekline, türlerine ve feshine değinilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesinin⁶⁵ tanımına yer verilen ilk iş kanunu olması açısından önemlidir. Buna göre, “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” Yine bu bölümde, uygulamada en fazla karşılaşılan iş sözleşmesi türlerine yer verilmiştir. Mevzuatımıza dahil edilen yeni tür iş sözleşmeleri ile yeniden düzenlenen eski sözleşme türleri; belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri, deneme süreli iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışma, uzaktan çalışma ve geçici iş ilişkisi⁶⁶ şeklinde belirtilebilir. Ayrıca, iş güvencesine yönelik hükümler bu

⁶³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.151; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.58; Sümer, 2022, s.31; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.59; Uşan/Erdoğan, s.73; Başbuğ/Yücel Bodur, s.113; Kaya, s.1.

⁶⁴ A. Can Tuncay, “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, s.125-127; Şahlanan, s.29-38; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.60; Kaya, s.1-2.

⁶⁵ 4857 sayılı İş Kanununda, kanun metninin dil açısından Türkçeleştirilmesine özen gösterilmesi dolayısıyla, “hizmet akdi”, “hizmet sözleşmesi”, “iş akdi” yerine “iş sözleşmesi” kavramı tercih edilmiştir. Bununla birlikte, İş Kanunundan farklı olarak, Türk Borçlar Kanununda “hizmet sözleşmesi”, Deniz İş Kanununda “hizmet akdi”, Basın İş Kanununda “iş akdi” kavramlarına yer verilmiştir. Anılan kavramlar arasında esasta hiçbir farklılık yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, 2003, s.125; Şahlanan, s.29.

⁶⁶ Öğretide bir görüş, isabetli olarak geçici iş ilişkisine genel hükümler içerisinde yer verilmesinin kanun yapma tekniğine uygun olmadığını ileri sürmektedir. Buna göre, geçici iş ilişkisine iş sözleşmesi türlerinin düzenlendiği 2. Bölümde yer verilmesi daha münasip olurdu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, 2003, s.127.

bölümde bulunmaktadır⁶⁷. Bunun yanı sıra, çalışma koşullarında değişiklik yapılması usulü ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur⁶⁸.

4857 sayılı Kanunun 3. Bölümü, önemi dolayısıyla ücretlere ayrılmıştır. Bahsi geçen bölümde, esas itibarıyla 1475 sayılı İş Kanunu ile benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla birlikte, bazı değişiklikler de mevcuttur. Bu bölümde yer verilen başlıca değişikliklere; işverenin ödeme aczi halinde ücret garanti fonu, ücretin zamanında ödenmemesi durumunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri yahut bunlara karşılık serbest zaman tanınmasına yönelik düzenlemeler örnek gösterilebilir. Ayrıca, 1475 sayılı Kanuna kıyasla asgari ücretten yararlanacak kimselerin kapsamı genişletilmiştir. Bu doğrultuda, 4857 sayılı Kanuna tabi olsun yahut olmasın iş sözleşmesiyle çalışan her türlü işçi asgari ücret kapsamına alınmıştır⁶⁹.

Kanunun “İşin Düzenlenmesi” başlıklı 4. Bölümünde ise, esnekleşmeye ilişkin önemli hükümlere yer verilmiştir⁷⁰. Bu çerçevede, çalışma sürelerinin iş günlerine farklı dağılımını mümkün kılan düzenlemeler, fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma, telafi çalışması öne çıkan düzenlemeler arasında yer almaktadır. Bu bölümde ayrıca, gece çalışmasına ve analık halinde çalışmaya yönelik yapılan değişiklikler de önem arz etmektedir⁷¹.

Kanunun 5. Bölümünde ise, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik hükümler yer almaktaydı. Anılan hükümlerin, 1475 sayılı İş Kanununa kıyasla çok daha kapsamlı ve isabetli oldukları belirtilebilir. Bununla birlikte, zaman içerisinde 4857 İş Kanununun iş sağlığı ve güvenliğine yönelik hükümleri de yetersiz ve ihtiyacı karşılamaktan uzak kalmıştır. Bunun neticesinde, 20 Haziran 2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁷² çıkarılmış ve İş Kanununun 5. Bölümündeki iş sağlığı ve güvenliğine yönelik hükümler yürürlükten kaldırılmıştır⁷³.

⁶⁷ 4857 sayılı Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinde iş güvencesine yönelik hükümlere yer verilmiştir. İş güvencesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tulukçu, s.110 vd.

⁶⁸ Tuncay, 2003, s.125-127; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.61; Kaya, s.2-3.

⁶⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.61; Kaya, s.3-5.

⁷⁰ İşin düzenlenmesinde esnekleşmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Polat Soyer, “İş Kanunu Tasarısının Çalışma Sürelerinde Esneklik Sağlayan Düzeltmeler”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, ss.185-198.

⁷¹ Soyer, s.186; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.61; Kaya, s.4.

⁷² RG, 30.06.2012, S.28339.

⁷³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.380; Süzek, s.17, 902; Şakar, s.9; Akyiğit, 2021, s.33, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1435; Başbuğ/Yücel Bodur, s.19. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunundan farklı olarak, yalnızca işçileri değil – bazı istisnalar dışında- tüm çalışanları kapsamına almaktadır. Böylece, anılan Kanunun kapsamına İş Kanununa tabi işçilerin yanı sıra Türk Borçlar Kanununun, Basın İş

Halihazırda yürürlüğünü sürdüren 4857 sayılı İş Kanununa yönelik genel bir değerlendirme yapıldığında, çalışma hayatının ihtiyaçlarına cevap verme açısından 1475 sayılı İş Kanununa kıyasla ileri bir düzenleme olduğu belirtilebilir. 4857 sayılı İş Kanununu bir reform kanunu olarak nitelendirmek mümkün olmasa da Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır⁷⁴.

2. 5953 Sayılı Basın İş Kanunu

Türk İş Hukukunda, gazetecilerin çalışma ilişkileri 1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ile düzenlenmektedir⁷⁵. Zira basın alanındaki çalışma ilişkilerinin kendine özgü özellikler taşıması, gazetecilik mesleğinin niteliğinden kaynaklanan tehlikeler ve konunun basın özgürlüğüyle de ilintili olması gibi çeşitli sebepler basın iş hukuku alanındaki çalışmaların ayrı bir kanunla düzenlenmesini gerektirmiştir⁷⁶.

5953 sayılı Basın İş Kanunu m.1 uyarınca, “*Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete, internet haber siteleri, internet haber siteleri ve mekutelilerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan*”⁷⁷ ve İş Kanunundaki “işçi” tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle⁷⁸

Kanununun, Deniz İş Kanununun kapsamına giren işçiler, çıracılar, stajyerler, memurlar, sözleşmeli personel ve diğer kamu görevlileri alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.380; Süzek, s.902-903; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1434-1435; Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s.43-44; H. Hilal Tiritioğlu Ersoy, “Türkiye’de Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği”, C.III, S.2, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, 2022, s.1566-1567.

⁷⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.62; Kaya, s.5-6.

⁷⁵ RG, 20.06.1952, S.8140.

⁷⁶ Haluk Hadi Sümer, Bireysel Basın İş Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.4-6; Ayşe Köme Akpulat, “Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu’nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme”, C.10, S.1, 2019, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.225.

⁷⁷ Basın İş Kanunu ile Türkiye’de yayınlanma koşulu öngörüldüğünden yabancı bir ülkede yayınlanan gazete, dergi veya ajansın Türkiye’de çalıştırdığı gazeteciler, Türk vatandaşı olsalar dahi, Basın İş Kanununun uygulama alanına girmezler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.230; Sümer, 2020, s.29; Kayık, s.156.

⁷⁸ Basın İş Kanununun kapsamının belirlendiği 1. maddesinde yer verilen İş Kanunundaki işçi tanımı dışında kalan kimseler ifadesi ile 3008 sayılı Kanuna yollama yapılmaktadır. 3008 sayılı İş Kanununda işçi kavramı tanımlanırken işin bedenen veya bedenen ve fikren yapılması gerektiği hüküm altına alınmış ve salt fikren çalışanlar işçi kavramı dışında tutulmuşlardı. Halbuki 4857 sayılı İş Kanununda işçi kavramı bakımından böyle bir ayrıma yer verilmemiştir. Bu bakımdan, 5953 sayılı Basın İş Kanununun kapsamına aldığı çalışanları belirlerken kabul edildiği tarihte yürürlükte olan 3008 sayılı İş Kanununa

bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şumulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.”. Böylece, gazeteciler ile işverenleri arasındaki çalışma ilişkileri Basın İş Kanunu aracılığı ile özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, Basın İş Kanunu, kapsamına aldığı kesim itibarıyla 4857 sayılı İş Kanununa kıyasla özel kanun niteliğini haizdir⁷⁹.

Genel bir değerlendirme yapıldığında, Basın İş Kanununun, diğer iş kanunları ile kıyaslandığında, özellikle kabul edildiği dönemde, oldukça lehe hükümler ile gazetecileri koruma altına aldığı belirtilebilir. Anılan hükümlere; uzun süreli muvazzaf askerlik süresince gazeteciye, gebelikte kadın gazeteciye son ücretinin yarısının ödenmesi (m.16), doğum, ölüm ve evlenme durumlarında gazeteciye ücretli izin verilmesi (m.19) örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin haklarından faydalanma bakımından, gazetecinin kıdemi meslekteki hizmet süresine göre hesaplanır. Başka bir ifade ile, gazetecilerin başka işverenlerin işyerlerinde geçirdikleri süreler de bu hakların belirlenmesinde hesaba katılır. Bunların yanı sıra, 4857 sayılı İş Kanununun 116. maddesi ile 5953 sayılı Kanunun 6. maddesinin son

yaptığı yollama artık anlamını yitirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.63.

⁷⁹ Şakar, s.8; Sümer, 2020, s.27; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.62-63; Ekmekçi/Yiğit, s.18; Başbuğ/Yücel Bodur, s.19-20; Köme Akpulat, s.225-226; Kayık, s.155-156. Basın İş Kanununun kapsamına yönelik Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'na göre, “...Kanunun kapsamında kalan işyerleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajansları olarak sıralanabilir. Kanunda bahsi geçen “gazete” ve “mevkute” gibi kavramların nesne anlamında olmadığı günlük gazete ya da daha uzun dönemsel yayınların basıldığı yer olan işletmenin anlaşılması gerektiği açıktır. Bununla birlikte gazete ve dönemsel yayının Türkiye’de yayınlanması bir başka zorunluluktur. Bahsi geçen dört tür işyerinde fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar, Kanunda gazeteci olarak adlandırılmıştır. Günlük veya çok kısa aralıklarla yayınlanan, günlük haber ileten, nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerekir. Gazetenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür. Dairemizce elektronik gazetelerin yayın koordinatörlüğünü yapan çalışanın, 5953 sayılı Yasa kapsamında gazeteci olduğu kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 17.4.2007 gün 2006/33909 E, 2007/11104 K.). Fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair ve doğrudan doğruya söz konusu alanlarda çalışmayı ifade eder. Buna göre, yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman, ressam, karikatürist gibi çalışanlar gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olup, gazeteci olarak değerlendirilmelidir. ... Öte yandan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 38 inci maddesinde, özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanların da 5953 sayılı Kanunun kapsamında olduğunu açıklanmıştır. ... Buna göre haber müdürü, muhabir, foto muhabiri, spiker, haber kameramanı gibi çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilmelidir...” Yargıtay HGK, E:2015/2310, K:2017/1086, T:02.01.2020, (<http://www.lexpera.com.tr/>, s.e.t. 31.07.2023).

fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Buna göre, 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri gazetecilere de kıyasen uygulanır. Böylece, gazetecilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları da mümkün kılınmıřtır⁸⁰. Bununla birlikte, kabul edildiği dönemde gazeteciler açısından daha lehe hükümler öngören 1952 tarihli Kanun, zaman içerisinde değişen iş kanunları karşısında lehe olan durumunu yitirmiştir. Günümüzde, anılan Kanunun aın ihtiyaçlarına cevap vermekte zorlandığı sylenmelidir⁸¹.

Belirttiğimiz gibi, 4857 sayılı İş Kanunu ile 5953 sayılı Basın İş Kanunu arasında genel kanun – zel kanun ilişkisi yoktur. Her iki kanunda özel nitelikli kanunlardır. Böylece, Basın İş Kanununda boşluk bulunması durumunda, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur⁸².

3. 854 Sayılı Deniz İş Kanunu

Türk İş Hukukunda, gemiadamlarının aalışma ilişkileri 1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile dzenlenmektedir⁸³. Deniz İş Kanunu da kapsamına aldığı kesim itibarıyla, 5953 sayılı Basın İş Kanunu gibi, 4857 sayılı İş Kanununa kıyasla özel kanun niteliğini haizdir. Deniz taşıma işlerinin ayrı bir Kanunla düzenlenmesinin nedeni; bu işlerin karadakilere göre özellik arz etmesi ve bunlara 4857 sayılı İş Kanunundaki birçok hükmün uygulanmasının mümkün olmamasıdır. Anılan Kanun, Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde iş sözleşmesiyle aalışan gemiadamları ve bunların işverenlerine uygulanır. Bunun gibi, gemi belirtilen tonajda olmasa bile aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz ve daha fazla olduğu veya işverenin aalıştırdığı gemi adamı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde gemi yine Deniz İş Kanunu kapsamına girer. Deniz İş Kanunu m.2/B uyarınca, “*gemiadamı*”, iş sözleşmesine dayanarak gemide aalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kişileri ifade eder. Bu halde, Kanunun kapsamı ve belirtilen tanımlar uyarınca deniz işini; deniz taşımacılığı, gemi

⁸⁰ elik/Caniklioğlu/Canbolat/zkaraca, s.19; Süzek, s.229-230; Sümer, 2020, s.12; Mollamahmutglu/Astarlı/Baysal, s.63; Ekmekçi/Yiğit, s.20; Tulukçu, s.97; Aslıhan Kayık, “Basın İş Kanunu Kapsamındaki Gazetecilerin İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanma Koşulları, C.9, S.2, 2014, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.154-155.

⁸¹ Kme Akpulat, s.234; Kıyak, s.156, 170

⁸² elik/Caniklioğlu/Canbolat/zkarca, s.17-18; Süzek, s.230; Sümer, 2020, s.16-17; Kayık, s.154-155.

⁸³ RG, 20.04.1967, S.12568. 10.03.1954 tarihli ve 6379 sayılı Deniz İş Kanununu yürürlükten kaldıran 854 sayılı Deniz İş Kanunu, Türk İş Hukuku mevzuatı içerisinde yürürlüğünü sürdüren en eski kanunlar arasında yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özge ztrk, “Deniz İş Hukukunda Fazla Aalışmanın Esasları”, C.5, S.2, 2019, İstanbül Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.212.

adamlarını da bahsi geçen faaliyet alanında iş sözleşmesiyle çalışan gemi mürettebatı olarak belirtebiliriz⁸⁴.

4857 sayılı İş Kanunu m.4'te, deniz taşıma işlerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir⁸⁵. Dolayısıyla, 4857 sayılı İş Kanunu deniz taşıma işlerini kapsam dışında bıraktığından, 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen, örneğin yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemi niteliğinde olmayan bir teknede deniz taşıma işi yapılması durumunda bu işte çalışan işçi ne İş Kanununun ne de Deniz İş Kanununun kapsamına girer. Böylece, anılan işçiler bakımından Türk Borçlar Kanunu uygulama alanı bulur. Bununla birlikte, deniz taşıma işi mahiyetinde olmayan bir iş söz konusu olduğunda, örneğin bir ailenin kendi ihtiyacı için edindiği küçük teknesini gezme amacı ile kullanması durumunda bu işte çalışan işçi bakımından 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır⁸⁶. Öğretide böyle bir ayrıma yer verilmesi isabetli bulunmamaktadır⁸⁷.

854 sayılı Deniz İş Kanunu, öğretide genel kanun olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ve 4857 sayılı İş Kanununun gerisinde kaldığı, süreç içerisinde yeterli gelişim ve değişimi gösteremediği gerekçeleriyle

⁸⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.152-153; Süzek, s.16, 228; Şakar, s.8, 35-36; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.62; Ekmekçi/Yiğit, s.6; Uşan/Erdoğan, s.38, 76-77; Başbuğ/Yücel Bodur, s.19-20, 114; Sabahattin Yürekli, "Deniz İş Kanunu'nun Yer İtibarıyla Kapsamı", C.IX, S.1-2, 2005, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.613-614; Mehmet Nusret Bedük, Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s.2, 39; K. Ahmet Sevimli, İş Hukukunda Kaptan, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul, 2001, s.4-5; Mehmet Halis Karaman, "Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı", S.40, 2018, Sicil İş Hukuku Dergisi, s.116.

⁸⁵ Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununun "İstisnalar" başlıklı 4. maddesi ile deniz taşıma işleri İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmış olsa da bazı işlerin deniz taşıma işi olup olmadığı hususunda duraksama bulunmaktadır. Bu bağlamda, yine aynı madde de "kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri" ve "Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler" deniz taşıma işlerinden sayılmadığı ve bunların İş Kanununun kapsamında yer aldığı hüküm altına alınmıştır. Bunun gibi, Kanunda açıkça belirtilmemekle beraber denizde yapılan römorkaj, kurtarma yardım, dalgıçlık gibi işler de deniz taşıma işi niteliğinde olmadığından bunlar hakkında da İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.153; Demircioğlu/Centel/ Kaplan, s.58-59; Şakar, s.36; Sümer, 2022, s.33-34; Akyiğit, 2021, s.91; Ekmekçi/Yiğit, s.7; Uşan/Erdoğan, s.77; Başbuğ/Yücel Bodur, s.114; Bedük, s.41-42; Sevimli, s.5-6.

⁸⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.153; Süzek, s.33; Ekmekçi/Yiğit, s.7; Sevimli, s.5-6; Bektaş Kar, İctihatlari ve Mevzuati ile Deniz İş Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011; s.28; Öztürk, s.213-214; Yargıtay bir kararında, davacı işçinin yapmakta olduğu işin deniz taşıma işi olmadığını, somut olayda turistik amaçla kullanılan bir yat bulunduğunu, bu nedenle davacı hakkında 854 sayılı Deniz İş Kanununun değil, 4857 sayılı İş Kanununun uygulama alanı bulacağını hüküm altına almıştır. İlgili karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E:2009/6543, K:2009/12102, T:28.04.2009, (<http://www.lexpera.com.tr/>, s.e.t. 05.08.2023).

⁸⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.153.

eleştirilmektedir⁸⁸. Zira iş hukuku mevzuatında yapılan değişiklikler karşısında, anılan Kanunda birçok konuda düzenleme boşluğu oluşmuştur. Örneğin, iş güvencesine ilişkin hükümlerden 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler yararlandırılırken, Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemi adamları bu korumadan mahrum bırakılmıştır⁸⁹. Dolayısıyla, Deniz İş Kanununun gelişen denizcilik sektörü karşısında artık çalışanların ihtiyaçlarını karşılayamaz hale geldiği belirtilebilir.

II. TOPLU İŞ HUKUKU

A. GENEL OLARAK

Kolektif düzeyde iş ilişkileri, toplu iş hukukunun konusunu oluşturur. Başka bir ifade ile, taraflardan en az birisinin sendika olduğu iş ilişkileri, toplu iş hukuku kapsamında değerlendirilir. Sendika ile üyeleri arasındaki ilişki de bu kapsamda yer alır. Dolayısıyla, toplu iş hukukunun konuları arasında; işçi ve işveren sendikalarının kuruluşu, organları, faaliyetleri, sendikalara üyelik, toplu iş sözleşmesinin yapılması, toplu iş uyuşmazlıklarının barışçı yollarla çözülmesi, grev ve lokavta başvurulması gibi hususlar bulunur⁹⁰.

Cumhuriyetin ilanından sonraki ilk yıllarda, bireysel iş hukuku alanında işçilere sosyal koruma sağlayan önemli kanunlar kabul edilmiş ise de toplu iş ilişkileri alanında bu gelişmeye rastlanmamış ve hatta sendikal özgürlüklerin yasaklanması yoluna gidilmiştir. Cumhuriyetin ilanından sonra hazırlanan 1924 Anayasasında, toplanma ve dernek kurma hakkı düzenlenmişse de sendika ve toplu pazarlık hakkına ilişkin herhangi bir hükme Anayasada yer verilmemiştir. Söz konusu dönemde yürürlüğe konulan, 1925 tarihli ve 578 sayılı Takrir-i Sükûn Kanunu, 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu örgütlenme ve toplu pazarlık hakkını kısıtlayan hükümler içermektedir. Toplu iş ilişkilerine doğrudan yasaklama getiren ilk düzenleme ise 3008 sayılı İş Kanunudur. Anılan Kanun sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarına ilişkin bir düzenleme içermediği gibi grev ve lokavtı da açıkça yasaklamaktaydı (m.72, 73, 74, 75). Ayrıca, iş uyuşmazlıklarının çözümünde zorunlu tahkim ve uzlaştırma öngörülmektedir (m.77 vd.) Böylece, 3008 sayılı İş Kanununun toplu iş hukukunun gelişimini uzun yıllar boyunca engellediği belirtilebilir⁹¹. Bunun gibi, 1938 tarihli Cemiyetler Kanununda, aile, cemaat, ırk, cins ve sınıf esasına dayalı cemiyet kurulamayacağı öngörülerek sendikalaşma hakkı bertaraf edilmişti. II. Dünya Savaşı sonrasında, 1946 yılında sınıf esasına dayalı cemiyet yasağı kaldırılmış ve

⁸⁸ Bedük, s.39-40; Sevimli, s.4; Kar, s.21.

⁸⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.63; Bedük, s.43; Kar, s.30-31.

⁹⁰ Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.7-8; Şakar, s.4; Sümer, 2022, s.4; Uşan/Erdoğan, s.36.

⁹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.10; Sur, 2022, 16-17; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.45-46.

1947 yılında 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Bahsi geçen Kanun, ülkenin ilk sendikalar kanunu olması nedeniyle önem arz etmektedir. Kanunda, sendika özgürlüğü açıkça tanınmış, bununla birlikte, sendikal faaliyetler önemli miktarda sınırlandırılmış ve grev yasağı sürdürülmüştür⁹².

1961 Anayasasının kabulü, Türk sendikacılık tarihinde bir dönüm noktası olarak kabul edilebilir. 1961 Anayasası ile o zamana kadar suç sayılan grev, toplu iş sözleşmesi ve sendika kurma hakları anayasal güvenceye kavuşmuştur. Anayasada öngörülen esaslara uygun olarak 1963 tarihinde 274 sayılı Sendikalar Kanunu ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu yürürlüğe konmuştur⁹³. Bununla birlikte, 1961 Anayasası ile meydana gelen olumlu gelişmeler, tehlikeli siyasi kamplaşma ve bunun neticesinde ortaya çıkan kaos ortamı nedeniyle sekteye uğramış ve hatta geriye gidişler söz konusu olmuştur. Bu süreçte, Anayasa'da 30 Haziran 1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanunla, temel hak ve özgürlükleri ve bu kapsamda sendikal hakları kısıtlayan önemli değişikliklere yer verilmiştir. 12 Eylül 1980 askeri darbesini takiben ise yasama ve yürütme yetkilerini elinde toplayan Milli Güvenlik Konseyi çıkardığı bildirimlerle her türlü sendikal faaliyeti durdurmuştur. Bunun neticesinde, olağan rejim kurulana kadar, çalışma hayatında düzen sağlanması amacıyla 10 Ekim 1980 tarihli ve 2316 sayılı Faaliyetleri Durdurulan Sendika, Federasyon ve Konfederasyonlara Kayyım Tayini Hakkında Kanun⁹⁴ ile 24 Aralık 1980 tarihli ve 2364 sayılı Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Sosyal Zorunluluk Hallerinde Yürürlüğe Konulması Hakkında Kanun⁹⁵ kabul edilmiştir⁹⁶.

Danışma Meclisi tarafından hazırlanan ve Milli Güvenlik Konseyi tarafından nihai hale getirilerek onaylanan 1982 Anayasası, 7 Kasım 1982 tarihinde gerçekleştirilen halk oylamasında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. 1961 Anayasası gibi, 1982 Anayasası da yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur. Özgürlükler ve haklar bakımından sınırlayıcı bir yaklaşım benimseyen 1982 Anayasası, devlet otoritesine öncelik

⁹² Oğuzman, s.217; Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.8; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.28; Şahlanan, s.26; Sur, 2013, s.318; Sur, 2022, s.16-17; Akyiğit, 2021, s.31-32; Akyiğit, 2022, s.32; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.45-47; Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Bası, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2023, s.1. Ufuk Aydın/Özlem Keskin, "2821 Sayılı Kanundan 6356 Sayılı Kanuna: Türkiye'de Sendikalar Hukukunun Dönüşümü", C., S.2, 2015, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.2.

⁹³ Oğuzman, s.217; Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.8; Süzek, s.15; Sur, 2013, s.318; Sur, 2022, s.18; Şakar, s.8; Akyiğit, 2021, s.32; Akyiğit, 2022, s.32; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.48; Ekmekçi, s.1-2; Aydın/Keskin, s.2; Ceylan, s.96.

⁹⁴ RG, 11.10.1980, S.17132.

⁹⁵ RG, 27.12.1980, S.17203.

⁹⁶ Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s.13; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.30, 252; Akyiğit, 2022, s.32; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.50; Ekmekçi, s.2; Aydın/Keskin, s.3-4.

vermektedir⁹⁷. Bununla birlikte, Anayasa her ne kadar yasaklayıcı ve ayrıntılı bir anlayışla kaleme alınmış olsa da işçi ve işverenlerin sendika kurma, toplu iş sözleşmesi yapma ve işçilerin grev hakları, işverenlerin de lokavta başvurabilmeleri imkânı tanınmıştır. Böylece, 1982 Anayasasının öncekinden farklı esasları benimsemesi dolayısıyla iş ilişkilerini düzenleyen mevzuatta değişiklik yapılması gereği hasıl olmuştur⁹⁸. Bu doğrultuda, toplu iş ilişkileri alanında 5 Mayıs 1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu kabul edilerek 274 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun gibi, aynı tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu kabul edilerek 275 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 18 Ekim 2012 tarihinde ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 2821 ve 2822 sayılı Kanunları yürürlükten kaldırarak tek bir kanun çatısı altında birleştiren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra, 1982 Anayasası döneminin en önemli sosyal mevzuat değişikliklerinden biri de sendikalara siyaset, memurlara sendika yasağı getiren hükümlerin kaldırılıp, memurlara sendika kurma ve idare ile toplu görüşme yapma hakkı tanınmasıdır. Bunun neticesinde, 2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kabul edilmiştir⁹⁹.

B. TOPLU İŞ İLİŞKİLERİNİ DÜZENLEYEN GENEL KANUNLAR

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 80. maddesinde¹⁰⁰, anılan Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ve 5253 sayılı Dernekler Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulama alanı bulacağı

⁹⁷ Belirttiğimiz gibi, 12 Eylül 1980 askeri müdahalesi ile serbest toplu pazarlık süreci ve demokratik haklar sekteye uğramıştır. 1982 Anayasasında, diğer birçok konuda olduğu gibi, sendikal örgütlenme, toplu pazarlık ve iş mücadelesi süreci açısından kayda değer kısıtlamalara yer verilmiştir. Bununla birlikte, bahsi geçen katı ve ayrıntılı hükümler içeren düzenlemelerin büyük bir kısmı süreç içerisinde ortadan kaldırılmıştır. Özellikle Anayasa'da 2010 yılında gerçekleştirilen kapsamlı değişikliklerin etkisi büyüktür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2022, s.18; Ekmekçi, s.2.

⁹⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.13-14; Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.9; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.30, 252-253; Süzek, 16; Şakar, s.8; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.50-51; Ekmekçi, s.2.

⁹⁹ Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.9; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.253; Süzek, s.16; Akyiğit, 2022, s.32; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.51-52; Ekmekçi, s.3-4.

¹⁰⁰ 6356 sayılı Kanun m.80 uyarınca, "Kuruluşlar hakkında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Kanun ile 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Toplu iş sözleşmeleri hakkında, bu Kanunda hüküm olmayan hallerde 4721 sayılı Kanun ve 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile iş sözleşmesini düzenleyen diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Bu Kanunda aksi öngörülmedikçe, bu Kanunun uygulanmasına ilişkin tebligat 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır."

belirtilmiştir. Bunun gibi, özel hukuk ilişkilerinin temelini oluşturan Türk Borçlar Kanunu da 6356 sayılı Kanunda hüküm bulunmaması halinde, anılan Kanunun mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur¹⁰¹.

5253 sayılı Dernekler Kanununun 35. maddesinde de anılan Kanunun 19. (Beyanname verme yükümlülüğü ve denetim), 20. (Kolluk kuvvetlerinin yetkisi), 23. (Genel kurul toplantısı ve organlara seçilenlerin idareye bildirilmesi), 26. (Derneklerin izinle kurabileceği tesisler), 28. (Dernek adları), 29. (Bazı ad ve işaretleri kullanma yasağı), 30. (Kurulması yasak olan dernekler ve yasak faaliyetler) ve 31. (kayıt ve yazışma dili) maddelerinin, özel kanunlarında hüküm bulunmaması kaydıyla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile işçi ve işveren sendikaları ve üst kuruluşları için de ceza hükümleri ile birlikte uygulanacağı öngörülmüştür.

C. TOPLU İŞ İLİŞKİLERİNİ DÜZENLEYEN ÖZEL KANUNLAR

Toplu iş hukuku, esas itibarıyla 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile düzenlenmektedir¹⁰². Kamu görevlileri için, kamuda işçi statüsü dışında çalışanların sendika ve toplu görüşme hakları ise, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu ile kabul edilmiştir¹⁰³.

Çalışmamızda, toplu iş ilişkilerini düzenleyen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu üzerinde durulmuştur. Toplu iş hukukunun süreç içerisindeki gelişiminin değerlendirilebilmesi bakımından 6356 sayılı Kanundan önceki eski Kanunlara da -274 sayılı Sendikalar Kanunu, 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu- yer verilmiştir. Bunun yanı sıra, işçi tanımı dışında kalan tüm kamu çalışanlarını kapsamına alan 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu da ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

1. 274 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu

1961 Anayasasının esaslarına uygun olarak hazırlanan 15 Temmuz 1963 tarihli ve 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile aynı tarihli ve 275 sayılı

¹⁰¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.16; Yılmaz, s.28; Akyiğit, 2022, s.32; Ekmekçi, s.3.

¹⁰² Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.9; Demircioğlu/Centel/ Kaplan, s.33; Süzek, s.17; Sur, 2013, s.324; Sur, 2022, s.23; Şakar, s.8; Akyiğit, 2021, s.32; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.52, 63; Ekmekçi, s.2; Aydın/Keskin, s.19, 36; Uşan/Erdoğan, s.36-37; Bağbuğ/Yücel Bodur, s.19.

¹⁰³ Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.9, 542-543; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.253; Akyiğit, 2022, s.33; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.52; Bağbuğ/Yücel Bodur, s.19.

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu oldukça önemlidir¹⁰⁴. Anılan Kanunlar, Anayasa ve başta UÇÖ'nün 98 sayılı Sözleşmesi olmak üzere uluslararası sözleşmeler ile öngörülen modern sendika ve toplu iş sözleşmesi düzeninin kurulması amacına hizmet etmektedir. Bu Kanunlarla, sosyal taraflar (işçi ve işveren sendikaları) ilk kez toplu iş sözleşmeleri yapma ve bu suretle kendilerine uygulanacak kurallar üzerinde söz sahibi olma imkanına kavuşmuşlardır. Bunun yanı sıra, işçiler yasal olarak grev yapma hakkını, işverenler de lokavta başvurma imkanını elde etmişlerdir. Zira 274 Sayılı Kanun, 5018 sayılı Kanunu; 275 sayılı Kanun ise, 3008 sayılı Kanunun grev ve lokavt yasaklarına, zorunlu uzlaştırma ve tahkime ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır¹⁰⁵.

274 sayılı Sendikalar Kanunu ile hür sendikacılık açısından önemli esaslara yer verilmiştir. Kanunda serbesti, ihtiyarılık, sendika çokluğu, idareye karşı bağımsızlık gibi birçok önemli esas düzenlenmiştir. Kuruluşun faaliyetinin durdurulması ve kapatılmasının ancak mahkeme kararıyla olabileceği hüküm altına alınmıştır. Sendikaların faaliyetleri bakımından genel bir siyaset yasağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, siyasi partilerle maddi ve organik bağ kurulması uygun görülmemektedir. Ayrıca, anılan Kanunda düzenlenmeyen birçok husus bulunduğu da göze çarpmaktadır. Örneğin, kuruluş organlarının teşekkülü, seçimlerin ve örgütün işleyişi, bunların yanı sıra sendika içi demokrasiyi tesis edecek hükümler yeterince düzenlenmemiştir¹⁰⁶.

Belirtilmelidir ki, 274 ve 275 sayılı Kanunların yürürlükte olduğu dönem, siyasal ve sosyal olayların çalkantılı olduğu bir dönemdir. Bahsi geçen dönemde, 12 Eylül müdahalesiyle birlikte bazı katı düzenlemeler yapılmıştır. Bu dönemde, askeri yönetim tarafından, kimi kuruluşların (DİSK, MİSK, Hak-İş ile bağlı sendikaların) faaliyeti durdurulmuştur. Bunun yanı sıra, DİSK hakkında dava açılarak anılan örgütün ve ona bağlı sendikaların yargı kararıyla kapatılması yoluna gidilmiştir. Ayrıca, tüm grevler ertelenmiştir. Böylece, bu esnada grev ve toplu sözleşme haklarının geçici olarak askıya alındığı belirtilebilir¹⁰⁷.

2. 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu

1982 Anayasasının öncekinden farklı esasları benimsemesi nedeniyle, 274 ve 275 sayılı Kanunlar yürürlükten kaldırılarak 5 Mayıs 1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile aynı tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu kabul edilmiştir¹⁰⁸. Bahsi

¹⁰⁴ RG, 24.07.1963, S.11462.

¹⁰⁵ Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.8-9; Süzek, s.15; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.48-49.

¹⁰⁶ Sur, 2022, s.18; Aydın/Keskin, s.2-3.

¹⁰⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.13; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.30, 252; Sur, 2022, s.18; Akyiğit, 2022, s.32; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.50; Ekmekçi, s.2; Aydın/Keskin, s.3.

¹⁰⁸ RG, 07.05.1983, S.18040.

geçen iki Kanunda, 1982 Anayasasında yapılan değişiklikler ile uyumlu ve çalışma hayatının gereklerinin karşılanmasına hizmet eden düzenlemelere yer verilmiştir¹⁰⁹.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile amaçlanan bazı hususlar; sendika içi demokrasinin sağlanması, bu bağlamda üyelik, seçimler ve yönetim konularında istismarın önlenmesi, sendikaların salt mesleki alanda faaliyet göstermeleri, sendika enflasyonunun önüne geçilmesi ve yeterince temsil gücüne sahip sendikalara toplu pazarlık hakkı tanınması şeklinde belirtilebilir. Bundan dolayı, sendikalar için işleyiş ayrıntılı hükümlerle düzenlenen belirli bir örgütlenme modeli öngörülmüştür. Bunun gibi, toplu pazarlık ve grev arasında sıkı bir bağlantı kurulmuştur. Yasal grev, çeşitli koşullar altında özellikle toplu iş sözleşmeleri sürecinde kabul edilmiştir¹¹⁰.

1982 Anayasasının bir getirisi olarak, 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarda başta yasakçı ve katı hükümlere yer verildiği belirtilebilir. Anılan Kanunlar, özellikle serbest toplu pazarlık ve örgütlenme özgürlüğünün sağlanması bakımından yetersiz kalmıştır¹¹¹. Bunun nedeni ülkemizde, 1980 yılından önceki sorunların göz önünde bulundurulması dolayısıyla, diğer ülkelerden farklı bir toplu iş hukuku sisteminin kabul edilmesidir. Bahsi geçen sistem, hem kazuistik ve yer yer antidemokratik niteliği hem de uluslararası belgeler ile belirli noktalarda uyuşmaması nedeniyle hem öğretide hem de uluslararası alanda eleştirilmiştir¹¹². Bunun neticesinde, süreç içerisinde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun belli başlı hükümlerinde değişiklik yapılmış¹¹³ ancak bu yeterli olmamıştır. Anılan Kanunlar, 1983-

¹⁰⁹ Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.9; Sur, 2013, s.318; Sur, 2022, s.22; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.51-52; Ekmekçi, s.2.

¹¹⁰ Sur, 2013, s.318-319.

¹¹¹ 2822 sayılı Kanuna yönelik eleştiriler özellikle toplu iş sözleşmesi düzeyi, yetki koşulları, grev ertelemesi, grev ve lokavt yasakları ve ceza hükümlerine ilişkindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut, "6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi – Uluslararası Normlara Uyum", C.9, S.35, 2013, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s.26.

¹¹² Ekmekçi, s.2; Aydın/Keskin, s.3; Başbuğ/Yücel Bodur, s.19. Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organları 2821 ve 2822 sayılı Kanunları; sendikaların işleyişine fazla müdahale edilmesi ve yeterli düzenleme serbestisi bırakılmaması, toplu pazarlığın önüne işkolu barajı engelini koyulması, kapsamlı grev yasaklarına yer verilmesi, grev ertelemesi neticesinde Yüksek Hakem Kurulunun devreye girerek zorunlu tahkime gidilmesi gibi hususlarda eleştirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2013, s.319.

¹¹³ 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarda, süreç içerisinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerde, Uluslararası Çalışma Örgütünün denetim organlarının da etkisi bulunmaktadır. Yapılan değişikliklere örnek vermek gerekirse; 23.07.1995 tarihinde 4121 sayılı Kanunla, Anayasasının 52. maddesindeki faaliyet alanına yönelik çeşitli kısıtlamalar yürürlükten kaldırılmış ve 53. maddeye kamu görevlilerine sendikal örgütlenme hakkı tanıyan bir fıkra eklenmiştir. Bunun yanı sıra, 26.06.1997 tarihinde 4277 sayılı Kanunla Sendikalar Kanununun 37.

2012 yılları arasında yaklaşık 30 yıl uygulama alanı bulduktan sonra artık ihtiyaca cevap veremedikleri gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmıştır¹¹⁴.

3. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu

Toplu iş ilişkileri alanının özel kanunu 18 Ekim 2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunudur¹¹⁵. 07 Kasım 2012 tarihinde yürürlüğe giren Kanun, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. 6356 sayılı Kanun her ne kadar toplu iş ilişkileri bakımından esas olarak mülga kanunlardaki yaklaşımı devam ettirse de toplu iş hukuku alanındaki düzenlemeleri tek kanun çatısı altında birleştirmesi dolayısıyla özellik arz etmektedir¹¹⁶.

Uluslararası Çalışma Örgütü ve AB normlarına uyum sağlama amacı güden 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, toplamda 83 madde ve işkollarını gösteren ek cetvelden oluşmaktadır. Anılan Kanun, esas itibarıyla işçi ve işverenlerin sendika kurma haklarını, toplu iş sözleşmesi yapmalarını, iş uyuşmazlıklarını barışçıl yöntemlerle çözümlenmelerini yahut grev ve lokavta başvurmalarını konu edinir¹¹⁷. Anılan Kanun ile yapılan değişikliklere örnek vermek gerekirse; işkollarının sayısı azaltılmış, sendikaya üyelik ile istifalarda noter şartı kaldırılmış, toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin çifte baraj kademeli olarak

maddesinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre, genel siyaset yasağı kaldırılmış ve devletin sendikalar üzerinde yerinde denetimine dair hüküm (m.47) ilga edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2022, s.22.

¹¹⁴ Sur, 2013, s.318; Sur, 2022, s.22; Akyiğit, 2022, s.32; Ekmekçi, s.2; Aydın/Keskin, s.3; Başbuğ/Yücel Bodur, s.19; Alpagut, s.26.

¹¹⁵ RG, 07.11.2012, S.28460.

¹¹⁶ Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.9; Demircioğlu/Centel/ Kaplan, s.33, 253-254; Süzek, s.17; Sur, 2013, s.324; Sur, 2022, s.23; Şakar, s.8; Akyiğit, 2021, s.32; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.52, 63; Ekmekçi, s.2; Aydın/Keskin, s.19, 36; Uşan/Erdoğan, s.39; Başbuğ/Yücel Bodur, s.19.

¹¹⁷ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun birinci bölümünde “Amaç ve Tanımlar”; ikinci bölümde “Kuruluş Esasları ve Organlar”; üçüncü bölümde “Üyelik”; dördüncü bölümde “Güvenceler”; beşinci bölümde “Faaliyetler”; altıncı bölümde “Kuruluşların Gelirleri, Denetimi ve Kapatılması”; yedinci bölümde “Toplu İş Sözleşmesinin Genel Esasları”; sekizinci bölümde “Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması”; dokuzuncu bölümde “Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümü”; onuncu bölümde “Yüksek Hakem Kurulunun Kuruluşu ve Çalışma Esasları”; on birinci bölümde “Grev ve Lokavt”; on ikinci bölümde ise “Çeşitli ve Son Hükümler” başlıklarına yer verilmiştir. Böylece, Kanunun 32 maddeden oluşan ilk altı bölümünde sendikalara ilişkin hükümler, 42 maddeden oluşan yedi ila on birinci bölümlerinde toplu iş sözleşmesinin genel esasları, yapılması, uyuşmazlıkların çözümü, Yüksek Hakem Kurulunun kuruluşu ve çalışma esasları ile grev ve lokavt düzenlenmiştir. On ikinci bölümde ise, çeşitli ve son hükümlere yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2022, s.25; Alpagut, s.26.

düşürülmüş ve grev ile lokavt yasak ve sınırlamalarının kapsamı daraltılmaya çalışılmıştır¹¹⁸.

6356 sayılı Kanunda, sendikalar hukukuna yönelik bazı kavramlar 2821 sayılı Kanundan farklı biçimde tanımlanmaktadır. Örneğin, işçi kavramının kapsamı genişletilmiştir. 6356 sayılı Kanunun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde öncelikle anılan Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramlarının 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibi olduğu hüküm altına alınmıştır. Ardından yine aynı maddede iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin de bu Kanunun ikinci ila

¹¹⁸ Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.33. Ertuğrul Yuvalı, “Toplu İş Sözleşmesi Türleri Bakımından Eski 2822 Sayılı TSGLK ve Yeni 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Mukayesesi”, C.7, S.3-4, 2012, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.100. 6356 sayılı Kanunun Genel Gereğesinde anılan Kanunda yapılan değişiklikler şu şekilde belirtilmektedir; “Kanun kapsamında; çerçeve sözleşme ve grup toplu iş sözleşmesi ilk kez Türk endüstri ilişkileri sisteminde tanımlanmıştır. Sendikaların kuruluşu, organları, faaliyetleri ve işleyişleri, toplu iş ilişkileri alanı olan toplu iş sözleşmesinin düzeyi, serbest toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmesinin bağitlanması Kanunun düzenleme alanlarını oluşturmuştur. Kanun, ... sendikaların kuruluşunda ve faaliyetlerini düzenlemelerinde kendi iradelerine öncelik tanımıştır. Bu bağlamda pek çok konunun düzenlenmesi sendika tüzüklerine bırakılmıştır. İşkollarının sayısı ... azaltılmış ve yeniden düzenlenmiş, sendikaların yetki tespitinde karşılaştıkları sorunların aşılması amacıyla işkolu tespitinin yetki uyuşmazlıklarında bekletici mesele yapılmasına son verilmiştir. İşçi sendikasına üyelikte ve üyelikten ayrılmada öngörülen noter koşulu kaldırılmıştır. Ayrıca sendikaların kuruluşunda öngörülen bilgi ve belgeler azaltılmış, kurucuların beyanları esas alınmıştır. Sendikaların faaliyetleri ile ilgili olarak 2821 sayılı Kanunda yapılan sınırlamalar kaldırılmış, bu alandaki bütün yetkiler sendika organlarına ve tüzüklerine bırakılmıştır. Kanun, ... serbest toplu pazarlık düzeni ve toplu iş sözleşmesi yapma hakkını yeniden düzenlemektedir. Bu kısımda, başta iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları olmak üzere, toplu sözleşme düzenine ilişkin birçok konuda yeni düzenlemeler getirilmektedir. ... Kanunun bu kısmında, toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile grev ve lokavt alanında önemli değişiklikler yapılmıştır. Daha önce yargı içtihadı ile uygulama alanı bulan grup toplu iş sözleşmesi, kanunda tanımlanmış ve uygulama alanı genişletilmiştir. Böylece bir işkolunda birden fazla tarafla toplu iş sözleşmesi bağitlayabilme imkânı tanınmıştır. ... işletme toplu sözleşmesinin uygulandığı bir işyerinin başka bir işverene devri durumunda birden fazla toplu iş sözleşmesinin ortaya çıkması hâlinde hangi sözleşmenin uygulanacağı sorunu ortadan kaldırılacak şekilde yeniden düzenlenmiştir. ... işkolu barajı yüzde üçe düşürülmüştür. İşyeri düzeyindeki yarıdan fazla üye olma ilkesi korunmuş, işletme düzeyinde ise baraj yüzde kırka indirilmiştir. Ayrıca toplu iş sözleşmesinde yetki, müzakere süreci ve arabuluculuk safhaları korunmakla beraber sadeleştirilerek yeniden düzenlenmiştir. ... Daha önce üç yöntemle gerçekleştirilen olağan arabuluculuk safhası teke indirilmiştir. Ancak tarafların gönüllü uzlaştırma mekanizmalarına başvurma yolları açık tutulmuştur. ... özel hakem mekanizmasının gönüllü uzlaştırma ve arabuluculuk mekanizması olarak kullanılması öngörülmüştür. Yüksek Hakem Kurulunun yükü azaltılmıştır. ... grev ve lokavt alanı yeniden düzenlenmiştir. Kanunî grev ve lokavt 2010 Anayasa değişikliği paralelinde tanımlanarak, grev yasaklarının alanı daraltılmıştır. Grev ve lokavt yasakları hayatî nitelik gösteren temel kamu hizmetleri ile sınırlandırılmıştır. Bu Kanunla, sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık hakkı ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü, evrensel ilkeleri dikkate alınarak düzenlenmiştir.”

altıncı bölümleri yani sendikalar hukuku (kuruluş esasları ve organları, üyelik, güvenceler, faaliyetler, kuruluşların gelirleri, denetimi ve kapatılması) bakımından işçi sayıldıkları belirtilmiştir. Böylece, sendikal hakları kullanabilme bakımından işçi kavramının kapsamı genişletilse de bahsi geçen bağımsız çalışanların toplu iş sözleşmesi ve grev haklarından yararlanmaları mümkün değildir¹¹⁹.

Yine, 6356 sayılı Kanunda, 2821 sayılı Kanundan farklı olarak, işyeri kavramının tanımına yer verilmemiş, anılan kavram için doğrudan 4857 sayılı İş Kanununa atıf yapılmıştır. 6356 sayılı Kanunda, sendika ve konfederasyonları ifade etmek üzere “kuruluş” kavramına yer verilmiş; ayrıca konfederasyonları tanımlamak üzere “üst kuruluş” kavramı tercih edilmiştir. 6356 sayılı Kanun ile 2821 sayılı Kanundaki yönetici kavramının kapsamı daraltılmış, denetim kurulu üyeleri kapsamdan çıkarılmıştır. Belirtilen değişikliklerin esasa ilişkin önemli yenilikler meydana getirmediği ifade edilebilir¹²⁰.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun “Kuruluş Serbestisi” başlıklı 3. maddesinde, 2821 sayılı Kanundan farklı olarak, “Türkiye çapında faaliyette bulunma” şartına ve “Meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamaz” hükmüne yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 6356 sayılı Kanun bir bütün olarak değerlendirildiğinde (m.2, 3, 8), sendikaların kuruluşunda fiili olarak işkolu esasının benimsendiği açıktır¹²¹. Zaten meslek ve işyeri esasına göre sendika kurulması söz konusu olsa dahi anılan sendikaların toplu iş sözleşmesi yetki koşullarını sağlayabilmeleri neredeyse imkansızdır. Böylece, sendikaların yalnızca işkolunda örgütlenebilmelerinin esas nedeninin toplu iş sözleşmesi yetkisini düzenleyen hükümlerden kaynaklandığı belirtilebilir¹²². Her ne kadar toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin çifte baraj (işkolu çapında ve işyeri/işletme çapında) kademeli olarak düşürülmüş olsa da 6356 sayılı Kanunda da çifte baraj sisteminin sürdürülmesi öğretide eleştirilmektedir¹²³.

¹¹⁹ Sur, 2013, s.324-325; Sur, 2022, s.27-29; Aydın/Keskin, s.20-21.

¹²⁰ Aydın/Keskin, s.20-21.

¹²¹ 6356 sayılı Kanunda sendikaların kuruluşunda fiili olarak işkolu esasının benimsenmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 No.lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi ile uyum arz etmemektedir. Halbuki Türkiye anılan Sözleşmeyi onaylamış (RG, 22.12.1992, S.21432) ve Sözleşme ülkemizde 12 Temmuz 1993 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2013, s.326-327; Aydın/Keskin, s.22.

¹²² Sur, 2013, s.326; Aydın/Keskin, s.22.

¹²³ Sur, 2013, s.341; Aydın/Keskin, s.23; Alpagut, s.38. 6356 sayılı Kanun m.41/1 uyarınca, “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.” Öğretide, anılan hükmün uluslararası düzenlemelere, Anayasanın “Sendika kurma hakkı” başlıklı 51. maddesine ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın/Keskin, s.23; Alpagut, s.38.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkollarının sayısı 6356 sayılı Kanun ile yeniden belirlenmiştir. 2821 sayılı Kanununun 60. maddesinde 28 tane işkolu öngörülmüşken, 6356 sayılı Kanun Ek-1 sayılı cetvelde 20 tane işkolu tespit edilmiştir. 6356 sayılı Kanunda da 2821 sayılı Kanunda olduğu gibi, bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlık tarafından yapılır. Bununla birlikte, 6356 sayılı Kanunda, 2821 sayılı Kanundan farklı olarak, işkolu tespit talebinin ve buna yönelik açılan davaların yetki işlemlerinde ve yetki tespit taleplerinde bekletici neden sayılamayacağı isabetli olarak hüküm altına alınmıştır¹²⁴. Bu düzenleme ile kötü niyetli işverenlerin işkolu itirazında bulunmak suretiyle yetki sürecini uzatmaya yönelik davranışlarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır¹²⁵.

6356 sayılı Kanunda, sendika kurucularında aranacak nitelikler yönünden de değişiklik öngörülmüştür (m.6). Sendika kurucusu olabilmek için, 2821 sayılı Kanunda aranan “*Türk vatandaşı olma*”, “*Türkçe okur yazar olma*” şartlarına 6356 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Bunun gibi, “*o işkolunda fiilen çalışır olma*” şartı “*fiilen çalışan*” olma koşulu ile değiştirilmiştir. Ayrıca, belirli suçlardan mahkûm olmama şartı da belirtilen suçların kapsamı daraltılarak hafifletilmiştir¹²⁶.

2821 sayılı Kanunda, sendikalara üyelik kayıtlarında sahteciliğin önlenmesi amacıyla sendika üyeliği ve üyelikten çekilme için noter şartı öngörülmüştü. Bununla birlikte, noter şartının getirilmesi üye olmayı ve üyelikten ayrılmayı güçleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Bunun neticesinde, 6356 sayılı Kanun ile üyelik ve istifanın e-Devlet aracılığı ile yapılması öngörülmüş ve bu konunun ayrıntıları bir Yönetmelik¹²⁷ ile düzenlenmiştir¹²⁸.

6356 sayılı Kanun, sendikalar güvenceler konusunda önemli değişiklikler içermektedir. Anılan Kanunun; işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi başlıklı 23. maddesi, işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi başlıklı 24. maddesi, sendika özgürlüğünün güvencesi başlıklı 25. maddesi sendikalar güvenceler konusunda kapsamlı düzenlemeler öngörmektedir¹²⁹.

¹²⁴ 6356 sayılı Kanun m.5/2 uyarınca, “*Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.*”

¹²⁵ Sur, 2013, s.327, 342; Aydın/Keskin, s.24-25; Alpagut, s.30-31.

¹²⁶ Sur, 2013, s.328; Aydın/Keskin, s.26.

¹²⁷ İlgili Yönetmelik için bkz. Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi ile Üyelik Aidatının Tahsili Hakkında Yönetmelik, RG, 09.07.2013, S.28702.

¹²⁸ Sur, 2013, s.332; Aydın/Keskin, s.28-29.

¹²⁹ Sur, 2013, s.333-334; Aydın/Keskin, s.26. Sendikal güvenceler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Muhittin Astarlı, “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları”, C.17, S.2, 2013, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.141-184.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi, toplu iş sözleşmesi düzeyi olarak işyeri esasını benimsemiştir¹³⁰. 6356 sayılı Kanunda, işyeri, grup ve işletme toplu iş sözleşmesi olmak üzere üç tür toplu iş sözleşmesi yapılmasına imkân tanınmıştır. Anılan sözleşme türlerine 2822 sayılı Kanunda da yer verilmekle birlikte, 6356 sayılı Kanunda yeni düzenlemeler öngörülmüştür¹³¹. Örneğin, 6356 sayılı Kanunda, 2822 sayılı Kanunda cevaz verilen ancak tanımlanmayan grup toplu iş sözleşmesi tanımlanmıştır¹³². Bunun gibi, işletme toplu iş sözleşmeleri bakımından yeni düzenlemeler getirilmiştir¹³³. Ayrıca, 6356 sayılı Kanun ile iş mevzuatımızda ilk defa “*çerçeve sözleşme*” kavramına yer verilmiştir¹³⁴. Anılan sözleşmenin esasen bir toplu sözleşme mahiyetinde olup olmadığı hususu ise öğretilerde tartışmalıdır¹³⁵.

2822 sayılı Kanunda yer verilen grev ve lokavt yasakları 6356 sayılı Kanunda yeniden düzenlenmiştir. Grev ve lokavt yasakları azaltıldığı gibi,

¹³⁰ 6356 sayılı Kanun m.34/1 uyarınca, “*Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir.*”

¹³¹ Toplu iş sözleşmesi türleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2013, s.338-340; Alpagut, s.29-30; Yuvalı, s.100, 117-118.

¹³² 6356 sayılı Kanun m.2/1-ç uyarınca, “*Grup toplu iş sözleşmesi: İşçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesini ifade eder.*” Kanununun 34. maddesi ile grup toplu iş sözleşmesinin, tarafların anlaşması üzerine bir işçi sendikası ile bir işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerleri ve işletmeleri kapsamak üzere yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece, 2822 sayılı Kanun döneminde tartışmalı bulunan grup toplu iş sözleşmesinin işveren tarafının mutlaka işveren sendikası olması gerekip gerekmediği hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Kanunda grup toplu iş sözleşmesinin tarafı olarak işveren sendikası öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2013, s.338; Alpagut, s.30; Yuvalı, s.104-106.

¹³³ 2822 sayılı Kanun ile işletme toplu iş sözleşmesi yapılması bakımından öngörülen kamu kesimi ile özel sektör arasındaki farklılık 6356 sayılı Kanun ile ortadan kaldırılmıştır. Zira 2822 sayılı Kanunda öngörülen kamu kurum ve kuruluşlarında ayrı tüzel kişiliğe sahip müessese ve işyerlerinin aynı işkolunda olmak şartıyla tek bir işletme toplu iş sözleşmesi kapsamı içinde kabul edilmesi esasına 6356 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Bunun yanı sıra, 2822 sayılı Kanun döneminde, işyerinin veya bir bölümünün devrinin işletme toplu iş sözleşmesine etkileri hususu tartışmalıdır. Bunun için, 6356 sayılı Kanununun 38. maddesinde anılan hususa ayrıntılı şekilde yer verilmiştir. Ayrıca, yine işletme toplu iş sözleşmesi bakımından 6356 sayılı Kanunda “*işçi tarafın yetkisi*” hususunda değişiklik yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, s.29-39; Yuvalı, s.111-114.

¹³⁴ 6356 sayılı Kanun m.2/1-b uyarınca, “*Çerçeve sözleşme: Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşmeyi ifade eder.*” Çerçeve sözleşmenin içeriği ise anılan Kanununun 33. maddesinde düzenlenmiştir. Çerçeve sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2013, s.339; Alpagut, s.29; Yuvalı, s.115-117.

¹³⁵ Çerçeve sözleşmenin bir toplu sözleşme türü olmadığına dair görüşler için bkz. Alpagut, s.29; Yuvalı, s.116.

tek bir maddede (m.62) toplanmıştır. Kaldırılan grev ve lokavt yasakları şu şekilde belirtilebilir; noterlik, termik santralleri besleyen linyit üretimi, aşı ve serum imal eden müesseseler, eczane, klinik, sanatoryum, prevantoryum, dispanser gibi sağlıkla ilgili işyerleri, eğitim ve öğretim kurumları, çocuk bakımevleri huzurevleri. Ayrıca, havacılık hizmetlerine, bankacılık hizmetlerine, şehir içi toplu taşıma hizmetlerine yönelik getirilen grev ve lokavt yasakları da kaldırılmıştır. Bununla birlikte, durumu özel bir yasağın genişletildiği de görülmektedir. 6356 sayılı Kanun m.62/3 uyarınca, başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerinde bitirmemiş ulaştırma araçlarındaki geçici grev yasağı artık demiryolu dahil tüm araçları kapsamına almıştır¹³⁶.

Belirtilen hususlar doğrultusunda, 6356 sayılı Kanun ile sendikal hak ve özgürlükleri genişleten bazı değişiklikler yapıldığı ifade edilebilir. Kanunda, uluslararası çalışma normları ve Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organlarının görüşleri doğrultusunda kayda değer iyileştirmeler de yapılmıştır. Bununla birlikte, muhafaza edilen geleneksel esaslar ile Kanunda genel olarak ihtiyatlı bir yaklaşım sergilendiği belirtilebilir. Bunların yanı sıra, anılan Kanunla getirilen en önemli yeniliklerden biri de sendika hukukuna ve toplu sözleşme hukukuna yönelik düzenlemelerin tek bir metin içerisinde toplanmasıdır¹³⁷.

4. 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu

Kamuda işçi statüsü dışında çalışanların sendika ve toplu görüşme hakları, 25 Haziran 2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu ile düzenlenmektedir¹³⁸. 4688 sayılı Kanunun kabulüne kadar, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, sendika kurma hakkını düzenleyen yürürlükteki tek kanun idi. Anayasa'ya uygun olarak, sendika kurma hakkı çalışanlar bakımından işçiler ile sınırlı tutulmuştu. 23 Temmuz 1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunla Anayasanın 53. maddesine eklenen bir fıkra ile kamu görevlilerinin sendika kurmalarının önü açılmış ve akabinde 4688 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Anayasanın sendika kurma hakkına ilişkin esaslar içeren 51. maddesi ise, 3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla değiştirilerek, sendika kurma hakkının yalnız işçilere değil tüm çalışanlara tanındığı hüküm altına alınmıştır¹³⁹.

¹³⁶ Sur, 2013, s.349; Alpogut, s.43-45.

¹³⁷ Sur, 2013, s.353; Aydın/Keskin, s.36.

¹³⁸ RG, 25.06.2001, S.24460. Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.9; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.253; Akyiğit, 2022, s.33; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.52; Başbuğ/Yücel Bodur, s.19.

¹³⁹ 1961 Anayasasının ilk halinde, memurlara da sendika hakkı tanınmış (m.46) ve 1965 tarihli ve 624 sayılı Devlet Personeli Sendikaları Kanunu yürürlüğe konulmuştu. Bununla birlikte, 1971 yılında Anayasasının ilgili hükmü kaldırılmış ve memur sendikalarına son verilmiştir. Bu tutum, 1982 Anayasasında da devam etti. Zira 1982 Anayasasının ilk halinde de memurlara sendika hakkı tanınmamıştı. Ancak, 1993 yılında onaylanıp yürürlüğe giren Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 151 sayılı "Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının

Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyum gereği ve Anayasa'da 2010 yılında yapılan değişiklik sonrasında ise¹⁴⁰, memur ve diğer kamu görevlilerinin bazı haklarının toplu sözleşmelerle düzenlenmesi mümkün kılınmıştır. Bunun neticesinde, 04.04.2012 tarihli ve 6289 sayılı Kanunla 4688 sayılı Kanunu'nun adı "*Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu*" yerine "*Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu*" olarak değiştirilmiştir¹⁴¹.

Anayasa ile sendika kurma hakkından farklı olarak¹⁴², toplu iş sözleşmesi hakkı, grev hakkı ve lokavt işçi ve işverenlere tanınmıştır. İşçi niteliği taşımayan kamu personeli için toplu sözleşme yapılabilmesi söz konusu ise de bunların grev hakkı bulunmadığı gibi lokavttan da söz edilemez. Başka bir ifadeyle, her ne kadar 4688 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ile kamu personelinin toplu sözleşme hakkından yararlanması mümkün kılınmışsa da burada düzenlenen "*toplu sözleşme*" ile 6356 sayılı Kanunda düzenlenen "*toplu iş sözleşmesi*" esas itibarıyla farklıdır ve grev hakkını da içermemektedir. Bu halde, Türk hukukunda sendika kurma hakkı tüm çalışanlara tanındığı halde, grevli toplu iş sözleşmesi hakkı çalışanlar içinde yalnızca işçilere tanınmıştır. Zira 6356 sayılı Kanunun bahsi geçen konulardaki hükümleri yalnızca işçi ve işverenler için geçerlidir.¹⁴³

Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin Sözleşmesi" ile memurların sendika hakkının doğduğuna ilişkin önemli tartışmalar meydana geldi. Nihayet, 1995 tarihinde Anayasanın toplu iş sözleşmesini düzenleyen 53. maddesinde değişiklik yapıldı. Bu doğrultuda, 1997 tarihinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.22'de değişiklik yapıldı. Buna göre, "*Devlet memurları, Anayasada ve özel kanununda belirtilen hükümler uyarınca sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilir ve bunlara üye olabilirler.*" Sonrasında ise, Anayasanın "*Sendika kurma hakkı*" başlıklı 51. maddesindeki "*işçiler*" ifadesi "*çalışanlar*" olarak değiştirildi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2022, s.18-19; Akyiğit, 2022, s.33; Ekmekçi, s.3-4.

¹⁴⁰ 12 Eylül 2010 tarihinde gerçekleştirilen halkoylaması ile tasdik edilen 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla, Anayasanın toplu iş ilişkilerine ilişkin 51., 53. ve 54. maddelerinde önemli değişiklikler yapılmış ve anılan maddeler bugünkü halini almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, 2022, s.19; Aydın/Keskin, s.3.

¹⁴¹ Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.253; Süzek, s.16; Sur, 2022, s.22-23; Akyiğit, 2022, s.33; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.64; Ekmekçi, s.4; Canan Erdoğan, Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.67.

¹⁴² Kamu görevlileri sendikalarına yalnızca kamu görevlileri üye olabilir; "... Davacı sendika bir kamu görevlileri sendikası olup 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kapsamında faaliyet göstermektedir... 4688 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesinde de, sadece kamu görevlilerinin, 4688 sayılı Kanun kapsamındaki sendikalara üye olabileceği hususu belirtilmiştir. Açıklanan bu hususlara göre davalı ... A. Ş. çalışanlarının işçi niteliğinde olması sebebiyle, söz konusu çalışanların davacı sendikaya üye olmaları hukuken olanaklı değildir." Yargıtay 22. HD, E:2019/2620, K:2019/9901, T:07.05.2019, (<http://www.lexpera.com.tr/>, s.e.t. 29.07.2023).

¹⁴³ Süzek, s.16; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.64; Erdoğan, s.74-76.

4688 sayılı Kanunda boşluk olması durumunda, 6356 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulur. Zira 6356 sayılı Kanun her ne kadar özel kanun niteliğini haiz olsa da sendikalara ilişkin ayrıntılı düzenlemeleri dolayısıyla 4688 sayılı Kanun bakımından genel kanun niteliğindedir¹⁴⁴.

SONUÇ

Türk hukuku açısından, iş hukukunun esas itibarıyla gelişimi Cumhuriyetin ilanından sonraya denk gelmektedir. İş hukukundaki gelişmeleri bireysel ve toplu iş hukukundaki gelişmeler şeklinde iki başlık altında inceleyebiliriz. Cumhuriyet döneminde bireysel iş hukukundaki gelişmeler istikrarlı bir şekilde gerçekleşmiştir. Bireysel iş hukukuna yönelik olarak çıkarılan kanunlarda bu gelişimi gözlemlemek mümkündür. Cumhuriyetin ilanından sonra, iş sözleşmesine yönelik hükümlerin yer aldığı en önemli ilk düzenleme 1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunudur. 818 sayılı Kanun, henüz bir iş kanununun bulunmadığı dönemde kabul edilmiş ve uzun süre bireysel iş ilişkilerini düzenleyen tek metin olarak yürürlüğünü sürdürmüştür. Anılan Kanunda, işçi-işveren ilişkileri hizmet akdi başlığı altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü ilkesine yaslanan anılan Kanunun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri liberal ve bireyci görüşe bağlı kalmıştır.

Bireysel iş ilişkileri alanında ilk İş Kanunu ise, 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunudur. Anılan Kanun ile ülkemizde ilk defa, işçi-işveren ilişkilerine genel ve kapsamlı bir hukuki çerçeve çizilmiştir. İşçi ile işveren eşit güfte kimseler olarak kabul edilmemiş, iş ilişkisinde işçiyi koruma düşüncesi ön plana çıkmıştır. Kanunun uygulanma alanının dar tutulması ise dikkat çekicidir. Zira 3008 sayılı İş Kanunu, bir işverene bağlı olarak çalışanları bedenen ve fikren çalışanlar olmak üzere ikiye ayırmış ve fikir işçilerini kapsam dışında bırakmıştır. Bunun gibi, Kanunun kapsamına en az 10 kişinin çalışması gereken işyerleri ve burada çalışan işçiler alınmıştır. Belirtilen hususların yanı sıra, Kanunda iş ilişkilerine müdahale eden emredici hükümler oldukça fazladır. Ayrıca, grev ve lokavt yasağı, iş uyuşmazlıklarının çözümünde zorunlu tahkim öngörülmüştür. Yine de toplu iş hukukuna yönelik yasaklayıcı hükümler dışında, 3008 sayılı İş Kanununun zamanın koşulları dikkate alındığında modern ve sistematik bir İş Kanunu olduğu belirtilebilir. 3008 sayılı İş Kanunun yerini 1967 tarihli ve 931 sayılı İş Kanunu almıştır. 931 sayılı Kanun ile bedenen çalışan – fikren çalışan işçi ayrımı kaldırılmış, fikir işçileri de Kanun kapsamına alınmıştır. Ayrıca, anılan Kanun ile işyerinde çalıştırılan işçi sayısı bakımından getirilen sınırlama da kaldırılmıştır. Bununla birlikte, 931 sayılı Kanun ancak üç yıla yakın bir süre kadar yürürlükte kalabilmiştir. Zira Kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. 931 sayılı İş Kanununun şekil yönünden Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi üzerine, 1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir.

¹⁴⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.63-64.

1475 sayılı İş Kanununun birkaç hüküm dışında, 931 sayılı İş Kanunu ile içeriği neredeyse aynıdır. 1475 sayılı Kanunda, bireysel iş ilişkilerini modern anlamda düzenleyen birçok hükme yer verildiği belirtilebilir. Bununla birlikte, Kanun genel itibarıyla klasik, tipik çalışmayı esas alan ve esnekleşme taleplerine olanak vermeyen düzenlemeler içermektedir. Bu sebeple, 1475 sayılı Kanun zaman içerisinde çağın gereklerini yakalamaktan uzak kalmış, yeni teknolojilerin iş ilişkilerinde meydana getirdiği değişikliklere yanıt verememiştir. Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki, 1475 sayılı Kanuna eklenen iş güvencesine yönelik hükümler önem arz etmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu, 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun kabul edilmesiyle kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi haricinde yürürlükten kaldırılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu, halihazırda bireysel iş ilişkilerinin temel kanunudur. 4857 sayılı Kanunda, bireysel iş ilişkilerindeki ihtiyaçlara cevap vermek üzere özellikle iş güvencesi ve esnekleşme kavramları üzerine odaklanılmıştır. Aynı zamanda, Kanunun AB normlarına büyük ölçüde uygun düştüğü belirtilebilir. Çalışma ilişkilerinde değişim öngören anılan Kanun ile kısmi süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma, geçici iş ilişkisi ile çalışma, telafi çalışması, belirli süreli çalışma, alt işveren ve kısa süreli çalışma gibi birçok hususta yeni düzenlemeler öngörülmüştür. Bu bakımdan, anılan Kanun her ne kadar bir reform kanunu olmasa da 1475 sayılı Kanuna kıyasla ileri bir düzenlemedir.

Bireysel iş ilişkilerini düzenleyen üç özel kanun mevcuttur. 4857 sayılı İş Kanunu, genel kanun niteliğinde olmasa da uygulama kapsamı genel olan bir iş kanunudur. 4857 sayılı İş Kanununun yanı sıra, kapsamına aldığı kesim itibarıyla özel kanun niteliğini haiz olan 1954 tarihli ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu yürürlüğünü sürdürmektedir. Belirtilmelidir ki, 4857 sayılı İş Kanununun, diğer iş kanunları ile ilişkisinin genel kanun – özel kanun ilişkisi kapsamında değerlendirmesi mümkün değildir.

İş hukukunu etkileyen en önemli düzenlemelerden biri de 2010 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunudur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlığını taşıyan 6. Bölümünde, “*Genel Hizmet Sözleşmesi*” (m.393-447), “*Pazarlamacılık Sözleşmesi*” (m.448-460) ve “*Evde Hizmet Sözleşmesi*”ne (m.461-469) ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, 818 sayılı Borçlar Kanununa kıyasla daha kapsamlı ve ayrıntılı hükümler içerdiği belirtilebilir. Anılan Kanun, uygulama alanına giren konularda köklü değişiklikler meydana getirmiştir. Özellikle genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, bireysel iş ilişkilerinin genel hüküm mahiyetindeki önemli esaslarını oluşturur. Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesine yönelik hükümleri, İş Kanunu hükümleri karşısında göreceli bir genel hüküm niteliği taşır. Bu çerçevede, iş kanunlarının kapsamı dışında kalan işçiler bakımından, Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, bu işçiler ile işverenleri arasında genel hüküm olarak değil de özel hüküm olarak doğrudan uygulama alanı bulur. İş kanunlarının kapsamında bulunan işçiler bakımından ise, iş kanunlarında boşluk bulunan hallerde, iş hukukunun özel niteliğine aykırı düşmediği takdirde, 6098 sayılı Kanun genel kanun – özel kanun ilişkisi bağlamında uygulama alanı bulur.

Belirtilen hususlar doğrultusunda, bireysel iş ilişkilerini düzenleyen temel kanunlar; 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunudur. Böylece, bireysel iş hukuku alanının tümünü kapsayan bir kanunlaştırma yapılmış değildir. Bahsi geçen Kanunların değişik zamanlarda çıkarılması ve süreç içerisinde değişikliklere uğramaları dolayısıyla aralarında genel konularda farklılıklar meydana gelmiştir. Bu durum, uygulamada hakkaniyetsiz ve eşitlik ilkesine uygun olmayan neticelerin doğmasına yol açmaktadır. Bunun için, esasen iş sözleşmesi ile çalışanların tümü için tek bir iş kanunu ortaya koymak yerinde bir çözümdür. Elbette ki böyle bir kanunun çıkarılması durumunda, deniz ve hava taşıma, basın, tarım işleri gibi özellik arz eden işler için kanunda özel hükümlere yer verilmesi gerekir.

Toplu iş hukuku alanına gelindiğinde ise, bireysel iş hukukundan farklı olarak, Cumhuriyetin ilanından sonraki ilk yıllarda gelişmeler oldukça yavaş seyretmiş, hatta sendikal özgürlüklerin yasaklanması yoluna gidilmiştir. Bu bakımdan, 1961 Anayasasının kabulü, Türk sendikacılık tarihinde bir dönüm noktası olarak kabul edilebilir. Zira grev, toplu iş sözleşmesi ve sendika kurma hakları ilk defa anayasal güvenceye kavuşmuştur. Bu bağlamda, Anayasada öngörülen esaslarla uyumlu olarak 1963 tarihinde 274 sayılı Sendikalar Kanunu ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu yürürlüğe konmuştur. Anılan Kanunlarla, sosyal taraflar ilk kez toplu iş sözleşmesi yapma ve bu suretle kendilerine uygulanacak kurallar üzerinde söz sahibi olma olanağını elde etmişlerdir. Bunun yanı sıra, işçiler yasal olarak grev yapma hakkına, işverenler de lokavta başvurma imkanına kavuşmuşlardır. Bu bakımdan, anılan Kanunların modern sendika ve toplu iş sözleşmesi düzeninin kurulması amacına hizmet ettikleri belirtilebilir. Ancak, 274 ve 275 sayılı Kanunların yürürlükte olduğu dönem, siyasal ve sosyal olayların çalkantılı olduğu bir dönemdir. Bu dönemde, 12 Eylül müdahalesiyle birlikte bazı katı düzenlemeler yapılmıştır. Bu esnada, kimi kuruluşların faaliyetinin durdurulduğu, kimilerinin kapatıldığı, grevlerin ertelendiği, bu suretle grev ve toplu sözleşme haklarının geçici olarak askıya alındığı belirtilebilir. Özgürlükler ve haklar bakımından sınırlayıcı bir yaklaşımı benimseyen 1982 Anayasasının kabulü ile toplu iş ilişkilerini düzenleyen mevzuatta değişiklik yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda, 274 ve 275 sayılı Kanunlar yürürlükten kaldırılarak yerlerine 1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile aynı tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu kabul edilmiştir. 1982 Anayasasının bir getirisi olarak, 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarda başta yasakçı ve katı hükümlere yer verildiği ifade edilebilir. Anılan Kanunlar, özellikle serbest toplu pazarlık ve örgütlenme özgürlüğünün sağlanması gibi hususlarda eksik kalmıştır. Bu doğrultuda, her ne kadar süreç içerisinde değişiklikler yapılmış olsa da ihtiyacı karşılamaması üzerine anılan Kanunlar yürürlükten kaldırılmıştır. Nihayet 2010 tarihinde halihazırda yürürlükte olan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu yürürlüğe girmiştir. 6356 sayılı Kanun, toplu iş hukuku alanındaki düzenlemeleri tek kanun çatısı altında birleştirmesi dolayısıyla özellik arz etmektedir. Anılan Kanunda; işkollarının sayısının azaltılması, sendikaya üyelik ile

istifalarda noter şartının kaldırılması, toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin çifte barajın kademeli olarak düşürülmesi, grev ile lokavt yasak ve sınırlamalarının kapsamının daraltılması gibi birtakım değişiklikler öngörülmüştür. Böylece, her kadar Kanunda genel olarak ihtiyatlı bir yaklaşım sergilense de sendikal hak ve özgürlükleri genişletmek adına kayda değer iyileştirmelere yer verildiği belirtilebilir.

1982 Anayasası döneminin en önemli sosyal mevzuat değişikliklerinden biri de memurlara sendika kurma ve idare ile toplu görüşme yapma hakkı tanınmasıdır. Bunun neticesinde, 2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu yürürlüğe konmuştur. Bu doğrultuda, kamu görevlilerine sendika kurma ve toplu sözleşme hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, kamu personelinin toplu sözleşme hakkından yararlanması mümkün kılınmışsa da burada düzenlenen “*toplu sözleşme*” ile 6356 sayılı Kanunda düzenlenen “*toplu iş sözleşmesi*” esas itibarıyla farklıdır ve grev hakkını da içermemektedir. Böylece, Türk hukukunda sendika kurma hakkı tüm çalışanlara tanınsa da grevli toplu iş sözleşmesi hakkının çalışanlar içinde yalnızca işçilere tanındığı belirtilebilir.

KAYNAKÇA

Akyiğit E, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Akyiğit E, Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Alpagut G, “6356 Sayılı Yasa’nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi – Uluslararası Normlara Uyum”, C.9, S.35, 2013, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, ss.25-55.

Astarlı M, “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları”, C.17, S.2, 2013, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.141-184.

Aydın U/Keskin Ö, “2821 Sayılı Kanundan 6356 Sayılı Kanuna: Türkiye’de Sendikalar Hukukunun Dönüşümü”, C.1, S.2, 2015, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1-41.

Başbuğ A/Yücel Bodur M, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Bedük M N, Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.

Ceylan Ö, “3008 Sayılı İş Kanunu’ndan 931 Sayılı İş Kanunu’na: Türkiye’de Bireysel İş Hukukunun Kurumsallaşması”, C.4, S.1, 2019, Emek Araştırma Dergisi, ss.85-102.

Civan O E, “3008 Sayılı İş Kanunu”, Atatürk Ansiklopedisi, 2021, (<https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/>, s.e.t. 01.08.2023).

Çelik N/Caniklioğlu N/Canbolat T/Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.

Demircioğlu M/Centel T/Kaplan H A, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Ekmekçi Ö, Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Bası, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2023.

Ekmekçi Ö/Yiğit E, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2021.

Erdoğan C, Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Gülmez M, Türkiye’de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi), 2. Bası, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1991.

Güneş B/Mutlay F B, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, C.3, S.30, 2011, Çalışma ve Toplum Dergisi, ss.231-288.

Güzel A, “3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, S.35-36, 1986, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, ss.165-222.

Kaneti S, “931 Sayılı İş Kanunu Açısından Önemli Bir Eser”, S.5, 1968, Adalet Dergisi, ss.307-314.

Kar B, İçtihatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Karaçöp E/Yamakoğlu E, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi”, C.10, S.38, 2013, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, ss.83-148.

Karakoç Y, “1475 Sayılı İş Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Üzerine”, C.2, S.2, 1984, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.443-452.

Karaman M H, “Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, S.40, 2018, Sicil İş Hukuku Dergisi, ss.114-131.

Kaya P A, “4857 Sayılı İş Yasası’nın Türk İş Hukuku’nda Meydana Getirdiği Yenilikler”, C.5, S.2, 2003, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, ss.1-6, (<http://www.isguc.org/>, s.e.t. 04.08.2023).

Kayık A, “Basın İş Kanunu Kapsamındaki Gazetecilerin İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanma Koşulları, C.9, S.2, 2014, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.153-172.

Köme Akpulat A, “Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu’nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme”, C.10, S.1, 2019, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.224-236.

Mollamahmutoğlu H/Astarlı B/Baysal U, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2022.

Oğuzman K, “931 Sayılı Yeni İş Kanununun Özellikleri”, C.33, S.3-4, 1967, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss.215-227.

Özdemir E, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Öztürk Ö, “Deniz İş Hukukunda Fazla Çalışmanın Esasları”, C.5, S.2, 2019, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.209-238.

Sevimli K A, İş Hukukunda Kaptan, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul, 2001.

Soyer P, “İş Kanunu Tasarısının Çalışma Sürelerinde Esneklik Sağlayan Düzeltmeler”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, ss.185-198.

Sur M, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, C.4, S.39, 2013, Çalışma ve Toplum Dergisi, ss.317-356.

Sur M, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

Sümer H H, Bireysel Basın İş Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Sümer H H, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Süzek S, İş Hukuku, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.

Şahlanan F, “Genel Hükümler ve Temel Kavramlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, ss.25-38.

Şakar M, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Tiritöglü Ersoy H H, “Türkiye’de Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği”, C.III, S.2, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, 2022, ss.1545-1586.

Tulukçu N B, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Tuncay A C, “931 Sayılı İş Kanununun Uygulama Alanı”, C.34, S.1-4, 1968, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss.400-414.

Tuncay A C, “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, ss.125-145.

Tuncay A C/Savaş Kutsal B/Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, Toplu İş Hukuku, Revize Edilmiş 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023.

Uşan M F, Çıraklık Sözleşmesi, Mimoza Yayınevi, Konya, 1994.

Uşan M F/Erdoğan C, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Yavuz C, “Yeni (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmeleri”, S.2, 2011, İzmir Barosu Dergisi, ss.47-102.

Yılmaz E, “Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi” (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), S.22, 2011, Sicil İş Hukuku Dergisi, ss.22-31.

Yuvalı E, “Toplu İş Sözleşmesi Türleri Bakımından Eski 2822 Sayılı TSGLK ve Yeni 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Mukayesesi”, C.7, S.3-4, 2012, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.99-120.

Yürekli S, “Deniz İş Kanunu’nun Yer İtibarıyla Kapsamı”, C.IX, S.1-2, 2005, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.613-631.

Yürekli S, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

TÜRKİYE'DE LAİKLİK İLKESİNİN KABUL SÜRECİ VE ÇOK PARTİLİ DÖNEME GEÇİŞLE DEĞİŞEN LAİKLİK ANLAYIŞI

The Process of Adoption of the Principle of Secularism in Türkiye and the Changing Perception of Secularism with the Transition to the Multi-Party Period

Prof. Dr. Nevin ÜNAL ÖZKORKUT*

Öz: Türkiye'de laiklik ilkesi, 1922'den 1937'ye kadar adım adım gerçekleştirilen düzenlemelerle kabul edildi ve 1937'de devletin bir niteliği olarak anayasadaki yerini aldı. Erken Cumhuriyet döneminde sadece siyasal ve hukuksal düzenin değil, aynı zamanda sosyal hayatın laikleştirilmesi hedeflendi. Bu nedenle din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasıyla yetinilmeyerek, bu ayrılığın devlet kontrolü altına alınması şeklinde katı bir laiklik anlayışı benimsendi. Cumhuriyet'in hukukta ve siyasette laikleşme hedefi gerçekleşti, fakat toplum genelinde aynı başarı sağlanamadı; laiklik, toplumun her kesiminde karşılık bulamadı. 1945'e kadar Cumhuriyet Halk Partisi'nin uyguladığı sıkı laiklik politikası, bu tarihten itibaren çeşitli iç ve dış etkenlere bağlı olarak çok partili sisteme geçilmesiyle yumuşamaya başladı. Çünkü yeni siyasi partilerin kurulmasıyla, laiklik karşıtlarının eleştirileri ve talepleri dile getirilmeye başlandı ve partiler arasındaki rekabet nedeniyle, Atatürkçü laiklik anlayışından uzaklaşan düzenlemeler gerçekleştirildi. Demokrat Parti'nin iktidara geldiği 1950'den itibaren bu uzaklaşma daha bariz bir biçimde görüldü. Parti Programı'nda laikliği tanımlayan ve Hükümet Programı'nda din ve devlet işlerinin ayrılığının

Abstract: The principle of secularism in Türkiye was adopted with the step-by-step arrangements realized between 1922 and 1937 and embedded in the Constitution in 1937 as a characteristics of the state. In the early-Republican period, it was aimed to secularise not only political and legal system but also social life. Therefore, a strict understanding of secularism was adopted in such manner that was not limited to the separation of state and religion, but rather this separation was under the state control. The Republic's goal of secularization in the legal system and the politics was achieved however this was not the case in the society as a whole; secularisation failed to be embraced by all segments of the society. The strict policy of secularization implemented by the Republican People's Party until 1945 began to soften following the transition to the multi-party system, depending on various internal and external factors because the establishment of new political parties led to the criticisms and demands by anti-secularists and the competition among the parties paved the way for arrangements that diverged from pro-Atatürk understanding of secularism. The divergence was much more prevalent as of the 1950s when the Democrat Party came to power. The Democrat Party, which defined

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ozkorkut@ankara.edu.tr,

ORCID:0000-0002-6854-3592

Makale Geliş Tarihi: 11.09,2023, Makale Kabul Tarihi: 23.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391360

önemine vurgu yapan Demokrat Parti, iktidarda bulunduğu yıllarda bir yandan Atatürk ve laiklik karşıtlarına karşı tavır sergilerken, öte yandan laikliği farklı yorumlayarak, laiklik ilkesiyle açıklanamayan düzenlemeleri de gerçekleştirdi. Bu dönemde, parti içinden ve dışından Atatürkçü laiklik anlayışını ve uygulamalarını hedef alan ve zaman zaman hakaret boyutuna varan düşünce beyanlarının artmasına da göz yumuldu. Demokrat Parti iktidarının eski gücünü ve desteğini yitirmeye başladığı son dönemlerinde de din yine siyasete alet edilerek ve laiklik ilkesi hırpalanarak yandaş kazanılmaya çalışıldı.

Anahtar Kelimeler: Laiklik, tek parti dönemi, Demokrat Parti, hukuk devrimi.

secularism in the Party Programme and emphasized the importance of the separation of state and religion in the Government Programme, on one hand adopted a negative attitude towards the opponents of Atatürk and secularism, but on the other, interpreted secularism in a different manner and made arrangements that could not be explained by the principle of secularism. During this period, the Party overlooked the rise of opinions within and outside the party, which targeted pro-Ataturk understanding and practices of secularism and which sometimes manifested themselves as insults. In its late periods when the Democrat Party began to lose its power and support, attempts were made to gain supporters by using religion again as a tool for politics and hampering the principle of secularism.

Keywords: Secularism, secular law, one-party period, Democrat Party.

GİRİŞ

Laiklik, sadece felsefi bir kavram olmayıp, aynı zamanda uygulanan bir ilke olması nedeniyle uygulandığı ülkelerin kendi dini, siyasi ve sosyal şartlarına göre farklı şekillerde biçimlenmiş, üzerinde uzlaşmış tek bir tanım yapılamamıştır. Türkiye özelinde de ülkenin kendine özgü özellikleri, tarihî ve güncel gerçeklerine bağlı olarak laiklik ilkesi, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında en çok tartışılanı olmuştur. Tunaya'nın, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan 50 yıl sonra yaptığı bir konuşmadaki "İnsanların ay etrafında ve dünyadan yüzbinlerce kilometre uzakta tabiatı dizginlemeye ve tabiata hakim olmaya çalıştıkları bir anda, biz Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan ve Müdafaa-i Hukuk hareketinin başlayışından yarım asır geçtiği halde, laiklikten bahsediyoruz"¹ sözleri, Türkiye'nin laiklik sınavının zorluğunu vurgulamak açısından oldukça anlamlıdır. Ülkenin köken itibarıyla Batılı olması, sadece ibadete ilişkin kuralları değil, hayatın her yönünü düzenlemiş olan İslam'ın kabulünden Osmanlı Devleti'nin yıkılışına kadar çerçevesi bu dinin kurallarıyla çizilmiş bir düzen içerisinde yaşamış olan Türk toplumunun İslam dini konusundaki hassasiyeti ve bu hassasiyetin belli nedenlerle siyasi otoriteler tarafından kötü yönetilmesi, zaman zaman siyasete alet edilmesi, toplumun tamamında olmasa da sayıca önemli bir kısmında kavramın din karşıtlığı olarak algılanmasına

¹ Tarık Zafer Tunaya, Devrim Hareketleri İçinde Atatürk ve Atatürkçülük, Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1981, s. 290.

yol açmış; laikliği benimser görünen ama laiklikten başka anlamları ifade eden yeni laiklik tanımları, yanlış anlaşılmalara neden olmuştur.

Laiklik kavramının Türkiye'deki seyrinin de çok geniş kapsamlı ve tartışmalı bir içeriğe sahip olduğu bilinciyle bu çalışmada, laiklikle ilgili yapılmış tanımlar sıralanmaksızın ve yeni bir tanım oluşturma gayretine girilmeksizin; hukuk tarihçisi gözüyle kavramın, *din ve devlet ayrılığı* ve *din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşmesi* gibi yaygın kabul görmüş unsurları çerçevesinde, Türkiye'de laiklik ilkesinin kabulü ve özellikle laik hukuk sistemine geçiş sürecinin, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde başlayan değişime de değinmek suretiyle önemli dönüm noktalarıyla ele alınması; devletin siyasi yapısındaki değişime bağlı olarak değişen laiklik anlayışının, tek parti dönemi ve çok partili dönem itibariyle -kendisinden sonraki sağ siyasetin bir nevi murisi olan Demokrat Parti'nin iktidarda bulunduğu süre özelinde- ana hatlarıyla incelenmesi hedeflenmektedir.

I. LAİKLİK VE TÜRKİYE'DE LAİKLİĞİN KABUL SÜRECİ

A. TANIMLANAMAYAN BİR TERİM: LAİKLİK

Laiklik, Yunanca toplumla, halkla ilgili anlamındaki *laikhos* sözcüğünden gelmektedir. Ruhban sınıfından olmayanlar için kullanılmış olan ve Latince *laicus*, Fransızca *laïcité* sözcükleriyle ifade edilen kavram,² Hristiyanlığın kabul edildiği toplumlara özgü dini ve siyasi koşullarda, siyasi yetkiyi de kendinde gören kiliseyle dünyevi iktidar arasındaki çatışmadan doğdu. 18. yüzyıldan itibaren Batı'da felsefi temelleri oluştu; zamanla din ve devlet ilişkisini anlatmak için kullanılan bir terim oldu.

Laikliğin ne olduğuna ilişkin birçok farklı görüş ileri sürüldü, üzerinde çok tartışıldı. Devlet ve din ayrılığını farklı biçimlerde ifade eden felsefi, siyasi ve hukuki tanımları yapıldı.³ Hem felsefi bir terim, hem de siyasi bir kurum olması ve buna bağlı olarak yerel nitelik taşıması ve kabul edildiği yerde ona uygun bir devlet düzeni kurulması nedeniyle tek bir tanımı yapılamadı ve ülkelerin birbirinin aynı olmayan dini, siyasi ve sosyal şartları, tanım ve beklenti farklılıklarını beraberinde getirdi.⁴

Türkiye açısından da tarihi koşullara, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e uzanan siyaseten yerleşmiş din ve devlet ilişkisine, İslam'ın kurallarının sadece ibadetle sınırlı olmayıp çok geniş bir düzenleme alanına sahip olmasına ve bunun siyasi ve sosyal yansımalarına bağlı olarak laikliğin her dönem ve herkes tarafından kabul gören genel bir tanımı yapılamadı; siyasi kaygıların da etkisiyle laiklik içine birbirinden farklı anlamlar yerleştirildi. Bu da yüzyıllarca öncelikli olarak İslam'ın kurallarını esas

² Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. Erdal Gişi, "Laiklik Kavramının Kronolojik Evrimi", V.1, İ.1, 2015, JEMSOS, s. 1-13.

³ Geniş bilgi için bkz. Çetin Özek, Türkiye'de Lâiklik (Gelişim ve Koruyucu Ceza Hükümleri), İÜHF Yayını, İstanbul, 1962, s.1-2.

⁴ Özek, s. 3; Turhan Feyzioğlu, "Türk İnkılabının Temel Taşı Lâiklik", Atatürk Yolu'ndan ayrı bası,1981, s.172-173.

alan bir sistem içinde yaşamış olan Türk toplumunun sayıca önemli bir kısmının kavrama olumsuz yaklaşmasına, laikliğin din düşmanlığı olarak algılanmasına neden oldu ve “laikliğin felsefi ve kültürel temeli”⁵ oluşmadı.

Laikliğin, Türk Dil Kurumu tarafından da benimsenen kısa ve en çok bilinen tanımı, *devlet ve din işlerinin ayrılığı, devletin din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşmesi bakımından yansız olmasıdır*. Ancak belirtmek gerekir ki, bu tanım da laiklik ilkesinin, bir yandan devlet ve din işlerinin birbirinden ayrılmasını isterken, öte yandan devletten din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleştirilmesi için aktif bir tavır sergilemesini de beklemesi nedeniyle eksik bulunmakta ve eleştirilmektedir.⁶

B. TÜRKİYE’DE LAİKLİĞİN KABUL SÜRECİ

Laiklik kavramı Osmanlı Devleti’ne, Osmanlı modernleşmesinin diğer kavram ve kurumları gibi Fransa örnekli girdi ve kelime olarak bazı aydınlarca Arapça *lâdini* (dinsel olmayan/laiklik karşıtları tarafından da *dinsizlik*) olarak tercüme edildi.⁷

Osmanlı Devleti’nde, III. Selim’le başlayan, II. Mahmud’la önemli mesafe kateden değişim, Tanzimat Dönemi’nden itibaren gerçekleştirilen yenilik hareketleriyle daha da belirginleşmekle ve II. Meşrutiyet’in ilanı sonrasında hızlanmakla birlikte laiklik, pratikte tam olarak karşılığını bulan bir gerçekliği ifade etmekten uzaktır. 19. yüzyılda devleti gayrimüslim vatandaş üzerinden baskılayan iç ve dış etkenlerin bir sonucu olarak eşitlik ilkesini hayata geçirmek üzere harekete geçilerek laiklik için gerekli önemli bir adım atıldı. Laiklik zoraki bir eşitlik sağlama çabasının içinde kendiliğinden belirdi.⁸ Bu süreçte başlıca idari alanda, hukuk ve yargıda, eğitimde Batı’dan kural ve kurumlar alınmakla, düşünce boyutunda laiklik bazı aydınların batılılaşma isteğinin içinde belli ölçüde bulunmakla ve 1913’ten itibaren Jön Türk ideolojisinin özellikleri arasında yer almakla birlikte bunlar, herkes için geçerli tek bir hukuk ve yargı sistemi bulunmayan, eğitimde ikiliği devam ettiren, devlet başkanı aynı zamanda halife unvanı taşıyan, anayasasının 2, 4, 7, 17, 64 gibi çeşitli maddelerinde dini kimliğine vurgu yapılan ve vatandaşının din ve vicdan özgürlüğü tartışmaya açık olan devletin laik olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir.⁹

⁵ Mümtaz’er Türköne, Türk Modernleşmesi, 2. Baskı, Lotus Yayınları, Ankara, 2006, s. 311.

⁶ Bkz. Doğan Göçmen, “Laikliğin Felsefi Temelleri, Tarihsel Zorunluluğu ve Sınırları”, 10.07. 2016, Ayrıntı Dergi. <https://ayrintidergi.com.tr> (s.e.t.20.08.2023).

⁷ ŞerafettinTuran, Türk Devrim Tarihi (3. Kitap, 2. Bölüm) Yeni Türkiye’nin Oluşumu (1923-1938), 3. Baskı, Bilgi Yayınları, Ankara, 2018, s. 40 vd.

⁸ Benzer açıklama için bkz. Türköne, s. 300.

⁹ Başgil, din ve devlet ilişkileri açısından 1517’den Tanzimat’a kadarki dönemi *dine bağlı devlet*; 1839-1924 arasındaki dönemi de *yarı dini devlet* olarak

Osmanlı Devleti'nin Birinci Dünya Savaşı sonunda fiilen sona ermesi ve düşman güçlerinin işgali altında kalması üzerine Anadolu'da yürütülen Kurtuluş Savaşı sonunda kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nde ise laiklik ilkesi, devletin kuruluşundan itibaren kısa bir süre içerisinde planlı bir biçimde adım adım gerçekleştirilen hamlelerle tamamlanarak 1937'de devletin niteliği olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki yerini aldı. Gazi Mustafa Kemal (Atatürk)'ün sözleriyle, "Türkiye Cumhuriyeti halkını bütünüyle çağdaş ve bütün anlam ve biçimleriyle uygar bir toplum haline ulaştırmak"¹⁰ amacını taşıyan Atatürk devrimleriyle yeni bir düzen kuruldu ve bu düzene uygun bir toplum modeli oluşturulmak istendi.

Cumhuriyetin bu ilk döneminde laiklik konusunda radikal bir yol izlendi. Amaç, toplumu belirli bir uygarlık seviyesine çıkartmaktı. Bunun için de sanayisi gelişmiş olan ve Atatürk için *müşterek medeniyeti* temsil eden Batı tercih edildi. Batı'nın metotlarıyla Türk toplumunun yeniden biçimlenmesi hedeflenmişti. Bu dönemde laiklik algısı, sadece din ve devletin birbirinden ayrılması değil, aynı zamanda devletin bu ayrılığı kontrol etmesi ve dinin devlet işlerine karıştırılmasının önlenmesi şeklindeydi.¹¹ Sadece siyasal ve hukuksal düzenin değil, aynı zamanda sosyal hayatın laikleştirilmesi hedeflenmişti.¹²

1. Laiklik İlkesinin Yapı Taşları: Devrim Kanunları

Çağdaşlık esasına dayanan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temel unsurlarından bir tanesi *laiklik*ti ve bu çerçevede, 3 Mart 1924'te Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde üç önemli kanun kabul edildi: 429 sayılı

nitelendirmiştir. Ali Fuad Başgil, *Din ve Lâiklik*, 2. Baskı, Sönmez Yayınları, İstanbul, 1962, s. 176.

¹⁰ "... *Efendiler! Yaptığımız ve yapmakta olduğumuz inkılabların gayesi, Türkiye Cumhuriyeti halkını tamamen asrî ve bütün manâ ve eşkali ile medenî bir heyet-i içtimâiye haline irsâl etmektir. İnkılablarımızın umde-i asliyesi budur...*" Atatürk'ün 30 Ağustos 1925 Tarihli Kastamonu Nutku.

<https://isteataturk.com/g/icerik/Mustafa-Kemal-Ataturkun-Kastamonu-Nutku-30081925-/1609> (s.t.e.28 Aralık 2020).

¹¹ Tunaya, s. 298 vd. Erik Jan Zürcher, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995, s. 264.

¹² Toplumsal laikleşmenin anlam ve önemine ilişkin bkz. Bahri Savcı, "Laiklik Prensibinin "Türkiye Şartları" İçinde Mütalâası (I)", C.19, S.02, 1964, AÜSBFD, s.147-149; Zürcher, bu dönemdeki laiklik çalışmalarının devleti, eğitimi ve hukuku laikleştirerek geleneksel İslamın kalelerine saldırmak; dinsel simgelerin yerine Avrupa medeniyetinin simgelerini koymak ve son olarak, sosyal yaşamı laikleştirerek popüler İslamın üstüne gitmek şeklinde olduğunu belirtmektedir. Zürcher, s. 271-272. Karpat, laiklik konusunda izlenen yolu "hükümet tarafından takip edilen politika, ibadet hürriyetini engellemediği, topluma yeni bir inancı zorla kabul ettirmeye çalışmadığı halde, bir zaman sonra "resmi bir dinsizlik dogması" diye adlandırılan aşırı antiklerikal, pozitivist bir nitelik kazandı" sözleriyle ifade etmektedir. Kemal H. Karpat, *Türk Demokrasi Tarihi*, 11. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2021, s. 357.

Şer'iyeye ve Evkâf ve Erkân-ı Harbiye-i Umûmiye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanun¹³, 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu¹⁴ ve 431 sayılı Hilâfetin İlgasına ve Hânedân-ı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memâlik-i Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun¹⁵. Yeni Türk Devleti'nin bu üç kanunu, laiklik ilkesinin ülkemizdeki yapı taşları oldu.

1 Mart 1924 tarihli Meclis konuşmasında Atatürk, şu üç hususu önemle belirtmişti:

-Cumhuriyetin şimdi ve gelecekte bütün saldırılardan kesin ve ebedi olarak korunması ve denenmiş ve ispatlanmış olan bütün esaslara bir an önce ve tamamen dayandırılması.

-Eğitim ve öğretimin birleştirilmesi ilkesinin bir an önce uygulanması.

-İslam dininin yüzyıllardan beri yapılageldiği üzere bir siyaset aracı olarak kullanılmaktan kurtarılması.¹⁶

Eski Siirt müftüsü yeni Siirt milletvekili Halil Hulki Efendi ve arkadaşları tarafından sunulan 429 sayılı Şer'iyeye ve Evkâf ve Erkân-ı Harbiye-i Umûmiye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanun teklifinin gerekçesinde, din ve ordunun politikayla ilgilenmesinin sakıncalı sonuçlar doğurduğu, çağdaş toplumların ve yönetimlerin bunu temel bir ilke olarak kabul ettikleri, yeni bir hayat varlığı sağlamakla görevli olan Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasasında bu vekâletlerin bulunmasının uygun olmadığı ifade edildi.¹⁷

¹³ Düstur, 3. Tertip, C. 5, Ankara, 1948, s. 320-321. (RG, 06.03.1924, S. 63)

¹⁴ Düstur, 3. Tertip, C. 5, Ankara, 1948, s. 322. (RG, 06.03.1924, S. 63)

¹⁵ Düstur, 3. Tertip, C. 5, Ankara, 1948, s. 323-324. (RG, 06.03.1924, S. 63)

¹⁶ Gazi Mustafa Kemal, Nutuk, Ed.Nejat Bayramoğlu/Kurtuluş Güran, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2015, s. 635. TBMM ZC, D. 2, C.7, İ.1, 01.03.1340 (1924), s. 3-6.

¹⁷ TBMM ZC, D.2, C.7, İ.1, s. 21. Büyük Millet Meclisi'nin 25 Şubat 1924 günlü oturumunda, 1340 yılı Bütçe Kanunu Layihası görüşülürken İzmir vekili, Şükrü (Saraçoğlu)'nun, "... Şer'iyeye Vekâleti'ne gelince: Bendeniz bilhassa bu Vekâletin umuru dâhiliyesi hakkında söz söyleyecek değilim. Yalnız siyasetle, dini karıştırmıyoruz diye bar bar bağıyoruz. Ve sonra dinimizin en büyük reisini alıp getiriyoruz. Kıpkızıl bir siyaset sandalyesi olan Vekâlet sandalyesine oturtuyoruz... Kavillerimizde ve fülllerimizde ahenkter olalım, samimî olalım. Şer'iyeye Vekâleti'nin mevkiî, bence çok muhteremdir, o kadar muhteremdir, o kadar muhteremdir ki onu o Vekâlette tutmak isteyenler onun düşmanlarıdır. Onu Vekâletten ayırmak, onu siyaset oyuncuğu olmaktan kurtarmak herhalde bu milletin mukadderatına hâkim olan bu Meclisin vazifesidir. Beyefendiler: Bu müesseseye çok muhteremdir. Çok mukaddestir ve pek büyük adamlar vasıtasıyla bu memleketin mukadderatında, dinî inkilâbatında birçok iyilikler yapabilecek bir müessesedir. Nasıl istersiniz ki böyle bir müesseseye, Maliye Vekâleti'nin falan hatasından dolayı yuvarlanan kabine ile beraber o da yuvarlansın, nasıl istersiniz ki Hariciye Vekâletinin yapmış olduğu her hangi bir hatadan naşi araya, araya bulup o mevkie isad ettiğimiz bir adam, o kabine ile beraber yuvarlansın?" şeklindeki konuşması üzerine diğer vekillerin verdiği, Mukaddes ise imtiyaz verelim. Dokunmasınlar. (Erzurum vekili Ziyaeddin Efendi); "İslâmiyette ruhbaniyet yoktur Şükrü Bey. Din-i İslâm payıdardır. O Vekâlet Hükümetle batır, Hükümetle kalkar, yalnız din-i mübin-i İslâm payıdardır. İslâmiyet kıyamete kadar bâkîdir. Hükümetin

430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun gerekçesinde, devletin eğitim ve kültür politikasında, milletin duygu ve düşünce birliğini sağlamak açısından öğretim birliğinin en doğru, en bilimsel, en çağdaş ilke olduğu; Osmanlı Devleti'ndeki ikili eğitimin birçok zararlı sonucunun bulunduğu; iki ayrı eğitimin, iki çeşit insan yetiştireceği, bunun ise duygu ve düşünce birliği ile dayanışma amaçlarını yok ettiği belirtildi.¹⁸

Diğer iki kanundan farklı olarak görüşmeleri tartışmalı geçen¹⁹ ve teklif verenler arasında Urfa milletvekili Şeyh Saffet Efendi'nin de

dini, dîn-i İslâmdır. Onu üç şahsın, beş şahsın kanaati yıkamaz." (Isparta vekili Hafız İbrahim Efendi); "*Onu üç beş kişi yıkamaz. Ona tecavüz edenler yıkılır.*" (Isparta vekili Hüseyin Hüsnü Efendi) şeklinde cevaplar verilmişti. TBMM ZC, D.2, C. 6, İ.111, 25.02.1340, s. 334.

¹⁸ TBMM ZC, D. 2, C.7, İ.2, 3.03.1340, s. 25.

¹⁹ Bazı üyeler farklı gerekçelerle aleyhte tavır gösterdi. Gümüşhane vekili Zeki Bey, kendisinin hem ilımlı liberal hem de aşırı bir İslam birliği taraftarı olduğunu; ülkenin iç ve dış politikası adına halifelğin kaldırılmasını kabul edip bu müthiş kuvveti düşmanların ve diğer hükümetlerin kucagina atmamak gerektiğini söyledi. Kanun'un 1. maddesi görüşülürken yaptığı konuşmada, "*Arkadaşlar hepimiz biliyoruz ki İstiklâl Mücadelâti ilân edildiği zaman halkımızın halife makamına olan merbutiyetini nazarı itibara alarak hepimiz "halifeyi kurtaracağız, şöyle yapacağız, böyle yapacağız" diye telkinatta bulduk. Hattâ birçok meşâyih ve ulemayı Büyük Millet Meclisi'ne getirdik. Bu, sırf halkın hissiyatına hürmet içindi. Sonra arkadaşlar, ben bu İstiklâl Muharebatı'nda kâmilen bulundum. Askerlere, bütün arkadaşlarla beraber bu suretle telkinatta bulunduk. "Makam-ı hilâfeti, bütün vatanla beraber kurtaracağız" dedik... Hamdolsun kurtardık. Böyle olmakla beraber bugün halk makam-ı hilâfet olmazsa Cuma namazı kılınmaz itikadındadır"* diyen Kastamonu vekili Halit Bey, İslam dünyasının Türkiye'ye yakınlığının sadece din kardeşliğinden kaynaklanmadığını, halifelik makamının Türkiye'de olmasının da bunda rolü bulunduğunu belirterek ve bu makamın hiçbir etkisi yoksa neden daha evvel halka TBMM'nin halifelik makamının dayanağı ve Müslümanlar arasında bir yüksek makam olduğunun ilan edildiğini sorarak maddedeki "*makam-ı hilâfet mülğadır*" cümlesini, şeriat açısından değil, siyasi açıdan doğru bulmadığını ifade etti ve bunun yerine "*Meclisin manevi şahsiyetindedir*" denilmesini teklif etti. Her iki vekil de hilâfetin kaldırılmasının iç ve dış politika açısından sakıncalı olduğu görüşündeydiler, Manisa vekili Vasıf (Çınar) Bey ise Yunan ordusunu hilâfet ordusu olarak gönderenin bizzat halife olduğunu; İslam birliğinin iddia edildiği gibi güvenilir olmadığını, Irak, Çanakkale, Filistin cephelerinde Türkleri boğazlayanların Müslümanlar ve Britanya Krallığı'nın en büyük dayanak noktasının İslam ülkeleri olduğunu ifade ederek hilâfetin kaldırılmasının iç ve dış politika açısından bir olumsuz etki yaratmayacağını belirtti.

Adalet Bakanı Seyyid Bey, yaptığı uzun konuşmada, İslam tarihinde büyük bir inkılâp yaptıklarını, kafalarda soru işareti ve kalplerde endişe ve tereddüt bulunduğunu, bu nedenle hilâfet kurumunun dini ve siyasi yanının açıklığa kavuşturulması gerektiğini ifade etti. Halifelik meselesinin dünyevi ve siyasi bir mesele olduğunu, inançla ilgisinin bulunmadığını, gerçek halifelğin dört halife döneminde olduğunu, sonrasında görülen şekli halifelğin ise ezici sultanlıktan başka bir şey olmadığını ayrıntılı bir biçimde anlattı. Halit Bey'in, sorunun siyasi yönüne ilişkin endişelerine cevap olarak da halifelğin kaldırılmasının, diğer İslam ülkelerinde hiçbir etkisi olmayacağını, İslam âlimlerinin, halife

bulunduğu 431 sayılı Kanun teklifinde, hilâfet makamının Türkiye'yi iç ve dış siyasette iki başlı olmaktan kurtaramadığı, hanedanın, halifelik görünümü altında Türkiye'nin varlığını etkileyecek bir tehlike olacağını tecrübelerle kesin olarak belli olduğu ifade edildi.²⁰ Kanun'la halife görevden alındı ve yine içinde bulunulan ortamın hassasiyeti dikkate alınarak *halifeliğin hükümet ve cumhuriyet kavramlarının içinde var olduğu* gerekçesiyle hilâfet makamı kaldırıldı.

Bu üç önemli kanunun yanı sıra Cumhuriyet'in, toplumun laikliği içselleştirebilmesi adına hızlı bir şekilde gerçekleştirdiği başka önemli düzenlemeler de oldu. Bu çerçevede;25 Kasım 1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun'la gerek kamuda gerek halk arasında fes, sarık ve benzeri giyimler kaldırıldı, bunların yerini şapka aldı.²¹

30 Kasım 1925 tarih ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar İle Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun çıkarıldı.²²

26 Aralık 1925 tarih ve 698 sayılı Takvimde Tarih Mebdeinin Tebdili Hakkında Kanunla²³ hicri takvim yerine miladi takvim esası getirildi.

20 Mayıs 1928 tarih ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun'la da kullanılan rakamlar değiştirildi.²⁴

1 Kasım 1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'la harf devrimi yapıldı, Arap alfabesi kaldırılarak yerine Türk harfleri kabul edildi.²⁵

olma şartlarını ve usulünü Türklerden daha iyi bildiklerini, İslam dünyasının Türkiye'ye gerçek bir yardımının bulunmadığını, Irak'ı, Suriye'yi, İstanbul'u işgal eden orduların Müslüman askerlerden oluştuğunu, Müslümanların birbirine yardım etmesi gerektiğini ama bunun nedeninin halifelik değil din kardeşliği olduğunu, İslamın, bazı kişilere halife diye taparcasına kutsallık vermeyi kabul etmeyeceğini söyledi.

Başvekil İsmet (İnönü) de halifelik makamının kaldırılmasıyla İslamiyet hükümlerinin korunmasında ve yerine getirilmesinde hiçbir eksiklik olmayacağını, bu konuda bütün konuşmacıların hemfikir olduklarını, zaten dört yıldır bu makamın herhangi bir etkisi olmadan İslamiyetin hükümlerini icra ettiğini, Kurtuluş Savaşı'nın, 'hilafeti kurtaracağız' telkiniyle yapıldığı şeklindeki bir ifadenin şehitlere saygısızlık olduğunu, bu Savaşın bağımsızlık ülküsüyle yapıldığını ve halifenin bu süreçte desteğinin değil, olumsuz etkilerinin görüldüğünü belirtti. Tartışmalar sonucunda 431 Sayılı Kanun oybirliğiyle kabul edildi. TBMM ZC, D. 2, C.7, İ. 2, s. 31-65.

²⁰ TBMM ZC, D.2, C.7, İ. 2, s. 27-28.

²¹ RG, 28.11.1925, S. 230.

²² RG, 13.12.1925, S. 243.

²³ RG, 02.01.1926, S. 260.

²⁴ RG, 28.05.1928, S. 900.

²⁵ RG, 3.11.1928 S.1030.

27 Mayıs 1935 tarih ve 2739 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'la bayram ve tatil günleri belirlenerek, haftasonu tatili, pazar günü olarak düzenlendi.²⁶

Tüm bu ve benzeri düzenlemelerle, sadece hukuksal ve siyasal laiklik değil, toplumsal ve kültürel bir değişim de gerçekleştirilmeye çalışıldı.

Atatürkçü laiklik anlayışı kapsamında, laikliğin devletin dini denetim altında tuttuğu bir sistem inşa edilerek, yukarıda yer verilen 3 Mart 1924 tarih ve 429 sayılı Kanun'la Başbakanlığa bağlı ve İslam dininin inanç ve ibadetle ilgili hüküm ve işlerinin yürütülmesi ve dini kurumların yönetimi ile görevli Diyanet İşleri Başkanlığı kuruldu.

İslam dininin kendine özgü özelliği, ülkenin tarihi koşulları²⁷ ve bunların zorunlu kıldığı *laik devletin korunması* düşüncesi²⁸, Kemalist laiklik anlayışını topluma iyi anlatabilmek,²⁹ dini birey vicdanına itebilmek işini sağlam bir biçimde gerçekleştirmek³⁰ gibi hedefler, devlet idaresi içinde böyle bir teşkilatın kurulmasını gerekli kıldı.³¹ Bir başka deyişle, Türkiye Cumhuriyeti'nde, *İslamiyette dini devletten ayırmanın*

²⁶ RG,01.06.1935, S.3017.

²⁷ Yavuz Sabuncu, Anayasaya Giriş, 14. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009, s. 141.

²⁸ Fevzioglu, s. 174.

²⁹ Bülent Tanör, "Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi", Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi, Ankara, 2001, Laiklik ve Demokrasi, s. 29. Tanör, laiklik açısından değişen ve sorun olan şeyin Diyanet İşleri Başkanlığı'nın çok partili siyasi hayata geçtikten sonra pratikteki işlevi olduğunu belirtmiştir. Bkz. s. 29.

³⁰ Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 260.

³¹ 21 Ekim 1971 gün ve E.1970/53, K 1971/76 sayılı kararında, "*Diyanet İşleri Başkanlığının Anayasa'da yer alması şu zorunluluk ve nedenlere dayanmaktadır: Dinin Devletçe denetiminin yürütülmesi, din işlerinde çalışacak kimselerin yetenekli olarak yetiştirilmesi yoluyla dinî taassubun önlenmesi ve dinin toplum için manevî bir disiplin olmasının sağlanması ve böylece Türk Milletinin çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi, yücelmesi ana ereğinin gerçekleştirilmesi gibi nedenlere dayandığı gibi aynı zamanda toplumun çoğunluğunun müslüman bulunduğu ülkemizde, dinî ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için din işleri görececek kişiler, mabet ve başka maddî ihtiyaçların sağlanması ve bunların bakımı gibi konulara yardım etmek nedenlerine de dayanmaktadır. Devletin her içtimaî müessesede olduğu gibi, içtimaî bir müessese olan toplumun dinî gereksinmelerine yardım etmesinin Anayasa'da yer alan ve nitelikleri açıklanan lâiklik esaslarına aykırı bir yanı bulunmadığı gibi Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa'da yer almasının da yukarıda açıklanan nedenlere dayanması karşısında, lâiklik ilkesine aykırı düştüğü kabul edilemez...*" diyen Anayasa Mahkemesi de Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, dinî bir teşkilât değil, Anayasa'da belirlendiği üzere genel idare içinde yer almış idarî bir teşkilât durumunda olduğunu; kurumun Anayasa'da yer almasının ve mensuplarının memur niteliğinde sayılmasının, tarihi nedenlerin, gerçeklerin ve ülke koşullarıyla gereksinmelerinin doğurduğu bir zorunluluk sonucu olduğunu ifade etti. RG,15.06.1972, S. 14216.

*olanaksızlığı, dinin devlet bürokrasisine bağlanarak kontrol altına alınmasıyla sonuçlandı.*³²

2. Laik Hukuk Sistemine Geçiş

a. Osmanlı Devleti'nde Tanzimatla Başlayan Batılılaşma Süreci ve Hukukta Laikleşme Adımları

Çok uluslu Osmanlı Devleti'nde bir hukuk birliği yoktu. Öncelikli hukuk, esas olarak İslam hukukuydu. Asli kaynaklarını Kur'an, sünnet, icma ve kıyasın oluşturduğu İslam hukukunun yanı sıra -teorik olarak bu hukukun düzenlemediği alanlarda ve ona aykırı olmamak kaydıyla, ama pratikte daha fazla alanda- padişah tarafından konulan kurallardan oluşan örfî hukuk bulunmaktaydı.³³ Devletin Müslüman olmayan tebaasının ahvali şahsiye konuları, onların kendi dini hukuklarına göre düzenlenmekte ve bu konularda ortaya çıkan uyuşmazlıklar da kendi mahkemelerinde (cemaat mahkemeleri) çözümlenmekteydi.³⁴ Özellikle 16.yüzyıldan itibaren Fransa ve daha sonra diğer yabancı devletlere mali, ekonomik, idari ve adli birçok konuda verilen geniş kapsamlı kapitülasyonlar nedeniyle de ülkede bulunan yabancılara hukuk ve yargı alanında tanınan ayrıcalıklar ve onların taraf olduğu hukuki uyuşmazlıklarda yetkili olan mahkemeler (konsolosluk mahkemeleri) bulunmaktaydı.³⁵

Tanzimat Dönemi'nden itibaren iç ve dış dinamiklerle başlayan değişim, hukuk alanında da görüldü ve bu süreçte Batı hukuku da belli ölçüde benimsendi. Resepsiyon³⁶ yoluyla başta ticaret ve ceza hukuku

³² Binnaz Toprak, "Dinci Sağ", Çev. Nail Satlıgan, Der. Irvin C. Schink/E. Ahmet Tonak, 6. Baskı, Belge Yayınları, Geçiş Sürecinde Türkiye, İstanbul 2013, s. 364.

³³ Devlet hayatını ve toprak düzenini belirleyen kanunnamelerin şer'î hukukla her zaman uyum içinde olmadığı; Osmanlı yönetiminin, toplum ve devlet hayatının temel kurum ve ilişkilerini şer'î mevzuattan ziyade örfî kanunlarla ve mahallî gelenek ve teamülle düzenlemeyi tercih ettiği hususunda bkz. İlber Ortaylı, "Osmanlı Devletinde Lâiklik ve Hukukun Romanizasyonu", C. 9, S.27, 1997, (Aydın Sayılı Özel Sayısı II), Erdem, s.1203. Osmanlı Kanunnâmeleri'nin İslam ceza hukukuna aykırı hükümler içerdiği hususunda detaylı bilgi için bkz. Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III", C. 4, S. 1, 1947, AÜHF Dergisi, s. 61 vd. (Üç bölüm halinde yayımlanmış olan makalenin İslam ceza hukuku hakkında bilgi veren ilk iki bölümü için bkz. C. 3, S. 1, s. 125-146 ve C. 3, S. 2, AÜHF Dergisi, 365-383.)

³⁴ Geniş bilgi için bkz. Gülnihâl Bozkurt, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1989, s. 14 vd.

³⁵ Geniş bilgi için bkz. Belkıs Konan, Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Hukuki Statüsü, Statü Yayını, Ankara, 2013, s. 3-26, 139 vd.; Nevin Ünal Özkorkut, "Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar", C. 53, S. 2, 2004, AÜHF Dergisi, s. 83-94.

³⁶ Resepsiyon, bir devletin, başka devlet ya da devletlerin hukuki düşünce, kural ya da kurumlarını kendi hukuku olmak üzere kısmen ya da tamamen

olmak üzere hukukun farklı alanlarında kanunlar yapıldı ve Batı örnekli yeni mahkemeler (nizamiye mahkemeleri) kuruldu; fakat örneğin medeni hukuk alanını düzenleyen Mecelle, İslam hukuku (Hanefi içtihatları) çerçevesinde yapıldı. İslam hukukundan vazgeçilmediği ve azınlıklarla yabancılara tanınan ayrıcalıklar varlığını koruduğu için hukukta ve yargıdaki çok başlılık da artarak devam etti. Gerçi Devlet, 1914'te kapitülasyonların kaldırıldığını ilan etti, ama bu durum yüzlerce yıl kapitülasyonların sağladığı imkanlardan faydalanan devletlerin tepkisiyle karşılandı ve bu konudaki belirsizlik sürdü. Mondros Ateşkesi sonrasında da konsolosluk mahkemeleri yeniden açıldı.

1916'da, Tanzimat Dönemi'nde, başta Fransa olmak üzere Batılı devletlerin kanunları örnek alınarak yapılan kanunlar arasında bulunmayan Mecelle'de zamanın ihtiyaçlarına uygun tadilat yapmak, ticaret ve aile hukuku alanlarında kanun tasarıları hazırlamak üzere komisyonlar (İhzar-ı Kavanin Komisyonları) kuruldu. Mecelle tadil komisyonu çalışmalarında, şer'î kurallara aykırı olmamak kaydıyla, diğer hukuk kural ve kurumlarından da yararlanmak amacıyla Batılı devletlerin medeni kanunları da incelendi, yabancı hukukçuların görüşleri alındı. Fakat bu çalışmalardan bir sonuç çıkmadı. Komisyonların çalışmaları sonucunda sadece aile hukuku alanında -İslam hukuku çerçevesinde düzenlenen- Hukuk-ı Aile Kararnamesi yapılabilirdi.³⁷ Osmanlı'nın son dönemlerindeki Batılılaşma hareketlerinin etkisi, Birinci Dünya Savaşı nedeniyle kadınların iş hayatında daha çok yer alması sonucunda değişen toplum yapısına bağlı olarak kadın lehine yeni düzenleme yapma ihtiyacı, aile hukukunun Mecelle'de düzenlenmemiş olmasından doğan eksikliği tamamlamak ve aile hukuku alanında hukuk/yargı birliği sağlamak gibi sebep ve amaçlarla hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'yle cemaat mahkemeleri kaldırılarak yargı birliği sağlanmaya çalışıldı. Ancak Müslümanların, Hristiyanların ve Musevilerin evlenme ve boşanmaya ilişkin dinî hukuk kurallarını aynı kanun metni içinde, ama ayrı bölümler halinde düzenlediği için Kararname ile hukuk birliği sağlanamadı. Şer'iyeye mahkemelerinin yetkilerini genişletip, cemaat mahkemelerini kaldırdığı için cemaatleri; Hanefi mezhebi dışındaki Sünnî mezhep içtihatlarını da dikkate alması ve kadın lehine getirdiği bazı düzenlemeler nedeniyle muhafazakâr Müslüman kesimi memnun etmeyen 1917 tarihli bu Kararname'nin 19 Haziran 1919'da yürürlükten kaldırılmasıyla cemaat mahkemeleri de tekrar çalışmaya başladı.³⁸ Sonuç olarak, Osmanlı Devleti'ndeki bu çoklu hukuk ve yargı açmazı ve neden olduğu birçok sorun devletin yıkılışına kadar devam etti.

almasıdır. Geniş bilgi için bkz. Gülnihâl Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi-Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 2010, s. 5-18.

³⁷ Bozkurt, (2010), s. 167-174.

³⁸ Kararname hakkında bkz. Mehmet Âkif Aydın, Osmanlı Aile Hukuku, 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2018; Ebru Kayabaş, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi- Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

b. Laik Hukuk Sistemine Geçişte Önemli Bir Adım: Lozan Konferansı

Türkiye'nin uluslararası ortamda varoluşunun belgesi olan ve imzalandığı 1923 yılından bugüne değin yaşayan Lozan Barış Antlaşması, kendi iç düzeninde ve diğer devletlerle olan ilişkilerinde uyguladığı yanlış ve yetersiz politikalarla parçalanmış bir İmparatorluktan geriye kalan Anadolu topraklarında kurulmuş olan yeni Türk ulus devletinin bağımsızlığının simgesidir.

20 Kasım 1922'de başlayıp, kesintilerle birlikte 24 Temmuz 1923'e kadar süren Lozan Konferansı'ndaki kapitülasyonlarla ve azınlıklarla ilgili gelişmeler, yabancılara uygulanacak adli rejim ve gayrimüslim azınlıkların hukuki statüsü üzerindeki tartışmalar nedeniyle Türk hukukunun gelişimine etki etti ve Türkiye'nin yeni bir hukuk sistemi benimsemesinde -süreci hızlandırmak açısından- rol oynadı.³⁹

- Lozan Konferansı'nda Türkiye'nin Hukuki Rejimine İlişkin Tartışmalar

Öncelikle belirtmek gerekir ki *hukukta reform*, Atatürk'ün öncelikli hedefleri arasındaydı. Nitekim 1 Mart 1922'de Büyük Millet Meclisi'nde yaptığı konuşmada Atatürk, “[B]izim halen yürürlükte olan medeni kanunumuz Mecelle'dir. Bu medeni kanun yaklaşık olarak yarım asır önce merhum Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki bir bilimsel kurul tarafından hazırlanmıştır. İşte, o Mecelle'nin genel kuralındaki «zamanın değişmesi dolayısıyla hükümlerin değiştirilmesinden vazgeçilemez» fıkıh kuralı, adli politikamızın temelini oluşturmaktadır. Bu ana kural içinde hareket eden Adalet Bakanlığımız, Mecelle'nin içermediği veya belirlemediği güç ve açık olmayan durumların, uygun hükümlerle genişletilmesi ve sağlaştıırılması gereğine inanmıştır. Ve bu konuyla uğraşmak üzere, uzmanlardan oluşan bir heyet kurulması için bir kanun önerisi hazırlamak üzeredir.”⁴⁰ sözleriyle hukuk

³⁹ 30 Ekim 1918'de Mondros Ateşkesi ile Osmanlı Devleti'nin fiilen sona ermesi ve ülkenin işgal altında kalması üzerine Anadolu'da başlayan kurtuluş mücadelesi zaferle sonuçlanınca İtilaf Devletleri tarafından barış görüşmeleri için Lozan'da toplanacak konferansa hem Ankara'da kurulmuş olan Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti, hem de İstanbul'daki hükümet davet edildi (İtilaf Devletlerinin, Lozan Konferansı'na davetlerini bildiren nota hakkında Hariciye Vekâleti Vekili Rıza Nur'un, Meclis'teki beyanı için bkz. TBMM ZC, D.1, C. 24, İ.128,28.10.1338 (1922), s. 21.) Fakat Sadrazam Tevfik Paşa'nın, Lozan Konferansı'na İstanbul Hükümeti'nin de katılma isteğini Ankara'ya bildirmesine (TBMM ZC, D.1, C. 24, İ.128, 28.10.1338 (1922), s.269.) Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti olumsuz tepki gösterdiği (TBMM ZC, D.1, C. 24, İ.128, 28.10.1338 (1922), s. 269-270.) ve akabinde saltanat kaldırıldığı (TBMM ZC, D.1, C. 24, İ.130, 01.11.1338 (1922),s.314.) için 20 Kasım 1922'de başlayan Konferans'ta Türkiye'yi Dışişleri Bakanı İsmet (İnönü) başkanlığında, öteki delegeler Sağlık Bakanı Rıza Nur ve Maliye Bakanı Hasan (Saka), danışmanlar ve diğer görevlilerin oluşturduğu bir heyet ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti temsil etti.

⁴⁰ TBMM ZC, D.1, C.18, İ. 1, 01.03.1338, s. 4.

kurallarının, zamanla değişen koşullara uygun şekilde değişmesi gerekliliğini vurgulamıştı. Fakat *hukukta reform* ve *reformun şekli* yani tam bir resepsiyona yönelim, gelişmelere bağlı olarak daha sonraki yıllarda netleşti. Lozan Konferansı'ndaki gelişmeler de bu netleşme sürecindeki aşamalardan biri oldu.

Konferans'ta ele alınan konular arasında Türkiye'deki yabancılar için geçerli olacak yargı rejimi ve gayrimüslim azınlıkların tâbi olacağı hukuk da bulunmaktaydı. Her iki konu hakkındaki süreç de oldukça zorlu geçti ve bu süreçte Türk hukukunda reform konusu sıklıkla gündeme geldi.

-Yabancılar Uygulanacak Hukuk/Yargı Rejimi

Kapitülasyonlarla ilgili görüşmelerde, tartışılan mesele, kapitülasyonların kaldırılıp kaldırılmayacağı değil, daha çok sonrasında ne olacağına ilişkindi. Müttefikler, kapitülasyonların kaldırılması konusunda ılımlı görünmekle birlikte, yerine -aslında kapitülasyonları başka bir şekilde- devam ettirecek yeni bir sistem kurulmasını istediler ve kurulacak sistemin hukuk/yargı açısından yabancıların isteklerini karşılayacak ve onlara gerekli güvenceleri verecek hükümler içermesi konusunda ısrarcı oldular.⁴¹

Kapitülasyonların özünü muhafaza edip sadece adını ve şeklini ortadan kaldırmaya yönelik görüşlerin kabul edilemeyeceğini belirten Türkiye ise Orta Çağ'da geçerli olan *kanunların şahsiliği* ilkesi gereği yabancılar tanınan ayrıcalıkların, *kanunların mülkiliği* ilkesinin etkin olduğu ve egemenlik anlayışının değiştiği, yasama ve yargı faaliyetlerinin devlet egemenliğinin bir parçası olduğu o günün koşullarında artık tanınamayacağını, yabancıların da buldukları ülke hukukuna tâbi olmaları gerektiğini savundu; Osmanlı Devleti'nin 19.yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk ve yargı alanında Avrupa kanunlarını örnek alarak reform yaptığı da belirtildi.⁴² 2 Aralık 1922 tarihli bu oturumda İsmet Paşa, özellikle son zamanlarda, medeni hukuk alanında önemli yeniliklerin gerçekleştirildiğini; böylelikle Türkiye'de hukuk kurumlarının tümüyle laikleştirildiğini; İkinci Meşrutiyet'in ilanı sonrasında Osmanlı ülkesindeki hukuk okullarında yetişenlerin mahkemelerde yargıç olarak görev yaptığını, yargı örgütünün düzenlenmesinde ve yargı reformunda Avrupa kurumlarının esas alındığını ifade etti.⁴³

⁴¹ Yabancılar uygulanacak rejimi görüşmek üzere toplanan İkinci Komisyon'da oturum başkanı Marki Garroni (İtalya)'nin konuşması için bkz. Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, (Çeviren: Seha L. Meray), C.3, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s.2; Ali Naci Karacan, Lozan, Haz. Hulüsi Turgut, 8. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 2020, s. 122.

⁴² Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.3, s. 3 vd.

⁴³ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.3, s. 8. İsmet Paşa'nın, 2 Aralık görüşmelerine ilişkin Heyet-i Vekile Riyaseti'ne gönderdiği rapor için bkz. Bilal Şimşir, Lozan Telgrafları 1922-1923, C.1, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 2019, s.157-158.

Müttefikler, Türkiye'nin kısa bir süre içerisinde çağdaş gereklere tümüyle uygun yasalar ve yargıçlar topluluğu meydana getirmeyi başaracağı, fakat halihazırda dinsel kurallardan esinlenen ve çağdaş uluslararası ilişkilerin ihtiyaçlarıyla uyumlu olmayan kanunlarla yönetildiği gerekçesiyle güvenceler sağlanıncaya kadar Türkiye'de yabancıların taraf olacağı davalarda, yabancı yargıçların görev almasından yanaydılar.⁴⁴ Fakat Türk mahkemelerine yabancı yargıçların kabulü ilkesi, Türk Heyeti tarafından Türkiye'nin bağımsızlığına aykırı bulunarak reddedildi.⁴⁵ 20 Aralık'taki alt komisyon oturumunda, bu konu tartışılırken, İtalya temsilcisi M. Galli'nin, Türkiye'de o güne kadar yapılamamış olan reformların yapılmasının zaman alacağını ve yabancı uzmanların yardımına ihtiyaç duyulacağını söylemesi üzerine Tahir Bey, Türkiye'de reformların Paris Antlaşması'ndan beri zaten yapıldığını ve kanunların Avrupa kanunlarıyla aynı düzeyde olduğunu, medeni kanunun temelinde dinsel nitelikte hiçbir ilke bulunmadığını belirtirken;⁴⁶ İsmet Paşa da 28 Aralık 1922 tarihli oturumda, yargı yetkisini kullanmanın, egemenliğe özgü ayrıcalıklardan biri olduğunu, bu yetkinin kullanımına, kanunların uygulanmasına ve mahkemelerin kuruluşuna, her ne nitelikte olursa olsun, herhangi bir karışmayı, yargıçların atanmasında herhangi bir kısıtlamayı bağımsız bir devletin kabul edemeyeceğini belirterek, Türkiye'nin, altmış yılı aşan bir süredir mahkemelerini yeniden kurmak ve Avrupa örneğinde kanunlar yayımlamak yoluyla, kanunlarında önemli reformlar yaptığını, yargı alanında gerçekleştirilen ilerlemeyi sürekli olarak izlediğini ifade etti. İsmet Paşa, bu konuşmasında, medeni kanunun, kaynakları ne olursa olsun, hiçbir bakımdan, dinsel ya da teokratik bir niteliği olmadığını; Türk kanunu ile başka ülkelerin medeni kanunları arasında, temel ilkeler ve koydukları hukuk kuralları bakımından, önemli bir ayrılık bulunmadığını da belirtti.⁴⁷ 6 Ocak 1922'de de yine Türkiye'de oturan yabancıların haklarının sadece sözle korunmuş olmadığı, Türkiye'nin yarım yüzyılı aşan bir süredir örgütlenme ve reform yolundaki çabaları

⁴⁴ 28 Aralıktaki toplantıda, İkinci Komisyonu oluşturan üç alt komisyondan, yabancılara uygulanacak yargı rejimi ile ilgili çalışan alt komisyonun, müttefiklerle Türkiye arasındaki görüş ayrılığı nedeniyle görevine devam edemediğini belirten Garroni, Türkiye'deki yabancılara hukuk ve ceza davalarına bakacak mahkemelerin nasıl kurulacağı konusunun önemine işaret ettiği bu konuda Türk Heyetine yapılmış olan yabancı yargıçlar teklifine vurgu yaptı. Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C. 3, s. 17-18.

⁴⁵ Ankara'dan İsmet Paşa'ya gönderilen 17 Aralık 1922 tarihli telgrafta, yabancıların, Türk mahkemelerinde Türk vatandaşlarıyla aynı hak ve hürriyete sahip bir biçimde tamamen Türk kanunlarına tâbi olacakları bildirildi ve Türkiye'nin, kanunlarını çağın ihtiyaçlarına göre değiştirmekten yana olduğu, bu konuda gerekli görüldüğü takdirde yabancı uzmanların görüşüne başvurulabileceği, fakat yargı örgütüne ve hakimleri arasına hiçbir yabancıyı kabul etmeyeceği bildirildi. Şimşir, s. 232-233.

⁴⁶ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.3, s. 113, 115.

⁴⁷ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.3, s. 24-25. Ankara'dan İsmet Paşa'ya gönderilen 1 Ocak 1923 tarihli telgrafta, adli konularda tarafsız ülkelerden danışmanlar çağırılacağı belirtildi. Şimşir, s. 305.

sayesinde çağdaş hayatın gerekleriyle tam bir uyum içinde bulunan kurumlar yaratmayı başardığını bir kez daha anlatmayı gereksiz saydığı; medeni kanunun, kaynakları ne olursa olsun, dinsel nitelik taşımadığı, kapsadığı ilkelere büyük çoğunluğunun, Avrupa medeni kanunlarına benzediği bir kez daha ifade edildi.⁴⁸

28. maddesiyle kapitülasyonların kaldırıldığı Lozan Barış Antlaşması'na eklenen Yargı Yönetimine İlişkin Bildiri'de⁴⁹ de “...Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti, göreneklerde ve uygarlıktaki gelişmenin haklı göstereceği bütün reformları gerçekleştirmek için araştırma ve incelemelere girişmeğe de aynı ölçüde hazırdır.” denilmek suretiyle Konferans süresince sıklıkla vurgulanan *hukukta reform* konusu bir kez daha ifade edildi. Bildiri'ye göre, Türk Hükümeti, beş yıldan az olmamak üzere gerekli göreceği bir süre için, hizmetine derhal Avrupalı hukuk danışmanları alacak ve bu danışmanlar Türk Hükümeti tarafından, 1914-1918 Savaşı'na katılmamış ülkelerin uyrukları olan hukukçular arasından Milletlerarası Daimi Adalet Divanı'nca düzenlenmiş bir çizelgeden seçilecek ve Türk memurları (statüsünde) olacaklardı. Adalet Bakanı'na bağlı olacak bu danışmanlar, hukuk reformları komisyonlarının çalışmalarına da katılacaklardı. Bildiri'deki bu ibareyle Türkiye'de hukuk alanında reform yapılacağı ve bunun için komisyonlar kurulacağı açık ve net bir biçimde belirtildi.⁵⁰

-Azınlıklar ve Hukuk

Azınlıkların kişi ve aile hukuku konusundaki görüşmelerde ise gerek karşı tarafın, gerek Türk Heyeti'nin görüşleri, Türkiye'de benimsenecek hukuk sistemine dair çok önemli ipuçları içerdi. Rıza Nur, 18 Aralık 1922 tarihli oturumda yaptığı konuşmada, azınlıkların tâbi olacakları hukuk hakkındaki görüşlerini aktarırken, Türkiye'nin laik bir devlet olduğunu; önceki dönemlerde, Devletin kendi inisiyatifiyle gayrimüslim azınlıkların din adamlarına tanıdığı ayrıcalıkların devam etmesini şimdiki Türkiye'den istemenin doğru olmadığını; Türkiye'nin, büyük bir devrim yaparak hilafetle devletin ayrılığını ilan ettiğini ve

⁴⁸ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.3, s. 49-50; Karacan, s. 185-186. Yabancı devletlerin, Türk yargı sistemi üzerinde Türkiye'nin bağımsızlığıyla bağdaşmayan geniş bir denetim öngören istekleri nedeniyle taraflar arasında uzun ve zorlu tartışmaların yaşanmasına neden olan, Türkiye'de yabancılara uygulanacak hukuk/yargı rejimi sorunu, görüşmelerin 4 Şubat 1923'te kesilmesinde de önemli rol oynadı. (Ankara'dan İsmet Paşa'ya gönderilen 28 Ocak 1923 tarihli telgrafta, adli ve malî kapitülasyonları kabul etmenin mümkün olmayacağı belirtildi. Şimşir, s. 457- 458.)

⁴⁹ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.8, s. 98-99.

⁵⁰ Lozan Barış Antlaşması'nın Türk hukuku için yeni bir başlangıca vesile olduğunu ifade eden Mumcu, Türkiye'nin Lozan'da bir hukuk reformu yapmayı taahhüt ettiğini, reformun süresi ya da içeriği konusunda bir telkinin söz konusu olmadığını; sadece, reform sürecinde yabancı danışmanlardan yardım alınmasına karar verildiğini belirtmektedir. Ahmet Mumcu, “Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuk Resepsiyonu”, Ed. Bülent Arı/Selim Aslantaş), T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2007, Adâlet Kitabı, s. 277-278.

ülkesindeki teokratik monarşiye son verip, böylelikle çağdaş ve laik bir devlet haline geldiğini, din ve devlet işlerini birbirinden kesin olarak ayırdığını söyledi.⁵¹

Rıza Nur, 2 Mart 1923'te Meclis'te yaptığı konuşmada, Lozan'da bahsi geçen konuşmasını haber yapan bazı gazetelerde *laik* yerine *lâ-dinî* yazıldığını belirterek, Lozan'da Fransızca konuşulduğunu, laikliğin *lâ-dinî* yani dinsizlik anlamını değil, *nâsuti* (dünyevi, insanlıkla ilgili) anlamını ifade ettiğini belirtti ve Lozan'da laiklik kavramını devletin ve kanunların dünyevi olması anlamında kullandıklarını söyledi.⁵²

Lozan'da gerek Rıza Nur, gerek İsmet Paşa ve diğer Türk temsilciler tarafından *laik* teriminin kullanıldığı dönemde, Türkiye'de saltanat kaldırılmış olmakla birlikte laiklik konusundaki somut adımlar henüz atılmamıştı. Örneğin hilafet makamı halâ mevcuttu, Anayasa'da, Büyük Millet Meclisi'nin görevleri arasında *ahkâmî şer'iyyenin tenfizi* de sayılmaktaydı, Şer'iyye ve Evkâf Vekâleti ve şer'iyye mahkemeleri kaldırılmamıştı. Ama Lozan'da, yabancı devletlere karşı zorlu bir mücadele verilirken, saltanatın kaldırılmış olmasından ve Osmanlı döneminde resepsiyon yoluyla hukuksal düzenlemeler yapılmasından hareketle devletin ve kanunların *laik* olduğu ifade ediliyordu. Gerek İsmet Paşa'nın, medeni hukuk alanında yapılan reformla hukuk kurumlarının tümüyle laikleştirildiğine ilişkin sözleri, gerek Rıza Nur'un, aile hukuku alanında Türkiye'nin birkaç yıl önce Müslüman, Hristiyan ve diğer toplulukların kendi din kanunlarından esinlenen kanunlar yaptığını ve bu kanunların tüm Türkiye vatandaşlarına uygulanacağı ve bunun çağdaş ilkelere uygun olduğu şeklindeki açıklaması,⁵³ Türkiye'nin, henüz Türk hukuk sisteminde radikal bir değişikliği düşünmediğini, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni de uygulama niyetinin olduğunu gösteriyordu.

Yabancı devletler ise yürürlüğe girdiği dönemde zaten cemaat mahkemelerine son verdiği ve şer'iyye mahkemelerinin yetkilerini genişlettiği için büyük tepki çekmiş olan Kararname'nin, 1919'da yürürlükten kaldırıldığı konusunda ısrarcıydılar ve gayrimüslimlerin kişi ve aile hukuku konusunda 1914 öncesinde sahip oldukları ayrıcalıkların devamını yani her topluluğa kendi dinî hukukunun uygulanmasını istiyorlardı.⁵⁴

23 Aralık 1922 tarihli oturumda, İngiltere temsilcisi Ryan, Osmanlı tebaası tüm gayrimüslimleri endişelendiren bu Kararname'nin yürürlükten kaldırıldığını ve bu nedenle Kararname'den önceki dönemin önemli olduğunu ifade edince Rıza Nur, Kararname'nin İstanbul Hükümeti tarafından yürürlükten kaldırıldığını, Ankara Hükümeti'nin yürürlükte kalmasını istediğini, Şükrü Bey de Kararname'nin son derece çağdaş olduğunu belirtti. Fakat Ryan, İstanbul Hükümeti'nin, bu Kanunu,

⁵¹ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.2, s. 159.

⁵² TBMM, Gizli Celse Zabıtları, C.4, D.1, İ.3, 2 Mart 1339 (1923), 13. Ayrıca bkz. Taha Akyol, Bilinmeyen Lozan, Doğan Kitap, İstanbul, 2014, s. 318.

⁵³ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.2, s.159-160.

⁵⁴ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.2, s. 201-203.

Ankara Hükümeti'nin adı geçen Hükümetçe yapılmış eylemlerin geçerliliğini artık tanımadığını ilan ettiği tarihten önce yürürlükten kaldırdığını;⁵⁵ bu durumda, bu metnin yürürlükten kaldırılmış oluşunun, bütün Türkiye için geçerli sayılması gerektiğini ileri sürdü.⁵⁶

Müttefiklerin ısrarcı tutumları ve uzun süren tartışmalar karşısında Türkiye, çağdaş ilkelere dayanan bir kanun hazırlamak niyetinde olduğunu açıkladı ve bu defa da Müslim gayrimüslim tüm vatandaşlara uygulanacak bir medeni kanun yapılmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaya başlandı. Türkiye, 29 Aralık'taki oturumda, 26 Aralık 1922 tarihli azınlıkların Korunmasına İlişkin Maddeler Tasarısı'nın⁵⁷ ilk iki maddesi için teklif ettiği metinde, ailenin kurulması toplum düzeni için çok büyük bir önemde olduğundan, aile durumuna⁵⁸ ilişkin olarak çağdaş ilkelere dayanan ve kural-dışılık olmaksızın bütün Türk uyruklarına uygulanacak yeni bir genel kanun hazırlamak niyetinde olduğunu ifade etti.⁵⁹

30 Aralık 1922 tarihli oturumda da Türk Heyeti adına Münir Bey, Türk Hükümeti'nin yakında çağdaş yasalar hazırlamak niyetinde olduğunu, evlenmenin, Türkiye'de, dinsel niteliği olan bir kanun uyarınca düzenlendiğini, Türk Hükümeti'nin, bu eski kurallar yerine, ayırım yapmaksızın, hem Müslümanlara hem de Müslüman olmayanlara uygulanacak kurallar koymayı düşündüğünü, bu yeni kanunlar yürürlüğe girinceye kadar azınlıklara uygulanan kuralların, onların göreneklerine

⁵⁵ TBMM tarafından 7 Haziran 1920'de kabul edilen Kanunla, "İstanbul'un işgal tarihi olan 16 Mart 1920'den itibaren Büyük Millet Meclisi'nin tasvibi haricinde, İstanbul'ca akdedilmiş veya edilecek bilumum muahedat ve mukavelat ve ukudat ve mukarreratı resmîye ve verilmiş imtiyazat ve maadin ferağ ve intikalatı ve ruhsatnameleri ile mütarekeden sonra akdedilmiş bilcümle muahedatı hafıyye ve doğrudan doğruya veya bilvasıta ecanibe verilmiş imtiyazat ve maadin ferağ ve intikalatı ile ruhsatnameleri keenlemyekün..." addedilmişti. TBMM ZC, D.I, C. 2, İ. 25, 07.07.1336, s.139-145. RG, 14.02.1921, S. 2. Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Kararname'nin kaldırılması işleminin gerek tarih, gerek konu itibarıyla bu Kanun kapsamında yok sayılıp sayılmayacağı hususunda bir değerlendirme için bkz. Mahmud Esad Kalıpcı, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin İlgası İşlemi Keenlemyekün Sayıldı mı?", Ed. Fethi Gedikli, , On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016 , II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, I, s. 353-365.

⁵⁶ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.2, s. 201.

⁵⁷ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.2, s. 215.

⁵⁸ Konferans'ta, kişisel durum (kişi statüsü) konusu da Türkiye ve Yunanistan arasında anlaşmazlığa neden oldu. Türkiye, kişisel durumun, ortak hukukun konusu olduğunu, dinsel ayrıcalıkların yürürlükte olduğu dönemde bile kişisel durumun gayrimüslim toplulukların yetki alanı içinde olmadığını belirtirken, Yunanistan, kişisel durumun, aile durumunun bir parçası olduğunu ileri sürdü ve gayrimüslimlere verilecek güvencelerin kişisel durumu da kapsamasını istedi. Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.2, s. 224 vd.

⁵⁹ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C. 2, s. 224. Sürece ilişkin geniş bilgi için ayrıca bkz. Funda Keskin, "Azınlıklar Konusu", Ed. Çağrı Erhan, T.C Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2003, Yaşayan Lozan, s. 234 vd. Ayrıca bkz, Bozkurt, (2010), s. 181-183.

öngörülen kurallar olmasını kabul ettiğini belirtti. İngiltere temsilcisi Ryan, Türk Heyeti'nin, ilk aşamada geçici bir süre eski göreneklerin yürürlükte kalacağı; ikinci bir aşamada ise tümüyle laik çağdaş ilkelere dayanan yeni yasaların, din ayırımı yapılmaksızın herkese uygulanacağı şeklindeki teklifi hakkında, evlenme ya da boşanma bakımından, hem Müslümanlara hem de Hıristiyanlara uygulanabilecek herhangi bir ilke bilmediğini ifade etti. İtalya temsilcisi Montagna da bütün Türk uyruklarına uygulanabilecek genel bir kanun çıkartmanın mümkün olmadığını düşündüğünü; Batı ülkeleri örneğinin geçerli olmadığını; bu ülkelerin, ulusal özellik bakımından olduğu kadar, dil, soy ve din bakımından da türdeş olduklarını belirtti. Sonuç itibariyle Türkiye'nin yeni bir kanun yapılacağını açıklaması da gayrimüslim azınlıklara eskiden olduğu gibi kendi dini hukuklarının uygulanmasını isteyen diğer devletler tarafından hoş karşılanmadı ve halkı farklı dinlere mensup olan bir ülkede evlenme ve boşanma açısından genel bir kanun yapmanın mümkün olamayacağı iddia edildi.⁶⁰

Lozan'da Türkiye'nin hukuki rejimi hakkında yapılan tartışmaların merkezinde bulunan gayrimüslim azınlıkların aile ve kişi statüleri konusu, Lozan Barış Antlaşması'nın 42. maddesinde, *"Türkiye Hükümeti Müslüman olmayan azınlıkların aile ya da kişi statüleri konusunda, bu sorunların sözü geçen azınlıkların törelerine göre çözümlenmesine uygun her türlü hükümleri koymayı kabul eder. İşbu hükümler Türkiye Hükümeti ile ilgili azınlıklardan her birinin eşit sayıda temsilcilerinden oluşan özel Komisyonlarda düzenlenecektir. Anlaşmazlık olursa, Türkiye Hükümeti ile Milletler Cemiyeti Meclisi, birlikte, Avrupalı hukukçular arasından bir üst hakem atayacaktır."* şeklinde düzenlendi.

Lozan'daki bu madde gereğince 1925'te Musevi, Ermeni ve Rum azınlıkların kişi ve aile hukuklarını düzenlemek üzere komisyonlar kuruldu ve bu komisyonlar, kendi cemaatlerinin aile hukuku kurallarını belirlemek üzere çalışmalara başladılar. Fakat 1925'te, sırasıyla Musevi, Ermeni ve Rum azınlıklar, Adliye Vekâleti'ne başvurmak suretiyle kişi ve aile hukuku açısından ayrı muameleye tâbi tutulmaksızın yürürlüğe girecek olan 1926 tarihli Medeni Kanun'un kendilerine de uygulanmasını istediklerini bildirdiler⁶¹ ve böylelikle Türkiye'de de tüm vatandaşları kapsayan laik bir medeni kanunun mümkün olabileceği, Lozan'da ısrarla aksini iddia eden devletlere gösterilmiş oldu.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, hayatın her alanındaki çağdaşlaşma ve sadece kurum ve kuralları değil, toplumu da ileriye taşıma kararlılığıyla hukuk alanında köklü değişimi tercih etmesi,

⁶⁰ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, C.2, s. 230-235.

⁶¹ Cemil Bilsel, "Medenî Kanun ve Lozan Muahedesi", İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1944, Medenî Kanun'un XV. Yıl Dönümü İçin, s. 40-41. Lozan Antlaşması'ndaki imtiyazlardan vazgeçme sebeplerinin, gerek Rum azınlıklar komisyonunun, gerek Musevi komisyonunun mazbatasında aynı olmasının, her iki komisyon başkanının da aynı kişi (Mustafa Fevzi) olmasından kaynaklanmış olabileceği ve cemaatlerin imtiyazlardan vazgeçmesinde kendi isteklerinden ziyade dönemin otoriter yapısının etkisinin bulunabileceği görüşü için bkz. Aydın, (2018), s. 215-216.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'la başlayan ve Meşrutiyet'le hızlanan çabaların bir ölçüde devamı olup en önemli farkı, Devletin kendi arzusuyla olması; Osmanlı'nın, eski hukuk sisteminden vazgeçmeyerek yeniye eskiye ekleme yolunu seçmesinin yarattığı olumsuzluklardan edinilen tecrübeyle eski hukuktan tamamen vazgeçilmesi; hukukla beraber kültürel değişime de imkan sağlanmasıdır.

Türk hukuk devrimi, uzun ve zorlu bir mücadele sonucunda elde edilen bağımsızlığı korumak, gerek dışarıdan, gerek içerideki bazı çevrelerden gelen tüm olumsuzluklara⁶² rağmen çağdaş bir toplum ve devlet düzeni oluşturmak amacıyla gerçekleştirilmiştir.

Türkiye, hukukta reform yapmak konusunda Lozan'dan önce de kararlı olmakla birlikte din kaynaklı hukuktan vazgeçilmesinde ve Batı hukukunun bir bütün olarak kısa sürede benimsenmesinde Konferanstaki tartışmaların da etkisi oldu. Yabancı devletlerin, azınlıkların kişi ve aile hukuklarının eskisi gibi kendi dini hukuklarına göre düzenlenmesi konusundaki ısrarları, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nden zaten hiç memnun olmadıklarını görüşmelerde değişik vesilelerle ifade etmeleri, Türkiye'yi, herkes için geçerli yeni bir medeni kanun yapılacağını da bildirme noktasına taşıdı. Ancak bu durum, -yukarıda belirtilmiş olan medeni kanun hazırlama süreci de dikkate alındığında- başta Medeni Kanun olmak üzere kanunların yapımında resepsiyon yolunun tercih edilmesi açısından negatif bir baskı unsuru olarak görülmemelidir.⁶³ Çünkü Batılı devletlerin, gayrimüslim azınlıklar da

⁶² Nitekim ülkede, Osmanlı Devleti'nin parçalanmasında da rolü olduğu düşünülen Batı'ya yönelişten rahatsız olan bir kesim vardı ve bu rahatsızlık basın yoluyla da dile getirilmekteydi. Lozan Konferansı sürerken de basında Batı kanunlarının kabul edilmesi, Mecelle yerine yeni bir medeni kanun yapılması aleyhine görüşler bildirilmekteydi. Örneğin 24 Mayıs 1923 tarihli "Garpllaşmak İsteyenlerin Nazar-ı İbretine: Usûl ve Kavâninin Tesirleri" başlıklı yazıda, İkdâm Gazetesi'nden Ahmed Cevdet, Lozan Konferansı'ndaki gözlemlerini aktarmakta ve görüşmelerde, ülkeye yabancı hukukçuların getirilerek medeni kanun hazırlatılması konusunda da konuşmalar yapıldığını belirterek, Anadolu halkını tanımayan bir yabancının, ona uygun bir yasa yapmasının mümkün olamayacağını, aynı medeniyete sahip iki ülkede dahi farklı kanunlar uygulanırken, Avrupa kanunlarının fikrinin bize uymayacağını söylemekteydi. Ahmed Cevdet, "Garpllaşmak İsteyenlerin Nazar-ı İbretine: Usûl ve Kavâninin Tesirleri", C. 21, S. 530-531, 24 Mayıs 1339/ 1923, Sebülürreşâd, s. 86. Sebülürreşâd'ın sahibi Eşref Edib ise 16 Ağustos 1923 tarihli makalesinde, Kurtuluş Savaşı sonrasında Millet Meclisi'nin, Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinin İmparatorluğu parçalamasına yol açan Batıcı düzenlemelerinin yerine eğitimde, yargıda, tamamen İslami bir yol izlemesi ve halkın bu nedenle bir bütün olarak Meclis etrafında toplanması sayesinde hiçbir millete nasip olmayan büyük bir zafere ulaşıldığını belirtmekte ve İkinci Meclis'in nasıl bir yol izleyeceğini bilmemekle birlikte gözlem ve tahmininin, gerçek bir İslam Devleti kurulacağı yönünde olduğunu, milletin de bunu arzu ettiğini yazmaktaydı. Eşref Edib, "Hâkimiyet-i Milliyye Devrinde Hükümetin Takip Edeceği Yol", C. 22, S.551-552, 16 Ağustos 1339 /1923, Sebülürreşâd, s. 41-43.

⁶³ Lozan'da gerek yabancılar, gerek gayrimüslim azınlıklar lehine yapılan baskılar sonucunda, yeni Türk devletinin kurucularının, *şekli bir bağımsızlık uğruna bin*

dahil tüm vatandaşlara uygulanacak bir medeni kanun düşüncesine sıcak bakmamalarına rağmen Türkiye, sadece medeni hukuk değil, diğer alanlarda da modern kanunlar yapmış; çağdaş bir hukuk sistemi kurmayı başarmıştır. Bu anlamda Lozan Konferansı, Türkiye'nin sergilediği kararlılığı göstermesi ve sonrasında gelebilecek müdahaleleri önlemesi açısından da büyük önem taşımaktadır.

c. Lozan Sonrası Reform Çalışmaları ve Hukukta Devrim

1923'te, henüz Lozan Konferansı devam ederken, mevcut kanunları zamanın ihtiyaçlarına göre yeniden düzenlemek üzere komisyonlar kuruldu. Komisyonlar, Adliye Vekâleti tarafından hazırlanan Talimatname uyarınca çalışmalarında hem fıkıh hükümlerini dikkate alacaklar, hem de diğer uluslarca benimsenmiş esaslardan yararlanacaklardı. Medeni kanun tasarısı hazırlamak üzere kurulan komisyon, biri borçlar hukuku (Vâcibât Komisyonu), diğeri kişi hukuku (Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu) konularında çalışmak üzere ikiye ayrılmıştı ve 1916 yılında kurulmuş olan İhzar-ı Kavanin Komisyonları'nın devamı olarak çalışacaktı.⁶⁴

Reform çalışmalarının bu aşamasında, henüz din kurallarını içermeyen yeni bir kanun yapma girişimi yoktu. 1921 Anayasası'nın 7. maddesinde de *ahkâm-ı şer'iyyenin tenfizi*, Büyük Millet Meclisi'nin görevleri arasında sayılmıştı ve *"kavanin ve nizamat tanziminde muamelât-ı nassa erfak ve ihtiyacat-ı zamana evfak ahkâm-ı fıkhiyye ve hukukiyye ile âdab ve muamelât esas ittihaz kılınır"* cümlesiyle kanun yapımında dikkate alınacak esaslar gösterilmişti. Tamamen laiklik esasına dayalı bir kanunlaştırma sürecini başlatmak için Atatürk'ün, sonradan yaptığı bir konuşmasındaki *"İlk Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nu hazırlayanlara bizzat riyaset ediyordum. Yapmakta olduğumuz kanunla "şer'i hükümler" tâbirinin bir münasebeti olmadığını anlatmaya çok çalışıldı. Fakat, bu tâbirden kendi boş inançlarınca bambaşka manâ tasavvur edenleri ikna mümkün olmadı ve Cumhuriyet'in ilanından sonra da yeni Teşkilat-ı Esasiye Kanunu yapılırken, laik hükümet tabirinden dinsizlik manâsı çıkarmaya meyilli olanlara ve vesile arayanlara fırsat vermemek maksadıyla, kanunun ikinci maddesini manâsız kılan bir tâbirin dahil edilmesine müsamaha olunmuştur... Kanunun, gerek 2.⁶⁵ ve gerek 26.⁶⁶ maddelerinde lüzumsuz görünen ve yeni Türkiye devletinin ve Cumhuriyet idaremizin asrî karakteriyle bağdaşmayan tâbirler, İnkılap ve*

yıllık bir hukuk mirasının terkedilmesinde bir beis görmediklerini ifade eden görüş için bkz. Mehmet Âkif Aydın, "Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan'ın Oynadığı Rol", Der. Mehmet Âkif Aydın, İz Yayınları, İstanbul, 1996, İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, s. 312.

⁶⁴ Bozkurt, (2010), s 183-187.

⁶⁵ 1921 Anayasası'na 29 Ekim 1923'te eklenen, 1924 Anayasası'nın 2. maddesinde de yer verilen *Türkiye Devletinin dini din-i İslamdır* cümlesi.

⁶⁶ 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde de *ahkâm-ı şer'iyyenin tenfizi*, Meclis'in görevleri arasında sayılmıştı.

*Cumhuriyet'in o zaman için beis görmediği tavizlerdir*⁶⁷ sözlerinden de anlaşılacağı üzere uygun ortamın oluşması bekleniyordu.

Bir yandan komisyonların çalışmaları sürerken, öte yandan çağa uygun bir devlet ve hukuk yapılanması için gerekli hazırlıklar da yapılıyordu.

Atatürk, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 1 Mart 1924'te yaptığı konuşmadaki *"Teşkilât ve islahat-ı adliyeye verdiğimiz ehemmiyeti, nasıl ifade etsek azdır. Gerçi bütçenin bugünkü halinde adliye için mühim menabi ayrılmıştır ve bu menabi mütemadiyen arttırılacaktır. Fakat, bundan mühim olan nokta; adli telâkkimizi, adli kanunlarımızı, adli teşkilâtımızı, bizi şimdiye kadar şuuri, gayri şuuri tesir altında bulunduran, asrın icabatına gayri mutabık revabıttan bir an evvel kurtarmaktır. Millet, her mütemeddin memlekette olan terakkiyat-ı adliyenin, memleketin ihtiyacatına tevafuk eden esasatını istiyor. Millet; seri ve katî adaleti temin eden medeni usulleri istiyor. Milletin arzu ve ihtiyacına tabi olarak adliyemizde her güne tesirattan cesaretle silkinmek ve seri terakkiyata atılmakta asla tereddüt olunmamak lâzımdır. Hukuk-u medeniyede, hukuk-u ailede takip edeceğimiz yol ancak medeniyet yolu olacaktır. Hukukta idare-i maslahat ve hurafelere merbutiyet; milletleri uyanmaktan meneden en ağır bir kâbustur. Türk milleti, üzerinde kâbus bulunduramaz*⁶⁸ sözleriyle - Lozan Konferansı süresince de sürekli gündemde tutulan medeni hukuk/aile hukuku alanına vurgu yaparak- kanunların ve yargı örgütünün çağa uygun şekilde düzenlenmesi gerektiğini; arzulananın, eski kanunları düzeltmek değil, çağdaş esaslara dayalı, dogmalardan uzak yeni kanunlar yapmak olduğunu ifade etti.

Bu süreçte yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere 3 Mart 1924'te Şer'iyye ve Evkâf Vekâleti'nin⁶⁹ ve Hilâfetin ilgası⁷⁰ ile laiklik konusunda somut adımlar atılmaya başlandı. 8 Nisan 1924'te de şer'iyye mahkemelerinin görevlerine son verildi.⁷¹

Çalışmalarına bir süre ara verilmiş olan, medeni kanun hazırlamakla görevli komisyonlar, 19 Mayıs 1924'te yeniden çalışmaya başladı ve bu kez Talimatname ile ilkinden farklı olarak *ahkâm-ı fıkhiyye* den açıkça bahsedilmedi ve komisyonların çalışmalarında hazır mevzuatın yanı sıra Batı kanunlarından yararlanılması da istendi.⁷² Fakat bu komisyonların hem şer'î hükümler hem yeni hükümlerle harmanlanmış tasarılarından memnun kalınmadı⁷³ ve hazırlanan

⁶⁷ Nutuk, s. 546-548.

⁶⁸ TBMM ZC, D. 2, C.7, İ. 1, s. 5.

⁶⁹ 429 Sayılı Şer'iyye ve Evkâf ve Erkân-ı Harbiye-i Umûmiye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanun Düstur, 3. Tertip, C. 5, Ankara, 1948, s. 320-321. (RG, 6.03.1924, S. 63)

⁷⁰ 431 sayılı Hilâfetin İlgasına ve Hânedan-ı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memâlik-i Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun Düstur, 3. Tertip, C. 5, Ankara, 1948, s. 323-324. (RG, 6.03.1924, S. 63)

⁷¹ TBMM ZC, D. 2, C. 8, İ.32, 08.04.1340, s. 431.

⁷² Aydın, (2018), s. 210.

⁷³ Bozkurt, (2010), s.188-190.

tasarıların devrim ruhuyla bağdaşmadığı düşüncesiyle komisyonların görevlerine son verildi.⁷⁴ Bu aşamada artık eski hukuktan tamamen vazgeçilerek Batı hukukunun bir bütün olarak benimsenmesine, kanunların resepsiyon yoluyla yapılmasına karar verildi ve çalışmalara Medeni Kanun'la başlandı.

1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası'nda da "... *Bâ-husûs muhtelif dinlere mensup tebaayı ihtiva eden devletlerde tek bir kanunun bütün câmiada tatbik kabiliyetini ihraz edebilmesi için bunun din ile kat'î münasebet etmesi hâkimiyeti millîye için de bir zarurettir. Çünkü kanunlar dine müstenit olursa vicdan hürriyetini kabul mecburiyetinde bulunan devlete, muhtelif dinlere salık tebaası için ayrı kanun yapmak icap eder. Bu hal asrı hazır devletinde şartı esasî olan siyasî, içtimâî, millî vahdete külliyen münâfidir. Hatırlatmak icap eder ki: devlet yalnız tebaası ile değil; ecnebilerle de temastadır. Bu taktirde onlar için de kapitülâsyon namı altında ahkâm-ı istisnaiye kabul etmek zarureti hasıl olur. Lozan muahedesi ile ilga olunan kapitülâsyonların memleketimizde ipkası için ecnebiler tarafından serdedilen esbâb-ı mûcibenin en mühim ciheti bu nokta olmuştur...*"⁷⁵ şeklinde ifade edildiği üzere ülkedeki herkes için geçerli bir medeni kanun yapılması, sadece gayrimüslim vatandaşlara değil, yabancı ülke vatandaşlarına da din farkından doğan bazı imtiyazların tanınmaması açısından büyük önem taşımaktaydı.⁷⁶

Sadece medeni hukuk alanında değil, başlıca ceza, ticaret ve usûl hukuku gibi diğer alanlarda da Kıta Avrupası hukuk sistemindeki devletlerden alınan kanunlarla sıradan bir hukuk reformu değil, hukuk devrimi gerçekleştirildi ve böylelikle Türkiye'de modern ve laik bir hukuk sistemi kurulmuş oldu. Atatürk'ün çağdaş hukuk anlayışıyla bağdaşmadığını düşündüğü ve ilk uygun zamanda kaldırılması gerektiğini söylediği,⁷⁷ 1924 Anayasası'nın 2. maddesindeki "*Türkiye Devletinin dini, din-i İslamdır*" cümlesi ve 26. maddesindeki "*ahkâm-ı şer'iyyenin tenfizi*" ibaresi de 1928'de Anayasa'dan çıkarıldı. Ayrıca 16. maddesindeki milletvekili andı ile 38. maddesindeki Cumhurbaşkanı andısındaki "*vallahi*" ibaresi kaldırıldı.

CHP'nin 14 Mayıs 1931'deki programında laiklik, "*fırka, devlet idaresinde bütün kanunların, nizamların ve usullerin ilim ve fenlerin muasır medeniyete temin ettiği esas ve şekillere ve dünya ihtiyaçlarına göre yapılmasını*

⁷⁴ Komisyonların görevlerine son verilirken yapılan konuşmada, Türk ihtilalinin kararının, Batı medeniyetini kayıtsız şartsız benimsemek olduğu, bu kararın kesin bir azme dayandığı, kanunların Batıdan alınması gerektiği açıkça ifade edildi. Mahmut Esat Bozkurt, "Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı?", İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1944, Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin , s. 11.

⁷⁵ TBMM ZC, D.2, C. 22, İ. 57, 17.02.1926. s. 239.

⁷⁶ Türk hukuk devriminin mimarlarından olan Mahmut Esat Bozkurt, *Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı?* başlıklı makalesinde de Medeni Kanun'un, Lozan Antlaşması'yla kaldırılmış olan kapitülasyonlardan bir daha bahsedilmemesi imkanını verdiğini, zira kapitülasyonların kaldırılmasına karşı adalet organlarını yeni kanunlarla ve mahkemelerle en kısa sürede oluşturma işini üstlenmiş olduklarını ifade etmiştir. Bozkurt, s. 18.

⁷⁷ Nutuk, s. 547-548.

*ve tatbik edilmesini prensip kabul eder. Din telâkkisi vicdanî olduğundan Fırka, din fikirlerini devlet ve dünya işlerinden ve siyasetten ayrı tutmayı milletimizin muasır terakkide başlıca muvaffakiyet amili görür*⁷⁸ şeklinde açıklanmıştı.

1937 yılında laiklik ilkesi Anayasa'ya girdi. Anayasanın değişik 2. maddesinde Türkiye Devleti'nin, cumhuriyetçi, milliyetçi, halkçı, devletçi, laik ve inkılapçı olduğu belirtilmek suretiyle laiklik, devletin bir niteliği olarak anayasayla güvence altına alındı.

Bu yeni hukuk sistemi içerisinde, Türk hukukundaki gelişme, sonraki dönemlerde de değişen dünya düzenine, ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara cevap verebilecek yeni kurallar kabul edilmek, kanunlarda gerekli değişiklikler ve düzeltmeler yapılmak suretiyle devam etti. Sadece kanun koyucu tarafından değil, doktrinde ve yargı kararlarında da Batı hukukundaki gelişmeler dikkate alındı.

II. ÇOK PARTİLİ DÖNEMLE DEĞİŞEN SİYASET VE LAİKLİK ANLAYIŞI, HUKUKA VE TOPLUMA YANSIMA TARZ VE DERECE

A. İKTİDARININ SON YILLARINDA CHP'NİN LAİKLİK POLİTİKASINDAKİ DEĞİŞİM

Özellikle 2. Dünya Savaşı'nın ülkeyi ekonomik ve sosyal anlamda olumsuz olarak etkilemesi, toplumun farklı katmanları arasındaki farkın iyice artması; savaş sonrası oluşan iki kutuplu yeni dünya düzeni içerisinde, Türkiye'nin, Sovyet tehdidine karşı ABD etrafında oluşturulan Batı Bloku'nun yanında yer alması ve Birleşmiş Milletler'in kurucu üyesi olması, IMF ve Dünya Bankası üyeliği, ABD'den alınan ekonomik yardımlar, Türk ekonomisinin ve siyasetinin farklı bir yöne evrilmesini zorunlu kıldı. Siyasette, daha demokratik bir düzen, çok partili hayat elzem oldu. Öte yandan içeride de Cumhuriyet'in laiklik politikasından rahatsız olan, ancak bunu daha önce uygulanan sıkı politika nedeniyle dile getirmekten çekinen, öfkesi birikmiş muhafazakarların, savaşla iyice bozulan ekonomiden rahatsız olanların, CHP'nin çıkardığı bazı yasalardan menfaati zedelenen grupların (Milli Korunma Kanunu ve varlık vergisi, tacir ve sanayicileri; Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu, büyük toprak sahiplerini rahatsız etti) yükselen muhalefeti de bir rejim değişikliğini gerekli kıldı.⁷⁹

⁷⁸ C.H.F Nizamnamesi ve Programı, TBMM Matbaası, Ankara, 1931, s. 31.

⁷⁹ Geniş bilgi için bkz. Şerafettin Turan, Türk Devrim Tarihi (4. Kitap, 1. Bölüm), 2. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2019, s. 142-174; Zürcher, s.299-30; Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 36. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2022, s.335-338; Sevgi Kocaçimen, Demokrat Parti Döneminde TBMM'nde Laiklik Tartışmaları, Yeniden Anadolu ve Rumeli Müdaafa-i Hukuk Yayınları, Antalya, 2008. s. 15 vd.; Aynur Demirli, Demokrat Parti ve Laiklik, Kahrolsun Komünizm! Yaşasın Din Hürriyeti, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2020, s. 13-14, 50-51.

1945'te Milli Kalkınma Partisi'nin kurulmasıyla başlayan çok partili dönem⁸⁰, asıl anlamını 1950'de iktidara gelecek olan Demokrat Parti'nin 7 Ocak 1946'da kurulmasıyla kazandı.⁸¹ Partinin kurucuları muhalefeti henüz CHP çatısı altındayken başlatmışlardı. 29 Mayıs 1945'teki bütçe oylamasına verilen ret oyu bu muhalefeti açıkça ifade etmekteydi. Bunu izleyen bir diğer önemli muhalefet Çiftçiye Topraklandırma Kanunu görüşülürken ortaya çıkmış; 7 Haziran 1945'te de Celal Bayar, Adnan Menderes, Refik Koraltan ve Fuad Köprülü tarafından hazırlanan ve başlıca Meclis'in hükümet üzerinde gerçek anlamda denetiminin sağlanması, kanunların demokratik olmayan hükümlerden arındırılması taleplerini içeren *Dörtlü Takrir* olarak anılan önerge CHP Meclis Grubu'na sunulmuştu. Önergenin yapılan görüşmeler sonunda, bu tür taleplerin usulen gruba getirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi de parti içi muhalefeti durdurmamış; Menderes ile Köprülü tarafından benzer talepleri içeren ve hükümeti eleştiren yazılar basında yayımlanınca her iki isim de partiden ihraç edilmişti. Bu ihraçların tüzüğe aykırı olduğu yönünde yine basın yoluyla açıklamada bulunan Koraltan'ın da partisyle ilişkisi kesilmiş, bir süre sonra da Bayar CHP'den istifa etmişti.⁸²

Savaş sonrası dünya genelindeki ekonomik ve siyasi değişim, çok partili siyasi yaşama geçişle muhalif seslerin yükselişi, Demokrat Parti'nin 1946 seçimlerindeki başarısı, Cumhuriyetin kuruluş yıllarında laiklik konusunda alınan bazı kararların değişmesine yönelik taleplerin artışı ve CHP'nin kendi içindeki görüş farklılıklarına bağlı olarak partinin laiklik politikası da yumuşamaya başladı.

24 Aralık 1946 tarihli TBMM oturumunda, 1947 bütçesi görüşülürken CHP'li iki vekil, okullara din eğitiminin verilmesi gerekliliğine dair görüş bildirdiler. Bursa milletvekili Muhittin Baha Pars ve İstanbul milletvekili Hamdullah Suphi Tanrıöver tarafından ülkede artan komünizm tehdidinde ve gayri ahlaki olaylara karşı, gençlerin din eğitimine önem verilmesi gerektiği belirtildi.⁸³

⁸⁰ Aslında Cumhuriyetin ilk yıllarında da çok partili sisteme geçiş denemeleri olmuştu. 1924'te Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası kurulmuş; Şeyh Said isyanı üzerine kapatılmıştı. 1930'da Atatürk'ün teşvikiyle kurulan Serbest Fırka ise kuruluşundan kısa bir süre sonra fesih kararı almıştı. Yine bu dönemde başka denemeler de (Ahali Cumhuriyet Fırkası, Amele ve Çiftçi Partisi) gerçekleşmişti.

⁸¹ 1946'da, Necmi Güneş tarafından İstanbul merkezli İslam Koruma Partisi kuruldu, fakat aynı yıl Sıkıyönetim Komutanlığı tarafından kapatıldı. Karpaz, s. 368, dn. 42. "*İslam Koruma Partisi, her türlü siyaset ve siyasi partilerden uzak olarak sırf islamların medeniyeti, tesanüdü, menfaati, birbirine sevgi, yardım ve birliği yolunda Türkiye Cumhuriyeti cemiyetler kanununa göre kurulmuş bir koruma partisiydi.*" (Parti Tüzüğü, md. 1). Son Posta, 02.08.1946. 1947'de de Cevat Rifat Atilhan tarafından İstanbul merkezli Türk Muhafazakar Partisi kuruldu, fakat 1953'e kadar varlık gösterebildi. Karpaz, s.368, dn. 42.

⁸² Cem Eroğul, Demokrat Parti -Tarihi ve İdeolojisi, 3. Baskı, Yordam Kitap Yayınları, İstanbul, 2019, s. 13-15; Tanör, (2022), s. 340 vd.

⁸³ TBMM TD, D. 8, C. 3, B. 22, 24.12.1946, s. 427-428 ve 438-440.

Değişim, partinin 1947'deki 7. Kurultayında kendini daha açık göstermeye başladı. İlkokullara din dersleri konulması, yeniden imam hatip okulları ve İlahiyat Fakültesi⁸⁴ açılması gerekliliği tartışıldı ve komünizm tehlikesine din ile karşı konulması yönünde görüşler ileri sürüldü. Örneğin Çorum delegesi Abdülkadir Güney, ülkedeki bütün ahlaksızlık ve fenalığın dinin ihmal edilmesinden ileri geldiğini söylerken, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın devlet örgütü dışına çıkarılarak Vakıflar İdaresinin başına getirilmesini ve Vakıflar İdaresinin parasıyla okul açıp din bilgisi öğretmeni, hatip vb. görevlileri yetiştirilmesini talep eden, böylelikle ülkenin medeni milletler seviyesine ulaşacağına olan inancını ifade eden Seyhan milletvekili Sinan Tekelioğlu, konuşmasında bir yandan laikliği savunduğunu belirtirken, öte yandan dinsiz milletlerin yaşayamayacağını söyleyerek, -Türkiye açısından- *laikliğin dinsizlik olmadığı* gerçeğini bir anlamda gözardı etmiş olduğu izlenimi vermekteydi. Ülkedeki kumarın, içkinin, ahlaksızlığın arttığını söyleyen Tekelioğlu bunun sebebinin de dinsizliğe bağlamıştı. Kayseri delegesi Şükrü Nayman, Diyanetin bütçesinin azlığından dolayı imam ve hatiplerin aç olduğunu belirtmiş ve dinden korkulmaması gerektiğini, işçiler arasında yayıldığını söylediği komünizme karşı dinin önemine vurgu yapmıştı. Bu konuda aynı düşüncede olan H. Suphi Tanrıöver de imam hatipler açılmadığı, İstanbul Üniversitesi'nde İslam tarihi ve felsefesi öğretilmediği ve yüksek din eğitimi veren okullar açılmadığı takdirde ülke içindeki ihtiyacın giderilemeyeceği, bunun yanı sıra Balkanlardaki Müslüman azınlığın kendilerini savunacak din adamlarının temin edilemeyeceğini belirtmişti.⁸⁵ Özetle, 1947 itibarıyla gelen noktada Cumhuriyet Halk Partisi içinde, her ne kadar devrim ilkelerine karşı olunmadığı vurgulansa da din eğitiminin yeniden başlatılması talepleri dile getirilirken ileri sürülen bazı gerekçelerden ve açıklamalardan, Atatürkçü laikliğin tam anlaşamadığı ya da benimsenmediği izlenimine neden olacak farklı bir zihniyetin kendini sesli olarak ifade ettiği görülmekteydi.

Yukarıda değinildiği üzere bütçe görüşmeleri esnasında bazı milletvekillerce okullarda din bilgisi dersi verilmesi gereği vurgulanmaya başlanmıştı. 1947'de, özel din bilgisi dersaneleri açılmasına izin verildi.⁸⁶ 1946'da 1920'lerin ortalarından itibaren sırasıyla

⁸⁴ Tevhid-i Tedrisat Kanunu çıkarıldıktan sonra 1924'te İstanbul Üniversitesi'ne bağlı İlahiyat Fakültesi kurulmuş ve 1933'e kadar eğitim vermişti. Yine aynı dönemde açılmış ve imam ve hatip okulları da 1930'a kadar açık kalmıştı. Mustafa Öcal, "Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Din Eğitimi ve Öğretimi", C.7, S.7, 1998, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 242-243; M. Şevki Aydın, "Cumhuriyet Döneminde Örgün Eğitim Kurumlarındaki Din Eğitimi", Türkler, C.17, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 456; Nevin Ünal Özkorkut, "Sebilürreşâd Dergisi'nin Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Sürecinde Batılılaşma ve Laiklik Düşüncesine Yaklaşımı", S. 31-32, 2021, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, s.31-32.

⁸⁵ Cumhuriyet Halk Partisi Yedinci Büyük Kurultayı Tutanağı, s. 448 vd.

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/842?show=full> (s.t.e. 29.7.2023).

⁸⁶ Cumhuriyet, 03. 07.1947.

lise, ortaokul ve ilkokulların programlarından çıkarılan ve 1930'ların sonunda tamamen kaldırılmış olan din bilgisi dersleri 1948'de ilkokullarda müfredata dahil edildi. Dersler 1949'dan itibaren ilkokulların 4. ve 5. sınıflarında sınıf geçmeye etkisi olmayacak şekilde başlandı; ders seçmeliydi, çocuklarının dersi almasını isteyen velilerin okul idaresine başvurmaları gerekmektedir.⁸⁷ 1948'de imam ve hatip yetiştirme kursları açıldı.⁸⁸ 1949'da da 5424 sayılı Ankara Üniversitesi Kuruluş Kadroları Hakkındaki 5239 sayılı Kanuna Ek Kanun'la Ankara Üniversitesi bünyesinde İlahiyat Fakültesi⁸⁹ kuruldu.

CHP'nin iktidarı döneminde, 1 Mart 1950 tarih ve 5566 sayılı Kanun'la⁹⁰ Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklarla Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair 677 sayılı Kanun'un birinci maddesinin sonuna, "*türbelerden Türk büyüklerine ait olanlarla büyük sanat değeri bulunanlar Millî Eğitim Bakanlığı'nca umuma açılabilir. Bunlara bakım için gerekli memur ve hizmetliler tâyin edilir. Açılacak türbelerin listesi Millî Eğitim Bakanlığınca hazırlanır ve Bakanlar Kurulunca tasvip olunur*" hükmü eklendi. Ama belirtmek gerekir ki, bir yandan bu düzenlemeler gerçekleştirilirken, öte yandan 1949'da Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle laikliği korumaya yönelik tedbir de alınmaya çalışılmıştı.⁹¹

B. DEMOKRAT PARTİ VE LAİKLİK POLİTİKASI

Laiklik politikasındaki değişim, yukarıda ifade edildiği üzere aslında Demokrat Parti iktidarı öncesinde başlamıştı. Demokrat Parti'nin

⁸⁷ Yahya Akyüz, Türk Eğitim Tarihi (M.Ö. 1000-M.S. 2021), 34. Baskı, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2021, s. 348; Aydın, (2002), s. 457.

⁸⁸ Öcal, s. 244.

⁸⁹ RG, 10.06.1949, S.7229.

⁹⁰ RG, 04.03.1950, S.7448.

⁹¹ 10.06.1949 tarih ve 5435 sayılı Kanun'la değişik 163. madde: "*Layikliğe aykırı olarak, Devletin içtimai veya iktisadi veya siyasi veya hukuki temel nizamlarını, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla cemiyet tesis, teşkil, tanzim veya sevk ve idare eden kimse iki yıldan yedi yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.*

Böyle cemiyetlere girenler veya girmek için başkalarına yol gösterenler altı aydan aşağı olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

Dağılmaları emredilmiş olan yukarıda yazılı cemiyetleri, sahte nam altında veya muvazaa şeklinde olsa dahi yeniden tesis, teşkil, tanzim veya sevk ve idare edenler hakkında verilecek cezalar üçte birden eksik olmamak üzere artırılır.

Layikliğe aykırı olarak, Devletin içtimai veya iktisadi veya siyasi veya hukuki temel nizamlarını, kısmen de olsa dini esas ve inancalara uydurmak amacıyla veya siyasi menfaat veya şahsi nüfuz temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes tanıyan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapan veya telkinde bulunan kimse bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.

Yukarıki fıkrada yazılı fiil yayın vasıtalarıyla işlendiği takdirde verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır. Yayın yeri veya yayım vasıtası veya yayım konusu bakımından az zarar umulan hallerde faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir." RG, 16.06.1949, S.7234.

14 Mayıs 1950 seçimleriyle iktidara gelmesi sonrasında da Türk siyasetinde Atatürkçü laiklik anlayışından uzaklaşma eğilimi daha belirgin bir şekilde devam etti.⁹²

Demokrat Parti kurucularından Celal Bayar, partinin, Kemalizm ideolojisinden esinlenerek kurulacağını belirtmişti.⁹³

Demokrat Parti Programı'nın 14. maddesinde, partinin, *"laikliği, devletin dinle hiçbir ilgisinin bulunmaması ve hiçbir din düşüncesinin kanunların tanzim ve tatbikinde etkili olmaması manasında anladığı ve laikliğin din aleyhtarlığı şeklindeki yanlış yorumunu reddettiği, din hürriyetini diğer hürriyetler gibi insanlığın mukaddes haklarından saydığı ifade edilmekte ve dinin siyaset olarak kullanılmasına, devlet işlerine karıştırılmasına, başka dinler aleyhine propaganda vasıtası yapılarak vatandaşlar arasındaki sevgi ve dayanışmayı bozmasına, serbest düşünceye karşı taassup duygularını harekete geçirmesine asla müsamaha olunmaması gerektiği"* belirtilmişti.⁹⁴

10 yıl süren olan Demokrat Parti iktidarının 1. ve 2. hükümet programlarında da⁹⁵ din ve devlet işlerinin ayrılığının önemine vurgu yapıldı. Sonraki üç hükümet programında bu konuda her hangi bir ifadeye yer verilmedi.

Adnan Menderes, ilk hükümet programını açıklarken laiklik tanımını *"...irticai tahrike asla müsaade etmemekle beraber din ve vicdan hürriyetlerinin icaplarına riayet edeceğiz. Hakiki laikliğin mânâsını biz böyle anlamaktayız. Programımızda da sarahaten ifade edildiği gibi, hakiki laikliği dinin devlet siyasetiyle hiçbir ilgisi bulunmaması ve hiçbir din düşüncesinin kanunların tanzim ve tatbikinde müessir olmaması şeklinde anıyoruz..."*⁹⁶ şeklinde yapmaktaydı. Ancak Demokrat Parti döneminde, bir yandan irticai faaliyetlerin önlenmesi için çaba gösterilirken öte yandan laiklik ilkesiyle uyuşmayan düzenlemeler de gerçekleştirildi.

Demokrat Parti'nin iktidara gelişinden çok kısa bir süre sonra Arapça ezan meselesi ele alındı. 1933'te, halkın laikliği daha iyi kavrayabilmesi ve içselleştirebilmesi yönündeki çabaların bir devamı niteliğinde Türkçe ezan zorunluluğu başlamış; bu zorunluluğa herkes

⁹² Cumhuriyetin laiklik prensibini Batılı emsallerinden ayıran unsurlardan birinin, devletin dini alan üzerindeki düzenleyici rolü, diğerinin de laikliğin dine karşı alternatif olarak çıkarılması olduğunu belirten Türköne, Cumhuriyetin ele geçirdiği şansı 1950'ye kadar kullandığını, fakat laik kültürü yerleştiremediğini; bu dönemdeki keskin laiklik uygulamalarının, özellikle taşradaki İslami tutuculuğu içten içe kuvvetlendirdiği ve uygun siyasi ortama ortaya çıkınca bunun öfke olarak patladığını ifade etmektedir. Türköne, s. 308-310.

⁹³ Tanör, 2022, s. 341.

⁹⁴ Demokrat Parti Programı 1946, s. 4. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/917> (s.t.e. 29.7.2023).

⁹⁵ 1. Menderes Hükümeti, 22.05.1950'den 9.03.1951'ye; 2. Menderes Hükümeti ise 09.03.1951'den 17.05.1954'e kadar devam etti. Sonraki üç Hükümet Programı laiklikle ilgili bir şey içermemektedir.

⁹⁶ TBMM TD, D. 9, C.1, B.3, 29.05.1950, s. 31.

tarafından uyulmayınca da 1941'de 4055 sayılı Kanun'la⁹⁷ TCK'nın 526. maddesinde değişiklik yapılarak Arapça ezan okuyanların cezalandırılacağına dair hüküm eklenmişti.⁹⁸ Türklerin inandıkları dinin kutsal metinlerini tam olarak anlamadıklarını ifade eden Atatürk, Kuran'ın Türkçe olması gerektiği kanaatindeydi.⁹⁹ 16 Haziran 1950'de ezanın Arapça okunmasını yasaklayan ceza hükmünün kaldırılması hakkında kanun çıkarıldı ve anayasayla tanınan din ve vicdan özgürlüğüne müdahale ve Anayasanın 2. maddesindeki laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle ve *vatandaş çoğunluğunu rahata erdirmek* amacıyla TCK 526/2 kaldırıldı.¹⁰⁰ Başbakan Menderes'e göre, Arapça ezanın yasak olmasının artık bir faydası kalmamıştı ve bu durum laikliğe de aykırıydı.¹⁰¹

İlk Menderes Hükümeti Programı'nda, Hükümetin, *"...gerek din dersleri meselesinde, gerekse din adamlarını yetiştirecek yüksek müesseselerin faaliyete geçmesi hususunda icabeden tedbirleri süratle ittihaz etme..."* kararı gereğince bu dönemde ilk öğretimdeki din derslerine ilişkin önemli değişiklikler yapıldı. 1950 sonlarından itibaren din dersleri ders geçmeye etkili olacak şekilde verilmeye başlandı. 1949'daki düzenlemeden farklı olarak artık çocuğunun dersi almasını istemeyen velilerin okul idaresine başvurmaları gerekmektedir.¹⁰² 13 Ağustos 1956'da da 7805 sayılı Kararname ile ortaokulların 1. ve 2. sınıflarında yine isteğe bağlı olmak kaydıyla bu ders konuldu.¹⁰³ İlgili Kararname'nin 1. maddesinde belirttiği üzere, *resmî ortaokullarla bunlara muadil diğer okullarda Türk öğrencilerine verilecek din derslerinde, İslâmîliğin iman, ibadet ve ahlâka mütaallik esaslarının öğretilmesi* amaçlanmıştı.

⁹⁷ RG, 06.06.1941, S. 4827.

⁹⁸ TCK madde 526/2: Şapka iktisası hakkında 671 sayılı kanunla Türk harflerinin kabul ve tatbikine dair 1353 sayılı kanunun koyduğu memnuiyet veya mecburiyetlere muhalif hareket edenler veya Arapça ezan ve kamet okuyanlar üç aya kadar hafif hapis veya on liradan iki yüz liraya kadar hafif para cezasile cezalandırılırlar.

⁹⁹ *"Türkler dinlerinin ne olduğunu bilmiyorlar. Bunun için Kuran Türkçe olmalıdır. Türk Kuran'ın arkasından koşuyor, fakat onun ne dediğini anlamıyor. Benim maksadım, arkasından koştuğu kitapta ne olduğunu Türk anlatın."* Turan, (3. Kitap, 2. Bölüm), s. 53.

¹⁰⁰ RG, 17.06.1950, S.7535.

¹⁰¹ Demokrat Parti Meclis Grubu Müzakere Zabıtı, C. 2, 13 Haziran 1950, s. 3. Aynı birleşimde, Sadri Maksudi Arsal da daha önce ezan hakkında alınmış olan kararın geçici bir tedbir, bunu Atatürk devrimlerine bağlama girişiminin de yersiz olduğunu; Atatürk'ün ebedi geçerliği olan devrimleriyle karıştırılmaması gerektiğini belirtmekteydi. Bkz. s. 4-6.

¹⁰² Akyüz, s. 348; Aydın, (2002), s. 457.

¹⁰³ RG, 13.09.1956, S. 9406; Aydın, (2002), s. 457-458; Mehmet Zeki Aydın, "Dünden Bugüne Türkiye'de Din Eğitimi", Y. 8, S. 29, 2014, Kamuda Sosyal Politika, s. 68 vd. 1982 Anayasası'na kadar seçmeli olan dersler, Anayasa'nın 24. maddesiyle din kültürü ve ahlak öğretimi adıyla ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer aldı.

1951'de İmam Hatip okulları yeniden açıldı.¹⁰⁴

1959'da öncelikli olarak din öğretimi öğretmeni yetiştirmek üzere İstanbul'da Yüksek İslam Enstitüsü kuruldu. Daha sonra başka yerlerde de açıldı.¹⁰⁵

DP döneminde gerçekleşen bir diğer çok önemli düzenleme de köy enstitülerinin kapatılması oldu. Köy enstitüleri, 1940 tarih ve 3803 sayılı Köy Enstitüleri Kanunu ile köylere eğitim hizmeti götürmek, kültürel gelişimi sağlamak amacıyla bir yöntem olarak kurulmuştu.¹⁰⁶ Bu okullarda uygulamalı eğitimle yetişen köy çocukları, köylere öğretmen olarak gönderilmekteydi. Köy enstitüleri, daha kuruluş aşamasında, köylü-kentli ayırımına yol açacağı, yeni bir toplumsal sınıf yaratacağı gibi gerekçelerle eleştirilmiş, kanunun kabulü bir uzlaşma içerisinde gerçekleşmemişti ve projenin uygulanma sürecinde de eleştiriler artmıştı. Çok partili dönemle birlikte CHP içinde artan sağ görüşün de etkisiyle köy enstitüleri desteğini kaybetti. Enstitülerdeki eğitimin komünist ideolojiyi yansıttığı dile getirilmiş, köylünün bilgilenmesine sıcak bakılmamıştı. Buralarda kız öğrencilerin varlığı da rahatsızlık yaratmış; buralarda ahlaka ve geleneğe aykırı hareketlerin teşvik edildiği, kız öğrencilerin bu tür hareketlere maruz kaldığı belirtilmişti.¹⁰⁷ Okul vb. binaların yapımında köylüye getirilen malî yük de eleştirilmişti. İlk okullara öğretmen yetiştirmek amacıyla ilk öğretmen okullarından farklı bir görüş ve anlayışla kurulan köy enstitülerinde üretken ve sanatkar öğretmen yetiştirme hedefinin gerçekleştirilemediği, 3803 sayılı Kanun gereği, köy enstitülerine şehir ve kasabalardan öğrenci alınmadığı, bu müesseselere köy ilkokulları mezunlarından alınan öğrencinin de öğretmen olduktan sonra bütün hayatı boyunca köyde kalmaya mecbur tutulduğu; bu durumun, bunlarla öğretmen okullarından yetişen öğretmenler arasında köy ve şehir öğretmenini ayrılığın açtığı, özlük hakları bakımından da önemli farklar bulunduğu gerekçeleriyle¹⁰⁸ 1954'te 6234 sayılı Köy Enstitüleri ile İlköğretmen Okullarının Birleştirilmesi Hakkında Kanun¹⁰⁹ çıkarıldı ve iki kurum "ilköğretmen okulları" adı altında birleştirildi.¹¹⁰

¹⁰⁴ Mustafa Öcal, s. 244.

¹⁰⁵ Aydın, (2002), s. 460.

¹⁰⁶ Kanununun 1. maddesinde, "*köy öğretmeni ve köye yarayan diğer meslek erbabını yetiştirmek üzere ziraat işlerine elverişli arazisi bulunan yerlerde, Maarif Vekillîğince köy enstitüleri açılması*" hükme bağlanmıştı. Kanuna göre, köy enstitülerinden mezun öğretmenler, tayin edildikleri köylerin her türlü öğretim ve eğitim işlerini görecekti, ziraat işlerinin fenni bir şekilde yapılması için bizzat meydana getirecekleri örnek tarla, bağ ve bahçe, atelye gibi tesislerle köylülere rehberlik edecek ve köylülerin bunlardan istifade etmelerini temin edeceklerdi (md. 6). RG, 22.04.1940, S. 4491.

¹⁰⁷ Örneğin bkz. TBMM TD, D. 9, C. 18, B. 22, 26.12.1952, s.441-445.

¹⁰⁸ TBMM TD, D. 9, C. 27, B. 31, 20.01.1954, (tutanak sonu).

¹⁰⁹ RG, 04 02.1954, S. 8625.

¹¹⁰ Köy Enstitüleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. Turan, (4. Kitap, 1. Bölüm), s. 40-51; Kocaçimen, s. 167-179.

Çok partili hayata geçiş sonrasında yüksek sesle dile getirilmeye başlanan devrime ve laikliğe yönelik tepkiler zamanla münferit eylemlere de dönüşmüş ve Atatürk'e yönelik saldırılar¹¹¹ gerçekleşmişti. Devrim taraftarlarının da bu saldırılara tepkisi gecikmemiştir. Bu gelişmeler üzerine Atatürk'ün, cumhuriyet ve devrimlerin sembolü olduğu, ona yönelik saldırıların cumhuriyete ve devrimlere yönelik olduğu gerekçesiyle hazırlanan kanun tasarısının tartışmalı geçen görüşmelerinde kanunun anayasanın eşitlik ilkesine ve ifade özgürlüğüne aykırı olduğu; ülkede irtica faaliyetlerinin başladığının kabulü anlamına geleceği; Türk varlığının gerçek sembolünün Atatürk büstleri değil, Türk bayrağı olduğu; tasarının, Atatürk'ün ruhuna saygısızlık anlamına geldiği gibi gerekçeler ileri sürülmekle birlikte¹¹² 25 Temmuz 1951 tarih ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun çıkarıldı.¹¹³

22 Kasım 1952'de gazeteci Ahmet Emin Yalman'a yönelik suikast sonrasında, Menderes, 6 Aralık 1952'de Adana'da yaptığı konuşmada, dinin siyasete alet edilmesine ülkenin tahammülünün bulunmadığını belirtmiş ve *laikliği din düşmanlığı şeklinde almak, bizim vicdan hürriyeti anlayışımıza asla uymaz* demiştir. Bu süreçte, İslamcı bazı yayınların durdurulması, Necip Fazıl Kısakürek, İslam Demokrat Partisi kurucularından Cevat Rifat Atilhan gibi isimlerin yargılanması, 23 Ocak 1953'te Türk Milliyetçiler Derneği'nin kapatılması gibi bazı tedbirler alınmaya başlandı.¹¹⁴

Yine bu dönemde, din anlayışının anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Millet Partisi hakkında soruşturma açıldı. 7 Temmuz 1953'te soruşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için mahkeme kararıyla partinin faaliyetleri durduruldu.¹¹⁵ 20 Temmuz 1948'de kurulan Millet

¹¹¹ Örneğin Cumhuriyet'in laiklik prensibini reddeden, Atatürk'ün devrimlerine karşı çıkan Tıcanı Tarikatı tarafından Atatürk büstlerine ve heykellerine yönelik saldırılar.

¹¹² TBMM TD, D. 9, C.7, B.72, 4 Mayıs 1951, s. 40 vd.

¹¹³ RG, 31.07.1951, S.7872.

¹¹⁴ Kocaçimen, 151-152.

¹¹⁵ Millet Partisi, dini siyasal amaçla kullandığı gerekçesiyle 27 Ocak 1954'te kapatıldı, ancak hemen akabinde 9 Şubat 1954'te Cumhuriyetçi Millet Partisi adıyla yeniden kuruldu. 1958'de de Türkiye Köylü Partisi'yle birleşti ve adı bu kez de Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi oldu. Geniş bilgi için bkz. Erol Yüksel, "Millet Partisi (1948-1981)", Atatürk Ansiklopedisi, s. 1-2. <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/millet-partisi-1948-1981/> (s.t.e. 5 Ağustos 2023). Demokrat Parti döneminde kapatılan bir diğer parti de 1951'de Cevat Rifat Atilhan tarafından kurulan İslam Demokrat Partisi oldu. Atilhan Millî Kalkınma Partisi'nin de kurucularındandı ve Türk Muhafazakar Partisi'ni de o kurmuştu. Parti, anayasaya CHP'nin ilkeleri olarak girdiğine inandığı demokrasiye aykırı kanunların kaldırılmasından yanaydı. Parti, adındaki İslam kelimesi nedeniyle laikliği savunan kesim tarafından da, İslamı siyasete alet ettiği gerekçesiyle muhafazakarlar tarafından da eleştirildi. Yalman suikastından da sorumlu tutulan parti, irtica tehlikesinden dolayı 3 Mart 1952'de mahkeme kararıyla kapatıldı. İslam Demokrat Partisi hakkında geniş bilgi için bkz. Celil Bozkurt, "Türk Siyasetinde İslam Demokrat Partisi ve Kamuoyundaki Yankıları", History Studies, V. 5, I. 2, 2013, s. 79-106.

Partisi, DP'nin CHP'ye karşı etkili muhalefet etmediği düşüncesiyle ve büyük ölçüde Demokrat Parti içinden doğmuştu. Parti programında, laiklik kelimesi geçmemekle birlikte, partinin din ve devlet işlerinin ayrı tutulmasını kabul ettiği belirtilmişti (md. 12). İlk ve orta öğretimde din derslerinin konulması, ilahiyat fakültelerinin kurulması, cemaatlerin dini amaçla teşkilatlanması ve dini vakıfların bu teşkilatlara devredilmesi (md. 12), anayasanın, Cumhuriyet Halk Partisi'nin siyasi ilkelerini devletin nitelikleri haline sokan 2. maddesinin kaldırılması şeklinde muhafazakar hedefler belirlenmişti. Programın 8. maddesinde de partinin din kurumuna ve milli geleneklere saygılı olduğu belirtilmişti.¹¹⁶ Millet Partisi'nin 1953'teki büyük kongresinde, delegeler arasında çıkan fikir ayrılığı ve kurucularından Hikmet Bayur'un da aralarında bulunduğu yaklaşık kırk üyenin, partinin Atatürk ve devrimlerine karşı olduğu gerekçesiyle çekilmesi, partinin 27 Ocak 1954'te tamamen sona erecek kapatılma sürecinin başlamasına neden olmuş; tepkilere yol açan bu kapatılma, Demokrat Parti'nin büyük bir siyasal hatası olarak görülmüştü.¹¹⁷

24 Temmuz 1953'te de siyasi veya şahsi nüfuz veya menfaat temin etmek maksadıyla dini veya dini hisleri veya dince mukaddes tanınan şeyleri veya dini kitapları alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapan veya telkinde bulunan kimselerin cezalandırılmasına ilişkin 6187 sayılı Vicdan ve Toplanma Hürriyetinin Korunması Hakkında Kanun çıkartıldı.¹¹⁸

DP döneminde Diyanet'in bütçesi ve çalışanlarının sayısı, bütçe görüşmelerinin hararetle tartışılan konusu oldu ve her defasında bütçede ve personel sayısında artış gerçekleşti. Bu tartışmalarda, özellikle Demokrat Parti sıralarından yükselen laikliği yeniden tanımlayan, laiklikten uzak konuşmalar sarfedildi. İslam dininin laiklik düşünceleriyle hayattan dışlanamayacağı, mabetlere kapatılamayacağı (İsmail Berkok); CHP tarafından birçok cami ve mescidin kiraya verildiği (tahıl ambarı, ahır olarak kullanıldığı) ya da kapatıldığı, özellikle muhalefette bulunan milletvekillerinin, dindar olduklarından asla şüphe edilmeyen Halk Partili milletvekillerinin buraları boşaltmaları ve Müslümanlara bırakmaları (Ahmet Gürkan); 14 Mayıs 1950 seçimiyle gelen milletvekillerinin bir diktatörden değil, büyük Türk milletinden ilham aldıkları, Allahın vatani ve milleti dalkavuklar dalgasından ilelebet koruması (Ömer Bilen); anayasada ve kanunlarda laikliğin tanımının yapılmadığı, yalnız boş bir isimle hareket edildiği, inkılap yapmak dini yıkmak ise asil milletin böyle inkılabı kabul etmeyeceği ve buna inkılap da denilemeyeceği (Ali Fahri İşeri)¹¹⁹; ilkokullara konulan din dersini okutacak nitelikte öğretmen bulunmadığı, 'bomboş duran' köy enstitüsü mezunlarına Ankara İlahiyat Fakültesi'nde birer ay din kursu verilmesi (Mehmet Özbey) ve hükümetin dini konularda daha ciddi hareket etmesi gerektiği; dünyanın geleceğini

¹¹⁶ Millet Partisi Program ve Tüzük, 2.Baskı, Sakarya Basımevi, Ankara 1948, s. 4-5.

¹¹⁷ Eroğul, s. 118.

¹¹⁸ RG, 29.07.1953, S. 8470.

¹¹⁹ TBMM TD, D.9, C.13, B. 45, 23.02.1952, s. 594 vd.

biçimlendirecek düşüncelerin en bereketli kaynaklarının İslamda bulunduğu (İsmail Berkok); halkın senelerce dini bilgilerden ve İslami duygulardan mahrum kaldığı, dinin de uzun süre ihmal edildiği (Ömer Bilen)¹²⁰; 14 Mayıs devriminin en önemli gerçeğinin laikliğe gerçek anlamını vermek olduğu, Halk Partisi'nin programında laikliğe yanlış anlam verildiği ve 'kasıt' nedeniyle okullardan din eğitiminin kaldırıldığı; İlahiyat Fakültesi'nin ve imam-hatip okullarının kapatıldığı, din adamlarının keyfi veya kanuni takibe ve baskıya maruz kaldıkları, Kuran'ın suç aleti gibi mahkemelere götürüldüğü, ayaklar altında çiğnendiği, bazı cami ve mescitlerin kiraya verilip ahır gibi kullanıldığını unutmamanın mümkün olmadığı, orta okullarla kalınmayıp zamanı gelince liselerde de din derslerinin kabulünün gerektiği, muhalif partilerin ve onlarla aynı görüşte olan gazetecilerin güneşi balçıkla sıvarcasına, gerçeklere ve milletin iradesine karşı gelmekte birleşmiş oldukları, anayasada laikliğin tanımlanmadığı, doğal olarak parti programına göre tanımlayacağı (A. Fahri Ağaoglu); yürürlükteki kanunlarda vicdan özgürlüğü ve medeni hoşgörü fikri ile uyuşmayan kısımların laikliğin bugünkü modern ve ileri telâkkisine uygun bir şekle dönüştürülmesi gerektiği (İsmail Hakkı Akyüz); laikliğin dinle dünya işlerini tamamıyla ayırmak değil, birbirine karıştırmamak olduğu; Türk ve Müslüman bir başbakanın (Menderes) inşa edilen bir camiye bir kalemden 100 bin lira verdiği, bu paranın bronz bir heykele değil, dini bir abidenin inşası için verilmesinden mutluluk duyulduğu, liselerde de din bilgisi dersi okutulması gerektiği (Muzaffer Kuşakçioğlu)¹²¹ şeklindeki suçlayıcı, hakaretamiz beyanlar arasında en dikkat çekici olanlardı.

1959 yılı bütçe görüşmelerinde, CHP meclis grubu adına söz alan Fuat Börekçi, dinin siyasete alet edilmemesinin laiklik ilkesi açısından önemini vurguladıktan sonra, ülkede baş gösteren, halkı dinli-dinsiz şeklinde ayıran ve cihat çağrısına kadar varan bu tarz propaganda usullerinden örnekler vermiş ve Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bu durumlara karşı tepkisiz kaldığını ifade etmişti.¹²² Said Bilgiç, Demokrat Parti'nin laiklik anlayışını şu sözlerle açıklıyor ve CHP döneminin din politikasını eleştiriyordu: *"Din müessesesi ve Allah inancı, fert ile Allah arasında mücerred bir mesele değildir. Din, cemiyetin hayatında geniş fonksiyonu bulunan içtimai bir müessesedir. İşte biz dinin içtimai müessese oluşu vasfı ile ilgilendiğimizi, sözlerimizle değil e'fâlimizle ispat ve izhar etmeliyiz. Bizim bu tutumumuz üzerine irticai bir hareket doğuyor şeklinde açılacak kampanya hür milletlerin müşterek mukavemet cephesinin de aleyhinedir. Komünizmle mücadeleye karar vermiş milletlerin mücadele şuurunu tahrifeden bir hareket olur. Ancak cemiyetin hayatıyeti için yarayışlı bir unsur olan din müessesesini şahsi emelleri uğrunda istismar etmek isteyenler bulunursa böyleleriyle mücadele gerekir. Yalnız bizden evvelkiler gibi memleket şumul mahiyette bir irticai hareketten korkmanın veya korkar görünmenin manası yoktur... Devletin din müessesesi ile meşguliyeti dondurucu susturucu bir meşguliyet değil, aksine seviye*

¹²⁰ TBMM TD, D. 9, C. 20, B.47, 19. 02.1953, s. 519-543.

¹²¹ TBMM ZC, D. 10, C.17, İ. 45, 24.02.1957, s. 654-665.

¹²² TBMM ZC, D. 11, C. 7, İ. 44, 24.02.1959, s. 645-647.

kazandırıcı bir meşguliyet olması iktiza der. Muhterem Halk Partililer zamanlarında bu meşguliyet dondurucu susturucu bir meşguliyet olarak tezahür etmiştir.”¹²³ Mustafa Runyun da, “Memleketimiz, çok partili hayata kavuştuktan sonra gerek halkımızla, gerek köylümüzle yakından ilgilenmek mecburiyetini duyanlar, bu hakikati yakinen müşahede etmişler, Türk Milletinin kahir bir ekseriyetini teşkil eden Müslümanların dinlerine yapılan baskıdan dolayı duydukları nefreti görmüşlerdir. Zaman zaman büyük topluluklar halinde, din hürriyetinden bahsetmeyi ve buna önem verilmesini kaçınılmaz bir zaruret olarak ileri sürmüşlerdir... bu memlekette % 99 gibi kahir bir ekseriyete sahibolan Müslümanlar, sabık iktidarın lâyikliği yanlış anlaması ve yanlış tatbik etmesi yüzünden en tabii sayılan bu haklarından yani dinî hürriyetlerinden mahrum bırakıldılar.” sözleriyle tek parti dönemini eleştirmektedir.¹²⁴

1960 Diyanet bütçe görüşmelerinde CHP meclis grubu adına konuşan Fuat Börekçi, hükümetin Diyanet İşleri Teşkilatı'na karşı ilgisizliği ve denetim eksikliğinin Diyaneti ülkede yaygın adı altında gerçekleşen gerici faaliyetleri adeta onaylar duruma getirdiğini, vatandaşları siyasi amaçlarla dinli dinsiz şeklinde ayırmakta sakınca görmeyen bir siyaset güdüldüğünü dile getirmişti. CHP Ankara milletvekili Ahmet Üstün de bazı gazete ve dergilerin ve bazı Demokrat Partililerin din istismarcılığı yaptıklarını ve bunun giderek arttığını örneklerle açıklamıştı. DP Erzurum milletvekili Münip Özer'in CHP'ye yönelik “Müsaade buyurun; gerici din telâkkilerinden kaçınalım, diyorlar. Dini gericilikten değil, dinin tâ kendisinden kaçınan insanlarsınız. Ayıbı siz yapıyorsunuz. Mabetlerin kapısına kilit vuran sizlersiniz. Din namına yapılan ve ifade edilen her meseleye bir irtica damgası vuran sizlersiniz. Bu meselede hâlâ millet namına zihniyetinizden en küçük bir fedakârlık yapmayan rücu etmiyen sizlersiniz. ...daima milletin büyük bir çoğunluğu büyük bir vukufla kendisine su, ekmek ve gıda gibi bir ihtiyaç olarak telâkki eden vatandaşın en halis, en vicdani hislerine kargı bühtanda bulunan insanlar bilsinler ki, seneler senesi yapmış oldukları en ağır ve en büyük baskılara rağmen dini kanatlerini vatandaşın kalbinden, silkip atmaya muvaffak olamamışlardır ve olamayacaklardır” şeklindeki sözleri ve Demokrat Parti Meclis Grubu adına söz alan Mehmet Karasan'ın, “Modern bir memlekette temenni edilirdi ki, eğer memleketin şartları bu imkânı verse ve inkılaplarımız tamamiyle millete mal olmuş olsaydı, böyle bir bütçe buraya gelmiyebilirdi ve gelmemesi de temenni edilirdi. Biliyoruz ki, bu memleketteki nüfusun tam % 99'u Müslümandır. Ve ancak % 1'i Müslüman değildir. Bu gayrimüslimlere her türlü iman, ibadet ve

¹²³ TBMM ZC, D. 11, C. 7, İ. 44, 24.02.1959, s. 650.

¹²⁴ “Ecdat yadigârı olan vakıflarımız, devri sabıkta telâfisi kabil olmıyan zararlar gördü. İnsafsızca elim darbelerle mâruz bırakıldı. Bazı devairde müdürlerden bazıları yine lâikliği yanlış anlamaları yüzünden namaz kılan memurların bu dinî vazifelerini ifa ettiklerinden dolayı sanki bir suç işlemiş gibi bunu sicillerine işledi, terfilerine mâni oldu. Yine o devirde din bilgisi verenlere, mukaddes kitabımız Kuran-ı Kerim'i öğretmek isteyenlere, karakollarda dayak atıldı. Din hürriyeti çerçevesi içinde mütalâa edilmesi gereken bu hareketlerinden dolayı bunlar mahkemeler ve hapisanelerle tehdid edildi. O devirde Cuma namazlarında camiler dolmazdı; fakat bugün Müslümanlar dinî hürriyetlerine sahib oldukları için camilerimiz dolup taşıyor.” TBMM ZC, D. 11, C. 7, İ. 44, 24.02.1959, s. 648-649.

âyin haklan tanındığı da herkesin malûmudur. Böylece, Büyük Millet Meclisi'nde, bu millete yakışır bir anlayışla din işleri hiçbir siyasi münakaşaya mevzu olmasın ve Diyanet İşleri bütçesi doğrudan doğruya kabul edilsin. Fakat bu memlekette din ve devlet meselesinin, uzun zaman bir arada mütalâa edilmesi neticesi olarak bir evvelki bütçelerde olduğu gibi, eski teamüllere göre, bu bütçede de aynı usul takibedilmektedir..." sözleri gibi konuşmalar ve atışmalar, din-devlet ilişkisi (laiklik) açısından siyasette gelinen noktayı ve görüş ayrılıklarını net bir biçimde göstermekteydi.¹²⁵

Görüldüğü üzere, çok partili siyasi yaşamın, farklı görüşlerin ifade edilebilmesini sağlaması ve bunun, Atatürk ilke ve inkılaplarını kabul etmeyen ve tek parti döneminde bu reddi ifade edemeyen kesimlerde karşılığını kolaylıkla bulması; iktidar partisinin, yukarıda ana hatlarıyla belirtilmiş olan icraatları ve özellikle son iktidar yıllarında, bilhassa ekonomik nedenlerle azalan desteğini yeniden artırmak için başvurduğu laikle uyuşmayan yöntemler,¹²⁶ CHP iktidarının son dönemlerinde başlamış olan Atatürkçü laiklik anlayışından uzaklaşma eğiliminin hızla çok daha ileri seviyelere taşındığını göstermektedir. Bu uzaklaşma, Cumhuriyetin sonraki dönemlerine de aktarılmış; özellikle siyasi aktörlerin laikliğin din ve devlet ayrılığı esasının dışında kalan laiklik söylemleri¹²⁷ ve hukuk alanında gerçekleştirilen bazı önemli düzenlemelerle Türkiye'de laiklik bambaşka bir yöne evrilmiştir.¹²⁸

¹²⁵ TBMM ZC, D. 11, C. 12; İ. 46, 24.02.1960, s. 258-362.

¹²⁶ Menderes'in 1959'daki uçak kazasından kurtulmasının propaganda aracı olarak kullanılması, Demokrat Parti ile Nurculuk arasında irtibat bulunduğuyla ilişkin söylentiler gibi. Toprak, s. 377.

¹²⁷ Örneğin, Kenan Evren'in, "*Laiklik, dinin devlet işlerindeki sınırının çizilmesidir*" şeklindeki laiklik tanımı. Kenan Evren, "1981 Atatürk Yılı'nın Başlaması Dolayısıyla TBMM'de Düzenlenen Törende Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren'in Yaptıkları Konuşma 5 Ocak 1981" Ankara Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 01.04 (1981) s. 8.

¹²⁸ Bu noktada çarpıcı bir örnek olarak, Prof. Dr. Kemal Gözler'in, Türkiye'de son 5 yılda hukuk alanında yapılan, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 22'nci maddesinin 2'nci fıkrasının, 19 Ekim 2017 tarih ve 7039 sayılı Kanun'la değiştirilerek müftülüklere *evlendirme yetkisi* tanınması; 1 Kasım 2017 tarih ve 7060 sayılı Helâl Akreditasyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'la *helâl uygunluk değerlendirme kuruluşlarını akredite etmek, bu kuruluşların ulusal veya uluslararası standartlara göre faaliyette bulunmalarını ve bu suretle düzenledikleri belgelerin ulusal ve uluslararası alanda kabulünü temin etmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli Helâl Akreditasyon Kurumu*'nun kurulması ve bir kamu tüzel kişisi olan Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurulu tarafından 2019'da çıkarılan ve yer yer Kuran'a da atıfların yapıldığı *Faizsiz Finans Kuruluşlarının Bağımsız Denetimini Yürüten Denetçiler İçin Etik Kurallar* başlıklı düzenleyici işlem gibi bazı düzenlemeleri *laik hukukun kemirilmesi* olarak nitelendirdiği çalışmasına yer vermek gerekir. Kemal Gözler, "İslâm Hukukunun Değeri-2: Lâik Hukukun Kemirilmesi, İslâm Hukukunun Eleştirisi ve Savunulması", <https://www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku-2.htm> (s.e.t. 8 Temmuz 2023).

SONUÇ

Cumhuriyet'in erken döneminde, devrimin yerleşmesi, gelişmesi ve devamlılığının sağlanması amacıyla laiklik ilkesi, din ve devlet işleri ayrılığı şeklindeki yaygın tanımından farklı uygulanmış; din, devlet kontrolü altına alınmıştı. Bu dönemde hukuk ve siyaset laikleştirilmiş, toplumsal yaşamın laikliğe adaptasyonu için de önemli radikal adımlar atılmıştı. Bu adımlar, yüzyıllarca toplumun her hücrelerine yerleşmiş alışkanlıklar ve muhafazakar inanç nedeniyle toplumun her kesimi tarafından kabul görmemiş; ancak laiklikle ilgili hedeflerin tek partili sistem içerisinde kesin bir kararlılıkla gerçekleştirilmesi gayesiyle izlenen sıkı politika, bu reddedilişin yüksek sesle ifade edilmesine engel olmuştu. Çok partili siyasi düzene geçilmesiyle yıllarca birikmiş olan suskunluk yerini yüksek seslere bırakmaya başladı ve siyasi partilerin giriştikleri taraf toplama ve oy kotarma yarışında, Türk toplumunun dini duyguları üzerinden politika üretilmeye başlanarak Atatürkçü laiklik anlayışından giderek uzaklaşıldı.

Demokrat Parti'nin hüküm sürdüğü yıllar itibariyle Türkiye'de laiklikle açıklanması zor düzenlemeler gerçekleştirilmekle birlikte, hukukta laiklik açısından büyük bir değişiklik yaşanmadı. Fakat siyasette laiklik açısından bakıldığında, Demokrat Parti tarafından, ilk iktidar yıllarında her kesimi memnun etmeye yönelik bir politika izlenmişse de, iktidarın son zamanlarında azalan halk desteğini yeniden kazanabilmek adına laiklik karşıtlığına daha fazla prim verildi. Laikliğin toplumdaki karşılığı da baştan itibaren beklendiği gibi olmadı; kavram, toplumun tamamı tarafından doğru anlaşılmadı ve benimsenmedi. Kısacası Cumhuriyetin, sosyal yaşamın laikleştirilmesi amacı da tam olarak gerçekleşmedi.

Sonuç itibariyle, Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik bilançosu, hızlandırılmış radikal laikleşme programıyla, yavaş yavaş İslamlaşmaya giden programın toplamıdır. Laiklik, anlamı her dönemin kendine özgü siyaset planına göre biçimlenen, Türköne'nin sözleriyle "*Türk siyasetinin bir türlü açamadığı ve eskitemediği kilit kavramlardan biri*"¹²⁹ dir ve devletin bir niteliği olarak tartışmaya açık olmayacak şekilde anayasal güvence altına alınmış olmasına rağmen uygulamada sık sık tartışmaya açılan, yıpratılan, kendisine bile yabancılaşan bir kavramdır.

Laikliğin hayatın içinde normalleştirilebilmesi için toplumdaki hassasiyetin sağduyulu yönetilmesi; devlet ve din ayrılığında sınırların iyi belirlenmesi; belli din, mezhep, cemaat ya da tarikat mensuplarının değil, herkesin din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşmesi açısından gerekliliğinin tüm siyasi çıkarlardan bağımsız olarak topluma iyi anlatılabilmesi gerekir. Aksi halde, toplumsal zıtlıkların doğurduğu yorgunluktan yine ne yazık ki toplum zarar görecek, bu kısır döngü sürüp gidecektir.

¹²⁹ Türköne, s. 269.

KAYNAKÇA

Ahmed Cevdet, “Garphlaşmak İsteyenlerin Nazar-ı İbretine: Usûl ve Kavâninin Tesirleri”, C. 21, S. 530-531, 24 Mayıs 1339/ 1923, Sebülürreşâd, s. 86.

Akyüz Y, Türk Eğitim Tarihi (M.Ö. 1000-M.S. 2021), 34. Baskı, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2021.

Aydın M Â, Osmanlı Aile Hukuku, 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2018.

Aydın M Â, “Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol”, Der. Mehmet Âkif Aydın, İz Yayınları, İstanbul, 1996, İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, s. 297-312.

Aydın M Ş, “Cumhuriyet Döneminde Örgün Eğitim Kurumlarındaki Din Eğitimi,” Türkler, C.17, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 455-466.

Aydın M Z, “Dünden Bugüne Türkiye’de Din Eğitimi”, Y. 8, S. 29, 2014, Kamuda Sosyal Politika, s. 68-72.

Akyol T, Bilinmeyen Lozan, Doğan Kitap, İstanbul, 2014.

Başgil A F, Din ve Lâiklik, 2. Baskı, Sönmez Yayınları, İstanbul, 1962.

Bilsel C, “Medenî Kanun ve Lozan Muahedesi”, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1944, Medenî Kanun’un XV. Yıl Dönümü İçin, s. 21-71.

Bozkurt C, “Türk Siyasetinde İslam Demokrat Partisi ve Kamuoyundaki Yankıları”, History Studies, V. 5, I. 2, 2013, s. 79-106.

Bozkurt G, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1989.

Bozkurt G, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi-Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 2010.

Bozkurt M E, “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1944, Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin, s. 7-20.

Demirli A, Demokrat Parti ve Laiklik, Kahrolsun Komünizm! Yaşasın Din Hürriyeti, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2020.

Eroğul C, Demokrat Parti -Tarihi ve İdeolojisi, 3. Baskı, Yordam Kitap Yayınları, İstanbul, 2019.

Eşref Edib, “Hâkimiyet-i Milliye Devrinde Hükûmetin Takip Edeceği Yol”, C. 22, S.551-552, 16 Ağustos 1339 /1923, Sebülürreşâd, s. 41-43.

Evren K, “1981 Atatürk Yılı’nın Başlaması Dolayısıyla TBMM’de Düzenlenen Törende Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren’in

Yaptıkları Konuşma 5 Ocak 1981” Ankara Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 01.04 (1981) s. 3-11.

Feyzioğlu T, “Türk İnkılabının Temel Taşı Lâiklik”, Atatürk Yolu’ndan ayrı bası,1981.

Gazi Mustafa Kemal, Nutuk, Ed. Bayramoğlu N/Güran K, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2015.

Gişi E, “Laiklik Kavramının Kronolojik Evrimi”, V.1, I.1, 2015, JEMSOS, s. 1-13.

Göçmen D, “Laikliğin Felsefi Temelleri, Tarihsel Zorunluluğu ve Sınırları”, 10.07. 2016, Ayrıntı Dergi. <https://ayrintidergi.com.tr> (s.e.t.20.08.2023).

Gözler K, “İslâm Hukukunun Değeri-2: Lâik Hukukun Kemirilmesi, İslâm Hukukunun Eleştirisi ve Savunulması”. <https://www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku-2.htm> (s.e.t. 8 Temmuz 2023).

Kalıpçı M E, “Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin İlgası İşlemi Keenlemyekun Sayıldı mı?”, Ed. Fethi Gedikli, , On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016 , II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, I, s. 353-365.

Karacan A N, Lozan, Haz. Hulûsi Turgut, 8. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 2020.

Karpat K H, Türk Demokrasi Tarihi, 11. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2021.

Kayabaş E, Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi- Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

Kocaçimen S, Demokrat Parti Döneminde TBMM’nde Laiklik Tartışmaları, Yeniden Anadolu ve Rumeli Müdaafa-i Hukuk Yayınları, Antalya, 2008.

Konan B, Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Hukuki Statüsü, Statü Yayını, Ankara, 2013.

Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, Çev. Seha L. Meray, C.2, 3 ve 8, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.

Mumcu A, “Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuk Resepsiyonu”, Ed. Bülent Arı/Selim Aslantaş, T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2007, Adâlet Kitabı, s.269-281.

Ortaylı İ, “Osmanlı Devletinde Lâiklik ve Hukukun Romanizasyonu”, C. 9, S.27, 1997, (Aydın Sayılı Özel Sayısı III), Erdem, s. 1201-1208.

Öcal M, “Cumhuriyet Döneminde Türkiye’de Din Eğitimi ve Öğretimi”, C.7, S.7, 1998, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 241-268.

Özek Ç, Türkiye’de Lâiklik (Gelişim ve Koruyucu Ceza Hükümleri), İÜHF Yayını, İstanbul, 1962.

Sabuncu Y, Anayasaya Giriş, 14. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009.

Savcı B, “Laiklik Prensibinin “Türkiye Şartları” İçinde Mütalâası (1)”, C.19, S.02, 1964, AÜSBFD, s. 139-153.

Soysal M, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.

Şimşir B, Lozan Telgrafları 1922-1923, C.1, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 2019.

Tanör B, “Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi”, Der. İbrahim Ö. Kaboğlu, İmge Kitabevi, Ankara, 2001, Laiklik ve Demokrasi, s. 23-34.

Tanör B, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 36. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2022.

Toprak B, “Dinci Sağ”, Çev. Nail Satlıgan, , Der. Irvin C. Schink/E. Ahmet Tonak, 6. Baskı, Belge Yayınları, Geçiş Sürecinde Türkiye, İstanbul 2013, s. 359-385.

Tunaya T Z, Devrim Hareketleri İçinde Atatürk ve Atatürkçülük, Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1981.

Turan Ş, Türk Devrim Tarihi (3. Kitap, 2. Bölüm) Yeni Türkiye'nin Oluşumu (1923-1938), 3. Baskı, Bilgi Yayınları, Ankara, 2018.

Turan Ş, Türk Devrim Tarihi (4. Kitap, 1. Bölüm), 2. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2019.

Türköne M, Türk Modernleşmesi, 2. Baskı, Lotus Yayınları, Ankara, 2006.

Ünal Özkorkut N, “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”, C. 53, S. 2, 2004, AÜHF Dergisi, s. 83-94.

Ünal Özkorkut N, “Sebülürreşâd Dergisi'nin Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Sürecinde Batılılaşma ve Laiklik Düşüncesine Yaklaşımı”, S. 31-32, 2021, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 5-40.

Yüksel E, “Millet Partisi (1948-1981)”, Atatürk Ansiklopedisi, s. 1-2.

<https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/millet-partisi-1948-1981/>
(s.t.e. 5 Ağustos 2023).

Zürcher E J, Modernleşen Türkiye'nin Tarihi, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995.

OSMANLI'DAN GÜNÜMÜZE ASKERİ DİSİPLİN CEZALARI

From Ottoman to Present Military Disciplinary Punishments

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ*
Dr. Alkın KARAKURUMER**

Öz: Orduların temelini oluşturan disiplin; astların kanun, nizam ve amirler tarafından verilen hizmete müteallik emirlere kayıtsız ve şartsız itaat etmeleri ile sağlanır. Sağlam hiyerarşik yapısı ve mutlak itaate dayanan çelikleşmiş disiplin anlayışı ile tüm dünyanın takdirini kazanan Türk Ordusu, bu özelliğiyle tarih sahnesine çıktığı andan günümüze kadar uzanan süreçte "ordu-millet" ve "asker-millet" kavramlarıyla anılmaktadır. Hiç şüphesiz disiplin anlayışının bu şekilde değerlendirilmesinde, caydırıcı ve ıslah edici nitelikte olan disiplin cezaları da önemli bir yere sahiptir. Çalışmada; Osmanlı İmparatorluğundan günümüze kadar, askeri kanunlarda yer alan disiplin cezaları tarihsel süreç içerisinde incelenmiştir. Tarihsel süreç içerisinde söz konusu disiplin cezalarında değişikliği gerektiren nedenler; sosyal, siyasal ve askeri gelişmeler ışığında değerlendirilmeye çalışılmıştır. 'Osmanlı'dan Günümüze Askeri Disiplin Cezaları' adlı çalışma ile; konunun tarihsel süreç içerisinde kronolojik olarak incelenmesi ve aynı zamanda ileride yapılacak kanunlaştırma hareketlerine de fayda sağlanması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Askeri Ceza Kanunları, Askeri Suç, Disiplin, Türk Silahlı Kuvvetleri, Tarihsel Gelişim.

Abstract: Discipline forms the basis of armies; It is achieved by subordinates' unconditional and unconditional obedience to the law, order and orders regarding the service given by their superiors. The Turkish Army, which has won the appreciation of the whole world with its solid hierarchical structure and steely understanding of discipline based on absolute obedience, is remembered with the concepts of "army-nation" and "soldier-nation" from the moment it entered the stage of history until today. Undoubtedly, in this evaluation of the understanding of discipline, disciplinary punishments that are deterrent and corrective have an important place. In the study; Disciplinary punishments included in military laws have been examined throughout the historical process, from the Ottoman Empire to the present day. Reasons requiring changes in these disciplinary penalties throughout the historical process; It has been tried to be evaluated in the light of social, political and military developments. With the study titled 'Military Disciplinary Punishments from the Ottoman Empire to the Present'; It is aimed to examine the subject chronologically in the historical process and at the same time to benefit future legalization movements.

Keywords: Military Criminal Codes, Military Crime, Discipline, Turkish Military Forces, The Historical Development.

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, odegirmenci@etu.edu.tr
ORCID: 0000-0002-0700-2549.

** Milli Savunma Üniversitesi, Kara Harp Okulu, Hukuk Öğretim Görevlisi, akaraturumer@kho.msu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4415-0719.

Makale Geliş Tarihi: 11.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 24.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391366

GİRİŞ

Her devlet, diğer devletler nezdinde caydırıcı olmak ve saygınlığını muhafaza edebilmek maksadıyla etkin bir ordunun varlığına ihtiyaç duyar. Bu konuma ulaşabilmek ise en başta ordunun üstün bir disiplin anlayışı ile mümkündür. Disiplin anlayışının sağlanmasında; talim ve terbiye, astların takdir ve ödüllendirilmesi, disiplin amirleri bakımından astlara rol-model olmanın yanı sıra disiplinsizlik edenleri cezalandırma da önemli bir yer tutar. Ordularda tatbik edilen disiplin cezalarının çok köklü bir geçmişe sahip olduğu bilinmektedir. Bu kapsamda, ülkemizde de Osmanlı İmparatorluğundan günümüze kadar uzanan süreçte askeri disiplin cezaları kesintisiz olarak varlığını sürdürmektedir¹.

Osmanlı İmparatorluğunda askeri disiplin cezaları; Tanzimat öncesinde Kanunname-i Yeniçeriyan'da, Tanzimat sonrasında 1837 tarihli Kanunname-i Asakir-i Mansure-i Muhammediye ile yine aynı tarihli Kanunname-i Ceza-i Askeriye'de ve 1870 tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda düzenlenmiştir. 1870 tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun, Cumhuriyetin ilanından sonra 7 yıl daha yürürlükte kalması dikkat çekicidir.

Cumhuriyet döneminde askeri disiplin cezaları ise; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, 447 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun ve son olarak halen uygulanmakta olan 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, askeri disiplin cezalarında günümüze kadar olan değişiklikler kesitsel bir şekilde ortaya konulmuş ve geçmişte yapılan değişikliklerin gelecekte bu alanda yapılacak değişikliklere ışık tutması amaçlanmıştır.

Çalışmada önce “Osmanlı İmparatorluğu Askeri Kanunlarında Düzenlenen Disiplin Cezaları” ele alınacak, müteakibinde “Cumhuriyetin İlanından Sonra Çıkarılan Kanunlarda Düzenlenen Disiplin Cezaları”na yer verilecek ve son olarak sonuç bölümü ile genel bir değerlendirme yapılacaktır.

I OSMANLI İMPARATORLUĞU ASKERİ KANUNLARINDA DÜZENLENEN DİSİPLİN CEZALARI

A. TANZİMAT ÖNCESİ DÖNEM

1- Kanunname-i Yeniçeriyan

Osmanlı İmparatorluğunda Tanzimat öncesi dönemde yeniçerilerin disiplinsizlik teşkil eden fiilleri ve bunlara uygulanacak

¹ Olgun Değirmenci/Alkın Karakurumer, “Askeri Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Firar Suçlarının Osmanlı'dan Günümüze Tarihsel Gelişimi”, S. 64, 2020/1, Adalet Dergisi, ss. 298.

disiplin cezaları “Kanunname-i Yeniçeriyan”² esasları uyarınca hükme bağlanmaktaydı. “Kanunname-i Yeniçeriyan” ile yeniçerilere uygulanacak tüm disiplin işlemleri isabetli bir şekilde tek mevzuat çatısı altında toplanmıştı.

“Kanunname-i Yeniçeriyan”ın izleri, günümüz askeri kanunlarında da görülmektedir. 211 sayılı İç Hizmet Kanunu³nun 14’üncü maddesinde astların üstlerine mutlak surette hürmet gösterme ve saygılı davranma mecburiyeti⁴ ve astlara sadece kendi disiplin amirleri tarafından disiplin cezası verilebilmesi⁵ gibi düzenlemelerin tarihsel kökleri “Kanunname-i Yeniçeriyan” dönemine uzanmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğunda özel ve ayrıcalıklı bir konuma sahip olan yeniçerilerin disiplin işlemlerinde de kendine has usul kuralları bulunmaktaydı. Bu kapsamda, yeniçerilere mensubu oldukları bölükte kendi disiplin amirleri tarafından disiplin cezası verilebiliyor, vezir dahil başka biri tarafından disiplin cezası verilemiyordu.⁶

Ayrıca sivil idare yeniçerilerin askerlik hizmeti dışında işledikleri suçlardan dolayı takibat ve yargılama faaliyetlerini doğrudan

² Orhan Köprü, “Türkiye’de Askeri Yargı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 1988, s. 8; Bu kanunun metni için bkz.: İhsan Orgun, Askeri Temyiz Mahkemesi Tarihçesi, K.K.K. Yayınları, Ankara, 1956, s. 27.

³ RG, 4.1.1961, S. 10702.

⁴ “Kumandan ve zâbitânı üseradan bile olsa yine inkiyad, yani ulül’emre itaat” (Orgun, s. 7).

⁵ “Yeniçerilerin kendi zâbitânından başkasiyle te’dip ve takdir olunmaması” (Orgun, s. 7).

⁶ Şahir Erman, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, 7. Baskı, Yeniden Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, s. 14; Orhan Köprü, “Türkiye’de Askeri Yargının Doğuşu ve Gelişimi”, S. 89, 1994, Askeri Adalet Dergisi, ss. 3; Köprü, 1988, s. 8; Orgun, s. 7; İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti Teşkilatından Kapukulu Ocakları-II, Türk Tarihi Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 179; Metin Ulukanlıgil, “Tanzimat’tan Günümüze Askeri Yargı ve Askeri Temyiz Mahkemesinin Gelişimi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncüyıl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Van, 2003, s. 11; Ahmet Mumcu, Siyaseten Katl, 3. Baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2007, s. 106; Aydoğan Yolyapan, “Osmanlı Devletinde Askeri Yargının Gelişimi”, C. 3, S. 9, 1999, Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Dergisi, ss. 157; Olgun Değirmenci/Battalgazi Tanrıverdi, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 56; Olgun Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 486; Ümit Kardeş, Hakim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 41; Tarık Zafer Tunaya, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1969, s. 265 (Yeniçeriler devşirme sistemi gereğince yetiştirilip, askerlik mesleğinde istihdam ediliyorlardı); Alkın Karakurumer, “Osmanlı İmparatorluğunda Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çankırı Karatekin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Çankırı, 2018, s. 59.

gerçekleştiremiyor ancak Yeniçeri Ağası'nın uygun görüşü ve aracılığıyla haklarında işlem tesis edilebiliyordu.⁷

Ağa Divanı; Osmanlı ordusunun disiplinini bozan davalara bakmak, yeniçerilerin kendi aralarındaki ihtilafları çözmek ve yeniçeriler hakkında gelen şikâyet bildirimleri üzerine açılan davaları incelemekle görevliydi. Ağa Divanında, askerliğin temeli olan disiplin ve mutlak itaat ile ilgili meydana gelen uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar görülüyor ve burada yeniçerilere kendi disiplin amirlerinden farklı olarak disiplin cezası tesis edilebiliyordu. Ağa Divanı; Yeniçeri Ağasının başkanlığında, Sekbanbaşı, Kul Kethüda Bey, Zağarcıbaşı, Seksuncubaşı, Turnacıbaşı ve Başçavuş'tan teşekkül ediyordu. Ağa Divanı, Yeniçeri Ocağı kaldırılıncaya dek "Kanunname-i Yeniçeriyân" doğrultusunda faaliyetlerine devam etmiştir.⁸

Bu noktadan hareketle; yeniçerilere kendi disiplin amirleri dışında ancak "Ağa Divanı" ve Serdar-ı Ekrem unvanı ile sefer esnasında "Sadrazam" tarafından disiplin cezası verilebiliyordu.⁹ Bununla birlikte; yeniçerilerin ocakta olmadıkları zaman zarfındaki hal ve hareketlerini izlemek, esnaf ve halkın içerisinde iken yeniçerilikle bağdaşmayan olaylara karışmalarını engelleyerek yeniçeri ocağının saygınlığını korumak, disiplinin her alanda mutlak surette tesisi maksadıyla "Kuloğlu Başçavuşu" ile "Subaşı" isimleriyle anılan inzibatlara da kontrol ve tedip yetkisi tanınmıştı.¹⁰

Kanunname-i Yeniçeriyân'da düzenlenen disiplin esaslarında aşağıdaki ilkeler tavizsiz olarak uygulanmaktaydı. Amir ve üstleri esir dahi düşse kendilerine mutlak surette itaat etmek, toplu olarak yaşadıkları birliklerinden farklı bir yerde ikamet etmemek, süslenmemek, dini bütün olmak, acemi ocağındaki eğitimini başarıyla bitirip acemi oğlanlıktan mülazemette bulunmak, terfi için kıdem esasına riayet etmek, disiplin amirleri haricinde başka biri tarafından cezalandırılmamak, sakatlandıkları takdirde emekliye sevk edilmemek, sakal bırakmamak, evlenmemek, askerlik dışında başka bir faaliyetle ilgilenmemek, mesleğe yönelik eğitim icra etmek, idam cezası tatbik edilirken özel usul kurallarına bağlı bulunmak.¹¹

⁷ Kardaş, s. 41; Karakurumer, s. 59.

⁸ Orgun, s. 7; Ulukanlıgil, s. 11; Köprü, 1988, s. 8; İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti Teşkilatından Kapukulu Ocakları-I, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 397; Yolyapan, s. 157; Veli Şirin, Asakir-i Mansure Ordusu ve Seraskerlik, Tarih ve Tabiat Vakfı Yayınları, İstanbul, 2002, s. 17; Abdurrahman Şeref Efendi, Osmanlı Devleti Tarihi-I, (Haz. Ahmet Demir/Mehmet Kafkas), 1. Baskı, Kaynak Yayınları, İzmir, 1995, s. 208-209; Değirmenci/Tanrıverdi, s.57; Değirmenci, s. 486; Karakurumer, s. 60.

⁹ Köprü, 1988, s. 8; Orgun, s. 7; Karakurumer, s. 60-61.

¹⁰ Yolyapan, s. 157; Köprü, 1988, s. 9; Ulukanlıgil, s. 11-12; Karakurumer, s. 61.

¹¹ Erman, 1983, s. 14; Orgun, s. 27; Abdullah Saydam, Osmanlı Medeniyeti Tarihi, 1. Baskı, Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 328; Abdurrahman Şeref Efendi, s. 214; Alparslan Kayaltepe, Türk Piyadesinin Tarihçesi (1299-1920), K.K.K. Yayınları, E.U. Basımevi, Ankara, 1955, s. 58-59; Karakurumer, s. 61.

Kanunname-i Yeniçeriyan'da yeniçerilere kendi disiplin amirlerince tatbik edilen cezalar; “dayak, hapis, ulufe kesilmesi, sürgün ve idam” şeklinde düzenlenmişti. Söz konusu disiplin cezaları verilmeden önceki yargılama usulü disiplin amirinin inisiyatifinde bulunuyordu. Bununla birlikte, tatbik edilecek disiplin cezalarının infazında özel kaidelere yer verilmişti.¹²

Dayak cezasına çarptırılan yeniçeri; kendi bölüğünün Çavuşu tarafından Ağa'nın huzuruna çıkarılır, kırmızı kilim üzerinde elleri ve kollarından tutularak yüz üstü vaziyette yatırılır ve disiplinsizliğinin nevine göre kaba ellerine kırk-seksen adet değnek vurmak suretiyle te'dip edilirdi. Cezanın bitiminde, Odabaşı (günümüzün Bölük Komutanı) tarafından diğer yeniçerilere söz konusu cezadan ibret almaları hususu yüksek sesle bildirilirdi. Dayak cezası; cuma günleri, ramazan ayında ve dini günlerde tatbik edilmezdi.¹³ Ocakta hakim olması gereken “sessizlik ilkesi”ne uymayan yeniçeriler falaka cezasına çarptırılırdı.¹⁴

Hapis cezası, Odabaşı tarafından tatbik edilirdi. Disiplinsizlik işleyen yeniçerilerin ayaklarına demir vurulur ve ceza olarak mutfakta çalıştırılırlardı. Daha ağır disiplinsizlik işleyen yeniçerilere hücre cezası verilir ve tomruğa (hapishane) atılırlardı.¹⁵ Ayrıca yeniçerilerin ceza olarak küreklere alınıp, kalelerde hapis tutuldukları da bilinmektedir.¹⁶

Sürgün cezasında, disiplinsizlik işleyen yeniçeri bölüğünden uzaklaştırılır ve ceza olarak sınırda bulunan bir kaleye gönderilirdi. Bu infaz şekli “Merd-i Kale” olarak adlandırılmaktaydı. Sürgün cezasına sefer haricinde ihtiyaç duyulduğunda başvurulurdu.¹⁷ Ayrıca, isteyerek sarhoş olup müteakibinde adam öldürme suçunu işleyen yeniçerilerin ocaktaki mensubiyetleri sona ermekteydi.¹⁸

İdam cezası verilen yeniçeri, idam cezası tatbik edilene kadar hapiste tutulur ve “Merd-i Tımar” denilen işlemle yeniçeri ocağındaki

¹² Yolyapan, s. 157; Rifat Taşkın, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, Harp Okulu Basımevi, Ankara, 1943, s. 8-9; Niyazi İpeksümeroğlu, “Askeri Kaza Sistemine Bir Bakış”, C. 8, S. 1-2, 1951, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 467-468; Kayaltepe, s. 59; Karakurumer, s. 61.

¹³ Taşkın, s. 8-9; İpeksümeroğlu, s. 467-468; Yolyapan, s. 157; Halil İnalçık, Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-II, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2004, s.138-139; Sinan Can Göksel, “Osmanlı Askeri Düzeni ve Yeniçeriler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Bitirme Ödevi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 45, 58; Uzunçarşılı, 1988b, s. 179; Tayfun Toroser, Kavanin-i Yeniçeriyan (Yeniçeri Kanunları), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011, s. 63; Orhan Sakin, Yeniçeri Ocağı Tarihi ve Yasaları, Doğu Kütüphanesi, İstanbul, 2011, s. 207-208; Kayaltepe, s. 59-60; Karakurumer, s. 62.

¹⁴ Godfrey Goodwin, Yeniçeriler, 5. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul, 2001, s. 51; Karakurumer, s. 62.

¹⁵ Yolyapan, s. 157; Taşkın, s. 8; İpeksümeroğlu, s. 467; Karakurumer, s. 63.

¹⁶ Uzunçarşılı, 1988b, s.179; Karakurumer, s. 63.

¹⁷ Uzunçarşılı, 1988b, s.180; Karakurumer, s. 63.

¹⁸ Uzunçarşılı, 1988b, s.180; Karakurumer, s. 63.

künye defterinden bilgileri yok edilirdi. Bu işlemin sebebi, hiçbir yeniçerinin idam gibi ağır cezayı gerektiren bir fiili gerçekleştirebileceğinin kanıksanmamasıydı.¹⁹

Hakkında idam cezası verilen yeniçerilerin infazında onay makamı buldukları yere göre değişkenlik gösteriyordu. İstanbul'da görevli yeniçeriler için Yeniçeri Ağasının, taşrada görevli yeniçeriler için Vezir-i A'zamnın, eyaletlerde görevli yeniçeriler için ise vilayet valisinin onayı gerekiyordu.²⁰

Yeniçeriler, hayatlarını Padişah'a adadıkları ve Padişah için hayatlarını seve seve feda edecek şekilde canlarını hiçe sayarak savaştıkları için kendilerine saygı duyulur, infaz edilmeden önce herhangi bir kötü muamelede bulunulmazdı²¹, bu anlayışla infaz edilirken de askerlik mesleğinin onuru ve idam edilecek yeniçerinin şerefi dikkate alınır.²²

Kanunname-i Yeniçeriyân'a göre, yeniçerilerin sadece kendi disiplin amirlerince cezalandırılabilmesi hususu idam cezasının infazı öncesinde de uygulanmaktaydı. Bu doğrultuda; idam edilecek yeniçerinin rütbelerini disiplin amiri söker, sarığını çıkartır ve yeniçeri ocağından ihraç edildiğini belirtmek maksadıyla yakasını yırtardı.²³ Kılıç veya hançer ile idam gibi istisnai uygulamalar dışında yeniçeriler infaz edilirken kanları dökülmez, boğularak idam edilirlerdi.²⁴

İdam cezası infaz edilene kadar yeniçeri hücrede tutulur, akşam namazının kılınmasını müteakip boğularak hayatına son verilir. İdam edilen yeniçerinin şeref ve haysiyetini korumak maksadıyla naaşı aleni olarak gösterilmez, bir gülle ile bağlanmak suretiyle denize bırakılır ve top atışıyla idam edildiği ilan edilirdi.²⁵ Ayrıca Padişah'ın, gördüğü lüzum üzerine yeniçerileri siyaseten katl²⁶ etme yetkisi de bulunmaktaydı.²⁷

¹⁹ Taşkın, s. 9; İpeksümeroğlu, s. 468; Karakurumer, s. 63.

²⁰ Yolyapan, s. 158; Karakurumer, s. 63.

²¹ Yolyapan, s. 158; Mumcu, 2007, s. 100; Ahmet Mumcu, "Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl", Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963, s. 114-115; Köprü, 1988, s. 5; Köprü, 1994, s. 2; İsmail Katgı, "Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl (Hukuki Mahiyeti, Sebepleri, Usulü, İnfazı ve Sonuçları)", C. 6, S. 24, Kış 2013, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, s. 194; Karakurumer, s. 64.

²² Mumcu, 2007, s. 100; Mumcu, 1963, s. 114-115; Köprü, 1994, s. 2; Köprü, 1988, s. 5; Katgı, s. 194; Karakurumer, s. 64.

²³ Mumcu, 2007, s. 106; Köprü, 1988, s.5; Karakurumer, s. 64.

²⁴ Mumcu, 2007, s. 103-104; Erman, 1983, s. 13; Erkan Göksu, Türk Kültüründe Silah, Ötügen Neşriyat, İstanbul, 2008, s. 420; Katgı, s. 194; Karakurumer, s. 64.

²⁵ Mumcu, 2007, s. 106; Erman, 1983, s. 13; İnalçık, s. 139; Taşkın, s. 9; İpeksümeroğlu, s. 468; Uzunçarşılı, 1988b, s. 179; Es'ad Efendi, Üss-i Zafer, (Haz: Mehmet Arslan), Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 47; Katgı, s. 194; Karakurumer, s. 64.

²⁶ Siyaseten katl, bizzat padişahın verdiği ölüm cezası anlamında kullanılmaktadır. Bkz.: Mumcu, 1963, s. 2; Köprü, 1994, s.2; Karakurumer, s. 65.

²⁷ Yolyapan, s. 158; Mumcu, 2007, s. 79; Erman, 1983, s. 13; Necdet Öztürk, 14-15. Asır Osmanlı Kültür Tarihi: Devlet Düzeni Sosyal Hayat, Bilge Kültür Sanat

Kanunname-i Yeniçeriyan'a göre; birlik içinde ve dışında kavgaya karışmak, küfretmek ve sövmek, birliğinden firar etmek ve namazın sükûnetini bozacak davranışlarda bulunmak ağır cezayı gerektiren disiplinsizlikler olarak kabul ediliyordu. Söz konusu disiplinsizliklere yeniçerilerin disiplin amiri olan Odabaşı tarafından disiplin cezası veriliyordu. Ceza olarak; yeniçerilerin yataklarına el koyma, ceza süresince ustanın gözetiminde mutfakta iş görme ve birliğin tüm bulaşıklarını yıkama gibi yöntemlerle disiplin yönünden ted'ip edilmeleri sağlanıyordu.²⁸

B- TANZİMAT SONRASI DÖNEM

1- 1837 Tarihli Kanunname-i Asakir-i Mansure-i Muhammediye

1837 yılında yürürlüğe giren ve 457 maddelik geniş bir muhteviyata sahip olan Kanunname-i Asakir-i Mansure-i Muhammediye; klasik anlamda bir ceza kanunu olmayıp bir yönüyle ordunun kendine özgü yapısını ve idari anlayışını yansıtan günümüzdeki Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nu, disiplin hükümlerini içermesinden dolayı diğer yönüyle de günümüzdeki Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu²⁹'nu barındıran çift yönlü bir Kanun özelliği taşımaktaydı.³⁰

Söz konusu Kanununun 347-369'uncu maddelerinde; disiplin suçları, disiplin cezaları ve disiplin cezalarının infaz biçimleri düzenlenmiştir. Bu kapsamda, "Te'dibat" başlıklı altıncı fasılda; disiplin amirlerinin maiyetinin disiplinsizliklerine karşılık olarak verebilecekleri disiplin cezaları ve infaz biçimleri hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanununun 369'uncu maddesinde; disiplin amirlerinin disiplin cezası yetkisini kullanırken göz önünde bulundurması gereken usul hükümleri düzenlenmiştir. Yine aynı Kanununun 343'üncü maddesinde; bu kez disiplin amirlerine verilmesi gereken disiplin cezaları kapsamında; "astın gözetiminde ihmal göstermek" disiplinsizliğinin düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda; Kanunname-i Asakir-i Mansure-i Muhammediye'nin, günümüzün Askeri Ceza Kanunu karşılığı olan askeri suç ve cezaların düzenlendiği Kanunname-i Ceza'nın tamamlayıcı bir unsuru olduğu söylenebilir.³¹

Kanunname-i Asakir-i Mansure-i Muhammediye'de, disiplinsizlik işleyenlerin rütbeleri dikkate alınarak verilecek disiplin cezalarında farklılık gözetiliyordu. Bu kapsamda; "zabit", "küçük zabit ile onbaşı" ve

Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 87; Mumcu, 1963, s. 105; Köprü, 1988, s. 5; Karakurumer, s. 65.

²⁸ Göksel, s. 45; Karakurumer, s. 65.

²⁹ RG, 31.01.2013, S. 6413.

³⁰ Orgun, s. 7; Köprü, 1994, s. 3; Köprü, 1988, s. 9; Değirmenci, s. 487; Yolyapan, s. 159; Karakurumer, s. 82.

³¹ Orgun, s. 7; Köprü, 1994, s. 3; Köprü, 1988, s. 9; Değirmenci, s. 487; Yolyapan, s. 159; Karakurumer, s. 82.

“nefer” olarak üçlü bir tasnif bulunmakta idi. Zabıtlere uygulanacak disiplin cezaları; “bayağı göz hapsi”, “şedit göz hapsi” ve “hapis”, küçük zabıtlere; “kışlakta veya koğuştta tevkif”, “terbiyehanede tevkif”, “tomruğa konulmak”, “memuriyet ve rütbenin zevali veya bu keyfiyetin belli bir zamana kadar taliki”, onbaşı ve neferlere; “kışlada tevkif”, “angarya hizmetinde kullanılmak”, “karakol ile yoklanılmak”, “terbiyehanede tevkif”, “hapis”, “tomruğa konulmak”, “memuriyetin talik ve tevkifi”, “rütbe kaldırmak” ve “terbiye bölüklerine sürgün” olarak hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanunda; söz konusu disiplin cezalarını verecek kişiler, disiplin cezalarının süreleri, disiplin cezalarının onay makamı ve disiplin cezalarının infaz biçimleri de düzenlenmiştir. Bu duruma örnek olarak; terbiye bölüklerine verilen sürgün cezasının Seraskere, tomruk cezasının Miralaya, katıksız hapis cezasının Sağ Kolağası ve Yüzbaşılara tanındığı görülmektedir. Bu özellikleri ile Kanunname-i Asakir-i Mansure-i Muhammediye'nin; disiplin suç ve cezaları ile askeri suç ve cezaları birlikte düzenlemesi sebebiyle, günümüzün 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu³²'nin bütünlüşmüş hali olarak değerlendirmek isabetli olacaktır.³³

Kanunnamenin 369'uncu maddesinde hüküm altına alınan “bayağı göz hapsi” cezasında; zabıtlerin ziyaretçileri ile sınırlı bir şekilde görüşme yapmalarına müsaade edilmekte, günlük mesailerinin sona ermesini müteakip kışkalarından ayrılmadan hizmete devam etmeleri sağlanmakta ve hizmet harici durumlarda ise odalarından ayrılmama şartı bulunmaktaydı. Yine 347'nci maddede düzenlenen “şedit (ağır) göz hapsinde” ise zabıtlerin kılıçlarına el konulmakta, cezalı olarak buldukları odadan ayrılmalarını sağlamak maksadıyla kapıda nöbetçi görevlendirilmekte ve ceza süresi tamamlanana kadar vazifelerinden el çektilirmektedir. Kanunname'nin disiplin cezalarına itiraz kapsamında şikâyet müessesesini düzenlemesi de hukuken son derece önemli ve değerlidir.³⁴

“Kanunname-i Ceza” yayımlanmadan önce asker kişilerin disiplin suçları haricinde işledikleri suçlardan doğan yargılamaları adli yargıda görülüyordu.³⁵

2- 1837 Tarihli Kanunname-i Ceza-i Askeriyye (Kanunname-i Ceza)

Kanunname-i Asakir-i Mansure-i Muhammediye gibi 1837 yılında yayımlanan ve 43 bentten oluşan Kanunname-i Ceza-i Askeriyye ile ilk defa askeri suçlar tek çatı altında toplanmıştır. Özellik itibariyle günümüzün 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun karşılığı olan

³² RG, 22.05.1930, S. 1520.

³³ Köprü, 1988, s. 9; Sahir Erman, “Askeri Yargı”, Yıl: 22, S. 90, 1994, Askeri Adalet Dergisi, ss. 15; Ulukanlıgil, s. 13; Erman, 1983, s. 14; Yolyapan, s. 159; Karakurumer, s. 82-83.

³⁴ Değirmenci, s. 487; Orgun, s. 29; Karakurumer, s. 83.

³⁵ Yolyapan, s. 159; Karakurumer, s. 83-84.

Kanunname-i Ceza-i Askeriyye'nin ilk iki maddesi incelendiğinde temel prensip olarak “suçların kanuniliği” ve yargılamalarda “duruşmaların aleniliği” kavramlarına yer verildiği görülmektedir. Ayrıca yargılanan kişiye müdafî bulundurma ve davasını nakil hakkı verilmiştir.³⁶

Söz konusu Kanunname ile asker kişilerin işledikleri askeri suçlar için yargılanmaları maksadıyla ilk derece mahkemesi olarak “Divan-i Harbi” (bir albayın başkanlığında toplam altı üye) ve istinaf/temyiz mahkemesi olarak da “Divan-ı Tecessüs” (bir generalin başkanlığında toplam dört üye) ismiyle iki tür mahkeme kurulmuştur.³⁷

Kanunname-i Ceza-i Askeriyye ile ilk defa yargı sisteminde ikili tasnife gidilmiş ve “genel yargı-askeri yargı” kavramı hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda; Kanunname'nin 1'inci bendinin 5'inci maddesinde asker kişilerin hizmete müteallik durumlar haricinde şer'îye mahkemelerinde yargılanacakları belirtilmiş, 2'nci maddesinde askeri suçların nelerden ibaret olduğu teker teker sayılmıştır.³⁸

Kanun maddelerinde, cezaların barış ve savaş dönemine göre farklılık gösterdiği anlaşılmaktadır. Kanunname; idam, demire vurulmak, güllebentlik, hapis, damga vurmak, cerime, malların müsaderesi, bedenden et vermek, rütbeden iskat, hidemat-ı sülfiyede istihdam etmek gibi cezalar düzenlenmiştir. Söz konusu cezaların uygulanmasında usul kurallarına da yer verilmiştir. Örnek olarak; idam cezalarında Serasker Paşa'nın onayı alınmadan kurşuna dizilme cezası infaz edilemezdi. Damga vurmak cezası; suçun nev'i, derecesi ve tekerrür durumu dikkate alınarak suç işleyen kişinin sol omzuna kızgın demir harfleri dağlamak suretiyle uygulanırdı.³⁹

Kanunname-i Ceza-i Askeriyye bütün olarak incelendiğinde, döneminin hukuki standartlarının üzerinde bir konuma sahip olduğu anlaşılmaktadır.⁴⁰

3. 1870 Tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu

Osmanlı ordusunda gerçekleşen ıslahat faaliyetleri kapsamında Askeri Ceza Kanunu'nun yenilenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu kapsamda, Kanunname-i Ceza-i Askeriyye yürürlükten kaldırılarak toplam 206 maddeden meydana gelen 1870 tarihli “Askeri Ceza

³⁶ Ulukanlıgil, s. 14; Orhan Ertosun, “Askeri Yargıtay'ın Tarihçesi, Görev ve Yetkileri İle Sorunları”, S. 11, 1975, Danıştay Dergisi, Ankara, ss. 56; Orgun, s. 7; Değirmenci, s. 34; Yolyapan, s. 159; Karakurumer, s. 87; Değirmenci/Karakurumer, s. 299.

³⁷ Orgun, s. 7; Kardaş, s. 41; Hilmi Özarpat, Askeri Yargılama Usulü Hukuku, 2. Baskı, Harp Okulu Basımevi, Ankara, 1950, s. 15; Erman, 1983, s. 307-308; Karakurumer, s. 86-87.

³⁸ Köprü, 1994, s. 4; Köprü, 1988, s. 10; Karakurumer, s. 87; Değirmenci/Karakurumer, s. 299.

³⁹ Ulukanlıgil, s. 18; Karakurumer, s. 89.

⁴⁰ Köprü, 1994, s. 4; Ertosun, s. 56; Köprü, 1988, s.10; Karakurumer, s. 89.

Kanunname-i Hümayunu” yayımlanmış ve Cumhuriyetin ilanından 7 yıl sonraya dek yürürlükte kalmıştır.⁴¹

Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda düzenlenen suçların, sivil şahısları da etkilemesi sebebiyle sivil ceza kanunlarındaki maddeler ile aykırılık teşkil etmemesi hususu göz önünde bulundurulmuştur. Ağır cezaların infaz edilebilmesi Dâr-ı Şûrâ-yı Askeri’nin onayına tabi tutulmak suretiyle Divan-ı Harplere tanınmıştır. Tatbik edilen cezalar, günümüzün Resmi Gazetesi karşılığı olan Takvim-i Vekayi’de ve askeri hizmete müteallik hususların yer aldığı Ceride-i Askeriye’de yayımlanmıştır.⁴²

Söz konusu Kanunname’de; “Divan-ı Harbi Daimi ve Muvakkat”, “Divan-ı Harbi Mahsus”, “Divan-ı Harbi Örfi”, “Divan-ı Temyizi Askeri”⁴³ olmak suretiyle dört çeşit askeri mahkeme kurulmuştur.⁴⁴ Cezası kabahat olan fiilleri yaptırım olarak disiplin cezası tercih ediliyor ve suçlu “Divan-ı Harbe” sevk edilmiyordu.⁴⁵

Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda; askeri şahıstan rüşvet alma ve devlet malına zarar verme suçunun cezası meslekten çıkartma, cünha (küçük suç) suçunun cezası meslekten çıkartma, isyan suçunun cezası nev’ine göre kurşuna dizilme, uzun süreli kürek, sıradan işlerde çalıştırma veya rütbenin er’e düşürülmesi, askerlikle bağdaşmayan fiillerin ve maiyetine kötü muamelede bulunmanın cezası meslekten çıkartma, firar suçu işleyen askerlere yardım ve yataklık etmenin cezası para, meslekten çıkartma ve sürgün, kur’a nizamı ile bağdaşmayan fiillerde bulunma ve rüşvet almanın cezası meslekten çıkartma ve sıradan işlerde prangalı olarak çalıştırma, askeri eşyayı zarara uğratmanın cezası onarılabilen askeri eşyaların bedelinin cezalıya ödettirilmesi, onarılamayanların ise bedelinin cezalıdan tahsil edilmesi olarak hüküm altına alınmıştır.⁴⁶ Söz konusu düzenlemelere ilave olarak; hırsızlık suçunun cezası rütbenin düşürülmesi ve üç yıl prangabentlik, sahtekârlık yapma suçunun cezası bir yıl demirbentlik, kılıç çekme suçunun cezası rütbenin düşürülmesi ve üç yıl demirbentlik, kasten adam yaralama ve darp suçunun cezası rütbenin düşürülmesi ve bir yıl demirbentlik, silah gösterme suçunun cezası ise bir yıl demirbentlik şeklinde düzenlenmiştir.⁴⁷

⁴¹ Köprü, 1988, s. 12; Taşkın, s. 9; Yolyapan, s. 159; Kanunun tam metni için bkz.: Vasfi Raşid Seviğ, Askeri Adalet, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1955, s. 187-234; Ulukanlıgil, s. 23; İpeksümeroğlu, s. 469; Cevat Aksu, “Dar-ı Şûrâ-yı Askeri (Kuruluşundan 1876 Yılına Kadar)”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Ankara, 2004, s. 107; Karakurumer, s. 94; Değirmenci/Karakurumer, s. 301-302.

⁴² Aksu, s. 108; Karakurumer, s. 94; Değirmenci/Karakurumer, s. 302.

⁴³ Ulukanlıgil, s. 23; Karakurumer, s. 95.

⁴⁴ Ulukanlıgil, s. 23; Orgun, s. 7; Karakurumer, s. 95.

⁴⁵ Orgun, s. 9; Köprü, 1988, s. 12; Ulukanlıgil, s. 24; Karakurumer, s. 95.

⁴⁶ Aksu, s. 106-107; Karakurumer, s. 96-97.

⁴⁷ Aksu, a.g.e., s.107; Karakurumer, s. 97.

Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda suç teşkil eden eylemler; "Cinayet, Cünha (cürüm) ve Kabahat" olmak suretiyle üç bölümde ele alınmış, mahkeme ve doğrudan disiplin amirlerince tatbik edilebilecek cezalar ve infaz şekillerine de yer verilmiştir.⁴⁸

Doğrudan disiplin amirlerince tatbik edilebilecek cezalar, askerlik hizmetine müteallik işlenen disiplinsizlikler bakımından hüküm ve sonuç doğurmakta ve söz konusu cezaların verilebilmesi için Divan-ı Harp kararına ihtiyaç bulunmamaktaydı. Disiplin amirinin ve disiplinsizlik işleyen kişinin rütbesi, disiplin cezasının nasıl tatbik edileceğini (nev'i, müddeti ve infaz şekli) belirliyordu. Söz konusu disiplin cezaları; hapis, demirbent ve darp olmak üzere üç çeşitti.⁴⁹

Hapis cezası asgari 24 saat, azami 45 gün olarak uygulanıyordu. Hapis cezasının infazı; göz, riyazet (nefsi kırma) ve haps-i münferit olmak üzere üç türdü. Göz hapsinde, cezalı hapiste tutulduğu odadan çıkmaktan men edilirdi. Riyazet hapsinde, cezalıya hapiste tutulduğu süre boyunca sadece ekmek ve su verilirdi. Haps-i münferitte ise, cezalı hiç kimseyle görüştürülmeden yalnız olarak odada tutulurdu.⁵⁰

Darp cezasında cezalıya asgari 3, azami 15 değnek vurulurdu. Demirbentlik cezasında ise asgari 24 saat, azami 10 gün olmak üzere cezalının ayağına 350 dirhem ağırlığında bir demir bağlanırdı.⁵¹

İdam, kürek, nefy ve prangabentlik cezalarını uygulama yetkisi Divan-ı Harplere tanınmıştı.⁵² Önceki kanunnamelerde olduğu gibi yine idam cezası cuma günleri, ramazan ayı ve dini günler haricinde tatbik edilirdi. Kurşuna dizilme şeklinde infaz edilen idam cezasında; bir subayın emir komutasında bulunan on kişilik bir manga tarafından gözleri bağlı halde olan cezalıya emir doğrultusunda aynı anda ateş edilirdi.⁵³ Kürek cezasında; cezalının ayaklarına demir bağlanır ve cezalı Hidemat-ı Şukka⁵⁴ olarak tabir edilen toprak kazma, taş taşıma gibi ağır işlerde istihdam edilirdi. Kalabentlik cezasında; cezalı, devletin infaz için uygun gördüğü bir kaleye kapatılırdı. Nefy cezasında; ülke sınırlarında olmak suretiyle devlet tarafından uygun görülen bir yerde cezalı zorla ikamet ettirilirdi. Prangabentlik cezasında ise; cezalının ayaklarına iki okka yüz gram ağırlıkta bir demir bağlanır ve cezalı askeri tesislerin yapı, onarım ve istihkâm faaliyetlerinde istihdam edilirdi.⁵⁵ Söz konusu cezalara ilave olarak; rütbe indirme ve meslekten çıkarma cezaları da uygulanabiliyordu.⁵⁶

⁴⁸ Ulukanlıgil, s. 49; Seviğ, s. 189; Karakurumer, s. 98.

⁴⁹ Ulukanlıgil, s. 49; Yolyapan, s. 166; Karakurumer, s. 98.

⁵⁰ Ulukanlıgil, s. 49; Karakurumer, s. 98.

⁵¹ Ulukanlıgil, s. 49; Karakurumer, s. 98.

⁵² Ulukanlıgil, s. 49; Karakurumer, s. 98.

⁵³ Ulukanlıgil, s. 50; Karakurumer, s. 98-99.

⁵⁴ Anlamı için bkz.: Ferit Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara, 1998, s. 368.

⁵⁵ Ulukanlıgil, s. 50; Yolyapan, s. 166; Karakurumer, s. 99.

⁵⁶ Ulukanlıgil, s. 50; Karakurumer, s. 99.

Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda, Kanunname-i Ceza-i Askeriyye ile kabul edilen başta yargılamalarda duruşmaların aleniliği, yargılanan kişiye müdafî bulundurma ve davasını nakil hakkı gibi bulunduğu dönemin ileri seviyesinde olan hukuki düzenlemelere son verilmiş ve savunma hakkına kısıtlamalar getirilmiştir.⁵⁷

II. CUMHURİYETİN İLANINDAN SONRA ÇIKARILAN KANUNLARDA DÜZENLENEN DİSİPLİN CEZALARI

A. GENEL OLARAK

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun "İlga Edilen Kanunlar" başlıklı 193'üncü maddesinde⁵⁸, 1870 tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na muhalif olan hükümlerinin mülga olduğu ifade edilmiştir. Madde, biraz karışık yazıldığından dolayı özellikle "*sair kanunların bu kanuna muhalif olan hükümleri*" ibaresinden önceki "*ve*" bağlacının, cümlenin sonuç kısmı olan "*kanuna muhalif olan hükümleri*"ni de kapsayıp kapsamadığı ilk bakışta anlaşılammaktadır. Bu hususun uygulama açısından önemi şudur; maddenin sonunda yer alan "*ve*" bağlacından önceki kanunların hepsinin ilga edildiği ve bağlaçtan sonra ise ismi zikredilmeyen diğer kanunların muhalif hükümlerinin mülga olduğu yorumuna ulaşılması halinde ortaya çıkacak hukuki sonuç ile maddede ismen zikredilse dahi ismen yer alan tüm kanunların sadece muhalif olan hükümlerinin mülga edildiği yorumuna ulaşılması halinde ortaya çıkan hukuki sonuç birbirinden farklı olacaktır. İkinci yorumun kabul edilmesi halinde 1870 tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununa muhalif olmayan hükümlerinin halen yürürlükte olduğu gibi bir sonuca ulaşılabilir.

Kanaatimizce "*ve*" bağlacından önce ismen sayılan kanunların tamamı, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte mülga olmuştur. Bu durumda, 15 Haziran 1930 tarih ve 1520 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, 194'üncü maddesine göre neşir tarihinden 4 ay sonra yürürlüğe girecektir. İlgili maddenin uygulamasına göre 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, 15 Ekim

⁵⁷ Orgun, s. 9; Köprü, 1988, s. 12; Ulukanlıgil, s. 24; Değirmenci/Karakurumer, s. 302.

⁵⁸ 193 — 1286 tarihli askerî ceza kanunu ile ilâve ve zeyilleri ve muaddel maddeleri ve mensubini askeriyenin siyasetle menî iştigali hakkındaki 25 eylül 1328 ve askerî ceza kanununun 169 uncu maddesi makamına kaim olan 16 teşrinievvel 1328 ve seferde tekâlifi harbiye ve vesaiti nakliye komisyonlarına ve efradı cedidenin şevkine memur olanlar hakkındaki 21 ağustos 1330 ve mafevk tarafından maduna yapılacak bazı efa'in cürüm addolunmayacağına dair olan 30 teşrinievvel 1330 ve 1286 tarihli askerî ceza kanununun 101, 102, 103, 104 üncü maddesine matuf olan 3 mart 331 ve esrarı askerîye ve hiyaneti harbiye hak kındaki 16 teşrinievvel 1330 ve seferde tart cezasının sureti tatbikına dair olan 25 şubat 1330 tarihli kanunlarla zeyilleri ve sair kanunların bu kanuna muhalif olan hükümleri mülgadır.

1930 tarihinde yürürlüğe girdiğinden dolayı, 1870 tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu belirtilen tarihte mülga olmuştur.

29 Ekim 1923 tarihinde Cumhuriyetin ilanı ile birlikte, 15 Ekim 1930 tarihinde 1632 sayılı Kanun tarafından ilga edildiği ana kadar, 1870 tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun yürürlükte olduğu ve disiplin cezalarının uygulandığını ifade edebiliriz. 1870 tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu, çalışmamızın önceki bölümünde açıklandığı için ayrıca bu bölümde değinilmeyecektir. Çalışmamızın bu bölümünde, günümüze kadar askeri disiplin cezaları için mihenk taşı niteliğindeki düzenlemeler esas alınarak konu açıklanmaya çalışılacaktır. Bu açıdan öncelikle 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu dönemi ele alınacaktır. İkinci olarak 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte özellikle disipline aykırı eylemler kategorisine disiplin suçları da eklendiğinden, 477 sayılı Kanun dönemini ayrıca ele almak gerekliliği doğmuştur. Son olarak 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile birlikte askeri disiplin hukuku alanındaki değişiklikler incelenecektir.

B. 1632 SAYILI ASKERİ CEZA KANUNU

I- Kanunun İlk Halinde Mevcut Olan Disipline Aykırı Eylemler ve Cezalar

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (AsCK) ilk halinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) olduğu gibi askeri suçları; askeri cürümler ve askeri kabahatler olarak ikiye ayırmıştır. Askeri cürümler ile askeri kabahatler arasındaki ayırım uygulanacak yaptırıma göre belirlenmiştir.

Askeri cürümler; AsCK'da ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları ile cezalandırılan suçlardır. Askeri kabahatler ise AsCK'nın kısa hapis cezası ile cezalandırdığı suç tiplerine verilen isimdir (AsCK m.1). Askeri Ceza Kanunu, askeri kabahatleri yaptırımından hareketle tanımlamak için iki şekilde hareket etmektedir. Birinci düzenleniş tarzında; AsCK'nı bir eylem için sadece kısa hapis cezasının verileceğini belirtmekle yetinmektedir. AsCK'nın, kısa hapis cezalarının nev'ilerini belirleyen 23'üncü maddesinden hareketle, AsCK'nın kısa hapis olarak belirttiği durumlarda göz hapsi, oda hapsi veya katıksız hapis cezası verilebilecektir. Sözü geçen madde aynı zamanda kısa hapis cezalarının nev'ilerine ve yaptırıma tabi tutulacak personelin statüsüne göre üst sınırlarını da düzenlemektedir. Subaylar ve askeri memurlar hakkında oda veya göz hapisleri dört haftaya kadar; başgedikli⁵⁹ de dahil olmak üzere efrat hakkında ise oda hapsi dört haftaya kadar, katıksız hapis ise üç haftaya kadar uygulanabilmektedir. İkinci düzenleniş şeklinde ise AsCK, askeri kabahat bakımından, "kısa hapis" ifadesini kullanmak yerine kısa

⁵⁹ Başgedikli kelimesi, AsCK'da "baş gedikli" şeklinde yazılmasına karşılık, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "başgedikli" şeklinde birleşik olarak yazılmaktadır. Çalışmamızda TDK Sözlüğü esas alınmıştır.

hapis türleri içerisindeki yaptırımın nevi'ni ve süresini ayrı düzenlemiştir. İlk hareket tarzına örnek olarak, AsCK'nın 18'inci maddesi gereğince bir askeri kabahat olarak nitelenen “muharrirlik” suçunda, sevk ve tahrik edilen suçun işlenmesine teşebbüs edilmemesi durumu verilebilir. Nitekim verili örnekte AsCK, failin “kısa hapis” ile cezalandırılacağını belirtmiş ancak kısa hapsin nevi'ni ve süresini belirtmemiştir. İkinci hareket tarzına örnek olarak ise 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kurulu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 64'üncü maddesiyle ilga olunan ve daha sonra 4551 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen AsCK'nın 82'nci maddesinin 1'inci fıkrasındaki “amire veya üste saygısızlık” eylemi verilebilecektir. Nitekim söz konusu fıkrada kısa hapis ile cezalandırma yapılacağı söylenmekte iken maddenin ikinci fıkrasında alternatif bir yaptırım olarak “yirmi bir günden aşağı olmamak üzere katıksız hapis” denilmek suretiyle kısa hapis yaptırımının nevi ve üst süresi de gösterilmiştir.

AsCK'nın “Disiplin tecavüzü ve kabahat” başlıklı 162'nci maddesinde, “kabahatler” alt başlığı altında bir tanım da yer almaktadır. Söz konusu tanımın anlamının belirlenmesi, hem “askeri kabahat”lerin kapsamının hem de “disiplin kabahati” şeklinde disipline aykırı bir eylem grubunun olup olmadığının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Nitekim madde başlığından, AsCK'nın 18'inci maddesindeki “askeri kabahatlerden” farklı olduğu anlaşılan ve öğretilerde de “disiplin kabahati” olarak isimlendirilen disipline aykırı eylem grubu; “*Askeri ceza kanununun 18 inci maddesinde yazılı olan fiillerin hafif halleri*”⁶⁰ olarak tanımlanmıştır. Disiplin kabahati isimlendirmesi sadece öğretilerde değil, yargı kararlarında da geçmektedir. Kapatılan Askeri Yargıtay bir kararında; AsCK'nın 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan “disiplin cezalarıyla mücazat yapılabilir” ifadesindeki, “disiplin cezaları tabirinin “disiplin kabahatlerine” özgü olduğunu ifade etmek suretiyle, AsCK'da açıkça geçmese de “disiplin kabahatleri” şeklinde bir disipline aykırı eylem grubunun bulunduğunu ifade etmiştir.⁶¹

Disiplin kabahatleri ile askeri kabahatler arasında nicelik farkı bulunmaktadır. Nitekim söz konusu sonuca AsCK'nın 162/1-B'sinde yer alan tanımda geçen “*hafif halleri*” ifadesinden de ulaşılabilecektir. Bu durumda disiplin amiri AsCK'nın 162'nci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen yetkisinden hareketle AsCK'nın 18'inci maddesinde yer alan kabahatlerden birinin varlığını, söz konusu halin hafif hali olup olmadığını ve kendisinin cezalandırmak isteyip istemediğini takdir edecektir.

AsCK'nın İlk Halinde Düzenlenen Askeri Kabahatler			
AsCK	m.	Amir ve mafevke hürmet	Mehil içinde yakalanma veya kendiliğinden

⁶⁰ Kanunda yer alan tanım, imla hataları ile birlikte alınmıştır.

⁶¹ Askeri Yargıtay 2'nci Dairesi, 19.01.1946, 175/379 (Karar için bkz.: Gökhan Yaşar Duran, Askeri Disiplin Hukuku, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 155).

82/1	etmemek	AsCK m. 68	gelme
AsCK m. 93/2	Muharrirlik	AsCK m. 83	Bilerek doğruyu söylememek
AsCK m. 96/1	Askerlikten soğutma	AsCK m. 86	Emre itaatsizlik
AsCK m. 116/2	Madununa sövüp sayma ve fena muamelede bulunma	AsCK m. 108	Maduna hizmetle münasebeti olmayan emirler vermek
AsCK m. 117/2	Maduna müessir fiilde bulunma	AsCK m. 130	Hizmete mahsus eşyayı tahrik, terk ve kaybetme
AsCK m. 136/1	Dikkatsizlik etme	AsCK m. 137	Tekasül dolayısıyla esliha ve harp malzemesinden bir şeyin hasara uğramasına sebebiyet verme
AsCK m. 150/2	Şeref ve haysiyete dokunan fiiller	AsCK m. 145	Madununa nezarete ihmal etme, madunun suçları hakkında takibatta bulunmama

Tablo 1 – Askeri Kabahatler

AsCK’da tanımı yapılan “disiplin tecavüzleri”, disipline aykırı eylemlerden ikinci grubu oluşturmaktadır. Nitekim “*askeri terbiyeyi, disiplini bozan ve hiçbir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekasüller*” disiplin cezası olarak tanımlanmıştır (AsCK m.162/1-A). Tanım incelendiğinde, disiplin tecavüzü için iki şartın arandığı anlaşılmaktadır. Öncelikle eylem; askeri terbiyeyi ve disiplini bozmalıdır. Askeri terbiye bir alt kültür olarak askeri toplumun değerlerini ifade etmektedir. Bu anlamda askeri topluma ait bir toplumsal değer ihlali söz konusudur. Askeri toplumun değerleri yıllar içerisinde üretilerek, yeniden üretilerek ve aktararak ilgili toplumun önemli bir ögesini oluşturur.⁶² Söz konusu değerlerin yazılı olmasına gerek yoktur. Eylemin askeri disiplini bozması da disiplin tecavüzü olabilmesi için yeterli görülmüştür. Askeri terbiye ile disiplin kavramları, konu bazında çakışsalar da birbirinden ayrı kavramlardır. Disiplin, 211 sayılı İç Hizmet Kanununda; “*Kanunlara, nizamla ve amirlere mutlak itaat; astın ve üstün hukukuna riayet*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu noktadan hareketle, pozitif hukukta yer alan düzenlemelere aykırı hareket ile pozitif hukukta yer almasa da ast ve üstün haklarını ihlal eden eylemler disipline aykırı eylemler olarak görülmektedir. Disiplin tecavüzünün ikinci ögesi ise söz konusu kasten

⁶² Toplumsal değer kavramı ile ilgili olarak bkz. Ufuk Özcan, “Sosyolojide Toplumsal Değer ve Norm Kavramlarına Yeniden Bir Bakış”, S. 23, 2022, Sosyolojca, ss. 19-31.

veya taksirle gerçekleştirilen icrai veya ihmali eylemin, herhangi bir ceza kanununda suç olarak düzenlenmemiş olmasıdır.

Söz konusu düzenlemeye iki açıdan katkı sunmak istemekteyiz. Öncelikle AsCK'da yer alan "herhangi bir ceza kanunu" ifadesini, 477 sayılı Kanundan önceki duruma göre okumak gereklidir. Nitekim ceza kanunu olmasa bile disiplin kanunlarında tanımlanan eylemlerin de daha sonra tanım kapsamından çıkarıldığını görmekteyiz. İkinci olarak ise söz konusu tanımın "disiplin hukukunda" da kısmen geçerli olan "*disipline aykırı eylemlerin kanuniliği*" ilkesi ile tenakuz içinde olduğu ifade edilmelidir.

Öğretide; "kılık kıyafet bozuklukları, mesaiye geç gelmek, basit saygısızlık, istirahatli iken garnizonu izinsiz terk etmek, temizlik ve düzen kurallarına uymama, emirleri hoşnutsuzlukla karşılama" gibi bazı fiillerin, disiplin tecavüzü kapsamında örnek olarak verildiği görülmektedir.⁶³ Kapatılan Askeri Yargıtay'ın 1958 tarihli İBK'nda; "*Disiplin tecavüzleri Askeri Ceza Kanunu'nda teker teker sayılmamıştır. Ancak bazı Askeri Yargıtay kararlarında disiplin tecavüzü örneklerine rastlamak mümkündür. İç Hizmet Yönetmeliğine aykırı saç uzatmak, kılık kıyafeti bozuk dolaşmak, mesaiye geç gelmek, birliğinden ayrılıp yirmi dört saat geçmeden yakalanmak, izinde iken izin belgesini merkez komutanlığına/askerlik şubesine kaydettirmemek, haklı olan şikâyetini muayyen olan usul ve yollara uymadan yapmak, aşırı borçlanmak, askeri kimliğini kaybetmek*" disiplin tecavüzleri arasında sayılmıştır.⁶⁴

1632 sayılı AsCK'da yer alan disipline aykırı eylemler genel olarak üç başlık altında toplanabilir. Bunlar; askeri kabahatler, disiplin kabahatleri ve disiplin tecavüzleridir. Askeri kabahatler, Kanun'un 18'nci maddesinde sınırlı sayıda ve doğrudan sayılan eylemler iken söz konusu eylemlerin hafif halleri disiplin kabahatlerini oluşturmaktadır. Disiplin tecavüzleri ise yukarıda ifade edildiği üzere askeri terbiye ve disiplini bozmakla birlikte herhangi bir kanunda cezalandırılmayan disiplinsizliklerdir.

1632 sayılı AsCK'nın 171'inci maddesine ek cetvelde, disiplin amirlerinin rütbe ve statülerine göre verilebilecek disiplin cezaları da düzenlenmiştir. Söz konusu disiplin cezalarında göz hapsi, oda hapsi ve katıksız hapis dışındaki disiplin cezaları, sadece disiplin tecavüzlerine özgü disiplin cezalarıdır. Bununla birlikte göz hapsi, oda hapsi ve katıksız hapis cezalarının, disiplin tecavüzlerinde de uygulanabilmesi mümkündür.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun İlk Halinde Düzenlenen Disiplin Cezaları			
Tevbih	Şiddetli Tevbih	Maaş Kat'ı	İzinsizlik
Sıra Harici Hizmet	Göz Hapsi	Oda Hapsi	Katıksız Hapis

Tablo 2 – Disiplin Cezaları

⁶³ Duran, s. 168; Koçyiğit, s. 118, 119; Kangal, s. 319; Demirağ, s. 40.

⁶⁴ Askeri Yargıtay İBK, 09:10.1959, 1958/4225, 1959/96.

2- Disipline Aykırı Eylemler ve Cezalar ile İlgili Kanun Değişiklikleri

1632 sayılı AsCK'da, 1930 yılından sonra birçok değişiklik yapılmış, bazı maddeler ilga edilmiş ve ilga edilen maddeler yeniden düzenlenmiştir. Kanunda yapılan değişikliklerin gerekçeleri ile birlikte çalışma kapsamında ele alınması, gelecekte yapılacak değişikliklere de ışık tutacaktır. TSK'dan tart ve ihraç cezalarının bir suçun cezasına bağlı fer'i ceza olarak uygulanmasından ve fer'i cezaların da her ne kadar TSK'dan çıkarma olmasına rağmen disiplin cezası niteliğinde olmamasından dolayı, tart ve ihraç cezalarına ilişkin değişiklikler çalışmamızda incelenmeyecektir.

1632 sayılı AsCK'da özellikle disipline aykırı eylemler bakımından uygulanacak disiplin yaptırımlarının infazını düzenleyen 23 vd. maddelerde yapılan değişiklikler göze çarpmaktadır. Bu kapsamda, ilk değişiklik disiplin cezaları ile dolaylı ilgisi bulunan 27.06.1932 tarih ve 2034 sayılı Kanun ile yapılmıştır.⁶⁵ Esasen Kanun, disiplin cezalarında hapis odalarından çıkanların eylemini cezalandıran 76'ncı maddede değişiklik yapmaktadır. Bununla birlikte AsCK'nın 76'ncı maddesinde değişiklik yapılmasının sebebi, subaylarla askeri memurlar açısından göz ve oda hapsi cezalarının infazını düzenleyen 24'üncü maddeden, 1632 sayılı Kanun'un tasarısında yer alan hapis odalarının kapısında nöbetçi bulundurulmasına ilişkin düzenlemenin TBMM tarafından çıkarılmış olmasıdır. Subay ve askeri memurlar bakımından hapis odasının kapısında nöbetçi bulundurulması, nöbetçilerin ilgili subay ve askeri memur ile aynı kıt'adan olacağından dolayı disipline aykırı bulunmuştur. Bundan dolayı 76'ncı madde tadil edilerek boşluk giderilmeye çalışılmıştır.

11.12.1935 tarih ve 2862 sayılı Kanun⁶⁶ ile AsCK'nın 17'nci maddesine yeni bir fıkra eklenmiştir. Fıkranın eklendiği 17'nci madde, askeri eşyanın zarara uğraması durumunda geri alma ve tazminatın ne şekilde yapılacağını düzenlemekteydi ve 765 sayılı TCK'na gönderme yapmaktaydı. 2862 sayılı Kanun ile askeri amirlere, disiplin cezaları ile birlikte değeri 25 lirayı aşmayan eşyalar bakımından geri alma ve tazminat kararı verilmesi de düzenlenmiştir. Yine madde de, söz konusu karara karşı itiraz yolu ve usulü de düzenlenmiştir.

13.01.1942 tarih ve 4257 sayılı Kanun ile uygulanan kısa hapis cezalarının (oda ve göz hapsi), subay, askeri memur ve astsubaylar bakımından hukuki sonuçlarının eşit bir şekilde düzenlenmesi sağlanmıştır. Nitekim subay ve askeri memurlar bakımından kısa hapis cezalarında maaş ve diğer özlük hakları tam olarak verilirken, gedikli küçük zabıtlar (astsubaylar) bakımından ise kısa hapis cezasının infazı süresince maaş verilmemekteydi. Bu durum ise orduda istihdam edilen statüler arasında eşitsizliğe neden olmaktaydı. Düzenleme ile söz konusu eşitsizliğin giderilmesi amaçlanmış ve her üç statü bakımından da

⁶⁵ 04.07.1932 tarih ve 2141 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁶ 11.12.1935 tarih ve 3185 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

uygulanabilecek nitelikte olan 23'üncü maddeye (e) bendi olarak "kısa hapis cezalarında maaş ve tahsisat tam olarak verilir" hükmü eklenmiştir.

AsCK'da en kapsamlı değişiklik yapan kanunlardan birisi de 4551 sayılı Kanun'dur. Nitekim söz konusu Kanun ile 02.07.1951 tarih ve 5802 sayılı Astsubay Kanunu ile astsubayların ast komuta kademelerinde eğitim, sevk ve idare ile görevlendirilen asker kişiler olmasının vurgulanması, özlük haklarının subaylar gibi 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nda düzenlenmesinden dolayı, astsubayları halen erat sınıfında değerlendiren AsCK'da değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler ile astsubaylara verilebilecek disiplin cezaları, subaylara benzer şekilde düzenlenmiş ve 171'inci maddeye ek cetvelde yapılan değişikliklerle disiplin cezası verebilecek statüler rütbelere esas alınarak düzenlenmiştir.

C. 447 SAYILI DİSİPLİN MAHKEMELERİ KURULUŞ VE YARGILAMA USULLERİ HAKKINDAKİ KANUN

477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun⁶⁷, askeri mahkemelerin yargılama yetkisinde bulunan ve disiplini yakından ilgilendiren bazı suçların muhakemesinin çok uzun sürmesinden dolayı bozulan disiplinin en kısa zamanda yeniden tesisinin mümkün olmamasından doğan askeri toplumsal ihtiyaç göz önünde bulundurularak hazırlanmıştır.⁶⁸

1961 Anayasa Tasarısının 138'inci maddesinde disiplin mahkemeleri yer almamaktaydı. Ancak Millî Birlik Komitesince 138'inci maddeye disiplin mahkemeleri de eklenmiştir. 477 sayılı Kanun ile söz konusu değişiklik sonucunda Anayasa'ya eklenen disiplin mahkemeleri yasal temellerine kavuşmuş olmaktadır.

Kanun'un 64'üncü maddesinde⁶⁹ 477 sayılı Kanunda düzenlenen ve disiplin suçu olarak adlandırılan eylemlerle, AsCK'da yer alan ve askeri

⁶⁷ 16.06.1964 tarihli Kanun 26.06.1964 tarih ve 11738 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁸ Nitekim bu durum Hükümet Gerekçesinde de ifade edilmiştir; "Askerliğin temeli olan ve Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda 'kanunlara, nizamla ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet' olarak tanımlanan disiplinin sağlanması ve korunması askeri yargının başlıca görev ve gayesidir. Bu görev halen Askeri Ceza ve Askeri Muhakeme Usulü kanunlarına istinaden adli amir ve askeri mahkemeler ile disiplin cezası vermek yetkisini haiz disiplin amirlerince sağlanmaktadır. Ancak askeri mahkemelerin yetkisine dahil bulunan ve disiplin çok yakından ilgilendiren bazı suçların soruşturma ve yargılamaları; bilhassa, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa müşabih olarak Askeri Muhakeme Usulü Kanununun kanuni ve zaruri muameleleri sebebiyle kısa zamanda bitirilememektedir." Hulusi Özbakan, Disiplin Mahkemeleri ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, Ankara, 1983, s. 13, 14.

⁶⁹ Uygulanmayacak kanun hükümleri

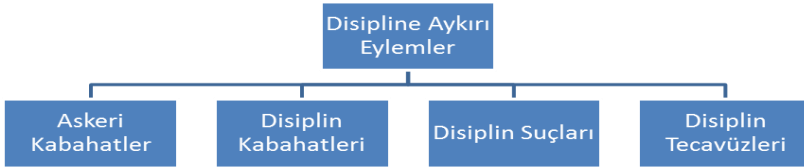
Madde 64 – Askeri Ceza Kanununun bu kanunun cezalandırdığı suçlara ait hükümleri ve diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri disiplin mahkemelerinin kurulup fiilen göreve başladıkları tarihte yürürlükten kalkar.

suç olarak adlandırılan eylemlerin çakışması durumunda hareket tarzı düzenlenmiştir. Nitekim bu durumda 477 sayılı Kanun hükümlerinin, AsCK ve diğer kanunları açıkça ilga ettiği ifade edilmiştir. Bu durumda AsCK'da yer alan ve çoğunlukla askeri kabahat niteliğindeki eylemlerin, 477 sayılı Kanunda düzenlenmiş hallerinin disiplin suçu kavramı altında toplandığı ve AsCK'nın ilgili hükümlerinin de ilga edilmiş olduğu ifade edilebilir. 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu'nun ilk halinde 47 ila 61'inci maddeler arasında 15 maddede disiplin suçları düzenlenmiştir. Daha sonra 19.06.2010 tarih ve 6000 sayılı Kanun'un 21'nci maddesi ile "yasak edilen cihaz ve aletleri bulundurma ve kullanma" disiplin suçu haline getirilerek toplam madde sayısı 16'ya yükseltilmiştir. 477 sayılı Kanun askeri suç – disiplin suçu ayrımını benimsemiş ve bir eylemin aynı anda hem askeri suç hem de disiplin suçu olarak tanımlanmasına müsaade etmemiştir.

Askeri kabahatlerin, 477 sayılı Kanunda düzenlenen hallerinin disiplin suçu haline getirilerek, askeri kabahat olarak varlığına son verildiği ifade edilebilir. Nihai bir değerlendirme yapıldığında AsCK'da düzenlenen AsCK m. 93/2, AsCK m. 117/2, AsCK m. 145/1 ve AsCK m. 150/1-C'de düzenlenen askeri kabahatler, 477 sayılı Kanun ile disiplin suçu olarak düzenlenmedikleri için varlıklarını devam ettirmişlerdir.⁷⁰

477 sayılı Kanunda Sonra Varlığını Devam Ettiren Askeri Kabahatler			
AsCK m. 117/2	Maduna müessir fiilde bulunma	AsCK m. 93/2	Muharrirlik
AsCK m. 145	Madununa nezarete ihmal etme, madunun suçları hakkında takibatta bulunmama	AsCK m. 150/2	Şeref ve haysiyete dokunan fiiller

477 sayılı Kanun sonrasında disipline aykırı eylemlerin aşağıdaki şekilde tasnifi mümkündür.



⁷⁰ Olgun Değirmenci, "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları", S. 29, 2015, Ceza Hukuku Dergisi, s. 17.

Ç- 6413 SAYILI TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ DİSİPLİN KANUNU

6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu, disiplin hukukuna yeni bir anlayışla yaklaşmıştır. Öncelikle disiplin hukuku alanında dağınıklığa son vermek için disiplin tecavüzü, disiplin kabahati ve disiplin suçu şeklindeki disipline aykırı eylem türlerine son verilmiş ve disipline aykırı eylemler “disiplinsizlik” başlığı altında toplanmıştır. Kanun’un yerleşik bir terim olarak “disiplin suçu” yerine “disiplinsizlik” terimini kullanması da anlamlıdır. Nitekim “disiplin suçları”nı düzenleyen 477 sayılı Kanun’un 1’inci maddesinde, 6413 sayılı Kanun’un 45’inci maddesi ile değişiklik yapılarak, “savaş zamanında” ibaresi eklenmiş ve 477 sayılı Kanun’un uygulanabilmesi savaş zamanı ile sınırlandırılmıştır. Bu durumda “savaş zamanında” disipline aykırı eylem kategorisinde olan “disiplin suçları” da uygulanacağı için kavram karmaşasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Her ne kadar 6413 sayılı Kanun ile disiplin kabahatleri/askeri kabahatlerin varlığına son verilmesi amaçlanmışsa da, AsCK’nın 145’inci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan “astının suçları hakkında kanuni takibat yapmama” eyleminin açık bir şekilde Kanun’da düzenlenmediğinden dolayı gözden kaçtığını düşünmekteyiz. Bu durumda her ne kadar uygulanması olanaklı değilse de AsCK’nın 145’inci maddesinde “kısa hapis” ifadesi yer aldığından, askeri kabahat/disiplin kabahatinin varlığı da devam etmektedir.

6413 sayılı Kanun ile disiplin cezalarında kanunilik ilkesine, daha önceki uygulamalar doğrultusunda uyulmuştur. Disipline aykırı eylemler bakımından ise bazı noktalarda “kanunilik ilkesine” aykırı düzenlemeler bulunmaktadır. Öncelikle disiplin alanının kendisine özgü yapısından dolayı, disiplinsizliklerin tanımında muğlak kelimeler tercih edilmiştir. Örneğin “saygısızlık” terimi, söz konusu muğlak kelimelere örnek olarak gösterilebilecektir. İkinci olarak Kanunda, disiplin amirlerine kıyasa varacak şekilde disiplinsizlik belirleme yetkisinin verildiği görülecektir. Kanundaki söz konusu güvenceler dikkate alınmadan 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu’nun 8’nci maddesinin 2’nci fıkrasının lafzi uygulaması disiplinsizliklerde kanunilik ilkesini zayıflatacaktır. Söz konusu maddeye göre *“Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezası”* verilebilecektir. Düzenlemenin amirin disiplinsizliği tespit etme yetkisine bazı sınırlamalar getirdiği görülmektedir. Amir öncelikle Kanunda belirlenmiş olan bir disiplinsizlik tespit edecek, söz konusu disiplinsizliğe disiplin cezası uygulanacak eylem nitelik ve ağırlık itibarıyla benzeyecek ve son olarak aynı neviden disiplin cezası verilebilecektir.

6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu’nun daha önceki düzenlemelerden farklı olarak suçlar ile disiplinsizlikler arasında net bir sınır çizmediği görülmektedir. Nitekim Kanun metnine dikkat edildiğinde, bir eylemin hem disiplinsizlik hem de suç olduğu görülebilecektir. Örneğin “meşru savunmaya ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla, askeri mahal içerisinde, fiilen birisine vurmak” şeklinde tanımlanan kavga etme eylemi, vurulan kişinin üst olması durumunda AsCK’nın 91’inci maddesinde düzenlenen “amire ve üste fiilen taarruz”, ast olması durumunda AsCK’nın 117’nci

maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen “asta müessir fiil” ve eşit rütbede olunması durumunda ise TCK'nın 86 veya 87'nci maddelerinde düzenlenen kasten yaralama suçunu oluşturacaktır. Böyle bir ihtimalde ne şekilde hareket edileceğini Kanun, “ne bis in idem” ilkesini göz ardı etmek suretiyle düzenlemiştir. Kanun'un 5'inci maddesinde disiplin soruşturmasının adli soruşturma veya kovuşturmadan bağımsız olduğu belirtilmiş ve her iki soruşturmanın aynı anda yürütülmesinin mümkün olduğu düzenlendiği gibi ayrıca hem disiplin alanından hem de adli alandan cezalandırmanın yapılması mümkün kılınmıştır.

6413 sayılı Kanun disiplin amirleri tarafından disiplin cezası verilirken kullanılan takdir hakkını da bazı esaslara bağlamıştır. Genel olarak TCK'nın 61'inci maddesinde yer alan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ile ilgili ilkeler disiplin alanına uygulanmıştır.

6413 sayılı Kanun'da disiplin cezaları tür bakımından belirlenmiştir. Kanun, söz konusu belirlemenin yanı sıra disiplin cezalarının ne şekilde infaz edileceğini de düzenleme altına almıştır. Bu cezalardan bazılarının askeri disiplin mevzuatında ilk kez düzenlenmesi dikkat çekicidir.



SONUÇ

Orduları sivil kurumlardan farklı kılan en önemli husus, “mutlak itaat” kavramıdır. Orduların iç işleyişi ve yapısı düşünüldüğünde, mutlak itaat disiplininin temeli olduğu görülmektedir.

Ordularda meydana gelebilecek itaatsizlik, sivil kurumlardakine benzemeyecek derecede telafisi mümkün olmayan ve vahim sonuçlar meydana getirebilir. İşte bu tehlike, ancak disiplinin temeli olan mutlak itaat kavramının tavizsiz uygulanmasıyla ve ihlal edildiğinde de ağır ve caydırıcı disiplin cezalarıyla engellenebilir.

Çalışma, “Osmanlı İmparatorluğu Askeri Kanunlarında Düzenlenen Disiplin Cezaları” ve “Cumhuriyetin İlanından Sonra Çıkarılan Kanunlarda Düzenlenen Disiplin Cezaları” olarak iki bölümde ele alınmıştır. Konusu ve içeriğinden de anlaşılacağı üzere, askeri disiplin cezaları Türk hukuk tarihi ile askeri ceza ve disiplin hukuku bütünlüğü içerisinde incelenmiştir.

Çalışmada; Osmanlı'dan günümüze kadar olan süreçte askeri disiplin cezalarında değişikliği gerektiren nedenler, olabildiğince gerekçeler üzerinden tespit edilmeye çalışılmıştır. Gerekçelerde düzenlenmeyen durumlarda ise değişikliği gerektiren nedenler; sosyal, siyasal ve askeri gelişmeler ışığında değerlendirilmiştir.

Çalışmanın iki önemli amacı bulunmaktadır. İlk amaç; askeri disiplin cezalarını tarihsel gelişim içerisinde akademik bir bakış açısıyla inceleyerek araştırmacıların değerlendirmesine sunmak, ikinci amaç ise müteakip süreçte yapılabilecek yasal düzenlemeler için katkı sağlamaktır.

KAYNAKÇA

- Abdurrahman Şeref Efendi, Osmanlı Devleti Tarihi-I, (Haz. Demir A., / Kafkas, M.), 1. Baskı, Kaynak Yayınları, İzmir, 1995.
- Aksu C, “Dar-ı Şura-yı Askeri (Kuruluşundan 1876 Yılına Kadar)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Ankara, 2004.
- Değirmenci O, / Karakurumer A., “Askeri Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Firar Suçlarının Osmanlı’dan Günümüze Tarihsel Gelişimi”, S. 64, 2020/1, Adalet Dergisi, ss. 297-330.
- Değirmenci O, / Tanrıverdi B., Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Değirmenci O, “Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları”, S. 29, 2015, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 7-37.
- Demirağ F, Gereğçeli ve Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Develioğlu F, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara, 1998.
- Duran, G Y, Askeri Disiplin Hukuku, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Erman S, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, 7. Baskı, Yeniden Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.
- Erman S, “Askeri Yargı”, Yıl: 22, S. 90, 1994, Askeri Adalet Dergisi, ss. 6-15.
- Ertosun O, “Askeri Yargıtay’ın Tarihçesi, Görev ve Yetkileri İle Sorunları”, S. 11, 1975, Danıştay Dergisi, Ankara, ss. 56-60.
- Es’ad Efendi, Üss-i Zafer, (Haz: Mehmet Arslan), Kitabevi, İstanbul, 2005.
- İnalçık H, Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-II, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2004.
- Goodwin G, Yeniçeriler, 5. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul, 2001.
- Göksel S C, “Osmanlı Askeri Düzeni ve Yeniçeriler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Bitirme Ödevi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- Göksu E, Türk Kültüründe Silah, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2008.
- İpeksümeroğlu N, “Askeri Kaza Sistemine Bir Bakış”, C. 8, S. 1-2, 1951, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 466-494.
- Karakurumer A, “Osmanlı İmparatorluğunda Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çankırı Karatekin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Çankırı, 2018.

Kardaş Ü, Hakim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

Katğı İ, “Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl (Hukuki Mahiyeti, Sebepleri, Usulü, İnfazı ve Sonuçları)”, C. 6, S. 24, Kış 2013, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, ss. 180-211.

Kayaltepe A, Türk Piyadesinin Tarihçesi (1299-1920), K.K.K. Yayınları, E.U. Basımevi, Ankara, 1955.

Köprü O, “Türkiye’de Askeri Yargı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 1988.

Köprü O, “Türkiye’de Askeri Yargının Doğuşu ve Gelişimi”, S. 89, 1994, Askeri Adalet Dergisi, ss.1-13.

Mumcu A, “Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl”, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963.

Mumcu A, Siyaseten Katl, 3. Baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2007.

Orgun İ, Askeri Temyiz Mahkemesi Tarihçesi, K.K.K. Yayınları, Ankara, 1956.

Özarpat H, Askeri Yargılama Usulü Hukuku, 2. Baskı, Harp Okulu Basımevi, Ankara, 1950.

Özbakan H, Disiplin Mahkemeleri ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, Ankara 1983.

Özcan U, “Sosyolojide Toplumsal Değer ve Norm Kavramlarına Yeniden Bir Bakış”, S. 23, 2022, Sosyologca, ss. 19-31.

Öztürk N, 14-15. Asır Osmanlı Kültür Tarihi: Devlet Düzeni Sosyal Hayat, Bilge Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Sakin O, Yeniçeri Ocağı Tarihi ve Yasaları, Doğu Kütüphanesi, İstanbul, 2011.

Saydam A, Osmanlı Medeniyeti Tarihi, 1. Baskı, Kitabevi, İstanbul, 2014.

Seviğ V R, Askeri Adalet, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1955.

Şirin V, Asakir-i Mansure Ordusu ve Seraskerlik, Tarih ve Tabiat Vakfı Yayınları, İstanbul, 2002.

Taşkın R, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, Harp Okulu Basımevi, Ankara, 1943.

Toroser T., Kavanin-i Yeniçeriyan (Yeniçeri Kanunları), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011.

Tunaya T.Z, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1969.

Ulukanlıgil M, “Tanzimat’tan Günümüze Askeri Yargı ve Askeri Temyiz Mahkemesinin Gelişimi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncüyıl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Van, 2003.

Uzunçarşılı İ H, Osmanlı Devleti Teşkilatından Kapukulu Ocakları-I, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

Uzunçarşılı İ.H, Osmanlı Devleti Teşkilatından Kapukulu Ocakları-II, Türk Tarihi Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

Yolyapan A, “Osmanlı Devletinde Askeri Yargının Gelişimi”, C. 3, S. 9, 1999, Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Dergisi, ss. 145-168.

TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NDAKİ GELİŞİMİYLE ALT KİRA

The Sublease with its Development in Turkish Law of Obligations

Doç. Dr. Gökçe CANARSLAN*

Öz: Türk Borçlar Hukuku'nda kira sözleşmeleri, 22.04.1926'da kabul edilen 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan (eBK) günümüze oldukça büyük değişiklikler geçirmiştir. Bu kanunda yer alan adı kira ve ürün kirası ayrımlarının yanında, yeni bir kategori olarak 18.05.1955'de kabul edilen 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) ile II. Dünya Savaşı sonrası ekonomik ve sosyal durumlar dikkate alınarak, kiraya veren ve kiracı arasında özellikle barınma ve işyeri ihtiyacına yönelik sorunlar düzenlenmeye çalışılmıştır. Yürürlükteki 11.01.2011'de kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) ise kira sözleşmeleri, genel hükümler, konut ve çatılı işyerleri ile ürün kirası ayrımlarında incelenmektedir.

Alt kira olarak adlandırılan ve kiracının, çeşitli sebeplerle kiralanana tamamen veya kısmen bir başka kişiye kiralamasının mümkün olup olmayacağı, mümkünse şartlarına ve sonuçlarına yönelik düzenlemeler, bu kanunların tamamında yer almaktadır. Türk Borçlar Hukuku'nda alt kira sözleşmesi yapmak için kural olarak kiraya verenin rızasının aranmamasıyla birlikte özellikle konut ve işyerlerinde kiracının mutlaka kiraya verenden yazılı şekilde rıza alması beklenmektedir. Bu çalışmada, alt kiraya ilişkin hükümlerin zaman içinde Türk Borçlar Hukuku'ndaki gösterdiği değişiklikler incelenerek, genel ve konuyla ilgili özel kanunlar karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Kira sözleşmesi, Alt kira, Kiracı, Kiraya veren

Abstract: In the Turkish Code of Obligations, lease contracts have undergone significant changes since the Code of Obligations numbered 818 adopted on 22.04.1926. In addition to the ordinary rent and product rent distinctions in this law, the Law No. 6570 on Real Estate Leases, which was adopted on 18.05.1955 as a new category, tried to regulate the problems between the lessor and the lessee, especially for the need for housing and workplace, taking into account the economic and social conditions after World War II. In the current Turkish Code of Obligations numbered 6098, which was adopted on 11.01.2011, lease contracts are analysed under general provisions, housing and roofed workplaces and product leases.

Regulations on whether it is possible for the lessee to lease the leased property to another person in whole or in part for various reasons, and if possible, the conditions and consequences, which are called sublease, are included in all of these laws. Although the consent of the lessor is not required as a rule in order to conclude a sublease contract under the Turkish Code of Obligations, the lessee is expected to obtain the written consent of the lessor, especially in residential and commercial premises. In this study, the changes in the Turkish Code of Obligations over time regarding the provisions on sublease contracts will be analysed and the general and special laws on the subject will be evaluated comparatively.

Keywords: Lease contract, Sublease, Lessee, Lessor

* Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, gcanarslan@nku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7334-1872.

Makale Geliş Tarihi: 28.07.2023, Makale Kabul Tarihi: 26.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391375

GİRİŞ

Kira sözleşmesiyle kiraya veren, kararlaştırılan bedel karşılığında kiracıya, bir eşyanın kullanma veya kullanımıyla birlikte ondan yararlanma hakkını bırakmaktadır. Bu hukuki ilişkide taraflar kiraya veren ve kiracı sıfatlarına sahip olmaktadır. Ancak kiracının, bu sözleşmenin dışındaki üçüncü kişiyle kullanma ve yararlanma hakkını elinde bulundurduğu kiralananın konu edildiği bir başka kira sözleşmesi yapması mümkündür. Bu durumda kiralananın alt kiraya verilmesi hem asıl kiraya vereni hem aynı zamanda bir başka kira sözleşmesinin kiraya vereni olan asıl kiracıyı, hem de bir yandan ikisinin arasındaki bu kira sözleşmesinin tarafı olmayan, diğer yandan kiralananla ilgili bazı konularda zorunlu olarak bu ilişkide kendisinden taleplerde bulunulan alt kiracıyı etkilemektedir.

Türk Borçlar Hukuku'nda alt kiraya yönelik hükümler düzenlenirken, dikkate alınması gereken pek çok husus bulunmaktadır. Söz gelimi çok sayıda araçtan oluşan bir filo kiralandıktan sonra bunların tek tek ayrı kişilere alt kiraya verilmesi, çoğu zaman asıl kiraya vereni etkilemediği için haberdar olması şartı aranmamakla birlikte, buna karşılık kiralanan işyerinin, kiraya verenle rakip olan işletmeye alt kiraya verilmesi halinde asıl kiraya verenin bundan etkilenmesi ihtimali yüzünden, alt kiraya rıza göstermesi beklenmektedir. Bu durum, kullanım hakkı devredilen eşyanın sözleşmeye uygun kullanım yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmese de kiraya verenin doğrudan veya dolaylı olarak zarar görmesine yol açabilecektir. Böylece kiraya vereni, sadece -zorunluluk olmamakla birlikte çoğu zaman- maliki olduğu eşyasını başkasına kullandırdığı için zarar görmesini engellemek gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu bir taraftan kiraya verenin, alt kira sözleşmesinde hiçbir söz hakkı olmayan tüm kiracıları kabul etme zorunluluğunda bırakılması ile diğer taraftan zarar görmesinin engellenmesi arasında, bir denge kurmaya çalışmaktadır. Bu dengenin kanunda, kiraya verenin bazı kira sözleşmelerinde rızasının aranması, kiralanda kiraya verene zarar getirecek bir değişikliğe yol açılmaması ve kira sözleşmelerinde açıkça kararlaştırılmasına imkan tanınması gibi düzenlemelerle kurulduğu ve kuralın alt kira serbestisi olmasına rağmen kiralananın niteliğine göre alt kiranın şartlarının belirlendiği görülmektedir.

I-ALT KİRANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A-ALT KİRA KAVRAMI

Kiraya verenin, kira bedeli karşılığında bir şeyin kullanımını kiracıya devretmeyi taahhüt ettiği iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan kira sözleşmesinde kiracı, çeşitli sebeplerle kiraladığı şeyi kendisi kullanmak yerine başkasının kullanımını tercih edebilir. Kira sözleşmesi yapıldığında kural olarak kiracı, kiralananı bizzat kullanmak zorunda

değildir.¹ Özellikle barınma amaçlı kiralanın konutun, kira sözleşmesinin tarafı olan kiracının yanında aile bireylerinin, akrabalarının, yakın arkadaşlarının da kullanmaları mümkündür.² Ancak bu kural, kiracı tarafından kiralandığı eşyanın bir bedel karşılığında, başka kişiye kullanımının bırakılması halinde geçerliliğini yitirecektir. Kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşmeyle kiralananın, tamamen veya kısmen tekrar kiralanmasına, alt kira sözleşmesi adı verilmektedir.³ Üçüncü kişinin de aynı yolu izleyerek bir başkasıyla, alt kira sözleşmesi yapması mümkündür.⁴ Alt kira sözleşmesi, asıl kira sözleşmesinin kiracısı ile asıl kira sözleşmesinin dışındaki üçüncü kişiyle kurulur. Bu hukuki ilişkide ilk kurulan asıl kira sözleşmesinin kiraya vereni asıl kiraya veren, ilk kurulan asıl kira sözleşmesinin kiracısı asıl kiracı -veya alt kira sözleşmesinin kiraya vereni olduğu için alt kiraya veren- ve alt kira sözleşmesinin kiracısı da alt kiracı şeklinde adlandırılmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, alt kira sözleşmesinde iki veya daha fazla

¹ Christoph Müller, *Contrats de droit suisse- Présentation systématique des contrats les plus importants en pratique*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2021, s.163.

² İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 136 III 186, T: 06.04.2010 kararında, kiralanın eşyanın, kira sözleşmesine ve kanuna uygun şekilde kullanılmasının gerekli olduğunun altını çizmekle birlikte, kiracının kardeşinin ve yakın aile bireylerinin kiralanın konutta kalmalarının, kira sözleşmesine aykırılık teşkil etmeyeceğini ve konutun normal kullanımının bu kişilerin de konutta barınmalarına imkan tanıyacağını belirterek, kiracının aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece, kira bedeli karşılığında kendisine devredilen konutu bizzat kullanmak zorunda olmadığını ortaya koymaktadır. (www.swisslex.ch)

³ Seda Öktem Çevik, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu*, Rona Serozan/ Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ Murat Develioğlu (ed.), md.322, N.2, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018; Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 269; Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s.329; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.366; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, Cilt I, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014, s.494; Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.505; Ayşe Bengü Sevinç, "Alt Kira ve Kiranın Devri", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s.8; Merve Arslan, "Kira Sözleşmesinde Alt Kira", C.1, S.1, 2023, *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s.120; Müller, s.264; Pierre Engel, *Contrats de droit Suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple*, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2. Bası, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000, s.175; Peter Higi/ Wildisen Christoph, *Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253- 273c OR), Art. 253- 265 OR*, ZK-Zürcher Kommentar, Jörg Schmid (ed.), md. 262, N.9, s.665, *Schulthess Juristische Medien AG*, Zürich, 2019; Richard Permann, *OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/ Marc Amstutz/ Roland Fankhauser (ed.), Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2023, md.262, N.1, s.819.

⁴ Higi/ Wildisen, md. 262, N.7, s.664.

kira sözleşmesinin üst üste getirilmesiyle "bir sözleşme zinciri" oluşturulmaktadır.⁵

Alt kira sözleşmesi de aslında bir kira sözleşmesidir. Ancak bu sözleşmeyle asıl kira sözleşmesinin kiracısı olan kişi, alt kira sözleşmesinin kiraya vereni haline gelmektedir. Asıl kiraya verene, alt kiracı arasında bir kira sözleşmesi kurulduğundan bahsedilemeyecektir. Başka deyişle asıl kira sözleşmesi, alt kira sözleşmesinden tamamen bağımsız, ayrı sözleşmesel ilişkidir.⁶ Bununla birlikte her ne kadar bağımsız olsalar da alt kira sözleşmesi, bazı konularda zorunlu olarak asıl kira sözleşmesine bağlılık göstermektedir.⁷ Böylece asıl kira sözleşmesinin kiraya vereni, asıl kira sözleşmesinin kiracısı -aynı zamanda alt kira sözleşmesinin kiraya vereni- ve alt kiracı arasında farklı hukuki ilişkiler doğmaktadır. "Sözleşmenin nisbiliği ilkesi" gereğince asıl sözleşmenin kiraya vereni ile alt kiracı arasında kural olarak bir hukuki işlem meydana gelmemektedir.⁸ Ancak TBK md.322/III'de yer alan alt kiracının kiralananı asıl kiracıya tanınandan farklı biçimde kullanması halinde asıl kiracının kiraya verene karşı sorumlu olması sebebiyle asıl kiraya verenin, asıl kiracıya karşı sahip olduğu hakları, alt kiracıya karşı da kullanabileceği hükmünde olduğu gibi bazı durumlarda kanun, sorumluluğa ilişkin farklı düzenlemeler getirmektedir.

Alt kira sözleşmesi, kiralananın tamamında veya bir kısmında yapılabilir. Kiralanan evdeki odalardan birinin veya işyerinin bir kısmının alt kiraya konu edilmesi mümkün olabileceği gibi kiracının bir süre yurt dışında yaşaması sebebiyle bu süre boyunca kiralananın tamamını alt kiraya vermesi de mümkündür.⁹ Kiralanan taşınmazın bir bölümü üzerinde ATM cihazı koymak için bankayla alt kira sözleşmesi yapılması da kısmen kullanım kapsamında değerlendirilebilir.¹⁰

Eşyanın kullanılmasının devri borcu doğuran sözleşmeler arasında yer alan kira sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri de ivazlılıktır. Bu sebeple kiracı, kendisine kullanılması veya kullanmakla birlikte yararlanılmasının devredildiği kiralananın karşılığında, kira bedeli ödemelidir. Asıl kira sözleşmesi gibi alt kira sözleşmesinde de kira bedelinin belirlenmesi veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Asıl kiracı tarafından kullanılan başka kişiye devredilmesine rağmen kira bedeli kararlaştırılmamışsa, yapılan bu sözleşmeye alt kira sözleşmesi hükümleri -en azından doğrudan- uygulanamayacaktır.¹¹

⁵ David Lachat, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Luc Thévenoz/ Franz Werro (ed.), md. 262, N.1, s.1370, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2012.

⁶ Öktem Çevik, (md.322), N.5, s.1808.

⁷ İpek Yücer, "Alt Kira", C.57, S.3, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.797.

⁸ İnceoğlu, s.494.

⁹ David Lachat, "La Sous-Location", C. 114, 1992, La Semaine judiciaire, Société genevoise de droit et de législation, s.470.

¹⁰ Yargıtay HGK, E: 2011/70, K: 2011/227, T: 27.04.2011 (lexpera.com)

¹¹ Higi/ Wildisen, md.262, N.12, s.666.

B-ALT KİRANIN TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NDA GEÇİRDİĞİ AŞAMALAR

1-818 Sayılı Borçlar Kanunu Döneminde Alt Kira

22.04.1926 tarihinde kabul edilerek, 29.04.1926 tarihli, 359 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (eBK) kira sözleşmesine ilişkin hükümler, md.248-269 arasında adi kira (adi icar), md.270-298 arasında ürün kirası (hasılat icarı) olmak üzere iki bölümde düzenlenmiştir.

818 sayılı eBK md.259/I'de kiracının kiralananı zarar verecek bir değişikliği gerektirmeme şartıyla kiralananı tamamen ya da kısmen başkasına kiraya verebileceği veya kirayı üçüncü kişiye devredebileceği ifade edilmektedir. Hükümde iki ayrı durumdan söz edilmekte olup bunlardan ilki alt kira iken ikincisi de kira sözleşmesinden doğan kullanma hakkının üçüncü kişiye devredilmesidir. Hükümün ikinci fıkrasında, ikinci kiracının ilk kiracıya müsaade edilenden başka şekilde kullanması halinde ilk kiracının bu durumdan kiraya verene karşı sorumlu olacağı belirtilmektedir (eBK md.259/II).¹² Her iki durumda da kural olarak sözleşmede aksi belirtilmediği veya eşyanın başkasına kiralananının kiraya verene zararlı bir değişikliğe sebep olmadığı sürece, kiraya verenin rızasına gerek bulunmamaktadır.¹³ Söz gelimi, bakkal dükkanının sinemaya çevrilmesinde, binek atının ona kötü muamelede bulunacak kimseye devredilmesi, evin kötü şöhretli kişilere bırakılması gibi durumlar kiraya verene zarar getirebileceği için kendisinin rızasının bulunması beklenmektedir.¹⁴ Ancak bu istisnaların dışında kalan durumlarda alt kiraya vermek serbest olup kural, kiraya verenin rızasına bağlı olmamaktır.

Adi kiranın aksine ürün kirasında, eBK md.284/I'e göre kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı başkasına alt kiraya veremeyecektir. Bunun sebebi ürün kirasında ürün getirecek kiralananı kimin işleteceğinin, bu kişinin kişiliğinin, işletmeye ilişkin becerisinin önemli olmasında ve kiraya verenin bilgisi dışında üçüncü kişinin kiralananı düzgün işletmemesi halinde, zarar görme ihtimalinin ortaya çıkmasında yatmaktadır.

Sonuç olarak eBK'da adi kirada kiracının, kiralananı zarar verici bir değişikliğin meydana gelmemesi şartının haricinde, kiralananı başka kişiye tekrar kiralaması için kiraya verenin rızasının aramasına kural olarak gerek bulunmamakta iken, ürün kirasında bunun tam tersine kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananın, alt kira sözleşmesiyle başka kişiye kiraya verilemeyeceği söylenebilir.¹⁵

¹² Yargıtay 13. HD, E: 1988/6606, K: 1989/2095, T: 28.03.1989 (lexpera.com)

¹³ Tandoğan, s.155.

¹⁴ Tandoğan, s.155.

¹⁵ Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971, s.167.

818 sayılı Borçlar Kanunu, 11.01.2011 tarihinde kabul edilerek 04.02.2011 tarihli, 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2-6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Kapsamında Alt Kira

18.05.1955 tarihinde kabul edilerek 27.05.1955 tarihli, 9013 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) kapsamına giren yerlerde, eBK yerine bu özel kanun uygulanacaktır. GKHK’nın yürürlüğe girmesiyle alt kiraya ilişkin eBK hükümlerinin uygulama alanları oldukça sınırlanmıştır.

GKHK md.12/I’de kiracının, sözleşmede açıkça belirtilmediği takdirde kiralananı kısmen veya tamamen başka kişiye kiralayamayacağı düzenlenmiştir. Kiralananın konut olup olmaması önem taşımamakta ancak kanunun uygulanabilmesi için ilgili taşınmazın GKHK kapsamında olması gerekmektedir. Başka deyişle eBK md.259’da adi kira sözleşmesinde kiraya verenin rızasına ihtiyaç olmaksızın kiracının alt kira sözleşmesi yapabilmesi imkanı, GKHK md.12/I hükmüyle tıpkı ürün kirasında olduğu gibi ortadan kaldırılarak, kiraya verenin açık rızasına tabi tutulmuştur. Öte yandan GKHK md.12/II’de kira sözleşmesinin konusunu oluşturan eşyanın esas kullanım amacının, başkasına kiralınmasını gerektirdiği otel, pansiyon, öğrenci yurdu gibi taşınmazların bu kuralın dışında kaldığı ve kiraya verenin izninin aranmasının zorunlu olmadığı belirtilmektedir.

Özel kanun GKHK ile genel kanun eBK arasındaki alt kira sözleşmesinde temel farkın, kiraya verenin rızası olduğu göz önüne alınarak, eBK’da kuralın alt kira serbestisi iken, GKHK kapsamındaki taşınmazlarda kiraya verenin rızasının aranması sebebiyle GKHK’nın uygulama alanının kesin olarak belirlenmesi gerekmektedir. GKHK md.1’de belediye teşkilatının bulunduğu yerlerde ve iskele, liman ve istasyonlardaki taşınmazların (çatılı olmayanlar haricindeki) konusunu oluşturduğu kira sözleşmelerinde, bu kanun uygulanacaktır. Yargıtay önüne gelen bir davada, taşınmazın sözlü kira sözleşmesiyle kiralınmasının ardından kiracının, kiraya verenin rızasını almaksızın başka kişiyle alt kira sözleşmesi yapması halinde kira sözleşmesinin eBK’ya tabi olduğu ve alt kira için rıza gereksinimi olmadığı iddiasına karşılık, kiraya verenin ileri sürdüğü taşınmazın GKHK kapsamında olması sebebiyle rızasının gerektiğine karar vermiştir.¹⁶

Bunun yanında kiralananın alt kiracı tarafından, asıl kiralama amacının dışında başka amaçla kullanımı da kira sözleşmesine aykırılık teşkil etmektedir. Söz gelimi çay bahçesi olarak kiralanan taşınmazın bir bölümünün, kiracı tarafından alt kira sözleşmesiyle çiçek satımı için devredilmesi, asıl kira sözleşmesine aykırı olacaktır.¹⁷

¹⁶ Yargıtay 13. HD, E: 1996/10155, K: 1996/10784, T: 03.12.1996 (lexpera.com)

¹⁷ Yargıtay 6. HD, E: 2004/4859, K: 2004/4977, T: 17.6.2004 (lexpera.com)

Yargıtay bu dönemde verdiği kararlarda, sözleşmede aksine düzenleme olmadığı takdirde kiracının, eve konuk olarak veya kendisine bakması için başka kişiyi almasını, kızı ve damadıyla ya da babaanne ve kardeşiyle yaşamasını GKHK md.12'ye aykırı saymamakta ancak kayınvalide ve baldızla birlikte oturmayı ya da kiracının kiralananı ortağına veya ortağı olduğu ortaklığa devrederek, kiralananın ayrılmasını kanuna aykırı bulmaktadır.¹⁸ Bununla birlikte Yargıtay kararlarında bekarken ebeveynleriyle yaşayan kira sözleşmesinin tarafı kiracının, evlendikten sonra evden ayrılması halinde sözleşmenin devam edeceği belirtilmektedir.¹⁹ Ancak kiralananın konuk edilecek kişiler ele alınırken, GKHK md.12/II'de yer alan otel, pansiyon, öğrenci yurdu gibi taşınmazlara ilişkin istisnai hüküm de göz ardı edilmemelidir.

GKHK'da taşınmaz kirasından söz edilmekte ancak eBK'nın aksine, adi kira-ürün kirası ayrımı yapılmamaktadır. Yargıtay, ürün kirasına konu olan tiyatro, plaj, değirmen işletme gibi taşınmaz kiralalarını GKHK'nın uygulama alanı dışında tutarak, bunlara eBK'nın uygulanacağını ortaya koymaktadır.²⁰

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

3-6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Alt Kira

6098 sayılı TBK'da kira sözleşmesi, genel hükümler, konut ve çatılı işyerleri kirası ve ürün kirası başlıklarında düzenlenmiştir. TBK'nın yürürlüğe girmesiyle, eBK ile 6570 sayılı GKHK kaldırılmış ve alt kira, genel hükümlerde TBK md.322'de, ürün kirasında ise TBK md.366'da düzenlenmiştir. Bu noktada TBK'daki hükümlerin, eBK md.259, eBK md.284 ve GKHK md.12'nin bir araya gelmesiyle oluştuğu söylenebilir.

TBK md.322/I'de "*Kiracı, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kullanım hakkını da başkasına devredebilir.*" hükmü ile alt kira TBK md.322'de genel hükümler arasında yer almaktadır. Buna karşılık "*Kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez.*" hükmü, konut ve çatılı işyerlerindeki alt kirayı düzenlemesine rağmen, kanundaki kendi ayrımında değil TBK md.322/II'de genel hükümler arasında yer almaktadır. Oysa ürün kirasında alt kira, üçüncü ayırmada ürün kirasına ilişkin hükümler

¹⁸ Yavuz/ Acar/ Özen, s.270. Bununla birlikte GKHK md.13'e göre bazı şartlarla kiracının ortak olması, sanat, meslek ve ihtisasları sebebiyle ölen kiracının aynı meslek ya da sanatı devam ettirecek mirasçılarının kiralananında kalabilmesi mümkündür.

¹⁹ Yargıtay 1.HD, E: 1989/9085, K: 1989/10692, T: 29.09.1989 (lexpera.com)

²⁰ Tandoğan, s.21; Yargıtay 6.HD, E: 3716, K: 3021, T: 10.09.1973 kararı Tandoğan, s.9 dipnot 31a; Yargıtay 6.HD, E: 1983/7036, K: 1983/8280, T: 13.09.1983 (lexpera.com)

arasında TBK md.366/I'de “*Kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı başkasına kiraya veremeyeceği gibi, kullanım ve işletme hakkını da başkasına devredemez*” ifadesiyle düzenlenmiştir.

Aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, konut ve çatılı işyerleri ile ürün kiralaları dışındaki adi kiralarda²¹ kiracı, kural olarak kiraya verene zarar getirmemek şartıyla kiraya verenin açıkça rızası olmasa dahi kiralananı alt kiraya verebilecektir. 6570 sayılı GKHK kapsamına giren yerler ise TBK'da, konut ve çatılı işyerleri kirası olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamdaki yerlerde GKHK md.12/I'de var olan kiracının kural olarak alt kiraya verme yasağı, TBK'da da konut ve çatılı işyerleri kirasında devam ettirilmiştir. TBK md.322/II'de sözleşmeyle aksinin kararlaştırılarak kiraya verenin rızasının bulunması halinde konut ve çatılı işyerlerinin alt kiraya verilmesi imkanı GKHK'ya benzer şekilde tanınmıştır. Ancak iki hüküm arasındaki fark, rızanın şeklinde görülmektedir. GKHK md.12/I'de yer alan “*Kiracı, mukavelede hilafına sarahat olmadıkça..*” ifadesiyle verilecek rızanın şekle bağlı olmadığı belirtilmektedir. Zira kira sözleşmesinin yazılı yapılması zorunlu olmadığı için sözlü kira sözleşmesiyle de rızanın verilmesi mümkündür. Oysa TBK md.322/II'de “*kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça..*” ifadesiyle kiraya verenin rızasının mutlaka yazılı olması gerekliliği ortaya koyulmaktadır.

C-ALT KİRANIN BENZER HUKUKİ İŞLEMLERLE İLİŞKİSİ

I-Kiralananın Kullanım Hakkının Devri

818 sayılı eBK md.259/I'de kiracının zarar verilmemesi şartıyla kiralananın tamamen veya kısmen başkasına kiralananmasının veya üçüncü kişiye “*ferag*” edilmesinin mümkün olduğu belirtilmekteydi. TBK md.322/I'de de kiraya verene zarar getirecek bir değişiklik olmadığı sürece kiralananın tamamen veya kısmen başkasına kiralanabileceği ya da “*kullanım hakkının devredilebileceği*” hükmü yer almaktadır. Böylece alt kira sözleşmesi ve kiralananın kullanım hakkının devrinin, hem eBK'da hem TBK'da aynı madde içinde düzenlendiği görülmektedir. Gerek asıl kiraya verenin hem alt kiracıyı hem de kirayı devralanı, kiralananın sözleşmeye aykırı kullanımı sebebiyle ilk kiracıyı sorumlu tutabilmesi; gerek asıl kiraya verenin, kiralananın sözleşmeye uygun kullanılmasını hem alt kiracıda hem de kirayı devralandan talep edebilmesi; gerekse asıl kiraya verenin ne alt kiracıdan ne de kirayı devralandan kira bedelini kendisine ödemesini talep edebilmesi yönlerinden alt kira ve kullanım hakkının devri arasında fark bulunmamaktadır.²²

²¹ Doktrinde konut ve çatılı işyerleri ile ürün kiralalarının dışında kalan kira sözleşmelerinin, genel kira, olağan kira, adi kira şeklinde adlandırıldığı görülmektedir. Çalışmada, bu kapsamdaki sözleşmeleri nitelendirmek üzere, eBK döneminden gelen bir alışkanlıkla olsa gerek, adi kira terimi kullanılacaktır.

²² Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1985, s.158.

Bununla birlikte birbirine benzeyen iki kavram arasında oldukça önemli farklar göze çarpmaktadır. Şöyle ki alt kira sözleşmesi kiracının, kiralananın kullanımını alt kira sözleşmesi karşılığında alt kiracıya devretmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir.²³ Ancak kullanım hakkının devri, kiracının kira sözleşmesinden doğan kullanma hakkını üçüncü kişiye devretmesidir.²⁴ Bunun sonucunda kullanım hakkının devri, aynı zamanda alacak hakkının (kiralananı kullanma hakkının) devri anlamına gelmektedir ve bunun sonucunda alt kira sözleşmesi TBK'nın kira hukukuna ilişkin hükümlerine tabi iken, kullanım hakkının devri, TBK md.183 vd.'da düzenlenen alacağın devri hükümlerine tabi olacaktır.²⁵ Söz gelimi TBK md.184'ya göre alacağın devrinin geçerli olabilmesi için, yazılı şekilde yapılması gerekmektedirken alt kira sözleşmesinde, kural olarak kiraya verenin iznine dahi gerek bulunmamaktadır.²⁶

Alt kira sözleşmesi yapıldığında asıl kira sözleşmesinin kiracısı, alt kiraya veren sıfatını alırken, sözleşmenin karşı tarafı, alt kiracı sıfatını kazanmakta ve birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme karşımıza çıkmaktadır. Oysa kullanım hakkının devrinde, devralan, kiracı sıfatını kazanmamaktadır. Bunun sonucunda alt kira sözleşmesindeki kiraya veren, alt kiracı ile anlaşarak, asıl kiraya verene zarar vermeyecek nitelikte alt kira sözleşmesine asıl kira sözleşmesinden farklı hükümler koyabilecektir, çünkü iki sözleşme birbirinden farklıdır.

Alt kirada asıl kiracı, alt kiracıya karşı hapis hakkını haizdir çünkü ondan kira bedeli almaktadır, aynı şekilde kiraya veren de alt kiracının eşyası üzerinde alt kiracının ilk kiracıya karşı olan borcuyla sınırlı olmak kaydıyla hapis hakkını kullanabilir ancak hak devredilmişse, hapis hakkından bahsedilemez.²⁷ Başka deyişle alt kirada iki ayrı sözleşme ilişkisi olmasının sonucu, alt kirada asıl kiracının, alt kiracıya karşı hapis hakkının bulunmasına zira ona karşı kira parası alacağına sahip olmasına rağmen kullanım hakkının devrinde, devreden devralana karşı kira alacağı olmadığı için hapis hakkına da sahip olmamasında görülür.²⁸ Ayrıca kullanım hakkını devralan, kiraya verenden, ayıba ve zapta karşı

²³ Müller, N.1152, s.263; Lachat, (md.262), N.1, s.1370; Eren, s.362; Yavuz/ Acar/ Özen, s.269; Zevkliler/ Gökyayla, s.329.

²⁴ Öktem Çevik, (md.322), N.14, s.1812; Zevkliler/ Gökyayla, s.331; Tandoğan, s.155.

²⁵ Eren, s.366; İnceoğlu, s.497; Yavuz/ Acar/ Özen, s.271.

²⁶ eBK md.259'da ve adi kiralarda TBK md.322/I'de alt kira sözleşmesiyle kullanım hakkının devri için kiraya verenin rızası aranmamaktadır. Ancak 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun md.12/I'de konut ve çatılı işyerleri için alt kira da kullanım hakkının devri de kiraya verenin yazılı rızasına bağlı tutulmuştur. Bununla birlikte TBK md.322/II'de konut ve çatılı işyerlerinde hem alt kirada hem de kullanım hakkının devrinde yazılı rıza aranmakta, rızanın asıl kira sözleşmesinin kurulmasından önce veya sonra verilmesi mümkün olup bunların haricindeki kiralananlarda kural, her ikisinde de rıza aranmaması yönündedir. Fakat bu serbestinin sınırı, alt kiranın veya devrin, kiraya verene zarar vermemesidir. Öktem Çevik, (md.322), N.16, s.1813.

²⁷ Tandoğan, s.157.

²⁸ Zevkliler/ Gökyayla, s.334.

tekeffül sorumluluğunun bulunması sebebiyle kiralananın sözleşmeye uygun halde bulundurulmasını ve kiralananın kendisine uygun şekilde teslimini doğrudan talep edebilir.²⁹ Fakat alt kirada alt kiracı, sadece kendi kiraya vereni (asıl kiracıya) karşı bu talebi ileri sürebilecektir.

2-Kira Sözleşmesinin Devri

Sözleşmenin devri TBK md.205'de sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalan kişiler arasında yapılan ve devreden sözleşmeden doğan taraf sıfatıyla birlikte tüm hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma şeklinde düzenlenmiştir. TBK md.323'de kiracının, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça kira ilişkisinin başkasına devredemeyeceği, rızanın verilmesinin ardından kira ilişkisi kendisine devredilen kişinin, kiracının yerine geçeceği ve devreden kiracının da kiraya verene karşı borçlarından kurtulacağı belirtilmektedir.³⁰ Başka deyişle kira sözleşmesinin devri, sözleşmenin devrinin özel bir görünümü olarak yapılmasıyla, kira sözleşmesinin tarafı değişmekte ve devreden kiracının sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı, tüm hak ve borçlarıyla sözleşmeyi devralan kiracıya geçmektedir.³¹

Benzerliklerine rağmen kira sözleşmesinin devri kira ilişkisine, alt kira ve kullanım hakkının devrinden daha geniş kapsamlı etki ederek değişiklik yaratmaktadır.³² Kira sözleşmesinin devrinde mevcut kira ilişkisi ayaktadır ancak kira sözleşmesinin tarafları değişirken, alt kira sözleşmesinde asıl kira sözleşmesi ve tarafları değişmeyerek, yeni bir kira sözleşmesi kurulmaktadır.³³ Kira sözleşmesinin devrinde kiracı, kiracılık sıfatını tamamen kaybetmekte ve kira sözleşmesinden çıkararak yerine bir başka kişi girmektedir. Bunun sonucunda devreden eski kiracı, kiraya verene karşı tüm borçlarından kurtulacaktır. Oysa alt kirada asıl kiracı, kiracılık sıfatını korurken başka bir sözleşmeyle, kiraya veren konumunu elde etmektedir. Aralarında sözleşmesel ilişki olmamasına rağmen TBK md.322/III'e göre kiralananı asıl kiracıya tanınandan başka şekilde kullanması gibi bazı durumlarda alt kiracının, asıl kiraya verene karşı, asıl kiracıyla birlikte sorumluluğu bulunmaktadır. Bu durumda asıl kiraya veren de kendi kiracısına karşı sahip olduğu hakları, alt kiracıya karşı kullanabilir. Ancak kira sözleşmesinin devrinde, devreden böyle bir sorumluluğundan bahsedilemez.

²⁹ İnceoğlu, s.497; Zevkliler/ Gökyayla, s.334.

³⁰ İşyeri kiralalarında kira sözleşmesinin devrine ilişkin özel düzenleme bulunmaktadır. Buna göre TBK md.323/II-2.cümle'de kiraya verenin, işyeri kiralalarında haklı sebep olmadıkça rıza vermektan kaçınmayacağı, TBK md.323/III'de ise devreden kiracının, sözleşmenin sona ermesine kadar ve en fazla iki yıl boyunca devralanla birlikte müteselsil sorumlu olacağı belirtilmektedir.

³¹ Öktem Çevik, (md.323), N.2, s.1818; Yavuz/ Acar/ Özen, s.272.

³² Yavuz/ Acar/ Özen, s.272.

³³ Seçkin Topuz/ Ferhat Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri -(Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-", C.2011, S.95, 2011, TBB Dergisi, s.129.

Kira sözleşmesinin devrine verilecek rızanın yazılı olması gerekmektedir (TBK md.323/I). Alt kiradan farklı olarak bu durum, kiracı ile devralan arasındaki hukuki işlemi doğrudan etkilemekte ve aynı zamanda kiraya verenin sözleşmenin devrine doğrudan katılmasına yol açarak ve üç tarafın da katılacağı bir sözleşme meydana getirecektir.³⁴ Bu rıza olmaksızın, kiracı ile üçüncü kişi arasındaki hukuki işlem, kira sözleşmesi üzerinde hiçbir etkiye sahip değildir.³⁵ Devir sözleşmesi herhangi bir sebeple geçersiz ise devir gerçekleşmeyecek, üçüncü kişi kira ilişkisine girmeyecek ve devreden, kiracı olarak kalmaya devam edecektir.³⁶

Kira sözleşmesinin devri, eBK'da düzenlenmemiştir. TBK md.323'ün gerekçesinde hükmün, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md.263'ün göz önüne alınarak getirildiğinden bahsedilmektedir.³⁷ Ancak

³⁴ Hans Giger, Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260–266o OR, BK- Berner Kommentar, Regina Aebi-Müller/ Christoph Müller (ed.), Stämpfli Verlag AG, Berne, 2020, (md.263), N.44, s.195

³⁵ Florian Rohrer, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2018, (md.263), N.12, s.479; Pascal, Rey, Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021, (md.263), N.2, s.709.

³⁶ Hulliger Urban/ Heinrich Peter, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184- 318 OR, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Markus Müller-Chen/ Claire Huguenin (ed.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, (md.263), N.8, 422; Higi/ Wildisen, (md.263), N.50, s.715.

³⁷ İsviçre'de özellikle konut ve işyerleri için İsviçre Borçlar Kanunu'nun yanında özel düzenlemeler de göze çarpmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu md.253a/III'e göre İsviçre Federal Konseyi tarafından 09.05.1990'da Konut, Çiftlik ve İşyerleri Kiralanmasına İlişkin Yönetmelik (*Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux* (OBLF)) yayımlanmış, 23.06.1995'de Çerçeve Kira Sözleşmeleri ve Bunların Genel Bağlayıcılık Beyanı Hakkında Federal Kanun (*Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale* (LCBD)) ile çerçeve kira sözleşmeleri düzenlenmiştir. Çerçeve kira sözleşmeleri, kiraya veren ve kiracı birliklerinin, konut ve işyerleri için kira sözleşmelerinin kurulması, konusu ve sona ermesine ilişkin ortak genel kuralları belirlemektedir. Ancak belirli koşullar altında LCBD md.3'e göre Federal Konsey, çerçeve kira sözleşmelerine kira hukukunun emredici hükümlerinden sapma yetkisi verebileceği gibi md.4/2'de tarafların oybirliğiyle talep etmeleri halinde, sözleşmenin ilgili bölgenin tamamında kurulan herhangi bir sözleşme için zorunlu, genel bağlayıcı güce sahip olduğuna da karar verilebilecektir. Çerçeve kira sözleşmeleri, 18.04.1999 tarihli İsviçre Federal Konfederasyon Anayasası (*Constitution fédérale de la Confédération suisse*) md.109/II'de yer alan çerçeve kira sözleşmelerinin genel bağlayıcılığı konusunda yasal düzenleme yapılabileceği hükmüne dayanmaktadır.

İsviçre'de 12.12.2007'de Fransızca konuşulan Cenevre, Vaud, Neuchâtel, Fribourg, Jura Kantonları ve Valais Kantonu'nun 7 bölgesinde kiracıları temsil eden İsviçre Kiracılar Derneği (ASLOCA *Association Suisse des Locataires*) ile Fransızca konuşulan kantonlardaki kiraya veren emlakçı ve taşınmaz değerlendirme uzmanları derneklerini temsil eden İsviçre Emlak Uzmanları Birliği (*Fédération romande immobilière, USPI l'Union suisse des professionnels de l'immobilier*) arasında imzalanan çerçeve kira sözleşmesi ile (*Le contrat-cadre romand CCR*), 23.06.1995

gerekçenin devamında, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda sadece işyeri kira ilişkilerinin devrinin düzenlendiği halde, konut ve işyeri ayrımı yapılmadan 818 sayılı eBK'daki düzenlemenin tasarıda korunduğu belirtilmektedir. Oysa alt kira ve kullanım hakkının devri düzenlenmesine rağmen eBK'da, kira sözleşmesinin devrinden bahsedilmemektedir. Ancak GKHK md.12/I'de kiracının aksine düzenleme yapılmadıkça kiralananı başkasına kiralayamayacağı, yararlanma hakkını veya “*mukavelesini başkasına devredemeyeceği*” ya da kiralananı başkasına işgal ettiremeyeceği hükmü yer almaktadır. Buna göre kira sözleşmesinin devrinin eBK'nın yürürlükte olduğu dönemde özel kanunla (GKHK'da) düzenlendiğini ve ancak bu kanun kapsamındaki yerlerde geçerli olacağını, günümüzde ise TBK md.323'de kira sözleşmesinin genel hükümleri arasında düzenlenerek taşınır, taşınmaz, çatılı konut ve işyeri gibi uygun olduğu takdirde tüm kira sözleşmelerine uygulanacağı söylenebilir.

TBK md.366'da ürün kiralalarında alt kiranın ve kullanım hakkının devredilmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktayken, sözleşmenin devrine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple TBK md.323'de yer alan genel hükümler, ürün kirasında da uygulama alanı bulacaktır.³⁸

II-TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ALT KİRA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

A-ADİ KİRA SÖZLEŞMESİNDE ALT KİRA

Kira sözleşmesi, TBK md.299 vd.'da yer alan hükümlere göre kurulan, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını ya da kullanmayla birlikte yararlanılmasını kiracıya bıraktığı, kiracının da kararlaştırdıkları kira bedelini ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Adi kira sözleşmesinde kiralananın alt kiraya verilmesi mümkün iken kiraya verenden rıza alınması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Başka deyişle kural, alt kira serbestisidir. Ancak bunun sınırı, TBK md.322/I'de yer alan kiracının, kiraya verene zarar getirecek bir değişikliğe yol açmamasıdır. Bu noktada önemli olan, kiralanın eşyanın zarar görmeyeceği, dürüstlük kuralından kaynaklanan kiraya verenin göz ardı etmesinin beklenmeyeceği olumsuzlukların meydana gelmesidir.³⁹ Söz gelimi alt kiracı tarafından, kiralananın kullanım amacının değiştirilmesi, şehirde günlük kullanım

tarihli LCBD'nin emredici hükümlerine bazı istisnaların getirilmesine karar verildi. Ancak taraflarca bağlayıcılığının yenilenmesi için Federal Konut Dairesi'nden (*l'Office fédéral du logement (OFL)*) talepte bulunulmadığı için 30.06.2020'den itibaren çerçeve kira sözleşmesi, (30.06.2026'ya kadar Vaud Kantonu'nun dışında) bağlayıcı gücünü kaybetmiştir.

³⁸ Kahveci, Nalan, “6098 Sayılı TBK'nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s.702.

³⁹ İnceoğlu, s.503.

amacıyla kiralanan otomobilin, tarla işlerinde kullanılması gibi durumlar, kiralananın tahsis amacını değiştirerek, eskimesine, normalin ötesinde yıpranmasına yol açtığı için, kiralananın zarar verebilecek veya dürüstlük kuralına göre kiraya veren aleyhine olumsuzluk yaratabilecektir.

Adi kiralarda kuralın serbesti olmasına rağmen tarafların anlaşarak alt kirayı yasaklamaları da mümkündür. Bunun yanında tamamen yasaklamak yerine kiraya verenin onayına, başka şarta bağlanması veya çeşitli sınırlamaların getirilmesi de mümkündür.⁴⁰

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda kural, kiracının rızasıyla alt kira sözleşmesi yapabilmesi ancak istisnai durumlarda rıza vermekten kaçınılabilmesidir. Kiraya verenin rıza vermekten kaçınılabileceği haller, asıl kiracıya alt kira sözleşmesinin şartlarının bildirilmemesi, alt kira sözleşmesinin şartlarının, asıl kira sözleşmesiyle karşılaştırıldığında kötüye kullanılacak derecede olması ve alt kira sözleşmesinin, kiraya veren için sakınca doğurmasıdır (İsviçre Borçlar Kanunu md.262). Kira sözleşmesine genel olarak alt kirayı engelleyen bir hüküm koyulamaz.⁴¹ Alt kira sözleşmesinin, kiraya veren için büyük sakıncalar doğurması, kiralananın çevresel koşullarından, kiraya verenin veya kiracının kişiliğinden de kaynaklanabilir. Söz gelimi yaşlıların huzur duymak için kaldıkları bir binada, çok çocuklu aileyle veya halka açık aktiviteler gerçekleştirilmesine yönelik dernekle alt kira sözleşmesi yapılması, asıl kiraya verenin tanınmış bir çevre koruma örgütü olmasına rağmen, kiracı tarafından alt kira sözleşmesinin çevreyi kirlettiği bilinen bir şirketle yapılması, kiraya verenin karşıt görüşündeki bir siyasi partiyle alt kira sözleşmesi yapılması da bu kapsamda değerlendirilir.⁴² İsviçre Borçlar Kanunu'nda alt kiraya ilişkin hükümler, taşınır, konut, işyeri veya diğer taşınmazlar arasında ayırım yapmaksızın, belirli veya belirsiz süreli tüm kiralamaları kapsamaktadır.⁴³

Alt kira sözleşmesinin de aslında bir kira sözleşmesi olması sebebiyle, sözleşmenin şekli, asıl kiracı ve alt kiracı arasındaki haklar ve borçlar (alt kira sözleşmesinin kanundan kaynaklanan veya kendine has özellikleri, kiraya verene karşı müteselsil sorumluluk vb. dışındaki hususlar) TBK md.299 vd.'daki hükümlere göre değerlendirilecektir.⁴⁴

B-KONUT VE ÇATILI İŞYERLERİNDE ALT KİRA

Adi kira sözleşmesinde kural, alt kira sözleşmesi yapmak için kiraya verenin rızasına ihtiyaç olmaması ise de konut ve çatılı işyerlerinde aksine düzenleme bulunmaktadır. TBK md.322'de yer alan "*Kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralığında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı*

⁴⁰ İnceoğlu, s.506.

⁴¹ Rey, (md.262), N.3, 707.

⁴² Bisang Raymond/ Burkhalter Peter/ Futterlieb Raoul vd., Le droit suisse du bail à loyer, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2011, N.26, s.325.

⁴³ Bisang/ Burkhalter/ Futterlieb vd. N.4, s.318; Rohrer, (md.262), N.5, s.450.

⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 124 III 62, T: 05.12.1997 (www.swisslex.ch)

başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez” hükmüne göre alt kira sözleşmesi, konut ve çatılı işyerlerinde asıl kiraya vereninin yazılı rızasıyla yapılmalıdır.⁴⁵ Kiraya verenin rızası, genel veya tek bir alt kira sözleşmesi yapılması için verilebilir. Tereddüt halinde hayatın olağan akışına uygun şekilde, izin genel olarak verildiği kabul edilmelidir.⁴⁶

Asıl kira sözleşmesinde kiracının bazı sınırlamalara uyması üzerinde anlaşıldığında, alt kiracı da bu sınırlarla bağlı olacaktır. Kiracının kabul ederek uymakla yükümlü olduğu söz gelimi evde evcil hayvan beslenmemesi veya en fazla beş kişinin yaşayabilmesi benzeri sınırlar, alt kiracı için de geçerlidir.⁴⁷ Bunun yanında alt kiracının kiraladığı mekan, yasa dışı bir faaliyet için (örneğin kafe için yapılan sözleşme yerine izinsiz, ruhsatsız restoran işletmek) veya ahlaka aykırı (masaj salonu açmak için yapılan sözleşme yerine randevuevi olarak) kullanması, kira sözleşmesine aykırılık olarak değerlendirilmektedir.⁴⁸

Asıl kira sözleşmesine aykırı olan bir davranış, alt kira sözleşmesiyle serbest kılınmayacağı gibi alt kiracının, asıl kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkını aşacak şekilde örneğin konut olarak kiralananın işyeri olarak alt kiraya verilmesi gibi tahsis amacının değiştirilmesi veya daha uzun kullanım süresinin öngörülmesi, sahip olunan haktan fazlasının devredilmeyeceği ilkesine dayanmaktadır.⁴⁹

Kira sözleşmesiyle kiralanan bir konutun airbnb⁵⁰ benzeri uygulamalarla alt kiraya verilmesi de kiraya verenin açık rızası olmadığı sürece mümkün değildir. Başka deyişle alt kiraya ilişkin genel bir rıza, airbnb benzeri uygulamalar için yeterli değildir. Çünkü bu şekilde kullanımın kiralananı daha fazla yıpratacağı, kısa süreli konaklayanların konutu ve ortak alanları daha az önemseyecekleri, daha fazla gürültüye neden olabilecekleri ihtimalinden yola çıkılarak, kiraya verenin açık rızası olmadığı takdirde bu şekildeki dezavantajlara katlanması beklenemez.⁵¹

Kiralanan taşınmazda aile bireylerinin geçici konaklaması, ziyaretçilerin kabul edilmesi, bakıcı, hizmetçinin yaşaması veya bir hayat arkadaşının kiracıyla birlikte oturması, alt kira olarak değerlendirilemeyecektir.⁵² Kiracının evlat edinmesi, eşinin çocuklarının kabulü gibi durumlar da konutun aşırı kalabalıklaşmasına yol açmadığı

⁴⁵ İsviçre Borçlar Kanunu md.262'e göre yazılı, sözlü ve örtülü olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. (Lachat, (md.262), N.2, s.1370,)

⁴⁶ Inceoğlu, s.509.

⁴⁷ Müller, N.1151, s.263; Rohrer, (md.262), N.5, s.451.

⁴⁸ Lachat, 1992, s.477.

⁴⁹ Aydoğdu/ Kahveci, s.333.

⁵⁰ Kısa süreli konaklama hizmeti arayan ve evini kısa süreli konaklamaya açan kişileri bir araya getiren platformlar.

⁵¹ Rey, (md.262), N.43, 466.

⁵² Müller, N.696, s.163; Lachat, (md.262), N.1, s.1370; İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 136 III 186, T: 06.04.2010; İsviçre Federal Mahkemesi, 4A_39/2019, T: 23.07.2019 (www.swisslex.ch)

takdirde alt kiraya girmeyecektir.⁵³ Doktrinde bir görüş, birlikte oturdukları evde kiracı sıfatını haiz çocuğunun evlenmesiyle evde tek başına kalan ebeveynin kiralanda yaşamaya devam etmesinin sözleşmeye aykırılık oluşturmayacağı yönündedir.⁵⁴ Buna karşılık üstün tutulması gereken diğer görüş, ebeveynin kiracı çocuğuyla birlikte yaşamasının kira sözleşmesine aykırılık teşkil etmemesiyle birlikte kiracı çocuğun konutu terk etmesinin ardından konutta, kiracı konumunda olmayan bir kişinin, -kiracının ebeveyni de olsa – alt kiranın devrinin konutlarda kiraya verenin rızasına tabi olması kuralı göz önüne alındığında kabul edilemeyecek ve kişinin çocuğuyla uzun süre burada yaşamasının, ona kiracılık sıfatı kazandıramayacağı yönündedir.⁵⁵ Ancak kira sözleşmesi yapan kişinin eşinden ayrılarak, eşinin konutta kalmaya devam etmesi halinde alt kiradan bahsedilemeyecektir.⁵⁶ Zira bu durumda uzun süre aile konutu olarak kullanılan yerde yaşayan ve kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin kiracı sıfatı kazandığı kabul edilebilir. Ancak alt kira sözleşmesi kapsamına alınmayacak bu imkanların da sınırsız olarak kullanılmaması, her duruma özgü uygulama şekilleri ve iyiniyet kurallarının dikkate alınması gerekmektedir.

Bununla birlikte ivazsız ve geçici süreyle birlikte kalınması, ahlaki bir görevin ifası (kişinin kiraladığı evde yaşlı anne-babasıyla yaşaması) veya kullanım ödöncü olduğu takdirde konutlarda, kiraya verenin iznine ihtiyaç bulunmamakta ancak oldukça uzak bir akraba veya tanıdığı uzun süreliğine kiralanan alınması halinde, alt kiraya ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir.⁵⁷ Şüphesiz ki sözleşmeyle, kiralananın kullanım amacının açıkça belirtilmesiyle, kullanım ödöncüne konu olması en baştan engellenebilecektir.⁵⁸

Bununla birlikte kiracının kiralananı, özenle ve sözleşmeye uygun olarak kullanma borcuna aykırılık teşkil etmeyecek şekilde kullanması gerekmektedir (TBK md.316). İsviçre Federal Mahkemesi, babanın kiracısı olduğu konutu, kendisi oturmayarak henüz eğitimi tamamlamayan kızına tahsis etmesini, babanın soybağı hukukundan kaynaklanan çocuğun barınması, onun eğitimi ve korunmasına ilişkin masrafların ana ve baba tarafından karşılanacağına ilişkin medeni hukuk

⁵³ Higi/ Wildisen, (md.262), N.11, s.665.

⁵⁴ Zevkliler/ Gökyayla, s.333. Yargıtay HGK, E: 1981/6-420, K: 1983/1173, T: 18.11.1983 (lexpera.com). Yargıtay, konutun başkasına kullanılmayacağına ilişkin sözleşmede hüküm bulunmasıyla birlikte sözleşmenin kurulduğu andan itibaren kiracının annesiyle uzun süredir oturması sebebiyle, kiracı evden ayrılrsa dahi annenin kiralanda kalmasını, kira sözleşmesine aykırılık olarak kabul etmemiştir.

⁵⁵ İnceoğlu, s.499. Yazar, tahliye davası açılmasının hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği hallerde ilk görüşün benimsenebileceğini, ancak sadece uzun süre ebeveynle birlikte yaşamaya itiraz edilmemesinin kira sözleşmesinin devrinin yazılı şekilde yapılacağı kuralının içini boşaltacağı ve başka unsurların da hakkın kötüye kullanılması olgusunu desteklemesi gerektiğini belirtmektedir.

⁵⁶ Zevkliler/ Gökyayla, s.333; İnceoğlu, s.499.

⁵⁷ Eren, s.362.

⁵⁸ Higi/ Wildisen, (md.262), N.12, s.666.

hükümlerinden yola çıkarak karar vermiştir.⁵⁹ Zira ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar; ergin olmasına rağmen hala eğitimine devam etmekteyse şartlara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde eğitimin sona ermesine kadar devam etmektedir (Türk Medeni Kanunu (TMK) md.328, İsviçre Medeni Kanunu (İMK) md.277). Bu noktada bakımın sadece yemek ve eğitim masraflarını değil aynı zamanda konaklama masraflarını da içerdiği göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesi, kiracısı olduğu bir daireyi çocuğuna tahsis ettiğinde, kiracı babanın kiraladığı konutu, kira sözleşmesine uygun şekilde kullandığına, bir çocuğun konaklamasının alt kira veya ödünç sözleşmesi teşkil etmediğine, başka deyişle aralarında bir sözleşme olmadığına ancak babanın çocuğa karşı yasal bir yükümlülüğü bulunduğuna karar vermiştir.

Öte yandan aile konutu olarak kiralanan taşınmazlar, TMK md.194'de özel hükümle düzenlenmiştir. TMK md.194/I'e göre eşlerden biri, diğer eşin açıkça rıza vermemesi halinde aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshedemeyecek, aile konutunu devredemeyecek veya üzerindeki hakları sınırlayamayacaktır. Hükümde alt kiradan açıkça söz edilmemesine rağmen, alt kira sözleşmesinde de bu kuraldan ayrılmak için sebep bulunmadığından, kiralanan taşınmazın asıl kiracı ve eşi için aile konutu niteliğini taşıması durumunda, alt kira sözleşmesinin yapılması için de asıl kiracının eşinin rızası gerekmektedir.⁶⁰

C-ÜRÜN KİRASI SÖZLEŞMESİNDE ALT KİRA

Ürün kirasında TBK md.366/I.1.cümlesi'nde kiracının, kiraya verenin rızası olmaksızın alt kira sözleşmesi yapamayacağı belirtildikten sonra hükmün ikinci cümlesinde, kiracının kiralananındaki bazı yerleri, kiraya verene zarar doğuracak bir değişikliği gerektirmemesi şartıyla kiraya verebileceği ortaya koyulmuştur.

TBK md.366'ın gerekçesinde, metindeki arılaştırmanın dışında eBK md.284 ile hüküm değişikliği bulunmadığı ifadesi yer almaktadır. Ancak 818 sayılı eBK döneminde, TBK md.366'a da benzer şekilde alınan, ürün kiralalarıyla ilgili yanlış anlaşılmaya imkan verecek bir hüküm bulunmaktaydı. eBK 284/I'de kiracının, kiralayanın muvafakati olmaksızın başkasına kiraya veremeyeceği belirtilmiştir. Doktrinde, hükmün devamında eBK md.284/II'de yer alan "*Bununla beraber müstecir, mecurda dahil olan bazı mahalleri mucire zarar verecek bir tebeddülü mucip olmamak şartıyla icara verebilir.*" ifadesi ile eBK 284/I'in birbirleriyle çeliştiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre özellikle ürün getirmeyen ancak ürün kirasına dahil olan yerlerin kiraya verenin muvafakati olmasa dahi adı kiraya verilmesi mümkündür, zira eBK 284/I'de muvafakat olmaksızın kiraya verilemeyeceği emredici dille ifade edilmekteyken eBK md.284/II'de kiraya verene zararı olmaması şartıyla "kiraya

⁵⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, 4A_39/2019, T: 23.07.2019 (www.swisslex.ch)

⁶⁰ İnceoğlu, s.510; Zevkililer/ Gökyayla, s.331; Hulliger/ Heinrich, (md.262), N.4. s.416.

verilebileceği” belirtildiğinden emredici olmayan ikinci ifade sebebiyle muvafakat aranmayacaktır.⁶¹

Yürürlükteki TBK md.366/I.1.cümlesi’nde kiracının kiraya verenin rızası bulunmadan kiralananın başkasına kiraya verilemeyeceğinin belirtilmesinin ardından, TBK md.366/I.2. cümlesi’nde kiracının, kiralananadaki bazı yerleri, kiraya veren için zarar doğuracak bir değişikliğe yol açmaması şartıyla kiraya verebileceği ortaya koyulmuştur. Bu hükmün, 818 sayılı eBK’da olduğu gibi çelişki yaratmaması ve ürün kirasında kiraya verenin izninin aranmasına gerek kalmaksızın alt kiraya verilebileceği şeklinde anlamaya müsait olması sebebiyle, gerekçede hükmün yorumlanmasına yardımcı olacak bir örnek verilmiştir. Buna göre bir çiftliğin ürün kirasına konu olması halinde çiftlikten elde edilecek verimi etkilemediği sürece, çiftliğin bulunduğu taşınmazın bir bölümündeki binanın depo, konut gibi amaçlarla kullanılmak üzere ürün kiracısı tarafından alt kiraya verilmesi mümkündür.⁶² Fakat bu imkan, kiracının, kiraya verenin bilgisi olmaksızın alt kira sözleşmesi yapması anlamına gelmemektedir. Hükümde “..Ancak kiracı, kiralanda bulunan bazı yerleri, kiraya veren için zarar doğuracak bir değişikliği gerektirmemek koşuluyla kiraya verebilir.” ifadesiyle anlatılmak istenenin, kiralananadaki tüm eşyanın sadece ürün kirasına tabi olmayacağı, bazı yerlerin başka türlü kira sözleşmesi yapılarak kiraya verilebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçede verilen bu örnekle, hükmün yanlış yorumlarının da önüne geçilmiştir.

III-ALT KİRACI VE ASIL KİRA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLER VE SONUÇLARI

Kira sözleşmesi kurulurken kiraya veren, kiralanacak şey üzerinde herhangi bir hukuki ilişki sebebiyle sözleşme yapma hakkına sahiptir. Kiraya veren genellikle maliktir ancak mülkiyet hakkına sahip olmak, kira sözleşmesinin kurulması için zorunlu değildir. Aynı şekilde alt kira sözleşmesini kuracak asıl kiracı da söz konusu eşyayı asıl kiraya verenle

⁶¹ Bilge, s.167; Tandoğan, s.160. Doktrindeki bir görüşe göre eBK md.284 hükmünün fıkraları açıkça birbirleriyle çatışmaktadır. Bunun sebebi, (kira hukukuna ilişkin kapsamlı değişiklikten önce) mehz İsviçre Borçlar Kanunu md.289/I’de kiraya verenin izni olmaksızın kiracının, kiralananı başkasına hasılat suretiyle kiraya veremeyeceğini (*sous-affermer*), İsviçre Borçlar Kanunu md.289/II’de ise kiraya verenin iznine gerek kalmaksızın adi kiraya verebileceğini bildirdiği halde Türkçe metinde, her iki fıkrada da sadece kiradan bahsedilmesinde yatmaktadır. Oysa ilk fıkradaki “kira” kelimesi, aslında olduğu gibi “ürün kirasına”, ikinci fıkradaki “kira” kelimesi de “adi kiraya” çevrilebilirse hükümler arasındaki çelişki de giderilebilecektir (Bilge, s.167). Diğer bir görüşe göre ise bu çelişkili ifade, mehz kanundaki düzenlemeler göz önünde tutularak, ilk fıkradaki “kiraya veremez” deyimini, “ürün kirasına veremez”, ikinci fıkradaki “kiraya verebilir” ibaresi ise “adi kiraya verebilir” şeklinde düzeltilerek giderilebilecektir (Tandoğan, s.160).

⁶² TBK md.366 madde gerekçesi

kurmuş olduğu kira sözleşmesinden kaynaklanan kişisel hakkı sebebiyle elinde bulundurmaktadır.⁶³

A-818 SAYILI BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

1-Adi Kira Sözleşmesinde

818 sayılı eBK md.259'da belirtilen şartlara göre alt kira sözleşmesi yapılması halinde asıl kiracı, alt kiracıya karşı, kiraya veren gibi sorumlu olacaktır. Bununla birlikte kiraya verenin asıl kiracıyı, eBK md.259/II'de yer alan *"İkinci müstecir, birinci müstecire müsaade edilenden başka bir tarzda kullandığı takdirde; birinci müstecir, bundan dolayı mucire karşı mesul olur."* ifadesiyle alt kiracının, kiralananı kira sözleşmesine uygun kullanmamasından dolayı, sorumlu tutabileceği belirtilmektedir. Eğer kiralanan, alt kiracı tarafından kira sözleşmesine aykırı kullanılıyorsa asıl kiraya veren, alt kiracıdan doğrudan doğruya sözleşmeye uygun kullanımını talep edebileceği gibi, gerekirse kira sözleşmesini feshederek tazminat da isteyebilecektir.⁶⁴ Ancak asıl kiraya veren, kira bedelini sadece asıl kiracıdan talep edebilecektir.⁶⁵ Buna karşılık alt kiracı da asıl kiraya vereni, kiralananın kendisine kira sözleşmesine uygun şekilde tesliminden ve muhafaza edilmesinden doğrudan doğruya sorumlu tutamayacaktır.

Kiraya verenin, kira sözleşmesinin sonunda kiralananın kendisine geri verilmesini alt kiracıdan isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre kiraya verenle alt kiracı arasında bir sözleşme olmaması sebebiyle bunun mümkün olmadığı ileri sürülürken, bazı yazarlar eBK md.259/III'e kıyasen talep edebileceğinden bahsetmektedirler.⁶⁶

Kiracı, hukuka aykırı şekilde veya izin almayarak yaptığı alt kira sözleşmesinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Kiralanan gerek eBK gerekse GKHK kapsamında olsun kiracının, rıza alması gerekirken bu rıza olmaksızın alt kira sözleşmesi yapması, borçlarına aykırı davranması anlamına gelmektedir. Kiracının GKHK md.12'ye aykırı şekilde alt kira sözleşmesi yapması, kira sözleşmesini veya kiralananı yararlanmayı başkasına devretmesi ya da kiralananı kısmen veya tamamen üçüncü kişiye kiralaması halinde kiraya veren, asıl kiracıya ihtarda bulunarak verdiği mehil içinde kiralananı işgal eden kişiyi çıkartması aksi halde kira sözleşmesinin feshedileceğini bildirmeli ve kiracı buna uymadığında,

⁶³ Müller, N.690, s.162.

⁶⁴ Tandoğan, s.158.

⁶⁵ Zevkliler/ Gökyayla, s.335.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Tandoğan, s.159, dipnot 100a. Bu tartışmalar yürürlükteki TBK için de geçerlidir, bkz: Bölüm III-C

sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle eBK md.256'ya göre, alt kiracının ise fuzuli işgal sebebiyle tahliyesi talep edilebilir.⁶⁷

Öte yandan eBK md.256/I-II'de kiracının kiralananı kullanırken tamamen özenli olması, kendisine yapılan ihtarla rağmen bu borcuna aykırı davranışlara devam etmesi veya kiralananı açıkça kötüye kullanarak sürekli bir zarar meydana getirirse kiraya verenin, tazminat ve kira sözleşmesinin feshini talep etmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Buna ilaveten GKHK md.12/III'de kanuna aykırı şekilde alt kira sözleşmesi yapılarak, kapsamına giren bir taşınmaza alt kiracı sıfatıyla giren kişiler hakkında herhangi bir ihtarla gerek kalmaksızın mahkemede tahliye davası açılabileceği ortaya koyulmaktadır. Böylece asıl kiracının da eBK md.256/II'ye göre sorumluluğuna gidilmesi imkanının tanınmasıyla, kira bedelini sınırlayan ve kiracıların kiralananı tahliyesini ancak belirli şartların gerçekleşmesiyle kabul eden GKHK hükümlerinin, kiracılar tarafından kazanç vasıtası yapılmasının önlenmesi çalışılmıştır.⁶⁸

2-Ürün Kirası Sözleşmesinde

Ürün kirasında kiracının, kanunda belirtilen borçlarına uygun şekilde alt kira sözleşmesi yapması halinde alt kiracı, kiralanan yeri asıl kira sözleşmesinde olduğu gibi kullanmaya ve işletmeye zorunludur. eBK md.259/II'de kiralananın alt kiracı tarafından, asıl kiracıya müsaade edilenden başka bir tarzda kullanılması halinde asıl kiracının bundan dolayı kiraya verene karşı sorumlu olacağı belirtilmiştir. Böylece hem alt kiracının hem de asıl kiracının, asıl kiraya verene karşı müteselsil olarak sorumlu olduğu sonucuna varılır. Bunun dışındaki hukuki ilişkiler ise tamamen ayrı olup söz gelimi kira bedelinden asıl kiraya veren, yalnızca asıl kiracının alacaklısı iken, asıl kiracı da yalnızca alt kiracının alacaklısı olacaktır.⁶⁹ eBK md.284/III'de asıl kiraya verenin iznine tabi şekilde alt ürün kirası sözleşmesi yapıldığında, alt kiraya da adi kira sözleşmesinin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir.

B-6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

1-Asıl Kiraya Verenle Asıl Kiracı Arasındaki İlişkiler

Kiralananın kiracı tarafından alt kira sözleşmesi yapılarak başka kişiye kiralınması, asıl kira sözleşmesinin sona ermesini gerektirmez ve asıl kira sözleşmesi olduğu şekliyle devam eder. Alt kira sözleşmesinin varlığı, asıl kiraya verenle asıl kiracı arasında, kiracının kiraya verene karşı sahip olduğu hak ve yükümlülükler üzerinde bir etkisi yoktur. Bu

⁶⁷ Tandoğan, s.163.

⁶⁸ Yavuz/ Acar/ Özen, s.269.

⁶⁹ Bilge, s.169.

nedenle, alt kiracının sözleşmede kararlaştırılan kira bedelini ödememesi, asıl kiraya vereni etkilemeyecek ve asıl kiracının kendi sözleşmesinde kararlaştırdıkları asıl kiraya verene ödemesini zorunlu kılacaktır.⁷⁰

Bununla birlikte asıl kiracı, kiralananı kullanırken alt kiracının bazı davranışlarından dolayı asıl kiraya verene karşı sorumludur. Eğer alt kiracı kiralananı, asıl kiracıya tanınandan farklı şekilde kullanıyorsa asıl kiracı, asıl kiraya verene karşı alt kiracının kendisinin yardımcı kişisi olması sebebiyle, TBK md.116'ya göre yardımcı kişinin fiilinden sorumludur.⁷¹ Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun, kusursuz sorumluluk teşkil etmesiyle birlikte asıl kiracı eğer kendisi bu davranışta bulunsa dahi yine de sonucun gerçekleşeceğini ispatlayarak, sorumluluktan kurtulabilecektir.⁷² Bu esas, alt kiracıyla birlikte yaşayanların ve alt kiracının çalışanları için de geçerlidir.⁷³

Öte yandan alt kiracı, TBK md.316'da yer alan kiralananı özenle kullanma borcuna aykırılık teşkil eden davranışlar gerçekleştirdiğinde asıl kiraya veren, asıl kiracı ile olan kira sözleşmesini hükümde belirtilen şartlar dahilinde, konut ve çatılı işyerlerinde aykırılığın giderilmesi için en az otuz günlük süre vererek ihtarda bulunarak, diğer kira ilişkilerinde ise ihtarda bulunmaksızın yazılı bildirimle feshedebilir.⁷⁴

Eğer alt kira sözleşmesinin yapılması özellikle kiraya verenin rızasına bağlıysa ancak bu rıza alınmaksızın sözleşme yapılmışsa, caiz olmayan alt kira sözleşmesinden bahsedilmektedir. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiraya veren bu duruma son verilmesini, aksi halde sözleşmeye aykırılık nedeniyle feshedeceğini ihtar etmeliyken (TBK md.316/II), diğer kiralarda kiraya verene önemli zarar vermesine rağmen alt kira sözleşmesi yapılmışsa kiraya veren tarafından, mehil vermeksizin ve ihtarda bulunmaksızın (TBK md.316/II- 2. cümle) fesih olanağına sahiptir.⁷⁵

Doktrindeki bir görüşe göre, caiz olmamasına rağmen kiralananı başkasına kullandıran kiracının sorumluluğu, TBK md.112'ye göre değerlendirilmeli ve alt kiracının kullanma hakkına sahip olmaması sebebiyle kiraya verenin; aynı hakka sahipse elatmanın önlenmesi davasıyla alt kiracıyı kiralananından çıkarması, aynı hakka sahip değilse TBK md.322/III'e kıyasen dava açmasının mümkün olduğu belirtilmektedir.⁷⁶ Diğer bir görüş ise asıl kiracının sorumluluğunda TBK md.322/III ile TBK md.112'nin yarışacağından yola çıkmaktadır. Bu görüşte asıl kiracının, TBK md.316'da düzenlenen kiralananı özenle kullanma borcuna aykırılık sebebiyle sorumlu olacağından, fakat TBK

⁷⁰ Müller, N.1187, s.271.

⁷¹ Eren, s.366; Öktem Çevik, (md.322), N.9, s.1810; Higi/ Wildisen, (md.262), N.21, s.671.

⁷² Higi/ Wildisen, (md.262), N.26, s.673.

⁷³ İnceoğlu, s.511.

⁷⁴ Hulliger/ Heinrich, (md.262), N.5, s.416.

⁷⁵ Aydoğdu/ Kahveci, s.535.

⁷⁶ Öktem Çevik, (md.322), N.12, s.1811.

md.322/III'de yer alan müteselsil sorumluluğun ancak caiz olan alt kira sözleşmesinde uygulama alanı bulacağından ve TBK md.316'da sadece borca aykırılık sebebiyle sözleşmenin feshinin düzenlenip, tazminata değinilmemesi sebebiyle caiz olmayan alt kirada tazminat talebinde genel hüküm olan TBK md.112'ye başvurulması gerektiği ortaya koyulmaktadır.⁷⁷

Caiz olmayan alt kira sözleşmesinde asıl kiracının elde ettiği menfaatleri, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye göre kiraya verene devretmesi gerekmektedir.⁷⁸ Bununla birlikte asıl kiracının ödediği kira bedeli gözden kaçırılmamalı, kiraya verenin aynı kiralanandan iki kez kira bedeli almasına izin verilmemelidir. Bunun için ancak alt kiracının ödediği bedelin, asıl kira sözleşmesindeki kira bedelinden fazla olduğu takdirde aradaki fark, vekaletsiz işgörmeye göre talep edilecektir.

2-Asıl Kiraya Verenle Alt Kiracı Arasındaki İlişkiler

Alt kira sözleşmesinin kurulması, asıl kiraya verenle alt kiracı arasındaki kira sözleşmesini kural olarak etkilemez ve yeni yükümlülükler doğurmaz.⁷⁹ Asıl kira sözleşmesi ve alt kira sözleşmesi, kural olarak birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme olmakla birlikte, asıl kiraya verenin alt kiracıdan TBK md.322/III uyarınca bazı durumlarda doğrudan talep hakkı bulunmaktadır.⁸⁰ Bunun sebebi, sözleşmenin nispiyeti ilkesine yatmaktadır ancak kanun koyucu asıl kiraya vereni korumak amacıyla bu ilkeye istisna getirmiştir ve alt kiracının alt kira sözleşmesinden kaynaklanan asıl kiraya verene karşı bir talep hakkı bulunmamasına rağmen TBK md.322/III'e aykırılık halinde asıl kiraya veren, asıl kiracısına karşı sahip olduğu hakları, alt kiracıya karşı da kullanabilecektir.⁸¹ Ancak bu hak tek yönlü olup, alt kiracının asıl kiralayandan başkaca taleplerde bulunmasına imkan vermemektedir.

Bununla birlikte alt kira sözleşmesi, asıl kiralayan ve alt kiracı arasında karşılaştırma yapıldığında esasen alt kiracının lehinedir. Ancak alt kira sözleşmesinin yapılması sebebiyle asıl kiraya veren, alt kiracıdan kendi kiracısına tanıdığından daha fazla hak talebinde

⁷⁷ İnceoğlu, s.517.

⁷⁸ Higi/ Wildisen, (md.262), N.50, s.680; Rey, (md.262), N.1, s.706; Rohrer (md.262), N.40, s.464; İsviçre Federal Mahkemesi, 4A_594/2012, T: 28.02.2013 (swisslex.ch)

⁷⁹ Higi/ Wildisen, (md.262), N.21, s.671.

⁸⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 120 II 112, T: 11.05.1994 (swisslex.ch) kararında, asıl kiraya veren ile alt kiracı arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi olmasa dahi, özel bir hukuki ilişki olduğuna dikkat çekilmektedir. Bunun sonucunda mahkeme, asıl kiraya veren tarafından asıl kiracıyla birlikte alt kiracının veya sadece alt kiracının, doğrudan asıl kira sözleşmesine uygun davranmasını talep edebileceğini belirtmektedir.

⁸¹ Öktem Çevik, (md.322), N.10, s.1810.

bulunamayacaktır.⁸² Söz gelimi alt kiracı, asıl kiracıya, asıl kira sözleşmesinde kararlaştırıldan daha fazla kira bedeli ödese dahi aradaki bu farkı asıl kiraya veren, alt kiracıdan talep edemeyecektir.

Alt kira sözleşmesinin kurulması rızaya tabi değilse veya tabi ise rıza verilmiş olsa dahi alt kiracı, kiralananı asıl kira sözleşmesi hükümlerine aykırı şekilde kullanamayacaktır. Aksi halde asıl kiraya veren, kendi kiracısı olan alt kiraya vereni, kira sözleşmesine aykırı bu kullanımdan sorumlu tutabilecektir. TBK md.322/III'e göre alt kiracı kiralananı, asıl kiracıya tanınandan başka bir şekilde kullandığı takdirde asıl kiracı kiraya verene karşı sorumlu olacaktır. Söz gelimi konut olarak kiraladığı taşınmazın asıl kiracı tarafından alt kiracıya işyeri olarak kiralananı veya kiralananın alt kiracı tarafından özenle kullanılmaması hallerinde asıl kiracı, kira sözleşmesine aykırı kullanım sebebiyle kiraya verene karşı sorumlu olacaktır.⁸³ Bu durumda aslında aralarında sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen kiraya veren, alt kiracıya doğrudan başvurarak sözleşmeye uygun hareket etmesini talep edebilecektir. Başka deyişle kiraya veren, aralarında bir sözleşme olmadığı halde alt kiracıya, kendi kiracısına karşı ileri süreceği haklara sahip olacaktır.⁸⁴ Böylece kanun hükmü gereği olarak yapılan alt kira sözleşmesi, kiraya veren için alacak meydana getirmiş olup kiracısının kiracısına yöneltebileceği bu talep "doğrudan talep" şeklinde nitelendirilmektedir.⁸⁵

Yargıtay kararlarında da alt kiracının asıl kiralayandan herhangi bir talep hakkını haiz olmadığını, çünkü kira sözleşmesinden kaynaklanan bağımsız bir hakkı bulunmadığını ve alt kiracının kiralananın teslimini asıl kiraya verenden talep edemeyeceğini, buna karşılık kiraya verenin de kira sözleşmesini sona erdirmek istediğinde, kendi kiracısına dava açması gerektiğini belirtmektedir.⁸⁶

3-Alt Kiracıyla Asıl Kiracı Arasındaki İlişkiler

Alt kiracıyla asıl kiracı arasındaki ilişki, alt kira sözleşmesinden doğmakta olup asıl kira sözleşmesinden bağımsızdır.⁸⁷ Bu sözleşme TBK md.299 vd.'da yer alan kira hukukunun göre kurulmakta ve taraflar arasında kira sözleşmesinden kaynaklanan tüm hak ve yükümlülükler kural olarak doğmaktadır. Asıl kiracı, alt kiracıya karşı kiraya veren konumunda olduğu için alt kiracı, kira süresinin sonunda kiralananı iade etmek (TBK md.334)⁸⁸, kira bedelini ödemek⁸⁹ (TBK md.313 vd.), ayıba

⁸² Higi/ Wildisen, (md.262), N.4, s.663.

⁸³ Yavuz/ Acar/ Özen, s.2670; Eren, s.365.

⁸⁴ Zevkliler/ Gökyayla, s.331; Hulliger/ Heinrich, (md.262), N.5, s.416.

⁸⁵ Yavuz/ Acar/Özen, s.2670; Hulliger/ Heinrich, (md.262), N.5, s.416.

⁸⁶ Yargıtay HGK, E: 6-653, K: 672, T: 03.10.2001; Yargıtay HGK, E: 2001/6-1042, K: 2001/1030, T: 14.11.2001 (legalbank.net)

⁸⁷ Lachat, (md.262), N.6, s.1371; Müller, N.1184, s.270

⁸⁸ Higi/ Wildisen, (md.262), N.23, s.671.

⁸⁹ İnceoğlu, s.515.

karşı sorumluluk⁹⁰ (TBK md.318 vd.) gibi kira sözleşmesindeki tüm borçlardan sorumludur.

Alt kiracı ve asıl kiracı arasında asıl kiraya verenin aranmasına rağmen rızasının olmaması gibi durumlarda, caiz olmayan alt kira sözleşmesinden söz edilmektedir. Yapılan bu sözleşme, asıl kiraya vereni bağlamayacaktır ancak alt kiranın caiz olmaması, bu sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacaktır özellikle rızanın verilmemesi, sözleşmenin geçerliliği için ön koşul değildir.⁹¹ Çünkü kira sözleşmesi, borç doğuran bir sözleşmedir ve asıl kiracının sözleşme yapmaya yetkisinin olmaması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.⁹²

Öte yandan alt kira sözleşmesinin caiz olmaması, onun geçersizliğine yol açmamaktadır ve alt kiracının alt kira sözleşmesinden doğan hakkını kullanmadığı için, kendi kiraya vereni olan asıl kiracıya karşı tazminat davası açması mümkündür. Tazminatın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre alt kiracı uğradığı zararı, TBK md.112 hükümlerine göre asıl kiracıdan talep edebilecektir.⁹³ Buna karşılık diğer bir görüş ise alt kiranın caiz olmaması halinde asıl kiracının alt kiracıya karşı, zapta karşı tekeffül sorumluluğunun doğacağı yönündedir.⁹⁴

C-ALT KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Alt kiracı ve alt kiraya veren (aynı zamanda asıl kiracı) ile asıl kiracı ve asıl kiraya veren arasında kurulan kira sözleşmesi, kural olarak birbirlerinden bağımsızdır. Ancak sona eren sözleşmelerin birbirlerini etkileyip etkilemediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Doktrinadaki bir görüşe göre alt kira sözleşmesi, asıl kira sözleşmesinin geçerli olması şartına bağlı yapılmaktadır. Böylece alt kira sözleşmesinin asıl kira sözleşmesinden daha uzun süreli yapılabileceği zira bu sözleşmenin borçlandırıcı nitelikte olması ve özellikle konut ve çatılı işyerleri kiralalarında asıl kira sözleşmesinin uzaması imkanının bulunması ve tarafların uzamayı gözeterek alt kira sözleşmesini, asıl kira sözleşmesinden daha uzun süreli yapabilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır.⁹⁵ Bu görüşte alt kiranın asıl kira sözleşmesinin süresine bağlı olduğu tek durumun, asıl kira sözleşmesinin sona ermesinin, alt kira sözleşmesinin de sona ermesine yol açması olarak gösterilmekte, başka deyişle alt kiranın, asıl kira sözleşmesinin geçerlik şartına bağlı yapıldığının (kanuna karşı hile, muvazaa ve dolaylı temsilin söz konusu

⁹⁰ Higi/ Wildisen, (md.262), N.14, s.667.

⁹¹ Permann, (md.262), N.6, s.167.

⁹² Higi/ Wildisen, (md.262), N.16, s.667; Zevkliler/ Gökyayla, s.335; İnceoğlu, s.520

⁹³ Öktem Çevik, (md.322), N.13, s.1812; Rey, (md.262), N.2, s.707

⁹⁴ İnceoğlu, s.520.

⁹⁵ İnceoğlu, s.495.

olduğu bazı haller hariç olmakla birlikte) kabul edilmesi gerekliliği orta koyulmaktadır.⁹⁶

Buna karşılık diğer görüş, alt kira sözleşmesinin süresinin, asıl kira sözleşmesinden uzun olamayacağından yola çıkmaktadır. Bu görüşte, alt kira sözleşmesi için asıl kira sözleşmesinden daha uzun süre öngörüldüğünde asıl kira sözleşmesi bundan önce sona ererse, asıl kiraya veren de alt kiracıyı, kiralananı çıkartabilecektir.⁹⁷ Bu durumda asıl kiracının da alt kiracıya karşı TBK md.112'den doğan sorumluluğu saklı olacaktır. Alt kira sözleşmesinin süresinin asıl kira sözleşmesinden uzun olmayacağı aksi düşünülürse, sürenin sona ermesiyle alt kiracının çıkması gerekliliğini ileri süren bir görüş de eğer alt kiracıyı zarara uğratmak amaçlı hileli bir uygulama varsa, asıl kiraya verenin TBK md.49/II'ye göre sorumlu olacağına ulaşmaktadır.⁹⁸

Bir diğer görüşte ise alt kira sözleşmesi asıl kira sözleşmesinin bağımsız olmasından yola çıkılmakta ancak bunların kavramsal olarak birbirleriyle bağları inkar edilemeyeceğinden, asıl kira sözleşmesinin sona ermesinin, alt kira sözleşmesini etkilemeyeceği ancak alt kira sözleşmesinde ifanın imkansızlaşacağı ve alt kiracının da asıl kiracıya yönelteceği bazı taleplerin gündeme geleceği sonucuna ulaşılmaktadır.⁹⁹ Buna benzer şekilde iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğundan yola çıkan diğer bir görüşte ise, iki sözleşmenin birbirinden farklı içerikte veya uzunlukta düzenlenmesinin mümkün olması sebebiyle alt kira sözleşmesinin ifasındaki sorunların, ifa imkansızlığına ilişkin TBK md.112 veya ayıplı ifadan söz edilebilirse TBK md.304 vd'a göre asıl kiracıya yöneltilecek taleplerle çözülebileceği ortaya koyulmaktadır.¹⁰⁰

Yargıtay, alt kiracının kiralananı kullanma hakkının kapsam ve süresinin, asıl kiracının hakkı ile sınırlı olduğunu ve asıl kira sözleşmesinin feshi ile alt kira sözleşmesinin de kendiliğinden

⁹⁶ Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, (Cilt II), 1. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014, s.529. Yazara göre, kanuna karşı hilede kiraya veren, konut ve çatılı işyerlerinde doğrudan kira sözleşmesi yapmak yerine kira sözleşmesini serbestçe feshedebilmek için araya üçüncü kişiyi koyarak, alt kira sözleşmesi kurulmaktadır. Bu durumda ortada alt kira değil, tek kira ilişkisi varmışçasına hareket edilmelidir. Muvazaada konut ve çatılı işyerlerinde kiraya veren ve asıl kiracı anlaşarak, muvazaalı şekilde kira sözleşmesini sona erdirerek alt kiracının kiralananı terk etmesi sonucunu doğurmaktadırlar. Muvazaa ispatlandığında, alt kiracı kiralananı terk etmekten kurtulacaktır. Dolaylı temsilde, eşyanın başkalarına kiralınması için üçüncü kişiden yardım alınarak, işin görülmesi için vekalet sözleşmesi yapılarak, vekilin kendi adına ve müvekkilin hesabına dolaylı temsil ile kira sözleşmesi kurulmaktadır ancak bu ilişkide vekil ile müvekkil arasında vekalet ilişkisi sona erdiğinde, üçüncü kişiyle yapılan kira sözleşmesini etkilememelidir.

⁹⁷ Aydoğdu/ Kahveci, s.333.

⁹⁸ Mustafa Alper Gümüş, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, 2012, s.215.

⁹⁹ Lachat, 1992, s.481.

¹⁰⁰ Hulliger/ Heinrich, (md.262), N.4, s.416

feshedilmiş sayılacağı görüşünü kararlarında dile getirmektedir.¹⁰¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir davada¹⁰² şöyle bir çözüm yolu benimsemiştir: Davacı kiraya veren ile dava dışı asıl kiracı arasında kira sözleşmesi yapılarak alt kiraya rıza gösterilmiş ve kiralanan restoran olarak işletilmesi için alt kira sözleşmesi kurulmuştur. Asıl kiraya veren, kira sözleşmesini feshederek alt kiracının kiralananı boşaltmasını istemiş, alt kiracının karşı çıkması üzerine dava açılmış, ilk derece mahkemesi, alt kiraya rıza gösterdikten sonra kiraya verenin tek başına hareket etme yetkisinin bulunmadığından bahisle davayı reddetmiştir. İlgili Hukuk Dairesi'nin kararına direnen ilk derece mahkemesinin ardından önüne gelen davada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, alt kira sözleşmesinin sadece dayandığı kira sözleşmesi süresince hüküm doğuracağını, asıl kira sözleşmesinin sona ermesiyle alt kira sözleşmesinin de sona ereceğini ortaya koymuştur. Bununla birlikte somut olayda tarafların anlaşarak hukuki ilişkiyi sona erdirmelerinin ikale sözleşmesi olduğunu, ancak asıl kiraya veren ve asıl kiracının amaçlarının alt kiracıyı zarara uğratmak ise bunun TBK md.49/II'de (eBK md.41/II) düzenlenen genel davranış kurallarına aykırı olacağından bu ihtimalin davalı lehine tazminat hakkı kazandıracığını belirtmiştir.¹⁰³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu başka bir davada da alt kiracının kiralananı kullanma hakkının kapsamı ve süresinin asıl kiracının hakkı ile sınırlı olduğuna işaret ederek, alt kiracının kiralananı kullanmasının bağımsız bir hakka değil, kiracının hakkına bağlı bir yetkiye dayandığını, alt kira sözleşmesinin de ancak asıl sözleşmenin ayakta kaldığı sürede geçerli olacağını ve onun sona ermesiyle kiraya verenin, alt kiracıyı kiralandan çıkarma yetkisinin olduğunu kabul etmektedir.¹⁰⁴

Kanaatimizce sona eren sözleşmelerin birbirlerini etkileyip etkilemediği sorunu, kişinin sahip olduğundan fazlasını devredemeyeceği ilkesi göz önüne alınarak çözülmesi gerekmektedir. Çünkü asıl kira sözleşmesinin alt kira sözleşmesinden daha kısa olması halinde asıl kira sözleşmesinin sona ermesiyle kiracı, artık bu süreden sonrası için kiralanan üzerindeki kişisel hakkını kaybettiğinden, alt kira sözleşmesinde bu süreyle asıl kiracı da olamayacaktır. Alt kira sözleşmesi, asıl kira sözleşmesinden farklı taraflar arasında ve kendisine göre kurallara tabi olarak kurulan başlı başına bağımsız bir kira sözleşmesi

¹⁰¹ Yargıtay 3. HD, E: 2002/4011, K: 2002/4827, T: 02.05.2002 (lexpera.com)

¹⁰² Yargıtay HGK, E: 6-653, K: 672, T: 03.10.2001 (legalbank.net)

¹⁰³ Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz: Kadir Berk Kapancı, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03.10. 2001 tarihli ve E. 6-653-K. 672 sayılı kararı'nın alt kira sözleşmesi bağlamında düşündükleri", Saibe Oktay Özdemir/ Azra Arkan Serim/ Atilla Altop (ed.), Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.1097. Yazar, olayda TBK md.49/II'ye başvurulmasına gerek kalmaksızın asıl kiraya verenle asıl kiracı arasında alt kiracıya zarar vermek amacıyla ikale sözleşmesi yapmalarının, zaten ahlaka aykırı amaç güdülmesi sebebiyle TBK md.27'ye aykırı olacağını, asıl kira sözleşmesi de ikale ile ortadan kaldırılmadığı için yürürlükte olduğundan, alt kiracının kiralananı kullanmaya devam etmesinin, yerinde olduğunu belirtmektedir.

¹⁰⁴ Yargıtay HGK, E: 2001/6-1042, K: 2001/1030, T: 14.11.2001 (legalbank.net)

olmasına rağmen, kavramsal ve çoğu zaman içerik olarak asıl kira sözleşmesinden tamamen ayrı olarak değerlendirilemeyecektir. Kira sözleşmesinde kiraya veren, kullanım hakkının kendisinde olduğu varsayılan eşyanın kullanımını kiracısına taahhüt etmektedir. Aynı şekilde alt kirada da asıl kiracı, ancak sahip olduğunu alt kiracıya sunabilecek, kendisinin sahip olmadığı bir hakkın kullanımını, alt kiracıya taahhüt edemeyecektir.¹⁰⁵

Böylece alt kira sözleşmesi, sona ermesi bakımından asıl kira sözleşmesi ile aynı kaderi paylaşmaktadır ve asıl kiracı alt kiracıya asıl kira sözleşmesi kapsamında sahip olduğundan daha fazla hak devredemeyeceği için, asıl kira sözleşmesi sona erdiğinde alt kira sözleşmesinin de devam etmesi imkansız hale geleceği için sona erecektir.¹⁰⁶ Asıl kira sözleşmesi sona erdiğinde artık asıl kiracı, kendi alt kiracısına karşı TBK md.301/I'de yer alan sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli halde teslim ve sözleşme süresince bu şekilde bulundurma yükümlülüğü gibi bazı borçlarını ifa edemeyecektir. Böylece eğer alt kiracı, alt kira sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin sona ermesinden önce kiralananı iade etmek zorunda kalırsa, sözleşmenin kısmen ifa edilmemesi nedeniyle asıl kiracıdan TBK md.112'ye göre tazminat talep edebilecektir.¹⁰⁷

Eşyanın kullanılmasının devri borcu doğuran sözleşmeler arasında yer alan kira sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte kiralananın geri verilmesi gerekmektedir. Kira sözleşmesiyle kiraya veren, kullanım hakkının kendisinde olduğu varsayılan şeyin kullanım hakkını devretmeyi taahhüt ederken, kiracının da kira sözleşmesi sona erdiğinde, eşyayı geri vermesi gerekmektedir. Alt kira sözleşmesi sona erdiğinde alt kiracı, fuzuli şağil durumuna düşerek, asıl kiraya verenin ecrimisil talebi gündeme gelebilecektir. Böylece bir anlamda alt kira sözleşmesinin sınırlarını, asıl kira sözleşmesinin hükümleri çizmektedir.¹⁰⁸ Çünkü asıl kiraya verenin TBK md.322/III'e göre alt kiracıyı, kira sözleşmesine uygun davranmaya zorlamaya yönelik doğrudan bir talep hakkı bulunmaktadır. Hem asıl kiracı hem de alt kiracı, kira sözleşmesine uygun kullanımlarından asıl kiraya verene karşı müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. Bu nedenle, asıl kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra, kiraya veren, malın iadesini kiracıdan, alt kiracıdan veya her ikisinden de talep edebilecektir.¹⁰⁹

SONUÇ

Kira hukukuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 818 sayılı eBK md.259/I'de kiracı, kiralananı zarar verecek bir değişikliği

¹⁰⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 139 III 353, T: 28.06.2013 (www.swisslex.ch)

¹⁰⁶ Müller, s.265, N.1158.

¹⁰⁷ Rey, (md.262), N.2, 707.

¹⁰⁸ Engel, s.175.

¹⁰⁹ Hulliger/ Heinrich, (md.262), N.12, s.418; İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 120 II 112, T: 11.05.1994 (www.swisslex.ch)

gerektirmemek şartıyla, kural olarak kiraya verenin rızasına gerek kalmaksızın alt kira sözleşmesi yapabileceği düzenlenmişti. Hükmün devamında alt kiracının, kiralananı asıl kiracıya tanından başka şekilde kullanması halinde, asıl kiracının kiraya verene karşı sorumlu olacağı belirtilmekteydi. Öte yandan ürün kiralalarında bu kuralın aksine bir düzenleme göze çarpmaktadır. Buna göre ürün kirasında çoğu zaman kiralananın işletilmesinin ve işleten kişinin önemli olmasından yola çıkılarak, eBK md.284/I'de kiracının, kiraya verenin izni olmaksızın kiralananı başkasına kiraya veremeyeceği ifade edilmektedir.

Adi kira ve ürün kirası kapsamındaki kiralananlarda alt kira sözleşmesi yapılmasına ilişkin bu hükümler, 6570 sayılı GKHK'nın yürürlüğe girmesine kadar uygulanmıştır. GKHK md.12/I'de ise bu kanun kapsamındaki taşınmazların kira sözleşmelerinde açıkça belirtilmediği takdirde kiralananın kısmen veya tamamen başka kişiye kiralanamayacağı düzenlenmiştir. Bu kanun, özel nitelikte olduğundan GKHK md.1'de belirtilen kiralananların dışında ise eBK'nın hükümleri uygulanacaktır.

Yürürlükteki 6098 sayılı TBK'nın alt kiraya ilişkin düzenlemelerinde bir yandan eBK'nın diğer yandan GKHK'nın etkisi görülmektedir. TBK md.322/I'de kiracının kiraya verene zararı dokunabilecek bir değişikliğe yol açmadığı sürece kiralananı konu eden alt kira sözleşmesi yapabileceği belirtilmektedir. Başka deyişle kural, kiraya verenin rızası aranmaksızın alt kira sözleşmesi kurma serbestisidir. Ancak hükmün devamında TBK md.322/II'de konut ve çatılı işyerlerinde alt kira sözleşmesinin yapılabilmesi için kiraya verenin yazılı rızasının gerektiğinden bahsedilmektedir. Buna ilaveten ürün kirasında da TBK md.366/I hükmü ile eBK md.284/I'e benzer şekilde, kiraya verenin rızası aranmaktadır. Gerek konutların gerek çatılı işyerlerinin gerekse ürün kirasının konu edildiği kiralananların, tüm kira sözleşmeleri içinde kapladığı alan göz önüne alındığında alt kira sözleşmesinde, serbesti kuralının dışında oldukça fazla kiralanan olduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

Arslan M, “Kira Sözleşmesinde Alt Kira”, C.1, S.1, 2023, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 109-143.

Aydoğdu M/ Kahveci N, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Bilge N, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971.

Bisang R/ Burkhalter P/ Futterlieb R. vd., Le droit suisse du bail à loyer, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2011.

Engel P, Contrats de droit Suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2e édition, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000.

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Giger H, Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260–266o OR, BK- Berner Kommentar, Regina Aebi-Müller/ Christoph Müller (ed.), Stämpfli Verlag AG, Berne, 2020.

Gümüş M A, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2012.

Higi P/ Wildisen C, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253- 273c OR), Art. 253- 265 OR, ZK- Zürcher Kommentar, Jörg Schmid (ed.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2019.

Inceoğlu M, Kira Hukuku, Cilt I, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014.

Inceoğlu M, Kira Hukuku, Cilt II, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014.

Kahveci N, “6098 Sayılı TBK’nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, C. 19, Özel Sayı, 2017, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, s.695-728.

Kapancı K B, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 03.10. 2001 tarihli ve E. 6-653–K. 672 sayılı kararı’nın alt kira sözleşmesi bağlamında düşündürdükleri”, Saibe Oktay Özdemir/ Azra Arkan Serim/ Atilla Altop (ed.), Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu’na Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.1097-1150.

Lachat D, “La Sous-Location”, C. 114, 1992, La Semaine judiciaire, Société genevoise de droit et de législation, s.469-486.

Lachat D, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Luc Thévenoz, Franz Werro (ed.), 2e édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2012.

Müller C, Contrats de droit suisse- Présentation systématique des contrats les plus importants en pratique, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2021.

Öktem Çevik S, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Rona Serozan/ Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ Murat Develiöglu (ed.), 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Permann R, OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/ Marc Amstutz, vd. (ed.), Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2023.

Rey P, Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021.

Rohrer F, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2018.

Sevinç A B, “Alt Kira ve Kiranın Devri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2010.

Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1985.

Topuz S/ Canbolat F, “Kira İlişkinin Devri -(Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-”, C.2011 S.95, 2011, TBB Dergisi, 97-134.

Urban H/ Heinrich P, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184- 318 OR, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Markus Müller-Chen, Claire Huguenin (ed.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.

Yavuz C/ Acar F/ Özen B, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.

Yücer İ, “Alt Kira”, C. 57, S.3, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.791-829.

Zevkliler A/ Gökyayla E, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

TÜRK İDARE HUKUKUNUN DÜNÜ VE BUGÜNÜ

The Past and Present of Turkish Administrative Law

Dr. Öğr. Üyesi Halim Alperen ÇITAK*

Öz: İdare hukukunun tarihi, modern devletin tarihidir. Başlangıçta yürütmeyi (kralı yahut devrim hükümetini) genel yargıdan bağışık tutma endişesiyle yaratılan idare-içi denetim mekanizması, geniş halk kitlelerinin siyasi iktidara ortak olmaya başlamasıyla birlikte müstakil bir yargı düzenine (idarî yargıya) dönüşmüştür. İdare hukuku ise, farklı bir yargıcın konuştuğu ve eksenini kamu yararı olan bu yeni dilin, bilim insanlarınınca sistematize edilmesi sayesinde doğmuştur. Türkiye’de idare hukuku, eşzamanlı ve sathî bir iktibasın neticesinde ortaya çıkmıştır. Cumhuriyet rejimiyle birlikte bağımsız adalet esası benimsenmiş ve Kıta Avrupası’nın teorik birikimi temellük edilmiştir. Nihayet 1961 Anayasası’ndan sonra Türk idarî yargısı, Avrupa’daki örneklerine yakın bir güce erişmiştir. Yine bu dönemde doktrin, Danıştay kararları üzerinden daha özgün ve daha millî bir idare hukuku tasavvur edebilecek özgüveni kazanmıştır. Geçtiğimiz birkaç on yıl zarfında neo-liberalizmin çözücü ve dağıtıcı etkilerine maruz kalsa da, Türk idarî yargısı ve onun kararları etrafında teşekkül eden idare hukuku öğretisi, toplumsal hayatın önemli bir parçası olarak, bugün artık kökleşmiş vaziyettedir.

Anahtar Kelimeler: İdare hukuku, idare hukukunun tarihi, idare hukuku öğretimi, idarî yargı, Osmanlı-Türk modernleşmesi

Abstract: The history of administrative law is the history of the modern state. The control mechanism embedded within the administration, which was initially created in order to keep the executive (the king or the revolutionary government) free from the general judiciary (*juge judiciaire*), has turned into an independent jurisdictional order (administrative judiciary) due to the process of democratization. Henceforth, a new legal discourse focusing on the notion of *intérêt général* was started to be spoken by a different judge (*juge administratif*). Administrative law emerged thanks to the systematization of that new discourse by jurists / scholars. In the late Ottoman period, administrative law revealed itself as a result of an asynchronous and superficial legal reception. By the proclamation of the Republic of Türkiye, the principle of independent administrative judiciary (*justice déléguée*) was fully embraced and the theoretical heritage of Continental public law tradition was adopted. Eventually, after the 1961 Constitution, the Turkish administrative judiciary got new powers and acquired institutional strength close to its counterparts in Europe. Thereafter, the doctrine / scholars gained the self-confidence to envision a more original and national administrative law to be built on the jurisprudence of the *Danıştay* (Turkish Council of State). Despite the dissolving and disintegrating effects of neo-liberalism in the past few decades, Turkish administrative judiciary and Turkish administrative law still constitutes an important part of social life.

Keywords Administrative law, history of administrative law, teaching of administrative law, administrative judiciary, Ottoman-Turkish modernization

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, halim.citak@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8355-4815.

Makale Geliş Tarihi: 11.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 25.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391686

GİRİŞ

Modern-demokratik devlet, dünya tarihi ölçeğinde son derece yeni bir fenomendir. Bu yeni fenomenin hukukî kavranışını ifade eden idare hukuku¹ da, kökleri antik çağa uzanan diğer hukuk dallarına nispetle hâlâ genç sayılır. Türkiye’de eşzamansız ve sathî bir iktibasla hayata gözlerini açan *hukuk-ı idare*, Erken Cumhuriyet döneminde ayaklarını yere basmış, 1961 Anayasası’ndan sonra ise kendi kimliğini kazanma yoluna girmiştir. Okuyacağınız çalışma, hâlihazırda neo-liberalizmin çözücü ve dağıtıcı tesirlerine maruz bulunan Türk idare hukukunun serencamına dair değerlendirmeler sunmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda öncelikle idare hukukunun hangi koşullarda ve ne gibi esaslar dâhilinde ortaya çıktığı izah edilecek, akabinde sırasıyla İmparatorluk ve Cumhuriyet dönemlerinde Osmanlı-Türk idare hukukunun teşekkülü ve gelişiminin ana hatları, konuya ilişkin monografilere atıfla çizilecektir. Çalışmanın son kısmında ise Türk idare hukukunun insicamını ve iç tutarlılığını bozan neo-liberal etkiler ortaya konacak ve alanın geleceğine ilişkin kimi öngörülerde bulunulacaktır.

I. YENİ BİR FENOMEN, YENİ BİR HUKUK

Orta Çağ’da Fransa, bugün devlet tarafından *egemen* sıfatıyla üstlenilmesine aşına olduğumuz yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları açısından hayli dağınık bir manzara arz ediyordu. Bununla birlikte, gerek feodal beyler (*seigneurs*) gerekse şehirlerdeki yerel otoriteler (*autorités municipales*), ortak yarar (*bien commun*) ekseninde, özel hukuktan ayrılan başka bir hukukun temellerini atmaya başlamışlardı.² Kamusal işlevlerin tek elde toplandığı mutlak monarşi ise, çağdaş Fransız devletinin gövdesini teşkil eden karmaşık bürokrasiyi yarattı. Artık *idare* (*administration*) kelimesinden, muayyen bir organ ve faaliyet olarak, yürütmenin teknik boyutu anlaşılıyordu.³ Adliye-idare ayrımı da ilk kez bu devrede; adalet dağıtmakla görevli *parlement*’ları, aktif idareyi bağlayacak kararlar vermekten men eden *Saint-Germain-en-Laye Fermanı* (1641) ile kendini gösterdi.⁴ Bundan böyle idarî ihtilaflar, bizzat idare tarafından (taşrada *intendant* adı verilen memurlar, merkezde ise krala

¹ Bu çalışmada *idare hukuku* ifadesi, Anglo-Sakson sistemindeki *administrative law* anlamında değil, Türkiye dâhil olmak üzere Kıta Avrupası ve Akdeniz Havzası’nda idarî rejimi benimseyen ülkelerin mensup bulunduğu *droit administratif* geleneğini karşılamak üzere kullanılmıştır.

² Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, s. 281-283.

³ Katia Weidenfeld, *Histoire du droit administratif du XIV^e siècle à nos jours*, Economica, Paris, 2010, s. 271-272; Mestre, s. 165-167.

⁴ François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, s. 34; Weidenfeld, s. 15-16.

danışmanlık yapan *Conseil d'État* marifetiyle) ve yarı-yargısal bir usûl dairesinde çözümlenecekti.⁵

Fransız İhtilâli, *Eski Rejim'e* (*Ancien régime*) ait birçok mefhumu ortadan kaldırmasına rağmen, adliye-idare ayrımı prensibini sürdürdü.⁶ Millî Kurucu Meclis (*Assemblée nationale constituante*) tarafından çıkarılan ve hâlâ yürürlükte bulunan 16-24 Ağustos 1790 tarihli Adliye Teşkilatı Hakkında Kanun'un 13. maddesi,⁷ daha sonra içi idare hukuku ile doldurulacak o büyük boşluğu şöyle yaratıyordu: “*Adli işlevler, idarî işlevlerden farklıdır ve daima ayrı kalacaktır. Aksi suç teşkil etmek üzere, yargıçlar, ne suretle olursa olsun idarî mercilerin faaliyetlerine karışamaz; idarecileri, vazifeleri sebebiyle önelerine celp edemez*”. İdarî uyuşmazlıklar, mahkemeler eliyle değil, hiyerarşik üstlere yapılacak başvuru ve şikâyetler yoluyla, yine idare tarafından giderilecekti. İhtilâl idaresini yargı denetiminden kurtararak kendi kendisinin yargıç (*administrateur-juge*) hâline getiren bu yaklaşım, zamanın ruhuyla uyumluydu. Zira ihtilâlciler kuvvetler ayrılığını; her ikisi de *genel iradenin* (*volonté générale*) temsilcisi olan yasamanın mutlak hâkimiyeti altında bulunmak üzere, esas itibarıyla yürütme ve yargının birbirine karışmaması şeklinde anlıyordu.⁸ İdare zaten seçilmişlerin (yasamanın) emrinde olduğu için idarî uyuşmazlıkların aktif idare tarafından çözülmesinde bir sakınca görülüyordu.⁹

Başını çektiği askerî darbe neticesinde evvelâ birinci konsül, daha sonra imparator konumuna yükselen Napoléon Bonaparte, Eski Rejim'in bazı müesseselerini ihtilâlin temel değerleriyle bağdaştırarak ihya etmeyi ve böylece yürütme erkini güçlendirmeyi hedefliyordu.¹⁰ İhtilâl sürecinde dağıtılmış bulunan *Conseil d'État*, 1799 Anayasası'nın 52. maddesi ile hükûmete danışmanlık yapmak ve idarî konularda ortaya çıkan güçlükleri gidermek üzere tekrar kuruldu.¹¹ Hemen akabinde, idarî ihtilâfları ilk derecede hâletmekle görevli *vilâyet kurulları* (*conseils de préfecture*) teşkil edildi. Alternatif bir yargı düzenini andıran bu yapı,

⁵ Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Presses Universitaires de France, Vendôme, 2002, s. 20-23.

⁶ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit administratif*, Ellipses, Poitiers, 2007, s. 54.

⁷ *Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire*.

⁸ Bu dönemde adliyenin idareyi yargılaması, onu idare etmesi, dolayısıyla millî iradeye ortak olması gibi algılanmış ve mutlak surette reddedilmiştir. Fransız idare hukuku literatüründe sıkça karşılaşılan “*idareyi yargılamak, aynı zamanda onu idare etmek demektir*” (*juger l'administration, c'est aussi et encore administrer*) ifadesi, söz konusu düşüncüyü özetlemektedir.

⁹ Bernard Pacteau, *Manuel de contentieux administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, s. 21; François Champion, *Le Tribunal des conflits et l'élaboration du droit administratif*, Thèse de doctorat, Université François Rabelais - École Doctorale de Droit, Tours, 2000, s. 35; Burdeau, s. 42.

¹⁰ Bigot, s. 49; Weidenfeld, s. 47; Burdeau, s. 65.

¹¹ Mezkûr 52. maddenin tam metni şu şekildedir: “*Conseil d'État, konsüllerin yönetimi altında, kanun ve kamu idaresi nizamnameleri tasarılarını hazırlamak ve idarî konularda doğan güçlükleri gidermekle görevlendirilmiştir*”.

organik anlamda idarenin içinde bulunmakla beraber aktif yönetime katılmıyor, yalnızca uyuşmazlık çözümüne eğiliyor ve yavaş yavaş idare hukukunu yaratmaya koyuluyordu. Yine bu dönemde idare hukuku ilk kez, kendine özgü bir disiplin / bilim dalı olarak monografik çalışmalara konu ediliyordu.¹²

Vilâyet kurulları, ihdas edildiği tarihten beri, başka hiçbir makamın tasdikine tabi olmaksızın karar verebilmekteydi.¹³ Conseil d'État tarafından hazırlanan karar taslakları ise, pratikte ilâm gücüne sahip olmakla beraber, ancak Devlet Başkanınca onaylandıktan sonra karar vasfını kazanabiliyordu.¹⁴ Üçüncü Cumhuriyet'in ilanından sonra çıkarılan 24 Mayıs 1872 tarihli Kanun, idare hukuku doktrininde *tutuk adalet (justice retenue)* şeklinde anılan bu uygulamayı ortadan kaldırarak, Conseil d'État'ın doğrudan doğruya ve Fransız halkı adına karar verebildiği *bağımsız adalet (justice déléguée)* esasını getirdi.¹⁵ Yani kelimenin tam manasıyla bir idarî yargı ortaya çıkmıştı. Aynı Kanun, Uyuşmazlık Mahkemesini (*Tribunal des conflits*) de kurarak, doğan bu yeni yargı kolunun görev alanını (ve dolayısıyla idare hukukunun mevcudiyetini) teminat altına almıştı.¹⁶ Böylece literatürde *idare hukukunun altın devri (la belle époque du droit administratif)* adı verilen dönem başlamış oluyordu.¹⁷

Yaklaşık yarım asrı bulan bir periyodun (1870'ler - 1920'ler arası) idare hukuku açısından altın devir¹⁸ olarak görülmesinin sebeplerini iyi anlamak gerekir. Her şeyden önce idare, artık gerçek anlamda yargısal denetime tabi tutuluyordu. Gelişen idarî dava türleri sayesinde idarenin hukuka uygunluğuna (*légalité administrative*) ve sorumluluğuna (*responsabilité administrative*) ilişkin esaslar belirginleşmekteydi. Uyuşmazlık Mahkemesi de, meşhur *Blanco* kararıyla, ferdi menfaatlerle kamu yararı arasındaki çatışmaları düzenleyen idare hukukunun, yalnızca ferdi menfaatler arası ihtilafları çözmeye yönelik özel hukuktan bağımsız / otonom bir alan olduğunu tescil etmişti.¹⁹ Daha genel ve daha

¹² Renaut, s. 100-105.

¹³ Christian Gabolde/ Claude Piernet, "Pluviose An VIII: Les débuts du Conseil de Préfecture", 3^e Année, No: 14 (Mars-Avril 1950), La Revue administrative, s. 142.

¹⁴ René Chapus, Droit administratif général (Tome: I), Montchrestien, Paris, 2001, s. 751.

¹⁵ Weidenfeld, s. 79; Burdeau, s. 200; Celal Erkut, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, s. 27.

¹⁶ Bigot, s. 178-179. Hâlihazırda Fransız Anayasa Konseyi (*Conseil constitutionnel*) ve onu takiben Conseil d'État, müstakil bir idarî yargı düzeninin varlığını *cumhuriyet kanunlarınınca tanınan temel ilkeler* arasında sayarak anayasal değerde görmektedir. Martine Lombard/ Martine Dumont/ Jean Sirinelli, Droit administratif, Dalloz, Paris, 2017, s. 6-7; Gustave Peiser, Droit administratif, Dalloz, Paris, 2014, s. 20; Yves Gaudemet, Droit administratif, LGDJ, Paris, 2015, s. 64.

¹⁷ Renaut, s. 109.

¹⁸ Aynı dönem, *çiçeklenme / çiçek açma (floraison)* şeklinde de adlandırılmaktadır. Burdeau, s. 199.

¹⁹ Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*. Marceau Long/ Weil Prosper/ Guy Braibant vd., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris,

belirleyici olgu ise şuydu: Eski Rejim'i canlandırmaya yönelik birkaç savrulmadan (Birinci İmparatorluk, Restorasyon, Temmuz Monarşisi ve İkinci İmparatorluk) sonra Üçüncü Cumhuriyet, 1789 İhtilâli'nde doğan değer ve ilkelerin nihaî olarak benimsenmesini sağlamıştı.²⁰ Dönemin kolektivist, solidarist, seküler ve pozitivist iklimi, o zamana dek salt egemenlik / kudret olarak tasavvur edilen devletin, *kamu hizmeti* kavramı eşliğinde sorgulanmasına ve yeniden-kurgulanmasına yol açmıştı. Başta Maurice Hauriou ve Léon Duguit olmak üzere birçok hukukçu-düşünür, kamu hukukunu (ve dolayısıyla idare hukukunu) kendi içinde tutarlı bir sistem olarak inşa etmeye girişmişlerdi.²¹

Fransa'da doğan idarî rejim, Türkiye dâhil olmak üzere, Kıta Avrupası ve Akdeniz Havzası'nda genel kabul görmüş durumdadır. Yargı ayrılığına ve özel hukuktan bağımsız bir idare hukuku fikrine dayanan idarî rejimin bu derece örnek alınması ve yaygınlık kazanmasında Napoléon Bonaparte'ın fetihlerinden ziyade, Üçüncü Cumhuriyet'in ruhu etkili olmuştur. Zira yukarıda değinildiği gibi bu dönemde idare hukuku, henüz teşekkül etmekte olan modern devleti büyük ölçüde kavramış ve onun bireylerle kuracağı (yahut kurması beklenen) ilişkiyi, dengeli ve başarılı bir biçimde tanzim etmiştir. Sonraki dönemlerde atlattığı -ve el'an içinde bulunduğu- birçok krize ve sarsıntıya rağmen, Fransız idare hukuku bugün hâlâ altın devirde ortaya konan esaslar sayesinde ayakta durmaktadır.²²

II. EŞZAMANSIZ VE SATHÎ BİR İKTİBAS

Osmanlı İmparatorluğu'nun birçok alanda gelişme kaydeden Avrupa devletleri karşısında eski kudret ve nüfuzunu kaybetmesi, devlet ricâlini acil çözümler geliştirmeye sevk etmiştir. On sekizinci yüzyılın sonundan yirminci yüzyılın ilk çeyreğine uzanan ve ardı arkası kesilmeyen reformlar, söz konusu çare arayışının tezahürüdür. Merkezî-rasyonel bir bürokrasinin ve idare cihazının iskeleti, işte bu süreçte ortaya

2017, s. 1-7. Neredeyse bütün genel eserlerde atıfta bulunulan bu karar, doktrinde "*idare hukukunun big bangi*" olarak nitelendirilmektedir. Jean-François Lachaume, "La définition du droit administratif", *Traité de droit administratif* (Tome: 1), Pascale Gonod/ Fabrice Melleray/ Philippe Yolka (ed.), Dalloz, Paris, 2011, s. 102.

²⁰ Başak Bıçak, *Fransa'da Üçüncü Cumhuriyet Dönemi ve Türk Modernleşmesine Yansımaları*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2013, s. iv.

²¹ Hugh Stuart Jones, *The French State in Question: Public Law and Political Argument in the Third Republic*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, s. 206; Rukiye Akkaya, "Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa'da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar", C. VII, S. 3-4, 2003, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 149-151.

²² Bu çalışmada esas itibarıyla Türk idare hukuku ele alınacağı için Fransız idare hukukuna dair güncel tartışmalara müteakip başlıklarda, Türkiye açısından önem arz ettiği kadarıyla değinilecektir.

çıkıştır. Çağdaş anlamıyla idarî yargının prototipi sayılabilecek kurumlar da aynı süreçte görünür olmuştur.

Türkiye, siyasî otoriteye (hükümdara) danışmanlık ve yöneticilerin denetlenmesi işlevleri bakımından köklü bir geleneğe sahiptir. Bununla birlikte, modern idare hukukunu yaratan müesseselerle eşzamansız ve sathî bir ıktibas neticesinde tanışmıştır. İktibasın eşzamansız ve sathî oluşu, bilhassa Tanzimat sonrası döneme hâkim bulunan aceleci ve fakat kararsız-ıkcırcıklı ruh hâlınden kaynaklanmaktadır.

A. İDARİ REJİMİN ZEMİNİ: ÖRFİ HUKUK VE DEF' -İ MEZÂLİM İŞLEVİ

İslâmiyet öncesi Türk devletlerinde hükümdarın (han, hakan veya kağanın), törede değişiklik yapmak gibi önemli kararlar verirken topladığı *Toy* yahut *Kurultay* adı verilen meclisler bulunmaktaydı. Erken Orta Çağ Avrupası'ndaki *Curia Regis*'i andıran bu meclisler, dönemin siyasî otoritesi üzerinde bir nevi danışma ve denetim işlevi görüyordu.²³ İslâmiyet'in benimsenmesi ve batıya ilerleme sürecinde bu meclisler, Arap-Fars kültürünün etkisiyle *divan*lara dönüştü. Zaman ilerledikçe sayıları ve türleri artan bu divanlar arasında idarenin denetimi açısından en çok önem arz eden, Selçuklular'da *Divân-ı Mezâlim* ismini alan yapıdır.²⁴ Çoğu zaman bizzat Sultan'ın riyasetinde toplanan bu divan, günümüzde adlı yargının görev alanına giren bazı ihtilafların yanı sıra; yöneticilerin halka yaptıkları zulümler, vergilerin toplanmasında ortaya çıkan haksızlık ve yanlışlıklar, maaşların hatalı ödenmesi, taşınmaz mallara el konulması ve memurların yargılanması gibi idarî sayılabilecek konularda doğan uyumsuzlukları çözme görevini de üstlenmekteydi.²⁵

İlk Müslüman-Türk devletlerinde *Divân-ı Mezâlim* müessesesiyle kendini gösteren *yönetilenlerin uğradığı haksızlıkları ortadan kaldırma*, yani *def-i mezâlim* işlevinin izi, Osmanlı İmparatorluğu'nun klâsik dönemi boyunca, tek bir divanda toplanmak yerine muhtelif mercilere dağıtılarak çeşitlendirilmiş ve derecelendirilmiş *şikâyet* mekanizması aracılığıyla sürülebilir.²⁶ Halk, merkezde Padişah nezdinde kurulan *Divân-ı Hümayûn* yer almak üzere; sadrazam, vezir yahut beylerbeyi katında teşkil edilen

²³ İbrahim Kafesoğlu, Türk Millî Kültürü, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1997, s. 249; Halil Cin/ Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2015, s. 26; Belkıs Konan, Osmanlı Devleti'nde İdarî Yargının Gelişimi, Statü Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 18-20. *Curia Regis* hakkında ayrıca bkz. Onur Karahanoğulları, Türkiye'de İdarî Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 22.

²⁴ *Mezâlim* kelimesi sözlükte “zalimin elinde bulunan başkasına ait nesne, kişinin kendisinden zulmen alındığından şikâyetçi olduğu şey, mazlum hakkı” anlamına gelen *mazlime* kelimesinin çoğuludur. Celal Yeniçeri, “Mezâlim”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 29, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2004, s. 515.

²⁵ Yeniçeri, s. 517; Konan, s. 20-22.

²⁶ Karahanoğulları, 2005, s. 51; Murat Tuğluca, Osmanlı'da Devlet - Toplum İlişkilerinin Açık Alanı: Şikâyet Mekanizması ve İşleyiş Biçimi (1683-1699), Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, Ankara, 2010, s. 1.

divanlara *arz-ı hâl* ve *arz-ı mahzar* adı verilen şikâyet dilekçeleri sunabilmekteydi. Böylece hükümdar, kendisi adına otorite kullanan görevlilerin gerçekleştirdiği haksızlıkları sonlandıracak / telafi edecek hükümler verme ve tebaanın huzursuzluğunu giderme imkânı buluyordu.²⁷ Şikâyet mekanizmasının işletilmesi yahut re'sen başlatılan teftişler sonucunda Padişah tarafından çıkarılan *adaletnameler* de, yöneticilerin işlediği haksızlıkların önlenmesinde son derece etkili bir rol oynuyordu.²⁸

Tam bu noktada, Fransız hukukunun henüz Eski Rejim'de yaşadığı ve bilahare yargı ayrılığına dönüşen adliye-idare ayrımına benzer bir yarılmının, Osmanlı İmparatorluğu'nun klâsik döneminde de yaşandığı dikkatlerden kaçmamalıdır. Hayata dair pratik sorunları Kur'an ve Sünnet gibi dinî kaynaklardan hareketle çözmeye yönelen fıkıh; bugün özel hukukun alanına giren evlilik, mülkiyet, veraset yahut ticaret gibi konularda (*münâkehât* ve *muamelât*) oldukça somut-detaylı hükümler içerir. Günümüzde kamu hukuku tarafından kavranan devlet iktidarının teşekkülü, organizasyonu ve yönetimi gibi meselelerde ise, adalet yahut istişare gibi soyut-genel ilkeler ve az sayıda ceza hükmü (*ukûbât*) hariç olmak üzere, dünyevî otoritelerin düzenlemesine bırakılan dev bir boşluk (*siyâset-i şer'iyye*) söz konusudur.²⁹ Osmanlı İmparatorluğu'nda *şer'i hukuk - örfî hukuk* ayrımını yaratan bu durum, hâlihazırda idare hukukunu ilgilendiren uyuşmazlık ve sorunların, klâsik dönemde kadıların temsil ettiği genel yargı / adliye vasıtasıyla değil, doğrudan doğruya yöneticiler tarafından çözülmesi sonucunu doğurmuştur.³⁰

Uzun yıllar nişancılık, eyalet valiliği ve muhafızlık gibi görevlerde bulunan Abdurrahman Abdi Paşa (ölümü 1103/1692), tedvin ettiği kanunnamede (1087/1671),³¹ kadıların yalnızca şer'i hükümleri uygulamakla görevli olduğunu belirtir. Ülkenin düzeni (*nizam-ı memleket*), reâyânın geçim kaynaklarının muhafaza edilmesi (*hıfz-ı harâset-i raiyyet*) ve siyasete dair işler ise *vükelâ-yı devlete* havale edilmek mecburiyetindedir. Yani kadı, kendisine şer'i hukuk (bugünkü özel hukuk ve ceza hukukunun bir kısmı) dışında kalan herhangi bir konuda şikâyet ulaştığında, dilekçeyi asıl hüküm sahibi olan idarecilere iletacaktır.³²

²⁷ Halil İnalçık, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adâlet*, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 49-74.

²⁸ İnalçık, s. 75-128.

²⁹ Hayrettin Karaman, "Fıkıh", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 13, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1996, s. 1-14; Yunus Apaydın, "Siyâset-i Şer'iyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 37, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2009, s. 299-304.

³⁰ İnalçık, s. 27-48.

³¹ Dönemin hukukunu derleyen bu önemli eser Latin harflerine aktarılarak günümüz okuyucusunun istifadesine sunulmuş durumdadır: Abdurrahman Abdi Paşa Kanunnâmesi, Ahmet Arslantürk (haz.), Okur Kitaplığı, İstanbul, 2013.

³² Karahanoğulları, 2005, s. 50-51; Sıddık Sami Onar, "Türkiyede İdarenin Kazâi Mürakabesi", C. 1, S. 1, 1935, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 25; Fahri Çetin Derin, "Abdi Paşa, Nişancı", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm*

Nakledilen bu örnek, Osmanlı İmparatorluğu'nun klâsik döneminde Fransa'daki adliye-idare ayırımına benzer bir yarılmanın mevcut bulunduğunu ortaya koymanın yanında, devletin ve hukukun modernizasyonu sürecinde neden Fransız tecrübesine müracaat edildiğini de açıklamaktadır.

B. MODERNLEŞME ÇABALARI: TANZİMAT MECLİSLERİ VE ŞÛRÂ-YI DEVLET

Şehzâdeliğinde XVI. Louis ile mektuplaştığı bilinen III. Selim (1761-1808), değişen dengeler karşısında artık Batı'ya başka bir gözle bakılması gerektiğini düşünen ilk Osmanlı hükümdarıdır. Büyük ölçüde başarısızlığa uğramasına rağmen, III. Selim'in uygulamaya çalıştığı *Nizam-ı Cedid* programı, birkaç on yıl sonra gerçekleştirilecek daha kapsamlı reformların habercisi niteliğindedir. Ordunun ıslah edilmesi, ülkenin mülki açıdan bölünmesi, vergilendirmede kanunilik prensibinin getirilmesi ve Avrupa'nın önemli başkentlerinde ilk daimi elçiliklerin kurulması gibi hususları içeren program, ülkede modern devletin ana hatlarını çizmeye yönelmiştir. Tahtta kaldığı süre zarfında III. Selim'e yol göstererek adı konmamış bir şura gibi çalışan *nizam-ı cedid ricâli* ise, üstlendiği danışma ve denetim işlevi bakımından Tanzimat meclislerine fikrî temel oluşturmuştur.³³

II. Mahmud, saltanatı boyunca (1808-1839) hayata geçirdiği yeniliklerle,³⁴ devletin değişim iradesini daha güçlü bir şekilde ortaya koymuştur. Halefi Abdülmecid tahta geçer geçmez ilan edilen Tanzimat Fermanı (3 Kasım 1839) ise, gösterilen değişim iradesine genel bir çerçeve kazandırmıştır. Başlayan yeni dönemde idarenin denetimine mahsus mahkeme-benzeri yapıların kurulması, yargı ayrılığının öncüsü olan *tefrik-i mesâlih* (adliye-idare ayırımı) düşüncesinin, örfi hukuk zemini üzerinde yeşermesini sağlamıştır. Merkezîleşme ve modernleşme

Ansiklopedisi, C. 1, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1988, s. 74-75.

³³ Erik-Jan Zürcher, *Turkey: A Modern History*, I. B. Tauris, London, 2004, s. 21-22; Stanford Shaw, *Between Old and New: The Ottoman Empire Under Sultan Selim III*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, s. 87; Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996, s. 43-44.

³⁴ II. Mahmud'un ülkede modern bir idare cihazının oluşturulması bağlamında attığı başlıca adımlar, şöyle özetlenebilir: Kamusal faaliyetlerin bakanlıklar (nezâretler) hâlinde teşkilatlanması, memurların kılık kıyafetine dair standartlar getirilmesi, kapıkulu sistemine büyük ölçüde son verilmesi, devlet görevlilerinin cezaî sorumluluğu bakımından kanunilik ilkesini öngören 1838 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin çıkarılması, Yeniçeri Ocağı'nın kaldırılması, ilk defa nüfus sayımının yapılması, posta teşkilatının ihdas edilmesi, pasaport düzenlemesi, ilköğretimin mecburî tutulması, *Takvim-i Vekâyî* isimli bir gazete kurulması, davaların resmî mahkeme binalarında görülmeye başlanması ve müsâdere usulünün sona erdirilmesi. Bozkurt, s. 44-46; Karahanoğulları, 2005, s. 67.

sürecinin lokomotifi olan yürütmeyi, dış müdahaleye açık bulunan nizamiye mahkemelerinden ve ulemanın kontrolündeki şer'î mahkemelerden koruma kaygısı, Britanya modeli yerine Fransa - Kıta Avrupası modelinin (idarî rejimin) tercih edilmesinde etkili olmuştur.³⁵ Bununla birlikte Osmanlı devlet ricâli, adliye-idare ayrımını benimserken, Fransa'da olduğu gibi sadece *idareyi adliyeden korumak* değil, aynı zamanda *adliye-i idareden korumak* maksadını da gütmüştür. Osmanlı tecrübesinde göze çarpan bu ilave amaç, yeni kurulan ve seküler bir hukuk uygulayan adlî yargı yerlerinin (nizamiye mahkemelerinin) bağımsız ve düzenli bir şekilde çalışmasını temin etme endişesinin dışavurumudur.³⁶

Osmanlı İmparatorluğu'nda idarî yargının doğrudan atası sayılabilecek ilk yapı, *temsili taşra meclisleri* yahut *mahallî meclislerdir*.³⁷ Şikâyet edilen kamu görevlileri hakkında inceleme yaparak görevden uzaklaştırma, tenzil-i rütbe, haksız işlemin düzeltilmesi ve maaş kesintisi gibi kararlar verebilen bu yapı, daha sonra *vilâyet idare meclisleri* adını almıştır. İdare-i Umumiye-i Vilâyet Nizamnamesi (22 Ocak 1871), bu meclisler tarafından idare işlerine ait davalardan doğan uyuşmazlıklar ve şikâyetler üzerine verilen hükümlerin, başka herhangi bir makamın izni yahut tasdiki olmaksızın uygulanabileceğini öngörmüştür. Yani Türkiye'de bağımsız adalet anlayışı, Fransa'da olduğu gibi, öncelikle taşrada kendini göstermiştir.³⁸ Kanun-u Esasî'de (1876) açıkça düzenlenen bu meclislerin işlevi, İdare-i Umumiye-i Vilâyât Kanun-u Muvakkatı (26 Mart 1913) ile daha yargısal bir mahiyet kazanmıştır. Yakın zamana kadar il ve ilçe idareleri bünyesinde ilk derece idarî yargı yeri olarak görev yapan *idare kurulları* da, vilâyet idare meclislerinden köken almıştır.³⁹

Tanzimat döneminin başında padişahın birtakım yetkilerini paylaştığı merkezi bir devlet organı olarak göze çarpan *Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*, başka birçok görevinin yanı sıra, idareye yönelik şikâyetlerin çözülmesi ve kamu görevlilerinin denetlenmesi bakımından temsili taşra meclislerinin üst mercii olma vazifesini de yerine getirmiştir.⁴⁰ Taşrada başlayan tefrik-i mesâlih (adliye-idare

³⁵ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları (Cilt: 1), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 88.

³⁶ Karahanoğulları, 2005, s. 99 ve 139-140.

³⁷ Karahanoğulları, 2005, s. 71-94; Konan, s. 49-66.

³⁸ Süheyp Derbil, İdare Hukuku (Cilt: 1), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1948, s. 139.

³⁹ 06.01.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesi; idarî uyuşmazlıklar bakımından il ve ilçe idare kurullarının (bunlarla birlikte idare içinde yargısal işlev gören diğer kurul veya komisyonların) yargı yetkisine son vermiş ve söz konusu uyuşmazlıkları ilk derecede çözümlenmekle görevli idare ve vergi mahkemelerini ihdas etmiştir.

⁴⁰ İlber Ortaylı, Türkiye Teşkilât ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008, s. 408; Karahanoğulları, 2005, s. 113; Konan, s. 68-81.

ayrımı) doğrultusunda⁴¹ bir dizi değişiklik geçiren bu müessesenin bünyesinden, 1868 yılında *Şûrâ-yı Devlet* çıkmıştır.⁴² Şûrâ-yı Devlete; yasama ve yürütme faaliyetlerine dair muhtelif istişarî görevlere ilaveten, hükümet ile kişiler arasındaki davaların görülmesi ve memurların muhakemesi gibi yargısal görevler de verilmiştir.⁴³ İşte bu yargısal görevler, aktif idarenin içinde uyumsuzluk çözümüne yönelik özelleşmiş bir yapının oluştuğuna ve idarî yargının ufukta belirdiğine işaret etmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk anayasası olan Kanun-u Esasî (1876), hükümet ile kişiler arasındaki davaların genel mahkemeler tarafından görüleceğini düzenlemek suretiyle⁴⁴ Şûrâ-yı Devletin yargısal görevlerinden birini ortadan kaldırmıştır. Rivero bu hadiseyi, oryantalist bir bakışla, II. Abdülhamid'in otokrat yönetim anlayışına bağlamaktadır.⁴⁵ Hâlbuki Kanun-u Esasî'nin kaleme alınması ve ilanı esnasında henüz sözü edilen istibdat devri başlamamıştı (II. Abdülhamid yeni tahta çıkmıştı). Dahası, salt bu düzenlemeden hareketle tefrik-i mesâlih fikrinin terk edildiği yahut idarî yargının gelişimine set çekildiği neticesini çıkarmak zaten doğru değildir. Zira Şûrâ-yı Devlet, Kanun-u Esasî sonrası dönemde dahi; bireysel şikâyetler, memurların azledilmesi, vergi itirazları yahut vilâyet idare meclisi kararlarının denetimi gibi birçok alanda yargısal mahiyet arz eden kararlar vermiştir.⁴⁶ Başka bir deyişle Şûrâ-yı Devlet, başta memurların yargılanması olmak üzere, geri kalan görevleri vasıtasıyla idareyi denetleme fonksiyonunu devam ettirmiş -ve hatta- güçlendirmiştir.⁴⁷ Bununla birlikte, Osmanlı devri sona erene kadar, merkezde tutuk adalet anlayışı terk edilememiştir. Herhangi bir meselenin Şûrâ-yı Devlete taşınabilmesi için Sadâret (Sadrazamlık, Başbakanlık) izni aranmış, ayrıca Şûrâ-yı Devletin söz konusu mesele üzerine vereceği karar ancak yine Sadâret onayı ve Padişah iradesiyle bağlayıcılık kazanabilmiştir.⁴⁸ Türkiye'de gerçek anlamda bir idarî yargının ortaya çıkması için, Fransa'da olduğu gibi, Cumhuriyet rejimini beklemek gerekecektir.

⁴¹ Sultan Abdülaziz'in, Şûrâ-yı Devletin 10 Mayıs 1868 tarihindeki resmî açılış töreni nutkunda kullandığı şu ifadeler, adliye-idare ayrımı düşüncesini yansıtmaktadır: “*teşkilât-ı cedide, kuvve-i icrâiyenin, kuvve-i adliye, dîniye ve teşriiyeden tefriki esasına müsteniddir*”. Orhan Özdeş, “Danıştayın Tarihçesi”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 55.

⁴² Fethi Gedikli, Şûrâ-yı Devlet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 5-7; Özdeş, s. 51-57. *Şûrâ-yı Devlet*, iki Arapça kelimeden müteşekkil Farsça bir tamlama olup Fransızca *Conseil d'État* ibaresinin harfi harfine tercüme edilmiş hâlidir. Gedikli, s. 5.

⁴³ Gedikli, 2018, s. 427-470.

⁴⁴ Madde 85, ikinci cümle: “*Eşhas ile hükümet beynindeki dâvalar dahi mehâkim-i umûmiyeye aittir*”.

⁴⁵ Jean Rivero, “Droit administratif en France et à l'étranger”, Pages de doctrine (Tome: II), LGDJ, Paris, 1980, s. 478.

⁴⁶ Karahanoğulları, 2005, s. 180-184.

⁴⁷ Onar, 1966, s. 89; Karahanoğulları, 2005, s. 166-167.

⁴⁸ Gedikli, s. 471.

Kanun-u Esasî'nin akabinde idarî rejime doğru yol alındığını gösteren başka bir olgu, adliye ile idare arasındaki muhtemel görev uyuşmazlıklarını çözecek bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmasıdır. Şûrâ-yı Devlet bünyesinde bir destek birim / yan daire olarak 1886 yılında kurulan *Encümen-i İhtilâf* (diğer adıyla *İhtilâf-ı Mercî Encümeni*), adliye-idare ayrımını korumakla görevlendirilmiştir. Şûrâ-yı Devlet reisinin başkanlığında üçü Şûrâ-yı Devletten, üçü de Mahkeme-i Temyîzden (adli yargının üst mahkemesi) seçilen üyelerle teşekkül eden bu merci, günümüzdeki Uyuşmazlık Mahkemesinin ilk örneği olarak faaliyette bulunmuştur.⁴⁹

C. PREMATÜRE DOĞUM: *HUKUK-I İDARE*⁵⁰

Osmanlı İmparatorluğu'nun içine girdiği modernleşme süreci, yapılan reformları uygulama kabiliyetine sahip görevlilerin / bürokratların yetiştirilmesi ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Batılı anlamda hukuk öğretimi verecek kurumlara zemin hazırlayan *Mekteb-i Maarif-i Adliyye* (1839), *Mekteb-i Ulûm-ı Edebiyye* (1839) ve *Mekteb-i Mülkiyye* (1859) gibi okullar, işte bu ihtiyacın neticesi olarak doğmuştur.⁵¹ *Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye*⁵² içerisinde faaliyet gösteren *Kavânin ve Nizamât Dershanesi* (1870) ile *Darülfünun-ı Sultanî*⁵³ bünyesinde açılan hukuk şubesi (1874), yeni bir hukuk öğretimine yönelik ilk teşebbüslerdir.⁵⁴ Bu

⁴⁹ Carter Vaughn Findley, *Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire: The Sublime Porte, 1789-1922*, Princeton University Press, Princeton, 2012, s. 249; Ali Akyıldız, “Şûrâ-yı Devlet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 39, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2010, s. 238.

⁵⁰ Çalışmada *hukuk-ı idare* tabiri, alana ilişkin Osmanlı ve Cumhuriyet dönemi doktrinini / literatürünü birbirinden ayırmak için kullanılmıştır. Aynı yöntem için bkz. Nazile İrem Yeşilyurt, *Türkiye’de İdari İşlem Kuramı: İdare Hukuku Öğretisi Üzerine Tarihsel Bir Deneme*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 25.

⁵¹ Ali Adem Yörük, *Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 1-2; Ahmet Cihan, “XIX. Yüzyıl Osmanlı Türkiye’sinde İdare Hukuku Eğitimi ve Türk İdare Hukukçuları”, C. 12, S. 1-3, 1991, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 107-108.

⁵² *Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye*, hukuk ve ceza davalarının temyiz mercii (*Mahkeme-i Temyîz*) olarak, yukarıda bahsi geçen Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyyenin ikiye ayrılması neticesinde Şûrâ-yı Devlet ile aynı yıl (1868’de) doğmuş ve bugünkü Yargıtay’ın çekirdeğini oluşturmuştur. Mehmet Âkif Aydın, “*Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye*”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 9, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1994, s. 387.

⁵³ *Darülfünun-ı Sultanî*, Batılı anlamda bir üniversite girişimi olarak, esasen orta öğretim veren Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi’nin altyapısı üzerine kurulmuş ve 19. asrın son çeyreğinde faaliyet göstermiş bir yükseköğretim müessesesidir. Ekmeleddin İhsanoğlu, “*Dârülfünun*”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 8, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1993, s. 523.

⁵⁴ Yörük, s. 18-28; Cihan, 1991, s. 108.

kapsamda *hukuk-ı idare* ilk kez, 28 Ocak 1876 tarihli Darülfünun-ı Sultani Nizamnamesi'nde dördüncü sınıf dersi olarak öngörülmüş ancak çok kısa bir süre sonra ders programından kaldırılmıştır.⁵⁵

Hukuk öğretimine hasredilmiş ilk yükseköğretim müessesesi, Adliye Nezaretine bağlı olarak kurulan ve resmen 17 Haziran 1880'de açılan *Mekteb-i Hukuk* olmuştur.⁵⁶ Mekteb-i Hukukun müfredatına, 1882-1883 döneminden itibaren *hukuk-ı esasiyye* ve *hukuk-ı idare* konularını içeren *Hukuk-ı Siyasiyye-i Osmaniyye-i Dahiliyye* isimli bir üçüncü sınıf dersi konulmuştur. Bu dersi vermek üzere, Ahmed Cevdet Paşa'nın önerisiyle, devrin önemli aydınlarından, Şûrâ-yı Devlet geçmişi de bulunan Kemalpaşazâde Said Bey görevlendirilmiştir.⁵⁷ Yaklaşık on yıl sonra, programlarda *hukuk-ı idare* dersi tek başına görünür olmuştur.⁵⁸ İlerleyen zamanlarda nazırlık ve sadrazamlık gibi önemli mevkilerde bulunacak İbrahim Hakkı (Paşa)'nın Mekteb-i Hukukta bu dersi okuturken kaleme aldığı *Hukuk-ı İdare* isimli iki ciltlik eser (1891-1892), alanın ilk ders kitabı olarak tarihî önem arz etmektedir.⁵⁹

Hukuka aşına yöneticiler ve memurlar yetiştirmek amacıyla kurulan Mekteb-i Mülkiyyede, doğrudan *hukuk-ı idare* ismini taşımamakla birlikte, bu alana dair çeşitli konuları içeren derslerin istikrarlı bir şekilde verildiği görülmektedir. Mekteb-i Mülkiyyenin bir yükseköğretim kurumuna dönüşmesi üzerine, *usul-i idare* (idare usulü) yahut *usul-i idare-i umumiye ve idareye müteallik mevât* (kamu idaresi usulü ve idareye ilişkin konular) şeklinde adlandırılan ders, 1877 yılından itibaren müfredata girmiştir.⁶⁰ Sakızlı Ohannes Efendi (Paşa), söz konusu dersi okutmakla görevlendirilen ilk kişidir.⁶¹ Dönemin önde gelen entelektüelleri arasında yer alan bu zatın da Şûrâ-yı Devlet tecrübesine sahip olması dikkat çekicidir.⁶²

Tutuk adalet koşulları altında ve *ilave-i memuriyetle* üretilmiş⁶³ bir literatür olarak *hukuk-ı idare*, aynı yıllarda altın devrini yaşayan *droit administratif* geleneği ile karşılaştırıldığında, erken doğmuş bir bebek

⁵⁵ Mehmet Tevfik Özcan, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumlaşmasının Tarihçesi", C. 61, S. 1-2, 2003, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 116-117; Yeşilyurt, 2017, s. 31.

⁵⁶ Yörük, s. 38.

⁵⁷ Yörük, s. 74-75; Cihan, 1991, s. 115.

⁵⁸ Yörük, s. 85-90.

⁵⁹ Tekin Akilhoğlu, "*Hukuku İdare Üzerine*", C. 16, S. 2, 1983, Amme İdaresi Dergisi, s. 56; Yörük, s. 110; Cihan, 1991, s. 120-123.

⁶⁰ Cihan, 1991, s. 109; Yeşilyurt, 2017, s. 35.

⁶¹ Cihan, 1991, s. 109.

⁶² Cihan, 1991, s. 111-115.

⁶³ O dönemde üniversite kurumu tam anlamıyla teşekkül etmediği için bağımsız bir akademisyenlik mesleği de mevcut değildi. Mekteb-i Hukuk veya Mekteb-i Mülkiye'de ders veren hocalar, bu işi asıl memuriyetlerinin yanı sıra (ilave-i memuriyetle) üstleniyorlardı. Böyle bir yükseköğretim düzeninde kürsü yahut ekol oluşmasının ve derinlikli eserler ortaya konmasının imkânsızlığı ortadadır. Yörük, s. 95; Yeşilyurt, 2017, s. 63-76.

mesabesindedir. Derslerde kullanılmak üzere yazılmış (veya ders notlarından derlenmiş) on civarında kitaptan⁶⁴ oluşan bu literatür, idarenin denetimi konusunda özgün ve doyurucu bir teorik yapı inşa etmekten hayli uzaktır. Kitapların içeriği ekseriya, idarenin çeşitli alanlardaki teşkilat ve faaliyetini düzenleyen mevzuat hükümlerinin, herhangi bir yorumlama, soyutlama yahut sistemleştirme çabası gösterilmeksizin, didaktik bir üslûpla aktarılmasından ibarettir.⁶⁵ Nadiren yer verilen ilkesel açıklamalar ve konuların sıralanması bakımından ise, doğrudan doğruya Fransız yazarlardan çeviri yapıldığı görülmektedir. Örneğin İbrahim Hakkı'nın yukarıda sözü edilen *Hukuk-ı İdare* kitabının başlıkları, Jules Mallein'in *Considérations sur l'enseignement du droit administratif* adlı eserinde önerilen ders plânı ile neredeyse bire bir örtüşmektedir.⁶⁶ O günün Fransa'sında daha yeni ve daha nitelikli idare hukuku kitapları bulunduğu hâlde, *Hukuk-ı İdare*'nin yazımında tutuk adalet dönemi çalışmalarının referans alınması, İbrahim Hakkı'nın yarım asır geriden gelen (eşzamansız) Osmanlı pratiğine uygunluk kaygısı duyduğu şeklinde yorumlanabilir.⁶⁷

Bütün eksikliklerine rağmen, Osmanlı İmparatorluğu'nun son yıllarında kaleme alınan *hukuk-ı idare* eserleri, kamu hukuku - özel hukuk ayrımı, adliye - idare ayrımı ve kuvvetler ayrılığı gibi önemli kavramlara değinmektedir. Mesela Ahmed Şuayb; medenî ülkelerde biri hususî, diğeri ise umumî menfaatlerle işgal eden iki tür mahkeme (*mehâkim-i âdiye* ve *mehâkim-i idâre*) olduğundan söz etmektedir.⁶⁸ Bu yönüyle *hukuk-ı idare* derslerinin ve bu derslerde okutulan kitapların, kamu hukukunun bazı temel ilkelerini öğrencilere tanıtmaya işlevi gördüğü söylenebilir.⁶⁹ Bu öğrencilerin, bilahare Türkiye Cumhuriyeti'ni inşa edecek nesiller olduğu unutulmamalıdır.

III. TEORİK ZENGİNLEŞME

Türkiye tarihi, hukukî açıdan tam bir devamlılık hâlinindedir. Osmanlı İmparatorluğu zamanında konulmuş olup, bu satırların yazıldığı

⁶⁴ Söz konusu kitaplar; İbrahim Hakkı, Ali Ragıp, Kemalpaşazâde Said, Hacı Ahmed Reşid, İsmail Hakkı, Celal Derviş, Ahmed Şuayb, Mustafa Şeref ve Muslihiddin Âdil tarafından kaleme alınmıştır. Yeşilyurt, 2017, s. 37.

⁶⁵ Karahanoğulları, 2005, s. 192-196; Yeşilyurt, 2017, s. 46 ve 53-54.

⁶⁶ Jules Mallein, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Librairie de Henri Plon, Paris, 1857, s. 216-240; Tekin Akıllıoğlu, "Yönetim Hukukumuz ve Geleceği", Türk İdare Hukuku Sitesi, Yayınlanma Tarihi: 11.08.2004, (<https://www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm>), 19.08.2023 (s.e.t.); Yeşilyurt, 2017, s. 40-41.

⁶⁷ Aynı yönde: Yeşilyurt, 2017, s. 45.

⁶⁸ Ahmed Şuayb, *Hukûk-ı İdâre*, Ramazan Çağlayan (haz.), Akademisyen Kitabevi, Ankara, 2022, s. 11.

⁶⁹ Aynı yönde: Yeşilyurt, 2017, s. 62.

esnada hâlâ yürürlükte bulunan pozitif hukuk kuralları mevcuttur.⁷⁰ Günümüz idarî yargısının nüvesini teşkil eden kurumların yeni rejime intikali de aynı süreklilik içerisinde gerçekleşmiştir. Cumhuriyet'in erken döneminde (1961 Anayasası'na kadar), tevarüs edilen bu kurumlar geliştirilmiş ve idare hukukunun teorik temelleri atılmıştır.

A. İSTANBUL'DAN ANKARA'YA

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından 20 Nisan 1924'te kabul edilen yeni Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na (1924 Anayasası'na) değin, Kanun-u Esasi'nin 20 Ocak 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na (1921 Anayasası'na) aykırı olmayan hükümleri yürürlükte kalmıştır. Benzer şekilde, TBMM bünyesinde İcra Vekilleri Heyetinin kurulduğu 25 Nisan 1920 ile Ahmed Tevfik Paşa kabinesinin istifa ettiği 4 Kasım 1922 tarihleri arasında ülkede iki hükümet mevcuttur.⁷¹ Söz konusu *iki anayasalı* ve *iki hükümetli* evrede Ankara Hükümeti, taşra idaresine ve memur yargılamasına ilişkin mevzuatı uygulamaya devam etmiştir (dolayısıyla vilâyet idare meclisleri de varlığını sürdürmüştür). Şûrâ-yı Devlet diğer hükümetin kontrolünde kaldığı için, söz konusu mevzuatta Şûrâ-yı Devlete verilen görevlerin hangi merci tarafından yerine getirileceği meselesi, TBMM'nin ilk ayında gündeme gelmiştir. Uzun tartışmalar sonunda, 4 Temmuz 1921 tarihinde kabul edilen 131 sayılı Şûrâ-yı Devletin Memûrîn Muhâkemâtına Mûteâllik Vezâifinin Sûret-i İfâsı Hakkında Kanun ve ona eklemelerde bulunan 31 Aralık 1921 tarih ve 177 sayılı Kanun ile bu görevlerin TBMM üyelerinden seçilecek heyetlerce yapılması öngörülerek sorun çözülmüştür.⁷²

Bağımsız bir yargı yeri olmayışından hareketle, Osmanlı dönemi Şûrâ-yı Devletin işlevsizliği zannına kapılmak mümkündür. Ankara Hükümeti'nin kurulur kurulmaz, üstelik Millî Mücadele şartlarında Şûrâ-yı Devlet'in görevlerini ifa edecek bir merci bulma arayışına girmesi, bu zannın ne derece yersiz olduğunu göstermektedir. İstanbul'daki Şûrâ-yı Devlet, Paris'teki Conseil d'État'ya nazaran daha edilgen olmakla beraber, Osmanlı-Türk hukukunun ayrılmaz bir parçası hâline gelmeyi çoktan başarmış durumdadır. Vilâyet idare meclislerinin hiçbir kesintiye uğramaksızın çalışmaya devam etmesi de, ülkede idarî rejimin geri dönüşü olmayan bir tarzda benimsendiğini ortaya koymaktadır.⁷³

⁷⁰ Örneğin Meclis-i Mebusan tarafından 10 Haziran 1326 (23 Haziran 1910) tarihinde kabul edilen Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun, an itibarıyla yürürlüktedir.

⁷¹ Zeki Eraslan, "Cumhuriyet Türkiye'sine Geçiş Sürecinde Şûrâ-yı Devlet", Belleten, C. 85, S. 304, 2021, s. 1048 ve 1064; Ergun Özbudun, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti'nin Hukukî Niteliği", C. 1, S. 2, 1985, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, s. 483.

⁷² Eraslan, s. 1046-1063; Karahanoğulları, 2005, s. 206-210; Özdeş, s. 83-84.

⁷³ Eraslan, s. 1065; Karahanoğulları, 2005, s. 211-228.

B. BAĞIMSIZ ADALET

Bazı reformlar, lüzumu bilinse dahi, şartlar icabı derhal gerçekleştirilemez. Savaş ve rejim değişikliği gibi sarsıcı hâdiseler, evvelce gerekliliği dillendirilen ancak hayata geçirilemeyen reformların bir çırpıda kotarılabilmesi için imkân yaratır. Türkiye’de bağımsız adalet sayfasının açılması da bu şekilde olmuştur. Henüz 1918 yılında, Şûrâ-yı Devlet’in yapısı ve görevlerinde değişiklik yapılması gündeme gelmiş ve bu konuda yine Şûrâ-yı Devlet tarafından bir kanun tasarısı (*lâyiha*) hazırlanmıştır. Elli yıllık deneyim ışığında hazırlanan bu tasarıda; ilgililerin Şûrâ-yı Devlet’e doğrudan müracaat edebilmesi, şikâyetlerin yargısal yöntemlerle (iptal davası ve tam yargı davası formunda) incelenmesi, Şûrâ-yı Devlet kararlarının hiçbir onay yahut izne tabi olmaksızın bağlayıcılık kazanabilmesi ve müstakil bir *deâvî* (davalar) dairesi kurulması öngörülmüştür.⁷⁴ Tasarıda işaret edilen bütün hedeflere, ancak Cumhuriyet rejimine geçildikten sonra erişilebilmiştir.

İdarenin denetimi bakımından İstiklâl Harbi’nde benimsenen geçici yöntem, ilânihaye sürdürülemezdi. 1924 Anayasası’nın 51. maddesi, *idari davalara* bakmak üzere bir *Danıştay*⁷⁵ kurulacağını açıkça düzenledi. Yani *idari dava* terimi ilk kez pozitif hukukumuzda girerken, Danıştayın - idari görevlerinin yanında-⁷⁶ yargısal bir işlev de üstleneceği kesinleşmiş oldu.⁷⁷ Bu hüküm istikametinde çıkarılan 23 Kasım 1925 tarihli⁷⁸ ve 669 sayılı Kanun’un 48. maddesi,⁷⁹ söz konusu idari davalarda Danıştay tarafından verilecek hükümlerin, hiçbir makamın tasdikine muhtaç olmaksızın bağlayıcı olacağını öngördü. Aynı Kanun’un 22. maddesi⁸⁰

⁷⁴ Eraslan, s. 1033-1034; Karahanoğulları, 2005, s. 187-189.

⁷⁵ Orijinal metinde kurumun ismi, *Şûrâ-yı Devlet* şeklinde geçmektedir. 21 Aralık 1938 tarihli ve 3546 sayılı Kanun, terkibi Türkçeleştirerek *Devlet Şûrası* ifadesini kullanmıştır. 10 Ocak 1945 tarihli ve 4695 sayılı Kanun ise, daha radikal bir özleştirme yolunu tutarak, hâlihazırda bilinen *Danıştay* adını vermiştir. Herhangi bir karışıklığa mahal vermemek amacıyla, bu çalışmada Cumhuriyet döneminin tamamı için *Danıştay* kelimesi kullanılacaktır.

⁷⁶ Aynı maddeye göre Danıştay; hükümet tarafından hazırlanan kanun tasarıları, imtiyaz sözleşmeleri ve şartnameleri hakkında görüş bildirecektir (ayrıca maddede Danıştay üyelerinin TBMM tarafından seçileceği düzenlenmektedir). Sonraki madde (m. 52) ise, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçirilmesini amirdir.

⁷⁷ Karahanoğulları, 2005, s. 234; Hayrettin Yıldız, “İdare Hukukunun Kısa Tarihçesi”, C. 22, S. 4, 2018, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 216.

⁷⁸ İlk Danıştay üyeleri TBMM tarafından 23 Haziran 1927’de seçilmiş ve 6 Temmuz 1927’de göreve başlamışlardır. Lutfi Duran, “Atatürk Döneminde Danıştay”, C. 2, S. 3, 1981, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 19.

⁷⁹ Maddenin özgün hali şöyledir: “*İdari davalar hakkında Şûrayı devletten sadır olan hükümler hiç bir makamın tasdikına muhtaç olmaksızın lâzımülnifaz olup icra dairelerince alelûsul tenfiz olunur*”.

⁸⁰ Maddenin ilgili kısmının özgün hali şöyledir: “*idari makam ve heyetlerden sadır olan muamele ve kararlar hakkında salâhiyet ve şekil ve esas ve maksad cihetlerinden*

iptal davasını, 19. maddesi⁸¹ ise -adını koymadan- tam yargı davasını düzenlemişti. Nihayet 5 Mayıs 1929 tarihli ve 1426 sayılı Vilayet İdaresi Kanunu, iptal davalarını ilk derecede çözecek *vilayet idare heyetlerini* teşkil ederek, merkezde kurulan yeni sistemi taşraya taşıdı. Böylece Türkiye’de tutuk adalet dönemi sona eriyordu.⁸²

Yargı ayrılığı prensibi benimsenmiş olmasına rağmen, 1924 Anayasası’nda bu prensibi koruyacak üçüncü bir merci öngörülmemişti. İdarî yargı ile adli yargı arasında ortaya çıkan görev ve hüküm uyumsuzluğunun uygulamada sorun yaratması üzerine çıkarılan 9 Temmuz 1945 tarih ve 4788 sayılı Kanun, Uyuşmazlık Mahkemesini kurarak, Türkiye’de idarî rejimin bütün unsurlarını tamamlamış oldu.⁸³

Bağımsız adalet esası, kuvvetler birliği anlayışının henüz tamamen terk edilmediği 1924 Anayasası döneminde⁸⁴ bazı güçlüklerle karşılaşmıştır. Danıştay kararlarından hoşnut olmayan taraflar, bir nevi üst merci / kanun yolu gibi gördükleri TBMM’ye dilekçe yazmaya ve kararın değiştirilmesi yahut yeniden yargılama gibi talepler ileri sürmeye başlamıştır. Nihayet TBMM, 12 Nisan 1934 tarih ve 803 numaralı kararı⁸⁵ ile Danıştayın yargısal işleve sahip bağımsız bir mahkeme sıfatına sahip olduğunu açıkça ortaya koymuştur.⁸⁶ Yine bu dönemde bazı idarecilerin Danıştaydan çıkan hükümleri uygulamak istemediği, söz konusu direncin özellikle Başbakan İsmet İnönü’nün kararlı tavrı sayesinde kırıldığı anlaşılmaktadır.⁸⁷

Gerçek anlamda bağımsız mahkeme özelliğini yeni kazanmasına ve bu sebeple yüz yüze geldiği zorluklara rağmen Danıştay, 1924 Anayasası döneminde oldukça başarılı bir sınav vermiştir. Örneğin Fransa’da Conseil d’État, takdir yetkisinin yargısal denetimine, bağımsız adalete

birile kanuna veyahud nizama muhalefetten dolayı alâkadarlar tarafından ikame olunacak ibtal davaları”.

⁸¹ Maddenin ilgili kısmının özgün hali şöyledir: “*Rüyeti mehakimi adliyenin vazifesi haricinde bulunan mesail hakkındaki idarî muamelât ve mukarrerattan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından ikame olunan davalar*”.

⁸² Karahanoğulları, 2005, s. 210 ve 245; Yıldız, s. 218.

⁸³ Ayten Anıl, “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Kuruluş ve İşleyişi”, C. 47, S. 1, 1992, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 45.

⁸⁴ “*Teşri salâhiyeti ve icra kudreti Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder*” hükmünü (m. 5) içeren 1924 Anayasası’nın, parlamenter sistemin bazı unsurlarını bünyesinde barındırmasına rağmen, kuvvetler birliği fikrinden bütünüyle ayrıldığı söylenemez. Nitekim CHP programlarında “*Türk milletinin idare şekli kuvvetlerin birliği esasına müsteniddir*” ifadesi, 1947 yılına kadar varlığını korumuştur. Sedat Yazıcı/ Fatih Yazıcı, “Tarihsellik ve Kuramsallık Arasında: 1921 ve 1924 Anayasalarında Kuvvetler Birliği/Ayrılığı Tartışması”, Bilig, S. 59, Güz 2011, s. 237.

⁸⁵ Kararın özgün hali şöyledir: “*Devlet Şûrasının Deavi Dairesi, kazâi vazife gören müstakil mahkeme sıfat ve salâhiyetile mücehhezdir*” (17 Nisan 1934 tarih ve 2678 sayılı Resmî Gazete).

⁸⁶ Duran, 1981, s. 36-38.

⁸⁷ Duran, 1981, s. 27.

geçişten yaklaşık otuz yıl sonra verdiği *Grazietti* kararıyla,⁸⁸ kısmen başlayabilmiştir.⁸⁹ Buna mukabil, *Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası*'nın ilk sayılarından (1937 yılından) itibaren, takdir yetkisini yargısal denetime tabi tutan Danıştay kararlarına rastlamak mümkündür.⁹⁰ Kıta Avrupası'nda anayasa yargısının pek tanınmadığı, Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin henüz kurulmadığı bir dönemde, Danıştayın *anayasaya uygun yorum* yöntemini geliştirmiş olması da dikkat çekicidir.⁹¹

C. BİLİMSEL RESEPSİYON

Türk hukukunun modernleşmesi, medenî hukuk veya ceza hukuku gibi alanlarda, doğrudan doğruya ilgili ülke (İsviçre ve İtalya) kanunlarının iktibas edilmesi suretiyle gerçekleşmiştir. Kuralları herhangi bir *code* dâhilinde düzenlen(e)meyen, bu sebeple içtihadî karakter arz eden idare hukukunun bilgisine ise, ancak ilgili ülkede (Fransa'da) yargı kararlarının sistemli analizi neticesinde ortaya çıkan teorik birikimin (ilkelerin, kavramların, kategorilerin vb.) nakledilmesi yoluyla ulaşılabilir.⁹² Türkiye de idare hukuku açısından, *bilimsel resepsiyon* veya *kuramsal (teorik) resepsiyon* adı verilen bu yolu izlemiştir.⁹³

Cumhuriyet'in ilk birkaç on yılında idare hukuku doktrini, başta Fransa olmak üzere, Kıta Avrupası idare hukuku (ve genel olarak kamu hukuku) geleneğinin mevcut teorik birikimini; tetkik, tahkik ve yer yer tenkit ederek Türkçeye kazandırmıştır. Sembol ismi Sıddık Sami Onar⁹⁴ olan bu kuşak yazarlarının önceliği, özgünlükten ziyade, hâlihazırda üretilmiş bilgileri derlemek ve yarı-eleştirel bir üslup çerçevesinde

⁸⁸ Conseil d'État, 31 janvier 1902, *Grazietti*.

⁸⁹ Maurice Hauriou, "La fin de la catégorie des actes discrétionnaires", *Revue générale du droit* on line, No: 15694, 2015, (<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/08/19/la-fin-de-la-categorie-des-actes-discretionnaires/>), 20.08.2023 (s.e.t.).

⁹⁰ Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 121.

⁹¹ Ali Ülkü Azrak, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", C. 6, S. 1-3, 1985, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 18; Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta, İstanbul, 2010, s. 144.

⁹² Bugün büyük ölçüde özgünlük kazanan Alman idare hukuku da işe Fransa'daki teorik birikimi aktarmakla başlamıştır. Örneğin alanın en önemli isimlerinden biri olan Otto Mayer, Fransız idare hukukundaki teorilerden hareket etmiştir. Kamile Türkoğlu Üstün, "Almanya'da İdari Yargının Tarihi Gelişimi", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 1450 ve 1457. Benzer tespitler; İspanya, İtalya, Belçika ve Hollanda gibi diğer Kıta Avrupası ülkeleri için de yapılabilir.

⁹³ Halim Alperen Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadî Karakteri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 214-215; Yeşilyurt, 2017, s. 76-78. Aynı süreç, *fiili resepsiyon* şeklinde de adlandırılmaktadır. Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 80-84.

⁹⁴ Türk idare hukukunun kurucu figürlerinden biri olan Onar'ın hayatı ve eserleri için bkz. Ahmet Cihan, "Cumhuriyet Dönemi Türk İdare Hukukçuları", C. 14, S. 1, 2000, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 108-114.

İlgililerin istifadesine sunmaktır. Fransız (ve Alman) kamu hukuku ekollerinin, yukarıda değinilen altın devir boyunca devlet ve hukuk kavramları üzerine yürüttüğü nazari tartışmalar, yarım asırlık bir gecikmeden sonra, işte bu dönemde Türk öğretilerine taşınmıştır. Böylece neredeyse tamamen mevzuatın tasvirine odaklanan *hukuk-ı idare* literatüründen farklı olarak, derinlikli ve sağlam temellere sahip bir idare hukuku öğretiminin yolu açılmıştır.⁹⁵

Daha çok teorik zemini tahkim etmeye yönelik ilk kuşak idare hukuku doktrini, başlangıçta Danıştay kararlarına alâka göstermemiştir. İçtihatlara referans vermek gerektiğinde dahi Türk idarî yargısı yerine doğrudan doğruya Conseil d'État kararlarına atıf yapılmıştır. Nihayet Ragıp Sarıca'nın 1942 yılında yayımlanan *İdarî Kaza* isimli eserinden⁹⁶ itibaren, sunulan teorik bilgiler, Danıştay kararları eşliğinde incelenmeye başlamıştır. Doktrinin geciken ilgisi, bağımsız adalet esasına yeni geçen Türk idarî rejiminin belli bir olgunluk düzeyine erişmesi beklentisiyle açıklanabilir.⁹⁷

IV. DAHA MİLLÎ BİR İDARE HUKUKUNA DOĞRU

Türkiye'de idare hukuku, 1961 Anayasası'nı takiben özgünlük kazanma yoluna girmiştir. Kurumsal kapasitesi güçlenen Danıştay, deyim yerindeyse kabuğunu kırarak üniversitelerle irtibata geçmiş ve bünyesinden bir "*yargıçlar öğretisi*"⁹⁸ çıkarmıştır. İdarî yargının yükseköğretim kuruluşlarıyla işbirliği hâlinde çalışması, ilişkinin diğer tarafını da geliştirmiş ve idare hukuku alanında çalışan akademisyenler, dikkatlerini başka ülkelerden ziyade, burada olup-bitenlere yöneltmişlerdir.⁹⁹

A. GÜÇLENEN İDARÎ YARGI

Kuvvetler birliği fikrinden kopmaksızın, yalnızca birinci kuşak hakları temin eden 1924 Anayasası, tek parti rejimine ve çoğunlukçu demokrasi anlayışına göre kurgulanmıştı. Dönemin parlak akademisyenlerince kaleme alınan ve bu sebeple *hukuk profesörlerinin anayasası* olarak nitelenen 1961 Anayasası ise; parlâmenter hükümet sistemini kuvvetler ayrılığı çerçevesinde tesis etmek, çoğulcu demokrasiyi esas almak, sosyal devlet ilkesini benimsemek, ikinci kuşak hakları tanımak ve Anayasa Mahkemesini ihdas etmek suretiyle Türk idare hukukunu da başka bir evreye taşıdı.¹⁰⁰

⁹⁵ Yeşilyurt, 2017, s. 79-84.

⁹⁶ Ragıp Sarıca, *İdarî Kaza*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, İstanbul, 1942.

⁹⁷ Yeşilyurt, 2017, s. 93-98.

⁹⁸ Yeşilyurt, 2017, s. 112 ve 123.

⁹⁹ Sürecin daha detaylı tasviri için: Yeşilyurt, 2017, s. 105-153.

¹⁰⁰ Kadriye Ümran Satır, *Politik Anayasacılık Ekseninde 1961 Anayasası'nın Mahiyeti*, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

Danıştay, *mahkeme* sıfatını daha önce elde etmiş olmasına rağmen, *yüksek mahkeme* niteliğini ve kurumsal kapasitesini 1961 Anayasası sayesinde kazanmıştır. 1924 Anayasası'nda yürütme görevi (*vazife-i icraiye*) başlığı altında düzenlenen ve üyeleri TBMM tarafından seçilen Danıştaya, 1961 Anayasası'nda yargı erkinin bir parçası olarak, yüksek mahkemeler arasında yer verilmiş ve Danıştay üyelerinin belirlenmesinde kurumsal bağımsızlığı gözetilen bir yetki paylaşımı yapılmıştır. Buna göre Danıştay, kanunların başka idarî yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve *genel olarak üst derece* idare mahkemesi olacaktır. Danıştay ayrıca idarî uyuşmazlıkları çözümleme, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşünce bildirme, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme gibi idarî görevler de üstlenecektir (m. 104). Danıştay Başkan ve üyeleriyle Başkanunsözcüsünün seçimlerinde Bakanlar Kurulu ile Danıştay Genel Kurulunca ayrı ayrı boş yer sayısı kadar aday gösterilecektir. Seçim bu adaylar arasından, Anayasa Mahkemesinin asıl ve yedek üyelerinden meydana gelen kurulca gizli oyla ve üçte iki çoğunlukla gerçekleştirilecektir. İlk iki oylamada çoğunluk sağlanamazsa, salt çoğunlukla yetinilecektir (m. 140).

Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı konusunda açık hükümler getiren 1961 Anayasası (m. 133 ve devamı); idarenin hiçbir eylem ve işleminin, hiçbir hâlde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamayacağını öngörmüştür (m. 114/1). Böylece Conseil d'État'nın siyasi endişelerle yarattığı ve 1924 Anayasası döneminde Danıştay'ı da etkileyen *hükümet tasarrufu* (*acte de gouvernement*) kategorisi bertaraf edilmiştir.¹⁰¹ Ayrıca idarenin bütünlüğü - idarenin kanuniliği (m. 112/2), idarenin sorumluluğu (m. 114/son), dava açma süresinin yazılı bildirimle başlaması (m. 114/2), disiplin cezalarında savunma hakkı (m. 118) ve özerk idareler (üniversiteler - TRT - kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları; m. 120, 121 ve 122) gibi önemli esaslar, anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Bağımsızlık ve hâkimlik teminatı prensiplerini hayata geçiren 24 Aralık 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu, idarî yargılama usulünü detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Yüksek Mahkeme bünyesinde içtihatları derlemek, Danıştay Dergisi'ni çıkarmak ve kamu hukukuna dair bilimsel çalışmaları takip etmekle görevli bir *Tasnif ve Yayın Bürosu* kurulmasını öngören Kanun (m. 164), Danıştay meslek mensuplarının idare hukuku alanında araştırma ve incelemelerde bulunmak üzere yabancı memleketlere gönderilmesi imkânını da getirmiştir (m. 117).

Bursa, 2018, s. 76-100; İsmet Giritli, "27 Mayıs Müdahalesi ve 1961 Anayasası", Türkiye Gazetesi, 06.06.2006, (<https://www.turkiyegazetesi.com.tr/kose-yazilari/ismet-giritli/27-mayis-mudahalesi-ve-1961-anayasasi-290519>), 20.08.2023 (s.e.t.); Yeşilyurt, 2017, s. 105-108.

¹⁰¹ Manuel Gros, Droit administratif: L'angle jurisprudentiel, L'Harmattan, Paris, 2014, s. 122-125; Cemil Kaya, "Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık / Egemenlik Hakkı Teorisine", S. 7, 2016, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 636-639.

Tasnif ve Yayın Bürosunun kurulması, Danıştayı daha bilimsel yöntemlerle çalışmaya ve ürettiği içtihadî birikimi ilgililerin (meslek mensuplarının, akademisyenlerin ve diğer uygulamacıların) istifadesine sunmaya sevk etmiştir.¹⁰² Danıştay Kararlar Dergisi, Büro tarafından *Danıştay Dergisi* adıyla yenilenmiş ve kararlara ilaveten; makale, inceleme yahut eleştiri gibi akademik metinleri de ihtiva etmeye başlamıştır. Yenilenen yayın organının ilk sayısı için kaleme aldığı önsözde dönemin Danıştay Başkanı, doktrindeki görüşlerin öğrenilmesinin yararına değinerek, bilim insanlarını karar kritiği yapmaya davet etmekte ve Türk idare hukukunun ancak bu yolla gelişip millî nitelik kazanabileceğini vurgulamaktadır.¹⁰³ Büro marifetiyle daireler ve İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından verilen çok sayıda karar, muhtelif kitaplar hâlinde toplanmıştır. Yüksek Mahkeme böylece, Conseil d'État'ın İkinci Dünya Savaşı sonrasında yürüttüğü *hukuk yayma (diffusion du droit)* programına benzer bir misyon üstlenmiştir.¹⁰⁴

521 sayılı Danıştay Kanunu'nun (ve akabinde onu tadil eden 1740 sayılı Kanun'un) hizmet içi eğitim bakımından sağladığı yeni imkânlar, Yüksek Mahkeme içerisinden bizzat yargıçlarca üretilen yeni bir doktrinin doğmasına vesile olmuştur. Bu kapsamda yardımcılıktan kanunsözcülüğüne geçiş için yurtdışında görevlendirilme koşulu aranmış, ayrıca ikinci dereceye yükselecek meslek mensuplarına idare hukukunun muhtelif konularına ilişkin tezler hazırlanmıştır. Yargıçları idare hukuku teorisi üzerine düşünmeye, çeviriler ve mukayeseler yapmaya iten bu gelişme sayesinde bugün ilgililerince hâlâ istifade edilen çok sayıda özgün bilimsel eser üretilmiştir.¹⁰⁵

Kodifiye edilmiş alanlarda iktibas, tercüme yoluyla yapıldığı için, benimseyen (hukuku ithal eden) ülke, kaynak ülkenin çoğu zaman bir adım gerisinde kalır. İçtihadî karakter arz eden idare hukuku ise, bilimsel / kuramsal resepsiyon yoluyla ve fiilen iktibas edilmesinden ötürü, alıcı ülkenin yargıçlarına, muhtelif tarihsel bagajlar taşıyan me haz ülkeyi aşarak görece daha millî bir hukuk yaratma imkânı verir.¹⁰⁶ Güçlenen Türk idarî yargısının, 1960'lı yıllar boyunca söz konusu imkânı kullandığı, Mukbil Özyörük'ün şu tespitinden anlaşılmaktadır: “*Yazılı yoldan gelmediği için, İdare hukukumuzun millî adaptasyonu daha kolay olmuş ve ortaya bir Türk İdare hukuku, adapte edilmiş diğer hukuklarımızdan daha belirgin bir millî hüviyetle çıkmıştır.*”¹⁰⁷

Fransız hukuk camiasının azımsanmayacak bir kısmı, idarî yargıyı, genel yargı düzenine siyasî kaygılarla getirilmiş lüzumsuz bir istisna gibi

¹⁰² Yeşilyurt, 2017, s. 114-115.

¹⁰³ İsmail Hakkı Ülgen, “Önsöz”, S. 1, 1971, Danıştay Dergisi, s. 3.

¹⁰⁴ Yeşilyurt, 2017, s. 122.

¹⁰⁵ Yeşilyurt, 2017, s. 123-131.

¹⁰⁶ Halim Alperen Çıtak, “İdarî Sözleşmelerin İptal Davasına Konu Edilmesi”, 5. İdare Hukuku Buluşması (4-6 Mayıs 2018 Büyükaada / İstanbul) Danıştay Karar İncelemeleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 335-336.

¹⁰⁷ Mukbil Özyörük, İdare Hukuku Ders Notları (Teksir), Ankara, 1973, s. 67.

görme eğiliminde olagelmıştır.¹⁰⁸ Conseil d'État bu sebeple, özel hukuk dogmalarının etkisi altında geliştirdiği *idari sözleşmelerin üçüncü kişilerce davaya konu edilemeyeceği* yönündeki içtihadını, yüz seneden fazla sürdürmüş ve ancak 2014 senesinde değiştirebilmiştir.¹⁰⁹ Böyle bir tarihsel yükü hiç sırtlanmamış olan Danıştay ise, henüz 1960'lı yıllarda, idari hizmet sözleşmeleri bakımından bu engeli aşmış ve sonrasında aynı içtihadı diğer idari sözleşme türlerine de uygulamıştır.¹¹⁰

B. ÖZGÜVEN KAZANAN DOKTRİN

Cumhuriyet'in ilk kuşak (kamu ve) idare hukukçuları, daha çok Kıta Avrupası'nın teorik birikimini aktarmaya yönelmiş iken, onların 1961 sonrası yıllarda kürsü sahibi olan öğrencileri, idari yargı ile yakın ilişki kurmaya ve Türk uygulamasına odaklanmaya başlamıştır. Artık millî idare hukukunun yoğurulacağı hammaddenin, Danıştay kararlarından çıkarılması gerektiğine inanılmaktadır. İdari işlemi *iptal davasının konusu* olarak ele alan çalışmaların arttığı bu evrede somut uyuşmazlıklarda verilen kararlar, merkezî bir konum kazanmış ve içtihat notu yazma faaliyeti süreklilik kazanmıştır. Türkiye'de idari yargılama hukukunun, 1960'lı yılların ortalarından itibaren ayrı bir ders olarak okutulması da söz konusu yönelimde etki sahibidir. Fransa'da idari yargılama hukukunun ayrı bir ders olarak okutulması ise ancak 1980'lerin başında gerçekleşebilmiştir.¹¹¹ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin önemli isimlerinden Yıldırım Uler'in, doktora tezini sunarken kullandığı şu ifadeler, bu çerçevede bir nevi *bağımsızlık ilanı* olarak okunabilir:

“Fransız idare hukukunun idare hukukumuzda örnek alınmış olduğu bir gerçektir. Ancak, sorunlar genellikle ortak da olsa Türk yargıcının bu sorunlara bakış açısı ve çözümleyiş biçimi bize özgü bir toplumsal olgu sayılmalıdır. İdare hukukumuzun artık bağımsız olarak geliştiği ve Fransız idare hukuku ile idare hukukumuzu eş anlamda kullanmanın yanaltıcı olacağı inancı ile Danıştayımızın kararlarından yararlanılmaya çalışılmış, konu ile ilgili sorunlara yaklaşımda, Danıştayımızın uyguladığı çözümlerin saptanmasında ve önerilen çözümlerde genellikle Fransız yazarları ve uygulaması bir yana bırakılmıştır. Fransız idare hukukundan aktardığımız ve ortaklaşa kullandığımız bazı temel kavramlara bile nasıl kuşku ile bakıldığı, bizdeki uygulanış biçimlerinin araştırılmasına çalışıldığı dikkati çekecektir.”¹¹²

¹⁰⁸ Didier Truchet, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 2017, s. 125; Jean-Claude Ricci, *Droit administratif général*, Hachette, Paris, 2016, s. 10.

¹⁰⁹ Conseil d'État, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*. Bu kararla gerek sözleşme sürecinin dışında kalan gerekse bu sürecin hiç parçası olmamış üçüncü kişilerin idari sözleşmelere karşı dava açabilecekleri kabul edilmiştir. Long/Weil/Braibant vd., s. 901.

¹¹⁰ Yıldırım Uler, “Sözleşmeli Personel - İdari Sözleşmeler”, C. 22, S. 1, 1966, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 237; Çıtak, 2019, s. 341-345.

¹¹¹ Yeşilyurt, 2017, s. 131-135.

¹¹² Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. VII.

V. ÇÖZÜCÜ VE DAĞITICI ETKİLER

Dünyada 1970'lerden itibaren esmeye başlayan neoliberal rüzgârlar, Kıta Avrupası'nda zaten teorik hâkimiyetini kaybetmekte olan kamu hizmeti kavramını gerçek bir krize sokmuştur. Bu gelişmeye, yine dünya çapında gözlenen yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi eşlik edince, o günkü hâliyle bir Üçüncü Cumhuriyet eseri olan idare hukuku, ciddi sarsıntılara uğramıştır. Özgünlük ve olgunluk kazanma yoluna henüz giren Türk idare hukuku da, söz konusu sarsıntıdan nasibini almıştır.

Fransa'da idare hukukunun altın devrini açan *Blanco* kararının mütalâasında, kamu hizmetleri sebebiyle idareye karşı açılacak bütün davaların, konusu ne olursa olsun, idarî yargının görev alanına girdiği ilan edilmişti.¹¹³ Takip eden yaklaşık kırk yıl boyunca, yüksek mahkemelerce verilen birçok kararda kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun tatbik sahasını belirleyen bir ölçüt olarak kullanıldı. Örneğin Conseil d'État'ın 6 Şubat 1903 tarihli *Terrier* kararı bağlamında, hükümet komiseri Romieu şunları söylüyordu: “*millî yahut mahallî, bütün kamu hizmetlerinin kendi teşkilat ve işleyişine ilişkin her şey, tabiatı icabı idarî yargının görev alanına giren bir idarî ameliye (faaliyet) teşkil eder*”.¹¹⁴

Liberal-kapitalizm, dünya savaşlarının yol açtığı buhran ve yanı başında beliren sosyalizm tehdidi karşısında, devleti *sahaya* davet etti. Keynesyen politikaların ve sosyal devlet fikrinin revaç bulduğu bu aralıkta (1920'ler - 1960'lar arası), idarenin faaliyet alanı genişledi. Ne var ki idarenin, giriştiği bu yeni etkinlikleri ilânhaye sürdürmesi ve piyasa işleyişinden bağışık kalması, yani kamu hukukunu uygulaması arzu edilmiyordu. Aranılan çözüm / uzlaşma, kamu hizmeti ölçütünün terk edilerek, *sinaî ve ticarî kamu hizmeti (service public industriel et commercial)* adlı yeni bir kategorinin yaratılmasında bulundu.¹¹⁵ İdare hukukunun güçlkle kazandığı iç tutarlılığı berhava eden ve akademisyenleri yeni ölçüt arayışına iten bu gelişme, literatürde *kamu hizmetinin krizi (crise du service public)* şeklinde anılır.¹¹⁶

Teorik düzeyde başlayan (hatta ilk aşamada *görünüşte kriz* sayılabilecek) kamu hizmetinin krizi, sosyalizm tehdidinin zayıflaması ve sermayedar sınıfının toparlanmasından sonra (1970'lerden itibaren), hakikî bir krize dönüştü. Zira artık devletten / idareden, girdiği yeni etkinlik alanlarına ilaveten, *eski topraklarından*, yani on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında üstlendiği hizmetlerden dahi çekilmesi ve yalnızca *bekçilik* rolü oynaması isteniyordu.¹¹⁷ Mevcut yapısıyla fazla

¹¹³ Long/ Weil/ Braibant vd., s. 2.

¹¹⁴ Jean-François Lachaume/ Hélène Pauliat/ Stéphane Braconnier vd., Droit administratif: Les grandes décisions de la jurisprudence, Presses Universitaires de France, Paris, 2017, s. 13.

¹¹⁵ Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*. Long/ Weil/ Braibant vd., s. 211-218; Lachaume/ Pauliat/ Braconnier vd., s. 338-358.

¹¹⁶ Pascale Gonod, Droit administratif général, Dalloz, Paris, 2018, s. 34.

¹¹⁷ Yıldırım Uler, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, S. 15, 1998, Anayasa Yargısı, s. 253.

kolektivist ve *ulusal* görülen idare hukukunun ise, *ayak bağı* olmaktan çıkarılarak, özelleştirme ve küreselleşme hedefleriyle uyumlu yeni bir dile kavuşturulması gerekiyordu.¹¹⁸ Özellikle 1980 sonrası idare hukuku ve kamu yönetimi yazınına domine eden *yönetişim*, *regülasyon*, *ekonomik kamu düzeni*, *bağımsız idarî otorite*, *rekabetin korunması*, *tahkim*, *alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri*, *kamu-özel işbirliği* yahut *yap-işlet-devret* gibi kavram ve kurumlar, işte bu yeni dili inşa ediyordu.¹¹⁹

Geniş halk kitlelerinin taleplerini yansıtmaya daha elverişli olan yasama organı, uluslararası sermayenin önüne muhtelif engeller çıkarabilirdi. Yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi de, idareye biçilen *bekçilik* rolüyle bağlantılı olarak, işte bu vasatta ortaya çıktı. Başka bir deyişle, ekonomideki tekelleşme ve merkezileşme, siyasî iktidarın daha hızlı karar alma kabiliyeti gösteren yürütme kuvvetinde toplanması sonucunu ve liberal-otoriter devleti doğurdu.¹²⁰

*“İdare hukuku, siyasî gücün hemen yanında yaşayan, ancak aktif siyasete yabancı, uzman bir hukukçu zümre tarafından yaratılmıştır. Bu zümre, yasamanın sesinin kısıldığı otoriter dönemlerde de rahatlıkla var olabilmıştır. Bakanın kalemini tutan bu zümre, idare hukukunu Fransa'nın yaşadığı çalkantılardan korumuştur (...) İdarî yargı, Dışişlerini aratmayacak diplomatik beceriye sahiptir. İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini vurgulamak suretiyle, onu bu ayrıcalıklardan kaynaklı birçok yükümlülüğün altına sokmuşlardır.”*¹²¹

Politik deneyimi görece fazla olan Fransız idarî yargısı, kaybedeceği bir savaşa girmek yerine, idare hukukunun insicamını bozma ve kural koyucu rolünden kısmen feragat etme pahasına, olayların akışına intibak etmeyi -yahut en azından açıkça direnmemeyi- tercih etti. Bunun karşılığını, kendisini müessese olarak güçlendiren yeni yargısal yetkiler kazanarak aldı.¹²² Yetişkinliğe henüz ulaşan Türk idarî yargısı ise, başlangıçta aynı esnekliği göster(e)medi. Direncinin bedelini de, yetkileri kısıtlanmak, görev alanı daraltılmak ve Lûtfi Duran'ın *adlîleşme* şeklinde nitelediği¹²³ birtakım yapısal değişikliklere maruz kalmak suretiyle ödedi.

¹¹⁸ Jacques Chevallier, “Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel”, *Le droit administratif en mutation*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, s. 28-30.

¹¹⁹ Turgut Tan, “Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı da Daralıyor mu?”, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 125-126.

¹²⁰ Kürşat Erdil, *Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğiliminin 1982 Anayasası'ndaki Normatif Düzenlemeye Yansıması*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1997, s. 39-40; Elif Kumru Paksoy, *Anayasal Dönem Olarak Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi*, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 39-47.

¹²¹ Charles Debbsch, “Les sources du droit administratif: permanence et novation”, *Recueil Dalloz*, Dalloz, Paris, 1971, s. 255.

¹²² Chevallier, s. 31-32; Didier Linotte, “Déclin de pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif”, No. 12, 1980, *AJDA*, s. 632-639.

¹²³ Lûtfi Duran, “İdarî Yargı Adlîleşti...”, C. 3, S. 1-3, 1982, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 53-83.

Söz konusu bedellere ilişkin somut örnekler, tüketme kaygısı güdülmeksizin, şöyle sıralanabilir:

- 1971 Anayasa değişikliği ile idarî yargı yetkisine sınırlar getirilmesi¹²⁴ ve bu sınırların 1982 Anayasası tarafından - güçlendirilerek- korunması.¹²⁵
- Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunu açan 1999 Anayasa değişikliği.¹²⁶
- Kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesine imkân tanıyarak idarî yargının görev alanını önemli ölçüde daraltan 1999 Anayasa değişikliği¹²⁷ ve bu doğrultuda yeni yöntemlerin ihdas edilmesi.¹²⁸
- Niteliği itibarıyla idarî olan birçok uyuşmazlığın, kanun hükümleriyle adli yargının görev alanına dâhil edilmesi.¹²⁹

¹²⁴ “Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez” (m. 114/2). Aynı yıl yaratılmış başka bir anomali olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin varlığına ise 2017 Anayasa değişiklikleriyle son verilmiştir.

¹²⁵ “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz / Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez / İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. / Kanun, olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir” (m. 125/4, 5 ve 6).

¹²⁶ “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” (m. 125/1).

¹²⁷ “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir” (m. 47/4).

¹²⁸ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, m. 5: “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir”. 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması (...) Hakkında Kanun, m. 4/1: “Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir”.

¹²⁹ Yalnızca iki örnek verelim. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, m. 27/1: “İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir”. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, m. 110/1: “İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara

- Yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin giderek güçleştirilmesi.¹³⁰
- Danıştayın idarî görevlerinin peyderpey ortadan kaldırılması.¹³¹ Fransa'da ise Conseil d'État'nın idarî görevleri zaman içerisinde artış göstermiştir.¹³²
- İş yükünün azaltılması gerekçesiyle; özellikle ihale, imar, turizm ve kentsel dönüşüm gibi konularda yargı denetimini etkisizleştirecek ayrıksı muhakeme usullerinin yaratılması.¹³³
- Temyiz incelemesinin kapsamının -yine iş yükünü azaltma gerekçesiyle- daraltılması ve birçok kararın istinaf aşamasında kesinleşeceğinin öngörülmesi.¹³⁴
- Yürütme organı tarafından yapılan bir düzenleyici işlem olmasına rağmen, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idarî yargı denetimi dışında tutulması.¹³⁵ (Fransa'da ise Cumhurbaşkanı kararnameleri [décrets] Conseil d'État denetimine tabidir).

Bütün bu gelişmelere rağmen, Türk idare hukukunun ve onu üreten Türk idarî yargısının 1970'lerden sonra mutlak bir yok oluş sürecine girdiği sanılmamalıdır. Her şeyden önce, 1961 Anayasası'nın -özellikle ilkeler düzeyinde- birçok kazanımı, bugün hâlâ genel kabul görmekte ve korunmaktadır. Ayrıca sermayenin öngörülebilirlik gereksiniminden kaynaklanan bir pozitif yan-etki olarak, *idarî usûl* kavramı bu dönemde öne çıkmış¹³⁶ ve bilgi edinme hakkı, gerekçe yükümlülüğü, başvuru yollarının gösterilmesi, kişisel verilerin korunması

ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez”.

¹³⁰ Bu olgunun birçok örneği bulunabilir. Mesela 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde 2012 yılında yapılan bir değişiklikle, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için davalı idarenin savunmasının alınması veya savunma süresinin geçmesi gibi bazı ek koşullar getirilmiştir.

¹³¹ Danıştayın imtiyaz sözleşmelerini inceleme görevi, 1999 Anayasa değişiklikleri ile sınırlı süreli bir düşünce bildirimine dönüştürülmüştür. Kanun ve tüzük tasarılarını inceleme görevine ise 2017 Anayasa değişiklikleriyle son verilmiştir.

¹³² Murat Sezginer, “Dünden Bugüne Conseil d'État ve Danıştayın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu”, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2017, s. 102.

¹³³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na 2014 yılında eklenen 20/A maddesinin öngördüğü ivedi yargılama usulünün, sermayenin talep ettiği konularda yargı denetimini zayıflatmayı ve hızlandırmayı amaçladığı görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Nazile İrem Yeşilyurt, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, C. 70, S. 2, 2015, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 403-433.

¹³⁴ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda 2014 yılında yapılan değişiklikle, temyize açık olan kararlar sayma yoluyla sınırlandırılmıştır (m. 46).

¹³⁵ 2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir (m. 148).

¹³⁶ Tan, s. 126-128.

gibi birçok güvence, yasal yahut anayasal dayanağa kavuşturulmuştur. Aynı istikamette olmak üzere; Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Kamu Denetçiliği Kurumu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu yahut Kişisel Verileri Koruma Kurumu gibi birimler, Türk idarî teşkilatına girmiştir. Nihayet bu dönemde idare hukuku alanında yapılan akademik çalışmaların sayısı olağanüstü derecede artmış ve kendisini sadece Fransa örneğiyle sınırlandırmaksızın karşılaştırmalı hukuk verilerinden istifade ederek özgün çözümler getirme potansiyeline sahip yeni kuşaklar yetişmiştir.

SONUÇ

Hitap ettiği gerçeklik alanından ötürü, özel hukukun temel aksiyomları ve biçimleri, antik çağlardan beri neredeyse hep aynı kalmıştır. Yaklaşık üç asırlık geçmişi bulunan modern idare cihazı ve onu çevreleyen kurallar ise, durmaksızın değişip yenilenmektedir. Bizzat reform olgusunun kalıcı bir kamusal işlev hâline geldiği günümüzde, idare hukukundaki dönüşümün de süreklilik kazandığı açıktır.¹³⁷ Bu yüzden, gerçek bilgisine erişmek için, idare hukukunu *seyir hâlinde* kavramak elzemdir.

İdare hukukunun tarihi, modern devletin tarihidir. İçinde yaşadığımız siyasî evreni biçimlendiren bütün kuvvetler (çatışmalar, uzlaşmalar, fikirler, hareketler), idare hukukunu da yoğurmaktadır. Egemeni (önce kralı, akabinde devrim idaresini) genel yargıdan bağışık tutma endişesiyle yaratılan idare-içi denetim mekanizması, geniş halk kitlelerinin siyasî iktidara ortak olmaya başlamasıyla birlikte müstakil bir yargı düzenine dönüşmüştür. İdare hukuku ise, farklı bir yargıcın konuştuğu ve mihverî kamu yararı / kamusalılık olan bu yeni dilin, bilim insanlarınca sistematize edilmesi sayesinde doğmuştur.

Türkiye’de *hukuk-ı idare*, modernitenin diğer unsurları gibi, eşzamanlı ve sathî bir iktibasın neticesinde ortaya çıkmıştır. Cumhuriyetle birlikte tam anlamıyla idarî rejime geçilmiş ve Kıta Avrupası’nın teorik birikimi temellük edilmiştir. Nihayet 1961 Anayasası’ndan sonra Türk idarî yargısı, Avrupa’daki örneklerine yakın bir güce erişmiştir. Yine bu dönemde doktrin, Danıştay kararları üzerinden özgün / daha millî bir idare hukuku tasavvur edebilecek özgüveni kazanmıştır. Geçtiğimiz birkaç on yıl zarfında muhtelif çözücü ve dağıtıcı etkilere maruz kalsa da, Türk idarî yargısı ve onun kararları etrafında teşekkül eden idare hukuku öğretisi, toplumsal hayatın önemli bir parçası olarak, bugün artık kökleşmiş vaziyettedir.

¹³⁷ Onar, 1966, s. 107-108; Çıtak, 2020, s. 97; Sabino Cassese, “19. Yüzyıldan 21. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri”, Eren Kalanyuva (çev.), C. 15, S. 2, 2012, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 164.

KAYNAKÇA

Abdurrahmân Abdî Paşa Kanunnâmesi, Arslantürk A (haz.), Okur Kitaplığı, İstanbul, 2013.

Akıllıoğlu T, “Hukuku İdare Üzerine”, C. 16, S. 2, 1983, Amme İdaresi Dergisi, ss. 56-69.

Akıllıoğlu T, “Yönetim Hukukumuz ve Geleceği”, Türk İdare Hukuku Sitesi, 11.08.2004, (<https://www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm>), 19.08.2023 (s.e.t.).

Akkaya R, “Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa’da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar”, C. VII, S. 3-4, 2003, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 139-155.

Akyıldız A, “Şûrâ-yı Devlet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 39, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2010, ss. 236-239.

Anıl A, “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Kuruluş ve İşleyişi”, C. 47, S. 1, 1992, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 45-50.

Apaydın Y, “Siyâset-i Şer’iyye”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 37, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2009, ss. 299-304.

Aydın M A, “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 9, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1994, ss. 387-388.

Azrak A Ü, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, C. 6, S. 1-3, 1985, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, ss. 17-28.

Bıçak B, Fransa’da Üçüncü Cumhuriyet Dönemi ve Türk Modernleşmesine Yansımaları, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2013.

Bigot G, Introduction historique au droit administratif depuis 1789, Presses Universitaires de France, Vendôme, 2002.

Bozkurt G, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996.

Burdeau F, Histoire du droit administratif, Presses Universitaires de France, Paris, 1995.

Cassese S, “19. Yüzyıldan 21. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri”, Eren Kalanyuva (çev.), C. 15, S. 2, 2012, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, ss. 153-165.

Champion F, Le Tribunal des conflits et l’élaboration du droit administratif, Thèse de doctorat, Université François Rabelais - École Doctorale de Droit, Tours, 2000.

Chapus R, Droit administratif général (Tome: I), Montchrestien, Paris, 2001.

Chevallier J, “Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel”, *Le droit administratif en mutation*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, ss. 11-40.

Cihan A, “XIX. Yüzyıl Osmanlı Türkiyesi’nde İdare Hukuku Eğitimi ve Türk İdare Hukukçuları”, C. 12, S. 1-3, 1991, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, ss. 107-134.

Cihan A, “Cumhuriyet Dönemi Türk İdare Hukukçuları”, C. 14, S. 1, 2000, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, ss. 108-148.

Cin H/ Akyılmaz G, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2015.

Çıtak H A, “İdarî Sözleşmelerin İptal Davasına Konu Edilmesi”, 5. İdare Hukuku Buluşması (4-6 Mayıs 2018 Büyükaada / İstanbul) Danıştay Karar İncelemeleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, ss. 335-346.

Çıtak H A, *İdare Hukukunun İçtihadî Karakteri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Debbasch C, “Les sources du droit administratif: permanence et novation”, *Recueil Dalloz*, Dalloz, Paris, 1971, ss. 255-256.

Derbil S, *İdare Hukuku* (Cilt: 1), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1948.

Derin F Ç, “Abdi Paşa, Nişancı”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. 1, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1988, ss. 74-75.

Duran L, “Atatürk Döneminde Danıştay”, C. 2, S. 3, 1981, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, ss. 19-39.

Duran L, “İdarî Yargı Adlileşti...”, C. 3, S. 1-3, 1982, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, ss. 53-83.

Eraslan Z, “Cumhuriyet Türkiye’sine Geçiş Sürecinde Şûrâ-yı Devlet”, C. 85, S. 304, 2021, *Bellekten*, ss. 1025-1071.

Erdil K, *Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğiliminin 1982 Anayasası’ndaki Normatif Düzenlemeye Yansıması*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1997.

Ercüt C, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.

Findley C V, *Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire: The Sublime Porte, 1789-1922*, Princeton University Press, Princeton, 2012.

Gabolde C/ Piernet C, “Pluviose An VIII: Les débuts du Conseil de Préfecture”, 3e Année, No: 14 (Mars-Avril 1950), *La Revue administrative*, ss. 140-143.

Gaudemet Y, *Droit administratif*, LGDJ, Paris, 2015.

Gedikli F, *Şura-yı Devlet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Giritli İ, “27 Mayıs Müdahalesi ve 1961 Anayasası”, *Türkiye Gazetesi*, 06.06.2006, (<https://www.turkiyegazetesi.com.tr/kose-yazilari/ismet-giritli/27-mayis-mudahalesi-ve-1961-anayasasi-290519>), 20.08.2023 (s.e.t.).

Gonod P, *Droit administratif général*, Dalloz, Paris, 2018.

Gros M, Droit administratif: L'angle jurisprudentiel, L'Harmattan, Paris, 2014.

Hauriou M, "La fin de la catégorie des actes discrétionnaires", Revue générale du droit on line, No: 15694, 2015, (<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/08/19/la-fin-de-la-categorie-des-actes-discretionnaires/>), 20.08.2023 (s.e.t.).

İhsanoğlu E, "Dârülfünun", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 8, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1993, ss. 521-525.

İnalçık H, Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adâlet, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Jones H S, The French State in Question: Public Law and Political Argument in the Third Republic, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

Kafesoğlu İ, Türk Millî Kültürü, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1997.

Karahanoğulları O, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

Karahanoğulları O, Türkiye'de İdari Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Karahanoğulları O, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

Karaman H, "Fıkıh", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 13, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 1996, ss. 1-14.

Kaya C, "Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık / Egemenlik Hakkı Teorisine", S. 7, 2016, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 637-663.

Konan B, Osmanlı Devleti'nde İdari Yargının Gelişimi, Statü Yayıncılık, Ankara, 2013.

Lachaume J F, "La définition du droit administratif", Traité de droit administratif (Tome: 1), Gonod P/ Melleray F/ Yolka P (ed.), Dalloz, Paris, 2011, ss. 101-143.

Lachaume J F/ Pauliat H/ Braconnier S/ Deffigier C, Droit administratif: Les grandes décisions de la jurisprudence, Presses Universitaires de France, Paris, 2017.

Linotte D, "Déclin de pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif", No. 12, 1980, AJDA, ss. 632-639.

Lombard M/ Dumont M/ Sirinelli J, Droit administratif, Dalloz, Paris, 2017.

Long M/ Weil P/ Braibant G/ Delvolvé P/ Genevois B, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, 2017.

Mallein J, Considérations sur l'enseignement du droit administratif, Librairie de Henri Plon, Paris, 1857.

Mestre J L, Introduction historique au droit administratif français, Presses Universitaires de France, Paris, 1985.

Oder B E, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta, İstanbul, 2010.

Onar S S, “Türkiyede İdarenin Kazaî Mürakabesi”, C. 1, S. 1, 1935, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 21-40.

Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt: 1), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Ortaylı İ, Türkiye Teşkilât ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008.

Özbudun E, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükûmeti’nin Hukukî Niteliği”, C. 1, S. 2, 1985, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, ss. 475-504.

Özcan M T, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumlaşmasının Tarihçesi”, C. 61, S. 1-2, 2003, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 85-174.

Özdeş O, “Danıştayın Tarihçesi”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, ss. 41-224.

Özyörük M, İdare Hukuku Ders Notları (Teksir), Ankara, 1973.

Pacteau B, Manuel de contentieux administratif, Presses Universitaires de France, Paris, 2010.

Paksoy E K, Anayasal Dönem Olarak Yürütmenin Güçlendirilmesi Eğilimi, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.

Peiser G, Droit administratif, Dalloz, Paris, 2014.

Renaut M H, Histoire du droit administratif, Ellipses, Poitiers, 2007.

Ricci J C, Droit administratif général, Hachette, Paris, 2016.

Rivero J, “Droit administratif en France et à l’étranger”, Pages de doctrine (Tome: II), LGDJ, Paris, 1980, ss. 475-485.

Satır K Ü, Politik Anayasacılık Ekseninde 1961 Anayasası’nın Mahiyeti, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2018.

Sezginer M, “Dünden Bugüne Conseil d’État ve Danıştayın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu”, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2017, ss. 101-132.

Shaw S, Between Old and New: The Ottoman Empire Under Sultan Selim III, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

Şuayb A, Hukûk-ı İdâre, Ramazan Çağlayan (haz.), Akademisyen Kitabevi, Ankara, 2022.

Tan T, “Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı da Daralıyor mu?”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, ss. 121-142.

Truchet D, Droit administratif, Presses Universitaires de France, Paris, 2017.

Tuğluca M, Osmanlı’da Devlet - Toplum İlişkilerinin Açık Alanı: Şikâyet Mekanizması ve İşleyiş Biçimi (1683-1699), Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

Türkoğlu Üstün K, “Almanya’da İdari Yargının Tarihi Gelişimi”, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, ss. 1443-1468.

Uler Y, “Sözleşmeli Personel - İdari Sözleşmeler”, C. 22, S. 1, 1966, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 215-238.

Uler Y, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

Uler Y, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, S. 15, 1998, Anayasa Yargısı, ss. 252-256.

Ülgen İ H, “Önsöz”, S. 1, 1971, Danıştay Dergisi, ss. 3.

Weidenfeld K, Histoire du droit administratif du XIVe siècle à nos jours, Economica, Paris, 2010.

Yazıcı S/ Yazıcı F, “Tarihsellik ve Kuramsallık Arasında: 1921 ve 1924 Anayasalarında Kuvvetler Birliği/Ayrılığı Tartışması”, Bilig, S. 59, Güz 2011, ss. 235-254.

Yeniçeri C, “Mezâlim”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. 29, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2004, ss. 515-518.

Yeşilyurt N İ, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, C. 70, S. 2, 2015, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 403-433.

Yeşilyurt N İ, Türkiye’de İdari İşlem Kuramı: İdare Hukuku Öğretisi Üzerine Tarihsel Bir Deneme, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017.

Yıldız H, “İdare Hukukunun Kısa Tarihçesi”, C. 22, S. 4, 2018, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 197-223.

Yörük A A, Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2008.

Zürcher E J, Turkey: A Modern History, I. B. Tauris, London, 2004.

KADRO HAREKETİNİN HUKUK ANLAYIŞI: İKTİSADİ DEVLETÇİLİK VE ÖZGÜRLÜK GERİLİMİNDE BİR İNCELEME

Sense of Law in the Kadro Movement: an Inquiry in the Tension of Economic Etatism and Freedom

Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENCİ*

Öz: Türkiye Cumhuriyeti kuruluşundan itibaren çok sayıda hukuk inkılabı gerçekleştirmiştir. 1932-1935 yılları arasında yayınlanan ve Kemalist inkılabın ideolojisini oluşturmak amacıyla çıkarılan Kadro Dergisi hukuk inkılablarını memleketin ilerlemesi için gerekli adımlar olarak görmüştür. Batı kaynaklı hukuk inkılablarına yaklaşımı olumlu olmasına rağmen Batı hayranlığını reddetmiştir. Kadro Hareketine göre Batı, devlet ve hukuk nizamını sınıf çatışmaları içerisinde oluşturmuştur. Oysa Türk Milleti sınıf çatışmalarıyla değil topyekün bir millet olma vasfıyla düşmana karşı savaşarak devleti kurmuştur. İnkılabların amacı Avrupa'da ortaya çıkan faşizm, nazizm, sosyalizm gibi olumsuz devlet tiplerinin oluşmasına sebep olan sınıf çatışmalarını önlemektir. Zira kapitalist üretim modelinde sınıfların oluşması, toplum içinde ayrılık ve çatışmaya sebep olmaktadır. Bu sebeple iktisadi devletçilik prensibi ve planlı ekonomi katı bir şekilde uygulanmalıdır. İktisadi devletçilik fikrini savunan sosyalist rejimlerden farklı olarak Kadrocular mülkiyet hakkının gerekliliğini vurgulamaktadır. Yeni oluşan devlet tipini Batı menşei kuramlarla açıklanamayacağı görüşünü savunan Kadrocular, devlet elitlerinin inkılabları yürütücü konumuna ayrıca önem verir. Devlet görevlileri, henüz

Abstract: The Republic of Türkiye has carried out many legal reforms since its establishment. Kadro, published between 1932 and 1935 with the aim of establishing the ideology of the Kemalist revolution, evaluated the legal reforms as necessary steps for the progress of the country. Although the Kadro Movement was pleased with the receiving of Western laws, the writers of Movement condemned having admiration for Western countries. According to the Kadro Movement, the state and legal order in the West were formed within class conflicts. However, the Turkish Nation established the State and got nationhood by fighting against enemies. The aim of the reforms was to prevent class conflicts that lead to the formation of negative state types such as fascism, nazism and socialism in Europe. Because the formation of classes in the capitalist production model causes separation and conflict within society. Therefore, the principle of economic etatism and planned economy should be strictly implemented. Unlike socialist regimes that advocate the idea of economic etatism, Kadroists emphasize the requirement of the right to own property. Advocating that the newly formed state type cannot be explained by Western-origin theories, Kadroists give consequence to the position of the state

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ridvan.degirmenci@hbv.edu.tr.

ORCID: 0000-0002-8408-1033.

Makale Geliş Tarihi: 01.10.2023, Makale Kabul Tarihi: 8.11.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391690

tamamlanmamış, halk tarafından benimsenmemiş inkılabı sahip çıkmalıdır. Bu sebeple özgürlüklere müdahale gereklidir ve meşrudur. Kadro, görüşleri sebebiyle dönemin liberal yazarları tarafından oldukça sert biçimde eleştirilmiş, köf Marksist okumayla inkılabın amacını çarpıtmayla suçlanmıştır. Devlet görevlilerine normatif alanın dışında görev vermeye çalışan, demokratik rejimi, özgürlük yanlısı söylemleri inkılablara tehdit olarak gören Kadro, seçkin ve müdahaleci bürokrasi anlayışı ile cumhuriyet tarihinde hukuka, devlete, bürokrasiye bakışta oldukça tesirli olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kadro Hareketi, inkılablar, cumhuriyet, devletçilik, özgürlük.

elites in executing the reforms. State officials must protect the revolution that has not yet been completed and has not been accepted by the people. For this purpose, restriction of fundamental rights and freedoms is necessary and legal. Kadro was criticized severely by the liberal writers of the period, and was accused of distorting the purpose of the revolution with a weak Marxist reading. Kadro movement, which imposed duty to officials above normative area, which saw the democratic regime and freedom of expression as a threat to revolution, was very influential in the view of law and state in the history of the republic with his elitist and interventionist sense of bureaucracy..

Keywords: Kadro Movement, revolution, republic, etatism, freedom.

GİRİŞ

1921 Anayasası yürürlükteyken devletin idare şeklini cumhuriyet olarak belirleyen anayasa değişikliğiyle kurulan Türkiye Cumhuriyeti devleti ilk on yılda çok köklü hukuk değişikliklerine imza atmıştır. Esasında Parla'ya göre 29 Ekim 1923'te yapılan şekli bir ifade değişikliği olup 1921 Anayasası'nda hakimiyetin millete ait olduğu lafzıyla cumhuriyet kurulmuştur¹. Bugün dahi siyasi ve sosyal alana etkilerini sürdüren devlet ve toplum yapısının temelini teşkil eden inkılabların her biri meclis tarafından çıkarılan kanunlarca yapılmıştır.

1924 Anayasası ile yeni kurulan düzenin anayasal şekli verilmiş, arkasından Tevhid-i Tedrisat Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Beynelminel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun, Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun gibi devrim kanunları kabul edilmiştir. İnkılab kanunlarının değiştiği sırada örgütlü muhalefetin eksikliği, kanunların içerikleri çokça tartışılmadan Meclis'ten geçmesine sebep olmuştur.

Cumhuriyet inkılabları, yalnızca dönemin elitlerinin kişisel tercihlerinden oluşmamıştır. Cumhuriyetin ilanıyla birlikte gerçekleşen inkılablar esasında Tanzimat Dönemi fikir hayatından, İkinci Meşrutiyet sonrasındaki dinamik süreçten oldukça etkilenmiştir. Kurucularının tamamı eski Osmanlı subayı/bürokratu ve entelektüel olan bir rejim, tevarüs ettiği ilmi/siyasi ve ictimai tecrübeye göre hareket etmektedir. Osmanlı Devleti, Tanzimat Dönemi'nden itibaren iktibas ve uyarılma yoluyla pek çok kanunu yürürlüğe koymuştur. Cumhuriyeti kuran kadrolar esasında yeni bir memleket inşa etmek için geçmişten miras aldıkları inkılab hareketini

¹ Taha Parla, Türkiye'de Anayasalar, İletişim Yayınları, İstanbul, 1991, s. 16.

devam ettirmeyi amaçlamıştır². Bununla birlikte mevcut ikili hukuk sistemine alternatif bir model arayışı cumhuriyet kurulmadan evvel Lozan görüşmelerinde başlamıştır. Osmanlı hukuk sisteminde var olan kapitülasyonların kaldırılmasıyla hukuk sisteminde temel mevzuat değişikliği ihtiyacı artmıştır. Nitekim bu hususta kurulan Ahkam-ı Şahsiye ve Vacibat Komisyonu çalışmaya başlamadan evvel bir talimatname çıkarılmıştır. Talimatnamede hazırlanacak kanunların medeni memleketlerde var olan kanunlarla azami uygunluk içerisinde olması ilkesinin dikkate alınması vurgulanmıştır³. Aile hukuku ve borçlar kanununa dair yapılan çalışmalar bu ilkeyi karşılamadığı gerekçesiyle kabul görmemiş ve resepsiyon faaliyetiyle Batı menşeli kanunlar hukukumuzda dahil olmuştur.

İnkılap sürecinde yaşanan entelektüel tartışmaları izlemek, süreç içerisindeki hukuk değişiminin döneminde nasıl değerlendirildiğini görmek ve cumhuriyetin tarihini yorumlamak için kaynak teşkil edecek yayınlara başvurmak gerekir. Hukuk değişiminin esasına dair tartışmaların azlığı, bu konuda spekülasyonların işin esasına dair fikirlerin önüne geçmesine sebep olmuştur⁴. Özellikle Takrir-i Sükun yasasının etkisiyle inkılapların kanunlaşma sürecinde gerek lehte gerek aleyhte geniş katımlı tartışmaların yapılamadığı görülmektedir⁵.

1930'lu yıllardan itibaren Cumhuriyetin kurucu kadrosunun muhalif odaklarla hesaplaşmasını tamamlamasıyla yapılan inkılapların tesiri ve yapılacak olanlara dair yol haritası hakkında bir arayış dönemine girilmiştir. Bu itibarla dünya siyasetinin savaş sonrası geldiği yerde Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin istikametine dair soruların cevap bulması beklenir. 1924 yılından itibaren hukuk öncülüğünde yaşanan sert inkılap dalgası

² Nitekim Kadioğlu, Atatürk'ün 1925 yılında Ankara Hukuk Mektebi açılışında yapmış olduğu konuşmada "Senelerden beri devam eden Türk İnkılabı, mevcudiyetini ve zihniyetini, toplumsal hayatın temeli olan yeni hukuk sistemi ve hukuki esaslarda tespit ve teyit etmek çaresine tevessül etmiştir." ifadesinde yer alan "senelerden beri..." lafzıyla yalnızca cumhuriyetin inkılap hareketini değil Osmanlı'nın yenileşme hareketleri ile kurduğu bağı vurguladığını ifade etmektedir. Ahmet Selim Kadioğlu "Değer Üretme Aracı Olarak Hukuk (Medeni Kanun Örneği)", Uluslararası Eğitim ve Değerler Sempozyumu V Bildiri Tam Metinleri, 2021, Bodrum, s. 329.

³ Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2010, s. 188.

⁴ Örneğin Bozkurt'un çalışmasında dönemin adliye vekili Mahmut Esat Bozkurt'un komisyon çalışmaları ve kanunlara ilişkin görüşlerine yer verilirken Mahmut Esat Bozkurt'un 1944 tarihli konuşmasından yararlanılmıştır. Bozkurt, s. 189. Kanunlaşma döneminde resepsiyon usulünün mahiyeti hakkında esaslı bir tartışma yürütülmemiştir.

⁵ Nutuk'ta bazı inkılapların yapılmasında Takrir-i Sükun'un yürürlükte olmasının getirdiği suhulet vurgulanmıştır. Atatürk, böylelikle bazı mürtecilerin milleti vasi miyasta tesmim etmesine meydan bırakılmadığını ifade etmektedir. Bernard Lewis, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1998, s. 270.

içerisinde oluşan yapının sağlamlaştırılması ve iç/dış tehditler karşısında korunması öncelenmiştir⁶.

İç muhalefetin zayıflığının getirdiği siyasi temsil sorunu Serbest Cumhuriyet Fırkası ile giderilmeye çalışılsa da ortaya çıkan tablo kurucu elitleri kaygılandırarak derecede sert bir muhalif kitlenin varlığını göstermiştir. Esasında Serbest Cumhuriyet Fırkası'nın kurucuları Cumhuriyet Halk Fırkası'nın temsil ettiği değerlere karşı değildir. Serbest Cumhuriyet Fırkası'nın kurucularından Ahmet Ağaoğlu hem CHF hem de Serbest Fırka'nın programını yazan bir isim olarak CHF'nin temel değerlerine karşı bir isim değildi, yalnızca ilkelerin tatbik edilmesinde ortaya çıkan sorunlara işaret etmekteydi⁷. Bu süreçte kurucu elitleri bir yol ayrımı bekliyordu. Ya inkılap ideolojisi zayıflayacak ve toplumsal uzlaşma aranarak bir istikamet belirlenecek veya inkılapların ideolojik altyapısı tahkim edilerek halk için doğru olan yol zecri olarak kabul ettirilecektir⁸.

1930'lu yıllarda cumhuriyetin inkılapçı hareketi yapmış olduğu reformların sonuçlarını değerlendirme imkânı bulmuştur. Kanunlaştırma faaliyetleri büyük ölçüde tamamlanmıştır. İnkılap hareketine liderlik eden kadronun hayata bakışı ve nasıl bir toplum oluşacağına dair fikirler tartışılmaya başlanmıştır. Bir kere inkılapların milletçe ne derece anlaşıldığı tartışmalıdır. Bununla birlikte iktidar elitleri arasında inkılaplar yolunda emin adımlarla gidilmesi gerektiğine dair uzlaşma söz konusudur. Bu atmosferde, ilk dönemden farklı olarak inkılapların içeriği hakkında tartışmalar yoğunlaşmıştır. 1920'li yılların sonuna doğru inkılap hareketinin normatif temellerinin büyük ölçüde gerçekleştirilmesinin ardından ekonomik buhranın ağır sonuçları iktidar ve ekonomik düzen arasındaki ilişkinin yeniden tanımlanmasını gerektirmiştir. Liberal bir iktisat politikasına karşılık devletçi müdahale konusunda Atatürk ve İsmet İnönü'nün uzlaştığı görülmektedir. Atatürk, Afet İnan'ın yazdığı Medeni Bilgiler kitabında "ılımlı devletçilik" kavramına yer vermesini ister. İsmet İnönü ise Serbest Cumhuriyet Fırkası'nın liberal tezlerine karşılık devletçilik prensibini savunmaktadır⁹.

Kadro Hareketi, cumhuriyet tarihinde belirli bir entelektüel grubun inkılapları yorumlamak ve ona ideolojik bir ivme kazandırmak saikiyle

⁶ Tunçay, 1924'ten harf inkılabına kadar geçen sürede yaşananların ikna yoluyla değil tecebbürle gerçekleştiğini belirtmektedir. Tarık Bin Ziyad'ın geri dönmek için gemileri yakması gibi cumhuriyet rejiminin eskiyle arasındaki bağı kopartmayı amaçladığını vurgulamaktadır. Mete Tunçay, "İkna (İnandırma) Yerine Tecebbür (Zorlama)", Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce, Cilt 2, Kemalizm, Tanıl Bora Murat Gültekinil (Ed.), 6. Baskı, 2009, İstanbul, s. 92.

⁷ Hilmi Ozan Özavcı, "Düşünce Tarihi Merceğinden Türkiye'de Liberalizm", S. 57, 2011, Doğu Batı Dergisi, s. 160.

⁸ Zürcher bazı fikir ve ideallerin ceminden oluşan Kemalizmin 1930'lu yıllarda ortaya çıktığını ve geliştiğini belirtir. Kemalizm, tam olarak bir ideolojik forma bürünmese de 1931 yılında parti programına altı ilkenin girmesiyle belirli bir şekle kavuştuğunu ifade eder. Eric Jan Zürcher, Turkey A Modern History, 1. Baskı, I.B. Tauris and Co Puplichers, London, 1993, s. 189.

⁹ Taner Timur, Türk Devrimi ve Sonrası, İmge Kitabevi, Ankara, 1993, s. 122.

çıkan Kadro Dergisi yazarlarından mürekkeptir¹⁰. 1932-35 yılları arasında 35 sayı çıkan dergi, Türk entelektüel tarihi açısından önem arz etmektedir. Kadro Dergisi'nin imtiyaz sahibi Yakup Kadri Karaosmanoğlu'nun Reisicumhur Gazi Mustafa Kemal Atatürk, Başvekil İsmet İnönü ve diğer devlet idarecileriyle iyi ilişkiler içinde olması sebebiyle dergi devlet erkani tarafından dikkatle takip edilmiştir. Kadro Dergisi Serbest Cumhuriyet Fırkası'nın kendisini feshetmesiyle çok partili hayata geçişin ikinci kez akamete uğradığı siyasi atmosferde yayın hayatına başlamıştır¹¹. Cumhuriyetin onuncu yılında yayın hayatına başlayan dergi, 1929 ekonomik buhranımla ağır bunalım geçiren Türk iktisadında devletçi müdahalenin gerekliliği tezine katkı sunmuş, iktisadi olarak sıkı bir devletçiliği savunmuştur¹².

Kadro Dergisi'nin ne amaçla çıkarıldığı ilk sayısında ifade edilmektedir. Türkiye bir inkılap içindedir ve inkılap durmamıştır. Kadronun amacı inkılabı derinleştirmektir. İnkılabı derinleştirmek ise inkılabın nazarileşen prensiplerinin gençlere, köylülere, şehirlilere anlatılması ve benimsetilmesidir. Kadro Hareketine göre Türk inkılap hareketi teorik bazı iddiaları barındırmaktadır ancak henüz bu inkılap hareketinin bütünleşmiş bir ideolojiye sahip olduğu söylenemez. Kadro Dergisi ihtiyaç duyulan ideolojiyi oluşturma iddiasındadır. Kadro Dergisi'ne göre İnkılabın aleyhinde olan odaklar onun yarım kalmasını istemekte, ona pesimistçe yaklaşmaktadırlar. Oysa kadro inkılap heyecanını diri tutmak için yayın hayatına başlamıştır¹³.

1929 ekonomik buhranından sonra liberal ekonominin kalesi olan ABD'de dahi devletin piyasaya müdahalesinin benimsendiği yıllarda, ekonomik buhranın etkisi ile toplumsal muhalefet yükselmiş, durgunlaşan ekonomik düzenin canlandırılması için Kadro Dergisi iktisadi olarak katı devletçiliği savunmuştur. Bu itibarla iktisat zihniyeti çalışmalarında Kadro Dergisi'nin iktisadi görüşleri ile dönemin siyasi iktidarının ve diğer fikri görüşlerin karşılaştırması yapılmıştır. Tekeli ve İlkin'in ifade ettikleri gibi esasında Kadro, devletçi prensibi benimsemekle Serbest Fırka'nın kurucu fikriyatı olan liberal iktisadi anlayışla çetin bir mücadeleye girmiştir. Radikal,

¹⁰ Şerif Mardin, Kadro Dergisi'ni modernleşmenin örgütsel ve harekete geçirmeye ilişkin yanını fark eden biricik akım olarak nitelendirmektedir. Şerif Mardin, "Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez- Çevre İlişkileri", içinde Türkiye'de Politik Değişim ve Modernleşme, Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay (Ed.), Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, s. 94.

¹¹ Dergide yazarların pek çoğu devlet memuriyet görevi ifa ettiğinden imtiyaz sahibi o sıralar milletvekili olan Yakup Kadri Karaosmanoğlu olmuştur. Mustafa Türkeş, Kadro Hareketi: Ulusçu Bir Sol Akım, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 1999, s. 93.

¹² "Kadro, onun temel şiarlarını kendi söylemi içinde yeniden üretmekle Kemalizme nüfuz etmeye çalıştı. "Öncülük soyumuzun türesidir" gibisinden aforizmalarla resmi milliyetçi söylemi yeniden üretmekten de geri kalmadı. Kemalizm nezdindeki kabulünü, özellikle anti-emperyalizm, bağımsızlıkçılık, liberalizm karşıtlığı ve devletçilik ortak paydalarını vurgulayarak pekiştirmeye gayret etti." Tanıl Bora, Cereyanlar: Türkiye'de Siyasi İdeolojiler, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 161.

¹³ Bora, 2017, s. 160, 161. Kadro Dergisi, Sayı 1, Yıl 1932, s. 3-4.

burjuva aydın grubu olarak CHF yöneticilerinden daha keskin şekilde devletçilik taraftarıdır¹⁴.

Ancak bilinmektedir ki inkılap hareketi esasında bir yasalaştırma hareketidir. İnkılapların oluşabilmesi için anayasadan başlayarak pek çok hukuk düzenlemesi hayata geçirilmiştir. Bu sebeple Kadro Dergisi'nde dönemin hukuk politikasına dair pek çok tartışma yer almaktadır. Ayrıca Kadro Dergisi'nin inkılabın ideolojisini inşa etmek olarak ifade ettiği amacını gerçekleştirmesi için inkılabın hukuki yönlerine değinmesi gerekir. Nitekim Kadro Dergisi'nde yer alan yazılarda saltanat ve hilafetin kaldırılması, cumhuriyet yönetimi, medeni kanun, özel teşebbüs, mülkiyet, uluslararası hukuk gibi hukuk tartışmalarının odağında yer alan kavramların tartışıldığı görülmektedir. Çalışmanın odağında ise Kadro Dergisi'nin iktisadi devletçilik anlayışı ile özgürlük ilişkisinin nasıl kurulduğu hususu yer almaktadır.

Bu çalışmada ilk olarak Kadro Dergisi'nin inkılaplara bakışı ve inkılapları nasıl yorumladıkları ele alınacaktır. Daha sonra Kadro Dergisi'nin hukuk ve devletin işlevine dair tartışmaları nasıl değerlendirdiği açıklanacak, son olarak özgürlük ve devletçilik prensibi bağlamında yürütülen tartışmalara değinilecektir.

I. KADRO HAREKETİ'NİN CUMHURİYET İNKILAPLARINA BAKIŞI

Kadro Dergisi'nin ilk sayılarından itibaren Cumhuriyetle birlikte oluşan inkılap sürecini daha evvelki yenileşme hareketlerinden ayırma çabası görülmektedir. Her biri Osmanlı'nın son döneminde yetişmiş, Birinci Cihan Harbi ve Kurtuluş Savaşı'na bizzat katılmış veya yakından takip etmiş yazar kadrosunda Cumhuriyetle beraber oluşan siyasi atmosferi, sosyal değişimi Osmanlı'dan farklılaştırma gayreti göze çarpmaktadır.

Kadroculara göre, Osmanlı Devleti'nin Tanzimat Fermanı'ndan itibaren bir değişim içerisinde olduğu açıktır. Cumhuriyet inkılaplarını daha evvel yapılan reform girişimlerinden ayıran hususun başında saltanat ve hilafetin kaldırılması gelmektedir. Hilafetten ve onun etrafındaki "kuklalardan" kurtulmuş olmak milli kurtuluş hareketini öncekilerden ayırmaktadır. Cumhuriyet, Tanzimat devrinde olduğu gibi yalnızca batının pazarı olma arayışında değildir¹⁵.

Vedat Nedim, milli kurtuluş hareketi ile ıslahçılıktan inkılapçılığa geçildiğini, böylelikle saltanat yerine cumhuriyet, mecelle yerine medeni kanun, fes yerine şapka, Arap harfleri yerine yeni Türk harflerinin kabul edildiğini belirtir. Yeni Türk harflerini milli kurtuluş hareketinin en önemli silahı olarak tanımlayan yazar, yeni harflerin öğrenilmesi için millet mekteplerinin kâfi gelmediğini, mekteplilerin avare dolaşmaktansa köylere

¹⁴ İlhan Tekeli ve Selim İlkin, Bir Cumhuriyet Öyküsü Kadro ve Kadrocuları Anlamak, 1. Baskı, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2003, s. 545.

¹⁵ Burhan Asaf, "İnkılabımız ve Hilafet", S. 1, 1932, Kadro Dergisi, s. 37-38.

giderek yeni harfleri öğretmesi için inkılapçı bir tedbir alınmasını önermektedir¹⁶.

Aydemir'e göre milli kurtuluş hareketi ne münhasıran siyasi ne de münhasıran hukuki bir hadisedir¹⁷. Milli kurtuluş hareketi müstemlekecilere ve feodal kalıntılara karşı yapılan bir mücadeledir. Mücadelenin öncüleri ise milleti anlayan, ona kendini vakfeden, şuurulu, ileri feragatli ve disiplinli avangardın, ferdi ve zümrevi menfaatleri değil milli menfaatleri ileri tutan kadro olmalıdır¹⁸. İnkılapların öncüleri bir iş planı dahilinde, henüz memleketin iş üretme kabiliyetinin ortaya çıkmadığını bilerek, tabiatı işleyerek milli iktisadı oluşturmalıdır¹⁹. Aydemir'e göre harp sonu inkılaplarından evvel bir iş planı yapmak suni ve akıl dışı olarak kabul edilirdi, inkılaplardan evvel iktisadın canlanması için piyasaya müdahalede bulunmak hem mevzusuz hem de manasızdı. Ancak harp sonu inkılaplarından sonra piyasanın kendi şartlarında oluşmasını beklemek, devletin burada düzenleyici olarak rol almaması manasızdır. Harp sonu inkılaplarıyla uyumlu bir iş bölümü gereklidir²⁰. Türk inkılabının tamamlanması ancak bu suretle mümkündür. Bu bakışla inkılap hareketi yeni iktisadi anlayışın yerleşeceği içtimai düzenin oluşması için elzem görülmekte, fakat yeterli görülmemektedir. İnkılapların halk nezdinde henüz yerleşmemesi ve ekonomik olarak eksiklikleri vurgulanmaktadır.

Kadroculara göre toplumu eskiden ayıran köprü tamamen yıkılmıştır²¹. Bu köprünün yeniden inşası topluma ve inkılapa zarar verecektir, özlem ancak yeniyedir²². Yeni olan, güzel olan, toplum için iyi olan yarındadır ve onu Türk inkılabı getirecektir. İnkılap sürecinin dinamikliğine yapılan vurgu önemlidir. Zira başlarda ifade edildiği üzere aslında inkılapların tamamlanması için gereken hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Kadroya göre kimse bu yapılanları kâfi görüp rehavete kapılmamalıdır.

Rehavete kapılmamak için birinci sebep inkılabın cihanda devam ettiği ve Türk yurdunda da devam edeceği gerçeğidir. İnkılapların devam ettiğine dair vurgunun sebebi esasında bazı grupların inkılapların tamamlandığına dair inancıdır. Örneğin Falih Rıfkı Atay Türk Devrimi'nin 5 yıl 1 ay sürdüğünü, 3 Kasım 1928'de yeni Türk harflerinin kabulüyle inkılapların tamamlandığını ileri sürmüştür. Kadro Dergisi'nin önde gelen ismi Şevket Süreyya ise inkılapların tamamlanmadığı, bu durumun

¹⁶ Vedat Nedim, "Ümmilikle Mücadele İçin Köy Kampları", S. 1, 1932, Kadro Dergisi, s. 42-43.

¹⁷ Şevket Süreyya Aydemir, "Milli Kurtuluş Hareketinin Ana Prensipleri", S.8, 1932, Kadro Dergisi, s. 10.

¹⁸ Aydemir, a.g.m., s. 11.

¹⁹ Şevket Süreyya Aydemir, "İş Hasreti ve 500.000.000 liralık Türk Bütçesi" S. 9, 1932, Kadro Dergisi, s. 10.

²⁰ Şevket Süreyya, "İçpazar ve İktisatta Bütünlük", S. 10, 1932, Kadro Dergisi, s. 11-12.

²¹ Şevket Süreyya, "İnkılap Bitti mi?", S. 3, 1932, Kadro Dergisi, s. 10.

²² Şevket Süreyya, "Milli Kurtuluş Hareketleri Hakkında Bizim Tezimiz", S. 12, 1932, Kadro Dergisi, s. 44.

kendisini inkılabı hizmet eden ve onun koruyucusu olarak gören kesimlerce dahi idrak edilemediği iddiasındadır²³.

İkincisi, yapılan inkılaplar halk tarafından henüz benimsenmemiştir. Yakup Kadri, Medeni Kanun yürürlükte olmasına karşın toplumun aile yapısına bakıldığında kadınların kocalarına şer' en bağlı olduklarını örnek vererek inkılapların halk nezdinde yeterince karşılık bulmadığından yakınmaktadır. Keza yazara göre, Cadde-i Kebir'in ismi değişmiş ve İstiklal Caddesi olmuştur ancak bunu ifade eden postacılar ve tramvay çalışanlarından başka kimse yoktur. İnkılabı yapanları çok optimist bulan Yakup Kadri, inkılapların çizdiği hayat düsturuyla yaşayan, mesela şapka veya kasket giyen, medeni kanuna göre evlenip boşanan, yeni harflerle okuyup yazan sayısının cumhuriyetin onuncu yılında on bini geçmeyeceğini iddia eder. İnkılapların tam manasıyla ictimai hayatta yansımalarının görülebilmesi için inkılap bilinci, inkılap heyecanı tabana yayılmalıdır²⁴.

Üçüncüsü, inkılapların temel amacı Türk olmayan yabancı tesirlerden kurtulmaktır. Yabancılık unsuru taşıyan unsurlardan kurtularak bir Türk yurdu inşa etmek temel amaçtır. Kadroculara göre bu amacın gerçekleşmesi için "Bizans mirası" saray ve saltanat kaldırılmış, "Arap ve Fars mirası" medrese kapatılmış, "Rumluğun bergüzarı" fes yasaklanmıştır. Bununla birlikte hâlâ eskiye özlem duyanlar olduğu gibi Batı hayranı olan gençlerin varlığı da Kadrocuları rahatsız etmektedir. Şarkın skolastisizminin tesiri nasıl etkisiz bırakıldıysa Batı hayranlığı da terk edilecektir. İlimin tarafsız olması söz konusu değildir, Türk inkılabına göre ilim de millidir ve vatani burasıdır²⁵.

Bu anlayış esasında inkılapların yasal olarak kabul edilmesinin yeterli olmadığını, hayata tatbikinde soru işaretlerinin bulunduğunu göstermektedir. Nitekim Yakup Kadri teknik konularda Türk inkılabının İtalya ve Rusya inkılapları kadar başarılı olamadığını ifade etmekte, acemiliği ve plansızlığı başarısızlığın sebebi olarak görmektedir²⁶.

Kadroculara göre, Türk inkılap hareketini savaş sonrası oluşan yeni siyasi ve sosyal yapılara benzetmemek gerekir. İnkılap hareketi faşizme ve nazizme benzemez, adil ve ilerici bir harekettir. Nazizme benzemez zira içinde ırkçılık barındıran söylem bulunmamaktadır. Türk olmayan vatandaşlara karşı ayrımcı bir tutum söz konusu değildir. Hatta Burhan Asaf bir yazısında Türk olmayan kişilerin Türkçe konuşmamasını incelerken ana dili Türkçe olmayan azınlıkların Türklerin gösterdiği hoşgörüyü karşılık en azından alışverişi yapacak kadar Türkçe bilmemesini eleştirir²⁷. Kadro

²³ Ahmet Kuyuş "The Ideology Of The Revolution': An Inquiry Into Şevket Süreyya Aydemir's Interpretation Of The Turkish Revolution, Doktora Tezi, McGill University, 1995, s. 187.

²⁴ Yakup Kadri, "Ankara, Moskova, Roma", S.10, 1932, Kadro Dergisi, s. 42-43.

²⁵ "Nasıl doğu skolastisizminden kurtuldu isek Garbın softalarından da kurtulmamız gerekir. İlim diyorlar bitaraftır. Halbuki Türk inkılabına göre ilim de millidir. İlimin vatani vardır ve burasıdır.". Yakup Kadri, "Fikirde İstiklal", S. 22, 1933, Kadro Dergisi, s. 32.

²⁶ Yakup Kadri, "Ankara, Moskova, Roma", S. 13, 1932, Kadro Dergisi, s. 30.

²⁷ Burhan Asaf, "Bizdeki Azlıklar", S. 16, 1933, Kadro Dergisi, s. 52.

Dergisine göre İtalya ve Almanya'daki faşist iktidarlar burjuvalarla iş birliği halindedir. Söz konusu rejimler, sınıflar arası mücadele ve memleket içindeki anarşiyi işçi sınıfı aleyhine ve sermaye lehine çözmeye çalışmaktadır. Ayrıca İtalya'nın barındırdığı fazla nüfusu taşımak için koloniler elde etmeye çalışmasını ve Almanya'nın Alman ırkının diğerlerinden üstün olduğunu iddia etmesini faşizmin emperyalist tarafları olarak görmüşlerdir. Bu sebeple 1933 yılından itibaren Kadro yazarları faşizmi ve nazizmi açıkça reddetmişlerdir²⁸.

Kadroculara göre Türk inkılabının bir diğer özelliği onun uluslararası toplumda müstemleke memleketlere umut ışığı olmasıdır. Müstemleke memleketlere umut ışığı olmasını sağlayan husus ise yeni bir toplum ve devlet inşasını başarabilmesidir. İktisadi olarak kapitalizm konusunda dünyaya cemiyet-i akvam örnek olmakta, sosyalist üretim tarafını ise Sovyet Rusya temsil etmektedir²⁹. Milli kurtuluş hareketi liderliğinde örgütlenen Türk devleti üçüncü yolu "müstemleke iktisadı yerine müstakil millet iktisadı" yaratmaktadır³⁰.

II. KADROÇULARA HUKUK VE DEVLETİN İŞLEVİ

Yakup Kadri, dünya düzeninde eski ve yeni arasındaki kavganın çok eskiye dayandığını ifade etmekle birlikte en kızgın çatışmanın kendi yaşadığı devirde tezahür ettiğini ifade etmektedir. Her şey bir değişim içindedir ve eski düsturlar yeniyi anlamakta yetersizdir. Yakup Kadri'ye göre örneğin Montesquieu'nun Kanunların Ruhu adlı eserinden hareketle faşizm, Bonfils'in "Uluslararası Hukuk" aslı eseriyle devletler arası münasebetler açıklanamaz. Eski anayasal ve sosyolojik çıkarımlar ancak o devirde yaşayan insanları ve aralarındaki münasebetleri düzenleyebilir³¹.

Yeni Türk devlet ve cemiyet hayatının inşası için yeni hükümet organizasyonunu kurumsallaştırmak reform zincirinin ilk halkası niteliğindedir. Kadro Dergisi yazarları elbette bir devrim ideoloğu olarak saltanat ve hilafetin kaldırılmasından ziyadesiyle memnun olduklarını belirtmişlerdir. Diğer taraftan yeni kurulan rejim, oluşan devlet yapısı ve hükümet sistemini tamamen batı kaynaklı akıl yürütme ile okumamaktadırlar. Ortaya çıkan yeni devlet tipinin Batılı kaynaklarla teorikleştirilen devlet kuramları ile açıklanması yetersiz kalmaktadır.

Şevket Süreyya'ya göre eski Osmanlı yönetimi içerisinde Türkler tıpkı Ergenekon'da olduğu gibi tutsak haldeydi. Bu Ergenekon'da çekiç ve örs unutulmuş, Börteçine ise görünmemekteydi. İkinci Meşrutiyet devrinde birtakım yenileşme arayışları vuku bulsa da, tekniği başka ellere bırakarak yalnızca mefkure ile ilerlemeye çalıştıkları için Meşrutiyet reformcuları

²⁸ Mustafa Türkeş, "The Ideology of Kadro (Cadre) Movement: A Patriotic Leftist Movement in Turkey", S. 34/4, 2006, Middle Eastern Studies, s. 104.

²⁹ Vedat Nedim, "Müstemleke iktisadiyatından millet iktisadiyatına", S. 1, 1932, Kadro Dergisi, s. 8.

³⁰ Vedat Nedim, "Müstemleke iktisadiyatından millet iktisadiyatına 2", S. 2, 1932, Kadro Dergisi, s. 13-14.

³¹ Yakup Kadri, "Eski Yeni", S. 12, 1932, Kadro Dergisi, s. 25-26.

başarısız olmuşlardır. Yeni Türk Devleti'nde ise inkılabı öncülük eden zümre, Gazi Paşa'nın şefliğinde inkılap idealizmi mefkuresiyle yürümektedirler³².

Her inkılap yeni bir devlet tipi oluşturma mücadelesi olduğuna göre yeni devlet, Türk inkılap hareketinin özünü teşkil etmektedir. Bu hareket dünyada biricik olduğuna göre yeni devlet tipini diğer memleketlere nispetle açıklamak doğru olmaz. Bir kere yeni devlet sınıf savaşlarının bir tezahürü olarak oluşmuş değildir. Kadro Dergisi'nde Türkiye'de kapitalizmle birlikte doğan sınıf savaşlarının olmadığı, bununla birlikte kapitalizm öncesi sınıfların var olduğu ileri sürülmüştür. Sınıflar arası çatışma ortamı olmaması sayesinde Türk Milleti, milli kurtuluş hareketi sırasında teşkilatlanmıştır. Dolayısıyla bu devlet bir sınıfın yararını kollayacak, diğerlerine karşı ceberut tavır gösterecek yapıda değildir. Devlet, milletleşme sürecinin bir tezahürüdür ve dolayısıyla sosyal sözleşme vasıtasıyla oluşmuş değildir³³. O hâlde liberal düzeni oluşturan kavramlarla yeni devlet tipi açıklanamaz. Kadro Dergisinde Cumhuriyet, diğer memleketlerde olduğu gibi yalnızca bir yönetim olarak kavranmaz. Kadro Dergisi'nde Cumhuriyet'e manevi sıfatlar yüklenmiş, devlet lideri Mustafa Kemal ve TBMM'nin unvanı olan gaziliğin Cumhuriyet'in de sıfatı olduğu iddia edilmiştir³⁴. Böylelikle Cumhuriyet'e bir yönetim şekline fazlaca anlam yüklenerek, kurtuluş mücadelesinin asli parçası olarak görülmüştür.

Kadro Dergisi'nin yayın safahatı başladığında Türk hukukuna pek çok batı ülkesinden kanun iktibas edilmişti. Kadro Dergisi'nin cumhuriyet inkılaplarının yanında yer alan duruşu ilk bakışta Batıya karşı, adını hayranlık olarak ifade etmesek de, bir imrenme beklentisi oluşturabilir. Oysa Kadro Dergisi'nde Batı; yapıları ve tarihi ile eleştiriye uğramaktadır. Aydemir, kendilerinin Avrupa'nın iktisadi, siyasi, ahlaki ve fikirler manzumesinin hayranı olmadıklarını vurgulamış, sadece metot ve teknik bakımdan Avrupa'nın mirasçısı olduklarını belirtmiştir³⁵.

Kadro Dergisi'nde Batı'ya getirilen en mühim eleştiri, toplum yapısının sınıflar arası mücadele neticesinde oluşması, ezilen sınıflardan kalan artı değerın egemen sınıflarca sömürülmesidir. Atatürk'ün emriyle 1931 yılında hazırlanan³⁶ Cumhuriyet Halk Fırkası Nizamnamesi ve Programı'nda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde halkın arasında sınıfa dayalı bir ayrılık olmadığı, yalnızca iş bölümünün kabul edildiği temel prensip

³² Şevket Süreyya Aydemir, "Ergenekon Efsanesi", S. 13, 1933, Kadro Dergisi, s. 8-9.

³³ Vedat Nedim, "Devletin Yapıcılık ve İdarecilik Kudretine İnanmak Gerekir", S. 15, 1933, Kadro Dergisi, s. 13-14.

³⁴ "Bizde nasıl millet "gazi millet", ve nasıl Mustafa Kemal "Gazi Mustafa Kemal" ise, "Cumhuriyet te, "Gazi Cumhuriyet"dir. Bizim Cumhuriyetimiz on değil on üç- on dört yaşındadır". Burhan Asaf, "Gazi Cumhuriyet", S. 22, 1933, Kadro Dergisi, s. 27.

³⁵ Şevket Süreyya, "Avrupanın Hayranı Değil Mirasçısıyız", S. 29, 1934, Kadro Dergisi, s. 43-46.

³⁶ George Harris, The Communists and the Kadro Movement, The Isis Press, İstanbul, 2010, s. 124.

olarak kabul edilmiştir³⁷. Cumhuriyet idaresi Batı'da sınıf çatışmalarının sebep olduğu olumsuz durumu tespit ederek Kadro Dergisi'nin temel savı olan sınıfsız toplum düsturunu benimsemiştir.

Kadro Dergisi'ne göre Batı'dan alınacak dersler de vardır, bunların başında çalışkanlık, özveri ve iş bölümündeki profesyonellik gelmektedir. Kadro Dergisi'nde Batı'ya dair yazılanlara bakıldığında Cumhuriyet'in ilk yıllarında, özellikle inkılap kanunları çıkarılırken ifade edilen mutlak olarak üstünlüğünü ispatlamış medeniyet algısının değiştiğini görülmektedir. Elbette bu eleştirel tavırda Kadro Dergisi'nin kapitalizm ve onun oluşturduğu toplum düzenine karşı bakışı etkilidir. Yine de Batı toplumunun tüm teknik ilerlemesinin kabul edilmesine rağmen, içinde barındırdığı bir dizi sorunun Türk entelektüel kamuoyunda dile getirilmesi önemlidir. Bununla yetinmeyip Türk toplumunun Batı'ya nazaran daha iyi durumda olduğu, hatta Batı toplumlarının geçirdiği olumsuz tarihi tecrübeyi yaşamaksızın ilerleme sağlayabileceğine dair öneriler dikkat çekmektedir³⁸.

Kadro Dergisi'nde Türk üniversiteleri, Türk inkılabına fikri olarak yeterince destek sunmamakla eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden hukuk fakültesi de kurtulamamıştır. Hukuk alanında yapılan pek çok inkılabı, pek çok düzenlemeye ihtiyaç duyulmasına rağmen hukuk fakülteleri istenilen katkıyı sağlamamaktadır. Hukuk fakültelerinin tek görevi adliyelere görevli yetiştirmek değildir, hukuk fakültelerinden hukuk alanında yapılan çalışmalara öncü olması beklenir. Ancak Aydemir'e göre başka memleketlerden beslenen hukuk akademisi, Türk inkılabının önderlerinin beklentilerini karşılayamamaktadır. Türk hukuk fakültelerinden beklenen Türk toplumuna göre orijinal fikri çalışmalar yapılmasıdır³⁹.

Aydemir'e göre yeni hukukun ferdiyetçi prensibi öne çıkarılırken, devleti hürriyetlerin bir koruyucusu veya yardımcısı olarak görmek tam manasıyla tüm toplumu kapsayan anlayışa dönüşmemiştir. Fertlerin birbirleri ile ve devletle olan ilişkileri menfaat çatışması temelinde izah edildiği için devlete dair hukuki kavrayış baskı ve cebir unsurlarından öteye gitmemektedir⁴⁰. Türk inkılabıyla oluşan yeni rejimde devletin otoritesi nazari ve maddi esasını cemiyet içerisindeki çatışmaların tasfiyesi zaruretinden almaktadır. Yeni cemiyet ve devlet tipinde bireylerin birbirleriyle ve devletle olan ilişkileri dönüştüğü için eski hukuk kaide ve prensipleri işlerliğini yitirmiştir⁴¹.

Aydemir'in yeni hukuktan beklediği liberal bir anlayışla bireysel hakları koruyan değil, devletçilik prensibinin hâkim olduğu iktisat anlayışına imkan sağlayacak hukuki prensipleri ihtiva etmesidir. Devletin acil olarak yapması gereken imar, inşa faaliyetlerinin tamamlanabilmesi için bu

³⁷ "Türkiye Cumhuriyeti halkımı ayrı ayrı sınıflardan mürekkep değil ve fakat ferdi ve içtimâî hayat için iş bölümü itibariyle muhtelif mesai erbabına ayrılmış bir camia telâki etmek esas prensiplerimizdendir." Cumhuriyet Halk Fırkası Programı, Ankara, 1931, İkinci Kısım, 2. Madde.

³⁸ Burhan Asaf, "Fotomontaj", S. 23, 1933, Kadro Dergisi, s. 22.

³⁹ Şevket Süreyya, "İnkılap Hukuku", S. 26, 1934, Kadro Dergisi, s. 5.

⁴⁰ Aydemir, a.g.m. s. 7.

⁴¹ Aydemir, a.g.m. s 8-9.

alandaki teşebbüsler tüm mal varlıklarıyla devletin mülkiyetine terk olunmalıdır. Yüksek teknik ve yüksek sermaye isteyen işler kamu menfaati için devlet eliyle işletilmelidir⁴². Böylece iktisadi bir zorunluluk giderilirken sermayenin bir sınıf elinde temerküzü önlenerek burjuva sınıfının oluşması engellenecektir.

İsmail Hüsrev, Kadro'nun devlet felsefesi üzerine yazılarında devlet telakkisine ilişkin meseleye devlet nasıl idrak edilmeli sorusuyla başlar. Devlet, Hegel'in ifade ettiği gibi "ruhun saf idesi" "yüksek derecede bir ruhi rabıta teşkilatı", "milletin tarihi birliğinin en mütakabil şeklini izhar etmesi" şeklinde anlaşılmamayı kabul etmez. İsmail Hüsrev, bu anlayışın devleti maddi icimai hayatın dışında fakat topluma hükmeden manevi bir varlık olarak telakki ettiği görüşündedir⁴³.

İsmail Hüsrev normativistlerin önde gelen ismi olan Kelsen'in devleti "normlar sisteminin", "mükellefiyetler nizamının" ifadesi olarak tanımladığını ifade etmiştir. Kelsen devleti hukuk normlarının somutlaşması olarak telakki etmektedir ve ona göre hukuk sistemi ile devlet arasında ayniyet vardır. Başka bir hukukçu olan Esmeyn de devleti "teşahhusu hukuki" olarak ifade etmektedir. Hukukçular gibi yalnızca şekli açıdan devleti ifade etmek İsmail Hüsrev'e göre yeterli değildir. Şekli tayin eden öz (substanz) daha mühimdir⁴⁴. Bu ifadelerden sonra devletin ortaya çıkışıyla ilgili teorileri, liberal devlet teorisini, Marksist devlet teorisini anlatmaktadır.

İsmail Hüsrev'in milli kurtuluş hareketi içerisinde devletin fonksiyonunu ve görevlerini izah ettiği yazı dizisinin son kısmı önemlidir. İsmail Hüsrev yeni oluşan devlet tipinin üç asli unsur taşıdığını ileri sürerek bu unsurları izah eder. Birincisi milli kurtuluş hareketinin oluşturduğu devlet tipi inkılapçı sosyalizmde olduğu gibi işçi sınıfının, faşizmde olduğu gibi kapitalist cemiyetin, liberal devlet düzeninde olduğu gibi ferdin menfaatlerini değil milletin harice ve dahile karşı bütünlüğü esasını gözetmektedir. Bütünlüğün sağlanması için içte yaşanan ayrılıkları gidermek ister, bu sebeple milli kurtuluş hareketi devletçiliği sayesinde doğudaki derebeylik sona ermiş ve Türk köylüsü toprağına ve mülkiyetine kavuşmuştur. Bununla birlikte sınıflar arasında uzlaştırıcı değil, sınıf çatışmalarını tasfiye edici bir hareketi temsil eder⁴⁵.

İkinci olarak milli kurtuluş hareketi devleti, milli bütünlüğün oluşması bakımından başvurduğu araçlarla normativist olarak tanımlanabilir. Milli birlik ve beraberlik için fertlerin icimai ve iktisadi hareketlerini birtakım normlarla kaideler ve ölçülerle bağlar. Burada liberal öğretiyeye bir eleştiri getirilmekte ve iktisadi faaliyetlerin fertlerin şahsi mesuliyetine bağlanmasıyla iktisadi faaliyetlerin icimai yönünün gözden kaçırıldığı ifade edilmektedir. Liberal devlet ferdin hareketleri karşısında tarafsızdır yalnızca cezai işlemlere konu olan fiillerde görülmektedir⁴⁶. Bu sebeple efkar-ı

⁴² Aydemir, a.g.m. s. 10.

⁴³ İsmail Hüsrev, "Milli Kurtuluş Devletçiliği", S. 18, 1933, Kadro Dergisi, s. 26.

⁴⁴ İsmail Hüsrev, a.g.m., s. 26.

⁴⁵ İsmail Hüsrev, "Milli Kurtuluş Devletçiliği 2", S. 19, 1933, Kadro Dergisi, s. 30.

⁴⁶ İsmail Hüsrev, a.g.m, s. 31.

umumiyeinin gözetilerek yeni iktisadi düzen ve toplum yapısının oluşmasında işlevsiz kalmaktadır.

Üçüncüsü yeni kurulan Türk devleti iktisatta planlı olarak hareket etmelidir⁴⁷. Kadrocular için devletçilik prensibinin bir diğer vechesi planlı ekonomidir. Esasında Türk inkılap hareketinde ideolojik eksikliğinin yanında planlama eksikliğine daima vurgu yapılmaktadır⁴⁸. Bu sebeple Birinci Kalkınma Planı'nın hazırlanmasından ziyadesiyle memnundurlar. Ayrıca köy ekonomisi, sanayi, eğitim gibi alanlarda ne gibi değişiklikler yapılması gerektiğine dair bir dizi öneriler sunmuşlardır.

Türkeş'in ifade ettiği üzere Kadro Dergisi'nin esas çelişkisi devlete yüklediği anlamda görülmektedir. Kadro devlete toplumun ve sosyal sınıfların üzerinde otonom bir rol biçmektedir. Oysa Kemalist iktidar, çıkarlarını koruyan bazı grupların etkisi altındadır⁴⁹. Bunların başında İş Bankası grubu ve Cumhuriyet Halk Partisi içerisinde etkili olan Recep Peker gelmektedir. Nitekim Kadro Dergisi söz konusu çıkar odaklarının tazyikiyle 1935 yılında yayın hayatını sonlandırmak durumunda kalmıştır⁵⁰.

Heper ise Kadro Dergisi'nin bürokratik temelli iktisadi milliyetçilik görüşünün bürokratik seçkinler arasında önemli sayıda taraftar kazandığını ifade etmektedir. Kadro Hareketini Türk siyasi hayatında kısa bir parantez teşkil etmesine karşın bürokratik entelijansiyanın yeni Türk siyaset felsefesi olarak kabul görececek reçete düşünce sistemleri ile ortaya çıkmasının açık bir göstergesi olarak yorumlamaktadır. Bürokratik entelijansiyanın devleti bürokratik yöne çekme eğilimi, yani aşkın devleti geçici bir olgu olarak değil devleti bürokratik seçkinler üzerinde yapılandırma çabalarının bir örneği olarak görmektedir. Heper'e göre Atatürk, bu girişimi kısa zamanda engellemiş, devleti bürokratik seçkinler üzerinde yapılandırma taraftarı olmamıştır. Ancak Atatürk'ün son zamanları ve vefatından sonra gücün giderek bürokratlarda toplandığı ve bu durumun siyasal güçle birleşen otoriter bürokratik yönetime yol açtığını ifade etmektedir⁵¹.

Kadro Dergisi'nde yer alan hukuka ilişkin değerlendirmelerde Batı'dan iktibas edilen düzenlemelerin olumlu karşılandığı görülmektedir. Bununla birlikte Batı hukukunun özünü oluşturan iktidarın sınırlandırılması ve özgürlüklerin korunması prensiplerinin kapitalist ekonomik sistemin gereği olarak değerlendirildiği, devlete ve hukuka sınıf çatışmalarının var olmadığı toplum oluşturma görevi addedilerek özgürlüklerin korunmasından ziyade inkılapların tatbiki hususunda yarar sağlayacak nizamın oluşturulmasının arzu edildiği görülmüştür. Bu durum Kadro Dergisi'nin iktisadi devletçilik ilkesinin gerçekleştirilmesi, inkılap hareketine muhalif odaklara karşı eylem ve söylem üstünlüğünün kazanılması için hukuku araç olarak görmesine

⁴⁷ İsmail Hüsrev, a.g.m, s. 31.

⁴⁸ Türkeş, 1999, s. 183.

⁴⁹ Mustafa Türkeş, "A Patriotic Leftist Development-Strategy Proposal in Turkey in the 1930s: The Case of the Kadro (Cadre) Movement", C. 33, S. 1, 2001, International Journal of Middle East Studies, s. 107.

⁵⁰ Türkeş, 1999, s. 204.

⁵¹ Metin Heper, Türkiye'de Devlet Geleneği, Doğu Batı Yayınları, 2018, 130-132.

sebepe olmaktadır. Cumhuriyet inkılaplarının ideolojisini oluşturmak için yayın hayatına başlayan Kadro Dergisi'nin iktisadi devletçilik ilkesinin tatbiki için özgürlükler bahsini geri planda tutması, bürokratik elitizmin yükseldiği yıllarda daha önemli hedefler için bireysel özgürlüklerin göz ardı edilmesine sebep olan anlayışın doğumu olarak değerlendirilebilir.

III. KADRO HAREKETİ'NİN DEVLETÇİLİK İLKESİNE VE ÖZGÜRLÜKLERE BAKIŞI

Kadro Dergisi ekonomik hayatta devletçilik politikasının uygulanması görüşünü savunmuştur. Buna göre Türk milleti kapitalizm sonrası sınıf savaşı olmayan bir toplum olduğu için yeni Türk Devleti Batılı devletlerden farklı olarak hem iş ortamını oluşturma hem de işveren görevini ifa etmektedir⁵². Türk Devleti özellikle teknolojik gelişmelerin takibini ve büyük yatırımları yapmalıdır. Aksi durumda bir arada milli mücadeleyi oluşturan millet içerisinde sınıf çatışması ortaya çıkabilecektir.

Kadroculara göre Türk inkılap hareketi dünya tarihinde ayrı bir yerde durmaktadır. Türk inkılap hareketinin müstemlekecilğe karşı olduğu, Türklerin daha evvelki değişim tecrübeleri olan Tanzimat ve Meşrutiyet hareketlerinden farklılık arz ettiği ifade edilmiştir. İktisadi olarak bu farklılık İstanbul merkezli ve sadece İstanbul sınırında kalan reformlardan farklı olarak Türk köyüne ve köylüsüne hizmet götürülmüş olmasıdır. Osmanlı için devlet İstanbul, millet İstanbulludur. Cumhuriyet inkılapları hiç hizmet götürülmemiş köyleri hizmetle tanıştırmıştır⁵³.

Kadro Dergisi'nde milli mücadele ve inkılap hareketini birbirinden ayrı gören çevreler olduğu, bazıları için bu iki dönem birbirinden ayrı görülebileceği, fakat bunun hatalı bir düşünce olduğu vurgulanmış, inkılapların milli mücadelenin devamı niteliği taşıdığı ifade edilmiştir. Aydemir, ülküsünü, sulanan yemyeşil bir vatan toprağı, bu toprak üzerinde şen, tok, giyimli sıhhatli kum gibi Türk kalabalığı, Türk milleti olarak ifade etmektedir⁵⁴. Yeni iktisadi düzen yeni bir mülkiyet prensibi taşımaktadır ve hukuki düzenlemelerle mülkiyet düzenine yeni bir hat çekmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Kadro Dergisi'nin özgürlükler hususunda daha otoriter söylem benimsediği ileri sürülebilir. Devletçilik prensibi devletin ekonomik alanda önemli bir aktör olarak yer almasının yanı sıra yeni oluşan toplumun temellerini belirleme prensibi olarak görülmektedir. Kadroculara göre Türk Milleti'nin en mühim özelliğı bir ordu millet olmasıdır ve bu özelliğini Kurtuluş Savaşı'nda topyekün mücadelesiyle göstermiştir. Bir amaç uğruna teşkilatlanmış milletin aynı zamanda ekonomik olarak bağımsız ve müreffeh olması devletçilik prensibi ile gerçekleşebilir. Devletçiliğın maddi yönü üretim araçlarının kontrolünün devlet tekelinde bulunmasıdır. Bununla birlikte Kadrocuların devletin kültür, sanat, ilim, idari düzen gibi her bir alana müdahalesini gerekli görmeleri devletçilik ilkesine gayri maddi

⁵² Aydemir, İnkılap Hukuku, s. 8.

⁵³ Falih Rıfkı Atay, "Bizim Köy", S. 18, 1933, Kadro Dergisi, s 17-18.

⁵⁴ Şevket Süreyya, "İnkılap Neslinin Şarkısı", S. 22, 1933, Kadro Dergisi, s. 12-13.

nitelikler atfedildiğinin göstergesidir⁵⁵. Aydemir'e göre devletçiliğin yalnızca iktisadi bir anlamı yoktur, bir milletin kuruluşunu ifade eder. Bu kuruluş işleminde ruh, kültür, idare, iktisat her alana devletin müdahalesini gereklidir. Esasında bu durum otoriter bir ton barındırır da faşist hareketlerle Kadro özdeşleştirilemez. Faşizmin emperyalist ve ırkçı olması sebebiyle dile getirilen eleştirilere ek olarak Kadro Dergisi otoriterliğin işlevlerinden beklentiler noktasında da bu rejimden ayrı yerde durmaktadır. Kadro Dergisi'nin otoriter söylemi esasında halkı ekonomik kalkınma hamlesine destek verme ve milli bağımsızlığı korumaya yönlendirmek için bir araçtır⁵⁶.

İktisadi düzende devletçilik prensibini benimsemek Kadroculara göre milli kurtuluş hareketi için bir gerekliliktir. Nasıl ki askeri zaferler kazanılmış ve bağımsız bir cumhuriyet ilan edilmişse iktisadi olarak bağımsızlık için seferberlik gerekmektedir. Bunu başarmanın yolu ise devletçilik prensibini kabul etmekten geçecektir. Devletçilik prensibini Gazi Paşa'nın bir arada çalışmanın faziletini vurgulayan sözleri⁵⁷ ile tanımlamaya çalışan Vedat Nedim, bu ifadelerin ferdiyetçi ve liberal anlayışın idam beratı olduğunu ifade etmiştir. Türk inkılabının kendine has ideolojisinin en verimli ilham kaynağı Gazi Paşa'nın devletçi anlayışı olduğunu, müşterek sorunları tespit ederek milleti müşterek bir amaç uğruna sevk etmenin ancak devletçilik prensibi ile mümkün olduğunu, cumhuriyetin ikinci on yılının bu anlayışla inşa edileceğini vurgulamaktadır⁵⁸.

Kadro Dergisi'nin 22. sayısında derginin yayın hayatı açısından çok önemli iki içerik yer almaktadır. Birincisi Gazi Paşa Cumhuriyet'in onuncu yılı sebebiyle Kadro Dergisini tebrik mesajıdır⁵⁹. Esasında bu tebrik devletin kurucusu ve en yüksek otoritesince Kadro Dergisi'nin takip edildiği, bu mecrada yer alan fikirlerin önemsendiğini göstermektedir. Ayrıca Kadro Dergisi'nin yayınlanmasına yönelik eleştirilere karşı Kadro Dergisine destek mahiyetinde yorumlanmıştır.

İkinci olarak Başvekil İsmet İnönü "Fırcamızın Devletçilik Vasfı" başlıklı yazısıyla Kadro Dergisi etrafında yürütülen devletçilik tartışmalarına cevap vermiştir. İsmet İnönü devletçiliğin yedi sekiz seneden beri tartışılır

⁵⁵ Şevket Süreyya, "Programlı Devletçilik", S. 34, 1934 Kadro Dergisi, s. 11.

⁵⁶ Türkeş, 2006, s. 106.

⁵⁷ Vedat Nedim, Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün şu ifadelerine vurgu yapmaktadır: "Millet müşterek gayeye müştereken sarfi gayret ederek yürürse behemahal muvaffak olur.", "İnsanlar ferdi olarak çalışırlarsa muvaffak olamazlar.", "Hey'eti umumiyenin selametini temin edecek mesai ancak makinenin hey'eti umumiyesinin işlemeyle mümkün olur. Ve hey'eti umumiye işlemedikçe bu makineden bir kısım muhassala dahi almak kabil olmaz." Vedat Nedim, "İktisatta İstiklal", S. 22, 1933, Kadro Dergisi, s. 18.

⁵⁸ Vedat Nedim, "İktisatta İstiklal", S. 22, 1933, Kadro Dergisi, s. 18.

⁵⁹ "Büyük Şef'imizin Cümhuriyetin onuncu yıl dönümü münasebetiyle, mecmuamıza şevk ve cesaret veren iltifatları: 'Hatırlıyorum ki, Kadro intişar ederken maksadının türk milletine hâs meslek ve metodun millet ve memlekette teessüs ve inkişafına hizmet olduğunu yazmıştı. Kadro'ya bu maksadında geniş muvaffakiyet temenni ederim'. " Gazi M. Kemal, S. 22,, 1933, Kadro Dergisi, s. 3. (İmla hataları düzeltilmemiştir).

olduğunu ancak son zamanlarda bu tartışmanın manasız ve bedihi olduğunu belirtmektedir. Zira 1929 buhranı ile birlikte en zengin devletler en kuvvetli devlet tedbirlerini almak durumunda kalmıştır⁶⁰.

İnönü, devletçilik prensibini yalnız olanı müdafaa etmek kabiliyetinden muhafazakâr bir bakışla değerlendirmemekte, ilerlemek ve gelişmek için lüzumlu bir ilke olarak görmektedir. Zira memleketin ihtiyacı olan ağır sanayi yatırımları devlet desteği veya teşebbüsü olmaksızın kurulamaz. Bununla birlikte devletçilik yalnızca teşebbüs olarak değil bir iş sahasının düzenlenmesi hususunda devletin düzenleyici vasfını işaret etmektedir. Her türlü sanat ve ticaret faaliyetini yürütenler devletin müdahalesi olmaksızın refah içerisinde yaşayamazlar. Gümrük vergilerinin düzenlenmesi, bir ürünün nakliyesi için devlet treninin kömür parasını karşılamaz ücretlere taşıma işini görmesi devletçilik prensibinin ticaret hayatını ve tacirleri korumak için yaptığı işlerdir⁶¹.

İnönü, liberallerin temel iddiası olan “özel teşebbüsler kâr amacıyla çalışırken devlet teşebbüsleri zararlı ve masraflı olur” iddiasına karşı çıkar. Devlet bazen yaktığı kömürün parasını düşünmeksizin hareket eder ancak bu serbest ticaret yapan birisinin kâr amacıyla iş yapmasından farklıdır. Zira devlet millet menfaatine iş yapar ve devletçilik prensibinin en faydalı yanı bazı şartlarda bu kadar cesur adımlar atabilmesidir.

İsmet İnönü yazının devamında Kadrocular’ın iktisadi devletçilik anlayışından ayrılmaktadır. İnönü’ye göre, fertlerin yapabileceği bir işin devlet tarafından yapılmamasının esas kabul edilmesi gerekmektedir. Bir işin devlet eliyle yürütülmesi veya özel teşebbüse terkinde ölçünün o bütün memleketle alakası olup olmadığıdır. Devletçilik prensibiyle birlikte geçen on yılda Osmanlı İmparatorluğu’ndan fazla hizmetler yapıldığı, bu yolda başarılar elde edildiği ve tecrübe edilmiş yolda sebatla yürüneceği ifade edilmiştir⁶². Devletçilik prensibi burada iktisadi başarısıyla ele alınırken, Kadro Dergisi’nde ifade edildiği üzere her alanda inkılapçı ruhun izhar edilmesi şeklinde ifade edilmemiştir. Bu sebeple İnönü’nün makalesinin Kadro Dergisi’nde yayınlanması, Kadrocularla Başvekil’in devletçilik prensibine bakışlarının aynı olduğu anlamına gelmemektedir⁶³.

Batı toplumu ve Türk Milleti arasında büyük bir çatışma olduğu ve iki toplumun birbirine benzeyemeyeceği tezi Kadro Dergisi’nin temel anlayışıdır. Batı bir kere hastalıklı toplum ve devlet yapısından mürekkeptir. Bu hastalıklar sürekli iç çatışma yaşamaları, sömürgecilik faaliyetleri ile memleketleri boyunduruk altına alarak oluşan zenginliğe haksızca el koymaları, bir millet vasfını kazanamamış olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple iktisadi gelişmişlik, refaha ulaşma ve adil bir toplum oluşturmak için Batı’dan öğrenilecek bir ders söz konusu değildir. Milli kurtuluş hareketi sınıf nazariyesi yerine milli kurtuluş nazariyesini kabul etmiş, üretim araçlarını belirli bir grubun elinde birleştirmeyerek milletin adil şekilde ona

⁶⁰ İsmet İnönü “Fırkamızın Devletçilik Vasfı”, S. 22, 1933, Kadro Dergisi, s. 4.

⁶¹ İnönü, s. 5.

⁶² İnönü, s. 6.

⁶³ Türkeş, 1999, s. 172.

ortak olmasını sağlamıştır. Milliyetçi, devletçi ve halkçı olan inkılap hareketi, sağ ve sol mefhumlarını parçalayarak yekpare bir millet oluşturmuştur⁶⁴.

Cumhuriyet inkılaplarının büyük bölümünün Batı kaynaklı kanunlardan iktibas edildiği göz önüne alındığında Kadro Dergisi'nin Batı eleştirisi dikkat çekici olup topluma ve devlet yöneticilerine bir uyarı mahiyetindedir. Batı toplumlarının durumunu iç karartıcı olarak gören Kadro Dergisi, yükselen faşizm ve nazizme karşı olduklarını da ifade eder. Devletçilik prensibini benimsemelerinin yanında uçlarda yer alan her iki yönetime eleştirel yaklaşmakta, bu yönetimleri Batı toplumunda yaşanan olumsuz durumların tezahürü olarak görmektedirler.

Kadroculara göre milli mücadele sonlanmamıştır ve devam etmektedir. İnkılap heyecanını duyan, inkılap sorumluluğunu taşıyan gençlere ihtiyaç vardır. Bir mucize yaratır gibi inkılapları oluşturan inkılap rehberleri kendi eserlerini zinde, teşkilatlı ve kendinden emin bir nesle emanet ederken huzur duyacaklardır⁶⁵. Kadro Dergisi, inkılapların korunması ve inkılaplara sahip çıkacak gençlerin yetişmesinin önemini hatırlatırken, temel hak ve özgürlüklere yaklaşımını inkılapların pekişmesi ve inkılap hareketinin devamına göre açıklamaktadır. İnkılaplar başarılı olana kadar özgürlükler bireysel olarak değil milli olarak düşünölmeli, başarı gerçekleşene kadar fertlerin haklarından değil inkılap önderlerince bildirilecek vazifelerini önde tutmaları gerekmektedir⁶⁶.

Kadro Dergisi'nde özgürlüklerin ötelenmesine dair diğer bir gerekçe ise emperyalizmle mücadele perspektifi ve kapitalist sistemi oluşturan değerlere olan karşıtlık gösterilebilir. Yakup Kadri özgürlük bahsini açarak Türk milliyetçilerini ve Kemalistleri esir kafalı, şahsiyetsiz ve pasif olarak eleştirenlerin kafasını ecnebilerce ezilen müstemleke toprağına, düşman çizmeleri gezen işgal İstanbul'una benzetir. Osmanlı döneminden beri bu kimselerin Batı'dan hürriyet getirmesi için düvel-i muzzama gemilerini Akdeniz ufkundan gözetleyip durduklarını söylemektedir. Türk hürriyetperverlerinin milli istiklal gasıpları olan Batılı ölkelerde hürriyeti ve adaleti aramasını bir anane haline geldiği tespitini yapmaktadır⁶⁷. Böylelikle Batılı ölkelere referansla özgürlük taleplerini dile getirenleri işgalci emperyal güçlerle aynı yerde konumlandırmaktadır.

Kadro Dergisi'ne göre emperyal güçler aslında sınıf çatışmasıyla kendi halklarının, sömürge marifetiyle diğer milletlerin zenginliklerini haksızca

⁶⁴ Burhan Asaf, "1933-1934 Bir yılbaşı bilançosu", S. 25, 1934, Kadro Dergisi, s. 28-29.

⁶⁵ Şevket Süreyya, "Genç Nesil Meselesi", S., 1932, Kadro Dergisi, s. 9.

⁶⁶ "Liberalizm, bizde, inkılabın başladığı andan itibaren iflas etmiştir. Milletçe haklarını haricin elinden zorla almak için inkılabın barikadlarına kanlı bir harp cephesi eb'adını vermek mecburiyetinde kalmış bir milletin hürriyet telakkisi, ancak millet ve cemiyet ölçüsünde olabilir. Milletçe hürriyet sağlam bir temele ve tam istikrara bağlanmadıkça, fertler, aradıkları hürriyeti, vazife ve mükellefiyetin berisinde değil, ancak ötesinde bulacaktır." Burhan Asaf, "Üniversite'nin Manası", S. 20, 1933, Kadro Dergisi, s. 28.

⁶⁷ Yakup Kadri, "Fikirde İstiklal", S. 22, 1933, Kadro Dergisi, 30.

ele geçirmişlerdir⁶⁸. Liberal ve özgürlükçü perspektiften yana olanların Batı demokrasilerinin bu tarafını gözden kaçırmaması gerekir. Emperyalist güçler kapitalist sistemin sermaye birikimini Asya, Afrika ve Güney Amerika gibi geniş kıtaları hudutsuz istismar ve talanıya elde etmiştir⁶⁹.

Kadro Dergisi'nin özgürlük bahsindeki söylemlerine eleştirel yaklaşanların başında Ahmet Ağaoğlu gelmektedir. Ağaoğlu, Kadro Dergisi'nin yazarlarından Şevket Süreyya Aydemir'in peygamberane bir ifade ile inkılabı kendisine göre yorumladığını ve bu sebeple meseleleri açıkça izah etmek yerine kehanetfuruşluk yaptığı ithamını dile getirir. Kadro'nun yayın hayatına başlaması ile birlikte inkılabın ideolojisini yapma amacıyla insanları inkılabı idrak edenler ve etmeyenler olarak sınıflandırdığını ileri sürer. Kadro'nun dile getirdiği inkılap esaslarını kabul etmeyenler iradeleri dışında bu düzene tabi olacaklardır. Ağaoğlu, bu şekilde bir toleranssızlığın dinlerde dahi olmadığını belirtirken Kadrocuların "inkılabın ideolojisi" olarak vurguladıkları ifadeleri şahsi fikirlerinden çıkardıklarını söyler⁷⁰. Güçlü ve yenilikçi bir toplumun düşünce ve eylem özgürlüğüne sahip, sorumlu, enerjik ve yaratıcı insanların varlığıyla mümkün olduğunu ifade eden Ağaoğlu, Kadro'nun toplumcu yaklaşımına karşı bireyi bireysel özgürlükleri merkeze alan düşünceyi benimsemiştir⁷¹.

Ağaoğlu, Kadrocuların Marksist ve tarihi maddeci çözümlemeleri esas almalarının bir sonucu olarak iktisat bahsine odaklandıklarını; hukuk, aile, hükümet şekli, halifeliğin kaldırılması, Cumhuriyet gibi kavramları ikincil mesele haline getirdiklerini belirtir. Kadrocuların sosyalist rejimlerde görüldüğü gibi mülkiyet hakkını reddetmediğini vurgulamakla birlikte üretim araçları ve yüksek teknolojinin devlete ait olması fikrini Marksist metodu benimsemeleriyle açıklamaktadır. Hürriyetten yoksun bırakılan fertlerden ibaret cemiyetin şen olamayacağını dile getirir ve garba göre şarkın karanlıkta kalmasının sebebinin fertlerin hürriyetinin korunmaması olarak gösterir. Türk inkılabı esas olarak ferdin hürriyetini korumayı amaçlamaktadır ve bunun bariz delili Teşkilat-ı Esasiye Kanunudur⁷². Kadrocuların sınıf çatışması olmayan bir toplum oluşturmak için devlete yükledikleri misyon işlevsiz kalacaktır zira "tezatlar" beşeriyetin kaderidir. Ağaoğlu, Kadrocuların kendilerini Kemalist, inkılapçı ve devletçi olduklarını sıklıkla ifade ettiğini dile getirir, bununla birlikte kendisinin de Kemalist, inkılapçı ve devletçi olduğunu kabul eder. Ancak aynı sıfatlarla tanımlanmış olsa da Kadro'da işlenen kavramlara aynı anlamları yüklediğini vurgular. Kadrocuların ilahi hukuk gibi mistik fikirler etrafında söylediklerini iman esasları şekline büründürmelerini eleştiren Ağaoğlu, Kemalist inkılabın

⁶⁸ Burhan Asaf, "Liberal Emperyalizmden Drije Emperyalizme Doğru", S. 16, 1933, Kadro Dergisi, s. 34.

⁶⁹ İsmail Hüsrev, "Garpte Sermaye Terakümünde Müstemlekelerin Rolü", S. 32, 1934, Kadro Dergisi, s. 21.

⁷⁰ Hilmi Ziya Ülken, Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi, 1. Basım, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2013, s. 608.

⁷¹ A. Holly Shissler, Between Two Empires Ahmet Ağaoğlu and New Turkey, I.B. Tauris and Co Puplichers, London, 2002, s. 198.

⁷² Ülken, s. 609.

birinci hedefini her türlü mistisizmi ve mutlakiyeti yıkmak ve insanlara düşünce ve ifade hürriyeti sunmak olarak belirlemektedir⁷³.

Hüseyin Cahit Yalçın, Fikir Hareketleri Dergisi'nde Kadro Dergisi'nin inkılabı ideolojik temel oluşturma amacıyla çıkışını sanki inkılabın sözcüsüyümüşçesine serdetmesini eleştirmiştir. İnkılabı Kadro Dergisi'nde ifade edildiği şekliyle yorumlamayanların dışarıda bırakılmasını anlamsız bulmaktadır⁷⁴. Ayrıca Kadro Dergisi'nde Batı'ya karşı getirilen soysuzlaşma ve tükenmeye dair eleştirileri alay eder bir üslupla eleştirmiştir. Avrupa'nın ölmediğini, Kadro'nun sadece Marksist "tarihi maddecilik" metodunu iyi anlamadan tekeline aldığı iddia eder. Kadro Dergisi'nin siyasi liberalizmle iktisadi liberalizmi ayrılabileceğini kabul etmediğini, iktisadi sahada devletçiliğin bazı alanlarda zaruri olduğunu kabul ederken özgürlüklerin korunmasının değerinin farkında olunması gerektiğini savunur. İstibdadı değil anayasa ile korunmuş demokratik prensipleri takip etmek gerekliliğini vurgularken demokrasiyi bir tarafa bırakarak sağ ve sol istibdada meyletmenin zararlı olacağını dile getirmektedir⁷⁵.

Yalçın, Kadro ile arasındaki ihtilafı oldukça derin bulur ve anlaşma imkânı olmadığını belirtir. Kadroyu Marksçı olarak görür ve dünyayı tarihsel maddecilik esasıyla yorumladıklarını belirtir, kendi çıkardığı dergi olan Fikir Hareketlerini ise hürriyetçi ve milli hakimiyet taraftarı olarak kabul eder. Ona göre Kadro, Avrupa'da hiçbir ilim mahfilinde artık ciddiye alınmayan Marksçılığı yeni bir fikri hareket gibi memlekete sunma çabasıdır⁷⁶.

Türk toplumuna Marksçı tarihsel materyalizm metodu ile yaklaştığı için eleştirilen Kadro Dergisi, dönemin sol düşüncesinde yeterince sol ve Marksist çözümlene yeteneğine sahip olmamakla itham edilmiştir. Kadro Dergisi çıktığı sırada Berlin'de bulunan Türkiye Komünist Partisi Genel Sekreterliği yapan Şefik Hüsnü Deymer, Kadro'nun inkılaplara bakışını Marksist perspektiften ele alır. Deymer'e göre Kadrocuların ifade ettikleri gibi Türkiye'de inkılap yoktur zira inkılap sınıf mücadelelerinden doğar ve mahkûm sınıflardan birisinin hâkim sınıfa tahammül göstermemesi ve onu tasfiyesi ile sonuçlanır. Türkiye'de böyle bir durum söz konusu olmadığından Kadro'da ifade edildiği gibi bir inkılaptan söz edilemez. En ileri inkılap olarak mecelle (bize göre mecellenin kaldırılması kast ediliyor) ve cumhuriyet inkılabı olduğunu fakat bunların halk için artık bir manasının kalmadığını ileri sürer. Diğer taraftan Batı'dan çok fazla kanuni düzenleme alınmasına karşın daha önce olduğu gibi kanunsuz idarenin devam ettiği eleştirilerini dile getirir. Eski devrin iktidar sahiplerinin yerine yenisi geçmiştir, bununla birlikte eski devrin bütün iktisadi ve ictimai fonksiyonları aynı şekilde devam etmektedir, bu itibarla yeni bir inkılaptan söz etmek anlamsızdır. Özellikle Şevket Süreyya ve Vedat Nedim için hain, provokatör ve şarlatan ifadeleri kullanılmıştır. Kadrocuların Marksist anlamda devrimi

⁷³ Ülken, s. 610.

⁷⁴ Temuçin Faik Ertan Atatürk Döneminde Devletçilik- Liberalizm Tartışmaları, Şevket Süreyya Hüseyin Cahit Polemiği, Phoneix Yayınları, 2010, s. 57.

⁷⁵ Ertan, s. 79.

⁷⁶ Ertan, s. 93.

anlamlandıramadıklarını iddia eder, yazdıklarının Batı'dan aşırılan düşüncelerin eklektik yorumundan ibaret olarak görür⁷⁷.

Kadro Dergisi iddialı bir söylemle yayın hayatına başladığında fikri ve siyasi olarak pek çok eleştiriye tabi tutulmuştur. Bu eleştiriler Gazi Paşa'nın dikkatini çekerek derginin yayın hayatına son verilmesi azmiyle yapılmıştır. Derginin imtiyaz sahibi Yakup Kadri Karaosmanoğlu, Atatürk'ün yakınında bir isim olması sebebiyle eleştirileri göğüsleyebilmiştir. Bununla birlikte özellikle Cumhuriyet Halk Fırkası içerisinde mevcut siyasi kliklerin inkılabı dışarıdan bir ideolojik yön tayin edilmesini hoş karşılamadıkları ifade edilmiştir. Nitekim bu eleştirilerin dozu arttıkça Gazi Paşa, Yakup Kadri'yi Tiran'a büyükelçi olarak atamak suretiyle derginin yayına devam etmesine mâni olmuştur⁷⁸. Yakup Kadri'nin Tiran'a büyükelçi olarak atanması sebebiyle, derginin artık yayın hayatına devam edemeyeceği belirtilerek, dergiyi çıkaranların kendi iradeleri ile yayın hayatının geçici olarak sonlandırıldığı duyurulmuştur⁷⁹. Fikir ifade edilen mecranın devleti idare edenlerin isteğiyle sona ermesi⁸⁰ Kadro Dergisi'nin özgürlüklere bakışı ile insicamlı olsa da Türk fikir hayatının erozyona uğramasına sebep olmuştur.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kadro Dergisi Türk düşünce hayatında Cumhuriyet inkılapları tartışmalarına yer vermesi, inkılaplara, topluma, iktisada yön tayin etme çabası ile müstesna bir yere sahiptir. Kadro Dergisi'nde yer alan yazılarda inkılaplara ideolojik zemin hazırlanırken hukukun işlevi, amacı, özgürlükler

⁷⁷ Şefik Hüsnü Deymer'in mektubu. Harris, s. 206 v.d.

⁷⁸ 1931 tarihli 1881 sayılı Matbuat Kanunu'nun 12'nci maddesinin G bendi gereğince devlet memuru olmak gazete veya mecmua sahibi olmaya engeldir. Bu sebeple derginin imtiyaz sahibi o sıralarda milletvekili olan Yakup Kadri Bey olmuştur. Yakup Kadri'nin yurtdışına büyükelçi tayiniyle dergi imtiyaz sahibi olması engellenmiştir. Yakup Kadri Karaosmanoğlu, diplomatik anılarını kaleme aldığı eserinin girişinde diplomasi kariyerinin başlangıcı ile Kadro Dergisi'nin kapatılması arasındaki ilişkiyi anlatmaktadır. Yakup Kadri, fırka içindeki kliklerin zorlamasıyla Atatürk tarafından derginin yayın hayatına son verilmesi için Tiran'a zoraki diplomat yapıldığını açıkça dile getirmektedir. Yakup Kadri Karaosmanoğlu, Zoraki Diplomat, 2. Basım, Bilgi Yayinevi, Ankara, 1967, s. 26-28.

⁷⁹ Kadro Dergisi, Sayı 35, s. 2. Esasında hem 33 hem de 34-35. sayılarda Kadro'nun Yakup Kadri Bey'in büyükelçi atanması sebebiyle bir müddet yayınlara ara vereceği ifade edilmiş, okuyuculara belirli bir zaman sonra tekrar yayın hayatına başlanacağına dair mesaj verilmiştir. Ancak Kadro Dergisi bir daha yayın hayatına dönememiştir.

⁸⁰ Kadro Dergisi, Yakup Kadri Bey'in memuriyet görevine başlamasının ardından yayın hayatına yazarlardan birisinin devlet memurluğundan istifa ederek imtiyaz sahipliğini üstlenmesiyle devam edebilirdi. Yakup Kadri Vedat Nedim'e yazdığı mektupta, Recep Peker ve Celal Bayar'ın Gazi Paşa'ya şikayette bulduklarını söylemektedir. Arkadaşlarına ihtiyatlı olmalarını ve memuriyet hayatlarına devam etmelerini telkin ederek, cüretkar davranışta bulunmalarını salık verir. İsmet Paşa'nın bu taziyeler içerisinde kendilerini ne derece destekleyeceğinden de şüpheli duyduğunu açıkça zikreder. Yakup Kadri'nin Vedat Nedim'e yazdığı 12 Eylül 1934 tarihli mektup, içinde; Tekeli ve İlkin, 2003, s. 579-580.

karşısındaki konumuna dair ifade edilen düşünceler dönemin düşünce ikliminde hukukun nasıl anlaşıldığını göstermektedir. Kadro Dergisi inkılapçılığı benimsemiş, inkılapa ideolojik zemin hazırlama iddiasıyla ortaya çıkmıştır. Aslolan inkılapçılık olduğu için hukuk değişimi olağan ve gerekli görülmüş bireye, topluma ve devlete yüklenen ödevlerin mahiyeti tartışma konusu yapılmıştır. Hukukun işlevi inkılapçılığın hızını artırmak, inkılapçılık karşısında konumlanan odaklarla mücadele etmektir. Bu sebeple hukuk araçsal bir form olarak anlaşılmıştır. Hukuk, inkılabı yürütecek kadrolarca oluşturulması istenilen ictimai yaşam ve devlet tipine aracılık eder mahiyette kavranmıştır. Kendinde bir değer taşıyan, ferdi topluma ve devlete karşı koruyan müessese olarak değil, yeni inkılapçı nesiller yetiştirme imkânı sunan kurallar olarak görülmüştür.

Cumhuriyet döneminde 1930'lara kadar tamamlanan resepsiyon faaliyetleri olumlu karşılanmıştır. Bununla birlikte aksayan demokrasinin gelişmesi, serbest seçimler, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması gibi modern anayasal prensipler kadro dergisinde göz ardı edilmiş veya inkılap hareketini ve inkılap ideolojisini zedeleyeceği düşünülerek pejoratif bir perspektifle analiz edilmiştir.

Kadro Dergisi'nde seslenenler inkılabın yürütücüleridir. Esas hedef devlet kadrolarında iş başında olan kişilere inkılap ideolojisini devletçilik prensibiyle birlikte benimsetmektir. İnkılabın oluşturduğu yeni hukuki/ictimai düzen ve devlet tipi inkılap başarıya ulaşana dek tehdit altındadır. Bu sebeple temel hak ve hürriyetler liberal piyasa değerlerinin parçası olarak görülmüş, inkılap hareketi için zararlı söylemler olarak kabul edilmiştir.

Hukuku inkılapların gelişmesinde bir araç, inkılaplar karşısında olanların bertaraf edilmesi için bir silah olarak görmek hukuk düşüncesinin ilkeler temelinde düşünülmemesini gerektirmektedir. Kadro Dergisi'ne göre hukuk ve hukuk sistemi ferdin ve toplumun yaşamını kolaylaştırması, sorunları adil bir çözüme kavuşturması sebebiyle değil inkılap hareketinin hizmetinde kullanıldığı ölçüde kendisini değerli kılmaktadır. Batı hukukunun iktibasını inkılapların en asli ve ileri hareketi olarak tanımlarken bu hukuki kurumların oluştuğu liberal iktisadi düzen ve özgürlük anlayışının reddi hukukun koruması gereken asli değerlerde uzlaşma zemininin kaybolmasına sebep olmuştur. Özgürlüklere müdahale konusunda devlete sınır tayin edilmemesi, düşünce ve ifade özgürlüğü bağlamında itham edici sözlerle inkılap yanlısı veya karşıtı olarak insanları sınıflandırmak fikri zeminin bulanıklaşmasına sebep olmuştur. Düşünce alanında inkılap yanlısı olanlara imkân sağlanmasını salık vermesi, icazetli düşünceyi benimsediğini göstermektedir. Diğer taraftan Kadro'nun iktisadi kalkınmaya büyük önem verirken iktidarın dar bir elit zümre elinde kalması için gerekli düzenlemelerin yapılması, teknik ilerlemenin devlet tekeline alınarak sermaye yapıları güçlü özel teşebbüslerin engellenmesi gerektiğine dair düşünceleri ekonomik kalkınmanın temelinde yer alan teşebbüs hürriyetini işlevsiz kılmıştır.

Kadro Dergisi'nin devletçilik prensibine yüklediği anlam devlet gücünü elinde bulunduranları halka karşı buyurgan bir konuma yükseltmektedir. Kadro Dergisi'nin toplum anlayışında bir yanda milletteleşme sürecini tamamlamamış, her an iç ve dış tehditlerle kargaşanın

ortasında kalabilecek bir halk diğer yanda efkar-ı umumiyeyi gözeten, halkını düşünen elitler vardır. Bu düzende devlet kadrolarına anayasal yetkilerin ötesinde bir görev yüklenmektedir. Ayrıca siyasi alanın düzenlenmesiyle halkın temsili kısıtlanmakta, halka güven duyma hususunda müteredit iktidar sahiplerinin hareket alanı genişletilmektedir. Bu anlayış anayasal devletle reel devlet arasındaki ayrımı derinleştirmiştir.

KAYNAKÇA

- Bora T, Cereyanlar Türkiye’de Siyasi İdeolojiler, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.
- Bozkurt G, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2010.
- Cumhuriyet Halk Fırkası Nizamnamesi ve Programı, Ankara, 1931.
- Ertan T F, Atatürk Döneminde Devletçilik- Liberalizm Tartışmaları, Şevket Süreyya Hüseyin Cahit Polemiği, Phoneix Yayınları, 2010.
- Harris G, The Communists and the Kadro Movement”, The Isis Press, İstanbul, 2010.
- Heper M, Türkiye’de Devlet Geleneği, Doğu Batı Yayınları, 2018.
- Kadıoğlu A S, “Değer Üretme Aracı Olarak Hukuk (Medeni Kanun Örneği)”, içinde Uluslararası Eğitim ve Değerler Sempozyumu V Bildiri Tam Metinleri, 2021, 322-333.
- Kuyaş A, “The Ideology Of The Revolution: An Inquiry Into Şevket Süreyya Aydemir’s Interpretation Of The Turkish Revolution, Doktora Tezi, McGill University, 1995.
- Lewis B, Modern Türkiye’nin Doğuşu, Çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1998.
- Mardin Ş, “Türk Siyasasını Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri”, içinde Ed. Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay, Türkiye’de Politik Değişim ve Modernleşme, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, 79-104.
- Özavcı H O, “Düşünce Tarihi Merceğinden Türkiye’de Liberalizm”, S. 57, 2011, Doğu Batı Dergisi, s. 137-174.
- Parla T, Türkiye’de Anayasalar, 1. Basım, İletişim Yayınları, İstanbul, 1991.
- Shissler A H, Between Two Empires Ahmet Ağaoğlu and New Turkey, , I.B. Tauris and Co Ppublishers, London, 2002.
- Tekeli İ / İlkin S, Bir Cumhuriyet Öyküsü Kadro ve Kadrocuları Anlamak, 1. Baskı, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2003.
- Timur T, Türk Devrimi ve Sonrası, İmge Kitabevi, Ankara, 1993.
- Tunçay M, “İkna (İnandırma) Yerine Tecebbür (Zorlama)”, Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Cilt 2 Kemalizm, Ed. Bora T/ Gültekingil M, 6. Baskı, 2009, İstanbul, 92- 96.
- Türkeş M, “A Patriotic Leftist Development-Strategy Proposal in Turkey in the 1930s: The Case of the Kadro (Cadre) Movement”, Cilt 33, Sayı 1, Yıl 2001, International Journal of Middle East Studies, 91-114.
- Türkeş M, “The Ideology of Kadro (Cadre) Movement: A Patriotic Leftist Movement in Turkey”, Sayı 34/4, Yıl 2006, Middle Eastern Studies, 92-119.

Türkeş M, Kadro Hareketi: Ulusçu Bir Sol Akım, 1. Baskı, İmge Kitabevi, 1999.

Ülken H Z, Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi, 1. Basım, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2013.

Zürcher E J, Turkey A Modern History, 1. Baskı, I.B. Tauris and Co Publishers, London, 1993.

Karaosmanoğlu Y K, Zoraki Diplomat, 2. Basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1967.

Kadro Dergisinde Yer Alan Makaleler

Burhan Asaf, "1933-1934 Bir yılbaşı bilançosu", S. 25, 1934, Kadro Dergisi, 24-29.

Burhan Asaf, "Bizdeki Azlıklar", S. 16, 1933, Kadro Dergisi, 52.

Burhan Asaf, "Fotomontaj", S. 23, 1933, Kadro Dergisi, 18-22.

Burhan Asaf, "Gazi Cumhuriyet", S. 22, 1933, Kadro Dergisi, 24-27.

Burhan Asaf, "İnkılabımız ve Hilafet", S. 1, 1932, Kadro Dergisi, 37-40.

Burhan Asaf, "Üniversite'nin Manası", S. 20, 1933, Kadro Dergisi, 24-28.

Burhan Asaf, "Liberal Emperyalizmden Drije Emperyalizme Doğru", S. 16, 1933, Kadro Dergisi, 31-38.

Falih Rıfki., "Bizim Köy", S. 18, 1933, Kadro Dergisi, 15-17.

İsmail Hüsrev, Milli Kurtuluş Devletçiliği 2, S. 19, 1933, Kadro Dergisi, 23-31.

İsmail Hüsrev, Milli Kurtuluş Devletçiliği, S. 18, 1933, Kadro Dergisi, 25-36.

İsmail Hüsrev, "Garp'te Sermaye terakümünde Müstemlekelerin rolü", S. 32, 1934, Kadro Dergisi, 17- 21.

İsmet İnönü "Fırkamızın Devletçilik Vasfı", S. 22, 1933, Kadro Dergisi, 4-6.

Şevket Süreyya, "İnkılap Hukuku", S. 26, 1934, Kadro Dergisi, 5-10.

Şevket Süreyya Aydemir, "Ergenekon Efsanesi", S. 13, 1933, Kadro Dergisi, 5-9.

Şevket Süreyya Aydemir, "İş Hasreti ve 500.000.000 liralık Türk Bütçesi" S. 9, 1932, Kadro Dergisi, 4-10.

Şevket Süreyya Aydemir, "Milli Kurtuluş Hareketinin Ana Prensipleri", S.8, 1932, Kadro Dergisi, 6-12.

Şevket Süreyya, "Avrupanın Hayranı Değil Mirasçısıyız", S. 29, 1934, Kadro Dergisi, 43-46.

Şevket Süreyya, "İçpazar ve İktisatta Bütünlük", S. 10, 1932, Kadro Dergisi, 5-12.

Şevket Süreyya, "İnkılap Bitti mi?", S. 3, 1932, Kadro Dergisi, 5-10.

Şevket Süreyya, “İnkılap Neslinin Şarkısı”, S. 22, 1933, Kadro Dergisi, 9-13.

Şevket Süreyya, “Milli Kurtuluş Hareketleri Hakkında Bizim Tezimiz”, S. 12, 1933, Kadro Dergisi, 38-44.

Şevket Süreyya, “Genç Nesil Meselesi”, S. 4, 1932, Kadro Dergisi, 5-9.

Şevket Süreyya, “Programlı Devletçilik”, S. 34, 1934 Kadro Dergisi, 5-13.

Vedat Nedim, “Devletin Yapıcılık ve İdarecilik Kudretine İnanmak Gerektir”, S. 15, 1933, Kadro Dergisi, 13-19.

Vedat Nedim, “İktisatta İstiklal”, S. 22, 1933, Kadro Dergisi, 14-18.

Vedat Nedim, “Müstemleke iktisadiyatından millet iktisadiyatına 2”, S. 2, Kadro Dergisi, 1932, 9-14.

Vedat Nedim, “Müstemleke iktisadiyatından millet iktisadiyatına”, S. 1, Kadro Dergisi, 1932, 6-9.

Vedat Nedim, “Ümmilikle Mücadele İçin Köy Kampları”, S. 1, 1932, Kadro Dergisi, 42-43.

Yakup Kadri, “Ankara, Moskova, Roma”, S. 13, 1932, Kadro Dergisi, 29-31.

Yakup Kadri, “Ankara, Moskova, Roma”, S.10, 1932, Kadro Dergisi, 40-43.

Yakup Kadri, “Eski Yeni”, S. 12, 1932, Kadro Dergisi, 25-26.

Yakup Kadri, “Fikirde İstiklal”, S. 22, 1933, Kadro Dergisi, 28-32.

TÜRK ANAYASA METİNLERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Freedom of Expression in Turkish Constitutional Texts

Ahmet YILMAZ*

Öz: İnsan hakları hukuku açısından üstün ve ayrıcalıklı bir konuma sahip olan ifade özgürlüğü, çağdaş anayasal demokrasilerin temelini oluşturmaktadır. İnsan haklarının korunmasına yönelik düşüncenin 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren artması ile uluslararası alanda birçok sözleşme imzalanmış böylelikle, ifade özgürlüğü, kendine uluslararası hukuk alanında bir korunma zemini bulmuştur. Sonrasında ifade özgürlüğü, anayasal metinlerde ve insan hakları belgelerinde kendine yer bulmaya başlamıştır. Türk Anayasa metinlerinde, temel hak ve hürriyetlerle ilgili düzenlemelerin dönemin koşullarına göre Anayasalarımızda farklı şekillerde düzenlendiği görülmektedir. Bu çalışma kapsamında öncelikle ifade özgürlüğünün tanımına ve unsurlarına yer verilmiş, akabinde ise uluslararası hukuk metinlerinde ifade özgürlüğünün düzenlendiği hükümlerle ilgili bilgiler aktarılmıştır. Son bölümde ise Osmanlı Döneminden başlayarak 1982 Anayasasına kadar olan süreçteki Türk anayasa metinlerinde ifade özgürlüğünün düzenlendiği hükümlerle ilgili açıklamalara yer verilmiştir. Bu çerçevede, sivil bir Anayasa talebinin yoğun olarak gündeme getirildiği sürece, ifade özgürlüğü başlığı ile ilgili olarak katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, ifade özgürlüğü, ifade özgürlüğünün sınırları

Abstract: Freedom of expression, which has a superior and privileged position in terms of human rights law, forms the basis of contemporary constitutional democracies. With the increase in the idea of the protection of human rights since the second half of the 20th century, many conventions were signed in the international arena, thus, freedom of expression found a ground for protection in the field of international law. Afterwards, freedom of expression started to find a place for itself in constitutional texts and human rights documents. In the Turkish Constitutional texts, it is seen that the regulations regarding fundamental rights and freedoms are regulated in different ways in our Constitutions according to the conditions of the period. Within the scope of this study, firstly the definition of freedom of expression and its elements are given, and then information about the provisions that regulate freedom of expression in international law texts is given. In the last part, explanations about the provisions that regulate freedom of expression in the Turkish constitutional texts from the Ottoman Period to the 1982 Constitution are given. In this context, it is aimed to contribute to the process where the demand for a civilian Constitution is intensively brought to the agenda, regarding the title of freedom of expression

Keywords: Constitution, freedom of expression, limits of freedom of expression, Istanbul Bar Association, Eskişehir Bar Association, Turkish Legal History, history of attorneyship.

* Adalet Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürü,

ahmet-yilmaz@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0001-8943-0231.

Bu makale, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programında hazırlanan yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 18.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 24.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391691

GİRİŞ

Düşünce ve ifade özgürlüğü, insanın, toplumsal yapıda, sağlıklı bir bütünlüğe kavuşmasında ve varlığını sürdürmesinde temel hak olarak karşımıza çıkmaktadır. İfade özgürlüğünün temel hak özelliği, diğer özgürlüklerin kazanılması, korunması ve sürdürülmesi aşamalarının da teminatı niteliğindedir.

İfade özgürlüğü, toplumda farklı ve yeni fikirlerin ortaya çıkmasına zemin hazırlayarak bireylere bunlar arasından seçim imkânı sağladığından, demokratik yönetimlerde en ideal düzeyde ulaşılması arzulan bir olgudur. Çoğulculuk ilkesine dayanan demokrasi, ancak ifade özgürlüğünün sağlandığı bir ortamda gerçekleşebilir.

Düşünce özgürlüğü, birey ve toplumun gelişmesinde taşıdığı önem itibarıyla hem ulusal hukuk metinlerinde hem de uluslararası hukuk mekanizmaları aracılığı ile teminat altına alınmıştır. Türk Anayasa metinlerinde de, temel haklar ve hürriyetler kapsamında ifade özgürlüğü ile ilgili düzenlemelerin, dönemin koşullarına ve Anayasaların yapım ve yürürlüğe konulma süreçlerine bağlı olarak şekillendiği ve anayasa metinlerine yansıdığı görülmektedir.

Bu çalışma ile 1982 Anayasasına ilişkin değişiklik önerilerinin ve sivil bir Anayasa talebinin yoğun olarak gündeme getirildiği sürece katkı sağlamak adına, Türk Anayasa metinlerinde ifade özgürlüğü ile ilgili düzenlemelerin tarihi seyri aktarılarak geldiği son aşama itibarıyla AİHS hükümleri ile karşılaştırmalı bir analizinin yapılması amaçlanmış ve konu başlıkları ile ilgili AİHM ve AYM kararlarına yer verilerek düzenlemelerin uygulamadaki yansımaları aktarılmıştır.

Çalışmada ilk olarak, ifade özgürlüğünün tanım ve unsurlarına yer verilmiş, ikinci bölümde ise uluslararası hukuk metinlerinde ifade özgürlüğünü düzenleyen hükümlerle ilgili bilgiler aktarılmıştır. Son bölümde ise Osmanlı Döneminden başlayarak 1982 Anayasasına kadar olan süreçteki Türk anayasa metinlerinde ifade özgürlüğünün düzenlendiği hükümlerle ilgili açıklamalara yer verilmiştir.

I- İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TANIMI ve UNSURLARI

İfade özgürlüğü, temel hak ve özgürlükler içerisindeki ayrıcalıklı konumu ile demokratik rejimlere işlerlik kazandıran ve bu rejimleri diğer rejimlerden ayıran, “olmazsa olmaz” şart hükmündedir.¹

İfade hürriyeti dayanağını, insanın maddi manevi varlığının geliştirilmesi temel hakkından almakta² ve bireyin yanında toplumun da özgür olmasının gereklerinden birini teşkil etmektedir.³

¹ Adnan Küçük, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 5.

² Reyhan Sunay, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT Yayınları, Ankara, 2001, s. 8.

³ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 223.

Terminolojide ifade özgürlüğü için, düşünce özgürlüğü, söz (konuşma) özgürlüğü, düşünme ve tartışma hürriyeti ve düşün hürriyeti gibi farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir.⁴

Düşünce özgürlüğü, “die Meinungsfreiheit” terimi ile Almanca’da, düşünce özgürlüğünü, düşünceyi açıklama özgürlüğünü ve basın özgürlüğünü içeren bir üst kavram olarak kullanılırken; İngilizce’de ise, “freedom to hold opinions” terimi kullanılmakta ve bu ifadeyle, özgürlüğün, insanın iç-dünyasındaki düşünsel ve ruhsal alanına yapılabilecek her türlü teknik, kimyasal ya da psikolojik zorlamanın yasaklanması anlatılmak istenmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında ise “freedom of speech (söz/konuşma özgürlüğü)” veya “freedom of expression (ifade özgürlüğü)” terimleri kullanılmaktadır.⁵

AİHS 10. maddede ve Sözleşme organlarının kararlarında ifade özgürlüğü (freedom of expression) teriminin, düşünme, konuşma, açıklama vb. hürriyetleri kapsayan bir anlamda kullanıldığı görülmektedir.

Anayasalar ve uluslararası insan haklar metinlerinde, iki ayrı başlıkta düzenlendikleri görülsede, düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasında doğrudan ilişki olup, bunların doğru anlaşılması, kanaat özgürlüğünden, ifade özgürlüğüne uzanan geniş bir akış kapsamında bütün olarak değerlendirilmeleri halinde mümkün olacaktır.⁶

A- İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TANIMI

İnsanda doğal olarak bulunan bilme yeteneğinin karmaşık bir etkinliği olan düşünme, dış dünyaya fikir, kanaat ve inanç şeklinde kişisel bir ürün olarak yansımaktadır.⁷ Muhakeme, kanaat ve yargıyı kapsayan düşünce, insanın, kişisel sorunlar veya toplumsal olaylarla ilgili olarak, kendiliğinden biçimlenen olumlu, olumsuz veya tarafsız tutumu olarak tanımlanmaktadır.⁸

Düşünce tanımından hareketle de ifade özgürlüğü, kişinin düşüncelerinin ve bu kapsamda olan inanç, kanaat veya duygularının başkalarına zarar vermeden açıklanabilmesinin veya dış âleme aktarılabilmesinin mümkün olması demektir.⁹

⁴ Sunay, 2001, s. 7.

⁵ Ömer Korkmaz, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 37.

⁶ Sunay, 2001, s.7.

⁷ Ioanna Kuçuradi, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 109.

⁸ Osman Can, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değiştirdi?, Teorik ve Pratik Boyutları ile İfade Hürriyeti, Ed. B. Berat Özipek, LDT Yayınları, Ankara, 2003, s. 365.

⁹ Mustafa Erdoğan, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, Liberal Düşünce, Sayı: 24, 2001, Ankara, s. 8.

İfade hürriyetinden söz edebilmek için, kişinin bilgiye serbestçe ulaşabilmesi yanında, sahip olduğu fikir ve kanaatleri kaygı duymadan serbestçe dışa aktarabilmesi gereklidir.¹⁰

Kant tarafından bütün özgürlüklerin kalkını olarak betimlenen düşünce özgürlüğü, kamusal alanın dizaynında ve korunmasında kaynaklık değeri taşır.¹¹

İfade özgürlüğünün, insanlığın bütün mutluluklarına kaynak teşkil eden düşünsel mutluluğu için zorunlu olduğunu ileri süren Mill'e göre de, bireysel ve toplumsal ilerlemenin en temel dinamiği, ifade özgürlüğüdür.¹²

AIHM ifade özgürlüğünü, toplumun demokratik vasfının bir gereği ve toplumun ilerlemesinde ve gelişmesinde önemli bir öge olarak kabul etmektedir. Serbest fikir ve tartışma ortamında demokrasinin işleyişi sağlanırken, ortaya atılan düşünceler, gerçeklik değerlendirmesine takılmayacaktır. Zira siyasal ve sivil toplumun beslenmesi, kanaatlerin serbest değişimiyle mümkündür.¹³

UNSURLARI ÜZERİNDEN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TANIMI, DÜŞÜNCELERİN OLUŞUMU İÇİN GEREKLİ BİLGİLERİ SERBESTÇE ELDE EDİP ÖZGÜRCE DÜŞÜNME FİKİR SAHİBİ OLMA VE SAHİP OLDUĞU, FİKİR VE KANAATLERİ SEBEBİYLE KINANMA, RAHATSIZ EDİLME, SUÇLANMA İLE KARŞI KARŞIYA KALMAMA VE BU FİKİRLERİ SERBESTÇE DIŞ ÄLEME AKTARABİLME ŞEKLİNDE YAPILABİLİR.¹⁴

AYM'nin de bireysel başvurular kapsamında verdiği son dönem kararlarında, unsurlar üzerinden bir tanımlamaya gittiği ve ifade özgürlüğünü, kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi olarak tanımladığı görülmektedir.¹⁵

¹⁰ Sunay, 2001, s. 8.

¹¹ Hayrettin Ökçesiz, "Düşünce Özgürlüğü Üzerine Düşünceler", <https://www.gercekedebiyat.com/haber-detay/dusunce-ozgurlugu-uzerine-dusunceler-hayrettin-okcesiz/1402>, s.e.t. 15.9.2023.

¹² John Stuart Mill, Hürriyet Üstüne, Çev. M. Osman Dostel, Sad. Ömer Çaha, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 107-115.

¹³ İbrahim Ö. Kabaoğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayınevi, 11. Baskı, İstanbul, 2016, s. 252; AIHM Handysside /UK; Lingens /Avusturya kararı.

¹⁴ Küçük, s. 14.

¹⁵ Metin Yalçın Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/5959, 6/2/2019; Deniz Benol ve diğerleri, B. No: 2014/18780; 7/2/2019; Ahmet Özdem, B. No: 2016/13541, 28/5/2019; Gökçe Ekin Baran, B. No: 2016/13539, 9/1/2020; Deniz Karadeniz ve diğerleri [GK], B. No: 2014/18001, 6/2/2020.

B- İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI

İfade özgürlüğü pozitif ve negatif niteliklere sahip olup¹⁶, bölünmez bir bütünlük oluşturan bu özgürlüğün¹⁷ oluşabilmesi için, bileşenlerini oluşturan bazı kurucu unsurlara ve ön koşullara da ihtiyaç vardır.¹⁸

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde (19. Md) ve AİHS’de (10. Madde), ifade özgürlüğünün unsurları; bir fikre sahip olma, haber ve fikirlere ulaşma ve bunları ulaştırma özgürlüğü olarak sıralanmaktadır.

İfade özgürlüğünün üç boyutta şekillendiği görülmektedir. İlk boyutta, bir fikrin oluşması için gereken, bilgilerin incelenmesi, araştırılması, elde edilmesi, serbestçe öğrenilmesi ve haberleşmenin sağlanması ile ilgili hürriyetler yer almaktadır. İkinci boyutta kanaat hürriyeti yer almakta olup, bu hürriyet, kanaatler sebebiyle kaygı duymamayı ve fikir ve inançların açıklanmasında zorlama ile karşılaşmamayı gerektirir. İfade özgürlüğünün üçüncü boyutunda ise, düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğü bulunmaktadır. Zira bireyin açıklayamadığı ve savunamadığı fikirlere koruma getirmek tek başına yeterli olmayacaktır.¹⁹

AYM kararları ile de ifade özgürlüğünün, sadece “düşünce ve kanaate sahip olma” özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan “düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma”, buna bağlı olarak “haber veya görüş alma ve verme” özgürlüklerini de kapsadığı hüküm altına alınmıştır.²⁰

Düşünce özgürlüğü, yukarıda üç boyutta sayılan hak ve özgürlüklerin bir bütünü olup, düşünme, bilgi ve kanaat sahibi olma ve düşünceyi açıklama özgürlüğü, dögüsel bir şekilde bağlı ve iç içedirler.²¹

1- Haber Alma ve Bilgi Edinme Özgürlüğü

İfade hürriyetinden söz edebilmek için, düşünce, haber ve bilgilere ulaşılabilmesi ve bunların serbestçe öğrenilmesi gereklidir. Zira düşüncenin ana kaynağı, haber, fikir ve bilgilerdir.²²

İnsanın bilme ve öğrenme ihtiyacını karşılayan haber, bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, düşüncenin oluşumundan önceki evre ile ilgilidir. Düşüncelerin insanın iç âleminde oluşabilmesi için, bilgi ve haber kaynaklarına özgürce ulaşabilmek, tercihte bulunabilmek ve bunlar üzerinden serbestçe kanaatlere varabilmek gerekir.²³

¹⁶ Sunay, 2001, s.10.

¹⁷ Küçük, s. 13.

¹⁸ Korkmaz, s. 48.

¹⁹ Sunay, 2001, s. 8.

²⁰ Emin Aydın Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/2602, 23/1/2014.

²¹ Korkmaz, s. 49.

²² Sunay, 2001, s. 49.

²³ Küçük, s.15.

Haber alma ve bilgi edinme özgürlüğünün gerçekleşebilmesi için, fikir ve kanaatlerin serbestçe değişimi gerekmekte, bunun sağlanmasına yönelik olarak da, eğitim, kitle iletişim araçları ve özel haberleşme alanları için serbestliğin temini gerekmektedir. Zira iletişimin engellendiği ortamda, ifade özgürlüğünden söz edilemeyecektir.²⁴

2- Kanaat Özgürlüğü

Düşünce özgürlüğünün merkezi niteliğinde olan kanaat özgürlüğü, düşüncenin soyut halinin bir ürünü ve düşünme sürecinin son evsidir.²⁵

Kanaat özgürlüğü, bireyin çeşitli konularda edindiği bilgilerden doğruluğuna inandığını seçebilmesi, bunlar arasında tercihte bulunabilmesidir. Bu özgürlük, açıklamaya zorlanmama güvencesini de içerir. Bu güvence, kişiye inançlarını açıklamama ve inanmadıklarını söylememe hakkını verir.²⁶

3- Fikir ve Kanaatleri Açıklama Özgürlüğü

Fikir hürriyetinin varlık kazanabilmesi için, bilgi ve haberlere ulaşabilme, bilgi birikimi ve tercih edebilme imkân ve ortamının sağlanması yanında, ifade hürriyetinin de olması gerekir²⁷. İfade özgürlüğünün hayatiyet ve anlam kazanması, düşüncenin açıklanması hakkının varlığı ile mümkündür.²⁸

İfade özgürlüğü ile kişi, beğenmediği şeyleri eleştirme yanında, inançlarına uygun davranabilme ve kendi fikirlerini başkalarına aktarma imkânı elde eder.²⁹

İfade özgürlüğü, düşüncelerin başkalarına iletilmesini kapsadığı gibi, ifadenin iletilme şeklinde ve araçlarında da özgürlüğü gerekli kılmaktadır.³⁰ İfade hürriyeti, araçlar bakımından zengin bir imkâna sahip olup bireylerin düşüncelerini ifade etmede kullanabilecekleri imkân ve araçlar, çok sayıda ve çeşittir.³¹

Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvenceye alınmıştır. Anayasa'nın 26. Maddesi, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçları "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade

²⁴ Sunay, 2001, s. 52.

²⁵ Korkmaz, s. 55.

²⁶ Sunay, 2001, s. 58.

²⁷ Küçük, s. 47.

²⁸ Recep Ünal, "Bireysel Başvuru Çerçevesinde İfade Özgürlüğü", Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Kırıkkale, 2014, s. 100.

²⁹ Sunay, 2001, s. 64.

³⁰ Hasan Duran, "İfade Özgürlüğü ve Türkiye", 14/1, 2006, SÜHF Dergisi, s. 61.

³¹ Küçük, s. 49.

etmiş ve “başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğunu ortaya koymuştur.³²

II- ULUSLARARASI HUKUK METİNLERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İfade özgürlüğünün ilk olarak 1689 Haklar Bildirisi ile hukuki bir metne, yasama sorumsuzluğu şeklinde girdiği, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi yönündeki düşüncenin 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren artması neticesinde uluslararası alanda birçok sözleşmenin devletlerce imzalandığı görülmektedir. Böylelikle, ifade özgürlüğü, kendine uluslararası hukuk alanında bir korunma zemini bulmuştur.³³ Sonrasında ifade özgürlüğü, anayasal metinlerde ve insan hakları belgelerinde kendine yer bulmaya başlamıştır.

Esasında uluslararası sözleşmelerin değerini, pratik etkinliklerinden ziyade, taşıdıkları anlama ve getirdikleri yeniliğe bakarak belirlemek gerekir. Bu belgelerle, insan hakları ülkelerin bir iç sorunu olmanın ötesinde, uluslararası boyutlara taşınmıştır.³⁴

İfade özgürlüğüne ilişkin uluslararası düzenlemeleri çeşitlendirmek mümkün ise de bu çalışmanın mahiyeti itibarıyla üç temel düzenleme esas alınarak açıklamalarda bulunulmuştur.

A- İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB), BM’yi oluşturan devletlerin, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ihlallerin önlenmesi amacı ile bütün üye devlet ve halkları tarafından benimsenecek kuralları belirlemek için girdikleri ortak bir çabanın sonucunda BM Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 de kabul edilmiş bir bildiridir.³⁵

Uluslararası alanda ifade özgürlüğü ilk olarak İHEB’in 19.maddesinde yer alan, “Her ferdin fikir ve fikirlerini açıklamak hürriyetine hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzu bahis olmaksızın malumat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek veya yaymak hakkını içerir.” hükmü ile düzenlenmiştir.³⁶

İHEB’in en büyük önemi, temel hak ve özgürlükleri küresel bir boyuta taşınması ve sonrasında imzalanacak etkin koruma mekanizmalarına sahip uluslararası sözleşmelerin önünü açmasıdır.³⁷

³² Ali Gürbüz Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/724, 25/6/2015.

³³ İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları. Ankara 2013, s. 491.

³⁴ Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 73.

³⁵ A. Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. 2. Baskı. Turhan Kitabevi. Ankara, 1998, s. 3.

³⁶ Doğan, s. 491.

³⁷ Kalabalık, s. 67.

Bu bildiri, doğrudan bir antlaşma ve sözleşme olmakta ziyade, insan hakları adına ideal olanı gösteren³⁸ ve hukuki açıdan bağlayıcı olmayan bir haklar listesidir. Teknik açıdan Bildiri, BM Genel Kurul kararıdır. Bu sebeple de, siyasi yapıları ve dünya görüşleri oldukça farklı devletlerce kolayca ve yaygın olarak kabul edilebilmiştir.³⁹

Etik ilkeleri belirleyen İHEB, uluslararası topluluğun söz edimidir. Bildirge, diğer varlıklardan akla ve vicdana sahip olması yönüyle ayrılan insanın, görmesi gereken muamelelere ilişkin temel ilkeleri ortaya koymaktadır.⁴⁰

İHEB’de ifade özgürlüğüne ilişkin olarak 19. Maddede genel bir çerçeveye çizilmiş, ifade özgürlüğünün kullanımında müdahalenin olmaması gerektiği belirtilerek bu maddede sınırlandırma rejimi öngörülmemiştir. Ancak İHEB 29/2. Maddesi ile başkalarının haklarına saygı, genel ahlakın korunması, kamu düzeninin ve genel refahın sağlanması için yasa ile sınırlama getirilebileceği öngörülerek sınırlandırma rejiminin sınırları belirlenmiştir.⁴¹

B- MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarla ilgili diğer Sözleşme ile birlikte, insan haklarının uluslararası alanda sağlanması ve korunması konusunda en son aşamayı oluşturan, ikiz sözleşmelerden biridir.⁴²

İfade özgürlüğünün, İHEB sonrasında somut bir forma dönüştürülmesinde ve esasının açıklanmasında MSHS, önemli bir yere sahiptir. 16 Aralık 1966 tarihinde BM Genel Kurulunca onaylanan sözleşme, 23.03.1977’de yürürlüğe konulmuştur.⁴³

MSHS, İHEB’de yer verilen klasik hakların genişletilip pozitif hukuka dâhil olmasının başlangıcı olmuştur.⁴⁴ Sözleşme ile gelen en önemli yenilik, insan haklarına saygı gösterilip gösterilmediğinin denetimi için bir mekanizma olarak, İnsan Hakları Komitesi’nin kurulmasıdır.⁴⁵

Sözleşmenin 19. Maddesinde ifade özgürlüğü ile ilgili olarak, herkesin, hiç kimsenin müdahalesi olmadan istediği düşünceye sahip olma ve düşüncelerini açıklama hakkının bulunduğu ve bu hakların

³⁸ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 4.

³⁹ Kapani, s. 63.

⁴⁰ Kuçuradi, s 197.

⁴¹ Ahmet Bahçe/ Abdullah Demir, “Uluslararası Belgelerde İfade Özgürlüğü”, C. 1, S. 2, 2017, USB Dergisi, s.18.

⁴² Kapani, s. 68.

⁴³ Bahçe/ Demir, s. 23; MSHS, Ülkemiz tarafından, 15.8.2000’de imzalanarak 4868 sayılı Kanunla onaylanmıştır, 4868 sayılı Kanun, 18.06.2003/25142 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

⁴⁴ Doğan, s. 145.

⁴⁵ Kapani, s. 67.

kullanımının görev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği, bu kapsamda hakların kullanımına sınırlamalar getirilebileceği, başkalarının haklarına saygı, ulusal güvenlik, kamu düzeni veya kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması için getirilebilecek bu sınırlamaların yasa ile belirlenmiş olmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

MSHS'in 20. Maddesi ile de, savaş propagandası ve nefret söyleminin yasa ile yasaklanabileceği öngörülmüştür.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin Sözleşmede yer alan ilkelerin, İHEB ile paralel olduğu ve aynı zamanda, BM yapısında, sınırlandırma için genel bir standardın geliştirildiği, haklı bir nedenin, başkalarının ya da kamunun çıkarlarına zarar verme riskinin varlığının arandığı görülmektedir.⁴⁶

C- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına yönelik BM bünyesindeki çalışmalar sürerken Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından, 3 Kasım 1953'de bölgesel nitelikli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, imzalanarak, temel hak ve hürriyetlerin sağlanmasında ve korunmasında taraf devletlere hukukî zorunluluk yüklenmiştir.⁴⁷

Avrupa Konseyi 1949'da kuruluşunu takip eden süreçte, insan haklarının korunmasına yönelik çalışmalara öncelik vermiş ve AİHS'in hazırlanmasını sağlamıştır. AİHS, aralarında ülkemizin de bulunduğu 15 devlet tarafından 4 Kasım 1950 de imzalanmış, 03.09.1953'te yürürlüğe girmiştir.⁴⁸ AİHS'in ülkemiz açısından önemi ise, Anayasamızın 90. Maddesi kapsamında, farklı hükümler içeren kanunlara göre AİHS'e öncelikli ve üstün bir uygulama imkanı tanınmasıdır.

Batı demokrasisinin somutlaşmış bir örneği olan AİHS, ek protokollerle sürekli geliştirilen canlı yapısıyla, kurduğu yargısal denetim mekanizması sayesinde, bireylere ortak bir güvence sistemi sunmaktadır. AİHS ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasında birey, uluslararası hukukta hak sahibi haline gelmiştir.⁴⁹

AİHS ile getirilen koruma mekanizması, yargısal denetim özelliği ile BM'in kurduğu yapılara oranla daha ileri ve daha etkindir. Taraf devletlerin bireysel başvuru hakkının kabulü ile yaygınlaşan AİHS'in uygulamadaki başarısı, imzalayan devletlerin demokrasiyi benimsemiş ve temelde aynı toplumsal değerlere sahip olmalarından kaynaklanmaktadır.⁵⁰

İfade özgürlüğü, kendi içinde taşıdığı önem yanında, AİHS kaynaklı başka hakların korunmasında da merkezi bir öneme sahiptir. Özgür ve

⁴⁶ Bahçe/ Demir, a.g.m., s. 23.

⁴⁷ Kapani, s. 69-70.

⁴⁸ AİHS, Türkiye tarafından 18.5.1954 tarihinde onaylanmıştır; 10.3.1954 gün ve 6366 sayılı Yasa 3. T. Düstur c. 35, s. 1567; 19.3.1954-8662 sayılı RG.

⁴⁹ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 7.

⁵⁰ Kapani, s. 72.

demokratik bir ülkeden söz edebilmek için ifade özgürlüğünün en geniş kapsamda garanti edilmesi gerekmektedir.⁵¹

AİHS'in, "vicdan ve din özgürlüğü" ile birlikte "düşünce özgürlüğü"ne de yer verdiği 9/1. Maddesinde; "Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir." hükmü yer almış, düşüncenin açıklanması ile ilgili esas düzenleme AİHS'in 10/1. Maddesinde "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber verme görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir." şeklinde hükme bağlanmıştır.⁵²

AİHS'in 9. Maddesinde korunan değer, kişinin iç dünyasına ait "kanı"sıdır.⁵³ AİHS'in 10. maddesinin ilk fıkrasında ise, ifade özgürlüğünün unsurları teminat altına alınmış olup, kanaat özgürlüğü, haber ve görüşlere ulaşma özgürlüğü ve haber verme özgürlüğünün kamu makamlarının müdahalesi olmadan ve ülke sınırları gözetilmeksizin kullanılabilmesi esastır.⁵⁴ AİHS 10. Maddesiyle ifade özgürlüğünü, unsurları itibariyle birbirinden ayrılmaz bir haklar bütünü olarak gördüğünü ortaya konulmuştur.⁵⁵

Kanaat sahibi olma özgürlüğü, AİHS 10. Maddede yer alan diğer özgürlüklerin bir ön koşulu olarak, neredeyse mutlak bir korumaya sahiptir.⁵⁶ Bilgi aktarma özgürlüğü ise, toplumda her türlü bilgi ve fikir alışverişine imkân sağlar.⁵⁷ Demokratik bir yapı için gerekli olan bilgi ve kanaatlerin açıklanması özgürlüğü aynı zamanda bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğünü de gerektirir.⁵⁸ AİHS uygulamasında, haber alma ve vermedeki özgürlük, kullanılan araçlar için de sağlanmalıdır.⁵⁹

⁵¹ Monica Macovei, İfade Özgürlüğü, AİHS'in 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2005, s.7-8.

⁵² Sözleşmenin tam metni için bakınız; Nedim Meriç ve Ramazan Korkmaz, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ile İlgili Temel Mevzuat, Oniki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, 2014 İstanbul; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s.e.t. 15.09.2023

⁵³ Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 310.

⁵⁴ Macovei, s. 11.

⁵⁵ Durmuş Tezcan vd., İnsan Hakları El Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 272.

⁵⁶ Macovei, s. 12.

⁵⁷ Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2007, s. 364; Müller vd.-İsviçre kararı (24 Mayıs 1988, Seri A No. 133, s. 19, § 27)

⁵⁸ Macovei, s. 13.

⁵⁹ Dutertre, s. 366.

Sözleşmenin 10. maddesinde ifade özgürlüğü iki seviyede hüküm altına alınmıştır. Maddenin ilk fıkrasında, ifade özgürlüğünün kapsamı belirlenirken, ikinci fıkradaki, “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir” hükmü ile ifade özgürlüğünün sınırlandırma sebepleri yani meşru müdahale halleri belirtilmiştir.⁶⁰

AİHS’e göre (m.10/2) ifade özgürlüğünün kullanımı, aynı zamanda ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiğinden bu özgürlük, belirtilen sebeplerin varlığı halinde sınırlandırılabilir.⁶¹ İfade özgürlüğü ile ilgili olarak, bireyi korumaya yönelik sınırlamalar (haysiyet, şeref, güvenlik vb.) ile kamuoyu ve devleti korumaya yönelik sınırlamalar olmak üzere iki tür sınırlandırma söz konusudur.⁶²

İfade özgürlüğü ile ilgili sınırlandırmalar, bu hakkın içeriğine kesinlikle dokunamamalı yalnızca belli kullanım şekillerine uygulanmalıdır. Zira hakkın içeriğine yönelik yapılan sınırlandırma ilgili hakkın yok edilmesi ile eş değerdir. Nitekim 17. Maddesine göre de, AİHS hükümleri, hiç kimseye AİHS’de yer alan özgürlükleri yok etme veya Sözleşmede öngörülenden daha fazla sınırlandırma yetkisi verir şekilde yorumlanamaz.⁶³

AİHS’e göre, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalı ve 10. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sebeplere dayanmalıdır.⁶⁴ Bunların yanında, AİHS’in 15. maddesindeki, savaş ve olağanüstü hüllere ilişkin, 16. maddesindeki yabancıların siyasal etkinliklere katılımına ilişkin ve 17. maddesindeki hakların kötüye kullanılmamasına ilişkin düzenlemelerin de dikkate alınacağı tabiidir.⁶⁵

İfade özgürlüğüne yapılan müdahale, kamu gücünü ve görevlerini kullanan herhangi bir merciden kaynaklanabilir.⁶⁶ AİHS’in 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve istisnai olarak, dar yorumlanması gerekli⁶⁷ şartların yerine getirilmemesi durumunda, ifade

⁶⁰ Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, C. 62, S. 1, Y. 1, 2013, AÜHFD, s. 47.

⁶¹ Kabaoğlu, s. 251.

⁶² Tezcan vd., s. 275.

⁶³ Macovei, s. 36.

⁶⁴ Korkmaz, s. 145.

⁶⁵ Tezcan vd., s. 286.

⁶⁶ Macovei, s. 55.

⁶⁷ Gözübüyük/ Gölçüklü, s. 327.

özgürlüğüne yapılan müdahale, AİHS'in ihlâli anlamına gelir.⁶⁸ AİHM bireyin özgürlüğü ile devlet çıkarlarının dengelenmesi gereken durumlarda, bireyin kayırılması gerektiği görüşündedir.⁶⁹

III- TÜRK ANAYASA METİNLERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Anayasal metinler, modern dönemde kişi hak ve hürriyetleri lehine iktidarların sınırlandırılması düşüncesinin yazılı hale gelmesinin yansıması olup, bu yönüyle anayasacılık felsefesinde, kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvenceye alınması, bir anayasa için temel varlık şartıdır.⁷⁰

Türk anayasa metinleri itibariyle konuyu, Anayasal nitelikte metinlerin ortaya çıktığı Osmanlı Dönemi ile başlatarak incelemek mümkündür.

A- OSMANLI DÖNEMİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Batı toplumlarında, iktidarın sınırlandırılmasına, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin koruma altına alınmasına yönelik anayasa hareketleri, 18. Yy. sonrasında gelişirken, bu dönemde Osmanlı İmparatorluğunda, kendine özgü yapısını oluşturan, askeri, İslami ve yapısal nedenlerle anayasal bir devlet sistemine geçilemediği görülmektedir.⁷¹

Hak ve özgürlük mücadelesi kapsamında basım ve yayım özgürlüğüne ilişkin ilk düzenlemeler, Avrupa'da 17. yüzyıl sonlarında yapılmış, Osmanlı Devleti'nde ise ilk temel belge niteliğindeki Tanzimat ve Islahat Fermanı'nda bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Osmanlı'da basın, ifade özgürlüğü aracı olarak değil, yeniliklerin halka duyurulması için, devlet yararını önceleyecek şekilde, Tanzimat'ın getirdiği yenilikleri duyurmak amacıyla ortaya çıkmıştır.⁷²

Osmanlı Devletinde, insan haklarının tanınması ile ilgili ilk adım niteliğindeki Tanzimat Fermanı kapsamında tanınan hakların, can ve mal güvenliğinin sağlanması ile şeref ve haysiyetin korunmasıyla sınırlı olduğu, Islahat Fermanının ise daha ziyade Müslüman ve Hristiyan tebaa

⁶⁸ Korkmaz, s. 144.

⁶⁹ Macovei, s. 54.

⁷⁰ Cengiz Arıkan, "Yeni Bir Anayasa İçin Çalışmalara Başlangıçtan Başlamak", S. 119, Ocak 2012, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, s. 1.

⁷¹ Hamdi Gökçe Zabunoğlu, Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 61; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 20. Baskı, İstanbul, 2016, s. 167; Ayhan Ceylan, "Tunuslu Islahatçılar ve Yeni Osmanlılar Hareketinde Anayasacılık", C. XIV, S. 1-2, 2010, EÜHFD s. 30-31.

⁷² Ayhan Ceylan, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Basım ve Yayımında Hukuki Düzen (1839-1876)", Sayı 1, 2006, THT Araştırmaları, s. 154.

arasında eşitliğe vurgu yaptığı görülmektedir.⁷³ Osmanlı Devletinde, insan hakları belgesi olarak kabul edilen bu metinlerde ifade özgürlüğüne yer verilmediği⁷⁴, bu metinlerle benimsenen ilkelerin, hukuk devletine yönelik ilk adımlar olması önemli ise de, getirilen hakların korunması ve etkinliğinin sağlanmasında ve padişahın yetkilerinin daraltılmasında bir mekanizmaya sahip olmadıkları görülmektedir.⁷⁵

Kesintiye uğramakla birlikte Osmanlı Devletinde ilk anayasa metni ve uzun soluklu uygulama, Kanun-i Esasi ile ortaya çıkmıştır.⁷⁶

1876 tarihli Kanun-i Esasi, Türklerin ilk yazılı anayasası olarak tarihte bir dönüm noktasıdır. Kanun-i Esasi'de, temel hak ve hürriyetlere, klasik anlayışla geniş bir yer verilmiş (8-26. Maddeler) ancak, herhangi bir güvence getirilmemiştir.⁷⁷ Devlet yönetiminde ağırlık idareyi temsil eden Padişah'tadır.⁷⁸ Kişinin hak ve özgürlüklerini koruyacak bir kurumsal yapıya yer verilmeyen bu Anayasanın, içerdiği hak ve özgürlüklerin hayata geçmesine yetecek bir ömrü de olmamıştır.⁷⁹

İfade hürriyeti kapsamında, basınla ilgili sadece “*Matbuat kanun dairesinde serbesttir*” hükmüne yer verilen Kanun-i Esasi'de, 1909 değişiklikleriyle, bu hükmün genişletildiği ve baskı öncesinde basının teftiş ve muayene edilemeyeceği düzenlenmesinin de maddeye eklendiği görülmektedir.⁸⁰ Ayrıca, 1909 değişikliğinde 119. Madde ile haberleşmenin gizliliği ve 120. Madde ile toplanma ve dernek kurma özgürlükleri getirilmiştir.⁸¹

Sonuç olarak, Osmanlı döneminde anayasal reformlar, sınırlandırılmış bir iktidarın kurulmasında ve hakların korunmasında başarıya ulaşamamıştır.⁸²

B- 1921 VE 1924 ANAYASALARI DÖNEMİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1921 Anayasasında, Milli Mücadele Döneminin ihtiyaçlarını gidermeye yönelik hükümler bulundurması dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ve düşünce özgürlüğüne yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. 1921 Teşkilatı Esasiye Kanununun asıl hedefi, egemenliğin millete ait olduğu anlayışıyla yeni anayasal düzeni kurmaktır.

⁷³ Kapani, s. 92 vd.

⁷⁴ Doğan, s. 492.

⁷⁵ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 26.

⁷⁶ Ceylan, 2010, s. 30-31.

⁷⁷ Kapani, s. 103.

⁷⁸ Özbudun, s. 24.

⁷⁹ Zühtü Aslan, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 125.

⁸⁰ Duran, s. 69.

⁸¹ Kapani, s. 105.

⁸² Aslan, s. 128.

Meclis, vatanın kurtarılmasına odaklandığından 1921 Anayasası, daha çok karşılaşılan sorunları çözmek amacıyla kabul edilen pratik bir yaklaşımın ürünüdür. Anayasa’da kısa bir şekilde devlet sisteminin ne olduğu ortaya konulurken hak ve hürriyetler konusundan bahsedilmemiştir. Anayasa’da insan hakları açısından önemli olan, milli egemenlik ilkesinin benimsenmesi ve kişiye bağlı idarenin kaldırılmasının örtülü olarak benimsenmesidir.⁸³

1924 Anayasasında ise, temel hak ve hürriyetlere “Türklerin Hukuki Ammesi (Türklerin kamu hakları)” başlığı altında,⁸⁴ tabii hak doktrinin benimsendiği bir yapıda⁸⁵ yer verilmiştir. 1924 Anayasasında, hürriyet tanımının doğrudan doğruya, 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinden alındığı ve 1789 modeli klasik hak ve hürriyetler kataloğuna yer verildiği görülür.⁸⁶

Tarihimizde düşünce özgürlüğü ilk kez, 1924 Anayasasında, içeriği doldurulmadan yer almıştır.⁸⁷ Anayasada, 70. Madde ile düşünce özgürlüğünün Türklerin tabii haklarından biri olarak hükme bağlandığı, 77. Maddede ise basın hürriyetine yer verildiği görülmektedir.

1924 Anayasası, temel hakların korunmasına yönelik bir güvenceye yer vermemiştir. Bu konuda tek güvence olarak, egemenliğin kullanımının sadece TBMM’ye bırakılması kabul edilebilir.⁸⁸

C- 1961 ANAYASASINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Anayasaların yapım süreci, anayasa ile temel hak ve özgürlüklerin garanti altına alınmasında ya da toplumun bir ideoloji ile şekillendirilmesini teminen siyasal iktidarın kurgulanmasında hâkim anlayışı da ortaya koymakta olup darbe sonucunda hazırlanan 1961 ve 1982 Anayasalarını meydana getiren süreç de, bu anayasaların karakterine yansımıştır.⁸⁹

1961 Anayasası, Türk Anayasaları arasında en özgürlükçü olanı kabul edilir.⁹⁰ Temel hak ve özgürlükler ile ifade özgürlüğüne ilişkin detaylı düzenlemeler içeren 1961 Anayasasının aynı zamanda sağladığı güvence sistemi ile ifade özgürlüğüne önemli getirileri vardır.⁹¹

⁸³ İzzet Eroğlu, “1924 Anayasası Döneminde İnsan Haklarının Normatif Çerçevesi ve Uygulaması”, Sayı 14, 2010, Yasama Dergisi, s. 80.

⁸⁴ Necmi Yüzbaşıoğlu/ Süheyl Batur, Anayasa Hukukunun Temelleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 5 vd.

⁸⁵ Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, 18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 182.

⁸⁶ Kapani, s.108.

⁸⁷ Doğan, s. 492.

⁸⁸ Teziç, s. 169.

⁸⁹ Arıkan, s. 1.

⁹⁰ Duran, s. 69.

⁹¹ Sinem Birol, “1961 Anayasasında İfade Özgürlüğü”, S. 43, 2012, İÜİF Dergisi, s. 40.

Ancak, 1961 Anayasasında temel anayasacılık ilkelerine bağlılık görülmekte ise de, bu Anayasanın, Cumhuriyet tarihinde ilk olarak ordu eliyle gerçekleştirilen müdahalenin bir ürünü olduğu ve büyük bir baskıyla beraber geldiği de açıktır.⁹²

1961 Anayasasında; hürriyetlerin sistematik olarak geniş ve etraflıca hüküm altına alındığı, hürriyet anlayışının felsefi olarak gerçekçi bir temeli olduğu, çağdaş bir hürriyet anlayışı ile sosyal ve ekonomik hakların tanındığı ve hürriyetlerin, AYM'nin kurulması, TBMM'nin ikili yapısı, Yüksek Hâkimler Kurulu, İdarenin yargı denetimine tabi kınması vb. mekanizmalar ile güvenceye bağlandığı görülmektedir.⁹³ Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına dayanan devlet olarak tarif edilmesi ile de hürriyetçi bir rejim kastedilmiştir.⁹⁴

İfade özgürlüğü ile ilgili hükümleri, uluslararası sözleşmeler referans alınarak hazırlanan 1961 Anayasasında⁹⁵, ifade özgürlüğüne, “Kişisel haklar ve ödevler” bölümünde yer verilmiş, aynı bölümde ifade özgürlüğü ile ilgili basın özgürlüğü yanında bilim ve sanat özgürlüğüne ve gazete, dergi, kitap, broşür çıkarma ve dernek kurma hakkına da yer verilmiştir.

1961 Anayasasının 20. Maddesi kapsamında düşünce ve düşüncüyü açıklama hürriyeti tek başlıkta, bu özgürlüklerin sınırlanması ile ilgili özel bir sınırlama sebebine de yer verilmeyerek, mutlak bir özgürlük olarak düzenlenmiştir.⁹⁶

1961 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel sınırlama sebepleri ve sınırlandırmanın sınırları 11. Maddede düzenlenmiş ve bu maddede öz güvencesi getirilmiştir. Öz güvencesi, kanuni düzenlemelerin hak veya hürriyetin özüne dokunacak boyuta varamayacağı esasına dayanmakta, öze dokunma ise; AYM'nin kararlarında, sınırlama ile bir hakkın kullanımının imkânsız hale gelmesi veya aşırı derecede güçleşmesi halleri olarak tanımlanmaktadır.⁹⁷

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin 20. maddede sınırlama sebeplerine yer verilmemesi 11. Maddenin genel sınırlama sebebi olarak 20. Maddeye uygulanması konusunda doktrinde tartışma yaratmıştır.⁹⁸

AYM ise, genel sınırlama sebeplerini gösteren 11. maddeye istinaden ifade özgürlüğünün sınırlanabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, 20. maddede bir sınırlama ölçüsü konulmamış olmasını, bu özgürlüğün sınırlandırılabilmesinde, Anayasal ilkelere uygun olmak ve 11. Maddede yer alan sebeplere ve sınırlandırma

⁹² Jean Marcou, “Anayasacılık ve Türkiye'de Anayasal Hareketler”, C.1, S. 1, 2012, Anayasa Hukuku Dergisi, s.13.

⁹³ Kapanı, s. 117.

⁹⁴ Özbudun, s. 41.

⁹⁵ Birol, s. 44.

⁹⁶ Korkmaz, s. 318.

⁹⁷ Özbudun, s. 42.

⁹⁸ Korkmaz, s. 319.

sınırlarına uymak koşuluyla; kanun koyucuya takdir hakkı verildiği yönünde anlamak gerekmektedir.⁹⁹

D- 1982 ANAYASASINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1982 Anayasasının, düşünce özgürlüğünü 25. maddede “düşünce ve kanaat hürriyeti” başlığı altında, “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” hükmü ile düşünceyi açıklama özgürlüğünü ise 26/1. Maddede, “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlığı altında, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.” hükmü ile iki ayrı maddede düzenlediği görülmektedir.

Anayasa Gereğesinde, düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünceyi açıklama hürriyetinin, birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte; nitelikleri ve sonuçları itibariyle birbirinden farklı oldukları, düşünce ve kanaat hürriyetinin hiçbir sebeple ihlal edilemeyeceği ve olağanüstü hallerde bile bu hürriyete müdahale edilmemesi gerektiği açıklamasına yer verildiği görülmektedir.¹⁰⁰

İfade hürriyetinin ayrı maddelerde düzenlenmesi konusunda gerekçe ile birlikte, AYM'nin 1961 Anayasası döneminde verdiği kararların da etkisi bulunmaktadır. 1961 Anayasası, düşünce ve düşüncenin açıklanması hürriyetlerini tek başlıkta düzenlenmiş ancak AYM, ifade hürriyetine ilişkin değerlendirmesini iki aşama üzerinden yaparak, düşünce ve kanaat hürriyetini, dışarıya yansımadağı ve iç dünyada kaldığı boyutta mutlak ve sınırsız olarak algılarken, düşünce hürriyetinin dış âleme yansımaya (söz, yazı vb.) hukuki bir mesele olacağı ve sınırlandırılabilceğı yorumunu geliştirmiştir.¹⁰¹ AYM'ye göre düşünce ve kanaat hürriyetini, toplumsal ve demokratik düzenin gerekleri ile bağdaştırarak dengelemek gereklidir.¹⁰²

Düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğünün ayrı maddelerde düzenlenmesi, uluslararası düzenlemelerde de kendini gösterir. Bu bakımdan anayasanın -biçimsel de olsa- çizgisinin çağdaş olduğu değerlendirilmesi yapılabilecektir.¹⁰³

⁹⁹ 08.04.1963, 1963/16 E, 1963/83 K, AYM Kararlar Dergisi: 1, s. 163-165.

¹⁰⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gereğçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2019.

¹⁰¹ Reyhan Sunay, 1961-1982 Anayasaları Döneminde Anayasa Mahkemesinin İfade Hürriyeti Konusundaki Yaklaşımı ve İlgili Karar Özetleri, LDT Yayınları: Ankara, 2002, s. 31.

¹⁰² E.1963/17, K.1963/84, KT. 8.4.1963, AYM Kararlar Dergisi, S. 1, s. 216.

¹⁰³ Can, s. 90.

Ancak, ifade hürriyetinin iki boyutta ele alınması, unsurlarının bütünlüğünü zedelemek yanında anlamsız parçalara ayrılmasına da sebebiyet verebilecektir. İfade hürriyeti bakımından önemli olan, farklı maddelerde düzenlenmiş olsa da bu hürriyeti, bütün unsurları ile değerlendirmek ve korumaktır.¹⁰⁴

26. Maddede, düşüncenin açıklanmasında ve yayılmasında, araçlara ilişkin sınırlama yapılmamış “veya başka yollarla” ifadesi ile özgürlüğün kullanımının her türlü araçla yapılabilecek şekilde geniş algılanması gerektiği hükme bağlanmıştır.¹⁰⁵

1- 1982 Anayasasında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Hukukun temel işlevlerinden biri de, düşünce özgürlüğünün sağlandığı ve korunduğu bir hukuk atmosferi oluşturmaktır.¹⁰⁶ İfade hürriyetinin sağlanması ile farklı değer ve menfaatlerin çatışması halinde, yapılması gereken, bu menfaatlerin birlikte denge halinde yaşamasının teminidir. Dengenin kurulabilmesi için, karşılıklı sınırlama gerekmekte, bu dengelemenin ifade hürriyeti aleyhine işletilmemesi gerekmektedir. Sınırlandırma tedbirine ancak zorunluluk gerektirmesi halinde ve istisnai olarak başvurulmalıdır.¹⁰⁷

1982 Anayasası hazırlanırken, temel hak ve özgürlüklerin uluslararası antlaşmalar referans alınarak düzenlendiği ancak bu özgürlüklere ilişkin sınırlamaların, uluslararası sözleşmelere göre daha fazla olduğu görülmektedir.¹⁰⁸

Devletin laik, demokratik ve tekçi yapısının korunması amacıyla militan demokrasi anlayışının bir yansıması olarak temel haklarla ilgili sınırlama ve yasaklamalara yer veren yaklaşımın, Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmesi ve bir anlamda geliştirilmesi sebebiyle demokratikleşme önünde güçlü bir set oluşturulmuştur. Militan demokrasi anlayışı, II. Dünya Savaşı sonrasında pek çok belgede ve AİHS sisteminde de benimsenmekle birlikte, Ülkemizdeki anlayış ve uygulamanın AİHS ile benimsenen anlayıştan farklı yorumlandığı ve demokrasiyi koruma adına demokrasiye zarar veren uygulamalara gidildiği görülmektedir.¹⁰⁹

İfade özgürlüğüne ilişkin özel sınırlama sebeplerine yer verilen Anayasanın 26. Maddesinde, 2001 yılında 4709 sayılı Kanun¹¹⁰ ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, maddede, genel sınırlandırma

¹⁰⁴ Sunay, 2002, s. 31.

¹⁰⁵ Korkmaz, s. 324.

¹⁰⁶ Küçük, s. 20.

¹⁰⁷ Sunay, 2001, s. 74.

¹⁰⁸ Yavuz Atar, “Türkiye’nin Hukuk Devleti Sorunu: Hukukun Evrensel Üstünlüğüne Karşı Devletin Anayasal Üstünlüğü”, Teorik ve Pratik Boyutları ile İfade Hürriyeti, Ed. B. Berat Özipek, LDT Yayınları, Ankara, 2003, s. 339.

¹⁰⁹ Zabunoğlu, s. 286.

¹¹⁰ 17.10.2001/24556 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

sebepleri; millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması olarak düzenlenmiş, düşüncenin açıklanmasında yasaklanan herhangi bir dilin kullanılmayacağı ibaresi maddeden çıkarılmış ve özgürlüğün düzenleyici işlemlerle sınırlandırılmasının engellenmesine yönelik olarak kanunla sınırlandırma kısıtı getirilmiştir.

Anayasa değişikliklerinin en dikkat çekici getirisi, ifade hürriyetinin kullanımında dil yasağının kaldırılmasıdır. Zira demokratik bir sistemde dil yasağının hukuki ve sosyolojik bir mesnedi de bulunmamaktadır.¹¹¹

2001 tarihli Anayasa değişiklikleri, liberalleşme ve sivilleşme yolunda önem taşımakta ise de, Anayasasının geneline hâkim olan otoriter ve vesayetçi yapısı ortadan kalkmamıştır.¹¹² Bu değişikliklerle otorite ve hürriyet arasında olması gereken denge kısmen sağlanmaya çalışıldı ise de, bu çaba yetersiz kalmış, Doktrinde, yeni düzenleme ile ilave sınırlama sebeplerinin getirilmesi mevcut düzenlemeden daha geriye gidildiği eleştirisini de gündeme getirmiştir.¹¹³

4709 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, Anayasanın başlangıç kısmında yer alan “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;” hükmündeki “Hiçbir düşünce ve mülahazanın” ibaresi “Hiçbir faaliyetin” şeklinde değiştirilmiştir.

Ancak doktrinde bu değişiklikte başlangıç kısmının, salt düşünceyi açıklama özgürlüğünü sınırlamaktan çıktığı ancak “faaliyeti” yasakladığından Anayasada yer alan bütün özgürlükler için bir sınırlama sebebi olarak yorumlanmaya müsait olduğu eleştirisi yapılmaktadır.¹¹⁴

Anayasa’da belirtilen “Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ifadelerinin” ideolojik temelli olduğu ve “Cumhuriyetin temel nitelikleri” kavramının müphem bir kavram olduğu ve ifade özgürlüğünün kolaylıkla sınırlandırılmasına yol açabileceği de değerlendirilmelidir. Ayrıca, AİHS ile “toprak bütünlüğü” ifadesi kullanılırken, Anayasamızda kullanılan, “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ifadesi” devleti bireyin ve toplumun üstünde gören, kutsal devlet anlayışına yaklaşan bir tavrı ortaya koymakta, bu ifade ile devlet karşısında diğer özgürlükler gibi, ifade özgürlüğü anlamında da birey ve toplumun güçsüz bırakılması ihtimali

¹¹¹ Can, s. 399.

¹¹² Özbudun, s 69.

¹¹³ Atar, a.g.m., s. 339.

¹¹⁴ Can, s. 363.

ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, Anayasamızdaki kısıtlama rejimi AİHS ile belirlenen sınırları aşmaktadır.¹¹⁵

Kaldı ki, ifade özgürlüğünün, Anayasanın Başlangıç hükümleriyle 14 ve 24/5. Maddesinde yer alan sınırlara da tabi olduğu düşünüldüğünde Anayasanın AİHS'e göre daha fazla sınırlama sebebi içerdiği açıktır. Bu noktada, AİHM ve AYM'nin yorum farkı da gündeme gelecektir.¹¹⁶

2- 1982 Anayasasında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılma Sınırları

2001 yılında 4709 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerle, Anayasanın 13. Maddesindeki sınırlamaya ilişkin genel nedenler kaldırılmış ve sınırlama sınırları arasına öze dokunmama kriteri eklenmiştir. Bu değişiklikler, otoriteden özgürlüğe yönelen bir anlayışı ifade etmekte olup, böylelikle temel haklara sağlanan güvence yönünden 1961 Anayasasının da ötesine geçildiği değerlendirilebilir.¹¹⁷ Değişikliklere ilişkin gerekçede de, bu değişiklikte düşünce ve anlatım özgürlüğünün sınırlarının genişletildiği açıklamasına yer verilmiştir.¹¹⁸

AYM tarafından da 13. Maddenin, sınırlamalar için bir denetim ölçütü olarak ele alındığı görülmektedir. AYM'ye göre, ifade ve basın özgürlüklerine yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir.¹¹⁹

Anayasa 13'üncü maddede yapılan değişiklik kapsamında, temel hak ve özgürlüklerin her biri için, kendisine uygun düşen özel sınırlama sebeplerinin getirilmesi, genel sınırlama sistemine nazaran daha güvenceli bir sistemdir. Zira genel sınırlandırma sebepleri, genel ifadelerle özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin alanı gereksiz yere genişletmektedir.¹²⁰

3- Kötüye Kullanma Yasağı

Anayasanın, 4709 Sayılı Kanun ile değişik 14.maddesinde, Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin, Devletin bütünlüğünü bozmayı ve demokratik ve lâik Cumhuriyeti yok etmeyi amaçlayan faaliyetler olarak kullanılması yasaklanmış ve ayrıca, Anayasa hükümlerinin, temel hak ve

¹¹⁵ Sezgin Seymen Çebi, "İfade Özgürlüğü ve Yeni Anayasa", C. 1, S: 1, 2013, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 135-136.

¹¹⁶ Can, s. 405.

¹¹⁷ Aslan, s 151.

¹¹⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), s. 155.

¹¹⁹ Ali Gürbüz Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/724, 25/6/2015)

¹²⁰ Ünal, s. 87.

özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına ya da Anayasa ile belirlenen ölçülerden daha geniş bir kapsamda sınırlandırılmasına yönelik yorumlanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasanın 14. Maddesinde yapılan değişikliklerin, AİHS'in 17. maddesine uyum sağlanması amacıyla yapıldığı, eski düzenlemeye göre yasak alanı daralttığı ve amaç yerine faaliyeti esas aldığı görülmektedir. Ancak, fıkrada bireyden ziyade, bireye karşı devletin korunduğu görülmektedir.¹²¹

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılma yasağı, çoğulcu demokratik yapının korunmasına yönelik olarak getirilmiş bir ilkedir.¹²² Temelde hiçbir hukuk sisteminde bir hakkın kötüye kullanımına izin verilmeyeceğinden, bu ilke Anayasada yer almasa da, uygulayıcılar tarafından dikkate alınacaktır. Bu sebeple hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasına ilişkin olarak ayrı bir sınırın varlığına da ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir.¹²³

4- İfade Özgürlüğünün Olağanüstü Dönemlerde Sınırlanması

Temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulması, Anayasanın 15.maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; temel hak ve özgürlüklerin kullanımı olağanüstü hallerde ya da savaş, seferberlik ve sıkıyönetim gibi hallerde, kısmen veya tamamen durdurulabilecek, Anayasada belirlenen güvencelere aykırı tedbirlerle sınırlandırılabilir. Ancak bu hallerde, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi ve durumun gerektirdiği ölçüde sınırlandırmaya gidilmelidir. Ayrıca, Maddenin ikinci fıkrasında yer verilen hak ve özgürlüklere (... kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz) her halükarda müdahale edilemeyecektir.

Temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü hallerde sınırlandırılmasına ilişkin AİHS'in 15. maddesi bu konuda 1982 Anayasasının 15. Maddesine de kaynak oluşturmuştur.¹²⁴ Nitekim AİHS'in 15. Maddesi de; olağanüstü hallerde taraf devletlere, durumun kesin olarak gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülükleri aykırı olmamak koşuluyla temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, Sözleşmede yer alan yükümlülükleri aykırı tedbirler alınmasına izin vermektedir.

¹²¹ Yılmaz Aliefendioğlu, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut", C 19: 2002, AMD, s. 159.

¹²² Zabunoğlu, s. 175.

¹²³ H. Tahsin Fendoğlu, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, AY. Md 13", C. 19, 2002, AMD, s. 141.

¹²⁴ İbrahim Şahbaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:54, 2004, s. 178.

Anayasanın 15. maddesi, temel hak ve özgürlüklere olağanüstü yönetimlerde, sınırlandırma ve durdurma yönünde yapılacak müdahalelerin de sınırlı yapılmasına yönelik üç kriter getirmektedir. Bu kapsamda yapılacak sınırlandırmaların, (1) uluslararası hukuk kaynaklı yükümlülüklerle aykırı olmaması (2) durumun icaplarına uygun bir ölçüde olması ve (3) Maddenin ikinci fıkrasında yer alan hak ve özgürlüklere hiçbir halde dokunmaması gerekmektedir.¹²⁵

5- Sivil Anayasa İhtiyacı ve İfade Özgürlüğü

Kapsamlı birçok değişiklik yapılmasına rağmen, 1982 Anayasası yerine yeni ve sivil bir anayasa yapılması, yıllardır gündemdeki yerini korumaktadır. Siyasal aktörler ve halkın önemli bir çoğunluğu tarafından, 1982 Anayasası, darbeler tarafından yapıldığı, özgürlük ve birey temelli olmak yerine, devlet otoritesini esas aldığı ve ideolojik unsurlar barındırdığı gerekçeleriyle eleştirilmekte, demokratik, özgürlükçü, yeni ve sivil bir anayasa yapılması savunulmaktadır.¹²⁶

1982 Anayasasının demokrasinin gereklerine uygun bir anayasa olarak kabulüne engel çok köklü eksiklikler vardır.¹²⁷ Neredeyse üçte ikisinin değiştirildiği kırk yıllık süreçte, 19 ayrı girişimde 184 değişiklik yapılmasına rağmen,¹²⁸ bir ideolojinin taşıyıcısı olması vasfı ile öne çıkan 1982 Anayasası, meşruiyet problemiyle doğmuş ve yapılan değişikliklerle bu sorun çözülememiştir.¹²⁹ Yeni bir Anayasa arayışının temelinde de, Anayasanın itibarsızlaşması öne çıkmakta olup bunun temel sebebi, anayasanın darbeci bir askeri cunta eliyle yapılması ve aynı zamanda yapımına temel siyasal grupların dâhil edilmemesidir.¹³⁰

Yeni bir Anayasa arayışında, Avrupa Birliği katılım sürecinde, Anayasanın yapılan değişikliklerle hayli demokratik bir yapıya kavuştuğu yönünde azınlıkta kalan bir görüş bulunmakta ise de, ağırlıklı olarak, iktidar partisi tarafından da ileri sürülen görüşe göre, Anayasanın, yapılan değişikliklerle eksiklerinin giderilmesinin aksine, sistematığının tamamen bozulduğu ve bu durumun da yeni bir anayasa ihtiyacını ortaya koyduğu, demokratik olmayan süreç ve yöntemlerle hazırlanan anayasanın, ülke ve

¹²⁵ 1990/25 E., 1991/1 K., 10.01.1991, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 27, Cilt 1, s. 102.

¹²⁶ Sezgin Baş, “Yeni Anayasa Gündeminin Anlamı Üzerine”, S. 35, 2022, TYB Akademi Dil Edebiyat ve Sosyal Bilimler Dergisi, s. 15.

¹²⁷ Alain Bockel, Türkiye'nin Zorlu Demokratik Anayasa Arayışı, C. 2, S. 4, 2013, Anayasa Hukuku Dergisi, s.24.

¹²⁸ Nebi Miş, “1982 Anayasasını Niçin ve Nasıl Değiştirmeliyiz?”, S. 55, 2021, Kriter Dergisi, <https://kriterdergi.com/siyaset/1982-anayasasini-nicin-ve-nasil-degistirmeliyiz> (s.e.t.: 19.09.2023)

¹²⁹ Atilla Yayla, “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”, Sayı 66, Bahar 2012, Liberal Düşünce, s. 18.

¹³⁰ Baş, s. 17.

toplumun değişen şartlarına uyum sağlayamadığı ve bu sebeple yeni ve sivil bir anayasaya ihtiyaç olduğu savunulmaktadır.¹³¹

Nitekim bu konuda Cumhurbaşkanı Erdoğan, 2023 yılında sembolik anlama sahip Ulucanlar Cezaevi Müzesi'nde düzenlenen "1982 Yerine 2023 Anayasası Sempozyumu"nda, ülkeyi yeni, sivil, demokratik, özgürlükçü ve kuşatıcı bir anayasaya kavuşturma hedeflerinden vazgeçmediklerini aktarmış ve Anayasada yapılan değişikliklerin her birinin önem taşıdığını ancak her değişikliğin anayasanın yazım ve anlam bütünlüğünü bozduğunun da bir gerçek olduğunu dile getirerek, Türkiye gibi iki bin yıllık devlet geleneğine, coğrafyasında bin yıllık hâkimiyete, ilk asrına ulaşan Cumhuriyet tecrübesine, 73 yıllık demokrasi birikimine sahip bir ülkenin, çok daha iyi bir anayasayı ziyadesiyle hak ettiği tespitini yapmıştır.¹³²

Yeni Anayasanın yapılabirliği ile ilgili tartışmalar başka bir çalışma konusu olmakla birlikte, toplumsal iradenin, kurucu iktidarın aslı sahibi sıfatı ile halk tarafından yeni bir anayasa yapılması yönünde şekillenmesi de engellenemeyecektir.¹³³

1982 Anayasası'nın, içerik olarak taşıdığı özü ve temel felsefesi itibariyle insan özgürlüğüne ve evrensel hukuk değerlerine yabancı kaldığı eleştirileri, özellikle Anayasanın ilk şekli dikkate alındığında son derece haklıdır. Bu noktada, iyi toplum ve iyi devlet olma hedefine odaklanmış yeni bir anayasa için, temel hak ve özgürlüklerin içeriklerine ilişkin tanımlamadan ziyade, siyasal iktidarın, temel hak ve özgürlük alanlarına müdahalesine engel olacak duvarların, anayasada nasıl örölmesi gerektiği yani, hak ve özgürlüklerin etkin ve kullanılabilir olması daha önemlidir. Bunun için de temel hak ve özgürlüklerin ihlallerinde, sorumluların tabi olacağı yaptırımların, yorumuna izin vermeyecek bir açıklıkla düzenlenmesi gereklidir.¹³⁴

1982 Anayasası'nın 13. maddesindeki genel sınırlama sebepleri kaldırılmış ise de, özgürlüklerin her biri için var olan özel sınırlama sebepleri ile temel hak ve özgürlüklerin kapsamı ve uygulaması daraltılmaktadır. Anayasada yapılan değişikliklerle getirilen teminatlar anayasal düzenin "güvenlikçi" görünümünü zayıflatmışsa da, bu görünüm tamamen silinmemiştir.¹³⁵

Anayasanın belli bir ideoloji savı üzerinden şekillenmemesi de ifade özgürlüğü açısından önem taşır. Nitekim mevcut anayasa, ideolojik

¹³¹ Nur Uluşahin, "Kutuplaşmış Bir Siyasal Sistemde Anayasa Yapmanın Güçlükleri ve Türkiye'de Yeni Bir Temel Oydaşmaya Ulaşmayı Sağlayacak Çözüm Yolları", C. 3, S. 1, 2011, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, ss 19-28, s. 22.

¹³² Anadolu Ajansı (2023). <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/-cumhurbaskani-erdogan-yeni-anayasayi-milletimize-kazandirana-kadar-calismayi-mucadeleyi-asla-birakmayacagiz/2990004> s.e.t. 19.09.2023

¹³³ Uluşahin, s. 23.

¹³⁴ Meltem Dikmen Caniklioğlu, "Yeni Bir Anayasa İçin/İçinde Haklar ve Özgürlükler", C. 1, S. 1, 2012, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 235, 236 vd.

¹³⁵ Bockel, s. 23.

vasfı ile öne çıkmış ve Anayasanın ideolojik yaklaşımının dışında kalan düşünce, kanaat ve eylemler mûsamaha görmemiş ve çoğulcu ve müzakereci bir ortam, fikirler anlamında gelişmemiştir. Demokratik ve çoğulcu bir anayasa için, yaşam farklılıklarını, çeşitliliklerini ve tesadüflerini kendi doğallığı ve otantikliği içinde yaşanır kılacak bir çoğulculuğu normatif anlamda sağlayacak, tüm ideolojilere eşit bir yaklaşım gereklidir.¹³⁶

Yeni anayasa yapma arayışında, 12 Haziran 2011 seçimi sonrasında 24. Dönem TBMM’de, her partinin eşit üyeyle temsil edildiği ve kararlarını oybirliği ile alındığı “Anayasa Uzlaşma Komisyonu”nun çalışmaları, önemli bir örnek teşkil etmektedir. Komisyon çalışmaları kapsamında, toplumun farklı kesimlerinden alınan görüşler de dikkate alınarak, yeni anayasa yazımı başlamış 172 madde kaleme alınmış ve 59 maddede mutabakat sağlanmıştır.¹³⁷ Ancak, 2011-2013 yılları arasında mesai yapan ilk Komisyon, çalışmalarını tamamlayamadan, 2016 yılında kurulan Komisyon ise çalışma usul ve yöntemlerini belirleyemeden dağılmıştır.¹³⁸

Türkiye’de bir anayasal birikim oluşturmak adına oldukça değerli olan Anayasa Uzlaşma Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa metninde, temel hak ve özgürlükler bölümü üzerinde % 68 oranında uzlaşma sağlanmış olduğu dikkat çekmektedir.¹³⁹

Anayasa Uzlaşma Komisyonunun metninde, 16. Madde ile “Düşünce ve ifade hürriyeti (özgürlüğü)” başlığı altında,

“Madde 16. (1) Herkes düşünce, kanaat ve ifade hürriyetine (özgürlüğüne) sahiptir.

(2) Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.

(3) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla, tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hürriyetine sahiptir. Bu hürriyet, resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestliğini de kapsar.

(4) İfade hürriyetinin kullanılması; milli güvenlik, başkalarının haklarının korunması ile şiddetin teşviki veya övülmesinin, kişiler arasında kin ve nefret duygularının oluşturulmasının önlenmesi ve yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması sebepleriyle sınırlanabilir.

¹³⁶ Çebi, s. 145-146.

¹³⁷ Taylan Barın, Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi Uzlaşılan Maddeler ve Anayasa, Seta Yayınları, Sayı: 147, 2016, s. 7.

¹³⁸ Selami Erdoğan / Eray Acar, “Türkiye’de Yeni Anayasa Yapım Süreci ve TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu (2011-2013)”, 2016 Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 50, s. 180.

¹³⁹ Özen Ülgen Adadağ, “Anayasal Kazanımlar Bilançosu - 2012-2013 Anayasa Uzlaşma Komisyonu Deneyimi”, C. 6, S. 12, 2017, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 699-702.

(5) Hizmet gerekleri ve amaçla bağdaşmayan sır tanımları yapılamaz. Bu ilkelere aykırı düşen hallerde sır gerekçesine dayanılarak düşünce ve ifade hürriyeti (özgürlüğü) sınırlandırılmayacağı gibi bilgi ve veriye erişim hakkı da engellenemez.” düzenlemesine yer verildiği görülmektedir.¹⁴⁰

Her ne kadar üzerinde uzlaşma sağlanamamış olsa da, 1982 Anayasasında, “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlığı altında 25. Maddede ve “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlığı altında 26. Maddede olmak üzere iki ayrı maddede düzenlenen hükümlerin, Komisyon metninde tek madde altında toplandığı ve sınırlandırma sebeplerinin daraltıldığı görülmektedir.

Yeni anayasa yapım sürecinde de dikkate alınabilecek olan Komisyon metninde, temel haklar ve ifade özgürlüğü ile ilgili olarak, özgürlüğün esas, sınırlamanın istisna olduğu bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu yaklaşım ileride gündeme gelecek çalışmalarda da esas olmalı ve 1982 Anayasasının geneline yansıyan, hakların ödevle bağlanması geleneğine son verilerek, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında, soyut, içeriği belirsiz ve farklı yorumlamaya müsait düzenlemelere yer verilmemesi benimsenmelidir.

SONUÇ

İfade hürriyeti, toplum içerisinde farklı ve yeni görüşlerin ortaya çıkmasına zemin hazırlayıp bireylere bunlar arasından seçim olanağı sağladığından, demokratik yönetimlerde en ideal düzeyde ulaşılması arzulanan bir olgudur. Çoğulculuk ilkesine dayanan demokrasi, ancak ifade özgürlüğünün sağlandığı bir ortamda gerçekleşebilir.

Düşünce özgürlüğü, birey ve toplumun gelişmesinde taşıdığı önem itibariyle hem ulusal hukuk metinlerinde hem de uluslararası hukuk mekanizmaları aracılığı ile teminat altına alınmış, bireylere serbestçe ve baskıya uğramadan düşüncelerini ortaya koyma imkânı sağlayan ifade özgürlüğünün sahip olduğu geniş alan, belirli sınırlar koyma ihtiyacını da gündeme getirmiştir.

Nitekim AİHS de ifade özgürlüğünün, kullanımının ödev ve sorumlulukları da kapsamına aldığı anlayışı çerçevesinde, belli koşullarda sınırlamalara tabi tutulacağını öngörmüş, 10. Maddesinin ikinci fıkrası ile özgürlüklerin kullanılmasının, yasayla öngörülen bazı sınırlamalara tabi tutulabileceği esasını kabul etmiştir.

1982 Anayasası ile de ifade özgürlüğü sınırlı olarak düzenlenmiş, Anayasa 26/2. Maddesi ile AİHS’in 10/2 maddesine paralel olarak, ifade özgürlüğünün sınırlandırma sebeplerini hükme bağlanmıştır. Ancak Anayasadaki temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamalar, uluslararası sözleşmelere göre daha fazladır.

¹⁴⁰ Anayasa Uzlaşma Komisyonu Çalışmalarına İlişkin Sonuç Dokümanları, Komisyon Çalışması Neticesinde Oluşan Tam Metin, s. 8, TBMM, <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/calismalara-iliskin-belgeler> (s.e.t. 15.09.2023)

Darbe ürünü olarak halen yürürlükte olan 1982 Anayasasına yönelik, yeni bir anayasa ortaya koyma iradesi önemlidir ve genel konsensüs görmektedir. Yeni bir toplumsal sözleşme vasfı taşıyacak bir anayasanın, geniş bir toplumsal uzlaşma süreciyle ve demokratik yöntemlerle yapılması, yeni bir anayasa dizaynında önceliğin, haklar ve özgürlüklerin en üst düzeyde tanınmasına ve uygulanabilirliğine verilmesi önemlidir. Nitekim, yeni anayasa tartışmalarında, temel nitelikler ve içerik itibarıyla farklı talepler söz konusu ise de, hak ve özgürlükler temelinde benzer beklentilerin olması, devlet ve ideoloji eksenli bir Anayasa yerine, kişi ve hak temelli bir anayasa arzusunu göstermektedir.

Bu noktada, hukuk devletinin egemen olduğu bir normatif yapıda, özgürlükler ve hak sahibi bir birey olmak anlam kazanacağından, yeni bir anayasanın temel amacı da hukuk devletine tüm kurum ve kurallarıyla işlerlik kazandırmak olmalıdır. Anayasa ile sağlam temeller üzerinde kurgulanmış bir hukuk devletinde, temel hak ve hürriyetler, etkin ve kullanılabilir olacak ve kendilerine doğrudan koruma alanı bulacaktır.

KAYNAKÇA

Adadağ Ülgen Ö, “Anayasal Kazanımlar Bilançosu - 2012-2013 Anayasa Uzlaşma Komisyonu Deneyimi”, C. 6, S. 12, 2017, Anayasa Hukuku Dergisi, ss. 699-702.

Aliefendioğlu Y, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, C 19: 2002, AMD, ss. 178–214.

Anadolu Ajansı (2023). <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/-cumhurbaskani-erdogan-yeni-anayasayi-milletimize-kazandirana-kadarcalismayi-mucadeleyi-asla-birakmayacagiz/2990004> (s.e.t. 19.09.2023)

Anayasa Uzlaşma Komisyonu Çalışmalarına İlişkin Sonuç Dokümanları, Komisyon Çalışması Neticesinde Oluşan Tam Metin, TBMM, <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/calismalara-iliskin-belgeler> (s.e.t. 15.09.2023)

Arıkan C, “Yeni Bir Anayasa İçin Çalışmalara Başlangıçtan Başlamak”, S. 119, Ocak 2012, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, ss. 1-12.

Aslan Z, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Atar Y, “Türkiye'nin Hukuk Devleti Sorunu: Hukukun Evrensel Üstünlüğüne Karşı Devletin Anayasal Üstünlüğü”, Teorik ve Pratik Boyutları ile İfade Hürriyeti, Ed. B. Berat Özipek, LDT Yayınları, Ankara, 2003.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (s.e.t. 15.09.2023)

Bahçe A / Demir A, “Uluslararası Belgelerde İfade Özgürlüğü”, C. 1, S. 2, 2017, USB Dergisi, ss.18-48.

Barın T, Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi Uzlaşılan Maddeler ve Anayasa, Seta Yayınları, Sayı: 147, 2016.

Baş S, “Yeni Anayasa Gündeminin Anlamı Üzerine”, S. 35, 2022, TYB Akademi Dil Edebiyat ve Sosyal Bilimler Dergisi, ss 13 – 30.

Birol S, “1961 Anayasasında İfade Özgürlüğü”, S. 43, 2012, İÜİF Dergisi, ss. 39-54.

Bockel A, Türkiye'nin Zorlu Demokratik Anayasa Arayışı, C. 2, S. 4, 2013, Anayasa Hukuku Dergisi, ss. 16 – 47.

Can O, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?, Teorik ve Pratik Boyutları ile İfade Hürriyeti, Ed. B. Berat Özipek, LDT Yayınları, Ankara, 2003.

Caniklioğlu Dikmen M, “Yeni Bir Anayasa İçin/İçinde Haklar ve Özgürlükler”, C. 1, S. 1, 2012, Anayasa Hukuku Dergisi, ss. 233 - 258.

Ceylan A, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Basım ve Yayımlarında Hukuki Düzen (1839-1876)”, Sayı 1, 2006, THT Araştırmaları, ss. 139-155.

Ceylan A, “Tunuslu Islahatçılar ve Yeni Osmanlılar Hareketinde Anayasacılık”, , C. XIV, S. 1–2, 2010, EÜHFD, ss. 29-45.

Çebi S S, “İfade Özgürlüğü ve Yeni Anayasa”, C. 1, S. 1, 2013, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 125-147.

Doğan İ, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları. Ankara 2013.

Duran H, “İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, 14/1, 2006, SÜHF Dergisi, ss. 57-81.

Dutertre G, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2007.

Erdoğan M, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, Liberal Düşünce, Sayı: 24, 2001, Ankara.

Erdoğan S / Acar E, “Türkiye’de Yeni Anayasa Yapım Süreci ve TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu (2011-2013)”, 2016 Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 50, ss. 180-191.

Eroğlu İ, “1924 Anayasası Döneminde İnsan Haklarının Normatif Çerçevesi ve Uygulaması”, Sayı 14, 2010, Yasama Dergisi, ss. 79-157.

Fendoğlu H T, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, AY. Md 13”, C. 19, 2002, AMD, ss. 178-214.

Gözler K, Anayasa Hukukuna Giriş, 18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

Gözübüyük A Ş / Gölcüklü F, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. 2. Baskı. Turhan Kitabevi. Ankara, 1998.

Kabaoğlu İ Ö, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayınevi, 11. Baskı, İstanbul, 2016.

Kalabalık H, İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Kapani M, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1993.

Korkmaz Ö, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Kuçuradi I, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu, 2. Baskı, Ankara, 2001.

Küçük A, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.

Macovei M, İfade Özgürlüğü, AİHS’in 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2005.

Marcou J, “Anayasacılık ve Türkiye’de Anayasal Hareketler”, C.1, S. 1, 2012, Anayasa Hukuku Dergisi, ss. 1 – 50.

Meriç N / Korkmaz R, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ile İlgili Temel Mevzuat, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Mill J S, Hürriyet Üstüne, Çev. M. Osman Dostel, Sad. Ömer Çaha, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Miş N, “1982 Anayasasını Niçin ve Nasıl Değiştirmeliyiz?”, S. 55, 2021, Kriter Dergisi, <https://kriterdergi.com/siyaset/1982-anayasasini-nicin-ve-nasil-degistirmeliyiz> (s.e.t.: 19.09.2023)

Ökçesiz H, “Düşünce Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, <https://www.gercekedebiyat.com/haber-detay/dusunce-ozgurlugu-uzerine-dusunceler-hayrettin-okcesiz/1402>, (s.e.t. 15.9.2023)

Özbey Ö. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, C. 62, S. 1, Y. 1, 2013, AÜHFD, ss. 41-92.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

Sunay R, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT Yayınları, Ankara, 2001.

Sunay R, 1961-1982 Anayasaları Döneminde Anayasa Mahkemesinin İfade Hürriyeti Konusundaki Yaklaşımı ve İlgili Karar Özetleri, LDT Yayınları: Ankara, 2002.

Şahbaz İ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, S. 54, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 178-216.

Tezcan D vd., İnsan Hakları El Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Teziç E, Anayasa Hukuku, 20.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2019.

Uluşahin N, “Kutuplaşmış Bir Siyasal Sistemde Anayasa Yapmanın Güçlükleri ve Türkiye’de Yeni Bir Temel Oydaşmaya Ulaşmayı Sağlayacak Çözüm Yolları”, C. 3, S. 1, 2011, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, ss 19-28.

Ünal R, “Bireysel Başvuru Çerçevesinde İfade Özgürlüğü”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Kırıkkale, 2014.

Yayla A, “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”, Sayı 66, Bahar 2012, Liberal Düşünce, ss. 13-22.

Yüzbaşıoğlu N / Batum S, Anayasa Hukukunun Temelleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993.

Zabunoğlu H G, , Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

OSMANLI-TÜRK ANAYASAL GELİŞMELERİNDE SOSYAL POLİTİKA¹

Social Policy in Ottoman-Turkish Constitutional Developments

Mehmet YALIN*

Öz: Toplumların iktisadi, siyasi ve sosyal seyrine bağlı olarak gelişen sosyal politika, toplumsal talep ve hareketlenmelerin etkisiyle anayasal düzenlemelere konu olmaktadır. Anayasal düzenlemelerin sosyal politikanın hukuksal bir yapıya bürünmesinde başat rol oynaması aynı zamanda Türkiye'nin sosyal politika tarihine de etki etmiştir. Sosyal politikanın, en üst düzenleyici norm olan anayasa ile sabit bir normatif gerçekliğe sahip olması, sosyal politikanın kurumsallaşması anlamında önemli bir atılımdır. Bu bağlamda, sosyal politikanın kavramsal çerçevesinin çizilmesinde referans noktası olan, anayasal düzenlemelerin nasıl ortaya konduğu hususunda olası problemlerin varlığı bu çalışmanın odak noktasını oluşturmaktadır. Bu çalışmanın amacı, Osmanlı-Türk anayasa tarihi içerisindeki anayasal gelişmeler ve düzenlemeler dikkate alınarak sosyal politikanın tarihsel sürecinin gelişimini ve boyutlarını ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: anayasa, sosyal adalet, sosyal devlet, sosyal haklar, sosyal politika

Abstract: Social policy, which develops depending on the economic, political and social course of societies, is subject to constitutional regulations with the effect of social demands and movements. The fact that constitutional arrangements play a dominant role in the legalization of social policy has also affected Turkey's social policy history. The fact that social policy has a fixed normative reality with the constitution, which is the highest regulatory norm, is an important breakthrough in the institutionalization of social policy. In this context, the existence of possible problems about how the constitutional arrangements, which is the reference point in drawing the conceptual framework of social policy, are the focus of this study. The aim of this study is to reveal the development and dimensions of the historical process of social policy, taking into account the constitutional developments and regulations in the Ottoman-Turkish constitutional history.

Keywords: constitution, social justice, welfare state, social rights, social policy

¹ Bu çalışma, "Türkiye'de Sosyal Politikanın Anayasal Gelişimi" konulu tezden istifade edilerek hazırlanmıştır.

* Hâkim, Ankara İdare Mahkemesi, ab182343@gmail.com,

ORCID: 0000-0002-8461-9948.

Makale Geliş Tarihi: 07.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 17.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391692

GİRİŞ

Bu çalışma, sosyal politikanın Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerinde hangi anayasal ilke, hüküm ve haklar üzerinden nasıl konu olduğunu; dönemin siyasal, ekonomik ve sosyal dinamikleri bağlamında ele almayı amaçlamaktadır.

İnsan özü itibariyle bir şeyi sevmeye, koru-n-maya ve ona yardım etmeye meyillidir. İnsan diğer bir yönüyle de *iyi olanı tercih etmeye* ve sosyal olarak yaygınlaştırmaya eğilimlidir.² Kavram olarak sosyal politika ise korunmaya muhtaç insanların, sistem tarafından ezilmesini engellemek amacıyla modernizm ile ortaya çıkmış bir disiplindir. Ancak sosyal politikanın amacını ortaya koyan anlayış, İlk Çağ'dan bu yana kralların politikası, dinin emirleri, toplumun geleneği gibi hukuk ve ahlak kurallarında örtülü olarak bulunmaktaydı. Bu anlayışın olduğu devletlerde zayıfların korunmasına yönelik toplumsal örf ve adetlerin yanı sıra hukuki düzenlemeler de yapılarak toplumsal eşitsizliği gidermeye dönük çalışmalar yapılmıştır.³ Çünkü her devlet, halkın refah seviyesini artıracak ve sosyal adaletsizliği giderecek politikalar geliştirmeyi amaçlar. Bu anlayışın gelişmesinde kimi toplumlarda öncelikli olarak din etkenken kimi toplumlarda da kralın hukuki emirleri etkili olmuştur. Her ne kadar antik uygarlıklardan Çin, Mısır, Mezopotamya, Yunan ve İslam Medeniyetleri gibi sosyal politikaya ilişkin farklı ontolojik ve epistemolojik tecrübeler olsa da bugünkü anlamıyla sosyal politikanın doğuşu ve gelişimi Batı'nın kendi tarihi içerisinde bir disiplin haline gelmiştir.

Modernite olgusu, düşünsel olarak aydınlanma çağı, siyasi olarak Fransız ihtilali, ekonomik olarak da sanayi devrimi ile insanlık tarihini farklı bir anlam ve düzleme oturtmuştur. Modernitenin özellikle ekonomik sıçramasını temsil eden sanayi devrimiyle sermayenin karşısında emeğin zayıf kalması; yeni sosyal, siyasi, ekonomik ve hukuki süreçleri beraberinde getirmiştir. Bu gelişim, kapitalizmin oluşturduğu işveren-işçi ilişkisinde, güçlü tarafta olan işveren ile zayıf tarafta olan işçi arasındaki sosyal adaletsizliği devletin müdahalesiyle gidermeye yönelik önlemleri zorunlu kılmıştır.⁴

Sanayi devrimiyle birlikte hızla gelişen teknik, buluşlar ve özel teşebbüs serbestisiyle beraber, bir taraftan fabrika sayısı ve üretim miktarı artarken, diğer taraftan da doğal kaynak ihtiyacı arttı.⁵ Bu durum beraberinde işverenlerin işçi talebini de arttırmış oldu. Liberal anlayışı benimseyen kapitalizm, endüstrileşmenin ilk döneminde işçi-işveren ilişkisini; sözleşme serbestisine bağlı olarak işveren lehine, işçi aleyhine düzenlenme olanağına sahip hukuki düzen hakimdi. Hukuki zeminin

² Aristoteles, Nikomakhos'a Etik, Çev. Saffet Babür, 4.Baskı, BilgeSu Yayıncılık, Ankara, 2014, s.9.

³ S. Seymen Çebi, Sosyal Adalet: Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, 2012, ss.16-18.

⁴ Cahit Talas, Türkiye'nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1992, s.13.

⁵ Cahit Talas, Toplumsal Politika, 5.Baskı, İmge Yayınevi, İstanbul, 1995, ss.25-30.

kaygan ve esnek olması, çocuk ve kadın başta olmak üzere tüm işçi emeklerinin sömürülmesine sebep oldu.⁶ Bu eşik, bir disiplin olarak sosyal politikanın doğuşunu hazırladı. Devlet, emeğin sömürülmesi sonucunda ortaya çıkan sosyal sorunları engellemek için, sermaye-emek ilişkisine üçüncü bir taraf olarak katıldı. Devlet bu ilişkiye koruma, sınırlama ve denetleme yetkisiyle müdahale etmiştir.

Batı'nın feodal düzenden kapitalizme, kapitalizmden de sosyal refah devletine evrilen sürecinde; sermayeye karşı sosyal, ekonomik ve kültürel bakımdan güçsüz durumda olan sosyal grupların sorunlarına devletler, yasal-anayasal düzenlemeler üzerinden çözüm arayışına girmiştir.⁷ Bu bağlamda, sosyal politikanın yasal-anayasal düzenlemelerinden hareketle ülkelerin sosyal politikalara ilişkin gelişimini incelemek mümkündür.

Geleneksel bir anlayışa sahip Osmanlı İmparatorluğu'nun eklettik modernleşme süreci neticesinde sahip olduğu ekonomik, sosyal ve siyasal anlayış zemini üzerine kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, daha net tavrıda Avrupa eksenli modernleşme çizgisi devam etmiştir. Her ülkenin sosyal politika alanındaki gelişim seyrini anlamada, içinde bulunduğu tarihsel, ekonomik ve siyasal koşullar belirleyici olmaktadır.⁸ Türkiye'nin Batı Avrupa ülkeleri gibi bir sanayileşme öyküsü olmadığı gibi daha sonradan sanayileşmeyi başarabilen devletler gibi hızlı bir ivmesi de olmamıştır. Dolayısıyla tipik bir sanayileşme tecrübesi olmayan Türkiye'nin sermaye-emek ilişkisi bağlamında Batı Avrupa'da olduğu gibi, halk tabanından gelerek sosyal olguya dönüşen toplumsal sorunları önlemeye dönük ana-yasal müdahalesinin olmadığını söylemek mümkündür.

Toplumun, doğal seyri içerisinde kendi dinamikleriyle çözülemeyen sorunlar, devletlerin hukuki düzenlemeler yapmasını zorunlu kılmıştır. Toplumsal bir olguya dönüşen sosyal politika, ülkelerin kendi ekonomik, siyasal ve sosyal gelişimi içerisinde yasal-anayasal düzenlemelere konu olmuştur. Bu düzenlemeler, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan anayasada temel ilkeler, program hükümler, ekonomik ve sosyal haklar başlıkları altında ele alınması, normlar hiyerarşisindeki alt normlara esas teşkil etmiştir.⁹ Batı Avrupa'daki sanayileşmeyle sermayenin kontrolsüz büyümesi sonucunda dar anlamda işçi hakları merkezli ortaya çıkan sosyal politika, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sosyal devlet ve sosyal haklar eksenli geniş bir anlama bürünmüştür.¹⁰

Türkiye'nin sosyal politika alanındaki anayasal gelişmeleri, daha çok çağdaşlaşmayı ve dönemin ihtiyaçları gözetilerek ülkenin sosyal, siyasal ve ekonomik felsefesini ortaya koyan dar kadrolar tarafından inşa edilmiştir. Kurtuluşunu ve bağımsızlığını halktan alan Türkiye Cumhuriyeti'nin

⁶ Talas, 1995, s.23.

⁷ Alev Alatlı, Batıya Yön Veren Metinler, C.4, Kapadokya Meslek Yüksekokulu, 2010, ss.1488-1495.

⁸ Talas, 1992, s.33.

⁹ Bülent Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul, 1978, ss.191-195.

¹⁰ Meryem Koray, Sosyal Politika, 3.Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008, s.35

anayasal düzenlemeleri halkın her alanda kalkınmasına olanak sağlayacak şekilde Devlet yönetimini sürdüren kadrolar tarafından re'sen gözetilmiştir. Bu anlamda Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunda, Batı'da kurulan anayasal modern devletlerde olduğu gibi sermaye-emek çatışmasının sonucunda varılan bir uzlaşma yerine halkın gücü ve desteğiyle uluslararası sömürgecilğe karşı duruş, bulunmaktadır. Bu nedenle Türkiye'nin sosyal politika alanındaki gelişiminin kendine özgü yapısı bulunmaktadır. Bu bakımdan kuruluş felsefesi itibariyle sosyal nitelik taşıyan Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal politikanın gelişiminde ve şekillenmesinde çıkarılan anayasalarının önemli katkısı olmuştur.

I. GENEL HATLARIYLA SOSYAL POLİTİKA

A. SOSYAL POLİTİKANIN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

Sosyal politikanın doğuşunu daha iyi anlamak için, doğuşuna tanıklık eden dönemin birey, toplum ve devlet dahil her alanı etkileyen temel felsefesine kısaca değinmek gerekir. Sanayi devriminin; siyasi, ahlaki, iktisadi ve hukuki zeminini şekillendiren temel felsefe liberalizmdir. Kelime anlamı itibariyle de özgürlüğü ifade eden liberalizm, kişi hak ve özgürlükleri, siyasi ve hukuki eşitlik, özel mülkiyet ve piyasanın serbestliği gibi alanları kuşatan bir ideolojidir.¹¹ Liberal ekonomik ideoloji ise Adam Smith tarafından ortaya atılan klasik liberalizm akımıdır. Liberalizm anlayışı, devlet müdahalesinden uzak bir piyasa ve pazar anlayışı içerisinde *“birakınız yapınlar, bırakınız geçsinler”* felsefesini savunmaktadır.¹² Liberal ekonomi, devletin müdahil olmadığı piyasanın, kendi içindeki arz, talep ve fiyat dengesinin serbest piyasa içerisinde bulunacağını savunmaktadır. Bu yaklaşım, serbest piyasa içerisinde geniş özgürlüğe sahip ve devlet müdahalesinden uzak burjuvazinin zenginleşmesine imkân tanıdı.

Sanayi devriminin dayandığı hukuk felsefesi anlayışı da temel felsefesini liberalizmden alan doğal hukuk teorisine dayanmaktadır. Burjuvazi, kendi amaçlarına uygun bir zemin sunan ekonomik anlayışa hizmet eden liberal hukuk teorisini güçlendirme hususunda devleti desteklemiştir. Doğal hukuk/hak teorisi, John Locke'un öncülük ettiği ve kimsenin kimseye kulluk etmediği doğal hak söylemini savunmaktadır.¹³ Burjuvazi bu hukuk anlayışını kralla birlikte feodalite anlayışına karşı savunarak kendi konumunu hem krala hem de halka karşı ilk planda garanti altına almıştır.

Sanayi devrimi adı verilen gelişme, öncelikle pamuk ile buharın buluşması, ardından bunlara elektrik ve gazın dahil olmasıyla birlikte makinalı seri üretim biçimi ile ilk kez İngiltere'de meydana geldi.¹⁴ Ardından

¹¹ Ahmet Cevizci, Felsefe Sözlüğü, Say Yayınları, İstanbul, 2017, ss.1225-1227.

¹² Abdurrahman İlhan Oral/Yener Şişman, Sosyal Politika I, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2018, s.34.

¹³ Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 12.Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, ss.185-186.

¹⁴ Oral/Şişman, ss.33-34.; Ömer Zühtü Altan, Sosyal Politika, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2007, ss.46-47.

diğer Avrupa ülkelerinde ve dünyada hızla varlık gösterdi. Doğa, insan ve hayvanın kas gücü ve bu güce bağlı olarak geliştirilen mekanik teknik araçlarla yapılan üretim sınırlı kapasitedeyken *makine ile buharın evlenmesiyle* üretimde bir devrim yaşandı.¹⁵

Sanayileşmenin yaygınlaşmasıyla birlikte kırsal bölgelerden fabrikaların olduğu kentlere yoğun göçler başlamış ve fabrikalarda çalışmak isteyen işçi arzı giderek artmıştır. Kırsal küçük yerleşim yerlerinde hayvancılık, tarım veya küçük işletmelerde çalışanlar zamanla fabrikalara geçerek vasıflı-vasıfsız işçi statüsünde çalışmaya devam etmiştir.¹⁶ Kentlerde, köyden göçlerle birlikte işçi arzının artmasıyla beraber işverenler, fabrika üretim maliyetini azaltmak ve üretimi olabildiğince artırmak için işçileri zor koşullar altında uzun süreli olarak çalıştırdı. Ayrıca burjuvazinin kendi içindeki sermaye biriktirme yarışı, fabrika sahiplerinin daha çok üretim ve sermaye için işçiler üzerindeki baskısını artırdı.

Burjuvazinin işçilere karşı güttüğü bu politikalar toplumsal çatışmaları, sorunları, işsizliği ve sefaleti meydana getirmiştir. Bu bağlamda işçiler kendi haklarını savunmak için doğal girişimlerde bulunmuşlardır. İşçilerin mücadelesinin zamanla toplum tarafından da destek görmesi, merkezi otoriteyi ve burjuvaziye tedirgin etmiştir.¹⁷ İşçiler ile işverenler arasında meydana gelen bu gerginlikler ve olaylar zaman içerisinde sosyal bir olguya dönüştüğünden işçiler kendi aralarında birliği sağlamak ve adaletsizlikler hususunda farkındalık oluşturmak maksadıyla örgütlendiler. İşçi dayanışmaları ve meslek birliklerinin örgütlenmeleri zaman içerisinde hukuki meşruiyetini kazanarak bu örgütlenmeler ve eylemler işçilerin sendikal hakları arasında kabul edilmiştir.¹⁸ Ayrıca İngiltere’de başlayan işçi örgütlenmeleri ve faaliyetleri doğurduğu sonuçlarla uluslararası alanda etki uyandırarak evrensel işçi haklarının doğuşuna vesile olmuştur.

İngiltere’deki işçi hareketleri sonucundaki ilk kazanımlar yasal düzenlemelere konu olmuştur.¹⁹ İşçilerin bu mücadeleleri sonucunda ilk kez asgari ücret, hafta sonu tatili, günlük sekiz saat çalışma ve çocuk işçiliğinin kaldırılması gibi çalışma hakkı bir çerçeveye oturtulmuştur. Devlet ile burjuvazinin, işçi eylemleri ve talepleri hakkında bir uzlaşma sağlayarak sosyal adaletsizliği gidermeye dönük tedbirler alması sosyal politikanın doğuşunu beraberinde getirmiştir.

B. SOSYAL POLİTİKANIN ANLAMLI

Sanayi devrimi ile adil olmayan koşullarda işverenlere karşı işçilerin mücadelesi ve iş birliği neticesinde adil ücret, çalışma şartlarının

¹⁵ Koray, s.53-54.

¹⁶ Oral ve Şişman, ss.36-37; Altan, ss.32-33.

¹⁷ Altan, ss.43-44.; Koray, s.85

¹⁸ Altan, s.38

¹⁹ Alatlı, ss.1489-1490.

iyileştirilmesi ve tatil hakkı gibi sınırlı olarak elde edilen haklar dar anlamda sosyal politikanın doğuşunu hazırladı.²⁰

Dar anlamda sosyal politika, emek ve sermaye arasındaki çatışmayı azaltarak işçi sınıfının temel sorunlarına yönelik bir politikadır. Bu anlamda sosyal politika bu sorunlara çözüm üretmek için iki araç kullanmıştır.²¹ Birincisi yasalar çıkarılmasını sağlamaktır. İkincisi ise işçilerin kendi haklarını savunması için örgütlenme hakkını aktif ve etkin olarak kullanmasına yardımcı olmaktır. Bu durumda dar anlamda sosyal politika, toplumda belirli sınıfların içinde bulunduğu sosyal adaletsizliği gidermeye dönük devlet faaliyetlerini kapsayıp herkese veya toplumun diğer sınıflarına yönelik değildir. Dar anlamıyla sosyal politika Wagner tarafından, “*devletin işçileri korumak için aldığı tedbirler*” olarak tanımlanmaktadır.²²

Birinci dünya savaşıyla birlikte dar anlamda sosyal politika anlayışı kapsamında işçiler için sosyal güvenlik hakkı tam bir işlerlik kazanırken savaşın etkisiyle birlikte sosyal politikanın işçi sınıfı dışındaki sınıfları da kapsayacak tedbirleri ve faaliyetlerde bulunması gerektiği kanaati dünyada yaygınlaşmaya başlamıştır.²³ İkinci dünya savaşı ile birlikte dar anlamda sosyal politika kavramı, savaş sonrası dünyaya egemen olan sosyal demokrasi, sosyal devlet ve sosyal hukuk ilkesi gibi siyasal ana-yasal gelişmelerle birlikte genişlemiştir. Sosyal demokrasi ve sosyal hukuk devleti anlayışı başta Almanya olmak üzere Batı Avrupa ülkelerinde kurumsal anlamda gelişme göstererek ülke anayasalarında da yer almıştır.²⁴ Ayrıca çoğu ülke sosyal devlet ilkesinin bir parçası olarak sosyal haklara ilişkin anayasal, yasal düzenlemeler yapmıştır. Bu yönüyle sosyal politika, toplumun belirli sınıfı ile sermaye arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir kurum olmanın yanı sıra toplumun diğer sınıflarını da kapsayan birçok ekonomik, sosyal ve kültürel hakların devlet tarafından sağlanmasına yönelik politikalar bütünü olmuştur.

Laubier geniş anlamıyla sosyal politikayı, “*belli bir dönemde bir ülkenin ekonomik ve sosyal olanakları dahilinde maddi ve kültürel yaşam koşullarının değiştirilmesi ve düzelmesi amacıyla ulusal düzeyde alınan önlemler bütünü*” olarak tanımlamaktadır.²⁵ Tokol tarafından geniş anlamda sosyal politika, “*ekonomik bakımdan bağımlı ve güçsüz insanların korunması için devlet tarafından oluşturulan bir dizi önlemin güvence altına alınan kimi hak ve özgürlüklerin adıdır.*” şeklinde tanımlamaktadır.²⁶ Talas tarafından ise geniş anlamda sosyal politika, “*amacı sosyal adâlet olan, ekonomi biliminin tarafsız işleyen yasalarını düzeltici ve kapitalist toplum düzeni içinde sınıf savaşmalarının*

²⁰ Koray, s.33

²¹ Talas, 1992, s.14.

²² İhsan Erkul, Sosyal Politika Dersleri, C.1, 2.Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1988, s.14.

²³ Koray, s.34.

²⁴ Tanör, 1978, ss.70-71.

²⁵ Meryem Koray/Alper Topçuoğlu, Sosyal Politika, Ezgi Kitabevi, Bursa, 1995, s.2.

²⁶ Aysen Tokol, Sosyal Politika, Uludağ Üniversitesi Güçlendirme Vakfı, Bursa, 1997, s.1.

nedenlerini gidermeye dönük önlemler ve politikalar öngören, oluşturan bir denge, uyum ve barış bilimi” olarak tanımlanmaktadır.²⁷

Yukarıda sosyal politikanın geniş anlamına ilişkin tanım ve açıklamaları da göz önünde bulundurarak geniş anlamda sosyal politika; sanayi devrimiyle birlikte ülkelerin güçlenmek adına hem ülke içinde hem de uluslararası düzeyde girdikleri sermaye yarışının sonucunda meydana gelen savaş ve krizler neticesinde evrensel olarak herkesin asgari şartlar içinde insan onuruna uygun yaşamasını sağlamaya dönük uluslararası ve ulusal hukuk belgelerinde sosyal adalet, sosyal hukuk devleti, sosyal haklar ve diğer tedbirler ile devletlerin temel politika anlayışını şekillendiren bir bilim dalıdır. Geniş anlamıyla sosyal politika; işçi hakları, sosyal güvenlik, eğitim, sağlık, konut, çevre, aile, çocuk ve kadın gibi insanın refah içinde yaşamasını sağlayacak her alana dokunmaktadır.

C. TÜRKİYE’DE SOSYAL POLİTİKANIN OLUŞUMU

Osmanlı’da sosyal politika uygulamaları, daha çok dini kurumlar, vakıflar ve yardımlaşma kültürü ile merkezi kurumsal yapıdan uzak bir biçimde yerine getirilmiştir.²⁸ Osmanlı şer’i ve örfi hukuk sistemini din ve kültür şekillendirmiştir. Bu bakımdan din hukukun temel kaynağı olmuştur. Osmanlı’da İslam hukukundan kaynaklanan zekat, fitre, adak, kurban, kefare, sadaka ve bağış gibi din eksenli yardımlaşmayı esas alan sosyal devlet uygulamaları çok yaygındı.

Osmanlı’da Batı’da olduğu gibi feodalite düzeninden başlayıp sanayi devrimi ve sonrasına kadarki sürece benzer siyasal, sosyal ve ekonomik çok yönlü sınıf mücadelesi yaşanmamıştır.²⁹ Osmanlı’daki gelişmeler daha çok merkezi otorite, asker ve bürokrasi sınıfının önerileriyle gelişmiştir. Dolayısıyla Osmanlı’da özellikle Tanzimat dönemine kadar İslam Hukuku eksenli bir sosyal devlet anlayışı ve sosyal yardımlaşmanın kurumsal izleri yaşanmış, Tanzimat Dönemiyle birlikte Batı’daki gelişmelere benzer siyasal, sosyal ve ekonomik gelişmeler olmuştur. Sonuç olarak Osmanlı döneminde gerek sanayi atılımı gerek de sosyal demokratik gelişimlerin sınırlılığı söz konusudur. Dolayısıyla modern anlamda Osmanlı son dönemindeki küçük çaplı gelişmeler dışında sosyal politikanın gelişimi için koşullar tam olgunlaşmamıştır.

Osmanlı son döneminden Cumhuriyet dönemi Türkiye’sine gelindiğinde siyasal, sosyal, ekonomik ve hukuki bakımdan yeni bir devlet karşımıza çıkmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti, Osmanlı Devleti’nin sahip olduğu gelişmemiş sanayi mirası üzerine kurulmuştur.³⁰ Türkiye

²⁷ Talas, 1992, s.19.

²⁸ Alim Tetik/Adem Korkmaz, "Osmanlı Döneminde Sosyal Politika Uygulamaları", S.27, C.3, 2022, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss.423-443.

²⁹ Koray, s.151.

³⁰ Serpil Kahraman/Gizem Şişmanoğlu, "Osmanlı İmparatorluğu’ndan Türkiye Cumhuriyeti’ne Devralınan İktisadi Yapı", S.2, 2019, Uluslararası Sosyal Bilimler Akademi Dergisi, ss.40-52.

Cumhuriyeti Osmanlı'dan ayrı olarak kendi hedeflerini net bir şekilde ortaya koymuştur. Cumhuriyet dönemi devrimleri ve yenilikleri Batlaşmayı ve aydınlanmayı esas alan bir anlayışla daha çok asker, aydın ve üst yönetim tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu bakımdan Cumhuriyet döneminde sosyal politika eksenli gelişmeler ilk başlarda daha çok devletçi bir anlayışla daha dar kapsamlı yasal düzenlemelerle, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise daha geniş çerçeveli anayasal ve yasal düzenlemelerle gerçekleşmiştir.³¹

Cumhuriyet ilan edilmeden önce özel teşebbüsün ve yatırımın önünü açacak bir politika anlayışına sahip 4 Mart 1923 tarihinde İzmir'de Türkiye İktisat Kongresi yapılmıştır. Liberal anlayışı desteklemek için çıkarılan Teşviki Sanayi Kanunu ve Gümrük Tarife Kanunu ve diğer politikalar ciddi anlamda özel sermayenin hareketliliğini sağlayacak zemin bulamamıştır.³² Bu nedenle Cumhuriyet'in ilk döneminde daha çok devletçilik ilkesi hâkim olmuştur. Cumhuriyet kurulduktan sonra ilan edilen 1924 Anayasası sosyal politikalara dönük açık bir düzenleme içermemekteydi. İkinci dünya savaşından sonra 1961 Anayasası ile ilk kez sosyal politika alanına dönük çok önemli hükümler yer almıştır. 1961 Anayasası'nda sosyal politikaların boyutlarına ilişkin temel ilke ve kavramlar, sosyal haklar ve diğer hükümler belirli sınırlandırmalarla 1982 Anayasası'nda da yer almıştır.

Sonuç olarak, Cumhuriyet döneminde sosyal politika alanında Avrupa ülkeleri yakından takip edilerek kanunlaştırma ve reform çalışmaları yapılmıştır. Sosyal politika alanına ilişkin bu ülkelerin kurumsal ve yasal altyapıları, Türkiye'ye büyük oranda kazandırılmış olsa da tam anlamıyla bu ülkelerin tecrübe ettiği sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmeler, geniş halk kitleleri ve sınıflarını kapsayacak bir şekilde Türkiye'de yaşanmamıştır.

II. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. SOSYAL POLİTİKANIN ANAYASALARDA KAVRAMSAL GÖRÜNÜMÜ

1. Sosyal Adalet

Genel anlamda adâlet kavramının şemsiyesi altında bulunan ve bir tür adâlet olan sosyal adâletin tanımında da tam bir mutabakat yoktur. Sosyal adâlet bir anlamıyla toplumun kültür, ekonomi, hukuk ve yaşam gibi fenomenlerden hareketle üretilen bir değer sistemidir.³³ Bu kapsamda sosyal adâlete ilişkin kuram ve yaklaşımlar ahlaktan beslenmektedir.³⁴ Sosyal adâlet, klasik adâletin soyut ve çok katmanlı anlamlarına nazaran daha çok uygulamaya dönüktür. İnsan, bir kavramı anlamaya çalışırken öncelikli olarak onu somut örneklerine bakar. Adâlet kavramına sosyal nitelemesi

³¹ Koray, s.163.

³² Koray, s.167.

³³ Çebi, s.15.

³⁴ Çebi, s.16.

eklenince sosyal kelimesi, siyasal, ekonomik, kültürel ve diğer toplumsal dinamiklerin içinde somut olarak yer aldığı için kavram daha kolay anlaşılacaktır.

Bir an için insanların avcı ve toplayıcı olduğu bir çağı düşünelim. Avcı ve toplayıcı olan iki insan yaşıyormuş. Bu iki avcı insan doğada bir gün ava çıkmış, avcılardan biri diğer avcının avladığı avını almış. Avı alınan avcı diğer avcıya, yaptığının hoş olmadığını(etik), yaptığının suç olduğunu (hukuk), yaptığının günah olduğunu (din) veya yaptığının hiç adil olmadığını söyleyerek bu savlarla avının geri verilmesini isteyebilir. Bu örneğe göre avcı, kendisine yapılan karşı şikayet edeceği bir merci yoksa veya bunların örf, adet ve gelenekleri olan bir cemiyet hayatı içinde değilse ileri savlar sosyal adâletin kapsamından ziyade klasik anlamda adâlete ilişkindir. Bu bağlamda, klasik anlamda adâlet, insanın olduğu her yerde gündeme getirilecek bir fenomen iken sosyal adâlet toprak ve insan unsurunu barındıran ilkel veya gelişmiş bir devletin olduğu zeminde dile getirilecektir. Dolayısıyla sosyal adâlet kavramını devletin olduğu Antik Mezopotamya, Antik Çin, Antik Yunan ve Antik Yunan uygarlıklarında da olduğu ifade edilmektedir.³⁵

Kavramsal bir fenomen olarak sosyal adâlet, felsefi-bilimsel var oluşunu gerçek anlamıyla modernitenin etkisiyle gelişen liberalizm anlayışının doğurduğu sanayi devrimiyle “açık veya gizli olarak toplumsal eşitlik anlayışı ve arayışıyla” ortaya koymuştur.³⁶ Adâlete ilişkin eşitlik ilkesi kaynağını Aristoteles'ten alır.³⁷ Özellikle İngiltere ve Batı Avrupa'nın feodalizmden kapitalizme geçişinde yeni zenginlik ve ticaret yollarını keşfetmesiyle birlikte gelen sanayi devrimi, nüfus artışı, işçi sınıfları ve kentleşmeyi beraberinde getirmiştir.

Doğal adâlet kuramına göre insana tanınan negatif statü haklarına göre devlet sadece güvenlik, savunma ve adâlete dair aktif rol almaktaydı. Bu yaklaşıma göre kişiler kendi özgürlük ölçüsünde elde ettikleri ile yetinmek zorundaydı. Bunun dışında devletin insanlara sağladığı sosyal imkânlar yoktu. Ancak doğal adâlet anlayışına göre kapitalizmin gücü karşında kadın, çocuk ve yaşlıların da olduğu işçi sınıfı ezilmekteydi. Sanayi devrimi bir yandan Avrupa ülkelerinde hızlı bir zenginleşme ile azınlık burjuvazi sınıfını mutlu ederken, diğer sınıflar ciddi düzeyde yoksulluk, barınma, sağlık, eğitim vb. sorunlarla boğuşmaktaydı. Bu koşullar altında devletin aktif rol alarak müdahale yapmaması ve sosyal politikalar geliştirmemesi sosyal adaletsizliğe sebep olmuştu. Sosyal adaletsizliğe karşı siyasal ve kuramsal tepkiler zamanla büyüdü. Bu tepkiler ışığında sosyal demokrasi, sosyal devlet ve sosyal politika gibi ilkeler Batı Avrupa ülkeleri tarafından tartışılmaya ve benimsenmeye başlandı.

Sosyal adâlete ilişkin birçok tanım yapılmaktadır.³⁸ Adâlet kavramının düşünce tarihinde kazandığı anlam ve boyutlar, modernite, feodalizmden

³⁵ Çebi, ss.17-19.

³⁶ Çebi, s.17.

³⁷ Aristoteles, ss.109-111.

³⁸ Onur Sunal, “Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme”, S.3, C.66, 2011, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss.285-286.

kapitalizme geçiş, doğal haklar, sosyal haklar ve sosyal politikalar gibi olgulara ilişkin yapılan açıklamalar bağlamında sosyal adâlete ilişkin şöyle bir tarif yapabiliriz. Sosyal adâlet, kişi hakları, siyasi haklar çerçevesinde serbest piyasa koşulları altında sermayenin gücüne karşı ezilen insanlara, devlet müdahalesi ve aracılığıyla burjuvazinin elde ettiği zenginliğin, meşru hukuk zemininde onurlu insan yaşamı ve haklarını erişebileceği uygun araçlarla sağlanmasıdır.

Sosyal adâlet bir bakıma, devletin desteği ile zenginleşen burjuvaziye devlet eliyle diyet ödettirilmesi olarak da tarif edilebilir. Bu anlayışa sahip kuramlara liberal devletler karşı çıkmaktadır. Sosyal politika aracıyla insanlara devletin destek sağlamanın bağımsız insanlara karşı bir bağımlı insan kitlelerini oluşturduğunu savunmaktadır.

Sosyal politika, sosyal adâlete hizmet eden bir araçtır. Sosyal devletler, toplumda sosyal adâlet ve eşitliği sağlamak için somut üretim yapacağı aracı sosyal politikalarıdır. Bir anlamda adâlet eşitlik üzerinden kavramsallaştırıldığında, sosyal politika da sosyal adâletin bir fonksiyonu olarak tanımlandığında, eşitlik ve adâlet sosyal politikanın merkezine yerleştirilmiş olmaktadır.³⁹ Bu bağlamda sosyal adâlet, ahlaki bir zemine bağlı olan klasik anlamdaki adâletin ahlakilik gayesini daha geniş ölçüde sağlanmasına ve adâletin daha somut fenomenler üzerinden sunulmasına katkı sağlamıştır.

2. Sosyal Devlet

Sanayi devrimi toplumunda liberalizm hukuk anlayışı çerçevesinde işçi-işveren ilişkisinde işçi, ağır şartlar altında, uzun süreli ve küçük ücretlerle çalışmak zorunda kaldı. Zaman içerisinde işçilerin tepki göstermesiyle gelişen işçi hareketleri toplumda geniş bir yayılım gösterdi.⁴⁰ Bu durum başta İngiltere’de olmak üzere yukarıdaki gelişmeleri yaşayan devletlerde ekonomik ve sosyal sorunların büyümesine neden olmuştur. Bu sorunlara karşı toplumlardaki siyasal ve sosyal mücadeleler sonucunda liberal devlet anlayışı, bu sorunlara çözüm üretmeye çalışan sosyal devlet olma yolunda önemli adımlar atmaya başlamış oldu.⁴¹ Kapitalizm ile ekonomik zenginliği artan devletler halkın sosyal, ekonomik sorunlarını gidermeye yönelik politikaları artırmaya başladı. Böylelikle vatandaşlara liberal hukuk bağlamında eşit bakan ve eşitsizlikleri doğal gören devletler, sosyoekonomik eşitsizlikleri gidermek için aktif rol almaya başlıyordu.⁴² Sosyal devletin kurumsal olarak başlangıç noktaları ise, İngiltere’de çıkarılan yoksulluk yasaları ile Bismarck tarafından Almanya’da 1883-1889 yılları arasında çıkarılan sosyal sigorta yasalarıdır.⁴³

³⁹ Sunal, s.302.

⁴⁰ Oral/Şişman, ss.38-39.

⁴¹ Koray, s.81.

⁴² Koray, s.82.

⁴³ Hasan Yılmaz/Alpcan Acar, “Sosyal Devlet Olabilmenin Anahtarı: Sosyal Politikalar Geliştirebilmek”, S.37, C.17, 2021, Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, ss.4738-4759.

Sosyal devlet anlayışını güçlendiren önemli tarihi kırılımlardan bir tanesi de 1929 Dünya Ekonomik Buhranı'dır. Ekonomik buhranla birlikte liberalizme dayalı devlet müdahalesinin olmadığı serbest piyasa anlayışının terk edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Keynesyen yaklaşım, piyasanın kendi başına tam istihdam ve fiyat dengesinin oluşturamayacağını, bunun için devletin piyasaya ekonomik müdahalesinin olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴⁴ Keynesyen ekonomik model İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ilerleme gösterdi ve gelişmekte olan ülkelerde yaygın olarak kullanılmaya başlandı ve böylelikle devletin piyasaya ekonomik müdahalesi de artmış oldu. Bununla beraber devletlerin kamu harcamaları da artmaya başladı.⁴⁵ Böylelikle, devlet kapitalizmin büyüüp ekonomik sosyal sorunların artmasıyla birlikte, sermaye-emek arasındaki arabulucu rolünü daha geniş halk kitlesine dönük olarak ve sosyal devlet anlayışı ile kurumsal olarak sürdürmeye başlamış oldu.

1929 Ekonomik Buhranı sonrası güçlenen Keynesyen ekonomik yaklaşıma göre devletin piyasaya müdahale imkanına sahip olması ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında sivil ve sosyal demokrasinin güçlenmesiyle birlikte sosyal devlet ilkesi güçlenmiştir. Gelişmiş ülkelerde bu alanda meydana gelen gelişmeler, gelişmekte olan ülkeleri de yakından etkilemiştir. Özellikle savaş sonrasında İtalya, Almanya ve Fransa'da yapılan anayasal düzenlemelerde sosyal hukuk devleti düzenlemesine yer verilmiştir.⁴⁶ Avrupa devletlerinin anayasalarında yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi yeni bir hukuki statü kazanarak Türkiye'nin de dahil olduğu 1960-1970 dönemi dünyasında artan bir yaygınlık gösterdi.⁴⁷

Sosyal devlet, insanlığın sosyal, siyasal ve ekonomik alanlara ilişkin yaşadığı tarihsel zorluklara bir çare olarak insanlığın geliştirdiği bir araçtır. Burjuvazi, sanayileşmeyle birlikte işçi sınıfının ve siyasal düşünce akımlarının tepkilerine karşı kendi düzenini devam ettirecek şekilde belli oranda diyet ödemeyi kabul etti. Devletler bu zenginleşmeyi de yok sayacak konumda değildi. Devlet için ülkesinin zenginliği aynı zamanda kendi gücünün de bir göstergesiydi. Bu anlamda, burjuvazi, daha kapsamlı değişikliklerin yapılmasını, hatta sosyalizmden korktuğu için bu ara formüle razı oldu.⁴⁸ Bunların dışında sosyal devlete ilişkin "*kişinin kendini ezen bütün baskılardan kurtulması*", "*gerçek bir özgürlük sahibi kılınması*", "*toplumda sosyal çelişkilerin giderilmesi*", "*sınıflar arası bir dengenin kurulması*" gibi çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır.⁴⁹ Ayrıca sosyal devlet, devletin müdahalesinin en az seviyede olduğu liberal devletten veya devletin daha sert müdahalesinin olduğu *jandarma devletten* ayrı olarak, bireyin ve toplumun ekonomik, sosyal ve

⁴⁴ Koray, s.82.

⁴⁵ Koray, s.83.

⁴⁶ Nihat Bulut, "Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı", (<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/N.Bulut-2.pdf>, s.329).

⁴⁷ A. Aslı Şimşek, "Sosyal Devlet İlkesinin Hukuki Değeri", Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, s.15.

⁴⁸ Tanör, 1978, s.108.

⁴⁹ Tanör, 1978 s.107.

kültürel imkanlarını güçlendirmeyi ve sosyal eşitsizliği gidererek sosyal adaleti sağlamaya amaçlayan korumacı bir devlet modellemesidir.⁵⁰

Sosyal devlet ile sosyalist devlet kavramları da birbirinden ayrı şeylerdir. Bu ikisi kavram olarak karıştırılabilmektedir. Sosyalist devlet, felsefesini Karl Marx'dan alan liberal toplum denilen toplumlarda özgürlük yerine *proletarya diktatörlüğü*nün olduğunu iddia eden bireyin özgürlüğü yerine toplumun özgürlüğünü savunan antikapitalist bir yönetim modellemesidir.⁵¹

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle sosyal devletin; serbest piyasa koşullarında hızlı bir ivme ile zenginleşen kapitalizmin getirdiği kentleşme, sınıf mücadelesi, güçlenen demokrasiyle birlikte devletin aktif rolünün olmadığı temel hak ve hürriyetlerle sosyoekonomik bakımdan zayıf konumda kalan halk kitlesinin sermaye karşısında ezilmesini engellemek için devletin piyasaya müdahalesi ve halkın sosyal refahını güçlendirmesine dönük girişimler ve sosyal adaleti sağlamaya dönük kurumsal atılımları olarak tarif ve tanımını yapabiliriz. Daha kısa haliyle sosyal devlet, liberal devlet ile sosyalist devlet arasında bir köprüdür.

Sosyal devlet, sosyal adaleti gerçekleştirme yolunda halkın klasik hak ve hürriyetlerinin yanı sıra, insanca yaşamasına sağlamaya dönük sağlık, eğitim, barınma, adil çalışma koşulları, sosyal güvenlik sistemi gibi benzer sosyoekonomik alanlara dönük politikalar geliştirmeyi hedeflemektedir. Bu bakımdan sosyal devlet sosyal hakların etkin kullanılmasında ve sosyal politikaların uygulamada aktiflik kazanmasında çok önemli bir role sahiptir. Sosyal devlet, bir taraftan bir ülkenin vizyon ve misyonu diğer taraftan da devletin sosyal haklar ve sosyal politikalar ile uygulamaya koyduklarıyla da bir ölçüt aracıdır. Bir ülkede sosyal devlet soyut bir hedef olmanın yanı sıra somut bir uygulama ile kendini göstermiş olacaktır.

Sosyal devlet ilkesini benimseyen devlet, aynı ve nakdi yardımların dışında daha kalıcı ve sürdürülebilir sosyal politikalar geliştirmelidir. Bu anlayışı savunan devletler böylelikle, ideal olarak sosyal adaleti tesis etme yolunda popülist anlayışla bu politikaları gütmek yerine toplumsal eşitsizliği azaltacak sosyal politikalarla sosyal devlet olmanın gereğini yerine getirmiş olacaktır.⁵²

Sosyal devlet olmanın gereklerini yerine getirmek isteyen bir devlet, toplumsal düzeyde gelir eşitsizliği başta olmak üzere diğer sosyoekonomik adaletsizlikleri kapatmaya dönük olarak bu desteğe muhtaç kişi, grup ve kurumları desteklemek durumundadır. Dolayısıyla sosyal devlet ile sosyal politikaları birbirini tamamlayan ve destekleyen *mutualist* bir ilişki olarak değerlendirilmek mümkündür.

⁵⁰ Ö. İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019 ss.104-105.

⁵¹ Kaboğlu, 2019, ss.100-101.

⁵² Yılmaz/Acar, s.4754.

3. Sosyal Haklar

a. Doğuşu ve Gelişimi

Sanayi devrimi ile gelişen kapitalizm toplumsal yapı içerisindeki katmanları ve yarılmaları artırmıştır. İşçi sınıfının ağır koşullar altında düşük ücretle çalışması işçilerin ekonomik ve sosyal sorunlarını iyice artırmıştır. Burjuvazinin, feodalizme karşı gücüne sarıldığı liberal hukuk anlayışı, sözleşme serbestisi, girişim hakkı gibi savlarla işçilere karşı kullanılmıştır.⁵³ Bu bakımdan liberal hukuk anlayışının esnek yorumlanabilir ilkeleri halka karşı silah olarak kullanıldı. Bu anlayış ve koşullar altında, kapitalizm insanların emeğini ve onurlu yaşama hakkını tehdit altına aldı. Bu durumda sınıfların sisteme ve devlete tepkisi neticesinde yeni hak ve hürriyetler ortaya çıktı.

İşçi sınıf ve diğer emekçiler, işveren burjuvaziye ve devlete karşı siyasi, ekonomik ve sosyal taleplerini dile getirmek için şartların hukuki zemininin karşı çıkmasına rağmen bir araya geldiler. Bu sınıflar temsil ettikleri kitlenin ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarını ve taleplerini dile getirmek, siyaseten kendilerini meşru bir zemine koymak için öncelikli olarak siyasal hakları elde etmeleri gerekiyordu.⁵⁴ Siyasi haklardan seçme ve seçilme, siyasi örgütlenme ve sendikal hakları elde etmek için uğraştılar. Kapitalizmin içine ittiği ezici düşünce ve uygulamalara karşı işçi sınıfının kendini savunma mekanizması olarak kullanacağı sosyalist düşünceyi de geliştirmiştir. Kapitalist ve sosyalist düşüncelerin çatışmasında devletin meşru müdahalesi ile ara yol bulunmaya çalışılmıştır.

Sanayi devriminin ortaya koyduğu sosyal, siyasal ve ekonomik sonuçlara yönelik tepkiler yapılan ana-yasal düzenlemelerde sosyal hakların yer almasına katkı sağladı.⁵⁵ İngiltere ve Batı Avrupa merkezli bu sosyal haklar dalgalanmasına Fransa, İngiltere ve Almanya öncülük etti. 1929 Dünya Ekonomik Buhranı, İkinci Dünya Savaşı ve demokratik gelişmeler sonucunda sadece azınlığın menfaatine ve mutluluğuna hizmet eden hukuk anlayışından toplumun tamamının iyi yaşam koşullarını elde etmesine yönelik iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku anlayışına geçilerek bu alanlarda düzenlemeler yapıldı.⁵⁶ Sosyal, ekonomik ve kültürel taleplere ilişkin öncelikle yasal düzeyde yapılan düzenlemeler, 20. yy.'da ülke anayasalarında, "*çalışma hakkı, öğrenim hakkı, beslenme hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı, çalışma şartlarının iyileştirilmesiyle ilgili haklar*" şeklinde yer alarak benzer nitelikli düzenlemeler de yapılmıştır.

b. Sınıflandırılması ve Özellikleri

Sosyal hakların isimlendirilmesine ilişkin de çeşitli ifadeler bulunmaktadır. Çoğunlukla "Ekonomik ve Sosyal Haklar", "Ekonomik,

⁵³ Tanör, 1978, s.64.

⁵⁴ Tanör, 1978, s.66.

⁵⁵ Tanör, 1978, s.70.

⁵⁶ Tanör, 1978, s.71.

Sosyal ve Kültürel Hakları” ve “Sosyal Haklar” ifadeleri kullanılmaktadır. Bu alana ilişkin uluslararası sözleşmelerden 1966’da Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de de “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar” deyimi kullanılmaktadır. Tanör (1978), sosyal haklar teriminin kullanılmasının daha doğru olduğunu değerlendirmektedir.

Sosyal haklara ilişkin ülke anayasaları, uluslararası sözleşmelerde ve literatürde yazarların yaptığı çeşitli katalog vardır. Bunların içerisinde Tanör (1978)’e göre İsviçre, Fransa Almanya, İtalya ve 1961 ve 1982 Anayasası; uluslararası belgelerden Amerikan İnsan Hakları ve Ödevler Bildirisi ve Avrupa Sosyal Haklar Yasası’ndan yararlanılarak yaptığı katalogdaki hakları başlıcaları şu şekildedir: çalışma(iş) hakkı, sendikal haklar, çalışma şartlarına ilişkin haklar, sosyal güvenlik hakkı, ailenin korunması, eğitim hakkı, kültürel haklar, sağlık hakkı ve konut hakkı.

Klasik haklar ile sosyal hakların bir çatışma içinde olduğundan ziyade, uzlaşma içinde olduğu savunulmaktadır.⁵⁷ Sosyal haklar, kişi hak ve hürriyetlerin imkân tanıdığı zeminde kontrolsüz sermayecilik anlayışına, devlet tarafından burjuvazinin sermayesini koruma taahhüdü ile getirilen bir sınırlandırma olarak görülmektedir. Bu görüşe göre kapitalizm klasik haklar söylemi içerisindeki sınırsızlığını devlet arabuluculuğuyla sistemini tamamen bozmadan bir orta yolu bulmaya ikna edilmiştir. Klasik kişi hak ve hürriyetlerinin yanı sıra sosyal hakların ana-yasal bir zemine oturtulması, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini daha güçlü yaşamalarına destek olmuştur.

Sosyal hakların yapısal özellikleri amaç, yararlanıcı, ekonomik haklarla ilişkileri ve yükümlülükleri bakımından incelenmektedir.⁵⁸ Sosyal haklar amaç bakımından, ekonomik ve sosyal yönden zayıf konumda olan insanları korumayı amaçlamaktadır.⁵⁹ Bu kapsamda sosyal haklar amaç bakımından, kimi haklarla devlete pozitif görev yüklerken kimi haklarla da anılan pozitif haklara ulaşmak için siyasal ve sosyal araçlar sunar.

Sosyal haklar ilkesel olarak herkese tanınmış haklar olmakla birlikte yararlanıcıları arasında, toplumun ekonomik ve sosyal eşitsizliğe uğrayan kesimi bulunmaktadır. Bu kitlenin içinde bulunanların başında işçiler ve diğer çalışanlar gelmektedir. İşçilere yönelik sosyal haklar arasında, adil ücret hakkı, işyeri sağlığı ve güvenliğine ilişkin haklar, sendikal haklar gibi haklar bulunmaktadır. İkinci yararlanıcı kitle arasında ise kadınlar, çocuklar, hastalar, engelliler ve yaşlılar gibi toplumsal kesim bulunmaktadır. Bunların dışında herkesin yararlanıcısı olduğu çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, konut hakkı gibi haklar bulunmaktadır.⁶⁰

Klasik haklar arasında yer alan ekonomik haklar, emeğin karşısında sermayeye hizmet eden mahiyet taşımaktaydı. Ancak sosyal hakların tanınmasıyla birlikte klasik haklar katalogunda yer alan ekonomik hakların

⁵⁷ Tanör, 1978, ss.104-105.

⁵⁸ Tanör, 1978, s.74.

⁵⁹ Tanör, 1978, s.76.

⁶⁰ Tanör, 1978, s.76.

yumuşamasına sebep olmuştur.⁶¹ Buna örnek olarak işçilerin sendikal haklarını kullanmasının “sözleşme serbestliği” ilkesine istisna olarak kabul edilmesi verilebilir.

Sosyal haklar yükümlülük bakımından, birey devlet arasında kurulu dikey ilişkinin yanı sıra yatay ilişkiyi de mümkün kılmasıdır.⁶² Klasik haklara göre, üçüncü bir kişi bireyin kendi temel hak ve hürriyetlerini özgürce seçme ve yaşama hakkı vardır. Bu anlamda üçüncü kişilerin başkasının özgürlük alanına girmeme sorumluluğu vardı. Ancak sosyal haklarda, üçüncü kişiler yapmama edimi dışında yapma edimi altına da girmektedir. Örneğin bir işveren işçisi için yasal olarak yapması gereken tüm yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır. Eğer bunu yapmazsa işçi bu kişiye karşı hak iddia etme hakkına sahiptir. Oysa klasik hak anlayışında, üçüncü kişi kişinin hakkının sınırına tecavüz ederse kişi buna karşı devletin organlarına taşıyabilmekteydi.

Sonuç olarak, sosyal haklar klasik hakların herkese yönelik doğuşundan ayrı olarak sanayi devrimiyle birlikte sosyal eşitsizliğe ve adaletsizliğe uğrayan toplumsal sınıfların ve siyasal düşüncelerin tepkilerine karşı doğmuş olup, zaman içerisinde tarihi kapsamını genişleterek sınıfsal haklar olmaktan çıkarak herkese yönelik evrensel haklar olma yönünde gelişme göstermiştir.

B. SOSYAL POLİTİKA-ANAYASA İLİŞKİSİ

Dünya tarihinde hukuki anlamda ilk anayasal belge 15 Haziran 1215 yılında İngiliz Kralı John tarafından çıkarılan Magna Carta'dır. Şekli bakımından kralın diğer fermanlarından ayrı olmayan Magna Carta, içerdiği muhteva yönünden İngiltere ve çok sayıda ülkenin anayasal hareketlerine kaynaklık teşkil etmiştir.⁶³ Magna Carta, feodal baronları tarafından Orta Çağ'ın İngilteresi'nde ilk kez kralın yetkilerinin sınırlandırılan bir belgedir. Magna Carta'nın bu anlamda ayırt edici özelliği kralın yetkisini sınırlandırması ve herkesi kapsamasıdır.⁶⁴

Sanayi devriminin ilk kez gerçekleştiren İngiltere'de bir görüşe göre, liberalliği savunan burjuvazi, kendi kazanımlarını meşrulaştırmak için Magna Carta'yı kendilerine dayanak olarak ileri sürdüler. Magna Carta hem İngiltere hem de dünyada siyasal, sosyal ve hukuki etkilerini sürdüren bir canlı belge hüviyetine sahip olmuştur. Bu bakımdan yazısız anayasaya sahip olan İngiltere hukuk sisteminde Magna Carta, muhtevası itibariyle anayasal canlılığını koruduğu söylenebilir. Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri içerisinde ele alınan ve 1808 yılında Sened-i İttifak benzerlikleri ve ayrılan yönleriyle Magna Carta ile mukayese edilir.

⁶¹ Tanör, 1978, s.77.

⁶² Tanör, 1978, s.78.

⁶³ Ersin İlal, “Magna Carta”, S.1-4, C.34, 2011, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s.210.

⁶⁴ İlal, 2011, s.210.

Anayasa bir devletin temel hukuki belgesi olarak kabul edilen yazılı veya yazılı olmayan metinlerdir. Maddi anlamda anayasa devletin temel organlarını, yönetimi biçimini ve temel hak ve hürriyetleri düzenleyen belge olarak tanımlanabilir. Diğer taraftan şekli anlamda anayasa normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan ve değiştirilmesi diğer yasalara göre en zor olan ve hukuk kurallarından oluşan belgelerdir. Maddi anlamda anayasa belgelerinin içinde neyin olup olmayacağı ülkeden ülkeye, tanımdan tanıma değişebileceği için en ideal tanımın şekli anlamda tanımlama olduğunu savunan yazarlar vardır.⁶⁵

Magna Carta örneği ve “anayasa” kavramına ilişkin açıklamalardan hareketle, bir toplumun siyasal, sosyal ve ekonomik gelişiminde anayasal belgeler bazen araç bazen de kaynaklık etmesi bakımından çok önem teşkil etmektedir. Bu anlamda sosyal politika ve ilgili hukuki kurumlarının devletin temel misyonunu ortaya koyan anayasalarda düzenlenmesi, sosyal politikanın kurumsallaşması ve hukuki etkisinin artmasında etkili olmaktadır.

Ülkenin hukuk kuralları, içinde bulunduğu toplumun tarihi, siyasi, ekonomik ve sosyal gerçekliğinden ayrı tutulamaz. Toplumsal gerçeklik hukuk kurallarının belirmesinde bir ayna görevi görebileceği gibi kuralların mahkemeler veya icra edici devlet yöneticileri tarafından yorumlanmasını da göz önünde bulundurur. Bu bağlamda bir toplumun temel hukuki belgeleri olan anayasalar, bir taraftan hukuki yönüyle devletin temel organlarını, işleyişini, görevlerini, ödevlerini, temel hak ve hürriyetler ile sınırlandırma yöntemini, diğer yandan da toplumun ekonomik, sosyal ve siyasal ilkelerini yansıtan *ekonomi politik* belgelerdir.⁶⁶

Anayasaların ekonomi politik, en üst bağlayıcı norm olan anayasalara, ülkenin siyasi ve sosyal gerçekliği ile ülkenin ekonomik anlayışı ve üretim biçimlerinden bakılarak okunabilir.⁶⁷ Bu okuma biçimi, yasaları teknik ve soyut olarak lafzından yorumlamak yerine toplumsal gerçekliği göz önünde bulundurarak yorumlamayı esas alan hukuki gerçeklik/realizm akımına benzerlik teşkil etmektedir.

Sanayi devriminden sonra burjuvazi, krala karşı liberalizmin dayanak söylem olarak kullandığı doğal haklar söylemini ileri sürerek kendi kazanımlarını meşru bir zemine oturtmak için anayasal hareketleri desteklemeleri de anayasaların ekonomik politikğine köken itibariyle kaynaklık edecektir.⁶⁸ Hatta 1215 yılında İngiliz Magna Carta’sını da bu anlayışlarına dayanak olarak kullandıkları ifade edilmektedir.

Anayasaları ekonomi politik yönden ele alan bu yaklaşım, anayasal metinlerin hazırlandığı ve yapıldığı siyasal, sosyal ve ekonomik koşullar

⁶⁵ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 7.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s.51.

⁶⁶ Ali Rıza Aydın, “Anayasaların Ekonomi Politikası” S.120, Gelenek Dergisi, (<https://gelenek.org/anayasalarin-ekonomi-politigi-uzerine/>, s.e.t 21.08.2023)

⁶⁷ Aydın, (<https://gelenek.org/anayasalarin-ekonomi-politigi-uzerine/>, s.e.t 21.08.2023)

⁶⁸ Tanör, 1978, s.45.

metinlerin içeriğine doğrudan etki etmektedir. Bu yaklaşım, anayasaların sözü ve özü ile ifade edileni, anayasanın tüm maddelerini kapsayacak bütünsellik içinde okumayı kastetmektedir. Aynı şekilde bu yaklaşıma göre anayasaların yorumu ve uygulama döneminde ulusal-uluslararası ekonomi politik gerçeklik göz önünde bulundurulur.

Anayasaların ekonomi politik okunmasıyla, burjuvaziden başlayan kapitalizmin Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerine nasıl etki ettikleri irdelenmektedir. Bu okuma biçimi ile sosyal politika-ekonomik politika arasındaki ilişki de daha iyi anlaşılacaktır. Anayasalar, ulusal-uluslararası siyasi, ekonomik koşulların dayatmasıyla sunulan ekonomik programları gerçekleştirecek zemine mi, yoksa toplumdaki sosyal adaletsizliği ortadan kaldırmayı amaç edinen sosyal politikaya mı hizmet etmektedir? Bu ve benzer tip soruların cevabını aramak için 1808 Sened-i İttifâk'tan 1982 Anayasası'na kadar ki tüm anayasal gelişmeleri ekonomi politik yönüyle okuyarak anayasal anlamda sosyal politikanın Türkiye'deki gelişimi daha doğru anlaşılacaktır.

III. OSMANLI DÖNEMİ ANAYASAL GELİŞMELERİNDE SOSYAL POLİTİKA

A. SENED-İ İTTİFAK

19. yüzyıl Osmanlı'sında İngiltere ve Batı Avrupa'daki gibi bir sanayileşme ve buna bağlı olarak Batı'daki anlamıyla kurumsal bir sosyal politikanın doğuşu ve gelişimi olmamıştır. Bu bakımdan Sened-i İttifâk'ın sosyal politikanın gelişimiyle ilişkisi geniş anlamıyla değerlendirilecektir. Sened-i İttifak, Türk anayasa tarihi bakımından bir milat olarak kabul edilerek hukuki yönüyle çok dikkat çekse de Sened'in siyasal, sosyal ve ekonomik arka planı da değerlendirmeyi hak etmektedir. Bu kapsam içerisinde sosyal politika yönüyle de değerlendirmek gerekir.

Osmanlı yönetim anlayışında, Padişah'a, imparatorluğun birliğine karşı çıkmadan düzenli vergisini ödeyen eyaletlere, yönetsel olarak kendi alanlarında özerklik tanıyan bir sistem vardı. Bu kapsamda, merkezi yönetim eyalet ve taşrada sınırlı kişilerle kendisini muhatap almaktaydı. Âyan ve hanedanlar, bir nevi yönettiği bölgenin milletvekilliğini yapmaktaydı. Bunların dışında bu bölgede, kendi içinde, ayrı adli ve idari teşkilat bulunmaktaydı.

Orta Çağ'ın feodalizm ve kölelik anlayışından hareketle ortaya çıkan burjuvazi ile âyan ve hanedanların arka planındaki siyasal, sosyal, hukuki ve kültürel yapı birbirinden oldukça farklıdır. Bu farklılıkların ilk sebebi yönetim anlayışlarındaki farklılık olmakla birlikte, Osmanlı Devleti'nde şer'i hukuk ve örfi hukuk ekseninde gelişen güçlü bir sosyal adâlet anlayışı bulunmaktaydı. Bu kapsamda Osmanlı'da askeri, ekonomi, vergi ve devlet yönetimini de içine alan kuşatıcı, kökeni bir taraftan İslam öncesi Sasanilere bir taraftan da Aristoteles'e kadar dayandırılan Osmanlı'nın yönetim, hukuk ve ekonomik sisteminde yer tutan "adalet dairesi" kavramı da çok önemli

katkı sağlamıştır.⁶⁹ Ayrıca Osmanlı'da ve eski Türk devletlerinde köleliğe de yer yoktu. Bu iki husus bile sosyal politikanın Batı'daki ve bizdeki gelişimini farklılaştırmaya yetmiştir. Sosyal politika, Batı'da sömürü düzeninin bir sonucu olarak ortaya çıkmışken; sosyal devlet anlayışına sahip, insanı merkeze alan dünya görüşüyle yaşayan Osmanlı'da daha farklı sebeplerle gelişim göstermiştir. Türklerin daha çok göçebe yaşam tarzı ve asker millet düşüncesine hâkim olması, özgürlük anlayışı güçlü bir toplumsal anlayışı da beraberinde getirmişti. Bir taraftan da Orta Asya Türk devletlerinden gelen hakan(kut) anlayışı Osmanlı Devleti'nde de devam etmekteydi. Bu da her daim halkın devlete ve padişaha olan bağlılığını daha da güçlendirmiştir.

Osmanlı'nın duraklama ve gerileme döneminden itibaren birçok alandaki başarısızlıkları taşrada âyan ve hanedanların suistimaline de olanak sağladı. Devlet, yönetimi sıkı tutmak ve kolaylaştırmak için, iltizam ve asker yetkisiyle birlikte âyan ve hanedanları güçlendirdi. Merkezi gücün zayıflamasının da etkisiyle âyan ve hanedanlar kendi bölgelerinde halkın da desteğini alarak özerkleşme eğilimini göstermeye başladı. Kimi zaman bu gücü halkın aleyhine de kullandı. Ancak Osmanlı toplumunda toprağı işleten halk hiçbir zaman köle statüsünde değildi.

Âyan ve hanedanların asayiş, vergi adaletsizliği ve halkın yoksullaşmasına yönelik yönetimsizliği veya açık kastı dolayısıyla merkezi yönetim bu alanda tedbir almak için Sened-i İttifak'a şart koydu. Bu şart, sosyal politikanın amacı olan toplumsal eşitsizliği ortadan kaldırmaya dönük bir hüküm niteliğindedir. Bu bakımdan sosyal politikanın anayasal niteliğe benzer bir belgede geniş anlamda ele alınması önemli bir gelişmedir.

Sened-i İttifakın resmi nüshası kayıtlarda bulunmamaktadır. Ahmet Cevdet Paşanın "Tarih-i Cevdet" isimli tarih kitabındaki nüsha esas alınmaktaydı.⁷⁰ Ancak 1998 yılında Akyıldız, Divan-ı Hümayun Beylikçisi Mehmet İzzet tarafından onaylanan sureti üzerinden diğer yayınlanan metinlerle mukayese ederek yayımlandı.⁷¹ Bu metinle önceki metne dayalı olarak yapılan değerlendirmelerde eksiklik olduğu ifade edilmektedir.⁷²

Sened-i İttifak'ın 5. şartında, "...*Hânedan ve ülke ileri gelenleri ve âyan tek bir gövde olup anarşi ve eşkıyalığı önleyeceklerdir ve fakir halka zulmedenler birlikte cezalandırılacaktır...*"⁷³ şeklindeki hüküm halkın her türlü baskı ve şiddete karşı korunmasını ve sosyoekonomik bakımdan korunmaya muhtaç insanlara karşı gayri hukuki teşebbüs ve fiilleri engellemeyi amaçlamaktadır. Bu da devletin halkını koruduğunun, bürokratik bir anlaşmada halkının güvenliğine ve haklarına öncelik verdiğinin açık bir göstergesi olmuştur.

⁶⁹ Kömbe İlker, "Adalet Dairesinin Teşekkülü ve Temel Kavramlar", Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Felsefesi Bilim Dalı, İstanbul, 2014.

⁷⁰ İlber Ortaylı, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2010, s.393.

⁷¹ Ali Akyıldız, "Sened-i İttifak'ın İlk Tam Metni", S.2, 1998, İslam Araştırmaları Dergisi, ss.209-222.

⁷² Akyıldız, ss. 212-213.

⁷³ Niyazi Berkes, Türkiye'nin Çağdaşlaşma Tarihi, 18.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2012, s.140.

Sened-i İttifak'ın sosyal politika ile ilişkili hükmü olan yedinci şartına göre⁷⁴, vergi adaletinin sağlanmasına yönelik açık hüküm ve bu konuda gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin ifade bulunmaktadır. Âyan ve hanedanların en önemli yetkilerinden birisi vergi toplama yetkisiydi. Merkezi yönetim bu alanda halka zülüm oluşturacak nitelikteki teşebbüsleri ve yönelimleri engellemek halkı vergi adaletsizliğine ilişkin her türlü tedbiri almaya yönelik bir sosyal politika hedefi ortaya koymuştur. Özellikle bu hüküm, doğrudan vergi yönünden eşitsizliğe ve adaletsizliğe maruz kalan kesimin korunmasına olanak sağlamaktadır.

Özetle, teknik anlamda anayasa niteliğine haiz olmayan, ancak içerdiği hükümler bakımından modern anlamda Osmanlı'da ilk anayasal belge olan Sened-i İttifak'la Padişah ile âyanlar arasında yapılan sözleşmeyle Padişah'ın yetkisinin sınırlandırılması söz konusu olmuştur. Sened-i İttifak'ta bilinçli ve kasıtlı bir tercih ile sosyal politikaya dönük doğrudan bir düzenleme olmamıştır. 1808 yılında çıkarılan Sened-i İttifak döneminde İngiltere'de sanayi devrimi daha yeni sayılabilecek bir aşamada olup işçi hareketleri siyasal bir zeminde sosyal infiale dönüşerek işçi hakları eksenli olarak bir kurum ve bilim olarak sosyal politika henüz şekillenmemiştir. Ancak Sened-i İttifak; âyanların köylü halkına zulmetmesini engellemek, asayiş ve güvenliği sağlamak, vergi adaletsizliğini gidermek, sefalet ve yoksulluğu ortadan kaldırmaya dönük hükümleriyle mahiyet bakımından sosyal nitelik taşıyan anayasal bir belgedir. Bu yönüyle geniş anlamda sosyal politikanın alanına hitap eden bazı içerik ve amaçları içinde barındırmaktadır.

B. TANZİMAT FERMANI

İlan edilen Tanzimat Fermanı bir reform hareketi olarak ilan edilen devletin hedef ve amaçlarını ortaya koyan iki üç sayfalık bir belgedir.⁷⁵ Tanzimat Fermanının genel düzeyde hukuki niteliği daha özeldede anayasal niteliği üzerine ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Berkes'e göre Tanzimat Fermanı anayasal hatta yasal bir belge değil iken Abadan, Karal ve Tanör'e göre anayasal bir belgedir.⁷⁶

Kanaatimizce Tanzimat Fermanı, Osmanlı Devleti'nin asırlardır süregelen devlet yönetimi, sosyal, siyasal, ekonomik ve hukuki yapısında ciddi değişiklikleri beraberinde getirerek bir anlamda Türkiye Cumhuriyeti'ne giden temel taşlarını atmıştır. Bu bakımdan Tanzimat Fermanının hukuki niteliği, her ne kadar biçim, yöntem bakımından anayasa hüviyetinde olup olmadığı tartışmaya açık olsa da esas bakımından devletin

⁷⁴ Berkes, s.140.

⁷⁵ Halil İnalcık, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu", C.28, S.112, 1964, Belleten, s.611-614.

⁷⁶ Yavuz Abadan, Tanzimat Fermanı Tahlili, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, ss.39-44. Berkes, 2012, ss. 212-215. Enver Ziya Karal, Osmanlı Tarihi Nizam-ı Cedid ve Devirleri (1789-1856), C.5, TTK Yayınları, Ankara, 1999, ss.588-599. Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 35.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2021, ss.92-93.

ve toplumda getirdiği köklü değişiklikler ve anlayışlarla bir anayasal nitelikte belge özelliğini taşımaktadır.

Tanzimat Fermanı'nın girişinde, devletin ve Osmanlı halkının önceki güç ve gelişmişliğinin aksine zayıflık ve fakirliğe dönüştüğünü, tahta çıkıldığı günden beri memleketin çevresinin imarı, halkın refahının artırılmasına ilişkin yararlı işleri amaçlayan devletimiz, devletin ve halkın istidatı ile beş on sene içinde payidar olacağı ifade edilmiştir.⁷⁷

Sosyal politikanın temelinde ekonomik ve sosyal refah önemli bir paya sahiptir. Osmanlı Devleti coğrafi keşifler, yeni ticaret yollarının bulunması ve sanayi devrimiyle birlikte siyasi ve ekonomik gücünü kaybetti. Geleneksel iktisadi anlayışla devam ettirilen üretim, sanayi devrimi ve makineleşme karşısında devleti ve halkı fakirleşmeye itti. Devletin ekonomik gücünün zayıflaması doğrudan askeri gücünü ve siyasi gücünü de etkiledi. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nin halkı daha çok fakirleşti. Lonca sistemi, âyan ve hanedanlar eliyle yürütülen iltizam sisteminin de zayıflaması Osmanlı Devleti'ni yeni reformlar yapılmasına itti.

Kısaca yukarıdaki sosyal, siyasi ve ekonomik koşullarda çıkarılan Tanzimat Fermanı, fakirleşmeyi azaltmak için hedefler belirledi. Tanzimat Fermanı'nın girişindeki bu amaçlar, şer'i ve örfi hukuk eksenindeki geleneksel Osmanlı'yı, modern hukuk ekseninde sosyal devlet olmaya dönük hükümler olarak yorumlamak mümkündür. Nitekim bu kapsamda tanzimat dönemi içerisine hazırlanarak uygulamaya konulan Mecelle ve Dilaver Paşa Nizamnamesi'ndeki çalışmaya ve işçilere hükümler, sosyal devlet ilkesi çerçevesinde hazırlanmış ve sosyal politikaya hizmet eden yasal gelişmelerdir.⁷⁸

Sonuç itibariyle Tanzimat Fermanı, siyasi, sosyal ve ekonomik yönden modern birçok yeniliğe sebep olması ve Cumhuriyet'in kurulmasına dönük sürece katkı sağlaması bakımından bütüncül bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda sosyal devlet ve sosyal politika ile bağ kurulacak bir nitelik ve içeriğe sahiptir.

C. ISLAHAT FERMANI

Tanzimat Fermanı'nın hukuki niteliğine yapılan tartışmalar ve açıklamalar bağlamında, Islahat Fermanı hukuki şekil bakımından ise günümüz modern anayasaları gibi hazırlanan ve sıkı şekil şartına bağlı olan bir hukuk belgesi olmasa da kapsamına aldığı din ve vicdan özgürlüğü, adil yargılanma ve vergi adâleti gibi konular açısından anayasal hüviyete sahip olan ve Padişah'ın tek taraflı iradesiyle ilan edilen anayasal bir belge niteliğine haizdir.⁷⁹

⁷⁷ Halil İnalçık/Mehmet Seyitdanlıoğlu, Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2006, s.1.

⁷⁸ Talas, 1992, ss.40-41.

⁷⁹ Mübahat S.Kütükoğlu, "Ferman", C.12, TDV İslam Ansiklopedisi, 1995, ss.400-406.; Berkes, s.138.; Tanör, 2021, s.54.

Islahat Fermanı'nda Tanzimat Fermanı'nda olduğu gibi doğrudan sosyal politika kavramına atıf yapılmamış olup sosyal politikanın araçları ve amaçları olan ifade ve hükümlere yer verilmiştir. Bunlar ülkenin ekonomik refahını artırmaya yönelik hükümler ile vergilendirme ve mali konulara ilişkin hükümlerdir.

Islahat Fermanı'nın giriş kısmında, Padişah'ın hayırlar saçan birisi olması, gelişmiş ve medenileşmiş Avrupalı devletleri gibi gelişmenin artması, halkın her yönden mutluluğunun artması, bunun için her türlü vasıta ve sebeplerin geliştirilmesi ile adalet vurgusu, sosyal politika ile ilişkisi olan gelişmelerdir. Sosyal politikanın halk için nihai amacı, insanların onurlu ve iyi bir yaşamı elde etmesini sağlamaktır. Bunun için sosyal ve ekonomik eşitsizlikler giderilerek sosyal adaletin sağlanması gerekmektedir. Bu kapsamda, Ferman'ın girişinde modern devlet olma yolundaki araçlar olarak ekonominin güçlenmesi, halkın mutluluğunun artmasına yönelik sosyal devlet ilkesine ilişkin somut gelişmeler olmuştur.

Islahat Ferman'ı her ne kadar Müslümanların din ve vicdan özgürlüğü tanınmadığı ifade edilse de hukuk düşüncesi olarak Tanzimat Fermanı'ndaki şer'i hukuktan sert bir kopuş sergilemektedir. İçerdiği hükümler din, mezhep ve ırk ayrımı yapılmaksızın herkesi kapsamaktadır. Bireyin özgürlüğünü esas alan anlayışa sahip bir felsefeyi barındırmaktadır. Bu bakımdan Islahat Fermanı, feodalizme ve krala karşı halkın da desteğini alan burjuvazinin doğal haklar söylemine -aktörler ve dinamikler farklı olsa da- kısmen benzemektedir. Zira liberalizm anlayışına ve kapitalizme kapalı olan şer'i ve örfi hukuka bağlı Asya tipi üretime sahip Osmanlı topraklarında Islahat Fermanın hükümleri, her sahada liberalizmin güçlenmesine, dolayısıyla kapitalist ekonomik anlayışının Osmanlı sınırlarında artmasına neden olmuştur.⁸⁰

Sosyal politika, devletin sosyal eşitsizlik ve adaletsizliği gidermesine yönelik geliştirdiği politikalarından oluşmaktadır. Kamu finansman kaynağı olan vergi ise devletin piyasaya müdahalesi ve kamu hizmetleri için gelir kaynağı oluşturmasına ilişkin bir kamu politikası uygulamasıdır.⁸¹ Sosyal politika devletin ayırdığı bütçe ile sosyoekonomik bakımdan zayıf olanlara aktardığı kaynaklardan oluşmakta iken vergi devletin gelir kaleminin temelini oluşturmaktadır. Bu bakımdan ikisi arasında ters bir ilişki gözüküyor gibi olsa da sıkı bir ilişki bulunmaktadır.⁸²

Sosyal devlet ilkesini benimseyerek sosyal politikalara önem veren devletler için, sosyal, ekonomik ve kültürel eşitsizliklerin giderilmesinde, devletin vergilendirme ilkelerinin özel bir önemi vardır. Devlet sosyal devlet olmanın bir gereği olarak sosyoekonomik seviyesi yüksek gruplardan gelire oranla aldığı vergiler ile sosyoekonomik gruplara sosyal politika geliştirme için gelir kaynağı oluşturmaktadır. Bu bakımdan devletin vergi dağılımını

⁸⁰ Musa Gümüç, "Anayasal Meşrûti Yönetime Medhal: 1856 Islahat Fermanı'nın Tam Metin İncelemesi", S.47, 2008, Bilig/Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, ss.216-217.

⁸¹ Yakup Karabacak, "Sosyal Politika Aracı Olarak Vergilemenin İşlevleri: Türkiye Örneği", C.62, S.2, 2012, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, s. 225.

⁸² Karabacak, s.226.

adil olarak yapıp yapmadığı, hangi derecede vergi sisteminin sosyal politika aracı olarak kullanıldığını ortaya koyacaktır.⁸³ Dolayısıyla Islahat Fermanı ile vergilendirme alanına ilişkin yer alan hükümler sosyal politikanın gelişimi ile yakından ilişkili olduğu için irdelemekte fayda bulunmaktadır.

Islahat Fermanı'na göre vergilendirme ile ilgili yer alan hükümler özetle şu şekildedir:⁸⁴

Din, mezhep ve ırk ayrımı yapılmaksızın alınan vergiler ile özellikle aşar vergisinin tahsilindeki suistimaller engellenecek.

İltizam usulü yerine doğrudan memur eliyle vergilendirme teşvik edilecek iltizam sistemindeki suistimallere yönelik cezai müeyyideler getirilecek.

Mahalli vergiler ticarete ve ürünlere zarar vermeyecek şekilde tayin edilecek.

Bayındırlık işleri için alınan verginin, uygulama kapsamı genişletilecek.

Tanzimat Fermanı'nda herkesin malına ve kudretine oranla vergi alınmasına ilişkin hüküm Islahat Fermanı'nda din, mezhep ve ırk ayrımı yapılmaksızın adil vergilendirmeyi vurgulamıştır. Bu hüküm, Islahat Fermanı'nın gayrimüslimlere yönelik düzenlemenin açık göstergesi olmuştur. Tarım ürünlerinden alınan aşar vergisi, Osmanlı'nın temel vergi kalemini oluşturmaktaydı. Aşar vergisi, arazinin verimliliği, sulak olup olmaması gibi hususlar gözetilerek hakkaniyet dayalı olarak alınan vergi kalemi iken Tanzimat Fermanı ile yasal eşitlik çerçevesinde belirli bir oran dahilinde tahsil edilmiştir. Bu durum birçok adaletsizliği de doğurmuştur.⁸⁵ Aşar vergisindeki sorunların ve suistimallerin giderilmesine yönelik özel hüküm konulmasının maksadı bununla ilgili olmalıdır.

Tanzimat Fermanı'nda iltizam sisteminin kaldırılmasına ilişkin hükme binaen iltizam sistemi ile ilgili yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, tam olarak kaldırılamayan iltizam sistemindeki suistimallerin engellenmesi ve vergilendirme de emanet usulünün verimli bir şekilde yürütülmesi için alınacak tedbirlere ilişkin hüküm bulunmaktadır.

Mahalli vergilerin ticarete ve ürünlere zarar vermeyecek şekilde tayin edilmesine ilişkin hükümde, vergilendirmenin adâlete ve hakkaniyete uygun belirlenmesi amaçlanmış olmalıdır.

Bayındırlık işlerine ilişkin alınan vergilerde, verginin uygulandığı yer ve kişi sayısının artırılmasındaki gaye, Osmanlı sınırları içerisindeki sanayinin gelişimine katkı sunmasına yöneliktir. Bu hüküm, Osmanlı sınırları içindeki azınlık konumda olan kapitalist üretim ve sermayeye sahip grupların desteklenmesi ile Avrupa'dan gelen malların ve ürünlerin Osmanlı sınırları içerisindeki dağıtımını hızlandırmaya dönük olduğu düşünülmektedir.

⁸³ Karabacak, s.227.

⁸⁴ Gümüş, ss.219-230.

⁸⁵ Ahmet Tabakoğlu, "Öşür", C.34, 2007, TDV İslam Ansiklopedisi, ss.100-103.

Islahat Fermanı'nda vergilendirmeye ilişkin hükümler, Osmanlı'nın bozulan vergilendirme sisteminin modernleşmesi ve daha adil bir sisteme evrilmesinin yanı sıra, Avrupa'nın kapitalist anlayışına hizmet edecek yasal ve kurumsal bir standarta oturtulmasına da olanak sağlamıştır. Savaş, mali bunalım, dış borç ve ayaklanmalar ile boğuşan Osmanlı Devleti'nin doğrudan toplumun refahını artıracak, sosyal eşitsizlikleri giderecek ve sosyal politikayı güçlendirecek sistemli bir politikasının olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Daha çok Avrupalı devletlerin siyasi, ticari ve ekonomik emellerine hizmet edecek tavizlerden oluşan hükümler olduğu düşünülmektedir.

Islahat Fermanı'nda Tanzimat Fermanı'nda olduğu gibi doğrudan sosyal politika kavramına atıf yapılmamış olup sosyal politikanın araçları ve amaçları olan ifade ve hükümlere yer verilmiştir. Sonuç olarak, liberalizm anlayışına ve kapitalizme kapalı olan şer'i ve örfi hukuka bağlı Asya tipi üretime sahip Osmanlı topraklarında Islahat Fermanı'nın hükümleri, her sahada liberalizmin güçlenmesine, dolayısıyla kapitalist ekonomik anlayışının Osmanlı sınırlarında artmasına neden olmuştur.

Ç. KANUN-İ ESASİ

Osmanlı'nın gerçek anlamda tek ve son anayasa niteliğine haiz belgesi olan Kanun-i Esasi, Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı'na nazaran dış etkenlerin etkisine nispeten daha az bir şekilde bağlı olan önceki Osmanlı anayasal gelişmelerine göre Osmanlı Devleti'nin siyasi, sosyal ve ekonomik yapısına daha çok hitap eden anayasal belgedir. Ayrıca Kanun-i Esasi hükümleri, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile çelişmeyen maddeleri 1924 Anayasası'na kadar uygulanması bakımından hem Osmanlı hem de Cumhuriyet döneminde yürürlükte olan bir anayasadır.

Kânûn-i Esâsî'nin ilk metninin değişikliklerinde doğrudan sosyal politikaya atıf yapan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak sosyal politika ile ilişkili bazı konulara değinilmiştir. Bunların başında vergi adaletinin sağlanmasına ilişkin hükümler gelmektedir.

Kânûn-i Esâsî'nin 25'inci maddesinde, "*Bir kanuna müstenit olmadıkça vergi rûsumat nâmi ile ve nâmi aherle hiç kimseden bir akçe alınamaz.*" hükmüne göre, bir kanuni hükme dayalı olmaksızın vergi alınamayacağı hüküm altına alınmış olup böylelikle ilk kez verginin yasallığı ilkesi anayasal olarak düzenlenmiştir.⁸⁶ Ayrıca 20'nci maddesinde herkesin kendi mali gücüne oranla vergilendirileceği ifade edilerek vergilendirmede ölçülülük ilkesine yer verilmiştir.⁸⁷ Sosyal politika, sosyoekonomik bakımdan her türlü eşitsizlik ve adaletsizliği gidermeyi amaçlayan bir kurum olduğundan, vergilendirmede adaletin sağlanmasına dönük yapılan anayasal düzenleme, sosyal politikanın sosyal adaleti sağlamaya dönük amacıyla örtüşmektedir.

⁸⁶ Berrin Günay/Asım Furkan Tekir, "Tanzimat Sonrası Vergi Reformlarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", C.24, S.2, 2018, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s.727.

⁸⁷ A.Şeref Gözübüyük/Suna Kili, Türk Anayasa Metinleri, 2.Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s.29.

1876 Kânûn-i Esâsî'ne 1909 yılında yapılan değişiklikle eklenen 120'nci maddesinde “*Kanunu mahsusuna tebaiyet şartı ile Osmanlılar hakkı içtimaa maliktir.*” hükmü ile ilk kez toplanma özgürlüğü düzenlenmiştir.⁸⁸ İngiltere ve Batı Avrupa’da sanayi devriminin sonucunda siyasal haklar eksenindeki gelişmeler sosyal hakların savunulmasına ve oluşumuna zemin hazırlamıştı. Bu bakımdan Kânûn-i Esâsî ile ilk kez düzenlenen toplanma ve dernek kurma hakları Osmanlı-Türk demokratikleşme tarihinde önemli bir role sahip olmuş ve dolayısıyla sosyal devlet, sosyal demokrasi ve sosyal politikanın gelişimine dolaylı katkı sağlamıştır.

Kanun-i Esasi’de sosyal politikaya ilişkin kasıtlı bir tercih ile konulmuş hüküm bulunmadığını söylemek mümkündür. Ancak vergi ve toplanma hürriyetine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Vergi adaleti her anayasanın sosyal politikadan bağımsız olarak gündeme aldığı bir konu iken toplanma özgürlüğüne ilişkin haklar daha çok işçi hakları temelli olarak Avrupa’da ortaya çıkmış ve sosyal politikanın gelişmesinde önemli bir işlev görmüştür. Bu bakımdan Kanun-i Esasi ile toplanma hürriyetine ilişkin yapılan düzenleme geniş anlamda sosyal politikanın gelişimine katkı sağlayacak bir düzenleme olmuştur.

IV. CUMHURİYET DÖNEMİ ANAYASAL GELİŞMELERİNDE SOSYAL POLİTİKA

A. 1921 ANAYASASI

Yeni bir ulus devletinin kuruluş belgesi niteliğinde olan 1921 Anayasası’nın hazırlık çalışmalarında tasarı olarak sunulan Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Lahiyası’na bakıldığında barındırdığı halkçılık programı ile yeni bir devletin sosyal devlet temelini oluşturan bir hareket olarak kabul etmek mümkündür.

Taslağın Maksad ve Meslek Başlığı altında sunulan Halkçılık Programında, kapitalizm tepkisi, sosyal adalet ve refaha ilişkin hükümler sosyal politika ile bağlantılı ifadeler olarak kabul edilebilir. Halkçılık programının anayasa metni içerisinde görülmemiş bir hükümet programı olarak kabul edilmesi de o dönemde ortaya konulan politikada sosyal politikanın temellerinin kurulduğunu söylemek mümkün olacaktır.

Halkçılık programının ikinci ve üçüncü maddesinde, halkın hayat ve istiklalini kurtarmayı amaç edinen Türkiye Büyük Meclisi Hükümetinin, halkı emperyalizm ve kapitalizm baskı ve zulmünden kurtarmayı ve hakimiyetin esas sahibini halk kılmayı amaç edindiği ifade edilmiştir.⁸⁹

Ayrıca 4’üncü maddesinde, “*Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti, halkın maruz bulunduğu avâmil-i sefâli, izâle ile esbâb ve vesâit-i saâdet ve refahını temin etmeyi umde-i esâsiye ve binâen-aleyh toprak, maârif, adliye, mâliye*

⁸⁸ Server Tanilli, Anayasalar ve Siyasal Belgeler, Cem Yayınevi, İstanbul, 1976, ss.25-45.

⁸⁹ Serdar Şahinkaya, “Mustafa Kemal Paşa’nın Halkçılık Programı 13 Eylül 1920”, S.32, 2019, Memleket Siyaset Yönetim, s.189.

iktisâd ve ale'l-umûm ictimâi mesâilinde asrın icâbına ve halkın hakîkî ihtiyacına göre muktezi teceddüdat ve tesisatı vücuda getirmeyi başlıca vazife addeder." ifadelerine yer verilmiştir.⁹⁰ Özellikle bu madde de konu edilen halkın yoksulluğu, huzur ve refahına dönük tarım, eğitim, maliye ve iktisat alanında çalışmalarını amaç edinmesi sosyal politikanın amaçlarına dönük hedeflerdir.

Yeni bir ulus devlet kuruluş aşamalarına ve gelişmeleri ile İngiltere ve Batı Avrupa'daki ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmeler kıyaslandığında aralarında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Türkiye'de sosyal politikanın gelişiminde, İngiltere ve Batı Avrupa'daki gibi belirli bir halk kitlesi tarafından burjuvazi ve iktidara yönelik tepki gibi bir gelişim olmamıştır. Türkiye'de bu tepki daha çok Avrupalı devletlerin sömürgeci tutumlarına karşı halk ve devlet ile yekpare bir mücadele olarak gelişmiştir. Dolayısıyla ulus devletinin oluşumu, anayasal gelişmelerinin temelinde sosyal adaleti sağlamayı amaçlayan doğal bir sosyal politika anlayışına sahip, anayasa anlayışı aydın, halk ve hükümet tarafından resmen benimsenmiştir. Bu yönüyle Türkiye'nin sosyal politikanın gelişimine ilişkin tutumu temel başlangıç itibarıyla tabandan gelen bir ittirme sonucunda ortaya çıkmamıştır. Halkın refahı ve mutluluğu için baştan benimsenmiştir.

Emperyalizm ve kapitalizm karşıtlığını vurgulayan birinci madde ifadesinin, dönemin Bolşevik İhtilali'nin yanında bir görünüm olarak kabul görmemek gerekir. Milli mücadele döneminde kongrelerde vurgulanan misak-i milli, her türlü mandacılığa karşı tepki ile düşünüldüğünde, burada ifade edilmek istenilen sömürgeciliğe ve mandacılığa bir tepkidir.⁹¹

Halkçılık programı hükümleri ile de örtüşen 1921 anayasasının birinci maddesindeki "millet" ve "halk" vurgusu sosyal devlet bakımından özel anlam ifade eden bir hükümdür. Sosyal politikanın doğuşuna temel teşkil eden esas, Avrupa'da güçlenen burjuvazinin sosyoekonomik bakımdan zayıf konumda olan sınıfların varlığını hiçe sayan bir tutum içerisinde olmasına tepki olarak doğmuş ve zaman içerisinde kendi kurumsal yapısına bürünmüştü.

Türkiye'nin ekonomik ve sanayi gelişiminde böyle bir tecrübe olmamakla birlikte cumhuriyetin kurucu meclisi ve yönetimi doğrudan kendini halka hizmeti esas alan özünde güçlü bir sosyal devlet ülküsüne sahip olmuştur.

Halkçılık programında kapitalizme eleştiriler bulunmaktadır. Bu yönüyle 1921 anayasası, bir anlamda sosyal eşitlik ve adaleti esas alan, sömürge yerine bağımsızlığı hedefleyen demokratik sosyal devlet ülküsü ile kurulmuştur. Sonuç olarak, 1921 Anayasası yeni ulus devletinin sosyal politikanın doğuşuna ve gelişimine anayasal düzeyde çok güçlü bir katkı sağlamıştır. Ayrıca Anayasa'nın uygulama döneminde yasal düzeyde de sosyal politikanın gelişimine katkı sağlayacak gelişmeler olmuştur.

⁹⁰ Şahinkaya, s.190.

⁹¹ Tanör, 2021, s.148.

B. 1924 ANAYASASI

Milli mücadele her türlü bağımsızlığı kendine esas alan bir çerçevede sürdürülmüştür. Siyasi bağımsızlık kadar ekonomik bağımsızlık da önemsenmiştir. Ekonomik imkân adı altında sömürgeci anlayıştaki müttefik devletlere karşı kararlı bir bağımsızlık mücadelesi verilmiştir. Cumhuriyet ne kapitalist, sömürgeci anlayışını ne de Bolşevik Rusya'sının sosyalist sistemini benimsemiştir. Toplumun ve bireyin özgürlüğünü esas alarak askeri, hukuk, sanayi ve ekonomi alanında gelişmeyi esas almıştır. Bu bakımdan Lozan Barış Antlaşması'ndan önce yapılan İzmir İktisat Kongresi de bu konudaki kararlılığını göstermektedir. Nitekim bu Kongre'de yerli ekonomi ile işçi hakları vurgulanarak refah içinde çalışmanın önemine değinilmiştir.⁹²

1924 Anayasası milletin egemenliğini, meclisin üstünlüğünü ve hürriyeti esas ilkeleri arasına koymuştur. Anayasanın liberal özgürlük anlayışı Batı Avrupa ve İngiltere'nin sosyal politika tarihindeki gibi sosyal, siyasal olguların neticesinde olmamıştır. Avrupa'da liberal özgürlük, öncesinde halkın lehine bir gelişme olsa da zaman içerisinde burjuvazinin sermayesini dilediğince artırması ve kullanması için bir araç konumuna gelmiştir. Oysa Cumhuriyetin benimsediği özgürlük anlayışı, Osmanlı'da Tanzimat Dönemi'nden itibaren gelişen siyasal, sosyal ve ekonomik gelişmelerin birikimi ile Mustafa Kemal Paşa'nın önderliğindeki milli mücadelenin bir sonucu olarak halkın kendini referans alan bir motivasyonla varlık bulmuştur.

Saltanat yönetimi altında Osmanlı halkı daha çok cemiyet, cemaat gibi sosyal gruplar ile toplumsal liderler ile var olurken Cumhuriyet ile ferdiyeti merkeze alan bir toplum anlayışı esas alınarak bireysel ve toplumsal anlamda refahın sağlanması amaçlanmıştır.

Sosyal politikanın doğuşunu ve gelişimini tarihsel, sosyal ve ekonomik alanındaki dinamik gelişmelere bağlı olarak değerlendirmek gerekmektedir. Osmanlı Devleti'nin geleneksel üretim biçimine bağlı olarak sanayi, ticaret ve ekonomi alanındaki yetersiz gelişimi sonucunda Cumhuriyet ile ortaya konulan amaçları bir bütün olarak ele alıp bu bağlamda Türkiye'deki sosyal politikanın seyrini anlamlandırmak gerekmektedir. Dönemin gelişmiş ülke anayasalarında da açık düzenlemesine yer verilmeyen sosyal politika, sosyal haklar düzenlemeleri 1924 Anayasası'nda da açıkça düzenlenmemiştir.⁹³ Ancak hem Cumhuriyet'in hem de bu dönemdeki anayasal, yasal gelişmelerin temel felsefesi halkın yoksulluğunu ortadan kaldıracak atılımları gerçekleştirmek ve düşünsel, sosyal ve kültürel gelişmişliği yakalamaktır. Bu çerçevede 1924 Anayasası'ndaki bazı maddelere değinmekte fayda vardır.

Anayasa'nın 87'nci maddesinde, iptidai eğitimin devlet mekteplerinde zorunlu olarak verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm sosyal haklarla

⁹² Talas, 1992, s.59.

⁹³ Ergun Özbudun, 1924 Anayasası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s.66.

ilişkili olarak yorumlanmaktadır.⁹⁴ Bu hüküm doğrudan devlete zorunlu bir yükümlülük yükleyen hükümdür. Devletin her Türk için bir zorunluluk olarak bu görevi kendine zorunlu kılması, Cumhuriyet dönemindeki tüm eğitim politikaları için ana dayanak olmuştur. Millet Mektepleri ve Köy Enstitüleri 1924 Anayasası'nın uygulama döneminde hayat bulmuş eğitim alanındaki sosyal politika çalışmalarıdır. Devletin sosyal politikayı anayasal anlamda kendine bağlayıcı bir hüküm olarak koyması, anayasal düzeydeki düzenlemenin uygulama için nasıl bir güçlü kurumsal zemin hazırladığını ortaya koyar. Nitekim sonraki anayasal gelişmelerde de eğitim alanındaki düzenlemeler kapsamı genişletilerek devam etmiştir.

Anayasa'nın 70'inci ve 79'uncu maddelerinde çalışma hakkı ve ticaret serbestisine ilişkin hükümler doğrudan sosyal hakları ve sosyal politikaya dönük hükümler değildir. Bu hükümler serbest üretime destek sağlayıcı mahiyetteki hükümlerdir.

1937 yılında yapılan değişiklik ile uygulamada Cumhuriyet Halk Partisi'nin ilkeleri olarak da yer tutmuş olan Cumhuriyetçilik, Milliyetçilik, Halkçılık, Laiklik ve İnkılapçılık Anayasa'nın ikinci maddesine eklenmiştir. 1921 Anayasası'nın teklifinde de Meclise Halkçılık programı olarak sunulan halkçılık sosyal devleti destekleyen bir ilkedir.

Altı ilkenin Anayasa'ya eklenmesine ilişkin Meclis görüşmelerinde vekiller liberal devlet anlayışını eleştirmiştir. Liberalizmin dünyanın her yerinde çöküşe uğradığını, vatandaşları istismar eden bir anlayış olduğunu, Batı'dan kopya edilen fikirlerle memleketin zehirlenmemesi gerektiği gibi hususlar dile getirilmiştir.⁹⁵ Batı Avrupa ve İngiltere'de burjuvaziye karşı işçi grupları tarafından getirilen tepkiler ile örtüşen eleştiriler getirilmiştir. Batı'da sosyal haklar ve sosyal politikanın doğuşundaki temel argüman da liberalizmin sosyal eşitsizliği ve adaleti yok ettiğiydi. Bu bakımdan liberal bir felsefe ile hazırlansa da 1924 Anayasası'nda sosyal devlet ve sosyal politikayı da destekleyen bir uygulama dönemi olmuştur. Nitekim Tanör'de özellikle 1930'dan sonraki Devletçilik politikası ile 1937'deki anayasa değişikliklerini bu kapsamda değerlendirmiştir.⁹⁶

1924 Anayasası'nda da kasıtlı bir şekilde doğrudan sosyal politikaya ilişkin özel hükme yer verilmemiş olup, 87'nci maddesinde ilkokulu eğitiminin devlet tarafından zorunlu olarak verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm bağlamında uygulama döneminde Millet Dönemleri ve Köy Enstitüleri eğitim hizmetleri verilerek sosyal politika alanında gelişmeler olmuştur. Ayrıca 1937 anayasa değişikliği ile eklenen halkçılık ilkesini de sosyal devlete dönük anayasal bir gelişme olarak değerlendirmek mümkündür.

⁹⁴ Özbudun, 2012, s.65.

⁹⁵ Özbudun, 2012, s.12

⁹⁶ Tanör, 2021, s.311).

C. 1961 ANAYASASI'NDA SOSYAL POLİTİKANIN BOYUTLARI

I. Temel İlke ve Kavramlar

Temel ilkeler; bir konu veya kavramın tutarlı, eleştirel bir biçimde değerlendirilmesine imkân veren ve her türlü tartışmanın dışında tutulan prensipler bütününden oluşmaktadır.⁹⁷ Sosyal politika kavramına ilişkin temel ilkeler; sosyal politikanın doğuşuna kaynaklık eden sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmeler neticesinde oluşmuştur. İlkeler, sosyal politikanın temel felsefesini ortaya koyan kavramlardan türetilmektedir. Çalışmanın ilgili bölümünde, sosyal politikaya ilişkin sosyal demokrasi, sosyal devlet, sosyal vatandaşlık ve sosyal haklar gibi ilgili kavramları ile alınıştık. Sosyal politika için “sosyal adalet” bir kavram iken; “sosyal adaleti sağlamak” sosyal politikanın hem bir amacı hem de ilkesidir.

Anayasalar, toplumun kendi sosyal, siyasal ve ekonomik gelişim dinamiklerine göre gelişen temel hukuk metinleri olup düzenlemeye konu aldıkları müesseselerin temel kavram ve ilkelerini ele almaktadır. 1961 Anayasası'nın hazırlandığı dönem koşullarında, İkinci Dünya Savaşı sonrası özellikle Avrupa ülkelerinde sosyal demokrasi, sosyal haklar ve sosyal politikanın ivme kazandığı ve anayasal, yasal olarak tanındığı döneme denk gelmektedir. Türk anayasa tarihinde 1961 Anayasası, bu bakımdan sosyal politikaya temel teşkil eden ilke ve kavramları doğrudan ilk kez konu alan anayasa olmuştur. Nitekim bu konuda sosyal politikanın gelişimine beşiklik eden ve toplumsal taleplerin yansımaları anayasal düzenlemeye konu olan ülkelere kıyasla ileri düzeyde olması tartışmalıdır.

Sosyal, bu alandaki düzenlemelerin halktan gelen bir talep neticesinde gelişmediğini, evrensel gelişmelerin etkisiyle yapıldığını belirtmektedir.⁹⁸ Sonuç olarak, her ne saik olursa olsun Türkiye’de sosyal politikanın anayasal gelişimi bakımından 1961 Anayasası özel bir yere konulmuştur. Anayasanın hazırlanmasına ilişkin ulusal, uluslararası saikler farklı olsa da hukuki bakımdan doğurduğu sonuçlar herkes için geçerli ve etkilidir. Bu kapsamda 1961 Anayasası'nda sosyal politikaya ilişkin temel ilke ve kavramlar Türkiye’de sosyal politikanın gelişiminde dönüm noktası olmuştur.

1961 Anayasası'nın başlangıç metninde, “...sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak için...” şeklindeki ifadelerle, Anayasa'nın Kurucu Meclis tarafından hazırlanıp ve Türk milleti tarafından benimseneceği ifade edilmiştir. Başlangıç metninde sosyal politika ile ilişkili sosyal adalet, toplumsal huzur ve refah, demokratik hukuk devleti ve sosyal temel gibi kavramlar vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 2'nci maddesinde başlangıç metninde belirtilen ilkelerin de Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer aldığı hüküm altına alınmıştır. Anılan madde ile başlangıç metni anayasa maddeleri arasında vurgulanması, başlangıç metnindeki ilkeleri de güçlendirici bir sonucu beraberinde

⁹⁷ Türk Dil Kurumu, “İlke”, (<https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 21.08.2023).

⁹⁸ Soysal, s.52.

getirmiştir. Başlangıç metninde yer alan sosyal adaletin sağlanması, toplumun huzur ve refahının sağlanması ve demokratik sosyal hukuk devleti gibi ilkeler sosyal politikanın temelini teşkil eden prensiplerdedir.

Ayrıca 2'nci madde de “sosyal hukuk devleti” vurgusu yapılmıştır. Hukuk devleti, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumayı ve ihlal edenlere karşı gerekli yaptırımları sağlamayı amaçlar ve her bireyin eşit haklara sahip olduğu vurgular. Ancak sosyal hukuk devleti, hukuk devleti olmanın asgari gerekliliklerinin yanı sıra, toplumsal sınıf ve gruplar arasındaki sosyal adaletsizliği yok etmeyi ve toplumun tüm fertlerinin eşitlik içinde yaşamasını amaçlamaktadır.

Sosyal politikanın temel kavramlarından olan “sosyal haklar” ise üçüncü bölüm “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenmektedir. Bu konu çalışmanın “Sosyal Haklar” başlığı içerisinde incelenecektir.

1961 Anayasa metni içerisinde sosyal politika ile ilişkili sosyal adalet kavramı, Anayasa'nın başlangıç metni, 10'uncu maddesinin ikinci fıkrası ve 11'inci maddenin ikinci fıkrasında geçmektedir.

1961 Anayasası'nın 53'üncü maddesinde Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı düzenlenmiştir. Bu madde bir yönüyle devlete genel hedefler gösteren program hüküm mahiyetinde bir yandan da sosyal politika ilkesi barındırmaktadır. Bu maddeye göre, devlet ekonomik gelişmesi ve mali gücünün yeterliliği ölçüsünde ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşma ödevini yerine getirecektir. Bu madde hükmünden hareketle “ekonomik gelişme ve mali yeterlilik ilkesi” sosyal politikanın ilkeleri arasında değerlendirilebilir.

2. Program Kurallar

Program kurallar, konu edilen düzenleme konusuna ilişkin devlete misyon belirleyen ve genel hedefler gösteren prensiplerdir. Bu kurallar içerik itibarıyla soyut ve genel ifadeleri barındırmaktadır. Belirlenen misyon ve hedeflerin hangi organ, kurum tarafından nasıl yapılacağına ilişkin hükümlere yer verilmez. Bu bakımdan bu kurallar, bireyler tarafından talep edilebilir subjektif haklar doğurmayan daha çok Anayasa'nın diğer hüküm ve ilkelerini yorumlayan ve alana ilişkin genel çerçeve çizen hükümlerdir.⁹⁹

1961 Anayasası'nda sosyal politika ile ilişkili olarak birçok program kural maddesi yer almaktadır. Başlangıç maddesi, bir bütün olarak bakıldığında Anayasa'nın amacını, Cumhuriyetin niteliklerini ve devletin görev alanına ilişkin genel vizyon ve hedef sunan bir metindir. Benzer şekilde temel hakların niteliği ve korunması başlıklı 10'uncu maddenin ikinci fıkrasında, devletin temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlamak üzere engellerin kaldırılmasını ve insanın gelişimi için gerekli şartların sağlanmasına ilişkin ifadeler yer almaktadır. Bu hüküm aynı maddenin birinci fıkrasının aksine devlete doğrudan somut bir görev vermemektedir.

⁹⁹ Tanör, 1978, s.191.

Burada temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin bir çerçeve çizilmektedir.

Bu şekildeki program hükümler özellikle yasa, kanun hükmünde kararname ve diğer mevzuat çalışmaları ile anayasa mahkemesi tarafından yapılan incelemelerde hukuki anlamda bir ölçü niteliğine haizdir. Nitekim anayasa mahkemesinin 1961 Anayasası kapsamında verdiği bir kararda 10'uncu maddenin ikinci fıkrasını ölçü kural olarak kullanmıştır.¹⁰⁰ Benzer şekilde sosyal politika ile ilişkili olan Anayasa'nın 41'inci maddesi bir program kural maddesi özelliğine sahiptir.

3. Yetki Veren ya da Ödev Yükleyen Kurallar

Program kurallar daha çok Devlet için genel hedefler belirleyen ilkelerden oluşmakta iken; yetki veren ya da ödev yükleyen kurallar, çok daha somut görevler ve yetki yükleyen kurallardır. Bu kurallar, gündeme aldığı özel konularda yasama organına veya yürütme organına belirli ödevler yükler.¹⁰¹ Yetkili organ veya kurumun hangi konuda hangi çerçevede çalışma yapması gerektiği belirgindir.

Yetki veren ya da ödev yükleyen kurallara 1961 Anayasası'ndan birçok örnek vermek mümkündür. Bunlardan birisi, "Ailenin Korunması" başlıklı 35'inci maddesidir. Maddenin birinci fıkrasında, "*Aile Türk toplumunun temelidir.*" hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm, aileyi Türk toplumunun merkezine koyarak Devlete bu konuda bir vizyon, genel hedef koymaktadır. İkinci fıkrasında ise, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alacağını ve teşkilatı kuracağı hüküm altına alınmıştır.

Benzer şekilde "Toprak mülkiyeti" başlıklı 37'nci maddesinde, toprağın verimli işletilmesi, toprağı olmayan çiftçiye toprak verilmesi ve toprağın işletilmesi için teçhizat sağlanması gibi Devlete ödev yüklemektedir. Aynı şekilde "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 40'inci maddenin üçüncü fıkrasında, özel teşebbüslerin işlerliği için gerekli tedbirlerin alınması Devlete ödev olarak yüklenmiştir.

4. Sosyal Haklar

Çalışmanın "Tarihsel ve Kavramsal Çerçeve" başlıklı ikinci bölümü altında sosyal hakların doğuşu, tanımı ve haklar sınıflandırmasında yer aldığı kataloglar, özellikleri, bu hakların tanınmasının önemi ve sonuçları ele alınmıştır. Bu bakımdan bu başlık altında bu başlıklara detaylı olarak değinmeden, yeri geldiğinde 1961 Anayasası bağlamındaki sosyal hakları değerlendirirken değerlendirme yapılacaktır.

Sosyal haklar, klasik kişi hak ve hürriyetlerinde olduğu gibi bir kısmı devlete karışmama ve müdahale etmeme gibi pasif bir rol yükler. Bir kısım

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, E:1963, K:1963/244, T: 21/10/1963. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/244?page=314>, s.e.t 22.08.2023).

¹⁰¹ Tanör, 1978, s.194).

sosyal haklarda Devlete, olumlu edimde bulunma görevi yükler.¹⁰² Örneğin sağlık, eğitim gibi sosyal haklara ilişkin anayasal düzenlemelerde, Devletin bu hakları vatandaşlara sağlamak için gerekli imkanları sağlaması ve tedbirleri alması görevi yüklenir. Bu tür sosyal haklarda bireylerin, hakkın yerine getirilmesini isteme hakları bulunmaktadır.

Özellikle Batı Avrupa’da sosyal hakların anayasal düzenlemelere konu olması, sosyal sınıf ve grupların talebi ile alttan gelen bir talebin yansımaları olmuş iken; 1961 Anayasası’nın sosyal hakları düzenlemesi daha çok 1960’larda küresel düzeyde sosyal haklara ilişkin gelişmelere uyum sağlama, çağın gerisinde kalmamanın bir ürünü olmuştur.¹⁰³

1961 Anayasası’nda sosyal haklar, üçüncü bölümünde “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık altındaki düzenlemelerin hepsi sosyal haklardan oluşmamaktadır. Başlık altında sosyal hakların yanında klasik kişi haklarına yer verilmesi, klasik hakların tarihsel bağlamı içerisinde zamanla sosyal haklarla uyum sağlamaya dönük nisbileşmesi olarak yorumlanmaktadır.¹⁰⁴ Klasik liberal hakların en başlıcalarından olan mülkiyet hakkı da sosyal haklar başlığı altında düzenlenmiştir.

Mülkiyet hakkı, başlangıçta hem derebeylere karşı hem de devlete karşı kutsal bir hak olarak görülmekteydi. Ancak zaman içerisinde burjuvazinin güçlenmesi ile mülkiyet hakkı, sosyoekonomik bakımdan zayıf konumda olan halk sınıflarının erişemediği bir hakka dönüştü. Dolayısıyla 1961 Anayasası’nda olduğu gibi diğer anayasalarda da mülkiyet hakkının bu şekilde düzenlenmesi, herkesin mülkiyet hakkını somut olarak elde etme imkânı ile Devletin bu hakkı sağlama konusunda desteklerini göstermektedir. Toprak mülkiyetinin konu edildiği 37’nci maddede, Devletin toprağı olmayan çiftçiye toprak sağlaması için gerekli tedbirleri almasına ilişkin ifade, Devletin mutlak kişi hakkı olan mülkiyet hakkını sağlamadaki sosyal devlet rolünü ortaya koymaktadır.

Sosyal haklar, devletin sosyal ve ekonomik gelişimi ve mali kaynakları ölçüsünde sınırlı olarak sunabildiği haklardandır. Devlet için bu hakları sağlamak bir zorunluluk değildir. Temel hak ve hürriyetlerde devlet, kişinin haklarını engelleyemez.

Anayasa’nın “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” başlıklı 53’üncü maddesine göre; devletin sosyal haklara ilişkin ödevlerini ancak ekonomik gelişme ile mali kaynakların yeterliliği nispetinde yerine getireceği hüküm altına alınmıştır.

1961 Anayasası; çalışma hakkı, sendikal haklar, sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı, sağlık ve konut hakkını sosyal haklar kapsamında düzenleme konusu edilmiştir. Ayrıca Anayasa’nın “Ailenin korunması” başlıklı 35’inci maddesi, “Tarımın ve çiftçinin korunması” başlıklı 53’üncü maddesi ve Kalkınma başlığı altında yapılan düzenlemeler de sosyal hakların güçlenmesine katkı sağlayan sosyal nitelikteki düzenlemelerdir. 1982

¹⁰² Özbudun, s.152.

¹⁰³ Soysal, 2019 s.68.

¹⁰⁴ Özbudun, 2019, ss.152-153.

Anayasası içerisinde sosyal haklar 1961 Anayasası ile mukayeseli olarak inceleneceği için bu haklar ayrı ayrı ele alınmayacaktır.

5. Sosyal Politika Bakımından Önemi

Türkiye'nin anayasal tarihinde 1961 Anayasası, sosyal politikanın gelişimi bakımından bir dönüm noktası olmuştur. Anayasa'da sosyal politika kavramına ilişkin açık düzenleme olmamasına rağmen yönetimde ve uygulamada sosyal politikanın işlerlik kazanmasını sağlayacak zemin hazırlanmıştır. Sosyal politikanın gelişiminde, Batı'da tabandan gelen tepkilerin neticesindeki hukuki düzenlemelerin aksine Türkiye'de halktan çok güçlü talep olmamasına rağmen anayasa koyucuların iradeleriyle anayasal gelişmeler öncü olmuştur. İngiltere ve Batı Avrupa'da burjuvazinin olağan dışı yükselmesiyle toplum içindeki meydana gelen sosyal eşitsizlik, gelir dağılımındaki adaletsizlik, sözleşme serbestisi altında kadın ve çocuk başta olmak üzere tüm işçilerin insanca yaşamının hiçe sayılması, sosyal hareketlilik neticesinde sosyal politikayı geliştirmiştir. Bu sosyal olgular neticesinde Devlet, ana-yasal düzenlemelerle müdahale etmiştir. Bu gelişmenin Türkiye'den farkı, toplumun elde ettiği sosyal demokrasi, sosyal devlet ve sosyal haklar gibi kazanımların daha iyi içselleştirilmiş olmasıdır.

Türkiye, Osmanlı'dan bu yana Batı gibi ileri düzeyde zirai ve sınai alanda bir sıçrama geçirmemiştir. Buna rağmen Tanzimat'tan itibaren Batı'nın kazanımını takip etmeyi de bırakmamıştır. 1961 Anayasası'nın hazırlık aşamasında da Türkiye, İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan hakları, sosyal demokrasi, sosyal devlet ve refah devlet gibi yeni gelişmeleri anayasaya dahil etmeyi başarmıştır. Hatta bu durum, Türkiye'nin şartlarına göre 1961 Anayasası'nın lüks olup olmadığı tartışmasını yaptırmıştır.¹⁰⁵

1961 Anayasası'nın sosyal politikanın güçlenmesi için kurduğu hukuksal çerçevenin uygulamaya yansımaları üzerinden önemine değinmekte fayda bulunmaktadır.

Anayasa'da ilk kez ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın plana bağlanacağı, Anayasa'nın 41'inci maddesi ile 129'uncu maddesinde hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 41'inci maddesinde ekonomik ve sosyal hayatın adalet merkezli insanlık haysiyetine yaraşır bir şekilde düzenlenmesi öngörülmüştür. İkinci fıkrasında da yatırımların toplum yararının önceliklerini yöneltmeyi vurgulamıştır. Anayasa'nın 141'inci maddesinde ise kalkınma planlarının hazırlanması, yürürlüğe konması ve uygulanması sürecine ilişkin Devlet Planlama Teşkilatının görevleri için yasa düzenlemesi öngörülmüştür.

Anayasa'daki sosyal devleti ve sosyal adaleti sağlamaya dönük iktisadi ve sosyal kalkınma amacı, Devlet'in odak noktasına toplumsal barışı, toplumsal refahı ve her türlü sosyal adaletsizliği gidermeyi amaçladığını ortaya koymaktadır. Anayasa ile bu kadar güçlü ve çerçevesi net çizilmiş zemin, uygulamada sosyal politikayı doğrudan güçlendirmiştir. Örneğin 1961 Anayasası ile hayat bulan ve 1963-1967 Birinci Yıllık Kalkınma Planında; sosyal adalet, sosyal ve kültürel kalkınma, sosyal hayat gibi çok sayıda sosyal

¹⁰⁵ Soysal, ss.69-71.

politikaya ilişkin kavramsal vurgular yapılmıştır. Böylelikle Planlama ile ortaya konulan amaç, hedef ve tedbirler tüm kamu kurum ve kuruluşları için temel politika aracı olmuştur. Bu şekilde sosyal politikanın hedefleri hayat bulmuş ve kurumsallaşması artmıştır.

Ç. 1982 ANAYASASI'NDA SOSYAL POLİTİKANIN BOYUTLARI

1. Temel İlke ve Kavramlar

1982 Anayasası'nda, doğrudan sosyal politika ilişkili olarak sosyal adalet, sosyal devlet, sosyal haklar ve temel ilke ve kavramlar yer almaktadır. Sosyal politikanın anayasal boyutlarını ortaya koymak için bu ilke ve kavramlara değinmekte fayda bulunmaktadır.

1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da başlangıç hükümleri yer almaktadır. Anayasa'nın 176'ncı maddesinde de başlangıç kısmının anayasa metnine dahil olduğu hüküm altına alınmıştır. Başlangıç kısmında "*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...*" ifadesi yer almaktadır. Metinde "sosyal adalet" ve "onurlu bir hayat sürdürme" şeklinde kullanılan kavramlar sosyal devlet ile ilişkili kavramlardır. 1961 Anayasası başlangıç metninde bu vurgu çok daha net ve güçlü bir şekilde ele alınmıştır.

1961 Anayasası'nda üç yerde yer verilen sosyal adalet kavram ve ilkesine, 1982 Anayasası'nda sadece yukarıda alıntısı yapılan başlangıç metni ile 5'inci maddesinde yer verilmiştir. Sosyal adalet; sosyal devlet, sosyal demokrasi ve sosyal politikayla beraber gelişen bunların nihai amacı olarak nitelendirilecek genel bir çerçeve kavramdır. Sosyal adalet; ekonomi, eğitim, sağlık, çalışma hayatı ve hukuk dahil hayatın her alanını kuşatan ve eşitsizlikleri hakkaniyet esaslı gidermeye çalışan bir ilke olarak nitelendirilebilir.

1982 Anayasası'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2'nci maddesinde sosyal politikanın temel ilkelerine atıfta bulunulmuştur. Başlangıç ilkeleri, sosyal hukuk devleti ve insan haklarına saygılı vurgulanmıştır. Oysa 1961 Anayasası'nın 2'nci maddesinde "*insan haklarına dayanan*" ifadesi kullanılarak hem temel hak ve hürriyetler hem de sosyal politika boyutu bakımından daha net ve güçlü bir vurgu bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nın 2'nci maddesinde vurgulanan "*toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde*" ifadeler ile başlangıç hükümleri birlikte düşünüldüğünde, "insan haklarına saygılı" ifadesinin, insan haklarını merkeze alan devlet vurgusundan devleti merkeze alan bir hukuk anlayışına dönüş olarak yorumlanmaktadır.¹⁰⁶ Bu yorumun dışında iki ilke arasında önemli bir farkın olmadığını ifade eden görüşler de bulunmaktadır.¹⁰⁷ 2001 yılında

¹⁰⁶ Soysal, s.127.

¹⁰⁷ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 15.Baskı, Beta Basım, 2017, s.79.

yapılan anayasa değişikliğine ilişkin 14'üncü maddesinde “*insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet*” ifadeleriyle iki görüş arasında bir çözüm yolu bulunmuş oldu.

Sosyal politika bakımından önemli temel ilkelerden biri de sosyal devlet ilkesinin sağlanmasıdır. Liberal devletin getirdiği çıkmazları belirli bir eksene oturtmak için 20. yy.'da güçlenen sosyal devlet ilkesi; kişilere, hukuk devleti ilkesi gibi mutlak bir hak vermez. Devlet ekonomik gelişmeler ve mali kaynakları ölçüsünde, ekonomik ve sosyal adaletsizliği azaltmak için görevler üstlenir. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nda sosyal devleti, herkesin insanın şerefine yaraşır asgari bir hayat standartlarını sağlamak üzere devletin yükümlülüğünü ifade etmektedir.¹⁰⁸ Ancak 1982 Anayasası'nın arka planındaki ekonomi politığına bakıldığında, bu yıllarda dünyadaki neoliberalizm akımı ve küreselleşmeyle birlikte *fonksiyonel/işlevsel* devlet söylemleri geliştirilerek, sosyal devlet ilkesinin daha liberal bir eğilim kazanması tartışılmıştır.¹⁰⁹ Bu duruma göre sosyal devlete ilişkin 1961 Anayasası ile kıyaslandığında 1982 Anayasası'nda daha liberal eğilimli bir sosyal devlet anlayışının olduğu ifade etmek mümkündür.

1982 Anayasası'nın “Devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı 5'inci maddesinde; toplumun refahı, sosyal hukuk devleti, adalet ve siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması gibi bir yönden sosyal politikanın işlerlik kazanması için temeli bir yönden de sosyal politikanın amacı olan ilke ve kavramlara yer verilmiştir. 1961 Anayasası'nda bu maddeye karşılık gelen birebir madde olmamakla birlikte 1961 Anayasası'nın 10'uncu maddesinde karşılığı bulunmaktadır. Maddelerin başlıkları, düzenledikleri bölümler ve madde içeriğindeki lafızlar birlikte dikkate alındığında 1961 Anayasası sosyal politikanın temelini teşkil edecek ilke ve kavramları daha net ve güçlü bir şekilde düzenlemiştir.

1982 Anayasası'nda temel hak ve ödevlerin niteliği, sınırlanması, kötüye kullanmaması ve durdurulmasına ilişkin hükümlerinde 1961 Anayasası'nda olduğu gibi sosyal adalet ve sosyal hak vurgusu bulunmamaktadır. 1961 Anayasası'nın 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında temel hak ve hürriyetlerin kişilere sağlanmasının dışında bu hakların etkili kullanımı için gerekli siyasal, ekonomik ve sosyal zeminin kurulması öngörülmüştür. Bu yönüyle 1961 Anayasası, bu hakların siyasal, ekonomik ve sosyal bakımdan güçlü olanların kudretinde kullanılmaması için Devlete ödev yüklemiştir.

1982 Anayasası'nın iktisadi ve sosyal ödevlerin sınırlarına ilişkin düzenlemeyi konu alan 65'inci maddesinde devletin sosyal ve ekonomik alanlara ilişkin anayasal görevlerini, görevlerin amaç ve önceliklerine göre mali kaynakların imkanı ölçüsünde yerine getireceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye karşılık gelen hüküm 1961 Anayasası'nın 53'üncü maddesidir. 1982 Anayasası ile görevlerin, amaç ve önceliklerinin sıralaması göz önünde bulundurulacağı hükmü ile ekonomik ve sosyal ödevler arasındaki sıralama vurgulanmıştır. 1961 Anayasası'nda “iktisadi ve sosyal amaç” ifadesi ile 1982 Anayasası'nda kullanılan “sosyal ve ekonomik görev”

¹⁰⁸ Özbudun, 2019, ss.140-141.

¹⁰⁹ Kaboğlu, s.106.

ifadeleri birbirinden bazı yönleriyle farklılık arz etmektedir. 1982 Anayasası ekonomik ve sosyal görevler deyimiyle Devletin ekonomik ve sosyal alandaki ödevlerini daha sınırlı tutma amacı içinde olduğu düşünülmektedir.

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişiklikle ilk kez sosyal politika kavramı kullanılmıştır. Düzenleme "Ekonomik Hükümler" bölümü altında yer alan "Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey" başlıklı 166'ncı maddenin 4'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme, ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında istişari görevde bulunacak olan Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluşuna ilişkindir.

2. Program Kurallar

1982 Anayasası'nda Devlete, birçok madde de genel hedef mahiyetinde ekonomik ve sosyal ödev yüklenmektedir. Program kurallar Devlete doğrudan sorumluluk ve görev yükleyen hükümler değildir. 1982 Anayasası'nda 1961 Anayasası'na kıyasla sosyal politikaya dayanak teşkil edecek program kurallar daha zayıf bir şekilde ifade edilmiştir.

Başlangıç metninde temel hak ve hürriyetlerin sosyal adalet gereklerini yararlanılmasına ilişkin ifade, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında sosyal adaletin önemini vurgulayarak Devlete bu konuda bir amaç ve hedef belirlemektedir. Devlet bu amaç bağlamında sadece negatif yükümlülük altında olduğu temel hak ve hürriyetlere ilişkin sorumluluğu yerine getirmenin yanı sıra bu haklardan daha iyi istifade edilmesini sağlamak için toplumdaki ekonomik ve sosyal eşitsizlikleri gidermeyi amaçlamaktadır. Ayrıca Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2'nci maddesinde sosyal adaletin sağlanmasını amaçlayan Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir devlet olduğuna ilişkin hüküm yer almaktadır. Devletin temel amaç ve görevleri başlıklı 5'inci maddesinde hem sosyal adalet hem de sosyal hukuk devletine ilişkin hedefler bulunmaktadır.

1982 Anayasası'nın Vergi ödevi başlıklı 73'üncü maddesinin ikinci fıkradaki "Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır." hükmü maliye politikasının sosyal amacı ortaya konulmuştur.

Bu program hükümlerin dışında 1982 Anayasası'nın birçok maddesinde sosyal ve kültürel kalkınmayı sağlamak, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, kaynakların verimli ve etkin kullanılmasını sağlamak gibi amaç ve hedeflerle program kurallara yer verilmiştir.

3. Yetki Veren ya da Ödev Yükleyen Kurallar

1982 Anayasası'nda Devlete ödev olarak yüklenen ekonomik ve sosyal hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler anayasanın farklı bölüm ve maddelerinde dağınık bir şekilde bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şu şekildedir:

❖ 5'inci maddede; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma amaç ve görevleri Devlete verilmiştir.

❖ 48'inci maddede; Devletin özel girişimlerin ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlarına uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alması görevi yüklenmiştir.

❖ 58'inci maddesinde; Devletin gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.

❖ 60'ıncı maddesinde; Devletin sosyal güvenliği sağlayacak tedbirleri almasına ve teşkilatı kurmasına ilişkin hüküm bulunmaktadır.

❖ 63'üncü maddesinde; Devletin tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamaya ve desteklemeye ilişkin tedbirler alacağına ilişkin hüküm bulunmaktadır.

❖ Bu maddelerin dışında; 73'üncü maddesinde vergi adaletine, 46'ncı maddesinde kamulaştırmaya ve 166'ncı maddesinde planlamaya ilişkin milli gelirin daha adil bir şekilde dağılımını sağlamaya dönük hükümlere yer verilmiştir.

Anayasa'da yer verilen yukarıdaki bazı ekonomik, sosyal ve kültürel tedbirlerden hareketle; Devlet, ferdin ve toplumun temel hak ve hürriyetlerini kullanmasının yanı sıra insanca asgari şartlarda yaşamasını sağlayacak koşulları sağlamak için birçok alana müdahale etme ve bu alanlarda düzenleme yapma ödevini yüklenmiştir.

4. Sosyal Haklar

1982 Anayasası'nın üçüncü bölümünde "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" altında ekonomik ve sosyal haklara yer verilmiştir. Ekonomik haklar esasında klasik haklar arasında yer almakla birlikte sosyal devlet, sosyal demokrasi ve sosyal hakların güçlenmesiyle birlikte, ekonomik ve sosyal haklar şeklinde ifade edilerek sosyal vurgusu güçlendirilmiştir. Ekonomik haklar, liberalizmin doğuşu, tarihsel gelişimi ile ekonomik alana özgü olarak ortaya çıkan haklardır. Bu yönüyle daha çok liberalizme hizmet eden hak olarak değerlendirilmektedir.¹¹⁰ Bu hakların kullanımı sınırsız olmayıp Devlet tarafından belirli şartlar altında sınırlandırılması mümkündür. Bu hakların sınırlandırılması hakların, amacını aşan bir maksatla kullanılmasını bir anlamda sınırlayan durumdur.

Anayasa'da düzenlemesine yer verilen "Kıyılardan yararlanma", "Toprak mülkiyeti", "Kamulaştırma", "Devletleştirme ve Özelleştirme" ile "Çalışma ve sözleşme hürriyeti"ne ilişkin hükümler ekonomik haklar arasında yer alıp bunların Devletin sınırlandırması veyahut gerekli tedbirleri almasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Sosyal haklar; Anayasa'da yer alan sosyal devlet, sosyal adalet ilke ve program hükümlerinin amaç ve hedeflerinin gerçekleşmesinde aracı rol oynamaktadır.¹¹¹ Sosyal haklar kişilere içinde bulunduğu sosyal eşitsizlikleri nispeten giderme imkânı tanırken bir taraftan da Devlete bu hakları sağlama yönünde aktif veya pasif görev yükler. Sosyal hakkın kapsamına göre hakkın yararlanıcısı değişmektedir. Bazı haklar, ekonomik ve sosyal durumu zayıf

¹¹⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, ss.186-187.

¹¹¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, ss.188.

olanlara hitap ederken bazı haklar herkesi kapsamaktadır. Örneğin sosyal güvenlik hakkı herkesin bir hakkı iken bazı haklar yaşlı, engelli veya kadınlara yönelik olmaktadır. Her ne kadar sosyal haklara ilişkin çeşitli sınıflandırmalar yapılmış olsa da tüm sosyal hakların ortak amacı, toplumsal eşitsizliklerin ortadan kaldırarak sosyal adaleti sağlamaya yöneliktir.

1982 Anayasası'nda yer verilen başlıca sosyal hakların içeriği ve kapsamı hakkında aşağıdaki başlıklarda ayrı ayrı açıklama ve değerlendirme yapılacaktır. Konunun ana akışını dağıtmaması ve literatürde ve uygulamada daha çok değinilen haklar ele alınmıştır.

a. Çalışma Hakkı

Sosyal bir varlık olan insan, temel kişi hak ve hürriyetlere sahip olmasının yanı sıra asgari sosyal, ekonomik ve kültürel imkanlara sahip olarak insanca yaşamını sürdürmesi için çalışmaya ihtiyaç duymaktadır. Kişilerin çalışma isteğine karşılık Devlet tarafından herkesin çalışmasına imkân sağlayacak zeminin kurulması gerekmektedir.

Sanayi devrimiyle birlikte, insanlık onuruna yakışmayan çalışma koşullarına karşı ortaya çıkan sosyal tepki sonucunda, Devlet piyasa ile işçi arasında arabulucu rol oynadı. Devlet bir taraftan piyasanın canlılığını koruyarak ülkenin zenginliğini ve üretim kapasitesini artırmak, bir taraftan da zenginliğin ülke insanına asgari sosyal, ekonomik ve kültürel imkânı sunması için hukuksal otorite gücünü kullandı. Piyasanın işçileri çalıştırmasına ilişkin temel prensipler ve ilkeler koydu. Çalışma hakkı da bu iki gücün birbiriyle uzlaşısı neticesinde hukuki bir hakka dönüştü.

Türkiye'de çalışma hakkı ilk kez 1961 Anayasası'nda düzenlendi. 1982 Anayasası'nda ise 49'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında ise, herkesin hakkı olan çalışma koşullarının sağlanmasına ilişkin Devlete yüklenen pozitif yükümlülöklere ilişkin düzenleme yer almaktadır.

Anılan hüküm 2001'de yapılan anayasa değişikliği son halini almıştır. Metnin ilk halinde "*ışsızleri korumak*" ve "*çalışma barışını sağlamak*" hükmü yer verilmemiştir. Yapılan değişiklik, sosyal hakların ve sosyal devletin güçlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Çalışma hakkına ilişkin 1982 Anayasası'ndaki düzenleme ile 1961 Anayasası'ndaki düzenleme arasında kapsam ve içerik bakımından çok önemli bir fark bulunmamaktadır. Sadece 1982 Anayasası'nda çalışma hakkının herkese sağlanması için piyasanın ekonomik zeminini kurulmasına ilişkin Devlete ödev yüklenmektedir.

b. Adil Ücret Hakkı

Çalışanların asgari ekonomik, sosyal ve kültürel koşulları edinerek insanca bir hayat sürdürebilmeleri için; çalışanlar, çalıştıkları işin türüne, koşullarına ve emeğine karşılık adil bir ücret alma hakkına sahiptirler. Çalışanlara adil ücret hakkı ilk kez 1961 Anayasası'nın 45'inci maddesinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın "Ücrette adalet sağlanması" başlıklı 55'inci maddesinde düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, ücretin emeğin karşılığı olduğu şekilde tanımlama yapılmıştır. İkinci fıkrada, çalışanların çalıştıkları işe uygun adil bir ücret almaları ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmalarına Devletin tedbirler alacağı hüküm altına alınmıştır. Üçüncü fıkrada ise, asgari ücretin belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususların neler olduğu sayılmıştır. 2001 anayasa değişikliği öncesinde hükme göre asgari ücretin belirlenmesinde sadece ülkenin ekonomik ve sosyal durumu etkiliydi. Yapılan değişiklikle birlikte asgari ücretin tespit edilmesinde, çalışanların geçim koşulları ile ülkenin ekonomik durumunun da göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre asgari ücretin belirlenmesine ilişkin kriterler esnetilmiştir. Hükümün lafzından, sayılan kriterlerin dışında başka durumların da asgari ücretin belirlenmesinde esas alınabileceği anlaşılmaktadır.

c. Sosyal Güvenlik Hakkı

Sosyal devlet, sosyal demokrasi, sosyal adalet ve sosyal haklar eksenli ana-yasal gelişmeler ışığında sosyal ilk kez 1961 Anayasası'nda düzenlenen güvenlik hakkı, 1982 Anayasası'nın 60, 61 ve 62'nci maddelerinde daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. 60'ıncı madde hükmüne göre; herkesin sosyal güvenlik hakkının olduğu, Devletin sosyal güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve bu alanda teşkilat kuracağı hüküm altına alınmıştır.

Sosyal güvenlik ile ilgili 61'inci madde de sosyal güvenlik kapsamında özel olarak korunması gerekenlere ilişkindir. Madde de özel olarak korunması gereken kişiler arasında; şehitler, dul ve yetimler, gaziler, sakatlar, yaşlılar ve korunmaya muhtaç çocuklar sayılmış ve bu gruptaki kişilere ilişkin Devletin alacağı tedbirlere yer verilmiştir.

ç. Sendikal Haklar

Sanayi devrimiyle birlikte İngiltere ve Batı Avrupa ülkelerinde liberal piyasa koşullarındaki ağır çalışma şartlarına karşı tepkilerini koyan işçiler, dönemin doğal koşulları içinde meydana gelen dayanışma ve iş birliği neticesindeki kolektif tepkiler sendikal hakları doğurmuştur.¹¹² Sendikal haklar sosyal hakların elde edilmesinde aracı olmuş temel sosyal haklardır.

Çalışma hayatının bir parçası olan sendika kavramı, meslek birliği anlamına gelmektedir.¹¹³ Sendika hakkı, temelde işçi haklarını savunmak için kullanılan haklar olmakla birlikte zaman içerisinde işverenlere de tanınmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) kurulması ile sendikal haklara ilişkin uluslararası çalışmalar ve sözleşmeler hazırlanmış, Türkiye'nin de kabul ettiği 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile sendika kurma hakkı tanınmıştır.¹¹⁴

¹¹² Atanur Karaahmetoğlu, "Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Önemi ve Ülkemizde İş Hayatında Sendikal Hak ve Özgürlükleri Zayıflatan Etkenler Üzerine Bir Değerlendirme", C.6, S.11, 2020, İş ve Hayat, 2020, s.77.

¹¹³ Karaahmetoğlu, 2020, s.77.

¹¹⁴ Karaahmetoğlu, 2020, ss.79-80.

Türkiye'nin anayasal gelişimi içerisinde sendikal haklar ilk kez 1961 anayasası ile tanınmıştır. 1982 Anayasası'nda sendika hakkı 51'inci madde ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir. Sendika kurma hakkı başlıklı 51'inci maddesine göre, çalışanlar ve işverenler ekonomik ve sosyal hak menfaatlerini geliştirmek için önceden izin almaksızın sendika kurma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

Sendikal hakların sınırlandırılmasına ilişkin 51'inci maddenin ikinci fıkrası ile temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırılmasına ilişkin 13'üncü madde hükmü bulunmaktadır. Genel sınırlandırma hükmüne göre, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın hakların düzenlenmesine ilişkin anayasa maddelerindeki nedenlere bağlı olarak sadece kanunla sınırlandırılabilir. Sendika kurma hakkı da ancak milli güvenlik, kamu düzeni gibi anayasa da sayılan hallerde kanunla sınırlandırılabilirdiği hükme bağlanmıştır.

Üçüncü fıkrada işçi niteliğinde olmayan kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca son fıkrada sendikaların tüzük, yönetim ve işleyişlerinin Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamayacağı ifade edilmektedir.

Anayasa'nın "Toplu iş sözleşmesi, grev hakkı ve lokavt" kenar başlığı altındaki 53 ve 54'üncü maddelerinde sendikal hakların türevi mahiyetinde olan işçiler ve işverenlerin toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkına; eğer toplu iş sözleşmesinin yapılması esnasında anlaşmazlık çıkarsa da işçilerin grev ve lokavt hakkına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

d. Sağlık Hakkı

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların içinde bulunduğu ikinci kuşak haklar kategorisi içerisinde yer alan sağlık hakkı içinde barındırdığı diğer kuşak haklarla ilişki içerisindedir. Sağlık hakkının, "yaşama hakkı" ile değerlendirildiğinde temel insan hakları ile bağı yargılama konularında vurgulanmakta olup hatta yargısal talep edilebilirliği tartışılmaktadır.¹¹⁵

Sağlık hakkı; hastanın hakları, yaşama riskini önleyici her türlü tıbbi tedavi imkanlarını ve ekipmanlarını, sağlık çalışanlarının sorumluluklarını ve bu hakkın yerine getirilmesine ilişkin Devletin yükümlülüklerini, bu hakkın yerine getirilmesi için elzem olan sosyal güvenlik hakkı gibi hakları da kendi içinde barındıran bir içerik genişliğine sahiptir.¹¹⁶

1982 Anayasası'nın "Sağlık, çevre ve konut" kenar başlığı altındaki 56'ncı ve 57'nci maddelerinde sağlık, çevre ve konut hakkı düzenlenmiştir. 56'nci maddesinin birinci fıkrasına göre herkesin *sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının* olduğu hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemeye göre sağlık hakkı, sadece bedensel ve ruhi hastalıklara karşı korunmayı

¹¹⁵ Muharrem Kılıç, "Pandemik Tehdit Karşısında Sağlık Hakkının Sosyolegal Dinamiği", S.2, 2020, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss.10-13bir.

¹¹⁶ İbrahim Şahbaz, "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı", S.86, 2009, TBB Dergisi, s.410.

kapsayacak tıbbi tedaviyi kapsayacak şekilde dar çerçevede bırakılmamış. İnsanların yaşadığı bölge, şehirleşme, doğa ve iklim gibi iyi yaşamaya olanak sağlayacak tüm unsurları içerecek mahiyet taşımaktadır. Nitekim maddenin ikinci fıkrasında çevre sağlığı ve korunması bu kapsamda açılmıştır. Bu hükümde sağlıklı ve iyi çevre için Devletin ve vatandaşların yükümlülükleri düzenlenmiştir.

Maddenin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında ise dar anlamıyla sağlık hakkının kapsamı ve bu hakkın yerine getirilmesi için Devlete düşen yükümlülük düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrasında, Devlet herkesin bedensel ve ruhsal sağlığını korumaya dönük olarak sağlık kuruluşlarının kamu hizmetlerinin tek elden yürütmesine ilişkin görev ve sorumluluklarına yer vermektedir. Dördüncü fıkrada da kamu, özel sağlık kuruluşlarının denetimlerinin Devlet tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Beşinci fıkrasında da sosyal güvenlik hakkı dışında vatandaşların yararlanabileceği genel sağlık sigortasının kanunla kurulabileceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Konut hakkı başlıklı 57'nci madde de ise Devletin şehirlerin özellikleri, çevre koşulları ve şehir planlama ilkeleri çerçevesinde konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alacağı ve toplu konut yapımına ilişkin girişimleri destekleyeceği hüküm altına alınmıştır.

e. Eğitim Hakkı

İlk kez 1924 Anayasası'nın 87'nci maddesinde düzenlenen eğitim hakkına, 1961 Anayasası'nın hem "Kişinin hakları ve ödevleri" bölümünde hem de "İktisadi ve sosyal haklar" bölümü altındaki "Öğrenimin sağlanması" başlıklı 50'nci maddesinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nda eğitim hakkı, "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" kenar başlığı altındaki 42'nci maddesi altında düzenlenmiştir. Maddenin beşinci fıkrasında sosyal hak ve politikalarla ilgili olarak ilköğretimin kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu olduğu ve devlet okullarında parasız olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca yedinci fıkrasında maddi imkanları yoksun öğrenciler için burs ve başka yollarla devletin yardım yapacağı ifade edilmiştir.

f. Sosyal Hakların Sınırlandırılması

1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması düzenlenmiş olmasına rağmen 65'inci maddesinde sosyal haklar için özel bir sınırlandırma hükmüne yer verilmiştir. Sosyal hakların sınırlandırılmasına ilişkin 1982 Anayasası'nın "Sosyal ve ekonomik hakların sınırı" başlıklı 65'inci maddesinin ilk düzenlemesine göre, Devlet tarafından *"ekonomik istikrarın korunması gözetilerek, mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde"* ekonomik ve sosyal haklar sınırlandırılabilir. Bu hüküm 1961 Anayasası'nın 53'üncü maddesine denk gelmektedir. 1961 Anayasası ekonomik ve sosyal hakların ekonomik gelişme ve mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde sınırlandırılmasını ön görürken 1982 Anayasası sınırlandırılmasında ekonomik istikrarın korunmasını şart koşmuştur. 1982 Anayasası'nın bu hükmüne göre ekonomik ve sosyal hakların yerine getirilmesinde Devlete çok geniş takdir yetkisi bırakılmıştır. Ekonomik

politikalar ile sosyal politikaların sınırının Anayasa’da daha somut bir şekilde düzenlenmemesi sosyal hakların güçlenmesi bakımından önemli riskleri içinde barındırmaktadır. Bu hükme göre Devlet’e somut olarak niçin sosyal politika yapacağına ilişkin anayasal objektif kriter konulmamıştır. Dolayısıyla bu hüküm, sosyal politikalar yerine ekonomik politikaların önceliğe alındığını göstermektedir. Veyahut devlet tarafından halkın memnuniyetini daha yüksek oranda sağlamak için ekonomik politikaların yapısını bozacak derecede sosyal politika yapma kudretini de vermektedir. Hükümün iki yönden de çok esnek olması iki taraflı risk oluşturmaktadır.

1982 Anayasası’nın 65’inci maddesi ile diğer bazı maddelerinde 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik 17 Ekim 2001 tarih ve 24556 sayılı Resmî Gazete ile yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenlemeye göre, Devletin sosyal ve ekonomik alanlara dönük belirlenen görevlere ilişkin amaçlarına uygun öncelikler gözetilerek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır.

5. Sosyal Politikanın Gelişimine Etkisi

1961 Anayasası’nın hazırlandığı ekonomik ve siyasal koşullarda dünyada sosyal demokrasi, sosyal devlet ve sosyal haklar eksenli söylemler popüler iken 1982 Anayasası’nın hazırlandığı dönemde, 1970’lerde Amerika merkezli olarak çıkan ekonomik kriz etkisiyle dünyada tekrar liberal söylemi esas alan neoliberal ekonomik politika anlayışı egemen olmaya başlamıştır.¹¹⁷ Dolayısıyla 1982 Anayasası hem dünyada hem de Türkiye’de meydana gelen ekonomik dalgalanmaların eşliğinde hazırlanan ve arka planında neoliberal ekonomi anlayışının etkileri de görülen bir anayasadır. Göçmen’e (2011) göre 1980 Darbesi sonrasındaki anayasal zeminde Türkiye’de sağ-sol ayrımını ortadan kaldırarak muhafazakâr neoliberal bir zemin kurmak da amaçlanmıştır. 1982 Anayasası ile sosyal devlet uygulaması daha zayıf bir konuma itilerek yerine din merkezli hayırseverlik anlayışının ikame edildiği sosyal politika uygulamaları gelişmiştir.¹¹⁸

İktisadi politika ile sosyal politika arasındaki ilişki tavuk-yumurta paradoksu gibi çetrefilli ve zor değildir. Sosyal politikanın temelinde iktisadi politikaları güçlendirme, sınırlama veyahut sermaye-sosyallik dengesini kurmak düşüncesi yatmaktadır. Hâkim iktisat politikasını engelleyici sosyalist ideolojiler gibi bir sosyal politika anlayışına da pek müsaade edilmemiştir. Bu bakımdan sosyal politika bir anlamda iktisadi politikanın neticesi olarak da değerlendirilebilir.

1961 Anayasası, sosyal politikanın boyutlarını konu aldığı sosyal adalet, sosyal devlet ve sosyal haklarda güçlü bir sosyallik vurgusuna haizdir. 1961 Anayasası’na bütüncül felsefesine bakıldığında da bu durum ortadadır. Ancak 1982 Anayasası ile sosyal devlet, sosyal haklar ve sosyal politika

¹¹⁷ Aynur Uçkaç, “Türkiye’de Neoliberal Ekonomi Politikaları ve Sosyo-Ekonomik Yansımaları”, S.158, 2010, Maliye Dergisi, ss.426-427.

¹¹⁸ İpek Göçmen, “Muhafazakarlık, Neoliberalizm ve Sosyal Politika: Türkiye’de Din Temelli Sosyal Yardım Organizasyonları”, S.58, 2011, Doğu Batı Düşünce Dergisi, ss.118-119.

vurgusu daha ihtiyatlı bir şekilde ifade edilmiştir. Özellikle iktisadi politikalarla uyum gözetilmiştir. Bu bakımdan 1982 Anayasası daha az *sosyal devlet* karakterlidir.¹¹⁹ Anayasada devletin sosyal politikayı imkanları ölçüsünde gerçekleştirilmesine yönelik düzenleme, sınırları ve ölçüsü objektif olarak belirlenmemiş ve denetimden uzak bir hüviyete sahiptir.

Sosyal haklar, kişi hak ve hürriyetleri gibi mutlak korunan haklardan olmayıp Devletin kendi ekonomik imkanları ölçüsünde yerine getirmekle ödevli olduğu haklardandır. Sermaye-emek çekişmesi neticesinde zor koşullarla elde edilen sosyal haklar, varlığını sürdürebilmek için uygun zeminin olma şartına bağlanmıştır. Bu bakımdan sosyal haklar, kapitalizmin kendi imkanlarının el verdiği ölçüde verdiği sınırlı tavizlerden oluşmaktadır. İnsana dair iyi-kötü her türlü talebi pazarlanabilir bir nesneye dönüştüren kapitalizm sosyal hakların da kendi araç ve imkanlarla vatandaşa daha iyi ve etkin sunulacağını savunarak sosyal haklara ilişkin hizmetlerin yürütülmesine talip olmuştur.¹²⁰ Bu bakımdan eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik gibi sosyal haklara ilişkin alanlardaki kamu hizmetlerinin özel sektörü aracılığıyla gördürülmesine imkân sağlanmıştır.

1982 Anayasası'nın *Ekonomik hükümler* başlığı altındaki 166'ncı maddesinde ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasına yönelik Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmasına ilişkin hüküm bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nın anılan maddesinde 1961 Anayasası'ndan farklı olarak ilk kez "*sosyal politika*" deyimini kullanılmıştır. Madde uyarınca 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Kanun ile Konsey'in üye seçimi ve amacına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Anayasal kurum olan Konsey'in sosyal politikalar bakımından daha etkin rol alması sosyal devlet ilkesinin güçlenmesi bakımından büyük bir öneme haizdir.

Sonuç olarak, 1982 Anayasası 1961 Anayasası'nda ele alınan sosyal adalet, sosyal devlet, ekonomik ve sosyal haklar, devlete ödev yükleyen hükümler ile diğer tedbirlere eşgüdümlü düzenlemeleri devam ettirmiş olsa da dönemin küresel neoliberal ekonomi politikalarının etkisinde kalarak bu kurumları 1961 Anayasası'na nispetle daha zayıf kalmıştır.

SONUÇ

Çalışmada; sosyal politikanın doğuşu, hukuk ve anayasa ile kavramsal ilişkisi, İngiltere ve Batı Avrupa'daki ana-yasal gelişimi de göz önünde bulundurularak, sosyal, siyasal ve ekonomik tarihsel arka planı da dikkate alınan Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerinden Sened-i İttifak, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı, Kanun-i Esasi ile 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasası bağlamında sosyal politikanın; hangi kavram ve ilke, haklar ve program hükümler ile nasıl ele alındığını bulgularıyla ortaya konularak tartışılmıştır.

¹¹⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.105.

¹²⁰ Umut Omay, Sosyal Haklar, Beta Basım, İstanbul, 2011, ss.136-137.

Yapılan akademik çalışmalarda ya anayasa hukukuna ilişkin hukuksal boyutuyla çalışılmış ya da sosyal politika tarihine ilişkin anayasa hukuku ile ilişki kurulmadan çalışıldığı görülmüştür. Bu kapsamda sosyal politikanın Türkiye'deki anayasal gelişimine ilişkin disiplinler arası, bütüncül bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmanın sosyal politika-anayasa ilişkisine dair literatürdeki boşluğa katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Osmanlı dönemi anayasal gelişmelerinde doğrudan sosyal politikayı esas alan düzenlemelerin olmadığı, yapılan sosyal içerikli düzenlemelerin geniş anlamda sosyal adaleti sağlamaya dönük olmuştur. Ancak Osmanlı döneminde İslam hukuku, örfi hukuk ve toplum hayatında sosyal politikanın araçlarından olan sosyal yardımlaşma ve vakıf kültürünün getirdiği bir sosyal adalet anlayışının bulunduğu görülmektedir.

Cumhuriyet dönemi anayasal gelişmelerine *sosyal* açıdan genel bir değerlendirme yapıldığında; 1921 ve 1924 Anayasaları, halkın desteği ve gücünü arkasına alarak tam anlamıyla sosyal demokrasi mücadelesinin Türkiye'ye has, özgün tarafını ortaya koyan ve Cumhuriyeti kuran bir anlayış ve ruh üzerine inşa edilmiş anayasal gelişmeler olarak özel bir yere sahiptir. Her ne kadar demokratik olmayan bir zemin üzerinde hazırlanmış ve kabul edilmiş olsa da 1961 ve 1982 Anayasaları ise dünyanın ve ülkenin içinde bulunduğu ekonomik, sosyal ve siyasal zeminin değişim seyrine göre dünyadaki sosyal anayasalara nispet edilecek bir sosyal anayasal gelişmeyi yakalamıştır.

Tarihsel, kavramsal ve toplumun en önemli belgeleri olan anayasalar üzerinden ele alınan sosyal politika; özü itibariyle insanda var olan iyilik erdeminin, tarihi kazanım ve tecrübeler neticesinde merkezine aldığı sosyal adalet ekseninde kurumsal bir yapıya bürünerek insanların ortak iyiliği için hizmet eden bir kuruma dönüşmüştür. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nda sosyal adalet, sosyal devlet ve sosyal haklar üzerinden doğrudan ele alınan sosyal politikanın; merkezine sosyal adaleti, insanın refahını ve huzurunu alan müstakil bir kurum olarak kapsamlı bir şekilde anayasal düzenlemeye konu edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Çalışmadan elde edilen bulgular kapsamında sosyal politikanın gelişimine yönelik bazı diğer önerilerimiz şu şekildedir:

❖ Halihazırda yürürlükte olan 1982 Anayasası'nın *Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları* başlıklı 65'inci madde hükmü, sosyal hak ve politikaların Devlet tarafından hangi oran ve ölçütte yerine getirileceğine ilişkin objektif ölçülebilir bir imkân tanımamaktadır. Lafız itibariyle "mali kaynakların yeterliliği" kriteri sosyal hakların sınırlandırılmasına dönük aleyhte bir durum arz etmektedir. Bu düzenlemeye göre Devlet, salt ekonomik politikaların çıkarını güden bir amaç edinse bunun sosyal hak ve politikaların yerine getirilmediği yönünden bir tespiti pek mümkün kılamayacağı gibi; ilk seçeneğe göre daha zayıf bir ihtimal de olsa hükümetlerin siyasi çıkarları için kamu maliyesinin mahvına neden olacak sosyal politika araçlarına sarılması durumunda, bu orantısız sosyal politika uygulamaları neticesinde mali kaynakların ölçüsünün aşıp aşılmadığına ilişkin etkili inceleme ve denetim mekanizması bulunmamaktadır. Bu bakımdan anılan anayasa maddesinde değişiklik ihtiyacı bulunmaktadır.

❖ Anayasal bir kurum olan *Ekonomik ve Sosyal Konsey*'in kurumsal kapasitesinin güçlendirilmesi ve etkinliğinin artırılması üzerine çalışmalar yapılabilir.

❖ Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde çalışması yürütülen kanunların, sosyal haklar ve sosyal politikalar yönünden etki-analizini yapmak üzere *Sosyal Haklar ve Sosyal Politikalar Komisyonu* kurulabilir.

KAYNAKÇA

- Abadan Y, Tanzimat Fermanı Tahlili, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.
- Akyıldız A, “Sened-i İttifak’ın İlk Tam Metni”, S.2, 1998, İslam Araştırmaları Dergisi, ss.209-222.
- Alatlı A, Batıya Yön Veren Metinler, C.4, Kapadokya Meslek Yüksekokulu, 2010.
- Zühtü Altan Ö, Sosyal Politika, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2007.
- Aristoteles, Nikomakhos’a Etik, Çev. Saffet Babür, 4.Baskı, BilgeSu Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Aydın A R, “Anayasaların Ekonomi Politikası” S.120, Gelenek Dergisi, (<https://gelenek.org/anayasalarin-ekonomi-politigi-uzerine/>, s.e.t 21.08.2023)
- Niyazi Berkes, Türkiye’nin Çağdaşlaşma Tarihi, 18.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2012.
- Bulut N, “Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı”, (<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/N.Bulut-2.pdf>, s.329).
- Cevizci A, Felsefe Sözlüğü, Say Yayınları, İstanbul, 2017.
- Çebi S S, Sosyal Adalet: Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Erkul İ, Sosyal Politika Dersleri, C.1, 2.Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1988.
- Göçmen İ, “Muhafazakarlık, Neoliberalizm ve Sosyal Politika: Türkiye’de Din Temelli Sosyal Yardım Organizasyonları”, S.58, 2011, Doğu Batı Düşünce Dergisi, ss.115-144.
- Gözler K, Türk Anayasa Hukuku, 7.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.
- Gözübüyük Ş/Kili S, Türk Anayasa Metinleri, 2.Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- Gümüş M, “Anayasal Meşrûti Yönetime Medhal: 1856 Islahat Fermanı’nın Tam Metin İncelemesi”, S.47, 2008, Bilig/Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, ss.219-230.
- Günay B/Tekir A F, “Tanzimat Sonrası Vergi Reformlarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, C.24, S.2, 2018, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.711-742.
- Güriz A, Hukuk Felsefesi, 12.Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.
- İlal E, “Magna Carta”, S.1-4, C.34, 2011, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss.210-242.

İnalçık H, “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümâyunu”, C.28, S.112, 1964, Belleten, ss.603-622.

İnalçık H/Seyitdanlıoğlu M, Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2006.

Kaboğlu Ö İ, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Kahraman S/Şişmanoğlu G, “Osmanlı İmparatorluğu’ndan Türkiye Cumhuriyeti’ne Devralınan İktisadi Yapı”, S.2, 2019, Uluslararası Sosyal Bilimler Akademi Dergisi, ss.40-52.

Karahmetoğlu A, “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Önemi ve Ülkemizde İş Hayatında Sendikal Hak ve Özgürlükleri Zayıflatan Etkenler Üzerine Bir Değerlendirme”, C.6, S.11, 2020, İş ve Hayat, 2020, ss.75-99.

Karabacak Y, “Sosyal Politika Aracı Olarak Vergilemenin İşlevleri: Türkiye Örneği”, C.62, S.2, 2012, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, ss.223-252.

Karal E Z, Osmanlı Tarihi Nizam-ı Cedid ve Devirleri (1789-1856), C.5, TTK Yayınları, Ankara, 1999.

Kılıç M, “Pandemik Tehdit Karşısında Sağlık Hakkının Sosyolegal Dinamiği”, S.2, 2020, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss.1-46.

Koray M, Sosyal Politika, 3.Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008.

Koray M/Topçuoğlu A, Sosyal Politika, Ezgi Kitabevi, Bursa, 1995.

Kömbe İ, “Adalet Dairesinin Teşekkülü ve Temel Kavramlar”, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Felsefesi Bilim Dalı, İstanbul, 2014.

Kütükoğlu M S, “Ferman”, C.12, TDV İslam Ansiklopedisi, 1995, ss.400-406.

Omay U, Sosyal Haklar, Beta Basım, İstanbul, 2011.

Oral A İ/Şişman Y, Sosyal Politika I, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2018.

Ortaylı İ, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2010.

Özbudun E, 1924 Anayasası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.

Soysal M, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997.

Sunal O, “Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme”, S.3, C.66, 2011, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss.283-305.

Şahbaz İ, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, S.86, 2009, TBB Dergisi, ss.405-423.

Şahinkaya S, “Mustafa Kemal Paşa’nın Halkçılık Programı 13 Eylül 1920”, S.32, 2019, Memleket Siyaset Yönetim, ss.183-194.

Şimşek A A, “Sosyal Devlet İlkesinin Hukuki Değeri”, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.

Tabakoğlu A, “Öşür”, C.34, 2007, TDV İslam Ansiklopedisi, ss.100-103.

Talas C, Toplumsal Politika, 5.Baskı, İmge Yayınevi, İstanbul, 1995, ss.25-30.

Talas C, Türkiye'nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1992.

Tanilli S, Anayasalar ve Siyasal Belgeler, Cem Yayınevi, İstanbul, 1976.

Tanör B, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul, 1978.

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 15.Baskı, Beta Basım, 2017.

Tanör B, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 35.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2021.

Tetik A/Korkmaz A, "Osmanlı Döneminde Sosyal Politika Uygulamaları", S.27, C.3, 2022, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss.423-443.

Tokol A, Sosyal Politika, Uludağ Üniversitesi Güçlendirme Vakfı, Bursa, 1997.

Uçkaç A, "Türkiye'de Neoliberal Ekonomi Politikaları ve Sosyo-Ekonomik Yansımaları", S.158, 2010, Maliye Dergisi, ss.422-430.

Yılmaz H/Acar A, "Sosyal Devlet Olabilmenin Anahtarı: Sosyal Politikalar Geliştirebilmek", S.37, C.17, 2021, Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, ss.4738-4759

Anayasa Mahkemesi, E:1963, K:1963/244, T: 21/10/1963. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/244?page=314>, s.e.t 22.08.2023).

Türk Dil Kurumu, "Ana", (<https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 21.08.2023).

Türk Dil Kurumu, "İlke", (<https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 21.08.2023).

www.aym.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

**CUMHURİYETE DOĞRU
HUKUKUMUZDA
GELİŞMELER**

OSMANLI'DAN CUMHURİYET'E ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

International Treaties from the Ottoman to the Republic

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN*

Öz: Türk hukuk tarihinde uluslararası antlaşmalar, içinde bulunulan dönemlerin siyasi, ekonomik ve toplumsal şartlarından etkilenerek, değişik gelişim aşamalarından geçmiştir. Osmanlı döneminde birbirinden farklı özellikler arz eden metinler, devletin yıkılış sürecine gelindiğinde hukuki sonuçlar açısından da birbirinden ayrılmış; ancak XIX. ve XX. yüzyılda teknik, kültürel ve ekonomik alanlarda ortaya çıkan yenilikler konusundaki uluslararası antlaşmaların yakından takibi ihmal edilmemiştir. Dolayısıyla Osmanlı Devleti, yüzlerce yıllık kapitülasyon rejiminin yanında, modern uluslararası ilişkilerin doğurduğu çok taraflı antlaşmalar sisteminin de içinde yer almıştır. Millî Mücadele döneminin ardından, yeni kurulmakta olan devletin uluslararası hukuktaki dayanağını teşkil eden Lozan Antlaşması'yla kapitülasyonlar kaldırılmış; Osmanlı döneminde yürürlüğe giren ya da görüşmelerine katılım sağlanan uluslararası antlaşmalar hakkında da çeşitli hükümler getirmiştir. Bu durum, Lozan Antlaşması'nı halefiyet ve devamlılık tartışmalarının da merkezine oturtmuştur. Zira Lozan Antlaşması'nın Osmanlı döneminde onaylanan ya da sadece görüşmelerine katılım sağlanan uluslararası antlaşmalar konusundaki hükümleri, uluslararası antlaşmalar konusunda Cumhuriyet döneminde izlenecek politikanın ilk aşamasını oluşturmuş; konuyla ilgili gerek hukuk tarihi, gerek uluslararası hukuk literatüründe boşluk bulunması da, çalışmayı özgün kılmıştır. Sonuçta uluslararası antlaşmalar alanında da her açıdan tam bağımsızlık, eşitlik ve karşılıklılık esaslarına dayanılarak, Ulu Önder Atatürk'ün çağdaşlaşma hedefi izlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk hukuk tarihi, uluslararası hukuk, uluslararası antlaşmalar, Lozan Antlaşması.

Abstract: In Turkish legal history, international treaties have gone through various developmental stages, affected by the current political, economic, and social conditions. The treaty texts, which had different characteristics from one another during the Ottoman period, diverged from each other in terms of legal consequences during the collapse of the state. The Ottoman Empire did not neglect to closely follow the international developments regarding the innovations that emerged in the technical, cultural, and economic fields in the XIXth and XXth centuries. Therefore, in addition to the centuries-old capitulation regime, the Ottoman Empire also participated in the system of multilateral treaties created by modern international law. Following the period of the War of Independence, the Treaty of Lausanne, which constituted the basis of the newly established state in terms of international law, dealt with the subject of international treaties in all points of view, abolished capitulations completely, and introduced various regulations on international treaties that entered into force during the Ottoman period or whose negotiations were participated in. This context has placed the Treaty of Lausanne at the centre of succession and continuity debates. The provisions of the Treaty of Lausanne on international treaties that were ratified or only negotiated during the Ottoman period contributed to the international legal policy to be followed in the Republican era and constituted the first stage of realizing of the Great Leader Atatürk's goal of modernisation through international treaties based on the principles of full independence, equality, and reciprocity in all fields.

Keywords: Turkish legal history, international law, international treaties, Treaty of Lausanne.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, orsten@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7634-8092

Çalışma, TÜBİTAK'ın ARDEB-1001 Programı çerçevesinde tamamlanan 220K076 numaralı proje kapsamında desteklenmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 11.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 11.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391695

GİRİŞ

Tarih boyunca devletler arasındaki ilişkilerin şekillendirilmesinde rol oynayan etkenler arasında antlaşmalar önemli yer tutmaktadır. Zira modern uluslararası hukuktan önce, binlerce yıllık insanlık tarihi boyunca, birbirinden çok farklı özellikteki devletlerin birbirleriyle ilişki kurarken başvurdukları yöntemler arasında antlaşmalar başı çekmektedir. Bu doğrultuda devletlerin karşılıklı iradelerinin uyuşmasıyla, uluslararası hukukun yasaklamadığı her konunun, antlaşmalar aracılığıyla düzenlendiği görülmektedir. Bu durum, antlaşmanın tek bir tanım altında kapsamının ifade edilmesini zorlaştırırsa da; en genel anlamıyla uluslararası antlaşma, uluslararası hukuk kurallarına uygun bir biçimde, uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında hukuki ilişki kurmak, bunu değiştirmek veya sona erdirmek amacıyla yapılan yazılı irade uyuşmasıdır. Uluslararası antlaşmaları ifade etmeye antlaşma, sözleşme, anlaşma, beyanname, misak, protokol gibi kavramlar sıklıkla kullanılırken; terimler arasında şekil ve içerik açısından yeknesaklık sağlanmasına yönelik teşebbüsler ise sonuçsuz kalmıştır. Ancak söz konusu terimler arasında koşullara göre yorumlanabilecek sınırlı farklılıklar mümkün olmakla birlikte, bu farklılıkların hukuki açıdan kesinlik arz etmediği yönünde doktrinde görüş birliği vardır.¹

Uluslararası hukuk tarihi, farklı zaman dilimlerinde uluslararası hukuk düzeninden ne anlaşılması gerektiğine bağlı olarak sınıflandırmaya tabi tutulabilir. Buna göre, uluslararası hukuktan bağlayıcı güce sahip birçok kuralı kapsayan bir hukuk düzeninin anlaşılması durumunda XVI. ve XVII. yüzyıllardan itibaren inceleme yapılması mümkün olmakta; ancak evrensel bir uluslararası hukuk düzeni tarihini araştırırken XX. yüzyıl çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, uluslararası düzen, devletler arasındaki ilişkilerin zorunlu kıldığı temel bazı uygulamalarla sınırlı düşünüldüğünde, uluslararası hukuk tarihini, antik çağlara ve hatta daha öncesine kadar geriye götürerek değerlendirmek de mümkün olmaktadır.²

Diğer taraftan, uluslararası hukuk tarihini belirli bir kapsamla sınırlayarak incelemenin dışında, bu sınırlamanın, sadece bir devlette veya bir ulus tarafından tarih boyunca kurulmuş çeşitli devletlerde uluslararası hukuk anlayışının, uluslararası hukukun temel ilkelerinin ve kurumlarının gelişim sürecinin incelenmesi şeklinde yapılması da olanaklıdır. Nitekim Türk hukuk tarihinin en eski dönemlerinden itibaren kurulan çok sayıda Türk devletinin, komşusu veya düşmanı olan

¹ Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, 3. Kitap-Devletler Arasında Antlaşmalar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1936, s. 10-18; Edip Çelik, Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap, 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 61; Ülkü Halatçı Ulusoy, Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Uluslararası Antlaşmaların Yapımı ve Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 7-14.

² Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, I. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 37, 38.

başka devletlerle olan ilişkileri, uluslararası hukuk çerçevesinde bu kapsamda değerlendirilebilir.

Türk hukuk tarihinin günümüzde yüzyıllık bir geçmişe ulaşan Cumhuriyet döneminde, modern uluslararası hukuk anlayışının ve gelişmelerinin her yönüyle takip edilerek uygulandığı görülmektedir. Bu durum, 100. yılını dolduran Cumhuriyetle beraber izlenen Ulu Önder Atatürk'ün koyduğu çağdaşlaşma hedefinin yanında, 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması'nın kazandırdığı, eşit, bağımsız ve karşılıklılık esaslarına dayanan uluslararası hukuk çizgisinin de bir sonucudur.

Bu çerçevede, çalışma, Türk hukuk tarihinin Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne geçiş sürecini uluslararası antlaşmalar üzerinden değerlendirmeyi hedeflerken; Lozan Antlaşması'nın konuyla ilgili maddelerini ve doğurduğu sonuçları da kapsamına almaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukuk alanında Osmanlı dönemine ait bir birikimden yararlanıp yararlanılmadığı kadar, başta 99. ve 100. maddeleri olmak üzere, Lozan Barış Antlaşması'yla uluslararası antlaşmalar konusunda Cumhuriyet dönemine nasıl bir anlayış kazandırıldığı da ortaya konulmuş olacaktır.

Bu açıdan kapsam, halefiyet ve devamlılık tartışmaları açısından da önem arz eden ve içerdiği uluslararası antlaşmaların uygulanması açısından Cumhuriyet döneminde karşılık bulan maddelerle sınırlandırılacak; kapitülasyonlar ise, Lozan Antlaşması'nın ardından tamamen tarihe karıştığı için, ilgili yerlerde değinilmesinin dışında, esas itibarıyla kapsam dışında bırakılacaktır.

I. OSMANLI DÖNEMİNDE ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

Osmanlı Devleti'nin kuruluşuyla birlikte, başta Avrupa'da Bizans, sonraki dönemlerde özellikle Doğu'da Safeviler olmak üzere, çeşitli devletlerle değişen şartlar karşısında yürüttüğü dostane ve hasmane ilişkiler, zengin bir barış terminolojisi ve prosedürünün gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Osmanlı Devleti döneminde, günümüzdeki antlaşma sözcüğüne karşılık gelen ahd, muahede, eman, sulh, musalaha, hüdne ve muhadene gibi birden fazla ifade kullanılmıştır. Genel anlamda antlaşmalara karşılık, muahede, musalaha ya da ahitname terimlerinin tercih edildiği; belirli süreli akitler için hüdne ve muhadene tabirlerinin ön plana çıktığı görülmektedir. XIX. yüzyıla kadar antlaşmalar, ahitname adıyla anıldıkları halde, zamanla tek taraflılık özelliğini kaybederek, karşılıklı yapılan muahede niteliğini kazandıkları belirtilmiştir. Bu durum, eskiden olduğu gibi, metnin başında padişah tuğrası bulunmakla beraber, zaman içinde dibacenin sonuna doğru, ahitname yerine, karşılıklılık anlamı içerdiği belirtilen 'muahede' sözcüğünün geçmesiyle anlaşılmaktadır. Söz konusu değişiklik, Avrupa hükümdarlarının dönem

itibarıyla Osmanlı padişahlarıyla eşit seviyede kabul edildiğinin göstergesi olarak da yorumlanmıştır.³

Osmanlı Devleti'nin akdettiği bilinen uluslararası antlaşma örnekleri arasında, 1307'de Osman Gazi ile Uluabad hakimi arasında yapılan antlaşma ile 1325'te Orhan Bey ile Bizans İmparatoru II.Andronikos arasında yapılan ve Bursa'nın Osmanlılara bırakılmasını düzenleyen antlaşma gösterilmektedir.⁴

Klasik dönem boyunca Osmanlı Devleti'nin uluslararası ilişkilerdeki tutumunu, esas itibarıyla hukuk sisteminin dayanağı olan İslam hukuku belirlemiştir. Bunun yanı sıra, eski Türk devlet geleneğinden bazı ilkeler veya fethedilen bölgelerdeki yerel uygulamalar da, İslam kamu hukukunun çizdiği genel çerçevenin yanında, belirleyici olmuştur. Ayrıca klasik dönemde uluslararası hukukun kaynakları arasında, İslam hukuku ile çeşitli örf ve teamül dışında, antlaşmaların da sayılması mümkündür.⁵ Bu çerçevede Osmanlı Devleti'nin yaptığı her antlaşma, İslam devletler hukukunun bir uygulaması olduğu gibi; dönemin kendine özgü uluslararası hukuk uygulamalarına farklı açılardan katkı sunmuş ve zaman zaman örnek oluşturmuştur.

Örneğin, Osmanlı Devleti tarafından Avrupa devletlerinin vatandaşlarına karşı uygulanacak hukuki düzenin ele alındığı kapitülasyon anlaşmalarının kökeni, İslam hukukunun müstemenlik uygulamasına dayanmış; padişahın tek taraflı bir işlemiyle başlayıp, zaman içinde tarafları karşılıklı bağlayan hak ve yükümlülükler rejimine dönüşmüştür.⁶ Bu doğrultuda tanınan ayrıcalıkların kapsamı da, hukuki, ekonomik ve idari olmak üzere giderek genişlemiş; Avrupalı devletler, birbirlerinin elde ettiği ayrıcalıkların takipçisi olmuşlardır.

Diğer taraftan, antlaşma uygulamaları, XVII. yüzyılın başına kadar esas itibarıyla Osmanlıların güçlü konumda olarak kazandıklarını karşı tarafa kabul ettirme şeklinde süregelmiştir. Hatta uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, Osmanlı Devleti açısından haklı savaş nedeni olarak kabul edilmiş ve uygulamada da örnekleri gözlenmiştir.⁷ Ancak bu durum, 1606'daki Zıttorok Antlaşması'nın ardından değişmiş; bu tarihten XVIII. yüzyılın sonuna kadar Osmanlı Devleti'nin akdettiği antlaşmalar, Avrupalı devletlere

³ Mübahat Kütükoğlu, "Ahidname", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 1, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988, s. 540; Mehmet İpşirli, "Sulh", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 37, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2009, s. 490; İrem Karakoç, "Türk Hukuk Tarihi'nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C: 6, S: 2, s. 239.

⁴ Pazarıcı, 1998, s. 68; Karakoç, s. 239.

⁵ Karakoç, s. 237.

⁶ Pazarıcı, 1998, s. 73-85. Belkıs Konan, Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Hukuki Durumu, Statü Yayıncılık, Ankara, 2013.

⁷ Ahmet Kılınç-Sultan Şuanur Şimşek, "Haklı Savaş Öğretisinin Klasik Dönem Osmanlı Devletindeki Görünümü", Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu'na Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 620, 621, 625.

çıkarlarını benimsetme ya da kendisini korumasına ilişkin hükümleri açıklaması olarak şekillenmiştir.⁸

XVII. ve XVIII. yüzyıllarda Osmanlı Devleti tarafından Zitvatorok, Karlofça, Pasarofça, Prut, Küçük Kaynarca gibi dönüm noktası teşkil eden önemli barış antlaşmalarının yanında, olağan nitelendirilebilecek kapsam ve içerikte pek çok antlaşma da yapılmış; her birinin görüşme ve akdedilme sürecinin sisteme farklı boyutlar kazandırdığı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, Osmanlı Devleti'nin gücünün zayıflamasıyla beraber, uluslararası hukukta da İslam hukuku doğrultusunda uygulanan ilkelerden çeşitli reel politikalar gereği uzaklaşmıştır.⁹

1789 tarihli Fransız Devrimi sonucunda Avrupa'da yayılan milliyetçilik akımı ve insan hakları konusundaki gelişmeler, Osmanlı Devleti'ni de etkilerken, XIX. yüzyılın başında azınlıkların korunması kapsamında çeşitli anayasal belgelerin düzenlenmesi sonucunu da doğurmuştur. Tanzimat Fermanı'yla başlayan bu düzenlemeler, 1856 yılında Islahat Fermanı'yla devam etmiş; Islahat Fermanı'nın ilanından yaklaşık bir ay sonra imzalanan Paris Antlaşması'yla Osmanlı Devleti'nin "Avrupa kamu hukuku" olarak adlandırılan uluslararası hukuk düzeninin taraflarından biri olduğu Avrupalı devletlerce kabul edilmiştir.¹⁰ Ancak aynı kongrede Âli Paşa'nın kapitülasyonların kaldırılması yönündeki yaklaşımı destek bulmamış; dolayısıyla uluslararası düzenin kapitülasyonlar konusundaki çelişkileri ortaya çıkmaya başlamıştır.

1876 yılında Türk hukuk tarihinin ilk anayasası olan Kanun-i Esasi ilan edildiğinde, o döneme kadar padişahın sahip olduğu ve uyguladığı yetkilerin metne döküldüğü görülmüştür. Dolayısıyla Kanun-i Esasi'nin padişahın yetkilerini düzenleyen 7. maddesi, uluslararası antlaşmalar konusunda anayasal dayanağı oluşturmakla birlikte; padişahın bu konudaki yetkisini kısıtlayıcı bir nitelik sergilememiştir.

Şöyle ki, padişah, klasik dönem boyunca devletin bir antlaşma ile bağlanmasına yönelik iradeyi açıklama yetkisini elinde bulundurmuş ve bu yetkiyi tek başına kullanmıştır. Devlet iradesi ile padişah iradesinin birleşmiş olduğu bu sistemin uygulandığı dönemde, antlaşmalar, padişah adına sadrazam, vezir, reisülküttap, kazasker veya tayin edilen temsilciler tarafından imzalanmıştır. Dolayısıyla 1876 yılında anayasanın ilanına kadar uygulanan usul, padişah adına yetkili kılınan temsilciler aracılığı ile antlaşma konusunda görüşmelerin yürütülmesi, metnin hazırlanması, imzalanması ve mühürlenmesi şeklinde olmuştur. Temsilciler tarafından oluşturulan antlaşma taslakları üzerinde son inceleme padişah tarafından yapıp, onun görüşleri doğrultusunda yeniden düzenlenerek süreç tamamlanmıştır. Bununla beraber, antlaşmaların yürürlüğe girişi konusunda 1876 Anayasası'na kadar, genel olarak onaylamadan sonra

⁸ Pazarıcı, 1998, s. 68, 69.

⁹ İpşirli, s. 490; Karakoç, s. 237.

¹⁰ Pazarıcı, 1998, s. 70, 71.

yürürlüğe girmeleri şeklinde bir kural yerleşmiş olmakla beraber, bunun bazı istisnalarına da rastlanmaktadır.¹¹

Bu istisnalara göre bazı antlaşmalar veya antlaşmaların belirli hükümleri, imza tarihinden itibaren yürürlüğe konulmaktadır. Örneğin, 1791 tarihli Zıştov Sözleşmesi'nin esas olarak onay belgelerinin teatisinden sonra yürürlüğe gireceği öngörülmekle beraber, yapılacak tahliyeler ile ilgili olarak sözleşmenin, imza tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.¹²

Bu noktada, dikkat çekici bir husus, padişahın onaylamadan önce yaptığı inceleme, aynı zamanda kendi adına vekaleten yapılan işlemi değerlendirmesidir. Zira her antlaşma, İslam hukukunun “vekilin yetkisi sınırları içinde yaptığı her işlemin müvekkili bağlayacağı” kuralının bir sonucu olarak geçerli olacaktır. Dolayısıyla padişahın antlaşmayı onaylaması, aynı zamanda vekilin vekalet sınırlarını aşır aşmadığını da tespit eden bir işlemdir. O halde padişah adına yapılan antlaşma - temsilci, yetki sınırlarını aşmadıysa ve yürürlüğe giriş konusunda ayrıca bir hüküm içermiyorsa- imzalandığı andan itibaren geçerli olmaktadır. Ancak 1876 Anayasası'ndan önceki dönemde imzalanmış olan antlaşmaların çoğu, onay işleminden sonra yürürlüğe girecek olması yönünde hükümler içermektedir.¹³

Uluslararası antlaşmaların onaylanması konusunda, 1876 Anayasası'yla sisteme dahil edilen Osmanlı parlamentosu, hiçbir şekilde yetki sahibi kılınmamış; 1878 yılında parlamentonun tatil edilerek 30 yıl kapalı kaldığı dönemde, padişah bu konuda sahip olduğu yetkiyi aynı şekilde kullanmaya devam etmiştir. Nitekim bu dönemde Osmanlı Devleti, çeşitli çok taraflı uluslararası antlaşma, sözleşme ve protokolü imzalayarak taraf olmuştur. Dolayısıyla 1856 yılında Avrupa devletler sistemine giren Osmanlı Devleti, sonraki dönemde yaşanan ulusal ve uluslararası, siyasal ve ekonomik zorluklara rağmen, uluslararası hukukta ortaya çıkan yeni gelişmeleri yakından takip etmiş ve iş birliklerini göz ardı etmemiştir. Nitekim Osmanlı Devleti tarafından imzalanmış ve Lozan Antlaşması'nda yeniden yürürlüğe girmesi kabul edilen antlaşmalara bakıldığında (md. 99), -bir tanesi hariç olmak üzere- hepsinin 1876-1908 yılları arasında akdedilen uluslararası antlaşma, sözleşme ve protokollerden oldukları anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, XIX. yüzyılın başında dünya ilişkileri, Birinci Dünya Savaşı'nın patlak vermesine kadar büyük ölçüde Avrupa'da toplanan konferanslarda şekillenirken, Osmanlı Devleti'nin de bu gelişmelerden uzak kalması mümkün olmamış; hatta doğrudan etkilenmiştir. Zira 1856 Paris Konferansı ve 1871 Berlin Kongresi, Balkanların sorunlarıyla ilgilenirken, 1884-85 Berlin Konferansları ise

¹¹ Sedat Kılıççı, Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanması, AÜHFY, Ankara, 1968, s. 65; Halatçı Ulusoy, s. 32, 33.

¹² Kılıççı, s. 66.

¹³ Çelik, s. 95; Kılıççı, s. 19, 20; Karakoç, s. 243.

gelişmeye başlamış olan Afrika'da belli bir düzen amaçlamıştır.¹⁴ Bu doğrultuda modern devletler hukukunun yanında, XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren devletlerin ortak bazı sorunlarının, ancak uluslararası uyumun sağlanmasıyla çözümleneceği inancı da ortaya çıkmaya başlamıştır. Böylece çeşitli konularda uluslararası iş birliği girişimleri hızlanırken, uluslararası antlaşma ve sözleşmelerle bu iş birliklerinin hukuki altyapısı da oluşturulmaya başlanmıştır.¹⁵ Bu doğrultuda, uluslararası örgütlerin kuruluş süreci de, Osmanlı Devleti tarafından yakından takip edilmiştir.

XIX. yüzyılın özellikle ikinci yarısında toplanan çeşitli konferanslar, uluslararası örgütlerin kuruluşunun başlangıcını oluşturmuş; ancak yapmaya niyetlendikleri işi yerine getirmekte yetersiz kalmışlardır. Ulaşım, iletişim, sağlık ve ekonomik konularda iş birliğini kapsayan uluslararası birliklerin sayısı artsa da, geniş kapsamlı olmamış ve kendilerini spesifik alanlarla ilgilenerken sınırlandırmışlardır. Örneğin, ismi her ne kadar uluslararası olsa da, yaptığı çalışmalar Avrupa kıtasıyla sınırlı olan Uluslararası Halk Sağlığı Bürosu, buna örnek verilebilir. Ancak yine de XX. yüzyılın evrensel nitelikteki örgütlerinin doğuşuna yol açan yeni görüşler ortaya koymuşlardır. Daimî sekreterlikler, periyodik konferanslar, çoğunluk oyu, ağırlıklı oy ve orantısız mali katkı gibi konseptler idari iş birliğinin kolaylaştırılmasıyla, çağdaş uluslararası kuruluşların temellerini atmışlardır.¹⁶

Uluslararası örgütlerin kuruluşlarını düzenleyen antlaşma, sözleşme veya protokollerin yapım süreçleri incelendiğinde, Osmanlı Devleti'nin bazı toplantılara baştan davet edildiği, bazılarında ise süreç başladıktan sonra katılım sağladığı anlaşılmaktadır. Söz konusu örgütlere Uluslararası Tarım Enstitüsü, Uluslararası Halk Sağlığı Bürosu, Uluslararası Gümrük Tarifeleri Bürosu, Dünya Posta Birliği ve Uluslararası Telgraf Birliği örnek verilebilir. Ancak bunlar arasında, Osmanlı döneminde gelişmelerin yakından takip edilmesine ve toplantılara iştirak edilmesine rağmen, çeşitli gerekçelerle üyelik işlemlerinin tamamlanmadığı örgütler de bulunmaktadır. Bu konu, Lozan Antlaşması'nda ve Cumhuriyet döneminde tekrar gündeme geldiğinde, diplomasi birikiminden yararlanması açısından büyük fayda sağlamıştır.

Söz konusu diplomasi birikiminin oluşmasında, diplomatik temsilciliklerin rolüne değinilmesi kaçınılmazdır. III. Selim döneminde kurulmaya başlanan diplomatik temsilciliklerin¹⁷, bu döneme

¹⁴ Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, 8. Baskı, TÜBA Yayını, Ankara, 2018, s. 941.

¹⁵ Serap Telli, Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, A. Ü. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s. 2-12.

¹⁶ Shaw, s. 942; Hilal Ünalmiş Duda, Uluslararası Örgütler Bağlamında Global Sağlık Politikaları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 37.

¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. Gül Akyılmaz, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya, 2000.

gelindiğinde belirli bir tecrübe kazanmış olarak, söz konusu antlaşmalarla ilgili gelişmelerde gerek İmparatorluk merkeziyle, gerek buldukları ülkenin makamlarıyla son derece aktif ve koordinasyonu sağlayıcı bir rol oynadıkları görülmektedir. Dolayısıyla modern uluslararası hukukun uygulanmasında, devletler ve örgütlerle ilişkilerin yürütülmesi ile antlaşma görüşmeleri, imzalanması ve onaylanması gibi aşamalarda, gerek iç, gerek dış örgütlenmenin katkısı, bu dönemden itibaren izlenmeye başlanmaktadır.

Diğer taraftan, Osmanlı döneminde uluslararası antlaşmaların iç hukuka yansımaları da, takip edilebilmektedir. Örneğin, Osmanlı Devleti'nin de taraf olduğu denizaltı kablolarının korunmasına ilişkin 14 Mart 1884 tarihli Sözleşme'nin imzalanmasının ardından, 20 Ekim 1886 tarihinde Tahte'l-bahr Telgraf Hututunun Muhafazasına Dair 14 Mart Tarihli Mukavele-i Düveliyeye Mugayir Harekatın Men'i Hakkında Kanun kabul edilmiştir.

Benzer şekilde, 18 Kasım 1889 yılında köle ticaretinin engellenmesi amacıyla Brüksel'de toplanan konferansta imzalanan protokolden yaklaşık bir ay sonra, 16 Aralık 1889 tarihinde Zenci Köle Ticaretinin Men'ine Dair Kanun kabul edilmiş; 1890'da ise zenci kölelerin ihtiyaçları hakkında bir mazbata yayınlanmıştır.

Görüldüğü üzere, bir yandan uluslararası hukukta var olan gelişmeler, diğer yanda iç hukukta kabul edilen düzenlemeler, kölelik gibi kökleri çok eskiye dayanan uygulamada devletin çalışmalarının birbirlerini tamamlayıcı yönünü ortaya koymaktadır. Ancak bu noktada 1884 tarihli Berlin Genel Senedi ile 1891 tarihli Brüksel Beyannamesi ve Genel Senedi gibi iki uluslararası belgenin arasındaki kısa dönemde, konuya özel bir kanunla iç hukuk düzenlemesi yapılması, Osmanlı Devleti'nin bu süreci baştan sona takip ederek, ulusal ve uluslararası hukuk arasında etkileşimi de gerçekleştirdiği açıkça ifade edilebilir.

1908 yılına gelindiğinde, II. Meşrutiyet dönemi başlarken, 1909 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle sistem parlamenter rejime yaklaştırılmış; kuvvetler arasında bir çeşit uyum ve denge sağlanmaya çalışılmıştır. Parlamenter rejimlerde antlaşmaların görüşülmesi yürütme organının yetkileri içinde olduğu gibi, 1909 sisteminde de bu yetki, padişahın elinde bırakılmıştır. Onay öncesi aşamalarda yapılacak olan işlemler, eskiden olduğu gibi, padişah adına bakanlar veya yüksek memurlar aracılığıyla yürütülürken, uluslararası antlaşmalar açısından değişikliğin yalnızca onay aşamasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 1909 yılındaki değişikliklerle yasama ve yürütme organları arasında antlaşmaların konusunda bir yetki bölünmesi getirilmiş ve yeni bir sistem benimsenmiştir.¹⁸

Ancak şu noktaya dikkat edilmelidir ki, Anayasa'nın 7. maddesinde sınırlayıcı olarak sayılanlar dışında kalan antlaşmalar padişah tarafından onaylanmaya devam edilecektir. Metinde geçen meclis tasdikinin gerçek anlamda bir onay yetkisi olmadığı konusunda görüşler vardır. O halde,

¹⁸ Seha L.Meray, "Türk Anayasa Sisteminde Andlaşmaların Görüşülmesi". AÜSBFD, 1964, C: 19, S: 1, s. 77; Kılıççı, s. 79, 80; Karakoç, s. 246.

burada sözü geçen işlem, antlaşmanın onaylanmasını uygun bulma olabilir. Çünkü onay işlemini yine padişah yapacak; ancak bunu, 7. maddede sayılan antlaşmalar söz konusu olduğunda, Meclis'in uygun bulması üzerine gerçekleştirecektir. Bu çerçevede Meclis'e tanınan yetkinin, bir kural olmayıp; geniş de olsa, bir istisna olduğu yorumu yapılmıştır.¹⁹

Görüldüğü üzere, 1909'dan sonra bazı antlaşmalarda, antlaşma ile bağlı olma hususunda devlet iradesinin oluşabilmesi için, padişahın yasama organı ile, yani Meclis-i Umumi ile, iş birliği yapması gerekmektedir. Bu iş birliği barışa, ticarete, arazi terk ve ilhakına, Osmanlı tebaasının temel haklarına ilişkin antlaşmalar hakkında yasama organının da uygun bulmasıyla gerçekleşmektedir. Padişah, bu konulardaki antlaşmaları, parlamentonun uygun bulmasından sonra onaylayabilmektedir.²⁰

Şöyle ki, 1909 değişikliğine göre 7. maddede belirtilen özellikteki antlaşmalar Padişah tarafından onaylanmadan önce tasarı halinde Meclis-i Mebusan'a sunulmakta, burada üzerinde görüşüldükten sonra Meclis-i Ayan'a gitmektedir. Antlaşma, orada da görüşülüp uygun bulunduktan sonra, Padişah tarafından onaylanmakta ve böylece devlet onunla bağlanmış olmaktadır. Ancak uygulamada yeni sisteme göre önemli sayılabilecek bütün antlaşmaların, padişah tarafından onaylanmasından önce, yasama organı tarafından uygun bulunması gerekliyse de, bu kategoriye giren bazı antlaşmaların bu onay alınmadan yürürlüğe konulmuş olduğu da görülmektedir.²¹

İkinci Meşrutiyet dönemi boyunca, uluslararası antlaşmalar konusunda gerek siyasi sebepler, gerek savaş koşulları nedeniyle, parlamento işleyişi açısından tam bir yeknesaklıktan bahsetmek mümkün olmasa da; özellikle iş birliğine yönelik çok taraflı antlaşmalar açısından parlamentonun her iki kanadında da destekleyici görüşler ortaya konulmuştur. Ancak iş birliklerin doğurduğu mali yükümlülükler, Devletin içinde bulunduğu uzun savaş dönemlerinin yarattığı ekonomik güçlük nedeniyle, katılım konusunda zaman zaman tereddüt yaratmıştır. Bununla beraber, Devletin uluslararası düzenin bir parçası olmakta ve gelişmeleri takip etmekte hiçbir zaman kopukluk yaşamadığı belirtilmelidir.

Birinci Dünya Savaşı'nın başlaması ve Osmanlı Devleti'nin savaşa girişi, aynı zamanda uluslararası antlaşmalar açısından önemli bir tartışmayı başlatmıştır. Bu tartışmalar arasında en önemli yeri, kapitülasyonların tek taraflı kaldırılması kararı oluşturmuştur. Ancak savaşın sonunda ağır koşullarla Mondros Mütarekesi'nin imzalanması, işgal kuvvetlerinin ülkeye gelmesinin yanında, kapitülasyonların sağladığı tüm ayrıcalıklı koşulların da ülkede yeniden tesis edilmesi sonucunu doğurmuştur.

¹⁹ Çelik, s. 95; Karakoç, s. 246.

²⁰ Kılıççı, s. 79.

²¹ Kılıççı, s. 79.

II. T.B.M.M.'NDE ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

Ülkedeki işgallere karşı başlayan direnişi, Ankara'da millî egemenliğe dayanan bir meclisin kurulması izlemiştir; böylece Millî Mücadele, aynı zamanda bir devletin kuruluş sürecini de içinde barındırmıştır. 23 Nisan 1920'de açılan Türkiye Büyük Millet Meclisi, kurucu meclis özelliği çerçevesinde millî egemenlik ilkesine göre şekillendirdiği 1921 Anayasası'nı kabul ederken, Kanun-i Esasi'yi açıkça yürürlükten kaldırmayarak, aynı topraklar üzerinde iki anayasalı bir dönemi başlatmıştır. Ancak bu durum, Kanun-i Esasi'nin yeni anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin geçerliliğiyle sınırlı tutulmuştur.²²

Kuvvetler birliği esasını ve meclis hükümeti sistemini benimseyen 1921 Anayasası, Kanun-i Esasi'nin 7. maddesinde düzenlenen padişahın görev ve yetkilerinin de, artık Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu doğrultuda, 1921 Anayasası'nın 7. maddesi ile uluslararası antlaşma yapma konusunda da tüm yetkiler, T.B.M.M.'nde toplanmıştır. Dolayısıyla uluslararası antlaşma görüşmeleri, bu dönemde Meclis adına, Meclis'in kendi üyeleri arasından seçtiği temsilcileri tarafından yürütülmüş; söz konusu uygulama, Lozan Antlaşması'nda da geçerli olmuştur.²³

Aynı dönemde yapılan antlaşmaların yürürlüğe girişi, T.B.M.M. tarafından kabul ve tasdik edilmesiyle gerçekleşmiştir. 1921-1924 yılları arasında T.B.M.M. Hükümeti adına yabancı devletlerle yapılan 14 antlaşmadan – bir istisna dışında– hepsi, Meclis'in kabul ve tasdik ettiğini gösteren kanunlarla yürürlüğe girmişlerdir. Ancak söz konusu 13 antlaşmanın yürürlüğe girdikleri tarih açısından az da olsa farklılık gösteren örnekler vardır.²⁴

Bu dönemde istisnai nitelik taşıyan örnek ise, 20 Ekim 1921 tarihinde Ankara'da imzalanmış olan Türk-Fransız İtilafnamesi'dir. Zira onaylama ve yürürlüğe girmesi bakımından metinde bulunmayan açıklamaya, aynı gün imzalanan anlaşmaya ek protokolde yer verilmiş; anlaşmanın imzadan sonra en geç 15 gün içinde onaylanacağı ve onaylama ile yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir.²⁵

Onay ve yürürlüğe girme aşamasında görülen az sayıdaki farklı örnekler, 1921 Anayasası'nın 7.maddesinde benimsenen ilkedeki sapma niteliğinde görülebilecekse de, yürürlükteki siyasal rejimin niteliği değerlendirildiğinde böyle olmadığı anlaşılmaktadır. T.B.M.M.'nin antlaşmaların çoğunluğunda yaptığı gibi, birer kanunla kabul ve tasdik etme usulü tercih edilebileceği gibi, temsilcilere antlaşmayı imza ile yürürlüğe koyma yetkisi verilebilir veya temsilciye karşı tarafın onaylamasıyla T.B.M.M.Hükümeti'nin de onaylanmış sayılacağını beyan

²² Seda Örsten Esirgen, "1921 Anayasası Döneminde Kanun-i Esasi", Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve Makaleler, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 2022, s. 117.

²³ Kılıççı, s. 71; Halatçı Ulusoy, s. 50; Örsten Esirgen, s. 122.

²⁴ Çelik, s. 97.

²⁵ Çelik, s. 98.

etme yetkisi tanınabilir. Nitekim Ankara Anlaşması'nın istisnai yönünü ortaya çıkaran ek protokol hükmünde, "Yusuf Kemal Bey, Fransa Hükümetinin tasvibinin kendi Hükümetinin derhal tasvibini istilzam edeceğini Hariciye Vekili sıfatıyla beyan etmiştir". Dolayısıyla bu seçeneklerden hiçbiri, 1921 Anayasası ile benimsenen ve uygulanan siyasal rejim içinde, Anayasa tarafından antlaşma yapma yetkisini kullanmak için öngörülen usule aykırı düşmemektedir.²⁶

Dönemin uluslararası hukuk açısından en önemli sorunlarından birisi de, Milli Mücadele'yi yürüten kurucu kadronun Türk ulusunun hükümetini ve devletini temsil yeteneği konusunda yaşanmıştır. Zira T.B.M.M. Hükümeti'nin, Türk ulusunu temsil ettiğinin çeşitli biçimlerde bildirilmesine rağmen, yabancı devletlerce tanınması zaman almıştır. Farklı zeminlerde çeşitli ilişkilerin yürütülmesine karşın, Avrupa devletlerinin bu konudaki yaklaşımının son aşaması, barış görüşmelerine İstanbul Hükümeti ile T.B.M.M.Hükümeti'nin birlikte davet edilmesi olmuştur.²⁷ T.B.M.M.'nin 1 Kasım 1922'de saltanatın kaldırılması kararını almasıyla, Türk milletinin tek temsilcisi olarak barış görüşmelerinde yer almıştır.

Sonuç olarak, T.B.M.M., Lozan Barış Konferansı'na gitmek üzere kendi üyeleri arasından belirlediği, İsmet Paşa'nın baş delegeliğini üstlendiği Türk heyetini, kurulmakta olan yeni devletin uluslararası antlaşma, sözleşme veya uluslararası örgüt üyeliği gibi yönlerden uluslararası hukuktaki statüsüyle ilgili her konuda görüşmeler yürütmeye yetkilendirmiştir.

III. LOZAN KONFERANSI'NDA VE BARIŞ ANTLAŞMASI'NDA ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

Modern uluslararası hukuk anlayışı, Lozan Barış Görüşmeleri boyunca gerek Türkiye, gerek Müttefik Devletler tarafından atıf yapılan bir dayanak olmuştur. Kapitülasyonlarla ilgili yapılan tartışmalarda bu ilkeler sıklıkla gündeme gelirken, uluslararası antlaşma ve uluslararası örgüt üyelikleri konusunda her iki taraf yönünden de bu ilkelere daha az ihtiyaç duyulduğu görülmüştür.

Bunun altında yatan neden, araştırmaya konu uluslararası antlaşma ve sözleşmeler ile uluslararası örgütlerin, yeni ekonomik ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak XIX. yüzyılda ve XX. yüzyılın başında modern devletler hukuku ilkeleri çerçevesinde ortaya çıkmış olmalarıdır. Oysa kapitülasyonların Osmanlı tarihi boyunca geçirdiği dönüşüm ile siyasal ve ekonomik etkenler sonucunda amacını aşan bir uygulama haline gelmesi, konuyla ilgili her devletin menfaatinin zedelenmesine, farklı gerekçelerle uluslararası hukuka dayandırılmaya çalışılarak kaldırılmasına muhalefet edilmesine neden olmuştur. Dolayısıyla Lozan Konferansı'nda tarafların uluslararası antlaşmalar kapsamında sürdürdükleri tartışmalar, her zaman modern devletler hukuku

²⁶ Çelik, s. 98, 99.

²⁷ Pazarıcı, 1998, s. 85-87.

ilkelerinin gereklerine uygunluk açısından değil; farklı yönlerden ele alınarak yürütülmüştür.

Çalışmanın kapsamı çerçevesinde, Lozan Konferansı'nda uluslararası antlaşma ve sözleşmeler ile uluslararası örgütlerin ne şekilde ele alındığına bakılacak olursa, bu konunun Konferans'ın çalışma sistemi içinde var olan üç ana komisyonda da çeşitli tarihlerde gündeme geldiği anlaşılmaktadır.

Uluslararası antlaşma ve sözleşmeler, Konferans gündemine ilk olarak 2 Aralık 1922'de Üçüncü Komisyon olan İktisat ve Maliye Sorunları Komisyonu'nun Gümrük ve Ticaret Rejimi Alt Komisyonu toplantısında fikri ve sınai mülkiyet konuları görüşülürken gelmiştir.

Bu konuda Müttefik Devletler tarafından Türkiye'nin henüz katılmadığı uluslararası sözleşmeler olduğunun dile getirilmesi üzerine; Türk delege Hasan Bey, bu durumun Türkiye'nin konuyla ilgili davranış özgürlüğünü elinde tutmak istediğinden başka bir şey olmadığını belirtmiştir.

Aynı gün Türk Temsilci Heyeti, Gümrük ve Ticaret Rejimi Alt Komisyonu'na Ticarete Uygulanacak Rejim Hakkında bir tasarı sunmuştur. Gümrük rejimine ilişkin olarak Müttefik Devletlerin sunduğu teklifin esasları üzerinde yapılan görüşmelerden sonra, Türk Temsilci Heyeti, Türkiye'nin tek isteğinin antlaşmalara dayanan ölçülü bir rejim kurulması olduğunu açıklamış; Barış Antlaşması'nın imzalanmasından başlayarak iki yıl içinde, aralarında, devletler hukuku kurallarına ve karşılıklılık (mütekabiliyet) ilkesine dayanan ticaret antlaşmaları yapılabileceğini bildirmiştir.²⁸

İngiltere Temsilci Heyeti'nden Fountain, fikri ve sınai hakların korunması konusunda iki sorun öngördüklerini ifade etmiştir: İlk olarak fikri ve sınai haklara yönelik olası ihlallere karşı, Türkiye'nin yürürlükteki uluslararası sözleşmelere katılmasıyla geniş ölçüde korunma sağlanmış olacağını; ikinci olarak, savaşın bu konuda yarattığı sorunların İktisat Sorunları Alt Komisyonu'nun yetki alanı çerçevesinde çözüme bağlanması olduğunu söylemiştir. Türk Heyeti, Hükümetin hem kendi çıkarları, hem de genel çıkarlar için, konuyla ilgili uluslararası sözleşmelere katılacağını, söz konusu sorunlara ilişkin Müttefik Devletler tekliflerini de inceleyeceklerini vurgulamıştır.²⁹ Dolayısıyla Türk Heyeti'nin Konferans boyunca uluslararası hukukun gerektirdiği eşit ve karşılıklı korumaya destek veren tavrı, bu konuda da ortaya çıkmıştır.

Gerek Gümrük ve Ticaret Rejimi Alt Komisyonu'nda, gerek İktisat Sorunları Alt Komisyonu'nda, Müttefik Devletler Temsilci Heyetlerince fikri ve sınai hakların korunmasına ilişkin teklif edilen hükümler ele alınmıştır. Bu çerçevede Türkiye'den özellikle Barış Antlaşması'nın yürürlüğe girişinden itibaren 12 aylık bir süre içinde konuyla ilgili bazı sözleşmelere katılması istenirken; söz konusu 12 aylık sürenin sona

²⁸ Seha L. Meray, Lozan Konferansı Tutanaklar-Belgeler, Birinci Takım, C. III, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 299, 300.

²⁹ Meray, Birinci Takım, C. III, s. 297, 298.

ermesinden önce ve sonra sözleşmelerdeki ilkeler uyarınca Müttefik Devletler uyruklarının fikri ve sınai haklarını etkili kanunlarla tanıma ve koruma yükümlülüğü üstlenmesi düzenlenmiştir. Türk Heyeti'nden Zekai Bey, savaş öncesi fikri ve sınai hakların yeniden tanınması ve/veya geçerli sayılması hususunun Türk Hükümeti tarafından kabul edilmeyeceği açıkça belirtilmiştir.³⁰

Görüldüğü üzere, Türk Heyeti, Osmanlı dönemine ait herhangi bir yükümlülüğün ya da sorumluluğun devamı sonucunu doğuracak bir taahhüdün altına girmeyi kesin bir dille reddetmiştir. Ancak bu durum, yeni teknolojik ve ekonomik gelişmelerin takip edilmeyeceği, bu konulardaki uluslararası hukuk düzenlemelerine katılım sağlanmayacağı anlamına gelmemiştir.

Diğer taraftan, Üçüncü Komisyon'un 8 Aralık 1922 tarihli toplantısında Ulaştırma ve Taşıma İşleri Alt Komisyonu'nun raporu görüşülüp, raporun 1. ve 2. maddesinin kabul edilmesiyle, Türkiye'nin transit, ulaşım elverişli su yolları ve limanlarla ilgili bazı Statü, Protokol ve Bildiri'ye katılımı düzenlenmiştir.³¹

27 Aralık 1922 tarihinde İktisat ve Maliye Sorunları Hakkındaki Üçüncü Komisyon'un toplantısında İsmet Paşa, Türkiye'nin ekonomik ve mali açıdan gelişmesinin, ülkenin tam bağımsızlığına bağlı şekilde, Türkiye'nin varlığının temel şartı olduğunu belirtmiştir. Bağımsız her ulus gibi, Türk ulusunun da, ekonomik özgürlüğünü engelleyen bütün kısıtlamalardan kurtulması zorunludur. Bu doğrultuda Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti, gelecekteki ulusal ekonomisinin de dayanağı olacak şekilde, uluslararası ekonomik ilişkilerinde ve bu ilişkileri düzenlemek için yapacağı antlaşmalar ve sözleşmelerde, egemenliğinin ve bağımsızlığının gereklerine uygun olarak, bağımsız bütün başka uluslar gibi, karşılıklı işlem görme ve devletler hukuku temeline dayanan ekonomik ilişkiler sürdürmeyi istemektedir. Böylece bu ilişkileri ancak çağdaş hukuk ilkeleri yönetirse, söz konusu meşru istegın gerçekleştirilebileceği ortaya konulmuştur.³²

Konferans'ta Ocak ayına gelindiğinde, bu kez İkinci Komisyon'un "Ekonomik Rejim Bakımından Yabancıların Durumu"nu görüşmekte olan İkinci Alt Komisyonu'nda uluslararası antlaşmaların yeniden yürürlüğe konulması meselesi gündeme gelmiştir.

Türk Heyeti, uluslararası antlaşma ve sözleşmeler konusunda görüşmelerde ilk olarak savaşın bu düzenlemeleri ortadan kaldırdığı tezini savunmuş; yeniden yürürlüğe konulmalarını kabul etmemiştir. Bu noktada özellikle Türkiye açısından zararlı olabilecek antlaşmaların ortadan kalkması için savaşın antlaşmaları feshettiği ileri sürülmüştür. Zira eski antlaşmaların kapitüler nitelikte olma ihtimali nedeniyle, bu yönde bir duruş tercih edilmiştir.³³

³⁰ Meray, Birinci Takım, C. III, s. 309, 310.

³¹ Meray, Birinci Takım, C. III, s. 20, 23.

³² Meray, Birinci Takım, C. III, s. 3.

³³ Cemil Bilsel, Lozan, C. II, Sosyal Yayınları, İstanbul, 1998, s. 161.

Diğer taraftan, Türkiye ile Müttefik Devletler arasında savaştan önce yürürlükte bulunan sözleşmeler, savaş yüzünden kesintiye uğramış; ancak sözleşmeler, tarafsız devletlerin de bunlara katılmış olmaları yüzünden tamamen ortadan kalkmamıştır. Dolayısıyla söz konusu sözleşmelerden bir kısmının Türkiye ile Müttefik Devletler arasında yeniden yürürlüğe konulmasının ele alınması gerekmiştir. Türkiye'nin, savaştan önce katılmamış olduğu –örneğin hastane gemilerine ilişkin anlaşma, radyo-telgraf sözleşmesi– sözleşmeler vardır ki, Türkiye'nin bunlara katılması mutlaka yarar sağlayacaktır. Nitekim imzalanacak Barış Antlaşması yoluyla, Türkiye'nin bu sözleşmelere katılmasıyla, Müttefik Devletler de, kendilerini olağan ilişkilerin yeniden kurulacağı konusunda güvence altına almış olacaktır.³⁴

Bu konuda daha önce Babiâli Hukuk Müşavirliği'nin 15 Aralık 1921 tarihli bir mütalaasında da, savaş halinin savaştan devletler arasındaki antlaşma ve sözleşmeleri sona erdirmesinin söz konusu olduğu, 1907 Lahey Mukavelenameleri gibi savaş haline mahsus olmak üzere imzalanmış sözleşmelerin bu kuraldan istisna tutuldukları belirtilmiştir. Ancak 1905 tarihli Uluslararası Tarım Enstitüsü'nün kuruluşuna esas olan sözleşme, savaş haline ilişkin olmamakla beraber, istisnalar arasında sayılması mümkün müdür? Bu sözleşmeyi devletlerin her biriyle ayrı ayrı imzalamış oldukları düşünülürken, bu doğrultuda 1905 tarihli Sözleşme'nin de Osmanlı Devleti ile müttefikleri ve tarafsız devletler arasında devam ettiği, ancak savaştan veya ilişkisini kesen devletler ile arasında feshedildiği kabul edilmelidir. Zira Uluslararası Tarım Enstitüsü'nün faaliyetleri, Osmanlı Devleti'nin savaş halinde bulunduğu veya siyasi ilişkilerini kesmiş olan devletler ile bu durumda olmamakla beraber Osmanlı Devleti'yle çalışma gerçekleştirmek istemeyebilecek devletlerin iştirakiyle yürütülmektedir. Dolayısıyla bu şartlar altında Osmanlı Devleti'nin de söz konusu Enstitü'nün faaliyetlerinden ve sözleşmeden yararlanması mümkün değildir.³⁵

Görüldüğü üzere, barış görüşmelerinde Avrupa devletleri, Türkiye'yle ilişkilerini birçok açıdan değerlendirirken, uluslararası hukukun farklı alanlarında doğacak sonuçlar da göz önünde bulundurulmuştur.

Bu doğrultuda, Fransız delege Serruys, Osmanlı Devleti'nin savaştan önce taraf bulunduğu düzenlemelerden yeniden yürürlüğe konulmaları önerilen, taraf olmadığı takdirde, Türkiye'nin katılmasının uygun olacağı çeşitli sözleşmelerin bir çizelgesinin düzenlenerek Türk Temsilci Heyeti'ne sunulacağını belirtmiştir. Ayrıca söz konusu heyetlerin antlaşma ve sözleşmelerin mümkün olduğu kadar tam bir

³⁴ Meray, Birinci Takım, C. II, s. 172.

³⁵ Aynı belgede Sevr Antlaşması'na da değinilmiş; Antlaşma'da söz konusu sözleşmenin yeniden yürürlüğe girecek şekilde düzenlenmesinin, aslında savaş devam ederken sözleşmenin yürürlüğünün devam etmediğini gösterdiği ileri sürülmüştür. Dolayısıyla eğer sözleşme devam ediyorsa, böyle bir hükme yer verilmesine gerek kalmayacağı ileri sürülmüştür. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), Bâb-ı Âli Evrak Odası Evrakı (BEO), 4710/353246-3.

çizelgesini düzenlemeye çalıştıklarını belirtmiş; Türkiye'nin eski Müttefikleri ile savaştan sonra yapılan antlaşmaların hiçbirinde bu yolda bir hükmün öngörülmediğine dikkat çekmiştir. Dolayısıyla Müttefik Devletlerin, Birinci Dünya Savaşı'ndan yenik çıkan devletlerle imzaladıkları antlaşmaların hepsinde, kendilerinin yürürlüğe girmesini istedikleri antlaşmaları, eski düşmanlarına sadece bildirdiklerini söyleyerek, Türk Temsilci Heyeti'ne gösterilen yaklaşım farkını vurgulamışlardır.³⁶

Ancak şu nokta gözden kaçırılmamalıdır ki, diğer devletlerden farklı olarak, Osmanlı ülkesinin Müttefikler tarafından birçok noktadan Mütareke hükümlerine aykırılık oluşturacak şekilde işgali, Millî Mücadele Hareketini doğurarak, yeni bir devletin kuruluş sürecini de başlatmıştır. Millî egemenlik anlayışına dayalı olarak kurulan bu devlet, önce savaş alanında bağımsızlık mücadelesini verip, elde ettiği askerî zaferin ardından diplomasi masasına oturmuştur. Dolayısıyla Türk Heyeti'nin Lozan'daki görüşmelerdeki konumu, Birinci Dünya Savaşı'nı bitiren diğer antlaşmaları imzalayan devletlerden farklıdır.

Bununla ilgili olarak Müttefik Devletlerin sundukları teklif kapsamında bir madde dikkat çekicidir. Yeniden yürürlüğe girecek düzenlemelerle ilgili olarak, Barış Antlaşması'nın yürürlüğe girişinden itibaren 12 aylık bir süre içinde, isteyen Müttefik Devletlerden her birinin Türkiye ile ayrıca anlaşabileceğini öngören bir maddeye de yer verilmiştir. Ancak Türk Heyeti'nden Mustafa Şeref Bey, kapitülasyon benzeri bir nitelik taşıma ihtimaline dayanarak, yeniden yürürlüğe girecek antlaşmalarla ilgili olarak çizelgelerin her birinin inceleneyeceğini ve devletlerle ayrı görüşmeleri reddetmeyeceklerini, özel görüşmelerin yürütülebileceğini belirtmiştir. Bununla beraber, söz konusu maddenin Barış Antlaşması'na konulmasında herhangi bir yarar olmadığı, zira Türkiye'nin kendisinden hangi antlaşmaların yürürlüğe konulmasının isteneceğini bilememesi nedeniyle yükümlülük altına girmeyeceklerini de vurgulamıştır. Fransız delege Serruys ise bu maddenin görüşmelerin etkili olarak yürütüleceğine bir güvence niteliğinde olduğunu ve olağan uluslararası ilişkilerin yeniden başlaması için gerekliliğini açıklamış ve ısrarcı olmuşsa da; Mustafa Şeref Bey, Türkiye'nin ilgili devletlerle iki taraflı antlaşmaların yeniden yürürlüğe girmesini kabul etmediklerini, devletler hukuku temellerine dayanan yeni sözleşmeleri görüşmeye ve antlaşmalar rejimini tümüyle yeniden düzenlemeye istekli olduklarını tekrarlamıştır.³⁷

Bu noktada Serruys, hava ulaşımının düzenlenmesine ilişkin 13 Ekim 1919 tarihli Sözleşme'ye Türkiye'nin katılımı konusunun askıda bırakıldığını; siyasal olarak değilse de, teknik açıdan önemli olan bu sözleşmenin de, Türkiye'nin katılmayı yükümleneceği sözleşmeler arasında yer almasını istediklerini vurgulamıştır. Mustafa Şeref Bey, Ulaştırma ve Taşıma İşleri Alt Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında, Türk Temsilci Heyeti'nin bu sözleşmeye katılmama nedenlerini

³⁶ Meray, Birinci Takım, C. II, s. 172.

³⁷ Meray, Birinci Takım, C. II, s. 180, 181.

açıkladığını ve görüşlerinin değişmediğini ifade etmiştir. Söz konusu sözleşmenin birtakım devletlere, başka devletler zararına yarar sağladığına ve devletler hukuku kurallarıyla bağdaşmayan hükümler içerdiğine dikkat çekmiş; ayrıca Türkiye'nin bu sözleşmeye kayıtsız şartsız katılmasını önleyen yükümlülükler altına girmiş olduğunu açıklamıştır. Serruys, yine de Türkiye'nin sözleşmeye katılırken çekince öne sürme hakkının bulunduğunu kabul ettiklerini belirtmiştir.³⁸

Benzer bir durum, Roma'da Uluslararası Tarım Enstitüsü kurulmasına ilişkin 7 Temmuz 1905 tarihli Sözleşme'de yaşanmıştır. Osmanlı İmparatorluğu, bu sözleşmeye savaştan önce katılmış; ancak Enstitü, savaş sırasında sadece Müttefik Devletler ile tarafsız devletler yararına çalışmıştır. Bu nedenle Türk Heyeti adına Mustafa Şeref Bey, Enstitü'nün savaş zamanındaki çalışmalarından doğan ve birikmiş durumdaki giderlerine Türkiye'nin katılmayacağını, ancak Sözleşme'nin yeniden yürürlüğe konulmasına karşı çıkmadıklarını belirtmiştir. Müttefik Devletler Heyetleri, bu talebi uygun bulmuştur.

Bu arada İtalyan Temsilci Heyeti, Türkiye'nin katılım sağlayacağı uluslararası antlaşmaları düzenleyen maddeye kibrit yapımında beyaz fosfor kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin olarak Bern'de imzalanmış olan 26 Eylül 1906 tarihli Sözleşme'nin de eklenmesini teklif etmiş; Türk Heyeti, bu teklifi kabul etmiştir.

Ocak ayının sonuna gelindiğinde, 27 Ocak 1923 tarihli İkinci Komisyon'un genel oturumuna "Birtakım Antlaşmaların ve Sözleşmelerin Yeniden Yürürlüğe Konulmasına ya da Bunlara Son Verilmesine İlişkin Rapor" başlıklı Alt Komisyon raporu sunulmuştur.³⁹

Bu rapora göre, Türkiye ile diğer Devletler arasında yeniden yürürlüğe konulacak çok taraflı ya da iki taraflı antlaşmalar sorununu incelemekle görevli İkinci Alt Komisyon, Türkiye'nin savaştan önce Osmanlı Devleti'nin katılmış bulunduğu birtakım antlaşmaların yeniden yürürlüğe konulmasına ve ekonomik nitelikte öteki uluslararası sözleşmelere katılma sözü vermesine ilişkin iki madde hazırlamıştır.

Bu noktada Türk Temsilci Heyeti, Roma'da bir Uluslararası Tarım Enstitüsü kurulmasına ilişkin 7 Haziran 1905 tarihli Sözleşme'nin yeniden yürürlüğe girmesini kabule hazır olduğunu bildirmiş; ancak Türkiye'nin, bu Sözleşme'ye katılmasının yararlarını uygulamada hiç görmediği savaş süresine ilişkin katılma payının ödenmesi konusunda öne sürdüğü çekinceyi tekrarlamıştır. Benzer şekilde, hava ulaşımının düzenlenmesine ilişkin 13 Ekim 1919 tarihli Sözleşme'ye katılma konusunda da Türk Heyeti, bir çekince dile getirmiş; söz konusu çekinceyi daha önce Ulaştırma ve Taşıma İşleri Alt Komisyonu'nda da belirtmiştir.

Benzer şekilde, 1912 tarihli Uluslararası Sağlık Sözleşmesi'ne katılım Türkiye tarafından taahhüt edilirken, Sözleşme'nin 54., 88. ve 90.maddelerine çekince öne sürebilecektir. Aynı doğrultuda Türkiye, afyon, kadın ticaretinin engellenmesi ve müstehcen yayınların

³⁸ Meray, Birinci Takım, C. II, s. 179.

³⁹ Meray, Birinci Takım, C. II, s. 69.

önlenmesine ilişkin Sözleşmelere katılmayı da yükümlenmektedir. Bununla birlikte, Türk Temsilci Heyeti, afyon konusunda kesin cevabını ileride bildirme hakkını saklı tutmuştur.⁴⁰

Bunun dışında, Alt Komisyon tarafından, Türkiye ile herhangi bir başka Devlet arasında yapılmış antlaşma, sözleşme ya da anlaşma hükümlerinin, Barış Antlaşması ile çatışır sayılmayacağına ilişkin de bir madde öngörülmüştür. Türk Temsilci Heyeti, söz konusu maddeye, ekonomik olmaktan çok, siyasal nitelik arz ettiği gerekçesiyle karşı çıkmış; hatta bu siyasal niteliğinden ötürü, Alt Komisyon'un yetkili olmadığını da dile getirilmiştir.

Diğer Temsilci Heyetleri, bir yandan Siyasal Komisyon'un artık çalışmalarını bitirdiğini, öte yandan bu nitelikte bir hükmün Antlaşma'ya konulmasını gerektiren antlaşmaların ya da antlaşma hükümlerinin ekonomik niteliğini ileri sürerek, Alt Komisyonun yetkili olduğunu savunmuşlar ve hükmün kalmasını istemişlerdir.⁴¹

31 Ocak 1923 tarihinde Müttefikler tarafından Türk Heyeti'ne sunulan Antlaşma Tasarısına bakıldığında, Türk Heyeti'nin itiraz ettiği 114. ve 115. maddelerin, nihai olarak Barış Antlaşması'nda düzenlenmediği görülmektedir.

Taslağın 114. Maddesine göre, Türkiye ile yapılmış iki-taraflı antlaşmalar, sözleşmeler ve anlaşmaların yeniden yürürlüğe konulması gerekiyorsa, işbu Antlaşmanın yürürlüğe girişinden başlayarak 12 aylık bir süre içinde, Müttefik Devletler isterlerse, Türkiye ile anlaşabileceklerdir.

Taslağın 115. maddesinde ise, Türkiye ile herhangi bir Devlet arasında yapılmış anlaşmaların, sözleşmelerin ve anlaşmaların hükümlerinden hiçbirinin, Lozan Antlaşması'na aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Bu yüzden, Türkiye, Antlaşma ile bağdaşmaz nitelikte olan herhangi bir hükmü artık geçersiz saydığını bildirmeyi yükümlenecektir.

Ayrıca 99. maddede yeniden yürürlüğe gireceği kabul edilen antlaşma ve sözleşmeler arasında sadece Türk Borçlanması'na (*Emprunt turc*) ilişkin 27 Haziran 1855 tarihli Sözleşme'ye yer verilmemiştir. Dolayısıyla ilk taslak ile nihai Antlaşma metni karşılaştırıldığında, Antlaşma'da iki maddenin çıkarıldığı ve bir antlaşmanın yeniden yürürlüğe girmesinin kabul edilmediği görülmektedir.⁴²

Müttefik Devletler, diğer barış antlaşmalarında takip edilen usulden farklı bir usul teklif etmişler; bu usul, kendilerine elverişli görünecek antlaşmaların aralarında uyuşarak yürürlüğe girmesi yönünde olmuştur. Dolayısıyla bir tarafa değil, iki tarafa elverişli olan antlaşmalar, iki tarafın uyuşmasıyla yürürlüğe girecek; böylece eşitlik ve mütekabiliyet esası hakim olacaktır. Bununla beraber, kapitülasyonların kayıtsız ve şartsız ilgası kabul edildiği için, Barış Antlaşması'na iki taraflı antlaşmalar

⁴⁰ Meray, Birinci Takım, C. III, s. 103.

⁴¹ Meray, Birinci Takım, C. II, s. 69, 70.

⁴² Meray, Birinci Takım, C. I, Kitap II, s. 92, 93; İkinci Takım, C. II, s. 36, 37.

hakkında madde koymak anlamsız olacağından, Müttefik Devletler bu konuda ısrar etmemişlerdir.⁴³

Çok taraflı antlaşmalardan Uluslararası Roma Ziraat Enstitüsü'ne tekrar taraf olunması, savaş yıllarına ilişkin olarak ödenmesi gereken üyelik aidatı nedeniyle görüşmelerde tartışma konusu olmuştur. İsmet Paşa, söz konusu Enstitü'ye Türkiye'nin tekrar gireceğini, ancak bunun verilmemiş paralar hakkında hiçbir taahhüdü içermeyeceğini söylemiştir.⁴⁴

Sonuç olarak, Lozan Antlaşması'nda Osmanlı Devleti'nin taraf olduğu antlaşmalar arasında bir ayrıma gidilmiş; ikili antlaşmalar ile çok taraflı antlaşmalardan 99. maddede belirtilmeyenlerin yeni kurulan Türk devletini bağlamayacağı hükme bağlanmıştır. Bir başka deyişle, T.B.M.M. Hükümeti'nin ülkesi üzerinde kurulduğu Osmanlı Devleti'nin taraf olduğu antlaşmalardan hangileri ile bağlı olacağı ya da bağlı olup olmayacağı problemi, 99. maddede çözümlenmiştir.⁴⁵

Lozan Antlaşması'nın 99.maddesi, şu şekilde kaleme alınmıştır⁴⁶:

“İşbu Antlaşmanın yürürlüğe girmesiyle ve Antlaşmanın başka hükümlerine halel getirmeksizin, aşağıda sayılan ekonomik ya da teknik nitelikteki çok taraflı Antlaşmalar, Sözleşmeler, Anlaşmalar, Türkiye ile diğer taraf Devletlerden, bunlara taraf olanlar arasında yeniden yürürlüğe gireceklerdir.

(1) Denizaltı kablolarının korunmasına ilişkin 14 Mart 1884, 1 Aralık 1886 ve 23 Mart 1887 tarihli Sözleşmeler ile 7 Temmuz 1887 tarihli Kapanış Protokolü;

(2) Gümrük tarifelerinin yayımlanmasına ve gümrük tarifelerinin yayımlanması için bir Uluslararası Birlik kurulmasına ilişkin 5 Temmuz 1890 tarihli Sözleşme;

(3) Paris'te Uluslararası Halk Sağlığı Ofisi kurulmasına ilişkin 9 Aralık 1907 tarihli Anlaşma;

(4) Roma'da Uluslararası Tarım Enstitüsü kurulmasına ilişkin 7 Haziran 1905 tarihli Sözleşme;

(5) Escout Irmağı üzerinde geçiş resminin satın alınmasına ilişkin 16 Temmuz 1863 tarihli Sözleşme;

(6) İşbu Antlaşmanın 19.maddesindeki özel hükümleri saklı kılmak koşulu altında, Süveyş Kanalı'nın serbestçe kullanılmasını güvence altına alacak bir rejim saptanmasına ilişkin 29 Ekim 1888 tarihli Sözleşme;

(7) Madrid'de 30 Kasım 1920 tarihinde imzalananları da kapsamak üzere, Dünya Posta Birliği'ne ilişkin Sözleşmeler ve Anlaşmalar;

⁴³ Cemil Bilsel, Lozan, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1998, s. 161, 162.

⁴⁴ Söz konusu meblağ, İtalyan heyetin notuna göre 360.000 franktır. Bilsel, 1998, s. 163.

⁴⁵ Pazarıcı, 1999, s. 29; Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 155; Yücel Acer-İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 387.

⁴⁶ Düstur, 3. Tertip, C. 5, s. 99, 100.

(8) 10/22 Temmuz 1875 günü St.Petersburg'da (bugünkü Leningrad) imzalanan Uluslararası Telgraf Sözleşmesi ile 11 Haziran 1908'de Lizbon'da Uluslararası Telgraf Konferansı'nda kararlaştırılan Yönetmelikler ve Tarifeler;

Ancak 99. maddenin en önemli özelliği, Osmanlı Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin arasındaki halefiyet ve devamlılık tartışmalarının odak noktalarından birisini oluşturmasıdır.⁴⁷ 99. madde, aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Osmanlı Devleti'nin devam eden devleti olması fikrinin en önemli hukuksal dayanağı olan Osmanlı devlet borcuna ilişkin 1925 tarihli tahkim kararında Hakem Borel'in dayandığı Lozan Antlaşması hükümlerinden biri olmuştur. Söz konusu maddede sayılan çeşitli ekonomik ya da teknik nitelikteki çok taraflı anlaşmalar, sözleşmeler, ve protokoller, Türkiye ile diğer taraf Devletlerden, bunlara taraf olanlar arasında yeniden yürürlüğe girecektir.

Şöyle ki, aslında Türkiye'nin yeni bir devlet olarak Osmanlı Devleti'nin antlaşmalarından doğan hak ve borçlarla bağlı olmadığı yolundaki görüşün en güçlü gerekçelerinden birisini bu hüküm oluşturmaktadır. Zira Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devamı kabul edilmesi halinde, söz konusu antlaşmaların yeniden yürürlüğe girmesi değil; antlaşmalardan doğan hak ve borçların Türkiye'yi bağlamaya devam etmesi gerekmektedir. Devletin uluslararası antlaşmalardan doğan hak ve borçlarının etkilenmemesi, ancak hükümet değişikliği veya siyasi iktidarın icra şeklinin değişmesi halinde kabul edilen yerleşik bir kuraldır. Dolayısıyla söz konusu maddenin tam anlamı, aslında Türkiye'nin halef devlet konumunda olmasına bağlı olarak ortaya çıkmakta; savaş nedeniyle askıya alınmış olan tüm antlaşmalar, yeniden işlerlik kazanmaktadır.⁴⁸

Öte yandan, Lozan Antlaşması'nın 100. maddesi de, Osmanlı Devleti'nin sadece görüşmelere katıldığı veya imzaladığı, ancak henüz onaylamadığı bazı antlaşma ve sözleşmeleri düzenlemiştir. Söz konusu madde, şu şekilde kaleme alınmıştır⁴⁹:

"Türkiye aşağıda sayılan Sözleşmelere ya da Anlaşmalara katılmayı ve onları onaylamayı taahhüt eder:

(1) Otomobillerin uluslararası dolaşımına ilişkin 11 Ekim 1909 tarihli Sözleşme;

(2) Gümrük resmine tabi vagonların kurşunlanarak kapatılmasına ilişkin 15 Mayıs 1886 tarihli Anlaşma ve 18 Mayıs 1907 tarihli Protokol;

⁴⁷ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, "Lozan Barış Antlaşması Çerçevesinde Halefiyet ve Devamlılık Tartışmaları", AÜHFD, 2023, C: 72, S: 1, s. 381-415.

⁴⁸ İzzettin Doğan, Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1970, s. 87; Deniz Akçay, "Türkiye Cumhuriyeti/Osmanlı Devleti ve Ardıcılık/Devamlılık Sorunsalının Görelileşmesi", Ermeni Araştırmaları, 56, s. 174.

⁴⁹ Düstur, 3. Tertip, C. 5, s. 100-102.

(3) Denizlerde çatma, deniz kazalarında yardım ve kurtarma işlerine ilişkin bazı kuralların birleştirilmesiyle ilgili 23 Eylül 1910 tarihli Sözleşme;

(4) Hastane gemilerinin limanlarda resim ve vergilerden muafiyetine ilişkin 21 Aralık 1904 tarihli Sözleşme;

(5) Kadın ticaretinin yasaklanmasına ilişkin 18 Mayıs 1904, 4 Mayıs 1910 ve 30 Eylül 1921 tarihli Sözleşmeler;

(6) Müstehcen yayınların yasaklanmasına ilişkin 4 Mayıs 1910 tarihli Sözleşme;

(7) 54., 88. ve 90. maddeler hakkındaki çekincelerin saklı kalması koşulu ile 17 Ocak 1912 tarihli Sağlık Sözleşmesi;

(8) Filoksera (phylloxera) hastalığına karşı alınacak önlemlere ilişkin 3 Ekim 1881 ve 15 Nisan 1889 tarihli Sözleşmeler;

(9) Afyon konusunda 23 Ocak 1912 tarihinde La Haye’de imzalanan Sözleşme ile 1914 tarihli Ek Protokol;

(10) 5 Temmuz 1912 tarihli Uluslararası Telsiz Telgraf Sözleşmesi;

(11) Afrika’da alkollü maddelere uygulanacak rejime ilişkin Saint-Germain-en-Laye’de imzalanan 10 Eylül 1919 tarihli Sözleşme;

(12) 26 Şubat 1885 tarihli Berlin Genel Senedi ile 2 Temmuz 1890 tarihli Brüksel Demeci ve Genel Senedinin yeniden gözden geçirilmesine ilişkin olarak Saint-Germain-en-Laye’de imzalanan 10 Eylül 1919 tarihli Sözleşme;

(13) 1 Mayıs 1920 tarihli Protokol hükümlerinin uygulanmasıyla Türkiye, coğrafi durumunun gerektirdiği değişikliklere kavuştuğunu gördüğü takdirde Hava Trafikinin Düzenlenmesine ilişkin 13 Ekim 1919 tarihli Sözleşme;

(14) Kibrit yapımında beyaz fosfor kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin olarak Bern’de 26 Eylül 1906 günü imzalanan Sözleşme.

Türkiye, bunlardan başka, telli ve telsiz telgraflara ilişkin uluslararası yeni sözleşmelerin düzenlenmesine katılmayı taahhüt eder.

Türkiye’nin söz konusu düzenlemeleri onaylamayı veya taraf olmayı yükümlendiğini gösteren bu maddeye de, Hakem Borel, kararında değinmemiştir. Ancak Türkiye’nin hangi antlaşmaları yeniden uygulayacağı ve ileride hangi antlaşmaları onaylayacağı konusundaki iradesini açıkça beyan etmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla Türkiye’nin devam eden devlet konumunda olduğu kabul edildiği takdirde, bu tür bir irade açıklamasına ihtiyaç duyulmayacağı açıktır.⁵⁰

Antlaşma’nın 99. ve 100. maddeleri dışında da, çeşitli maddelerinde bazı uluslararası antlaşmalara değinilmiştir. Buna göre “Ulaşım Yolları” başlığı altında 101.-104.maddeler arasında 1921 tarihli Barselona Konferansı’nda kabul edilen belgelere katılım kabul edilirken, 105.maddede ise 14 Ekim 1890, 20 Eylül 1893, 16 Temmuz 1895, 16 Haziran 1898 ve 19 Eylül 1906 tarihlerinde Bern’de imzalanan

⁵⁰ Acer-Kaya, s. 387; Akçay, s. 174.

demiryolları ile eşya taşınmasına ilişkin Sözleşmelerin kabul ve onaylanması taahhüt edilmiştir.

Ayrıca Antlaşma'ya ek Ticaret Sözleşmesi'nin 14. maddesinde de, Endüstri mülkiyetinin korunmasına ilişkin olup, 2 Haziran 1911'de Washington'da değiştirilen, 20 Mart 1883 tarihli Uluslararası Paris Sözleşmesine öngörülen biçimde katılım ile edebiyat ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin Berlin'de 13 Kasım 1908'de değiştirilen, 9 Eylül 1886 tarihli Bern Sözleşmesi ile edebiyat ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin ve 22 Mart 1914 tarihli Bern Ek Protokolü'ne de katılım taahhüt edilmiştir.

Sonuç olarak, Cumhuriyet döneminde Lozan Antlaşması'nda sayılan uluslararası anlaşma, sözleşme ve uluslararası örgüt üyeliklerine farklı tarihlerde yeniden yürürlüğe giriş ve/veya katılım işlemleri gerçekleştirilmek üzere çalışmalar yürütüldüğü görülmüştür.

IV. CUMHURİYET DÖNEMİNDE ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

Lozan Antlaşması'nın T.B.M.M.'ndeki onay işlemleri, 23 Ağustos 1923 tarihinde tamamlanmış ve aynı gece İstanbul'daki Müttefik devletlere resmen bildirilmiştir. T.B.M.M.'nin Lozan Antlaşması ve eklerini onaylamasından 2 gün sonra antlaşmayı Yunan parlamentosu onaylamıştır. Ancak İngiltere, Fransa ve İtalya, antlaşmanın parlamentolarında onaylanmasını yaklaşık 1 yıl geciktirmişlerdir. Sonuçta Lozan Antlaşması'nın yürürlüğe girişi, 6 Ağustos 1924'te gerçekleşmiştir. Ayrıca bu süreçte, 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet ilan edilmiş ve 1924 Anayasası yürürlüğe girmiştir.

1924 Anayasası, uluslararası antlaşmaların onaylanmasına ilişkin olarak 1921 Anayasası ile benzer bir yaklaşım sergilerken, antlaşmaların onaylanmasını düzenleyen 26. maddesinde kuvvetler birliği ve Meclis Hükümeti sistemine göre bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla 1924 Anayasası, yeni düzenleme içerse bile, 1921 Anayasası'ndan tamamen farklı bir sistem oluşturmamıştır. Bu açıdan, antlaşmaların onaylanması hususunda da Meclis yetkili kılınırken, -1921 Anayasası'ndan farklı olarak- yalnızca “antlaşma” deyimini kullanmakla yetinilmeyerek, “sözleşme” ifadesi de maddeye eklenmiştir. Ayrıca maddede yer alan “gibi” ifadesinin, antlaşma ve sözleşme benzeri işlemlerin dışındaki protokol, senet ve tahkimnameyi içermediği yönünde görüşler de ileri sürülmüş; diğer işlemler konusunda Meclis İçtüzüğü de dikkate alınarak, Meclis onayı aranmaksızın yürürlüğe girebilecekleri iddia edilmiştir.⁵¹

26. madde, Cumhuriyetin ilk yıllarında metne ve yönetim biçimine uygun olarak uygulanmışsa da; daha sonra yapılan antlaşmaların akdine

⁵¹ Mehmet Hamzaçebi, Türk Hukukunda Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması Usulü ve Andlaşmaların Anayasa ve Kanunlar Karşısındaki Yeri ve Değeri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 1997, s. 32, 33; Halatçı Ulusoy, s. 50, 51.

T.B.M.M.'nin katılması, yavaş yavaş azalmış ve nihayet sadece yürütme organının yaptığı antlaşmaları onaylamakla sınırlanmıştır.⁵²

Değişim devresi olarak adlandırılan 21 Mayıs 1927 ile 8 Mart 1932 tarihleri arasında, Türkiye'nin akdettiği 128 uluslararası antlaşma üzerinde yapılan araştırmada 1927 ve 1928 yıllarında yapılan antlaşmaların büyük çoğunluğuna T.B.M.M.'nin katıldığı görülmüştür. 1929 yılında T.B.M.M.'nin antlaşmaların akdine katılma oranı, yürütme organı ile hemen hemen eşit olmuştur. Bu oran, 1930 yılında büyük bir düşüş göstermiştir. 1931 yılından sonra ise T.B.M.M.'nin uluslararası antlaşmaların akdine katılmasına hemen hemen rastlanmamaktadır. Bu tarihten sonra T.B.M.M.'nin sadece yapılan antlaşmaları onaylamakla yetindiği görülmüştür.⁵³

Bu doğrultuda 1924 Anayasası döneminde antlaşmalar, Meclis tarafından onaylandıktan sonra onay, kanuna ekli olarak yayımlanmıştır. Cumhurbaşkanının antlaşmalar konusundaki yetkisi, Meclis tarafından onaylanmış olan antlaşmaların devleti uluslararası alanda bağlayacağı hususunu diğer taraflara bildirmek ve onay belgelerinin tevdi veya teatisini gerçekleştirmektir. Bir başka ifadeyle, Meclis onayı almamış bir antlaşmayı devlet başkanının onay yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, onay kanununu imzalayarak yayımlar; böylece onaylanarak yayımlanan antlaşmalar için hazırlanan onay belgelerinin tevdi ya da teatisi ile antlaşma, uluslararası hukuk açısından bağlayıcı hale gelir.⁵⁴

Lozan Barış Antlaşması'nın imzalanması, onaylanması ve yürürlüğe girmesi, uluslararası sorunların tamamen çözülmesi anlamına gelmemiş; bazı sorunlar açısından Barış Antlaşması metninde sadece çözüm usulü üzerinde hemfikir olunmuştur. Musul sorunu ve karma hakem mahkemeleri, bu konuda örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla çözümlenmeyi bekleyen birçok uluslararası hukuk meselesinin yanında, başta 99. ve 100. maddeler olmak üzere Lozan Antlaşması'nın çeşitli hükümlerinde yeniden yürürlüğe girmesi ve katılım sağlanması kabul edilen antlaşmalar da, söz konusu dönemin ele alınmayı bekleyen önemli uluslararası hukuk konuları arasında yer almıştır.

Söz konusu antlaşma ve sözleşmelerden İcra Vekilleri Heyeti Kararnamesi'yle onaylananlar olduğu gibi (örneğin Gümrük Tarifesi Yayımlama Bürosu), onay işlemi esas itibarıyla T.B.M.M. tarafından kanunla yapılanlar da bulunmaktadır. Bu şekilde açıkça onaylanan örneklerin yanında, onay işlemi tamamlanmadan temsilci atanan uluslararası örgüt üyelikleri de olmuştur. Örneğin, 11 Ekim 1925 tarihinde Uluslararası Halk Sağlığı Ofisi'ne temsilci olarak Dr. Galib Ata'nın gönderilmesi bu şekilde gerçekleşmiştir.⁵⁵ Ancak dikkat çekici olan, Ofis tarafından İmparatorluk dönemindeki üyelik statüsünün birinci sınıf

⁵² Suat Bilge, "Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akdi", AÜSBFD, 1967, C: 22, S: 2, s. 102.

⁵³ Bilge, s. 102.

⁵⁴ Halatçı Ulusoy, s. 130.

⁵⁵ Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (BCA), 30-18-1-1/16-67-7.

olduğu Türkiye'ye hatırlatılarak, üyeliğin bu statüde olması yönünde karar alınmazsa görüşmelere katılım sağlanamayacağı belirtilince, birinci sınıf iştirak hissesi olan 20.000 frankın ödenmesi 11 Kasım 1925 tarihli kararname ile kabul edilmiştir.⁵⁶

13 Ekim 1927 tarihinde ise İcra Vekilleri Heyeti tarafından Lozan Barış Antlaşması'nın 99. maddesi uyarınca iştirak edilecek Uluslararası Tarım Enstitüsü'ne 200.000 Frank ödeme yapılmasına ve üyeliğin 3.sınıf olarak devam etmesine karar verilmişse de⁵⁷, 26 Ocak 1928 tarihli Enstitü Daimi Komitesi'ne sunulan raporda Türkiye'nin halen 1. sınıfa mensup bir devlet olarak Enstitü üyeliğini sürdürdüğü görülmüştür.⁵⁸

Anlaşıldığı üzere, yeni Türk devleti, uluslararası ilişkilerin ve iş birliklerinin yenilerinin kurulması, var olanlarının sürdürülmesi ve geliştirilmesi yönünde her türlü adımı atmıştır.

Bu doğrultuda, 1925'te imzalanan Beynelmül Telgraf Nizamnamesi⁵⁹, 1926 yılında Paris'te toplanan Beynelmül Otomobil Seyrüsefer Konferansı⁶⁰, 1933 yılında kadın ticaretinin men'i hakkında Cenevre'de imzalanan uluslararası sözleşme, bunlara örnek verilebilir.

Diğer taraftan, söz konusu antlaşmaların yeniden yürürlüğe girmesi ve katılım sağlanması açısından Hükümetin çalışma usulü tespiti konusunda 30 Ağustos 1927 tarihli bir kararnameye rastlanmaktadır. Kararname uyarınca, bu antlaşmaların basımı, tercümesi ve gereken kanun tasarılarının hazırlanması için haftada en az üç gün çalışmak üzere Hariciye Vekaleti Hukuk Müşaviri başkanlığında, Milli Müdafaa Vekaleti dışında her Vekaletten bir uzman katılacak şekilde komisyon oluşturulması kabul edilmiştir.⁶¹ Komisyonun çalışmalarını esas itibarıyla bitirdiği, basım çalışmaları için ödeneğin nasıl sağlanacağı konusunda Hariciye Vekaleti'nin 2 Ocak 1928 tarihinde yaptığı yazışmadan anlaşılmaktadır. Sonuçta 29 Ocak 1928 tarihinde basım işlerinin Türk Ocağı Matbaasında yapılması yönünde karar alınmıştır.⁶² Ancak komisyonun görevine tamamen son verilmemiş; komisyon çalışmalarına devam edemeyecek üyelerin yerine yeni üyeler atanmıştır.⁶³

Ancak bu komisyonun çalışmalarına başlamasından çok daha önce, hatta Lozan Antlaşması henüz imzalanmadan önce, Antlaşma'da yer verilecek bazı konularla ilgili olarak T.B.M.M. Hükümeti'nin çalışmalara başladığı görülmüştür.

⁵⁶ BCA, 30-18-1-1/16-71-8.

⁵⁷ BCA, 30-18-1-1/ 26-55-13.

⁵⁸ Asher Hobson, *The International Institute of Agriculture: An Historical and Critical Analysis of Its Organization, Activities and Policies of Administration*, University of California Press, 1931, s. 334.

⁵⁹ BCA, 30-18-1-1/22-83-15.

⁶⁰ BCA, 30-18-1-1/17-88-15.

⁶¹ BCA, 30-18-1-1/25-48-9.

⁶² BCA, 30-18-1-1/27-77-12.

⁶³ Örneğin Hariciye Vekaleti memurlarından Sedat Zeki Bey, bu şekilde görevlendirilmiştir. BCA, 30-18-1-1/27-77-14.

Örneğin, 9 Ocak 1923 tarih ve 2152 sayılı İcra Vekilleri Heyeti Kararnamesi uyarınca Uluslararası Posta Birliği'ne birinci sınıf iştirak hissesi ödenmek suretiyle katılım sağlanması kabul edilmiştir.⁶⁴ Ancak uluslararası antlaşmalara taraf olunması, esas itibarıyla Lozan Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinin ardından yapılan çalışmalarla gerçekleşmiştir.

Bu yönde, 6 Mayıs 1926 tarihinde alınan 241 numaralı "Lozan Ahitnamesi'nin 99 ve 100. maddelerinde Tadat Olunan Beynelmilel Muahede, Mukavele ve İtilâfnamelerin Tasdik ve İltihak Muamelelerinin Sureti İcrası Hakkında Büyük Millet Meclisi Kararı"yla, Lozan Antlaşması'nın 100. maddesindeki fıkralardan bazılarının içerdiği kayıtların gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi için, tasdik olunacak düzenlemelerin tespit ettirilerek ayrı ayrı Meclis'e takdimi usulü benimsenmiştir.⁶⁵

1932 yılına gelindiğinde, Hariciye Vekaleti tarafından Başvekalet'e yazılan 18 Ocak 1932 tarihli bir yazıda antlaşmalardan bazıları hakkında o zamana kadar yürütülen çalışmalar ile planlananların özet bilgisine ulaşılmaktadır.⁶⁶

Buna göre, otomobillerin dolaşımı hakkındaki 1909 Sözleşmesi'ni değiştiren 1926 tarihli Sözleşme, 1926 tarihli Sağlık Sözleşmesi ile müstehcen yayınlara ilişkin 1923 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin imzalanıp; 1912 tarihli Uluslararası Telsiz Telgraf Sözleşmesi'nin yerini alan 1927 tarihli Uluslararası Washington Telsiz Telgraf Sözleşmesi'nin ise onaylandığından bahsedilmiştir. Ayrıca imzalananların onay süreçleri ile eski düzenlemeler açısından Türkiye'nin durumunun değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bazı antlaşmalar açısından çalışmaların sürdüğü belirtilirken, bazılarının içerdikleri kayıtların gerçekleşip gerçekleşmediği açısından tekrar gözden geçirilmeleri gerektiği vurgulanmıştır.

Ancak dikkat çekici bir husus, 99. maddenin 6. fıkrası ile 100.maddenin 7. ve 13. fıkraları hakkında konulmuş olan ihtirazi kayıtlardır. Örneğin 99. maddenin 6. fıkrasında yer alan Süveyş Kanalının serbest kullanımı hakkındaki 1888 tarihli Sözleşme'nin yeniden yürürlüğe girmesi, Lozan Antlaşması'nın 19. maddesindeki ihtirazi kayda bağlı kılınmıştır.

Bu doğrultuda, 1888 Süveyş Sözleşmesi ile 1912 Uluslararası Sağlık Sözleşmesi'nin 6 Mayıs 1926 tarihli 241 numaralı İcra Vekilleri Heyeti kararının kapsamından çıkarılması, Hariciye Vekaleti tarafından önerilmiştir.

Diğer taraftan, 1932 yılında Lozan Antlaşması'nın 101. ve devamındaki maddelerde yer verilen Barselona düzenlemeleri hakkında Milletler Cemiyeti Genel Sekreterliği'nden talep edilen bir hususa rastlanmıştır.⁶⁷ Buna göre, Türkiye'nin söz konusu düzenlemelere Lozan Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren katılım gösterdiği

⁶⁴ BCA, 30-18-1-1/6-44-12.

⁶⁵ Resmi Ceride, 18.05.1926, No. 375.

⁶⁶ BCA, 30-10-0-0/219-475-18.

⁶⁷ BCA, 30-18-1-2/34-20-9.

yönünde bir kararın Genel Sekreterliğe bildirilmesi gerektiğinden, İcra Vekilleri Heyeti tarafından 4 Mart 1933 tarihinde bu doğrultuda bir karar alınmıştır.

Bu süreçte bazı antlaşmalar açısından Avrupalı devletler tarafından Lozan Antlaşması'ndaki taahhüdün ifasına davet edilmeleri beklenmeden Türkiye'nin uyması gerektiği yönünde İcra Vekilleri Heyeti'nin aldığı kararlar da vardır. Bu yönede en dikkat çekici iki örnek, 1932 yılında kadın ticaretinin engellenmesi, savaş zamanında hastane gemilerinin limanlarda rüsum ve vergilerden muafiyeti, kibrit yapımında beyaz fosfor kullanılmasının yasaklanması hakkındaki sözleşmelerdir.⁶⁸

Görüldüğü üzere, bir yandan Musul, etabli, karma hakem mahkemeleri gibi konular ele alınırken, incelenmekte olan uluslararası düzenlemelerin ilişkin olduğu konularda yeni gerçekleştirilmekte olan toplantılara Türkiye'nin de davet edildiği görülmektedir. Dolayısıyla büyük mücadelelerin yaşandığı Lozan Barış Konferansı'nın ardından, mücadele şekil değiştirerek çok boyutlu olarak sürdürülürken, Atatürk döneminde Lozan Antlaşması'ndaki çoğu uluslararası düzenleme hakkında ilgili işlemlerin tamamlandığı, tamamlanmayanlarla ilgili güncel toplantıların takip edilerek, ortaya çıkan yeni antlaşmalara katılım sağlandığı sonucuna ulaşılmıştır.

SONUÇ

Hukuk, uluslararası ilişkiler ve tarih literatüründe kapitülasyonlar çerçevesinde şekillenen uluslararası antlaşmalar hukukunun, aslında Türkiye'deki tarihsel geçmişinin farklı yönleri bulunmaktadır. Osmanlı Devleti'nin son yüzyılı, uluslararası antlaşmalar açısından tek yönlü ele alınması mümkün olmayan, çok boyutlu hukuki değerlendirmeleri gerektiren bir zaman dilimidir. Bu dönemde azınlıkların ve yabancıların hukuki statüsü gibi konuların yanında; ulaşım, sağlık, tarım gibi teknik, ekonomik ve toplumsal konularda gelişmeleri ele alan ve iş birliklerini güçlendiren uluslararası antlaşma örnekleri de görülmektedir. Bu çerçevede, bir yandan kapitülasyonlar gibi Devleti birçok açıdan zorlayan, hatta egemenliğini kısıtlayan nitelikteki antlaşmalar; diğer yandan, eşit ve karşılıklı hak ve yükümlülükler dayanan uluslararası antlaşmalar ve uluslararası örgüt üyelikleri, bir arada aynı hukuk sistemi içinde farklı sonuçlar doğurarak var olmuşlardır.

Bütün bu etki ve sonuçlar, işgal altındaki bir ülkenin bağımsızlık mücadelesini kazanmasının ardından, Lozan'da yeniden masaya yatırılmıştır. Uluslararası hukuk açısından kapitülasyonların tarihi ve hukuki niteliği, savaşın uluslararası antlaşmalar ve uluslararası örgüt üyelikleri üzerindeki etkisi, halef veya devam eden devlet olma sonucunu doğuracak birçok mesele hakkında taraflar arasında gerçekleşen uzun tartışmalar, taviz vermez yaklaşımın sonucunda Türkiye lehine çözüme kavuşturulmuştur.

⁶⁸ BCA, 30-18-1-2/28-32-14; 28-32-5; 28-32-3.

Kapitülasyonların tamamen kaldırıldığı kabul edilirken, başta 99. ve 100. maddeler olmak üzere, Antlaşma'nın çeşitli maddelerinde bazı uluslararası antlaşmaların yeniden yürürlüğe girmesi veya ilk kez katılım sağlanması gibi hususlar düzenlenmiştir. Dolayısıyla uluslararası hukukun tüm alanlarını kapsayacak şekilde eşitlik ve karşılıklılık esaslarına dayanan çağdaş uluslararası hukuk anlayışı, Türk hukukuna Lozan Antlaşması ile kazandırılmıştır.

Siyasi, ekonomik ve hukuki tam bağımsızlıktan ödün verilmeden elde edilen bu zafer, aynı zamanda Türk hukuk tarihinin dönüm noktalarından biri olan Cumhuriyetin kuruluş sürecinde Atatürk'ün çizdiği çağdaşlaşma hedefinin uluslararası hukuktaki çıkış noktasını oluşturmuştur.

KAYNAKÇA

Acer Y/Kaya İ, Uluslararası Hukuk, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Akyılmaz G, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya, 2000.

Bilge S, “Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akdi”, AÜSBFD, 1967, C: 22, S: 2, s. 97-149.

Bilsel C, Devletler Hukuku, 3. Kitap-Devletler Arasında Andlaşmalar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1936.

Bilsel C, Lozan, C. II, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1998.

Çelik E, Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

Doğan İ, Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1970.

Halatçı Ulusoy Ü, Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Uluslararası Antlaşmaların Yapımı ve Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Hamzaçebi M, Türk Hukukunda Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması Usulü ve Andlaşmaların Anayasa ve Kanunlar Karşısındaki Yeri ve Değeri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 1997.

Hobson A, The International Institute of Agriculture: An Historical and Critical Analysis of Its Organization, Activities and Policies of Administration, University of California Press, 1931.

İpşirli M, “Sulh”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 37, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2009, s. 490-492.

Karakoç İ, “Türk Hukuk Tarihi’nde Uluslararası Andlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C: 6, S: 2, s. 199-254.

Kılıççı S, Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanması, AÜHFY, Ankara, 1968.

Kılınç A/Şimşek S Ş, “Haklı Savaş Öğretisinin Klasik Dönem Osmanlı Devletindeki Görünümü”, Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu'na Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 601-631.

Konan B, Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Hukuki Durumu, Statü Yayıncılık, Ankara, 2013.

Kütükoğlu M, “Ahidname”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 1, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988, s. 536-540.

Meray S L, “Türk Anayasa Sisteminde Andlaşmaların Görüşülmesi”. AÜSBFD, 1964, C: 19, S: 1, s. 75-87.

Meray S L, Lozan Konferansı Tutanaklar-Belgeler, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.

Örsten Esirgen S, “1921 Anayasası Döneminde Kanun-i Esasi”, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve Makaleler, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 2022, s. 107-142.

Örsten Esirgen S, “Lozan Barış Antlaşması Çerçevesinde Halefiyet ve Devamlılık Tartışmaları”, AÜHFD, 2023, C: 72, S: 1, s. 381-415.

Pazarcı H, Uluslararası Hukuk, I. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.

Pazarcı H, Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.

Shaw M N.; Uluslararası Hukuk. 8. Baskı, Ankara: TÜBA Yayını, 2018.

Sur M, Uluslararası Hukukun Esasları, II. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Telli S, Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, A. Ü. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1998.

Ünalmiş Duda H, Uluslararası Örgütler Bağlamında Global Sağlık Politikaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İstanbul, 2008.

TÜRK HUKUK TARİHİ AÇISINDAN İSLÂM HUKUKUNDA KIYMETLİ EVRAK

Negotiable Instruments in Islamic Law from Turkish Law History Perspective

Dr. Sefa ER*

Öz: Kıymetli evrak bugünkü anlamını son yüzyılda kazanmıştır. Ancak ilk dönemlerden bu yana İslâm hukukunun benimsendiği toplumlarda çeşitli kıymetli evrak türleri kullanılmaktadır. Modern hukuktaki sınırlı sayı ilkesi ve katı şekil kurallarının aksine, İslâm hukukunda kıymetli evrak ve düzenlenme biçimine dair dar bir çerçeve çizilmemiştir. Dolayısıyla evrensel hukuki düzenlemelere konu olan bütün kıymetli evrak türleri, düzenleme biçimi itibarıyla İslâm hukukunun hiçbir ilkesi ile çelişmemektedir. Bu itibarla İslâm hukukunun farklı dönemlerinde kullanılan değişik kıymetli evrak türlerinin, modern hukukta öngörülen şekillere göre tanzim edilmesi mümkün görülmektedir. Türklerin İslâmiyet'i kabulüyle birlikte Türk devletlerinde hukuk sisteminin temelini İslâm hukuku oluşturmuş; Osmanlı Devleti'nde de bazı hukuk dallarında yüzyıllarca İslâm hukuku esasları benimsenmiştir. Bu kapsamda İslâm hukukundaki kıymetli evrak türleri de Türkler tarafından kullanılmaya başlanmıştır. Bu husus tarihi gelişim süreci içerisinde Türk hukuk tarihi açısından büyük öneme sahip olup İslâm hukukunda kıymetli evrakın incelenmesi günümüz kıymetli evrak hukukunun temellerinin anlaşılması, uyumsuzlukların Türk toplumuna yerleşmiş olan hakkaniyet ve adalet anlayışı çerçevesinde çözülmesi bakımından da önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Türk hukuk tarihi, İslâm hukukunda kıymetli evrak, kambiyo senedi, emtia senetleri, hisse senetleri, sakk, süftece, sakkud deyn

Abstract: Negotiable instruments took its current meaning within the modern law. However, it is seen that in societies that have adopted Islamic law since the first periods, notes that form the basis of negotiable instruments are used. In Islamic law, contrary to the limited number principle in modern law, there is no narrow framework for the arrangement of negotiable instruments. Therefore, all types of negotiable instruments that are subject to universal legal regulations do not contradict any principle of Islamic law in terms of regulation. In this respect, it seems possible to arrange different types of negotiable instruments used in different periods of Islamic law in accordance with the forms prescribed in modern law. With the acceptance of Islam by the Turks, Islamic law formed the basis of the legal system in the Turkish states, and the principles of Islamic law were adopted for centuries in some branches of law in the Ottoman Empire. In this context, the types of negotiable instruments in Islamic law have also started to be used by the Turks. This issue is of great importance for the history of Turkish law within the historical development process. Examining negotiable instruments in Islamic law is also important in terms of understanding the basics of negotiable instruments law and resolving disputes within the framework of the understanding of equity and justice established in Turkish society.

Keywords: Turkish law history, negotiable instruments in Islamic law, bill of Exchange, commodity securities, stocks, sakk, süftece, sakkud deyn

* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi, sefaer@hotmail.com,
ORCID: 0000-0002-5738-8224
Makale Geliş Tarihi: 11.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 09.10.2023
DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391697

GİRİŞ

Hukuk tarihi, tarihi süreç içerisinde bütün toplumların hukuk kurallarını ve kurumlarını, bunların hangi ihtiyaca cevap vermek için ortaya çıktıklarını, geçirdikleri değişim ve gelişimleri, ortadan kalkış sebeplerini inceleyen bir bilim dalıdır¹. Bu itibarla hukuk kurallarının ve kurumlarının temelinde yatan, ortaya çıkışlarını ve gelişmelerini sağlayan sosyal, siyasi, ekonomik, dini, ahlaki, felsefi ve hatta coğrafi, etnik ve psikolojik faktörler de hukuk tarihi kapsamında incelenmektedir. Türk hukuk tarihi ise Türk Milleti'nin tarihi süreçte hukuk düşüncesi ile hukuk kural ve kurumlarının nasıl ve hangi yönde geliştiğini araştırarak incelemektedir².

Türk hukuk tarihi açısından İslâmiyet sonrası Türk hukukundaki gelişmeler ve özellikle de Osmanlı dönemi özel öneme sahiptir. Zira İslâmiyet'in kabulüyle birlikte Türk devletlerinde hukuk sisteminin temelini İslâm hukuku oluşturmuş; Osmanlı Devleti'nde de bazı hukuk dallarında yüzyıllarca İslâm hukuku esasları geçerli olmuştur³. Batıdaki gelişmelerle birlikte Osmanlı Devleti'nde de hukuk sisteminde önemli değişiklikler öncelikle ticaret hukuku alanında gerçekleştirilmiş; İslâm hukuku yanında Fransa'da çıkarılan ticaret kanunundan da yararlanılarak karma bir düzen oluşturulmaya çalışılmıştır⁴. Bu dönemde özellikle Mecellenin yürürlüğe girmesiyle birlikte batıdan iktibas edilen ticaret kanununun boşlukları İslâm hukuku ile doldurulmuştur. Bu durum beraberinde dualist hukuk yapısını doğurmuş, özellikle batılılar tarafından ticari ilişkilerde salt iktibas edilen ticaret kanununun uygulanması ve boşlukların da mehz Fransız kanunları ile doldurulması yönünde ciddi baskılar yapılmıştır⁵.

Türk hukuk tarihi açısından bakıldığında Türklerin İslâmiyet'i kabul etmesiyle birlikte İslâm hukukundaki kıymetli evrak Türkler tarafından da kullanılmaya başlanmış; özellikle Osmanlı Devleti'nde

¹ Halil Cin/ Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 2. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2008, s. 5.

² Cin/ Akyılmaz, s. 5.

³ Cin/ Akyılmaz, s. 10.

⁴ Metin Kıratlı/ Mustafa Çakıcı, "Osmanlı Devleti ile İslâm Dünyasında Kıymetli Evrak ve Türkiye Cumhuriyeti'ne Etkileri", C. 2, S. 69, 2022, Adalet Dergisi, s. 378; Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu, Türk Hukuk Tarihi, 2. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1991, s.12; Bülent Tanör, Osmanlı -Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 460.

⁵ Devlet Arşivleri Hariciye Nezareti'nin İdare Fonunda yer alan 15.03.1907 tarihli ve 2037/66 sayılı, Almanya, Rusya, İngiltere, Fransa, Avusturya ve Macaristan büyükelçileri ile İtalya büyükelçiliği maslahatgüzarı tarafından kaleme alınan ortak belgede batılı devletlerin Mecelle'nin Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmaması için yaptıkları baskılar yer almaktadır. Detaylı bilgi için Bkz. Ahmet Kılınç/ Harun Karakaya, "Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle'nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi", C. 2, S. 1, 2022, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, s. 59-89.

kıymetli evrakın kullanımı yaygınlaşmıştır⁶. İslâm hukukunda ve özellikle Osmanlı Devleti'nde kullanılan kıymetli evrak, Türkiye'de de örfî hukuk şeklinde ticareti şekillendirmiştir⁷. Dolayısıyla İslâm hukukunda kıymetli evrakın incelenmesi günümüz kıymetli evrak hukukunun temellerinin anlaşılması için de önem arz etmektedir.

Kıymetli evrak hukukunun doğup gelişmesi, toplumların ihtiyaçlarına paralel şekilde seyir izlemiş ve modern hukuktaki durumuna ulaşmıştır. Kıymetli evrak, mevcut içerik ve mahiyetini modern hukukla kazanmakla birlikte, ilk dönemlerinden bu yana İslâm hukukunu benimseyen toplumlarda da kullanılan ticari araçlardan olmuştur.

İslâm hukuku açısından kıymetli evrak, borçlanma esasları ile yakından ilgili olduğu için İslâm hukukunun “*muamelat*” bölümü içinde yer almaktadır⁸. İslâm hukukundaki muamelat, modern hukukun özel hukuk kısmına ait olan medeni, borçlar ve ticaret hukuku gibi dalları içine alan geniş bir alanı kapsamaktadır. Muamelat kapsamında yer alan “*buyû*” bölümünde, genel anlamıyla ticaret ve borçlar hukuku kuralları yer almaktadır⁹. Dolayısıyla modern hukuk tarafından tasnifi yapılan kıymetli evrakın türleri ve hükümleri; muamelatın bey (satım akdi), havale, ikraz, rehin, icare, istisna ve karz gibi akitleri ile ilgili görülmektedir¹⁰. Öte yandan modern hukukta kıymetli evrak tasnif edilirken, içerdiği hakkın düzenlenmesine sebep olan hukuki işlem ile ilişkisi; içerdiği haktan önce mevcut olup olmaması; ihraç durumu ve devir şekli gibi çeşitli özellikleri dikkate alınmaktadır¹¹. Kıymetli evrakın bugünkü hukuki çerçevesini çizen modern hukuk kuralları, kıymetli evrakın türleri ile her türün tâbi olduğu şekil kurallarını da tespit etmiştir¹².

⁶ Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 496; Kıratlı/ Çakıcı, s. 378.

⁷ Kıratlı/ Çakıcı, s. 378.

⁸ Bilal Aybakan, “Muamelat”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 30, İstanbul, 2005, s. 316; Çalış, s. 421;

⁹ Halit Çalış, “Borçlar Hukuku (İslâm Hukukunda)”, İslâm Hukuku, Talip Türcan (Ed.), 5. Baskı, Grafiker Yayınları, Ankara, 2017, s. 421.

¹⁰ Abdülaziz Beki, “İslâm Hukukunda ve Türk Mevzu Hukukunda Kıymetli Evrak”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 1995, s. 321.

¹¹ Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara, 1997, s. 168; İsmail Kırca/ Abuzer Kendigelen, Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 3 vd.

¹² Kırca/Kendigelen, s. 3. Yazarlar Arapça kökenli bir kelime olan “evrak” ibaresinin “varak” isminin çoğulu olduğunu ve “yapraklar, kağıtlar” anlamına geldiğini, ancak “kıymetli evrak” terimi kanuni bir terim olduğundan bunun yerine “değerli kağıt” teriminin kullanılmasının doğru olmadığını, zira “kıymetli evrak” teriminin poliçe, bono, çek, hisse senedi, konşimento gibi kıymetli evrak sayılan çeşitli senetlerin ortak özelliklerini bünyesinde barındıran üst bir kavram olduğunu belirtmektedir.

Öğretide bazı yazarlar tarafından, kıymetli evrak türlerinden olan kambiyo senetlerinin batıda ortaya çıkışından daha önce İslâm toplumunda kullanıldığı ileri sürülmekle¹³ birlikte İslâm hukuku konuları arasında kambiyo senetleri, emtia senetleri ve hisse senetlerinin temel özelliklerini taşıyan çeşitli araçların eskiden beri yer aldığı tartışılmaz kabul edilmektedir. Öte yandan tahvil ve hazine bonusu gibi çeşitli senetlerin ise bizzat kendileri değil, ama içerdikleri faiz nedeniyle farklı bir konumda olduğu belirtilmektedir¹⁴. Dolayısıyla evrensel hukuki düzenlemelere konu olan bütün kıymetli evrak türleri, tanzim biçimi itibarıyla İslâm hukukunun hiçbir ilkesi ile çelişmemekte¹⁵, hazine bonusu ve tahvil gibi kıymetli evrak türleri ise faiz içeriği nedeniyle meşru kabul edilmemektedir¹⁶.

Bu çalışmada modern hukukla birlikte bugünkü kimliğini kazanan kıymetli evrakın, Türk hukuk tarihi açısından İslâm hukukunda karşılığının olup olmadığı, tarihten bugüne İslâm toplumlarında ve İslâmiyet sonrası Türk devletlerinde kullanılan kıymetli evrakın hukuki niteliğinin belirlenmesi ile bugünkü kıymetli evrak türleriyle mukayesesi amaçlanmış, taşıdığı çeşitli şartlar nedeniyle bazı kıymetli evrak türlerinin fihhi açıdan caiz olup olmadığı konusuna ise girilmemiştir.

I. KIYMETLİ EVRAKIN TARİHİ GELİŞİMİ

A. BATIDA KIYMETLİ EVRAKIN GELİŞİMİ

Kıymetli evrakın ortaya çıkış zamanı ve ilk kullanım yeri hakkında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir¹⁷. Bu görüşler arasında kıymetli evrakın tarihini milattan önce yazılmış olan Hammurabi

¹³ Abdülaziz Beki, İslâm'da Güncel Ticari Meseleler, 2. Baskı, Bekke Yayınları, Kayseri, 2005, s. 261; Mustafa Çakıcı, "19. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Kıymetli Evrakların Hukuki ve İktisadi İşlevleri", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 22; Stephan Quinn/ William Roberds, "The Evolution Of The Check As A Means Of Payment: A Historical Survey", C. 4, S. 93, 2008, Economic Review, s. 1 (https://www.frbatlanta.org/-/media/documents/research/publications/economic-review/2008/vol93no4_quinn_roberds.pdf, s.e.t. 01.07.2023); Galip Güner, "Eski Türkler Çek Yazar Mıydı?", C. 1, S. 5, 2016, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi, s. 35.

¹⁴ Ali Kaya, "İktisadi ve Ticari Hayata Dair Fıkhi Problemler", İslâm Hukuku, Talip Türcan (Ed.), 5. Baskı, Grafiker Yayınları, Ankara, 2017, s. 708.

¹⁵ Beki, 1995, s. 322.

¹⁶ Aytaç Aydın, İslâm Hukuku Açısından Mali Piyasa ve Mali Piyasa Araçları, 1. Baskı, Burç Yayinevi, Konya, 2015, s. 466; İbrahim Paçacı, İslâm Ticaret Hukuku, 1. Baskı, İlahiyat, Ankara, 2022, s. 224; Kaya, s. 708.

¹⁷ Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 7; Reha Poroy/ Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 3; Öztan, s. 361.

Kanunları'na¹⁸ veya milattan sonra VII ilâ X. yüzyılları arasında Çin'e dayandıran¹⁹ olduğu gibi, bu senetlerin milattan sonra XII. yüzyılda İtalya'da kullanılmaya başlandığını kabul edenler²⁰ veyahut da bu kullanımı milattan sonra XV. yüzyıla kadar yaklaştıranlar²¹ da bulunmaktadır.

Kıymetli evrakın ortaya çıkış zamanı hakkında öğretilerde farklı görüşler yer alsa da tartışmasız olan husus, insanların ilk çağlardan itibaren bir ödeme aracı olarak kullandıkları madeni paralarını veya diğer değişim aracı olarak kullandıkları şeylerini güvenlik nedeniyle muhafaza edilmek üzere belirli kişilere tevdi etme ihtiyacı duymalarıdır²². Tarihin ilk devirlerinden itibaren bu ihtiyaca paralel olarak bugünkü kıymetli evrak ile karşılaştırılabilir araçların bilindiği ve kullanıldığı sonucuna varılması kaçınılmazdır²³.

Gerçekten de ilk kıymetli evrak ve özellikle kambiyo senetlerinin, ticaretin geniş bir alana yayılmaya başladığı Ortaçağ'da ülkeler arası ticaret yapan tacirler tarafından, yolların güvenli olmayışı, ulaşım araçlarının yetersizliği ve para birimlerinin farklılığı nedeniyle kullanılmaya başlandığı belirtilmektedir²⁴. Bu dönemde kıymetli evrak, ilk defa düzenli bir ticari araç olarak kullanılmaya başlanmış; kıymetli madenler ise genelde ödeme ve tedavül araçları olarak kullanılmıştır²⁵.

¹⁸ Hayri Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 131.

¹⁹ Poroy/ Tekinalp, s. 3. Yazarlar, kıymetli evrakın doğuş ve gelişiminin Ortaçağ'da ticaretin yayılmasıyla başladığını, kıymetli evrak teorisi kurma girişiminin ise ilk olarak XIX. yüzyılda Almanya'da görüldüğünü belirtmektedir.

²⁰ Naci Kınacıoğlu, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1987, s. 6; Kendigelen, s. 6; Domaniç, s. 131. Yazar, Roma hukukunda poliçeye benzer bir belgeden söz edildiğini, Permutatio denilen bir havale belgesi ile Argentarius denilen bankerin, kendisine bir miktar para tevdi eden şahsın emriyle istenilen kimselere ödemede bulunduğunu, bu durumun Ortaçağ'da poliçe ve havalenin kullanıldığının göstergesi olduğunu belirtmektedir.

²¹ Fahiman Tekil, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1994, s. 80.

²² Kendigelen, s. 8. Yazar, eski Mısır'da para yerine bir değişim aracı olarak buğdayın kullanıldığını, buğdayın muhafaza edilmek üzere devlete ait ambarlara (hazine) tevdi edildiğini ve bir borcun ödenmesi için de buğdayın geri alınıp alacaklıya teslimi yerine, doğrudan borçlu tarafından hazineye verilen yazılı talimatlardan yararlandığını, gerçekte havale niteliği taşıyan bu ödeme emri ile borç karşılığı olan buğday miktarının takas suretiyle alacaklının hesabına yazıldığını, zamanla bu belgenin doğrudan hazine yerine bizzat ibraz etmesi için düzenleyen tarafından havaladan yararlanacak kişiye (lehtara) teslimiyle birlikte, gerçek anlamda çeke benzer bir uygulama başladığını belirtmektedir.

²³ Kendigelen, s. 8.

²⁴ Kendigelen, s. 7; Poroy/Tekinalp, s. 3; Öztan, s. 362.

²⁵ Kıratlı/ Çakıcı, s. 377.

İnsanlar sahip oldukları kıymetli madenleri güvendikleri zengin kimselere vererek bunların saklanması istemiş; bu zenginler zamanla sakladıkları kıymetli madenleri ihtiyacı olanlara yazılı garantiler karşılığında borç vererek bu işten para da kazanmaya başlamışlardır²⁶. Böylece zengin ve güvenilir kişiler banker rolünü üstlenmiş; saklamak için aldıkları altın veya gümüş için miktarını da belirttikleri yazılı kağıtlar vererek parayı aldığı kişileri güvence altına almışlardır²⁷.

Milattan sonra XII. yüzyılda ticaret, kervanlar aracılığıyla kara veya deniz yoluyla yapıldığı için kafilende yer alan tüccarlar, yol tehlikesinden veya para taşıma külfetinden kurtulmak veyahut da parasını kolayca gideceği yerin parasıyla değiştirebilmek için bankerlerle bir anlaşma yapıyorlardı²⁸. Tüccar, bankere bir miktar para veriyor ve buna karşılık banker de tüccara parayı aldığını, bunu gideceği yerde aynen veya oradaki cari para birimi üzerinden ödeyeceğini taahhüt eden bir mektup senedi veriyordu²⁹. Bu mektup senedi, bu dönemdeki kıymetli evrak cinsinden ilk emre yazılı senet (bono) özelliklerini taşıyordu³⁰. Ancak bu dönemde senetlerin devredilerek taraflarının değiştirilmesi mümkün değildi³¹.

Milattan sonra XIV ve XV. yüzyılda, bono ile birlikte poliçe de kıymetli evrak olarak ticari hayatta kullanılmaya başlanmış; bir ödeme vaadi niteliğindeki bono, yerini zamanla tümüyle havale mahiyetindeki poliçeye bırakmıştır³². Bu dönemde borçlu banker, başka yerde ikamet eden kişiye yazdığı mektubu tacire vererek, söz konusu kişiye ödeme yetkisi vermekte ve onun ödememesi hâlinde bu ödemeyi kendisinin yapacağını taahhüt etmektedir³³.

Milattan sonra XV ve XVII. yüzyıllarda kıymetli evrakın kambiyo senetleri türü, ilk defa hukuki bir anlam ifade etmeye başlamıştır³⁴. Bu dönemde bu senetlerin arkasına bugünkü anlamda ciroyu ifade eden bir kayıt ilave edilmiş ve böylece tedavül kabiliyeti artan, bir tür ciro işlemli kambiyo senedi türü ortaya çıkmıştır³⁵. Ortaya çıktığı ilk zamanlarda sadece bir defa yapılabilen cironun bir zincir teşkil edecek şekilde,

²⁶ Kıratlı/ Çakıcı, s. 377.

²⁷ Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Banknot>, (s.e.t. 01.07.2023)

²⁸ Hayri Bozgeyik, Poliçede Müracaat Hakkı, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2003, s. 17; Kendigelen, s. 7.

²⁹ Oğuz İmregün, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 1-3; Çakıcı, s. 10; Öztan, s. 362.

³⁰ Kınacıoğlu, s. 94.

³¹ Kınacıoğlu, s. 94.

³² Öztan, s. 363; Kendigelen, s. 10.

³³ Daniel Warner/ George Siedel/ Jethro K. Lieberman vd., The Legal Environment and Advanced Business Law, Flat World Knowledge, Boston, 2011, s. 564. (<https://2012books.lardbucket.org/pdfs/the-legal-environment-and-business-law-v1.0.pdf>, s.e.t. 01.07.2023); Öztan, s. 362.

³⁴ Kendigelen, s. 9.

³⁵ Quinn/ Roders, s. 4; Öztan, s. 364.

birbirini izleyen cirolar şeklinde ilk kez İtalyan tacirleri tarafından kullanıldığı belirtilmektedir³⁶.

Kambiyo senetlerinin, bu şekilde, ticari örf ve âdet hukukunun bir parçası hâline gelmesi ile kanun koyucular “*kambiyo hukuku*” denilen yeni bir hukuk alanı ile meşgul olmaya başlamışlardır³⁷. Bu dönemde başta Almanya olmak üzere, çıkardıkları birçok emirnameler ile örf ve âdet hukuku hâlinde bulunan, kıymetli evrak hukukunu tedvin etmişlerdir³⁸. Bunlar arasında özellikle Hamburg Eyaleti'nin çıkardığı 1603 tarihli Emirname, 1763 tarihli Fransız Ordonnance de Commerce ile 1794 tarihli Prusya Genel Memleket Kanunu önemli bir yere sahiptir³⁹. 1808 tarihli Fransız Ticaret Kanunu, kambiyo senetlerine ilişkin esasları daha da gelişmiş bir şekilde düzenlemiştir⁴⁰.

Kıymetli evrakın kambiyo senetleri türü, XIX. yüzyılda yerel ve XX. yüzyılda da uluslararası hukuki düzenlemelere konu olmuştur⁴¹. İlk olarak Almanya, 1848 tarihli kanunla kambiyo hukuku kaidelerini bir araya getirirken 1910 yılında toplanan Birinci Uluslararası La Haye Konferansı'nda ortak bir kambiyo hukukunun ön proje tasarısı hazırlanmış ve 1912 yılında gerçekleşen İkinci La Haye Konferansı'nda ön proje tasarısı otuz dört maddelik nihai proje şeklinde kabul edilmiştir⁴². Bu aşamadan sonra her ülke, bu konferanslarda netleşen uluslararası kararlar çerçevesinde, kıymetli evrakla ilgili kendi hukuki yapısına uygun bir iç düzenlemeye gitmiştir. Böylece kıymetli evrak, bugünkü hukuki yapıya kavuşmuş, uygulama ve yapılan çalışmalar sonucu kıymetli evrak hukuku denilen yeni bir hukuk dalı teşekkül etmiştir.

B. TÜRK HUKUKUNDA KIYMETLİ EVRAKIN GELİŞİMİ

Türklerin İslâmiyet'i kabullerinin Türk hukuk tarihi açısından en önemli sonucu Türklerin eski hukuk sistemlerinin yerini İslâm hukukunun almasıdır⁴³. Böylelikle İslâm hukuku Müslüman Türk

³⁶ Öztan, s. 364. Yazar, poliçenin ciro ile tedavülünün XVII. yüzyılın ortalarında geliştiğini, bu dönemdeki senetlerde alacaklının yanına “veya vekiline” kaydı konulduğunu, bu kayıt nedeniyle alacaklının göstereceği şahsın senet bedelini kendi adına tahsile yetkili olduğunun kabul edildiğini ve alacaklıların bu şahsı senedin arkasına yazdıkları şerhle gösterdiklerini, bu kayıtların senedin tedavülünü mümkün kılması nedeniyle bu kayıtlar için İtalyanca “devretmek” anlamına gelen “girare” fiilinden türetilen “giro” deyiminin kullanıldığını, Türkçede kullanılan “ciro” kelimesinin buradan geldiğini belirtmektedir.

³⁷ Kendigelen, s. 12; Öztan, s. 364.

³⁸ Kendigelen, s. 13; Çakıcı, s. 17.

³⁹ Öztan, s. 364.

⁴⁰ Kınacıoğlu, s. 94-95.

⁴¹ Kendigelen, s. 12.

⁴² Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Baskı, Ankara, 2003, s. 10; Öztan, s. 365-366.

⁴³ Cin/ Akyıldız, s. 37.

devletlerin hukuk sistemlerinin temelini teşkil etmiştir⁴⁴. İslâmiyet'in yayılmaya başlamasıyla da Orta Asya'dan Kuzey Afrika ve İspanya'ya kadar uzanan çok geniş bir coğrafyaya Müslüman devletler egemen olmuşlardır. İslâmiyet'in etkisiyle yerleşik hayatı daha çok benimseyen Türkler bu dönemde tarım, ticaret ve bilim gibi alanlarda gelişmeler göstermiş; İslâmiyet'in ticareti teşvik etmesi sayesinde de özellikle ticaret kısa sürede yaygınlaşmıştır⁴⁵. Ticaretin yaygınlaşmasıyla birlikte kervansarayların, hanların ve yeni şehirlerin yapılması, ticarete önemli rol oynayan ticaret yollarına hâkim olunması, diğer devletlerle ilişki kurulmasına vesile olmuştur. Kurulan bu ilişkiler başta ticarî senet olmak üzere kıymetli evrakın ticarete kullanılmasını da yaygınlaştırmıştır. Böylece hem kara hem de deniz ticaretiyle uğraşan Müslümanlar, bir bakıma uzak diyarlarla ticaret yapabilmek için kıymetli evrakı kullanmak zorunda kalmışlardır⁴⁶.

Tarihi gelişim süreci incelendiğinde, kendisine kıymet atfedilen çeşitli evrakın, farklı işlevlerle İslâmiyet'in ilk dönemlerinden itibaren kullanıldığı görülmektedir⁴⁷. Bunun en önemli sebebi ise İslâm hukukunda çok erken dönemlerden itibaren hukuki işlemlerin belgelendirilmesi ve yazıyla kayıt altına alınması esasının benimsenmiş olmasıdır⁴⁸. İlk dönem İslâm hukukçuları satış sözleşmesi (bey akdi), kira sözleşmesi (icare akdi) gibi ticari işlemleri ele almanın yanında kıymetli evrak gibi konuları da kitaplarında işlemişlerdir⁴⁹. Böylece İslâm toplumunda kıymetli evrakın batı toplumundan daha önce ortaya çıktığı, ilk dönem İslâm toplumunda kullanıldığı, hukuki niteliğinin ilk İslâm hukukçuları arasında tartışıldığı ve bu tartışmanın çeşitli eserlerde yer aldığı görülmektedir⁵⁰. Bu kapsamda örneğin milattan sonra XII. yüzyılda İtalya'da ortaya çıktığı nakledilen poliçenin, aslında ilk dönem İslâm toplumunda milattan sonra VII. yüzyılın ilk yarısından itibaren "süftece"⁵¹ adı verilen bir senet biçiminde kullanıldığı belirtilmektedir⁵².

⁴⁴ Halil Cin / Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi C. II, Selçuk Üniversitesi, Konya, 1989, s. 326; Çakıcı, s. 27.

⁴⁵ Kırathlı/Çakıcı, s. 377.

⁴⁶ Kırathlı/Çakıcı, s. 377.

⁴⁷ Domaniç, s. 131; Çakıcı, s. 22.

⁴⁸ Şenol Saylan, "İslâm Hukukunda Senet Tanzimi ve Senetlerin Şekil Şartları", C. 3, S. 1, 2016, Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 64; Paçacı, s. 221.

⁴⁹ Paçacı, s. 23.

⁵⁰ Aytaç Aydın, "İslâm Hukukunda Kıymetli Evrak Kambiyo Senetleri, Hisse Senedi ve Borsa" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1995, s. 97; Abdullah Durmuş, "Fıkhi Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri" Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 164; Beki, 1995, s. 130.

⁵¹ Beki, 1995, s. 130. Yazar, süftece gibi senetlerin İslâm toplumu tarafından icat edildiğinin iddia edilemeyeceğini, zira ilk dönem İslâm toplumunda kullanılan süftece teriminin farsça kökenli bir sözcük olduğu için Arap yarımadasına İran medeniyetinden geçtiğinin tahmin edildiğini belirtmektedir.

Ayrıca, “*uhde*”, “*zikru'l hak*” ve bugünkü bononun basit şekli olan “*sakku'd deyn*” ile emtia ve hakları temsil eden “*sukuku'l erzak*” gibi senetlerin, ilk İslâm toplumunda kullanıldığı görülmektedir⁵³. Hatta fıkıh literatüründe kullanılan ancak sahih hadis kitaplarında yer almayan “*Menfaat sağlayan her karz, faizdir*” hadisinden hareketle süftece ve sukuku'l erzakın fihhi açıdan caiz olup olmadığı dönemin İslâm hukukçuları arasında tartışılmıştır⁵⁴.

İslâm toplumunun IX. yüzyılda Asya ve Avrupa arasındaki ticaret üstünlüğünü ele geçirmesi⁵⁵ ve dünya ticaretinde ağırlıklı bir yer edinmesiyle birlikte özellikle deniz ticaretindeki gelişmeler⁵⁶ sayesinde, İslâm medeniyetinin batı düşüncesini büyük ölçüde etkilediği, bunun sonucu olarak İslâm ticaret hukukunun bazı kavramlarının batı dilleri ve kanunlarına girdiği nakledilmektedir⁵⁷. Bu dönemde Müslüman devletlerin ekonomisinin gelişmesinde ve büyümesinde kıymetli evrak kullanımının önemli rolü olmuştur. Bu kullanım özellikle X. yüzyıldan itibaren yaygınlaşmış; evrakın temsil ettiği meblağların giderek yükselmesiyle birlikte “*sarrafa*” ve “*cehbez*” diye tabir edilen tüccarlar

⁵² Cengiz Kallek, “Süftece”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 38, İstanbul, 2010, s. 19; M. Fatih Turan, “İslâm Hukuku Açısından Üsulsüz Vedia Akdi”, S. 15, 2010, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, s. 419; Çakıcı, s. 24; Paçacı, s. 222.

⁵³ Turan, s. 419; Çakıcı, s. 24.

⁵⁴ Tartışmalar için bkz. Servet Bayındır, “Finansal Türev Varlıklar ve Bu Varlıklar Üzerine Yapılan Sözleşmelerin Fihhi Tahlili”, S. 12, 2005, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 64; H. Yunus Apaydın, “Karz”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 24, İstanbul, 2001, s. 523; Beki, 1995, s. 145; Çalış, s. 452; Aydın, 1995, s. 97; Durmuş, s. 164.

⁵⁵ Aydın Çelik/ Taner Yıldırım, “Abbasiler Dönemi Bağdat Çarşıları”, C. 23, S. 1, 2013, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 250. Yazarlar, XI. yüzyılda Abbasiler Döneminde ticaretin gelişmesi ve büyük teşebbüslere girişilmesi neticesinde İslâm dünyasında bugünkü anlamıyla bankacılık sisteminin kurulmasına zemin hazırlandığını, bu dönemde sarraflar ve cehbezlerin sermaye sahibi zengin tüccarlar olarak bugünkü anlamıyla banka gibi faaliyet gösterdiklerini, bunların ayrıca süftece ve sakk düzenleyip kredi verdiklerini, yine bu dönemde Müslüman tüccarların ticaret yaptığı Kuzey Rusya, Çin ve Hindistan'da uzak mesafeli ticaret için süftece ve sakk kullandıklarını, aynı dönemde Orta Asya'daki İslâmiyet'i kabul etmiş Türk topluluklarında da süftecenin kullanılmakta olduğunu ve bu kullanımın ticaretin gelişmesine katkı sağladığını belirtmektedir.

⁵⁶ Konşimentonun ilk İslâm toplumlarında bugünkü anlamıyla kullanılan ve taraflar arasında karşılıklı iradelerin açıklamasını içeren hâliyle bir tür “yük alındı, ulaştırıldı” anlamına gelen bir belge olduğu hakkında bkz. Muhammet Abdülmecit Karaaslan, “İslâm Deniz Ticaret Hukukunda Hukuki Sorumluluk”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2009, s. 84.

⁵⁷ Tevfik Güran, İktisat Tarihi, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1999, s. 77-78; Ahmet Tabakoğlu, Türkiye İktisat Tarihi, Dergah Yayınları, İstanbul, 2008, s. 55; Cengiz Kallek, “İslâm'da Teşebbüs Ruhu”, Sabahattin Zaim İslâm ve Ekonomi Sempozyumu II – III, İkder, İstanbul, 2012, s.166; Beki, 1995 s. 4;

ortaya çıkmıştır. Sarraf ve cehbezlerin önemli rol oynadığı bu dönemde bazı kıymetli evrakın hamiline düzenlendiği ve hatta bunların ciro edilebildiği nakledilmektedir⁵⁸.

Osmanlı Devleti'nde temel olarak İslâm hukukunda kullanılan kıymetli evrak geniş yer bulmakla birlikte ticaret alanında gelişmelere paralel olarak ilişki içinde bulunduğu coğrafyada kullanılan senet ve sair evrak da kullanılmıştır. Bu kapsamda ilk dönemlerde ticari hayatta süftece ve sakkud deyn kullanılmakla birlikte XVII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kambiyo senetlerinin Avrupa'daki gelişim sürecinin etkisiyle bu senetlerde poliçe⁵⁹ ve bono⁶⁰ isimlerinin kullanımı artmaya başlamış ve bu artış XVIII. yüzyıl boyunca da devam etmiştir. XVII. yüzyıldan itibaren iltizam usulüyle toplanan büyük miktarda vergilerin devletin merkezine gönderilmesi güvenli olmadığından kıymetli evrak tercih edilmiştir⁶¹. XVIII. yüzyıldan itibaren hem toplanan vergilerin merkeze gönderilmesinde hem de Avrupa ile ticarete daha güvenli olan poliçe kullanılmıştır⁶².

Hemen belirtmelidir ki Türk hukuk tarihi açısından bakıldığında hem İslâm hukukunda hem de Osmanlı Devleti'nde müstakil bir ticaret hukuku ve dolayısıyla müstakil bir kıymetli evrak hukuku gelişmemiştir. İslâm hukukunda kıymetli evrak hukuku diğer hukuk dallarıyla birlikte varlığını sürdürmüştür. Esasında İslâm hukukunun tedvin döneminde dünyada da müstakil bir ticaret hukuku ve buna bağlı olarak kıymetli evrak hukuku mevcut değildir⁶³. Öte yandan Türk hukuk tarihi açısından İslâm hukukunda kanunlaşma hareketi çok geç tarihlerde gerçekleşmiştir. Bu alanda ilk çalışmanın Osmanlı Devletinde hazırlanan borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında düzenlemeler getiren "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*" olduğu söylenebilir⁶⁴. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye hazırlanırken ulemeden

⁵⁸ Kallek, 2012, s.166.

⁵⁹ Osmanlı Arşivinde poliçe kullanımına dair tespit edilebilen en erken tarih 2 Temmuz 1657'dir. Bu tarihli Divân-ı Hümâyûn hükmündeki belgede "*İzmir Mollası'na Hüküm ki; Hesab-ı atik teberdârlarından Hacı Mustafa arzuhâl edip İzmir sakinlerinden Hacı Hasan nam kimesnede vakıf akçeden iki bin kuruş hakkı olup vadesi mürur eylediğinden gayrı iki senedir ki varan adamlarına dahi vermeyip ve gâh İstanbul'a polise eyledim deyu temessük verip adamları İstanbul'a geldikde aslı çıkmayıp hile olmakla meblağ-ı mezbûr, mezkûrdan tahsil olunup ta'allül eder ise ihzâr olunmak bâbında emr-i şerifim rica etmeğin mahallinde şer ile alvrerilip inad eder ise ihzârı için yazılmıştır. Fî Evsât-ı N. Sene 1067*" ifadeleri yer almaktadır. Bkz. Kıratlı/Çakıcı, s. 384.

⁶⁰ Osmanlı Devleti'nde bononun kullanımı, poliçe gibi yaygın olmasa da tercih edilmiştir. Osmanlı Arşivi'nde bono kullanımını ilk defa 1842 yılına ait bir belgede tespit edilmiştir. Anılan belgeye göre İstanbul Emtia Gümrüğü'nde 11 Ağustos 1842 tarihinde Avrupalı tüccarlar ile Anadolu ve Rumeli Kumpanyası müdürleri arasında bono ile alışveriş yapıldığı anlaşılmaktadır. Bkz. Kıratlı/Çakıcı, s. 384.

⁶¹ Şevket Pamuk, Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, 2. Baskı, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2002, s. 94.

⁶² Kıratlı/Çakıcı, s. 384.

⁶³ Paçacı, s. 23.

⁶⁴ Cin/ Akyılmaz, s. 69; Paçacı, s. 23.

bizzat kanunlaştırmaya yönelik bir muhalefet görülmemiştir. Bunda Osmanlı tarihi boyunca örfi hukuk alanında hazırlanan kanunnamelerin ve buna ilave olarak şer'i hukuk alanında kanun hukuku istikametinde görülen münferit uygulamaların etkisi bulunmaktadır⁶⁵. Kanunlaşma hareketinden önce Osmanlı Devletinde uyumsuzluklar şer'i hukuk esasları ve fıkıh kitaplarındaki genel hükümler ile örfi hukuk esaslarına göre çözümlenmiştir⁶⁶.

Tanzimat'tan sonra batıdaki gelişmelerin etkisiyle kıymetli evrak hukukunun genel hükümlerini kapsayan 1808 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun birinci ve ikinci bölümlerinin çevrilmesiyle oluşmuş, tamamı aynen iktibas niteliğindeki "*Kanunname-i Ticaret-i Berriye*" 1850 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunname, üç yüz on dört madde ve üç bölümden oluşmuş, birinci bölüm ticaret muameleleri, şirket akdi ve poliçe usulleri; ikinci bölüm deniz ticareti, üçüncü bölüm ise iflasla ilgili işlemlerin tahkik ve tevsiyesi konularında düzenleme yapmıştır⁶⁷. 1861 yılında Usulü Muhakemat-ı Ticariye Kanunu Fransız kanunlarından iktibas suretiyle yürürlüğe konulmuştur. Ancak bu kanunda poliçelere ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş; oluşan boşluk Osmanlı hukukuyla doldurulmuştur⁶⁸. Ayrıca 1914 yılında ise İkinci La Haye Konferansı'nın nihai projesinden esinlenilerek ayrı bir Çek Kanunnamesi kabul edilmiştir⁶⁹.

İslâm hukukunda çok erken dönemlerden itibaren hukuki işlemlerin yazıyla kayıt altına alınmasına başlanması ile birlikte tanzim edilecek belgelerin hangi esaslar çerçevesinde düzenleneceğini konu edinen müstakil bir ilim ortaya çıkmıştır. Osmanlı döneminde ise belge düzenleme esaslarını ihtiva eden bu ilim "*ilm-i şürût*" olarak isimlendirilmiş ve müstakil bir literatür oluşturulmuştur. Bu ilim kıymetli evrakın düzenlenmesiyle doğrudan ilgili olmasa da şekle verilen önemi göstermesi açısından özel öneme sahiptir. Bu kapsamda kanunlaştırma hareketleri ile birlikte senet düzenleme ile ilgili olarak "*1879 Tarihli Bilâ-Beyyine Mazmûnuyla Amel ve Hükûm Câiz Olabilecek Sürette Senedât-ı Şer'iyyenin Tanzîmine Dâir Talîmât-ı Seniyye*" hazırlanmıştır⁷⁰.

1926 yılında eski Ticaret Kanunu'nda kambiyo senetlerine dair "*Senedat-ı Ticariye*" denilen yeni bir düzenleme yapılmış; bu düzenlemede 1910 yılında yapılan Birinci La Haye Konferansında hazırlanan, kambiyo hukuku ön projesi tasarısı ve 1912 yılında yapılan

⁶⁵ M. Âkif Aydın, "İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim", S. 1, 2006, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 20.

⁶⁶ Cin/ Akyılmaz, s. 10; Paçacı, s. 24.

⁶⁷ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumlar", S. 14, 2013, Tarih Okulu Dergisi, s. 181.

⁶⁸ Kılınç/ Karakaya, s. 64.

⁶⁹ Kendigelen, s. 27.

⁷⁰ Saylan, s. 65.

İkinci La Haye Konferansında kabul edilen otuz dört maddelik nihai proje esas alınmıştır⁷¹.

29.06.1956 tarihinde kabul edilerek 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evraka ilişkin hükümlerinin tercüme yoluyla İsviçre kanunundan iktibas edilmesi ile Türkiye, kıymetli evrakin bir bütün olarak ele alındığı ve genel hükümlere bağlandığı ülkeler arasına girmiştir⁷².

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun üçüncü kitabının 645 ilâ 849. maddeleri arasında kıymetli evrakla ilgili düzenlemeler yer almıştır. Bu maddeler, dilin sadeleştirilmesi ve birkaç maddede yapılan sınırlı değişiklik dışında, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddelerinin tekrarı niteliğindedir. Ayrıca, bir kambiyo senedi olan çek, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yanı sıra 5941 sayılı Çek Kanunu ve bu Kanun uyarınca çıkarılan tebliğlerle düzenlenmiştir⁷³.

II. İSLÂM HUKUKUNUN KIYMETLİ EVRAK ANLAYIŞI

İslâm hukukunda konular kendine özgü bir sistematik içinde ele alınmakta, bu özgünlük içinde bazı konularda detay görülmesine karşılık bazı konuların farklı zaman ve toplumlar için daha esnek uygulamalara imkân verebilmesi adına genel ilke ve esaslar şeklinde düzenlendiği görülmektedir. İslâm hukukunda ticaret ve borçlar hukuku ile ilgili belge düzenleme hükümleri ana hatlarıyla “*müdayene ayeti*” olarak adlandırılan Bakara Suresi'nin 282. ayetinde yer almaktadır. Bu ayetin, borçlanma ile ilgili olarak “*borçların senet tanzim edilerek tevsih edilmesi*”, “*ticari işlemlerde şahit tutulması*” ve “*vadeli alışverişlerde rehin teminatı verilmesi*” gibi evrensel nitelikteki genel ilke ve esasları düzenlediği görülmektedir⁷⁴. Ayrıca müdayene ayetinde vadeli işlemlerin yazı ile belgelendirilmesi açıkça düzenlenmekle birlikte, düzenlenecek yazılı belgenin şekli belirtilmemiştir. Bu durum konunun zamanla oluşacak örf ve âdete bırakıldığı anlamına gelmektedir⁷⁵.

İslâm hukuku, finansal bir araç olarak kıymetli evrakin hukuki mahiyetini, işleyiş ve şekil şartlarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemek yerine, bunları da kapsayan genel borçlanma ilkeleri koyarak asıl çerçevesini çizmiştir⁷⁶. Bu nedenle İslâm hukukunun temel iki kaynağı olan Kitap ve Sünnet'te yer alan genel ilkeler ile bunları takip eden

⁷¹ Kendigelen, s. 27.

⁷² Öztan, s. 367.

⁷³ Ali Bozer/ Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 3-4.

⁷⁴ Geniş bilgi için bkz. Burhan Baltacı, “Bakara Suresi 282. Ayetin Genel Özellikleri ve Fıkhî Kavramları”, C. 8, S. 1, 2008, Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 147-177.

⁷⁵ Beki, 1995, s. 232.

⁷⁶ Aydın, 2015, s. 466; Paçacı, s. 221.

içtihatların, mevcut kıymetli evrak türlerinin fihhi konumunu tespit için yeterli olduğunu, bu ilke ve görüşlerin ileride çıkabilecek yeni kıymetli evrak türleri için de yeterli olacağını söylemek mümkündür⁷⁷.

İslâm hukukunda da tüm dünyada olduğu gibi dönemin ihtiyaçlarına göre finansal araçlar şekillenmiş ve belirli amaçlar doğrultusunda kullanılmıştır. İslâm hukukunda kullanılan en yaygın finansal aracın para olduğunu söylemek mümkündür. Hemen belirtilmelidir ki İslâm hukukunun doğuşundan önce Arapların kendilerine özgü para birimi bulunmamaktaydı⁷⁸. Bu dönemde İran, Roma, Bizans sikkeleri, Irak dirhemi, Suriye dinarı kullanılırdı ve paranın değeri ağırlığı ile ölçülürdü⁷⁹. İslâm hukukunun ilk dönemlerinde altın ve gümüş olarak iki para kullanılmış; altın paraya “dinar”, gümüş paraya ise “dirhem” denilmiştir⁸⁰. Öte yandan İslâm devletlerinde mali işlerle beytülmal ilgilendiği hâlde, para basımı devlete ve devleti şahsında temsil eden sultana veya halifeye ait bir hak olarak kabul edildiği için para basımı darphaneye bırakılmıştır⁸¹. Bu nedenle devletin başında bulunanlar paraları sadece resmi darphanede bastırmışlar ve üzerlerine de resmi mühür mahiyetindeki sikkeyi kazıtmışlardır⁸². İslâm toplumunda parayla birlikte finansal araç olarak kıymetli evrak da yaygın olarak kullanılmış ve İslâm hukukunun konuları arasında incelenmiştir⁸³.

İslâm hukukunda, parayı temsil eden kambiyo senetleri “*havale*” konusunda⁸⁴, eşyayı temsil eden emtia senetleri “*vedia*” ve “*emanet*” konusunda⁸⁵, payı temsil eden menkul kıymetlerden hisse senetleri “*ortaklık/şirket*” konusunda, yine menkul kıymetlerden ödünç parayı temsil eden tahviller ile devlet, hazine ve finansman bonoları ise “*istikraz*” konusunda işlenmiştir⁸⁶.

⁷⁷ Paçacı, s. 224.

⁷⁸ Aydın, 2015, s. 428.

⁷⁹ Ali Keleş, “İslâm’a Göre Para”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 1998, s. 33.

⁸⁰ Hamdi Döndüren, İslâmi Ölçülerle Ticaret Rehberi, 1. Baskı, Erkam Yayınları, İstanbul, 1998, s. 113; Keleş, s. 38 vd.

⁸¹ Keleş, s. 118. Yazar, İslâm hukukundaki beytülmalın sadece devlet mallarının muhafaza edildiği bir hazine olmadığını, aynı zamanda devletin taşınır taşınmaz tüm mal varlığı ile leh ve aleyhindeki tüm hak ve borçları ifade eden müstakil bir kurum olduğunu, hatta beytülmalın para basmak, kredi vermek ve faiz haddini kontrol etmek dışında bugünkü merkez bankasının bütün görevlerini yerine getirdiğini belirtmektedir.

⁸² Keleş, s. 117.

⁸³ Aydın, 2015, s. 428.

⁸⁴ Hayrettin Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku C. II, 1. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 564.

⁸⁵ Aydın, 2015, s. 460.

⁸⁶ Faruk Emrah Oruç, “İslâm Hukukunda Deyn”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011, s. 46; Aydın, 2015, s. 468.

İslâm hukukunda kıymetli evrak adı ile bilinen bir nazariye geliştirilmemiş olmakla birlikte kıymetli evrakın konusu olan hakkın doğması, borçlanma, borcun nakli konuları detaylı olarak incelenmiştir⁸⁷. İslâm hukuku açısından kıymetli evrak, akit ve havale ile ilgilidir⁸⁸. Havale bir akit olduğu için kıymetli evrak ile ilgili konular da havale bahsinde ele alınmıştır⁸⁹. İslâm hukuku yazarları tarafından kıymetli evrak “*para, mal ve eşya gibi bir hakkı temsil eden, senet düzenleme ilkelerine uygun olarak tanzim edilen, değerini temsil ettiği haktan ve hakkı koruyan şekil şartlarından alan ve tedavül kabiliyeti bulunan senet*” şeklinde tanımlanmaktadır⁹⁰. Bu kapsamda İslâm hukukunda senet, yapılan bir hukuki işlemin belgesini ifade etmektedir. Bu hukuki işlem, iki kişi arasında gerçekleşiyorsa ödeme vaadi, üç kişi arasında gerçekleşiyorsa havale niteliğindedir⁹¹.

İslâm hukukunda tarihi gelişim süreci içerisinde günümüzdeki anlamda kıymetli evrak özellikleri gösteren çeşitli senet türlerini görmek mümkündür⁹². Bunlar, ilk İslâm toplumunda kullanılan “*süftece*” ve “*sakk*” gibi parayı temsil eden senetler; “*sakkud deyn*”, “*ühde*”, “*zikru'l hak*” ve “*kubale*” gibi borç senetleri; gıda ve yiyecek gibi erzakları veya ordu personelinin maaşlarını temsil eden “*sukukul erzak*” senetleri; vakıf hisselerini temsil eden “*huzuzul eimme*” senetleri; kamu personelinin maaşlarını temsil eden “*beraat-i sultaniye*” senetleri gibi senetlerdir⁹³. Bu senetlerin birçoğu halen Suriye, Lübnan, Cezayir ve Irak hukukunda ilk dönem İslâm hukukundaki isimleriyle birlikte kullanılmaktadır⁹⁴.

Kıymetli evrakın tanzimine ışık tutan “*ilm-i şürût*” denilen ticari ve hukuki belgeleri düzenleme formül ve modellerini öğretme biliminin IX. yüzyıl İslâm toplumunda doğması da, kıymetli evrakın İslâm dünyasında geçirdiği gelişim seyrini önemli ölçüde aydınlatmaktadır⁹⁵. “*Senet düzenleme formülleri*” şeklinde ifade edilen “*şürût*”, ilk İslâm hukuku kaynak kitaplarında yer almış, ayrıca müstakil eserler hâlinde de yazılmıştır⁹⁶. İlm-i şürût kitaplarının konusunu, her türlü ticari ve hukuki belgelerin tanzim şekilleri ile diğer kazai konulara ilişkin düzenleme formülleri oluşturmaktadır⁹⁷. Bu konular arasında günümüzdeki anlamı ile kıymetli evrakın şekil şartlarının da yer aldığını söylemek mümkündür⁹⁸.

⁸⁷ Aydın, 1995, s. 96.

⁸⁸ Aydın, 1995, s. 96.

⁸⁹ Oruç, s. 48; Aydın, 2015, s. 433; Çakıcı, s. 24.

⁹⁰ Beki, 1995, s. 219; Aydın, 2015, s. 432; Paçacı, s. 218.

⁹¹ Aydın, 2015, s. 432.

⁹² Çakıcı, s. 22.

⁹³ Aydın, 2015, s. 433; Kallek, 2012, s. 166.

⁹⁴ Kallek, 2010, s. 21.

⁹⁵ Fahrettin Atar, ‘Şürût ve Sicillat’, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 39, İstanbul, 2010, s. 270; Saylan, s. 65.

⁹⁶ Aydın, 2015, s. 429.

⁹⁷ Atar, s. 271; Beki, 1995, s. 136.

⁹⁸ Atar, s. 271; Beki, 1995, s. 136.

Modern kıymetli evrak hukukundaki sınırlı sayı ilkesinin aksine, İslâm hukuku uygulamasında senet türlerinin düzenlenme biçimine dair dar bir çerçeve çizilmediği görülmektedir⁹⁹. İslâm hukukunda hakkın senede yerleşmesi ve senetle beraber devredilmesi mümkün ve hatta ihtiyaç bulunduğu ticari hayatın rahatlaması ve gelişmesi için zorunlu kabul edilmektedir¹⁰⁰. Böylece, kıymetli evrakın yazılı akit niteliğinde olan tanzim şekli, değişen şartlara ve ihtiyaçlara cevap verebilme potansiyelini korumuş, İslâm hukukunun farklı dönemlerinde değişik şekillerde karşımıza çıkan senet türlerinin modern hukuktaki biçimlerde tanzim edilmesinde İslâm hukuku açısından bir sakınca görülmemiştir¹⁰¹.

A. İSLÂM HUKUKUNDA KAMBİYO SENETLERİNE BENZER SENETLER

1. Süftece (Poliçe)

İslâm hukuku, ekonomik ve sosyal bakımdan insanların hayatını kolaylaştıran çeşitli araçlar içermektedir. Kambiyo senetleri, özellikle ciro yoluyla tedavül kabiliyeti nedeniyle ticari hayatı kolaylaştırmaktadır. Kambiyo senetlerinde hem bir menfaat hem de toplumun maslahatı söz konusu olduğundan, bu senetler İslâm hukukunda genel olarak kabul görmektedir¹⁰². İlk dönem İslâm toplumunda kullanılmaya başlanan bu senetler, bugünkü kambiyo senetleri gibi, bir alacağı temsil eden, devredilebilen ve böylece elden ele para gibi dolaşabilen senetlerdir¹⁰³. Bu senetlerde tecessüm eden hakların kaynağı, genel olarak ödünç veya diğer vadeli ticari işlemlerdir. Bu senetlerin en önemlisi ise milattan sonra VII. yüzyılının ilk yarısından itibaren kullanılmaya başlanan “süftece”dir¹⁰⁴.

Süftece^{105,106}, modern hukuktaki poliçe gibi parayı temsil eden ve yazılı bir borç havalesi içeren bir senettir¹⁰⁷. İslâm hukuku kaynaklarında süftece, genel olarak havale bahsinde ele alınmış ve süfteceye havale

⁹⁹ Beki, 1995, s. 217.

¹⁰⁰ Aydın, 1995, s. 99.

¹⁰¹ Aydın, 2015, s. 433

¹⁰² Aydın, 1995, s. 105.

¹⁰³ Beki, 1995, s. 281.

¹⁰⁴ Kallek, 2010, s. 19; Turan, s. 419; Çakıcı, s. 24.

¹⁰⁵ Kallek, 2010, s. 21. Yazar, son yüzyıllarda Arapçada süftece yerine “*senedüsahb*” ifadesinin yanında batı dillerinde kullanılan “*bûlîse*” (poliçe) ve *kembiyâle* (kambiyo senedi) kelimelerinin de kullanılmaya başlandığını, bununla birlikte Suriye, Lübnan, Cezayir ve Irak hukukunda süftece teriminin hâlâ korunduğunu belirtmektedir.

¹⁰⁶ Çakıcı, s. 23. Yazar, aslen Farsça bir kelime olan “*süftece*”nin sözlükte “*sağlam şey*” anlamına geldiğini, alacağın yazılı belgeyle sağlamlaştırılması sebebiyle de hukuki ilişkilerde bu kelime kullanıldığını belirtmektedir.

¹⁰⁷ Beki, 2005, s. 261.

hükümleri uygulanmıştır¹⁰⁸. İslâm hukukunda “*havale*” ise kavram olarak “*ihale*” ve “*tahvil*” köklerinden gelen bir isim olup “*bir yerden başka bir yere taşıma, nakletme*” anlamına gelmektedir¹⁰⁹. Havale, Mecelle’nin 673. maddesinde “*deyni bir zimmetten diğer zimmete nakletmek (borcu bir borçludan diğerine geçirmek)*” şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁰. Havalenin meydana gelebilmesi ve geçerli olabilmesi için rıza, ehliyet ve havale konusu ile ilgili şartların gerçekleşmiş olması aranmaktadır¹¹¹.

Tarihi gelişim sürecine bakıldığında süftece, yol endişesinden dolayı bir kimsenin başka bir kimseye borç olarak verdiği paranın mislini bizzat kendisi, temsilcisi veya borçlusu tarafından başka bir memlekette para verenin kendisine, vekiline veya alacaklısına ödemek üzere yapılan borçlanmayı belgelemek üzere düzenlenen bir senettir¹¹². Şu hâlde süftece, yapılan özel nitelikteki bu işlemin üzerine düzenlendiği senedin adı olduğu gibi yapılan işlemin kendisini de ifade etmektedir¹¹³. Süftecede, düzenleyen borçlunun (muhil) adı, alacaklının (muhâlünleh) adı ve bu senedin temsil ettiği parayı ödeyecek kişinin (muhâlünaleyh) adı olmak üzere en az üç şahıs bulunmaktadır¹¹⁴. Ödenecek para miktarının süftecede belli edilmesi şart olup ödeme yeri yazılı olarak belirtilmese de taraflarca sözlü olarak kararlaştırılması yeterli görülmektedir¹¹⁵.

Süftece, ilk İslâm toplumunda milattan sonra VII. yüzyılının ilk yarısından itibaren kullanılmaya başlanmıştır; özellikle Hulefa-i Raşidin döneminde kullanılması yaygınlaşmıştır¹¹⁶. Örneğin VII. yüzyılda Mekke’de ticaret yapan Abdullah bin Abbas’ın dirhem kabul ederek Kufe’ye süftece keşide ettiği; yine Abdullah bin Zübeyir’in de Mekke’de bulunan kişilerden para alarak Irak’ta bulunan kardeşi Musab bin

¹⁰⁸ Beki, 1995, s. 282; Beki, 2005, s. 261; Karaman, s. 564; Oruç, s. 47.

¹⁰⁹ Halil İnalçık, “Havale”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 16, İstanbul, 1997, s. 512-513. Yazar, havale teriminin İslâm maliyesinde hem ödeme emri yerine hem de ödenen belirli bir miktar için kullanıldığını, bu kelimeye Abbasiler döneminde yerleşmiş bir terim olarak rastlandığını, Abbasilerde bir ödeme emri belgesi olarak havalenin resmî ve hususi maliyede paranın naklinde karşı karşıya kalınabilecek çeşitli tehlikelerden ve gecikmelerden korunmak amacıyla çok yaygın olarak kullanıldığını, İslâm mâli teşkilatında bu nevi düzenlemelerin “süftece” veya “sakk” adıyla bilindiğini, meselâ Ahvaz, Fars ve İsfahan amilleri topladıkları vergi gelirlerini merkezi hükümete süftece ile gönderdiklerini, süftecenin nakde çevrilmesi ve havale ile ilgili bütün meselelerde “cehbez” adlı görevlinin en önemli rolü oynadığını belirtmektedir.

¹¹⁰ Karaman, s. 564; Oruç, s. 47.

¹¹¹ Karaman, s. 564.

¹¹² Fikret Karaman/İbrahim Ural, Dini Kavramlar Sözlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006, s. 605; Kallek, 2010, s. 19; Aydın, 1995, s. 119; Karaman, s. 564; Oruç, s. 47.

¹¹³ Karaman, s. 563; Çakıcı, s. 23.

¹¹⁴ Çalış, s. 456; Kallek, 2010, s. 20.

¹¹⁵ Beki, 1995, s. 283; Kallek, 2010, s. 20; Çakıcı, s. 23.

¹¹⁶ Turan, s. 419.

Zübeyir'e süftece keşide ettiği nakledilmiştir¹¹⁷. Abbasiler döneminde IX. yüzyılda ticaretin gelişmesi ve ticaret yollarına hâkimiyet olunması neticesinde Kuzey Rusya, Çin ve Hindistan gibi bölgelerde Müslüman tüccarlar etkili olmaya başlamış; uzak mesafelerle ticarete nakit para taşınmadığı için bu ticaret ağı zamanla süftece kullanılmasını da zorunlu hâle getirmiştir¹¹⁸. Böylece İslâmiyet'i kabul eden Orta Asya'daki Türk toplulukları da ticarete süftece kullanmaya başlamışlardır¹¹⁹.

Milattan sonra XII. yüzyılda İslâm toplumunun kullandığı ticari belgelerin bir kısmını ihtiva eden ve Kahire'de bir Yahudi mabedinde ortaya çıkarılan "*geniza belgeleri*" adı verilen belgelerde süftecenin özellikle sürekli ve doğrudan irtibat hâlindeki yerler arasında uzun mesafelere gönderildiği, sarraflara hem süftece düzenleme hem de iskonto etme karşılığında belli bir komisyon ödendiği, Yahudiler arasındaki uygulamada süftece düzenlenmesinden ücret alınabildiği, muhatabın ödemeyi reddedebildiği ve geç ödeme sebebiyle gecikme cezası vermek zorunda kalabildiği, ayrıca süftecelerinin ciro edilerek el değiştirmek suretiyle ödemelerde kullanılabilirdiği anlaşılmaktadır¹²⁰. Geniza belgeleri arasında yer alan bir belgede; tacirlerden birisi tarafından XII. yüzyılın ünlü tacirlerinden olan Ebu Zikra'ya gönderilen 450 kg buğdayın satış senedinde, Ebu Zikra'ya buğdayın bedeli olan 6.75 dinarın ödenmesi için ünlü bir sarraf olan Ebu'l Hayr'a havale edilmesini istediği, Ebu Zikra'nın ise ilgili senedin sağ alt köşesine "*hamiline bedelini öde*" yazarak altını imzalayıp verdiği yer almaktadır¹²¹. Bu uygulama, günümüzdeki anlamda poliçe veya buna benzer kıymetli evrak ve ciro beyanının, İslâm hukukunun uygulandığı geçmiş topluluklar tarafından da kullanıldığını göstermesi açısından dikkate değer görülmektedir.

Hemen belirtmelidir ki İslâm hukukunda ciro, bir anlamda bir hakkın bir zimmetten diğer bir zimmete karşılıklı rıza ile havalesi anlamına geldiği için ciroya havale hükümleri uygulanmaktadır. Bu anlamda İslâm hukukunda modern hukuktan farklı olarak temel ilişkide meydana gelen itiraz ve def'iler alacaklıya veya bu alacağı ciro yoluyla temlik alan herkese karşı da ileri sürebilmektedir¹²².

¹¹⁷ Abdulaziz Bayındır, Ticaret ve Faiz, 1. Baskı, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2007, s. 268. Çakıcı, s. 24.

¹¹⁸ Kıratlı/Çakıcı, s. 380.

¹¹⁹ Servet Bayındır, "Sermaye ve Tarihsel Süreçte Mali Aracı Kurumların Sermayeye Yaklaşım Tarzı", S. 4, 2001, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 182.

¹²⁰ Shelomo Dov Goitein, A Mediterranean Society: Economic Foundations I, University of California Press, Berkeley, 1967, s. 241-245; Azize Uygun, "Cambridge Kahire Geniza Koleksiyonunda Büyüsel Metinler", C. 5, S. 2, 2016, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, s. 356.

¹²¹ Goitein, s. 242.

¹²² Aydın, 1995, s. 100.

Süftece, daha ziyade karz sözleşmesini¹²³ temsil eden bir belge ise de bazen günümüzdeki anlamda çeke benzeyen “*sakk*” gibi bir ödeme ve nadiren de olsa tedavül aracı olarak kullanılabilir¹²⁴. Süfteceyi düzenleyene verilen paranın karz niteliğinde sayılması “*emanet*” hükümlerinin uygulanmaması açısından da özel bir öneme sahiptir¹²⁵. Zira süftecenin ayrıklı özelliği, farklı bölgeler arasında kullanılması ve bir para alacağını temsil etmesidir. Farklı bölgeler arasında tedavül eden süftecenin bugünkü anlamında poliçe veya bono niteliğinde, bazı bölgelerde ise doğrudan bir ödeme aracı niteliğinde ve çek işlevi ile kullanıldığı nakledilmektedir¹²⁶.

2. Sakkud Deyn (Bono)

Arapça “*sakk*” kelimesi, Türkçedeki “*senet*” kelimesine denk olan ve ayrıca bugünkü anlamıyla çek kavramını da ifade eden mutlak senet niteliğinde bir terimdir¹²⁷. İslâmiyet öncesi dönemden beri bilinip kullanılan ve İslâm hukukunda sakk adıyla anılan bu senet genel anlamda modern hukuktaki borç senetlerini ifade etmektedir¹²⁸. Bu nitelikteki sakk’a aynı zamanda “*el-uhde*”, “*zıkrul-hak*”, “*kabale*” ve “*el-hatt*” da denildiği, bunlardan “*el-uhde*”nin daha ziyade alış veriştten kaynaklanan borcu temsil eden senet hakkında kullanıldığı nakledilmektedir¹²⁹.

İslâm hukuku kaynaklarında sakk kavramı ile ayrıca satım, rehin, ikraz ve benzeri işlemlerden doğan borçları içeren yazılı belgenin de kastedildiği belirtilmektedir¹³⁰. Sakk kavramının yine Arapçada borç anlamına gelen “*deyn*” kavramı ile birlikte kullanılması ile ortaya çıkan “*sakku’d deyn*” kavramının bugünkü bonoyu karşıladığı söylenebilir. Örneğin üzerinde “*Şaban ayında ödeyeceğim*” yazılı bir sakku’d deyn’in bir davada Hz. Ömer’e sunulması ile ilgili konunun, sakku’d deyn’in ilk dönem İslâm toplumunda kullanıldığını gösteren olaylardan biri olduğu

¹²³ Kallek, 2010, s. 19. Yazar, İslâm hukukunda “süftece”nin bazen de vadeli satım, selem ve icare akdinden doğan alacağı temsil ettiğini belirtmektedir.

¹²⁴ Karaman, s. 563; Paçacı, s. 222.

¹²⁵ Kallek, 2010, s. 19.

¹²⁶ Beki, 1995, s. 287.

¹²⁷ Cengiz Kallek, “Sak”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 35, İstanbul, 2008, s. 585. Yazar, Farsçada “muahede, tasdikname” anlamındaki çek kelimesinin Arapçaya sakk (çoğulu sukuk) şeklinde geçtiğini, sakk teriminin geniş manasıyla “yazılı belge, resmi tutanak” anlamına geldiğini, dolayısıyla çeşitli muamele, ikrar ve edimleri yazılı olarak belgeleyen resmi veya kıymetli evrakın da sakk olarak adlandırıldığını, bununla birlikte Osmanlılarda sakk teriminin daha ziyade hukuki sahaya ait bir terim olarak kullanıldığını, özellikle kadılar tarafından dava konusu olan hadiseye ve bu husustaki hükmü dair düzenlenen belgeye de sakk denildiğini belirtmektedir.

¹²⁸ Beki, 1995, s. 143.

¹²⁹ Beki, 1995, s. 143.

¹³⁰ Beki, 2005, s. 266; Paçacı, s. 221.

nakledilmektedir¹³¹. Öte yandan sakk kavramının çoğulunu ifade eden “*sukuk*” kavramı, “*erzak*” ve “*bezayi*” gibi kavramlarla tamlama yapılmak suretiyle, “*sukuk’ul erzak (maaş çekleri)*” ve “*sukuku’l bezayi (emtia çekleri)*” gibi senetleri ifade etmek bakımından da kullanılmıştır¹³².

Borç senedi niteliği gösteren saku’d deyn’e borç ilişkisinin iki tarafı olan keşideci ve lehtarın adı, borcun cinsi ve belli olan miktarı yazılmaktadır. Ayrıca bunlardan başka varsa şahitlerin adları ve vade yazılmakta hatta kefiller de belirtilmektedir¹³³.

3. Sakk (Çek)

Yukarıda da belirtildiği üzere İslâm hukukunda “*sakk*” adıyla anılan belge diğer ticari ve hukuki senetlerin yanı sıra banka çekini de ifade etmektedir¹³⁴. Sakk kelimesinin bu anlamıyla muhtemelen haclı seferleri sırasında Arapçadan batı dillerine geçtiği (İng. *cheque*, Fr. *cheque*, Alm. *scheck*) düşünülmektedir¹³⁵. “*Ruka*” kelimesi ise çek karneleri gibi “*üzerine yazı yazılan kağıt veya deri parçası*” anlamına gelmektedir. Bu nedenle sakk, genellikle sarraflar tarafından tanzim edildiği, ödendiği ve sarraflar arasında tedavül ettiği için “*sarrafrukası*” şeklinde isimlendirilmiştir¹³⁶.

İlk İslâm toplumunda ticari faaliyetleri artıran, süftece ve sakk gibi senetlerin tedavülünü kolaylaştıran faktörlerin başında bunları kullanan sarraflar ve cehbezler yer almaktadır¹³⁷. Sarraflar, sarf (para bozma) pazarı denilen özel bir çarşıda iş yerleri bulunan tacirlerdir. Bunlar ticari hayata hareketlilik kazandırmak için cinsi, türü, ayarı veya tartısı farklı olan paraları birbiriyle değiştirmek suretiyle ticaret yapmışlardır¹³⁸. Sarraflar zamanla ticaretin genişlemesine paralel olarak, faaliyetlerini artırarak

¹³¹ Beki, 1995, s. 143; Kallek, 2008, s. 585.

¹³² Kallek, 2008, s. 585.

¹³³ Kallek, 2008, s. 585.

¹³⁴ Kallek, 2008, s. 585. Yazar, ilk defa Malezya hükümeti tarafından 2002 yılında gerçekleştirilen, daha sonra Batı’da ve İslâm ülkelerinde yaygınlaşmaya başlayan varlığa dayalı tahvil veya faizsiz bono yahut kira sertifikası uygulamasında yatırımcıya verilen belgelerde de “sakk”ın çoğulu olan “sukuk” teriminin kullanıldığını belirtmektedir.

¹³⁵ Kallek, 2008, s. 585; Çakıcı, s. 10; Tabakoğlu, s. 55; Güner, s. 35. Yazar, çekin batıda XV. yüzyıldan itibaren kazandığı modern anlamıyla Türkçede yaygınlaşmamış olduğunu, bunun bankacılık sisteminin Avrupa’da geliştiği biçimiyle Türkler arasında yaygınlaşmamış olmasından kaynaklandığını, başka bir deyişle çek kelimesi XIV. yüzyılda iktisadi bir terim olarak Türkler arasında kullanıldığını, ancak zaman içinde kelime batıda farklı bir nitelik kazandığı için bu biçimiyle XIX. yüzyılda Osmanlı Devleti’nde söz varlığındaki yerini yeniden aldığını belirtmektedir.

¹³⁶ Arif Atalay, “İslâm Hukukunda Kabz”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012, s. 176; Beki, 1995, s. 310; Beki, 2005, s. 232.

¹³⁷ Celal Yeniçeri, “Cehbez”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 7, İstanbul, 1993, s. 222; Aydın, 1995, s. 143.

¹³⁸ Beki, 1995, s. 134.

borç para vermeye, emanet para kabul etmeye ve halk ile darphane arasında aracı olmaya da başlamıştır¹³⁹. Bir yandan ticari ihtiyaçlar, diğer yandan da devletin nakit paraya ihtiyacı bunların bir banka gibi faaliyet göstermelerine yol açmıştır¹⁴⁰. Bu tarihten sonra anılan işlemleri yapan sarraflar ile birlikte, muhasip, vergi memuru, hazinedar gibi kişiler cehbez olarak anılmaya başlanmıştır¹⁴¹. Bu dönemde, sarrafların ve cehbezlerin en önemli ekonomik faaliyetleri, bugünkü ticari hayatta kullanılan kambiyo senetlerine benzeyen süftece, sakku'd deyn ve sakk gibi senetleri tedavüle sokmaları olmuştur¹⁴².

Sakk, esasında emre yazılı olarak düzenlenen bir havale hükmünde olup¹⁴³ sadece sarraflara ve cehbezlere değil aynı zamanda beytülmal ve divan üzerine de düzenlendiği görülmektedir¹⁴⁴. Hz. Peygamberin kendisinden yardım isteyen Akra bin Habis ve Uyeyne bin Hısn adına zekât gelirlerinden ödenmek üzere sakk düzenlendiği rivayet edilmektedir¹⁴⁵. Ayrıca Hz. Ömer döneminde de sakk yaygın biçimde kullanılmış; bu dönemde sakk'larda tarih olması ve mühürlenmesi geleneği oluşmuştur¹⁴⁶. Bununla birlikte Emeviler döneminde Vali Ziyad b. Ebleh tarafından mutfak sorumlusu adına düzenlenen ve mutfak ihtiyaçları için bu kimseye verilerek beytülmalden tahsili talep edilen sakk¹⁴⁷; Halife Ömer b. Abdülaziz tarafından borçlu oldukları gerekçesiyle kendisinden yardım isteyen iki kişiye toplanan zekâtın artanından beytümale aktarılan ve borçlulara yardım için ayrılan fondan ödenmek üzere verilen sakk ve Abbasi Halifesi Harun Reşid tarafından, kardeşi Ali'ye veliahtlıktan feragat etmesi karşılığında divan üzerine düzenlenen sakk¹⁴⁸ İslâm hukukunda bu senetlerin varlığına ve kullanıldığına örnek olarak gösterilmektedir¹⁴⁹.

Muhatabı sarraf ve cehbez olan sakk'lar bugünkü anlamıyla banka çeki niteliğindedir¹⁵⁰. Sarrafların ve cehbezlerin temin ettikleri para karşılığında halka, bugünkü çek karnelerine benzeyen ve üzerinde sarraf

¹³⁹ Yeniçeri, s. 222.

¹⁴⁰ Yeniçeri, s. 222; Beki, 1995, s. 134; Atalay, s. 99.

¹⁴¹ Yeniçeri, s. 222; Aydın, 2015, s. 456.

¹⁴² Yeniçeri, s. 222.

¹⁴³ Aydın, 1995, s. 151.

¹⁴⁴ Kallek, 2008, s. 585.

¹⁴⁵ Çakıcı, s. 26.

¹⁴⁶ Kıratlı/ Çakıcı s. 383.

¹⁴⁷ Kallek, 2008, s. 585.

¹⁴⁸ Kallek, 2008, s. 585.

¹⁴⁹ Emin Eminoğlu, Abbâs ibni Hamza es-Sabrânî Kitâbü'l Ef'âl (Kıpçakça Satır Arası Sözlük), 1. Baskı, Akçağ Yayınları, Ankara, 2011, s. 21. Yazar, Arapçadan Türkçeye bir sözlük niteliği taşıyan "Kitabül Efal"de Türklerin iktisadi hayatına ilişkin olarak "*falanca şey için ona çek yazdı*" ibareli kayıtlara rastlandığını, bu durumun Türklerin de İslâmiyet'i kabul ettikten sonra çek kullandıklarını gösterdiğini belirtmektedir.

¹⁵⁰ Aydın, 2015, s. 430.

tarafından verildiği belli olan ruka verdikleri, bunların sarrafa veya cehbeze ait bazı işaretleri taşıdıkları, bunu kullanan kişinin vadeli işlerde alacaklısına bu kağıt parçalarından birisini kendi el yazısıyla yazıp veya yazdırıp vererek sarrafa veya cehbeze havale ettiği, lehtarın ise eline aldığı kağıt parçasını sarrafa veya cehbeze arz ederek bedelinin ödenmesini talep ettiği nakledilmektedir¹⁵¹.

Hemen belirtmelidir ki sakk, sadece sarraflar ve cehbezler üzerine değil, muhatap olma niteliğinde olan herkes üzerine havale edilebilmektedir. Dolayısıyla bankanın muhatap olarak tayin edilmesinde de İslâm hukuku açısından bir sakınca bulunmamaktadır¹⁵².

B. İSLÂM HUKUKUNDA EMTİA SENETLERİNE BENZER SENETLER

Eşya ve emtiayı temsil eden ve bugünkü makbuz senedi, varant, taşıma senedi ve konşimento gibi emtia senetlerine benzer olan çeşitli senetlerin ilk İslâm toplumundan itibaren kullanıldığı görülmektedir¹⁵³. Bunlardan birisi “*sukuk'ul erzak*” diye isimlendirilen ve devlet tarafından kamu personeli için “*maaş istihkak senedi*” olarak tanzim edilen ve aynı hakları temsil etme bakımından hisse senetleri veya emtia senetlerine benzeyen senetlerdir¹⁵⁴.

Bu senet türünün ilk İslâm toplumundan itibaren kullanıldığı pek çok hukuk kaynağında yer almaktadır. Örneğin Medine Valisi Mervan b. Hakem döneminde, devlet tarafından çıkarılan, üzerinde cinsi ve miktarı yazılı erzakları temsil eden bu senetler hak sahiplerine dağıtılmış; ancak hak sahiplerinin erzakı teslim almadan önce bu senetleri başkalarına devretmeye başlaması üzerine “*gıda maddesini satın alan, onu kabzetmeden satmasını*” hadisine¹⁵⁵ ters düştüğü gerekçesiyle bu senetlerin toplatıldığı ve sahiplerine iade edildiği nakledilmiştir¹⁵⁶.

İlk İslâm toplumunda görülen ve emtia senetlerine benzeyen bir diğer senet türü de vakıf müesseseleri tarafından imamlara dini hizmetleri karşılığında vakıf gelirlerinden tahsis edilen payları temsil eden ve “*huzuzu'l eimme*” olarak isimlendirilen senetlerdir¹⁵⁷. Bu senetler bir taraftan hisse senetlerine, diğer taraftan emtia senetlerine

¹⁵¹ Beki, 1995, s. 315; Kallek, 2008, s. 585.

¹⁵² Beki, 1995, s. 315.

¹⁵³ Beki, 1995, s. 329.

¹⁵⁴ Beki, 2005, s. 287; Aydın, 2015, s. 430.

¹⁵⁵ Mustafa Kispet, “İslâm Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2010, s. 165. Yazar, belirtilen hadisin “Buhari, Büyü 49, 51, 54, 55, Hudud 42; Müslim, Büyü 29, 35, 40, 41, (1525-1526-1528-1529); Nesai, Büyü 55, (7, 286-287); Ebu Davud, Büyü 67 (3492); Tirmizi, Büyü 56 (1291); Muvatta, Büyü 40, (2, 640-641); İbnu Mace, Ticarat 37, (2226)” yer aldığını belirtmektedir.

¹⁵⁶ Beki, 1995, s. 329; Aydın, 2015, s. 430.

¹⁵⁷ Beki, 1995, s. 329.

benzemektedir¹⁵⁸. Bu senetler de mahiyet itibariyle eşyayı temsil etmekte ve tedavül kabiliyetleri bulunmaktadır.

Sukuku'l erzâk ve huzuzu'l eimme gibi senetlere kıymetli evrak mahiyetini kazandıran durum, şekil şartları çerçevesinde bu senetlerin de tedavül kabiliyetine sahip olmasıdır. Bu senetler bugünkü emtia senetlerine de ışık tutmaktadırlar. Dolayısıyla ticari hayatın kolaylık ihtiyacından doğmuş olan ve sıkı şekil şartları ile düzenlenmiş bulunan günümüz emtia senetlerinin kullanılmasında, ciro yoluyla temlik, terhin ve tahsilinde İslâm hukuku açısından bir sakınca bulunmamaktadır¹⁵⁹.

C. İSLÂM HUKUKUNDA MENKUL KIYMETLERE BENZER SENETLER

İlk dönem İslâm toplumunda yukarıda değinilen huzûzu'l eimme haricinde, devlet tarafından tanzim edilip verilen ve “*beraat-ı sultaniye*” olarak adlandırılan yazılı belgelerden istihkak senedi niteliğinde olanları, temsil ettikleri aynı ve nakdi haklar açısından menkul kıymetlere benzetmek mümkündür¹⁶⁰.

İslâm hukukunun temel kaynakları, menkul kıymetleri ayrı ayrı ele alıp hukuki mahiyet, işleyiş ve şekil şartlarını düzenleme yerine bunların hukukî mahiyeti ile alakalı genel prensipler içermektedir¹⁶¹. Bu genel prensipler mevcut veya ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesinde ileride çıkarılabilecek menkul kıymetlerin hukuki niteliğini ortaya konulması bakımından yeterli olacaktır. Zira anonim şirket gibi bir şirket hissesini temsil eden hisse senetleri dışında bütün menkul kıymetler, birer borçlanma veya vadeli işlemi temsil eden senetlerdir¹⁶². İslâm hukukunun menkul kıymetlere ilişkin genel prensipleri itibariyle bu senetler açısından cevaz verilmeyen husus, senedin bizzat kendisi değil, senedin içerdiği hakkın meşru bir hakkı temsil edip etmediği ve senedin faiz karşılığı verilip verilmediği noktasındadır¹⁶³.

¹⁵⁸ Beki, 2005, s. 273.

¹⁵⁹ Aydın, 2015, s. 459.

¹⁶⁰ Aydın, 2015, s. 431.

¹⁶¹ Beki, 1995, s. 326.

¹⁶² Aydın, 2015, s. 464.

¹⁶³ Mehmet Boynukalın, “Senet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 36, İstanbul, 2009, s. 518-519. Yazar, İslâm Konferansı Teşkilatı'na bağlı İslâm Fıkıh Akademisi'nin girişimiyle 1988 yılında Rabat'ta toplanan Borsa Semineri'nin sonuç bildirisinde ve adı geçen akademinin 1992'de Cidde'de yapılan VII. Dönem Toplantısı'nda hisse senetlerinin kâr ve zarara iştirak etmesi sebebiyle kural olarak helâl olduğunun, fakat şer'î hükmünün bunu çıkaran şirketin ticarî işlem ve amaçlarının meşru oluşuyla yakından ilgili bulunduğu belirtilmiş, şirketin faiz, içki imali ve ticareti, karaborsacılık, hile, yalan ve aldatma gibi dinen haram vasıtalarla kazanç sağlaması hâlinde hisse senetlerini alıp satmanın ve bundan gelir elde etmenin haram ve mâsiyete iştirak etmek olduğundan câiz olmayacağını bildirildiğini, esasen faaliyet alanı haram işlemler yapma, dinen yasak hizmet ve mal üretiminde bulunma olmamakla beraber bazı haram işlemlere taraf olması sebebiyle şirketin kârına haram

III. İSLÂM HUKUKUNDAKİ KIYMETLİ EVRAK İLE POZİTİF TÜRK HUKUKUNDAKİ KIYMETLİ EVRAKIN MUKAYESESİ

İslâm hukuk kaynaklarında yer alan kıymetli evrakla modern hukukta yer alan kıymetli evrak türlerini karşılaştırdığımızda aralarında ortak ve farklı noktaların bulunduğu görülmektedir. Özellikle farklılıkların önemli bir kısmı, hukuki nitelikten ziyade zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlarla ilgilidir. Zira başta güvenlikten kaynaklanan sebepler olmak üzere, zamanla kıymetli evrak unsurları ile ilgili yeni yasal düzenlemeler yapıldığı gibi, bazı kıymetli evrak türlerinde şekil konusunda da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin çekte günümüzde kullanılan karekod ve diğer çeşitli şekli özelliklerin esasen hukuki nitelikle ilgili olmadığını, bunların çeşitli ihtiyaçlardan kaynaklandığını söylemek mümkündür.

Modern hukuktaki kıymetli evrak gibi İslâm hukukunda da kıymetli evraktan bazıları parayı, bazıları ise emtiayı (veya malı) temsil eder. İslâm hukukundaki senetlerden süftece, sakkud deyn, sakk ve beraat-ı sultaniyye gibi senetler parayı temsil ettiği gibi; modern kıymetli evraktan kambiyo senetleri, tahvil ve hazine bonusu gibi senetler de yalnız parayı temsil ederler. Keza İslâm hukukundaki uhde ve zikru'l hak gibi senetler de genelde bir para alacağını temsil etmekle birlikte bazı hâllerde eşya cinsinden bir alacağı da temsil etmektedir. Ayrıca İslâm hukukundaki senetlerden sukuku'l erzak, sukuku'l bezai ve huzuzu'l eimme gibi senetler genel olarak maddi eşyayı temsil ettiği gibi, modern kıymetli evraktan emtia senetleri de eşyayı temsil etmektedir¹⁶⁴.

Modern hukuktaki kıymetli evrakta hak, senette mündemiç olup hamil, senedi ibraz etmeden borçludan bir talepte bulunamaz¹⁶⁵. İslâm hukukundaki kıymetli evrakta ise hak, senette mündemiç olmadığından hak sahibi senetsiz olarak da hakkını talep edebilmektedir¹⁶⁶. Ayrıca, modern kıymetli evrak, çok kısa bir metinle ve daha sıkı şekil şartlarına riayet edilerek tanzim edilirken, İslâm hukukunda kıymetli evrak genellikle, çok uzun metinle ve daha serbest şekil şartları öngörülerek tanzim edilmektedir¹⁶⁷. Öte yandan modern kıymetli evrak, illetten mücerret iken, İslâm hukukundaki kıymetli evrak, buna temel olan ve daha evvel inşa edilmiş bir hukuki ilişkiyi de işaret etmektedir.

Modern hukuk ile İslâm hukukundaki bazı kıymetli evrakta hukuki ilişkinin tarafı iki, bazısında ise üç kişidir. Hem modern hem de İslâm hukukundaki kıymetli evrakta borçlanma veya ödeme yükümlülüğü altına giren tarafın tam ehliyetli olması gerekir. Sakk, saku'd-deyn,

kazanç karışmış olması hâllerinde ise pay sahiplerinin bu miktarı yaklaşık olarak hesaplayıp kendisinin hayır ve hasenat niyetiyle olmaksızın ve toplum hakkı olduğu inancı ile hayır yolunda harcamasının tavsiye edildiğini belirtmektedir.

¹⁶⁴ Aydın, 2015, s. 464.

¹⁶⁵ Bozer/Göle, s. 18.

¹⁶⁶ Beki, 1995, s. 321.

¹⁶⁷ Beki, 1995, s. 324.

uhde, zikru'l hak gibi senetler ile sukuku'l erzak, sukuku'l bezai ve huzuzu'l eimme gibi parasal hakları veya hisseleri temsil eden senetlerde hukuki ilişkinin tarafı iki kişi olduğu gibi modern kıymetli evrakta bono, hisse senedi, tahvil ve hazine bonosunda da hukuki ilişkinin tarafı iki kişidir. Buna karşılık süftecede ve poliçede hukuki ilişkinin tarafı üç kişidir¹⁶⁸.

Hemen belirtmelidir ki uygulamada diğer kıymetli evrak türlerine göre daha fazla yer bulan modern hukuktaki kambiyo senetleri ile İslâm hukukunda bu senetlere benzeyen senetler arasında daha belirgin ortak özellikler ve farklılıklar bulunmaktadır. Bu kapsamda hukuki ilişkinin tarafı olan şahıs sayısının aynı olması; ticari işleri ve ödemeleri kolaylaştırma amacı taşımaları; muhatabın kabulüne sunulması; muhatabın iflası veya kabul etmemesi hâlinde lehtarın keşideci ve kefillere müracaat hakkının olması; ciro ve devir sayesinde geniş bir tedavül imkânına sahip olması; borçlu tarafından zamanaşımı ve diğer def'ilerin ileri sürülmesinin hukuki bir hak olarak kabul edilmesi İslâm hukukundaki süftece, sakkud deyn ve sakk gibi senetler ile modern hukuktaki kambiyo senetlerinin ortak özellikleri arasında yer almaktadır¹⁶⁹. Öte yandan İslâm hukukundaki süftece, sakkud deyn ve sakk gibi senetlerin şekil şartları daha serbest iken, modern hukuktaki kambiyo senetlerinin daha sıkı şekil şartlarına bağlanmış olması; süftecenin genellikle iki farklı memleket arasında kullanılması gerekirken, poliçenin hem farklı memleketler arasında hem de aynı memleket (yer) içinde kullanılabilmesi¹⁷⁰; poliçe bono ve çekte imza kullanılırken, süftece, saku'd-deyn ve sakk'da imzanın yanında şahit veya mühürün de kullanılabilmesi¹⁷¹; çekte vade yokken, sakk'da vadenin olabilmesi gibi hususlarda modern hukuktaki kambiyo senetleri ile İslâm hukukunda bu senetlere benzeyen senetler arasında farklılıklar bulunmaktadır¹⁷².

IV. İSLAM HUKUKUNDAKİ KIYMETLİ EVRAK ANLAYIŞININ TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ

Türklerin İslâmiyet'i kabul etmesiyle birlikte İslâm hukukundaki kıymetli evrak, Türkler tarafından da kullanılmaya başlanmıştır; Osmanlı Devleti'nde de bu senetlerin kullanımı yaygınlaşmıştır¹⁷³. İslâm hukukunun ulul'emre tanıdığı sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde

¹⁶⁸ Beki, 1995, s. 322.

¹⁶⁹ Beki, 1995, s. 302; Çakıcı, s. 25; Kallek, 2010, s. 20.

¹⁷⁰ Çakıcı, s. 25; Kallek, 2010, s. 20.

¹⁷¹ Beki, 1995, s. 311.

¹⁷² Beki, 1995, s. 311; Saylan s. 87. Yazar, İslâm hukukunda belgenin güvenilirliğini temin için mühürün yanında kullanılan diğer bir unsurun da imza olduğunu, belgenin düzenleyene aidiyetini gösteren ve onun delil kuvvetini arttıran imzaların düzenleyenin adından ve genellikle dua cümleleri ve edebî ifadelerden oluştuğunu belirtmektedir.

¹⁷³ Kıratlı/ Çakıcı, s. 378

Osmanlı Devleti'nde özellikle Tanzimat'tan sonra modern anlamda kanunlaşma hareketlerinin başlamasıyla birlikte kıymetli evrak kullanımında da bazı değişiklikler söz konusu olmuştur¹⁷⁴. Zira İslâm hukukunda kıymetli evrakın yazılı akit niteliğinde olan tanzim şekli, değişen şartlara ve ihtiyaçlara cevap verebilme potansiyelini karşılamaktadır. Bu nedenle İslâm hukukunun farklı dönemlerinde değişik şekillerde ortaya çıkan ve hatta Osmanlı Devletinin modern hukuktaki biçimlerle kabul ettiği kıymetli evrak, İslâm hukuku açısından bir sakınca oluşturmamaktadır¹⁷⁵. Başka bir deyişle Türk hukukunda Tanzimat sonrası kullanılmaya başlanan modern kıymetli evrak, temelinde İslâm hukukunda kullanılan kıymetli evrakın şekli anlamda daha düzenli hâlini ifade etmekte olup hukuki nitelik itibariyle İslâm hukukuna aykırılık teşkil etmemektedir¹⁷⁶. Bu husus Tanzimat sonrası kıymetli evraka ilişkin düzenlemelerin Türk toplumu tarafından doğrudan benimsenmesine ve modern kıymetli evrakın ticari hayatın en önemli argümanı haline gelmesini sağlamıştır. Dolayısıyla evrensel hukuki düzenlemelere konu olan bütün kıymetli evrak türleri, tanzim biçimi itibariyle İslâm hukukunun hiçbir ilkesi ile çelişmemekte, hazine bonusu ve tahvil gibi bazı kıymetli evrak türleri ise faiz içeriği nedeniyle meşru kabul edilmemektedir¹⁷⁷.

Tanzimat sonrası Türk hukukunun da dayanağını oluşturan modern hukuk, esasında temelleri Antik Yunan'a dayanan, Roma hukuku ile gelişme kaydeden, ortaçağda olgunlaşma sürecine giren ve bugünkü modern dünyanın şartlarına göre güncellenerek kendisine dinamik bir statü verilmeye çalışılan Batı kaynaklı bir hukuk sistemidir. İslâm hukuku ise Kur'an ve Sünnet gibi asli kaynaklarına bağlı kalmakla beraber toplumun ihtiyaçlarına cevap veren özelliği ile gelişme gösteren bir hukuk sistemidir¹⁷⁸. Kaynak farklılığından dolayı bu iki hukuk sistemi birbiri ile telif edilemeyecek ise de bu durum iki hukuk sisteminin bütün yönleri ile birbirinden farklı norm ve yaklaşımlara sahip olduğu anlamına gelmez¹⁷⁹. Zira hukuk, insanların toplumsal hayatta yaşadıkları anlaşmazlıkları, uğradıkları haksızlıkları ve yaptıkları hak ihlallerini hakkaniyet ve adalet kuralları çerçevesinde çözmeyi amaçlamaktadır. Farklı kaynaklara sahip olsalar da esasında bütün hukuk sistemlerinin temel amacı budur. Bu açıdan bakıldığında farklı hukuk sistemlerinin birbirlerinden etkilenmeleri gayet doğal bir süreçtir¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Cin/ Akyılmaz, s. 66.

¹⁷⁵ Aydın, 2015, s. 433

¹⁷⁶ Beki, 1995, s. 322.

¹⁷⁷ Aydın, 2015, s. 466; Paçacı, s. 224; Kaya, s. 708.

¹⁷⁸ Nurettin Şentürk, "İslam Hukuku ile Modern Hukukun Karakteristik Özellikleri ve Birbirinden Yararlanma İmkânı", S. 7, 2021, İlahiyat, s. 158.

¹⁷⁹ Sahip Beroje, "İslam Hukuku İle Beşeri Hukukun Birbirinden Yararlanma İmkânı Üzerine", C. 2, S. 2, 2018, International Journal of Social And Humanities Sciences, s. 129.

¹⁸⁰ Beroje, s. 131.

Türk hukukundaki kıymetli evrak bugünkü anlamını modern hukuk ile kazanmıştır. Ancak Tanzimat'a kadar kıymetli evraka ilişkin olarak İslam hukukunun uygulandığı Türk hukuk sisteminde modern hukukun kabul edilmesinden sonra da İslam hukukundaki kıymetli evrak anlayışının etkili olacağı kabul edilmelidir¹⁸¹. Bu etki daha ziyade, modern hukuktaki katı şekilcilik anlayışının Türk toplumuna yerleşmiş olan uygulamalar karşısında hakkaniyet ve adalet anlayışını zedelemesi nedeniyle kıymetli evraka ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde katı şekilcilik anlayışının yumuşatılması ile karşımıza çıkmaktadır. Örneğin illetten mücerret kabul edilen kambiyo senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davalarında temel ilişki ile bağlantı kurularak teminat senetleri ve hatır senetlerinin varlığının kabul edilmesi¹⁸², hayatın olağan akışı ve hakkaniyet kavramlarından hareketle katı şekil şartlarının yumuşatılması¹⁸³ bu etkinin sonucu olarak kabul edilmelidir.

¹⁸¹ Tanzimat sonrası ticaret hukuku sahasında düalist bir yapı mevcut olsa da bu dönemde de Mecellenin sonraki tarihe ait genel nitelikli, Ticaret Kanunnamesinin ise önceki tarihe ait ticari işleri kolaylaştırmak maksadını taşıyan özel nitelikli bir kanun olması nedeniyle ticaret mahkemelerinde özel nitelikli kanunda belirtilmemiş hallerde Mecelle'ye müracaat edilmiş; boşluklar İslam hukukuyla doldurulmuştur. Bkz. Kılınç/Karakaya, s. 84.

¹⁸² Yargıtay HGK, E: 2017/11-40, K: 2021/542 K, T: 29.04.2021. "...Taraflar arasında imzalanan 10.09.2011 tarihli öğrenci taşıma sözleşmesi ile davalı şirket tarafından işletilen özel okulun öğrenci taşıma işinin davacıya verildiği anlaşılmakta olup, anılan sözleşmenin 5/f maddesinde, davacı tarafından davalıya sözleşmenin teminatı olarak 50.000,00 TL bedelli çek verileceği, hizmetlerin veya taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda çekin kullanılacağı belirtilmiştir. Bu itibarla dava konusu çekin taraflar arasındaki sözleşmenin teminatı olarak verildiği kabul edilmelidir. Esasında bu hususta mahkeme ile Özel daire arasında uyuşmazlık da bulunmamaktadır. O hâlde yukarıda da bahsedildiği üzere çekin teminat olarak verildiği iddiası karşısında senedin geçici bedelsizliği söz konusu olduğundan çekin düzenleme tarihi olan 07.02.2013 tarihinde teminat edilen hususun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekmektedir. Bu kapsamda temel ilişkide çekin düzenleme tarihi itibarıyla teminat edilen husus gerçekleşerek temel alacak doğduğu zaman senedin bedelsizliği, alacak miktarı kadar ortadan kalkacaktır..."

¹⁸³ Yargıtay HGK, E: 2022/11-622, K: 2023/354 K, T: 26.04.2023. "...6762 sayılı TTK'nın 588 inci [6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6102 sayılı Kanun) md. 676] maddesi gereğince senedin yazı ile yazılı bulunan miktar için geçerli sayılması gerekli olsa da hayatın olağan akışı gereğince bononun düzenlenme tarihindeki Türk Lirasının değeri göz önüne alındığında 212,00 TL için bono düzenlenmesinin taraflar arasındaki ticari ilişkinin kapsamı ve haciz işlemlerinin geldiği aşama dikkate alındığında pek mümkün görülmediği ve aksi yöndeki kabulün aşırı şekilcilik olarak kabul edilip ağır hak kaybına neden olacağı..."

Yargıtay HGK, E: 2017/19-827, K: 2019/689 K, T: 18.06.2019. "...TTK'nun 690. maddesi yollaması ile bonolarda da uygulanması gereken aynı Kanunun 588. maddesinin "Poliçe bedeli hem yazı ve hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunur. Poliçe bedeli yalnız yazı ile veya yalnız rakamla mütaaddit defalar gösterilmiş olup da bedeller arasında fark bulunursa en az olan bedel muteber sayılır." hükmünü içerdiği, ... ancak davalının, bankadan kredi çekmek suretiyle kendisinden toplam 67.000,00TL bedel ile daire satın alan davacıya 900.000,00TL gibi davacının mali durumu ile izah edilemeyecek yüksek meblağı herhangi bir teminat olmaksızın elden verdiği iddiasının hayatın olağan akışına (genel

SONUÇ

Tarihsel gelişim seyri içinde kıymetli evrak ve işlev olarak buna benzeyen senetler eski zamanlardan beri kullanılmaktadır. Modern hukuktaki kıymetli evrak işlevine sahip çeşitli senet uygulamaları İslâm hukuk sisteminde de varlığını sürdürmektedir. Kıymetli evrak, bugünkü anlamını modern hukukla birlikte elde etse de İslâm hukukundaki bu senetlerin kıymetli evrakın tarihi gelişiminde önemli bir yere sahip oldukları anlaşılmaktadır.

Türk hukuk tarihi açısından bakıldığında Türklerin İslâmiyet'i kabul etmesiyle birlikte İslâm hukukundaki kıymetli evrak Türkler tarafından da kullanılmaya başlanmış; özellikle Osmanlı Devleti'nde kıymetli evrakın kullanımı yaygınlaşmıştır. İslâm hukukunun ulul'emre tanıdığı sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde Osmanlı Devleti'nde özellikle Tanzimat'tan sonra modern anlamda kanunlaşma hareketlerinin başlamasıyla birlikte kıymetli evrak kullanımında da bazı değişiklikler söz konusu olmuştur. Zira İslâm hukukunda kıymetli evrakın yazılı akit niteliğinde olan tanzim şekli, değişen şartlara ve ihtiyaçlara cevap verebilme potansiyelini karşılamaktadır. Bu nedenle İslâm hukukunun farklı dönemlerinde değişik şekillerde ortaya çıkan ve hatta Osmanlı Devletinin modern hukuktaki biçimlerle kabul ettiği kıymetli evrak, İslâm hukuku açısından bir sakınca oluşturmamaktadır.

Kıymetli evrak hukukunun doğup gelişmesi, toplumların ihtiyaçlarına paralel şekilde seyir izlemiş ve modern hukuktaki durumuna ulaşmıştır. Kıymetli evrak, mevcut içerik ve mahiyetini modern hukukla kazanmakla birlikte, ilk dönemlerinden bu yana İslâm hukukunu benimseyen toplumlarda da kullanılan ticari araçlardan olmuştur. Dolayısıyla Türk hukuk tarihi açısından İslâm hukukunda kıymetli evrakın incelenmesi günümüz kıymetli evrak hukukunun temellerinin anlaşılması için de önem arz etmektedir.

İslâm hukukunun kıymetli evrak ile ilgili hükümlerini muamelat içinde düzenlenen borçlanma esasları arasında bulmak mümkündür. İslâm hukukunun temel kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'in, konuları kendine özgü bir sistematik içinde ve daha ziyade genel ilke ve esaslarını koymak suretiyle düzenlediği, ayrıntılarını ise yer ve zamana göre değişen ve gelişen ihtiyaçlara göre düzenlemeye imkân verecek şekilde diğer kaynaklara bıraktığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda müdayene ayeti olarak adlandırılan Bakara Suresinin 282. ayeti, borç ilişkilerindeki yazılı şeklin temeli olarak kabul edilmekte, burada ifadesini bulan "*borçların senetle tanzim ve tevsik edilmesi*", "*ticarî faaliyetlerde şahit tutulması*" ve "*vadeli alış verişlerde rehin teminatı verilmesi*" gibi ilkeler, evrensel ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

İslâm hukuku, vadeli bütün işlemler ile borçların, senetle tevsik edilmesini öngördüğü için, ticari senetler ile emtia ve hisse senedi

hayat tecrübelerine) aykırı olduğu, ...senetteki yazı ile gösterilen bedelin, rakamla gösterilen bedelden bin kat fazla olduğu dikkate alındığında mahkemece eldeki menfi tespit davasının kabulüne yönelik önceki kararda direnilmesi yerindedir..."

kavramlarına ve bunların şer'i diğer temel hukuki ölçülere uygun olarak kullanılmak şartıyla tedavülüne izin vermektedir. Muamelat içinde yer alan hükümlerin amacının, insanların mali hak ve alacaklarını korumak, ibadet saydığı çalışma hayatına meşru kazanç yollarını göstermek ve dolayısıyla fert ve toplumun ekonomik olarak kalkınmasını sağlayarak refah düzeyini yükseltmek olduğu söylenebilir.

İslâm hukuku açısından yazılı belgelerin temsil ettiği akitlerle sözlü akitler arasında hukuken bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle İslâm hukukunda kıymetli evrakın düzenlenme biçimine dair dar bir çerçeve çizilmediği ve katı özel şartlar konulmadığı için kıymetli evrakın tanzim şeklini yer ve zamana göre değişebilen senet düzenleme tekniğine bıraktığı görülmektedir. Başka bir deyişle İslâm hukukunda değişik dönemlerde farklı şekillerde karşımıza çıkan kıymetli evrakın günümüz ticaret hukukunun usullerine göre tanzim edilmesinde İslâm hukuku açısından bir sakınca bulunmamaktadır. Çünkü İslâm hukukunun amacı, hak ve hukuku korumak olduğu için, hangi zemin ve zamanda, hangi senet tipi, hak ve hukuku koruyorsa, o senet türünün geçerli olduğu kabul edilmektedir. Tanzimat sonrası kıymetli evraka ilişkin düzenlemelerin Türk toplumu tarafından doğrudan benimsenmesi ve modern kıymetli evrakın ticari hayatın en önemli argümanı haline gelmesi de bu nedenledir.

İslâm hukukunda, kanuni tanzim ve şekil yönüyle kıymetli evrakın bütün türleri hukuken geçerli kabul edilmekle birlikte hazine bonosu ve tahvil gibi türlerin, içerdiği faiz nedeniyle meşru görülmediğini de belirtmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Apaydın H Y, “Karz”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 24, İstanbul, 2001, ss. 520-525.
- Atalay A, “İslâm Hukukunda Kabz”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012.
- Atar F, ‘Şürût ve Sicillat’, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 39, İstanbul, 2010, ss. 270-273.
- Aybakan B, “Muamelat”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 30, İstanbul, 2005, ss. 316-317.
- Aydın A, “İslâm Hukukunda Kıymetli Evrak Kambiyo Senetleri, Hisse Senedi ve Borsa” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1995.
- Aydın A, İslâm Hukuku Açısından Mali Piyasa ve Mali Piyasa Araçları, 1. Baskı, Burç Yayınevi, Konya, 2015.
- Aydın M A, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- Aydın M A, “İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, S. 1, 2006, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss. 11-21.
- Baltacı B, “Bakara Suresi 282. Ayetin Genel Özellikleri ve Fıkhî Kavramları”, C. 8, S. 1, 2008, Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 147-177.
- Bayındır A, Ticaret ve Faiz, 1. Baskı, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2007.
- Bayındır S, "Sermaye ve Tarihsel Süreçte Mali Aracı Kurumların Sermayeye Yaklaşım Tarzı", S. 4, 2001, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 175-190.
- Bayındır S, “Finansal Türev Varlıklar ve Bu Varlıklar Üzerine Yapılan Sözleşmelerin Fıkhî Tahlili”, S. 12, 2005, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 51-73.
- Beki A, “İslâm Hukukunda ve Türk Mevzu Hukukunda Kıymetli Evrak”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 1995.
- Beki A, İslâm'da Güncel Ticari Meseleler, 2. Baskı, Bekke Yayınları, Kayseri, 2005.
- Beroje S, “İslam Hukuku İle Beşeri Hukukun Birbirinden Yararlanma İmkânı Üzerine”, C. 2, S. 2, 2018, International Journal of Social And Humanities Sciences, ss. 129-143.
- Boynukalın M, “Senet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 36, İstanbul, 2009, ss. 518-519.
- Bozer A/ Göle C, Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.

Bozgeyik H, Poliçede Müracaat Hakkı, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2003.

Cin H/ Akgündüz A, Türk Hukuk Tarihi C. II, Selçuk Üniversitesi, Konya, 1989.

Cin H/ Akyılmaz G, Türk Hukuk Tarihi, 2. Baskı, Sayram, Konya, 2008.

Çakıcı M, “19. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Kıymetli Evrakların Hukukî ve İktisadi İşlevleri”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

Çalış H, “Borçlar Hukuku (İslâm Hukukunda)”, İslâm Hukuku, Talip Türcan (Ed.), 5. Baskı, Grafiker Yayınları, Ankara, 2017.

Çelik A/ Yıldırım T, “Abbasiler Dönemi Bağdat Çarşıları”, C. 23, S. 1, 2013, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 241-253.

Domaniç H, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.

Döndüren H, İslâmi Ölçülerle Ticaret Rehberi, Erkam Yayınları, İstanbul, 1998.

Durmuş A, “Fıkhi Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri” Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

Eminoğlu E, Abbâs ibni Hamza es-Sabrânî-Kitâbü'l Ef'âl (Kıpçakça Satır Arası Sözlük), 1. Baskı, Akçağ Yayınları, Ankara, 2011.

Goitein S D, A Mediterranean Society: Economic Foundations I, University of California Press, Berkeley, 1967.

Gümüş M, “Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumlar”, S. 14, 2013, Tarih Okulu Dergisi, ss. 163-200.

Güner G, “Eski Türkler Çek Yazar Mıydı?”, C. 1, S. 5, 2016, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi, ss. 34-41.

Güran T, İktisat Tarihi, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1999.

Quinn S/ Roberds W, “The Evolution Of The Check As A Means Of Payment: A Historical Survey”, C. 4, S. 93, 2008, Economic Review, ss. 1-28 (https://www.frbatlanta.org/-/media/documents/research/publications/economic-review/2008/vol93no4_quinn_roberds.pdf) (s.e.t. 01.07.2023).

İmregün O, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

İnalçık H, “Havale”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 16, İstanbul, 1997, s. 512-513.

Kallek C, “Sak”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 35, İstanbul, 2008, ss. 584-586.

Kallek C, “Süftece”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 38, İstanbul, 2010, ss. 19-21.

Kallek C, “İslâm'da Teşebbüs Ruhı”, Sabahattin Zaim İslâm ve Ekonomi Sempozyumu II – III, İkdere, İstanbul, 2012.

Karaaslan M A, “İslâm Deniz Ticaret Hukukunda Hukuki Sorumluluk”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2009.

Karaman F/ Ural İ, Dini Kavramlar Sözlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006.

Karaman H, Mukayeseli İslâm Hukuku C. II, 1. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Kaya A, “İktisadi ve Ticari Hayata Dair Fıkhi Problemler”, İslâm Hukuku, Talip Türcan (Ed.), 5. Baskı, Grafiker Yayınları, Ankara, 2017.

Keleş A, “İslâm’a Göre Para”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 1998.

Kendigelen A, Çek Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

Kılınç A/ Karakaya H, “Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle’nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, C. 2, S. 1, 2022, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, ss. 59-89.

Kınacıoğlu N, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1987.

Kırca İ/ Kendigelen A, Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

Kırathlı M/ Çakıcı M, “Osmanlı Devleti ile İslâm Dünyasında Kıymetli Evrak ve Türkiye Cumhuriyeti’ne Etkileri”, C. 2, S. 69, 2022, Adalet Dergisi, ss. 375-403.

Kispet M, “İslâm Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2010.

Oruç F E, “İslâm Hukukunda Deyn”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011.

Öztan F, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara, 1997.

Paçacı İ, İslâm Ticaret Hukuku, 1. Baskı, İlahiyat, Ankara, 2022.

Pamuk Ş, Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, 2. Baskı, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2002.

Poroy R/ Tekinalp Ü, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Reisoğlu S, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Baskı, Ankara, 2003.

Saylan Ş, “İslâm Hukukunda Senet Tanzimi ve Senetlerin Şekil Şartları”, C. 3, S. 1, 2016, Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 63-90.

Şentürk N, “İslam Hukuku ile Modern Hukukun Karakteristik Özellikleri ve Birbirinden Yararlanma İmkânı”, S. 7, 2021, İlahiyat, ss. 155-165.

Tabakoğlu A, Türkiye İktisat Tarihi, Dergah Yayınları, İstanbul, 2008.

Tanör B, Osmanlı -Türk Anayasal Gelişmeleri (1789–1980), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.

Tekil F, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1994.

Turan M F, “İslâm Hukuku Açısından Usulsüz Vedia Akdi”, S. 15, 2010, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, ss. 401-430.

Uygun A, “Cambridge Kahire Geniza Koleksiyonunda Büyüsel Metinler”, C. 5, S. 2, 2016, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, ss. 355-374.

Üçok C/ Mumcu A, Türk Hukuk Tarihi, 2. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1991.

Warner D/ Siedel G/ Lieberman J K vd., The Legal Environment and Advanced Business Law, Flat World Knowledge, Boston, 2011. (<https://2012books.lardbucket.org/pdfs/the-legal-environment-and-business-law-v1.0.pdf>, s.e.t. 01.07.2023).

Yeniçeri C, “Cehbez”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi C. 7, İstanbul, 1993, ss. 222-223.

“İHTİYACÂT-I HÂZIRAYA MUVAFIK VE KAİDE-İ TERAKKİ VE
TEKAMÜLE MUTABIK” BİR TEMYİZ KARARLARI DERGİSİ
ÇIKARMAK: MECMUA-İ MUKARRERAT-I TEMYİZİYE*

*Publishing a Journal of Appeal Decisions “In Line with the Needs of the Present and
in Accordance with the Principles of Progress and Development” : Mecmua-i
Mukarrerat-i Temyiziye*

Arş. Gör. Rıdvan Abdurrahman DEMİRTAŞ**

Öz: Alt derece mahkemelerinin kararlarını inceleyen en yüksek yargı merci olarak Mahkeme-i Temyiz'in temyizden inceleyerek verdiği kararların yayınlanması geleneği, neredeyse bu mahkemenin tarihi kadar eskiye dayanır. 1868'de kurulan -o zamanki adıyla-Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin kararları, ilk olarak 1873'te Ceride-i Mehâkim'de yayınlanmaya başladı. Daha sonra Ceride-i Mehâkim-i Adliye'de yayınlanmaya devam etti. 1908'de II. Meşrutiyet'in ilanını takiben Ceride-i Mehâkim-i Adliye'nin yayınlanması, on yedi aylık bir kesintiye uğradı. Bu durum, Mahkeme-i Temyiz kararlarının yayınlanmasına da ara verilmesi anlamına gelmekteydi. Adliye Nezareti, bu cerideyi Aralık 1909'da Ceride-i Adliye adıyla yeni bir seri olarak yayınlamaya devam etti. Böylece Mahkeme-i Temyiz kararları yeniden yayınlanmaya başladı. Bir müddet sonra, sadece temyiz mahkemesi kararlarını içeren bir yayın yapılması gündeme geldi. Bu iş için Adliye Nezareti bünyesinde birtakım çalışmalar yapıldı. Fransa, İngiltere, Almanya, İtalya, Avusturya, Belçika ve Rusya gibi ülkelerdeki örnekler incelenerek zamanın ihtiyaçlarına uygun bir yayın politikası belirlenmeye çalışıldı. Mahkeme-i Temyiz'in iş yükünün fazla olması sebebiyle ayırım yapılmaksızın bütün kararların yayınlanması yerine, bunlar arasından seçilecek kararların yayınlanması

Abstract: As the highest judicial authority to review the decisions of lower courts, the tradition of publishing the judgements of Mahkeme-i Temyiz (the Court of Appeal) on appeal goes back almost as far as the history of this court. Established in 1868, the decisions of the Divan-ı Ahkam-ı Adliye, as it was then called, were first published in Ceride-i Mehâkim in 1873. Later, they continued to be published in Ceride-i Mehâkim-i Adliye. Following the declaration of the Second Constitutional Monarchy in 1908, the publication of Ceride-i Mehâkim-i Adliye was interrupted for seventeen months. This also meant a break in the publication of Mahkeme-i Temyiz decisions. The Ottoman Ministry of Justice resumed the publication of this journal in December 1909 as a new series under the name Ceride-i Adliye. Thus, the decisions of Mahkeme-i Temyiz started to be published again. After a while, it became necessary to publish a publication containing only the decisions of Mahkeme-i Temyiz. For this purpose, a number of studies were carried out within the Ottoman Ministry of Justice. Examples from countries such as France, England, Germany, Italy, Austria, Belgium and Russia were analysed to determine the most suitable publication policy for the needs of the time. Due to the high workload of Mahkeme-i Temyiz, instead of publishing all judgements

* Bu makale, 1-3 Haziran 2023 tarihlerinde gerçekleştirilen III. Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde “İhtiyacât-ı Hâziraya Muvafık ve Kaide-i Terakkî ve Tekamüle Mutabık” Bir Temyiz Kararları Dergisi Çıkarmak: Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye” başlığıyla sunulan tebliğin genişletilmiş halidir. Görüşlerini paylaşarak katkı sağlayan Ercan Karaismailoğlu ve İbrahim Enes Onat'a teşekkür ederim.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İÜ SBE doktora öğrencisi, ridvandemirtas@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4136-8373

Makale Geliş Tarihi: 14.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 20.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391703

usulü tercih edildi. Mahkeme-i Temyiz'in hukuk ve ceza davalarında verdiği kararlar, Mart-Nisan 1911'den itibaren her ay yayınlanmaya başladı. Başlangıçta uzun soluklu olacağına ilişkin büyük umutlar beslenen bu kararlar derlemesinin ömrü, beklenenden kısa sürdü. Hukuk davalarına ilişkin kararlar 6 yıl, ceza davalarına ilişkin kararlar ise 4 yıl boyunca yayınlanabildi.

Anahtar Kelimeler: Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye, Mahkeme-i Temyiz, Ceride-i Mehâkim, Ceride-i Mehâkim-i Adliye, Ceride-i Adliye.

without difference, the method of publishing selected judgements was preferred. The decisions of Mahkeme-i Temyiz in civil and criminal cases began to be published every month as of March-April 1911. The life of this compilation of judgements, which was initially expected to be long-lasting, was shorter than expected. The judgements on civil cases were published for 6 years and on criminal cases were published for 4 years.

Keywords: Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye, Mahkeme-i Temyiz (the Court of Appeal), Ceride-i Mehâkim, Ceride-i Mehâkim-i Adliye, Ceride-i Adliye.

I. MECMUA'DAN ÖNCE MAHKEME-İ TEMYİZ KARARLARININ YAYINLANMASI GELENEĞİ

A. CERİDE-İ MEHÂKİM VE CERİDE-İ MEHÂKİM-İ ADLİYE DÖNEMLERİ

Mahkeme-i Temyiz kararlarının bir süreli yayında yayınlanması geleneği, bundan 150 yıl önce, 1873'te Ceride-i Mehâkim'in yayınlanmasıyla başlar.

Ceridenin 21 Nisan 1873 tarihli ilk sayısında yer alan "Mukaddime"de, ceridede yayınlanacak Mahkeme-i Temyiz kararları sayesinde nizamiye mahkemelerinde görülen hukuk ve ceza davalarında kanunların ne derecede uygulandığının ve Mahkeme-i Temyizce kanunların ne şekilde tefsir edildiğinin görülebilmesinin amaçlandığına dikkat çekilmektedir. Ceride-i Mehâkim'in ilk sayısında Mahkeme-i Temyiz Hukuk Dairesi'nin bir ve ceza davalarını temyizen inceleyen Muhakemat-ı Cezaiye Dairesi'nin üç kararı bulunmaktadır.¹ 15 Kasım 1875'te yayınlanan 125. sayıdan sonra ceridenin yayınlanmasına bir müddet ara verilmiştir. Bu ara dönemde, Mahkeme-i Temyiz kararlarının düzenli olarak yayımlandığı başka bir süreli yayın yoktur.

Aradan 3 yıldan daha uzun bir süre geçtikten sonra, 1879'a gelindiğinde, Ceride-i Mehâkim'in yayınlanmasına tekrar başlanmıştır². Bu serinin 9 Ağustos 1884 tarihli 260. sayısında yayınlanan "İfade-i Mahsusa" başlıklı yazıda, yeni adli teşkilatın bir semeresi olarak Ceride-i Mehâkim'in de mevcut ihtiyaçlara göre yeni bir düzenle çıkmaya başlayacağı duyurulmuştur.³ Aynı yazıda, ceridenin artık *resmî* ve *gayr-i resmî* olmak

¹ Hukuk Dairesi'nin kararı, Musul'daki bir vekalet ilişkisiyle ilgilidir. Muhakemat-ı Cezaiye Dairesi'nin kararlarının ilk ikisi, Trablusgarp ve Manastır'daki kalb akça darbına ilişkin davalarla ilgiliyken üçüncüsü, Kandiye'deki bir katl davasıyla ilgilidir.

² 1879 yılında sayılar, tekrar 1'den itibaren numaralandırılmaya başlanmıştır. Ceride-i Mehâkim, S. 1, 19 Haziran 1295/1 Temmuz 1879.

³ "... teşkilatın semeresi olarak hukuk-ı umumiye ve şahsiye deâvîsinin usul-i tetkikati ile netâyicinin anbean bir hal-i intizama girmeğe başlaması ve ara sıra zuhur edegelen mesâil-i mühimme-i kanuniyenin halli yolunda mehâkimce

üzere iki kısımdan oluşacağı ve mahkeme kararlarının *kısm-ı gayr-i resmî* içerisinde yayınlanacağı ifade edilmiştir.⁴ Ceride-i Mehâkim'e verilen bu yeni düzen sırasında, ceride idaresinin başına, o dönem Mahkeme-i Temyiz azalığında bulunan Ali Şehbaz Efendi ve muavinliğine de Adliye Nezareti Mektubî Kalemi serhalifesi İbrahim Bey getirilmiştir.⁵ Bu sayıdan itibaren Mahkeme-i Temyiz kararlarının başında -çoğunlukla- temyiz incelemesine tâbi tutulan davadaki hukuki sorun kısaca özetlenmiş, takiben karar metni verilmiştir.

1304-1307 [1889-1892] yılları arasındaki 3 yıllık dönemde Ceride-i Mehâkim'de yayınlanan Mahkeme-i Temyiz kararlarının sayısı, yok denecek kadar azdır. Ceride-i Mehâkim'in 28 Kânunısânî 1304 [9 Şubat 1889] tarihli 483. sayısından 15 Kânunısânî 1306 [27 Ocak 1891] tarihli 578. sayısına değin geçen sürede, yalnızca Ceza Dairesi'nin 3 kararı yayınlanmıştır. Bu sayıdan 4 Kânunısânî 1307 [16 Ocak 1892] tarihli 633. sayıya değin hiçbir karar cerideye eklenmemiştir.⁶

Ceride, 29 Eylül 1317'den [12 Ekim 1901] itibaren *Ceride-i Mehâkim-i Adliye* adıyla yeni bir seri olarak yayınlanmaya devam etmiştir. Önceki seride olduğu gibi, genellikle, Ceride-i Mehâkim-i Adliye'de de temyiz incelemesine konu edilen davanın temyizen incelenen kısmına ilişkin kısa bir özet verilmiş ve daha sonra karar metninin verilmesi usulü takip edilmiştir. Mahkeme-i Temyiz'in yalnızca bozma kararları değil, tasdik ettiği kararlar da özetlenerek yayınlanmıştır. Ceride-i Mehâkim-i Adliye'nin son sayısı, Meşrutiyet'in ikinci defa ilanını takiben 16 Temmuz 1324 [29 Temmuz 1908] tarihinde yayınlanmış ve sonrasında ceridenin yayınlanmasına bir süre ara verilmiştir. Bu sebeple temyiz mahkemesi kararlarının yayınlanması da kesintiye uğramıştır.

B. CERİDE-İ ADLİYE DÖNEMİ

Ceride-i Mehâkim-i Adliye'den sonra Mahkeme-i Temyiz kararlarının yayınlanmasına Ceride-i Adliye'de devam edildi. Ceride-i Adliye'nin 5 Kânunievvel 1325 [18 Aralık 1909] tarihli ilk sayısında çıkan ve ceridede takip edilecek yayın siyasetinden bahseden "Mukaddime"ye göre, ceride *resmî* ve

kavânin-i mevzuanın daire-i tefsirinin tevessü eylemesi hususları ceride-i mezkurenin dahi ihtiyacât-ı mevcudenin derece-i ehemmiyeti ile mütenasip bir surette tertip ve tanzimi lüzumunu meydana koymuş olmağla ...", Ceride-i Mehâkim, S. 260, 28 Temmuz 1300/9 Ağustos 1884, s. 2081.

⁴ Ceride-i Mehâkim, S. 260, 28 Temmuz 1300/9 Ağustos 1884, s. 2082.

⁵ Ceride-i Mehâkim, S. 260, 28 Temmuz 1300/9 Ağustos 1884, s. 2084. Kısa bir süre sonra İbrahim Bey'in sağlığının bozulması sebebiyle yerine Diyarbekir İstinaf Mahkemesi Ceza Dairesi reisi Halid Bey tayin edilmiştir. Ceride-i Mehâkim, S. 264, 25 Ağustos 1300/6 Eylül 1884, s. 2049.

⁶ "Mukaddime", Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye Hukuk Kısmı 1327, C. 1, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1330, s. 3. Ceride-i Mehâkim hakkında bir değerlendirme ve 1873-1875 yılları arasını gösteren karar fihristi için bkz.: Betül Argunhan, "Ceride-i Mehâkim'in Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuku Bağlamında Tahlili (1873-1875)", Adalet Dergisi, S. 70, 2023/1, s. 613-666.

gayr-i resmî olmak üzere iki kısma ayrılacaktı. Mahkemeler için içtihat birliğini sağlayacak ve bir rehber niteliğinde olacak Mahkeme-i Temyiz kararları ise ceridenin *resmî kısmında* yayınlanacaktı.⁷

Ceride-i Adliye'nin tekrar yayınlanmaya başlaması ve bu sayede Mahkeme-i Temyiz kararlarının da yeniden yayınlanacak olması, döneminin hukukçuları arasında olumlu tepkilerle karşılandı. Bunlardan biri, Mehmed Arif Bey'in *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânîn Mecmuası*'ndaki yazısıdır.⁸ "Ceride-i Adliye" başlıklı yazısında Mehmed Arif Bey, ceridede yayınlanacak mahkeme kararlarının adliye memurlarını aydınlatarak kanunların tatbikinde onlara kılavuzluk edeceğini umduğunu ifade etmektedir.⁹ Mehmed Arif Bey, Ceride-i Adliye'de yayınlanan Mahkeme-i Temyiz kararlarının önemini ortaya koymak için Fransa'daki *Dalloz*, *Pandectes* ve *Sirey* gibi temyiz mahkemesi kararları mecmualarını örnek göstererek bu eksikliğin Ceride-i Adliye'de yayınlanan kararlarla giderilmeye çalışılmasını olumlu karşılamaktadır.

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin yayınlanmaya başlanmasından bir süre sonra, tekrara düşmemek için Mahkeme-i Temyiz kararlarının Ceride-i Adliye'de yayınlanmamasına karar verilmiştir.¹⁰ Ancak Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin yayınlandığı dönemde, ceridenin sonraki sayılarında Mahkeme-i Temyiz kararlarının yayınlanmasına devam edilmiştir.

⁷ "... Ceridenin kısm-ı resmîyi teşkil eden münderecâtı ve bilhassa Mahkeme-i Temyiz heyet-i muhteremesinin tefsir ve tatbik-i kanuna müteallik mukarreratı bütün mehâkim-i Osmaniye için halât-ı mümasilede tevhid-i tatbikatı müstelzim bir rehber-i tetebbuat ve tedkikat olmak itibariyle umum mehâkim memurlarına fevâid-i azime temin edeceği gibi, ...", Ercan Karaismailoğlu/Rıdvan Abdurrahman Demirtaş/ İbrahim Enes Onat, "Her Türlü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve': *Ceride-i Adliye*, Makale Fihristi ve Yazar Dizini (1909-1929)", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S. 30, 2020 Güz, s. 199.

⁸ [Mehmed Arif], "Ceride-i Adliye", *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânîn Mecmuası*, S. 10, 31 Kânunievvel 1325/13 Ocak 1910, s. 284-285. Makalenin transkripsiyonu için bkz. Karaismailoğlu/Demirtaş/Onat, "Her Türlü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve': *Ceride-i Adliye*, Makale Fihristi ve Yazar Dizini (1909-1929)", s. 200-203.

⁹ "... O ceridedir ki, neşredeceği mehâkim mukarreratıyla memurin-i adliyeyi tenvir edecek, tatbikat-ı kanuniye hususunda kılavuzluk eyleyecektir. ...", Karaismailoğlu/Demirtaş/Onat, "Her Türlü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve': *Ceride-i Adliye*, Makale Fihristi ve Yazar Dizini (1909-1929)", s. 200.

¹⁰ "Ceride-i Adliye bidayet-i intişarından beri ittihaz eylediği program mucibince Mahkeme-i Temyiz devâirinin müntehib ilamâtını neşretmekte idi. Ahiren teşekkül eden İhsaiyât ve Müdevvenât-ı Adliye Müdüriyeti Mahkeme-i Temyiz ilamâtından içtihat ve tefsir noktasından haiz-i ehemmiyet olanlarının *Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye* namıyla bir mecmua-i mevkute halinde neşrine mübaşeret etmiş, binaenaleyh badezin Ceride-i Adliye'de de bu gibi ilamâtın dercine devam aynı maksadın tekrardan ibaret olacağı derkar bulunmuş olduğundan badema bundan sarf-ı nazar olunmakla ...", Ceride-i Adliye, S. 44, 20 Eylül 1327/3 Ekim 1911, s. 2304.

C. MAHKEME-İ TEMYİZ KARARLARINI YAYINLAMAYA YÖNELİK SİVİL GİRİŞİMLER

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin yayınlanmasına değin Mahkeme-i Temyiz kararlarının resmî yayın organları olan cerideler vasıtasıyla yayınlanmasının yanı sıra, resmî kurumlar dışında yayınlanması yolunda da çeşitli girişimler olmuştur.

Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti tarafından çıkarılan *Muhamat*'ın "Tenkidât" başlıklı bölümünde, Mahkeme-i Temyiz kararlarının tahlili yapılmıştır. Ayrıca zaman zaman Fransız temyiz mahkemesi ve başka yüksek mahkemelerin kararlarından yapılan tercümelere de yer verilmiştir.¹¹

Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın ilk sayısında mecmuanın takip edeceği yayın siyasetine ilişkin genel çerçevenin çizildiği yazıda, mecmuanın içeriğinden bahsedilirken kesinleşmiş mahkeme kararlarına ilişkin değerlendirmelerin de bulunacağı belirtilmiştir.¹²

Mahkeme-i Temyiz kararları, İstanbul dışında da tercüme edilerek yayınlanmak istenmiştir. Bu bağlamda zikredilebilecek bir örnek, Cebel-i Lübnan Mutasarrıflığı memurlarından Şeyh Esed Ceyş Efendi'nin girişimidir. Arzuhalinde, Türkçe bilmeyen Cebel-i Lübnan ahalisi ile dava vekilleri ve adliye memurlarının Ceride-i Mehâkim'de yayınlanan nizamname ve Mahkeme-i Temyiz kararlarını anlayamamaları sebebiyle davalarda kolaylık olmak üzere ceridede yayınlanan kararlardan gerekli görülenleri harfiyen veya mealen Arapçaya tercüme ederek hususi bir mecmua halinde yayınlanmak için ruhsat talep etmiştir.¹³ Bu konuyla ilgili olarak Şeyh Esed Ceyş Efendi'nin devam eden taleplerine, merkezden olumlu cevap verilmemiştir.

Şeyh Esed Ceyş Efendi, yıllar sonra aynı konuda bir başvuru daha yapmıştır. Bu konuda Dahiliye Nezareti tarafından Cebel-i Lübnan Mutasarrıflığı'na yazılan 25 Nisan 1322 [8 Mayıs 1906] tarihli yazıda¹⁴, Şeyh Esed Ceyş Efendi tarafından ceridede yayınlanan kanun ve mahkeme kararlarının Arapça tercümelerini içerecek şekilde neşredilmek istenen *el-Ahkam* adlı risaleye, mahkeme kararlarının resmî makamlar tarafından yapılmamış veya onaylanmamış tercümelerine itibar edilemeyeceği ve kanunların mutlaka devletin resmî diliyle yayınlanması gerektiği gerekçe gösterilerek ruhsat verilemeyeceği bildirilmiştir.

Bu konuda benzer bir talep, dava vekillerinden Karabet Solakyan tarafından gündeme getirilmiştir. Solakyan, Ceride-i Mehâkim'de yayınlanan Mahkeme-i Temyiz kararlarının fihristini içeren bir kitap

¹¹ Bir Fransız temyiz mahkemesi kararı örneği için bkz. Muhamat, S. 8, 10 Şubat 1327/23 Şubat 1912, s. 253 vd.; Kirkor Sinabyan'ın İskenderiye'deki Mahkeme-i Muhtelite-i İstinafiyesi kararı tercümesi ve değerlendirmesi için bkz. Muhamat, S. 1, 10 Temmuz 1327/24 Temmuz 1911, s. 10 vd.

¹² "Mecmuanın Mesleği", Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 1, Mart 1332/Mart-Nisan 1916, s. 2.

¹³ MF.MKT. 261/36; ŞD. 214/33, 14 Eylül 1311/26 Eylül 1895.

¹⁴ DH.MKT. 818/23.

yayınlamak için ruhsat talep etmiştir.¹⁵ Başta bu talep reddedilmişse de Solakyan'ın devam edegelen başvuruları sonrasında Şura-yı Devlet Tanzimat Dairesi, yalnızca Ceride-i Mehâkim'deki kararların fihristi niteliğinde olmak üzere böyle bir kitaba ruhsat verilebileceğine karar vermiştir.¹⁶

II. MECMUA-İ MUKARRERAT-I TEMYİZİYE DÖNEMİ

A. NEZARET BÜNYESİNDE KURULAN MECMUA-İ MUKARRERAT-I TEMYİZİYE ŞUBESİ

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin yayınlanması yolunda yapılan ilk düzenleme, Adliye ve Mezâhib Nezareti Nizamname-i Dahilisi'nde bulunmaktadır. 22 Mayıs 1327 [4 Haziran 1911] tarihli Nizamname-i Dahili'nin esbab-ı mucibe layihasında, kanunların tefsiri vazifesini gören Mahkeme-i Temyiz kararlarının yayınlanması için *Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye* adıyla hususi bir mecmuanın çıkarılacağı ifade edilmiştir.¹⁷ Nizamnamenin 9. maddesi hükmünce, Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin yayına hazırlanmasından İhsaiyat ve Müdevvenât-ı Kanuniye Müdüriyeti sorumlu tutulmuştur.¹⁸ Nizamname layihasının sonuna ekli kadro cetvelinde, müdüriyete bağlı olarak kurulacak "Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye Masası" için 1 mümeyyiz ve 10 katip, yani toplamda 11 kişilik geniş bir memur kadrosunun ayrılması düşünülmüşse de¹⁹ söz konusu kadro cetveli bu şekilde kabul edilmemiştir. Nizamname'nin yürürlüğe girdiği dönemde, müdüriyetin başında Serkis Karakoç ve müdüriyet bünyesinde mecmua işleriyle ilgilenmekle görevli Edib Bey bulunmaktaydı.²⁰

Nizamname-i Dahili'nin kabulünden yaklaşık iki yıl sonra, 11 Şubat 1329 [24 Şubat 1914] tarihli değişiklikle Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'yi yayına hazırlama görevi, İhsaiyat Müdüriyeti'nden alınıp Kalem-i Mahsus Müdüriyeti'ne verilmiştir.²¹

¹⁵ MF.MKT. 550/39.

¹⁶ BEO. 1699/127403, 5 Temmuz 1317/18 Temmuz 1901. Ancak bu kitabın basılmış olduğuna ilişkin herhangi bir bilgiye ulaşılamamıştır.

¹⁷ "... [Kanunları] emr-i tefsirde tenvir-i efkara hidemât-ı azimesi derkar olan içtihadât-ı temyiziyede ittıradın temini için mukarrerat-ı temyiziyenin de sırasıyla saha-i matbuata vaz'ı mucib-i muhassenât olacağından ... ve Mahkeme-i Temyiz'den sadır olan ilamâta mahsus olarak *Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye* namıyla mâh be-mâh bir mecmua tertip ve tab'ına ...". ŞD. 2801/12/3.

¹⁸ Düstur, II. Tertib, C. 3, Matbaa-i Osmaniye, Dersaadet, 1330, s. 472.

¹⁹ ŞD. 2801/12/3.

²⁰ Salname-i Devlet-i Aliyye-i Osmaniye: 1328 Sene-i Maliye, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1328, s. 127.

²¹ Düstur, II. Tertib, C. 6, Matbaa-i Âmire, Dersaadet, 1334, s. 228. İhsaiyat ve Müdevvenât-ı Kanuniye Müdüriyeti, mecmuanın hukuk kısmının 1. ve 2. ciltlerinin tamamını, 3. cildin ilk 5 cüzünü; ceza kısmının 1. ve 2. ciltlerinin tamamını, 3. cildin ilk 6 cüzünü yayına hazırlamıştır.

B. MECMUA'NIN İÇERİĞİ

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin *hukuk kısmının* ilk cildinde "Mukaddime" başlığıyla verilen yazıda, mecmuanın ortaya çıkış süreci ve takip edeceği yayın siyaseti hakkında bilgiler verilmiştir (18 Ağustos 1327/31 Ağustos 1911).²² Bu yazıda, Mahkeme-i Temyiz kararlarının, kanunların tefsir ve tatbikinde uygulama birliği oluşturmak bakımından *mahkemelerin mektebi* ölçüsünde olduğunun altı çizilmektedir. Daha sonra, 18. yüzyılın sonlarında Fransa'da başlayıp İngiltere'de devam eden Avrupa'da temyiz mahkemesi kararlarının yayınlanması geleneğinden bahsedilmektedir. Avrupa'daki gelenekten bahsedildikten sonra, Mahkeme-i Temyiz kararlarının Ceride-i Mehâkim'de yayınlanması geleneğinden ele alınır. Bu noktada, Ceride-i Mehâkim, Ceride-i Mehâkim-i Adliye ve Ceride-i Adliye'de yayınlanan Mahkeme-i Temyiz kararlarının sayılarını gösteren ayrıntılı bir tablo verilmektedir. Bu tabloda, yayınlanan kararların Mahkeme-i Temyiz'in hangi dairesince verilmiş olduğu da ayrı ayrı gösterilmiştir. Ceride-i Mehâkim'de 4484, Ceride-i Mehâkim-i Adliye'de 269 ve Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin yayınlanmaya başladığı döneme kadar geçen 19 ay boyunca Ceride-i Adliye'de (S. 44, 20 Eylül 1327/3 Ekim 1911) 440 Mahkeme-i Temyiz kararı yayınlanmıştır. Bu kararların toplamı 5193 etmektedir.

Aynı yazıda, böyle bir temyiz mahkemesi kararları mecmuasının yayınlanmasına duyulan ihtiyaca da dikkat çekilmektedir. Ceridelerdeki temyiz mahkemesi kararlarının kanun, nizamname, talimat, ilan gibi içerikler arasında kaybolduğu, yayınlanan kararların sayısı yıllara bölündüğünde yıl başına ortalama 277 Mahkeme-i Temyiz kararının yayınlanabildiğine dikkat çekilmektedir. Ayrıca yayınlanan kararların ayrıntılı fihristlerinin yapılmamış olması da bunların kullanılmasında zorluk ortaya çıkarmaktadır. Bu sebeple Mahkeme-i Temyiz'in verdiği kararlar arasından kanunların tefsir ve açıklanmasına faydalı olacakların aylık bir mecmua halinde yayınlanmasına karar verildiği ifade edilmektedir.

Mecmuanın nasıl bir yayın siyaseti güdeceği de bu yazıdan anlaşılmaktadır. Her ne kadar Fransa'daki gibi temyizen verilen bütün kararların yayınlanması istenmekteyse de Mahkeme-i Temyiz'in bir yıl içerisinde neredeyse 15000 karar vermekte olması bunu imkansız kılmaktaydı. Bu sebeple kanunların tefsiri maksadına hizmet edecek kararların seçilerek karar metninin tamamının yayınlanması yolunun tutulmasına karar verilmiştir. Ayrıca aranan kararın kolaylıkla bulunabilmesi için her yılın sonunda ayrıntılı bir fihrist hazırlanacağı belirtilmektedir.

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye, ilgili yılın her ayı müstakil bir cüz olmak üzere fasiküller halinde basılmıştır. Rumi takvime göre tarihlendirilen kararların oluşturduğu 12 cüz bir araya getirildiğinde ilgili yılın cildi meydana gelmektedir.

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin Mahkeme-i Temyiz Hukuk Dairesi'nin verdiği kararlardan oluşan "Hukuk Kısmı", 6 yıllık bir zaman

²² "Mukaddime", Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye Hukuk Kısmı 1327, c. 1, s. 1-7. (Bkz. Ek)

dilimini (R. 1327-1332/M. 1911-1916) içeren 6 cilt²³ halinde yayınlanmıştır. “Hukuk Kısmı”nda, 15 Teşrinievvel 1332 tarihine kadar yayınlanmış olanlar bir araya getirildiğinde, toplam 1106 karar bulunmaktadır. Temyizen incelenen hukuk davalarına örnek olarak şunlar gösterilebilir: İbra, icare, icra, ücret, arazi, erbâb-ı vukuf, iflas, emre muharrer senet, ikrar, evkaf, beyyinat, tereke, ciro, hakk-ı mürur, husumet, şirket, şufa, şahadet, zarar ve ziyan davaları, faiz, kefalet, müruruzaman, mesele-i müstehire, vekalet, vefaen ferağ, yemin.

Mecmuanın “Ceza Kısmı”nı oluşturan ciltlerde, Mahkeme-i Temyiz’in İstida ve Ceza dairelerinin verdiği kararlar bulunmaktadır. Bu seri, “Hukuk Kısmı”ndan daha kısa bir süre boyunca, 4 yılı içeren (R. 1327-1330/M. 1911-1915) 4 cilt²⁴ halinde yayınlanmıştır. “Ceza Kısmı”nda toplam 1799 karar bulunmaktadır. Temyizen incelenen ceza davalarına örnek olarak şunlar gösterilebilir: İctima-ı ceraim, esbab-ı muhaffife, esbab-ı müşeddide, istinabe, istinaf, esliha-ı memnua, itale-i lisan, iade-i hukuk-ı memnua, iftira, ikrar, emniyeti suistimal, teşebbüs, teşhir-i silah, tekerrür-i cürm, hukuk-ı medeniyeden ıskat, hukuk-ı şahsiye, hilaf-ı usul hapis ve tevkif, rüşvet, sahtekarlık, sirkat, şahadet, katl, kısas, kaçakçılık, kaziye-i muhkeme, memurün aleyhindeki ceraim, muhakeme-i giyabiye, müdafaa-i nefis, muayene-i tubbiye.

Mahkeme-i Temyiz kararlarının yayınlanma usulü ise şu şekildedir: Kararın başına, kararın cüz içerisindeki sıra numarası, temyizen verilen kararın tarihi ve temyiz incelemesini yapan merci (Hukuk, Ceza, İstida daireleri veya Heyet-i Umumiye) yazılır. Sonrasında kararın hangi hukuki mesele üzerinden temyiz incelemesine tabi tutulduğu tespit edilir. Akabinde temyizen verilen kararın tam metni ilave edilir. Kararda, ilk derecede (varsa istinafen) verilen kararın, tarafların, temyiz için gerekli şartların sağlanıp sağlanmadığının bilgisi verildikten sonra, olaya uygulanan kanun maddesi de belirtilerek ret veya onama kararlarından hangisinin verildiği gerekçesiyle açıklanır. Karar metninin sonunda, kararın oybirliğiyle mi, yoksa oy çoğunluğuyla mı alındığı belirtilmekteyse de azınlıkta kalan görüş metne ilave edilmemektedir. Mecmua’nın ceridelerdeki temyiz kararlarından farklı bir yayın usulü getirerek hukuki meseleleri birkaç “anahtar kavram” ile tespit etmesi sayesinde hem fihrist yapılması, hem de aranan kararlara kolaylıkla ulaşılabilmesini sağlamıştır.²⁵

²³ Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye Hukuk Kısmı, C. 1 (1-9. cüzler: Selanik Matbaası, Dersaadet, 1327; 10-12. cüzler: Selanik Matbaası, Dersaadet, 1328); C. 2 (1-2. cüzler: Selanik Matbaası, Dersaadet, 1328; 3-12. cüzler: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1328); C. 3 (1-5. cüzler: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1329; 6-12. cüzler: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1330); C. 4 (1-6. cüzler: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1330; 7-10. cüzler: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1331; 11-12. cüzler: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1332); C. 5, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1332; C. 6, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1332.

²⁴ Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye Ceza Kısmı, C. 1, Selanik Matbaası, Dersaadet, H. 1330; C. 2, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1328; C. 3 (1-6. cüzler: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1329; 7-12. cüzler: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1330); C. 4 (1. cüz: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1330; 2-12. cüzler: Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1331).

²⁵ Mecmua’nın hangi usulle temyiz mahkemesi kararlarını yayınladığını görmek bakımından aşağıdaki örnek karar incelenebilir:

C. MECMUA'NIN HUKUK CAMİASINDAKİ YANKILARINA BİR ÖRNEK: ZEYNELABİDİNZÂDE'NİN YAZISI

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin yayınlanmasıyla ilgili çıkan yazılardan biri olarak Zeynelabidinzâde Seyyid Abdülmuttalib'in yazısı örnek gösterilebilir.²⁶ Zeynelabidinzâde'ye göre, mahkeme kararlarının tenkide açık şekilde yayınlanması, hakimleri yerleşik içtihatlarla uygun karar vermeye sevk ederek kanun ve nizamların düzenli ve etkili bir şekilde uygulanmasını sağlayacaktır. Her ne kadar daha önce Mahkeme-i Temyiz kararları ceridelerde yayınlanmışsa da bunlardan istifade etmenin zorluklarına dikkat çeken Zeynelabidinzâde, Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin çalışma ve araştırma için kolaylık sağlayacak bir usulde hazırlandığı görüşündedir. Bunun gibi önemli eserlerin ömrünün uzun süreli olamadığına ilişkin bir tespitte bulunan Zeynelabidinzâde, her ne kadar bu mecmuanın yayınlanmaya devam etmesinin hukukçuların en

“(Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye Hukuk Kısmı, C. 1, s. 58)

Numero 24

1. İstinaf: Tebliğ edilmeyen ilam hakkında müddet cereyan etmez.

2. Temyiz: Kabil-i istinaf olan davanın temyizi.

1. İstinaf müddetinin mebde'i tebliğ-i resmî tarihidir. Binaenaleyh harcı bi'l-ita ilamı ahz u istihsal edecek olursa tebliğ-i resmî vuku bulmamış olacağı cihetle müddet-i kanuniye cereyan etmez.

2. Kabil-i istinaf olan bir dava istinaf mahkemesine müracaatla ıskat-ı hak edilmedikçe temyiz olunamaz.

30 Mart 1327, [Mahkeme-i Temyiz] Hukuk Dairesi

Manastır Vilayeti evrak müdür muavin-i sabıkı Halid Efendi ile Filorina Kasabası'nın [Kazası'nın] Hamza Bey Mahallesi'nde sakin mültezim Yasim Ağa bin Mustafa Yazıcı beyninde mütekevvin davaya dair Filorina Bidayet Mahkemesi'nden 13 Kânunsânî 1326 tarihi ve on iki adediyle verilen ilamın temyizini müstedâ mumaiyleh Halid Efendi tarafından ita ve mahallinden bâ-tahrîrât isra kılınan arzuhal ve müteferriâtı dairece bi't-tetkik esas-ı dava münazaun-fih haneye vuku bulan müdahalenin men'i talebine mütedair olarak kabil-i istinaf olup ol babdaki ilamın harcı dahi müstedî-i mumaiyleh tarafından verilerek ahz u istihsal kılınmış ve binaenaleyh tebliğ-i resmî olmadıkça müddet-i kanuniye cereyan etmeyeceği tabii bulunmuş olmasına göre müstedî-i mumaiylehin Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nun iki yüz on yedinci maddesinin son fıkrası mucebince istinaf mahkemesine müracaatla ıskat-ı hak etmedikçe temyiz-i davaya salahiyeti olamayacağına binaen ol babdaki temyiz istidasının reddine 30 Mart 1327 tarihinde ekseriyetle karar verildi.”

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin “Ceza Kısmı”nın ilk iki cildinden seçilen bazı kararların transkripsiyonu ve sadeleştirilmiş metinlerini içeren bir çalışma için bkz. Yasin Çevik, *Kadim İctihatlar Osmanlı Yargıtayından Emsal İctihatlar*, Akademişyen Kitabevi, Ankara, 2022; Mecmua'da yayınlanan arazi davalarına ilişkin kararlar üzerine hazırlanan bir çalışma için bkz. Ahmet Yiğit, “Mukarrerat-ı Temyiziyye Mecmualarında (1327/1911-1332-1916) Görülen Arazi Davalarının Tedkiki”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed. Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 449-474.

²⁶ Zeynelabidinzâde Seyyid Abdülmuttalib, “Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye”, *Muhamat*, S. 8, 10 Şubat 1327/23 Şubat 1912, s. 243-245.

mukaddes vazifesi olduğunu ifade etse de onun bu tespitinde haklı olduğu, birkaç yıl sonra Mecmua'nın yayınlanmasına son verilmesiyle ortaya çıkacaktır.

Ç. MECMUA'NIN YAYINLANMASINA SON VERİLMESİ

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin "Ceza Kısmı" 4 yıl (R. 1327-1330/M. 1911-1915), "Hukuk Kısmı" ise 6 yıl (R. 1327-1332/M. 1911-1916) yayınlanabilmiştir. Mecmua'nın "Ceza Kısmı"nın 4. cildinde, Şubat 1330 sonuna [Mart 1915] tarihli kararlar vardır ve bu cilt, 1915'te basılmıştır. "Hukuk Kısmı"nın 6. cildindeki son kararlar ise Teşrinievvel 1332'ye [Ekim 1916] tarihlidir ve bu cilt 1916 yılı içerisinde basılmıştır. Mukaddimesinde uzun yıllar yayınlanmaya devam edeceğine dair ümitler beslenen Mecmua'nın birkaç yıl sonra kesintiye uğrayarak yayınlanmasına son verilmiş olmasının bazı sebepleri vardır.

Bu sebeplerden biri, Mecmua için çalışacak yeterli sayıda yetişmiş insanın istihdam edilememiş olmasıdır. Adliye Nezareti bünyesinde Mecmua ile ilgilenecek geniş bir kadronun istihdam edilmesi 1911 tarihli Nizamname-i Dahilî taslağında tasavvur edildiyse de İhsaiyat ve Müdevvenât-ı Kanuniye Müdüriyeti bünyesindeki bir iki memurun -diğer işlerinin yanında- Mecmua ile ilgilenmek üzere görevlendirilmesiyle yetinilmiştir. Bu durumun ortaya çıkardığı sorunlar, Mecmua'nın yayınlanmaya başlanmasından kısa bir süre sonra müdüriyet tarafından kaleme alınan bir rapora da yansımıştır. Adliye Nezareti'ne yazılan 23 Haziran 1328 [6 Temmuz 1912] tarihli raporda²⁷, müdüriyet kadrosundaki memurlara İhsaiyat, Düstur ve Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye şubelerinin işlerinin belirli bir ihtisas dahilinde gördürülmemesi ve şubeler arasında sık sık nakiller olmasının işlerin görülmesinde aksaklıklara sebep olduğunun altı çizilmektedir. Raporda, bu şubelerde görevlendirilecek yetişmiş memur ihtiyacının ne şekilde karşılanabileceği hususunda da çözüm yolu gösterilmektedir. Avrupa'ya hukuk tahsiline gönderilen öğrencilerden dirayeti ve bu işlere kifayeti olan birinin belirlenerek Fransa Adliye Nezareti'nde "Bulletin de la Cour de Cassation (Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye)", "Bulletin des Lois (Mecmua-i Kavânîn)" ve "Statistique (İstatistik)" dairelerinde bir staj müddeti veya daha fazla bir süre bulunmasının uygun olacağı belirtilmiştir.

Müdüriyet bünyesinde görevlendirilecek yetişmiş insan sayısının az olmasının yanı sıra bir de savaş sebebiyle seferberlik kapsamında askerlik hizmetine alınan memurların yokluğu, işlerin yürütülmesini sekteye uğratmıştır. Silah altına alınan memurların yerleri ücretli vekiller vasıtasıyla doldurulmaya çalışılmıştır.²⁸ Mecmua işlerinde görevlendirilecek az sayıda memur bulunması, görevlendirilenlerin başka şubelere ve memuriyetlere nakledilmeleri ve askerlik hizmetine alınmaları gibi sebepler, Mecmua

²⁷ A.)DVN.MKL. 53/19.

²⁸ "Adliye Nezareti'nin muhit-i mesaisine infaz-ı nazar: [1]332 senesi zarfında zübde-i mesaiyi mutazammın Umûr-ı Hukukiye Müdüriyeti'nden Nezaret-i celileye takdim olunan müzekkire", Ceride-i Adliye, S. 156, Mart 1333, s. 480.

işlerini takip edecek düzenli bir memur kadrosunun oluşmasının önünde engel olmuştur.

Mecmua'nın yayınlanmasını kesintiye uğratan sebeplerden diğeri de basım için gerekli kağıt ve benzeri baskı malzemelerinin tedarik edilmesinde karşılaşılan zorluklardır. Osmanlı Devleti'nin I. Dünya Savaşı'na girmesi ve seferberlik düzenlemeleri sebebiyle kağıt kıtlığıyla karşılaşılması²⁹ matbuat hayatını iyiden iyiye etkilemiştir. Örneğin, savaşın başlangıcını takiben kağıt tedarikinde ortaya çıkan sıkıntılar sebebiyle Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti'nin yayın organı *Muhamat*'ın yayınlanması kesintiye uğramıştır.³⁰ Benzer şekilde, *Ceride-i Adliye*'nin yayınlanmasına da birkaç ay ara verilmiştir.³¹

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye de *Muhamat* ve *Ceride-i Adliye* örnekleriyle aynı akıbeti paylaşmıştır. Bu sonuca, cüzlerin basım tarihlerinden ve Adliye Nezareti Umûr-ı Hukukiye Müdüriyeti tarafından 1332 senesi faaliyetlerine ilişkin hazırlanan 1 Mart 1333 [1917] tarihli rapordan³² ulaşmak mümkündür. Raporun *Mecmua* ile ilgili kısmında, kağıt tedarikinde karşılaşılan güçlükler sebebiyle Ağustos 1332 sonuna değin Mahkeme-i Temyiz kararlarının yayınlanamadığı belirtilmektedir.³³ Bu

²⁹ Kağıt kıtlığının boyutlarını göstermesi bakımından şu iki örneğin zikredilmesi yeterlidir: Kuran ayetleri ve hadis içeren kağıtların bakkalarda kese kağıdı olarak kullanılması sebebiyle Dahiliye Nezareti Emniyet-i Umumiye Müdüriyetince vilayet ve mutasarrıflıklara tamimden gönderilen yazıda, bu durumun önüne geçilmesi için icap eden tedbirlerin alınması gerektiği bildirilmiştir: DH.EUM.6.Şb. 8/26, 26 Haziran 1332/9 Temmuz 1916. Vukuat ilmühaberlerini yazacak kağıt bulunamaması sebebiyle bu yoldaki taleplere cevap veremeyen Sivas Nüfus Müdüriyeti'nin ilmühaberler için matbu kağıtların kullanıp kullanılmayacağını sorması üzerine Sicill-i Nüfus Müdüriyeti'nden gönderilen cevapta, adi kağıt tedarik edilememesi halinde ilmühaberlerin matbu kağıtlara yazılmasının zaruri görüldüğü ifade edilmiştir: DH.SN.THR. 73/31, 31 Kânunısânî 1332/13 Şubat 1917.

³⁰ *Muhamat*'ın yayınlanmasına ara verileceği okuyuculara şöyle duyurulmuştur: “Üç seneyi müteceviz bir zamandan beri muntazaman mevki-i intişara vaz edilegelen *Muhamat*, Avrupa Harb-i Umumisi ve devletimizin seferberliği münasebetiyle kağıt ve mürettib fıkdanından dolayı muvakkaten tatil kılınmış olduğu maa'l-itizar kariin-i kirâma arz olunur.”. “İtizar”, *Muhamat*, S. 37, 10 Ağustos 1330/23 Ağustos 1914, s. 1168. *Muhamat*, neredeyse üç yıl sonra, 1 Mart 1333 [1917] tarihli sayısıyla tekrar yayınlanmaya başlamıştır.

³¹ 20 Kânunısânî 1331 [2 Şubat 1916] tarihli 148. sayıdan sonra çıkan 149. sayı, Ağustos 1332 [Ağustos-Eylül 1916] tarihlidir.

³² “Adliye Nezareti'nin muhit-i mesaisine infaz-ı nazar: [1]332 senesi zarfında zübde-i mesaiyi mutazammın Umûr-ı Hukukiye Müdüriyeti'nden Nezaret-i celileye takdim olunan müzekkire”, s. 476-480.

³³ *Mecmua*'nın “Hukuk Kısmı”nın 1330 yılı kararlarından meydana getirilen 4. cildini oluşturan cüzlerin basım tarihlerine bakıldığında, kesintileri takip edebilmek mümkündür. Bu cildin ilk 6 cüzünü oluşturan Mart-Ağustos dönemi cüzleri 1330 yılında basılmışken Eylül-Kânunıevvel dönemi cüzleri 1331 yılı ve Kânunısânî-Şubat dönemi cüzleri ise ancak 1332 yılı içerisinde basılablmıştır.

dönemde, ihtiyaç duyulan kağıdın tedarik edilip ülkeye getirilmesi için gerekli adımların atıldığı görülmektedir.³⁴

Ağustos 1332'den itibaren Mecmua'nın "Hukuk Kısmı"nın eksik cüzleri, geriye dönük olarak yayınlandı. Ancak 1332 senesine ait kararları içeren hukuk kısmının 6. cildinden sonra Mecmua'nın yayınlanması tekrar kesintiye uğradı ve bu kesintiden sonra tekrar yayınlanmadı. Mecmua'dan sonra Mahkeme-i Temyiz kararlarının yayınlanmasına Ceride-i Adliye'de devam edildi. Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın ilk sayısında mecmuanın takip edeceği yayın siyasetinin ortaya konulduğu yazıda, mecmuanın içeriğinden bahsedilirken kesinleşmiş mahkeme kararlarına ilişkin değerlendirmelere yer verileceği belirtildi.³⁵ Daha önce I. Dünya Savaşı sebebiyle neşrine 3 yıl ara verilen *Muhamat*, 1917'de tekrar yayınlanmaya başladığında Mahkeme-i Temyiz kararları için dergide ayrı bir bölüm açılacağını okuyucularına duyurdu.³⁶ İstanbul Barosu'nun yayın organı olarak Ocak 1927'de neşredilmeye başlanan *İstanbul Barosu Mecmuası*'nın ilk sayısında ise Mahkeme-i Temyiz ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından önemli olanların mecmuada yayınlanacağı ifade edildi.³⁷ 1924'ten itibaren Ankara'da *Temyiz Kararları* adıyla Mahkeme-i Temyiz kararları yayınlanmaya başlandı.

SONUÇ

İlk derece mahkemesi kararlarını temyizden inceleyen üst mahkemenin kararlarını süreli olarak yayınlama geleneği, 18. yüzyılın sonunda Fransa'da başladı. Osmanlı Devleti'nde Mahkeme-i Temyiz kararlarının yayınlanması ise 1873'te Ceride-i Mehâkim'in yayınlanmasına değin geriye gitmektedir. Ancak gerek Ceride-i Mehâkim, gerekse ardılları olan Ceride-i Mehâkim-i Adliye ve Ceride-i Adliye, sadece Mahkeme-i Temyiz kararlarının yayınlanmasını amaçlayan cerideler değillerdi. Bu cerideler, kanun, nizamname, irade-i seniyye, Adliye Nezareti'nin tamim ve tebliğleri, hukuki makaleler, adliyeyi ilgilendiren istatistikler, ıslahat raporları, kanun tercümeleri gibi geniş bir yelpazeden oluşan içeriğe sahiplerdi. Her ne kadar önceleri bu ceridelerde yayınlanan Mahkeme-i Temyiz kararları ihtiyaca cevap vermekte idiyse de geçen zaman içerisinde sadece bu içerikten meydana gelen bir mecmuaya duyulan ihtiyaç, Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin ortaya çıkmasına sebep oldu.

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'yi yayına hazırlama görevi, Adliye ve Mezâhib Nezareti Nizamname-i Dahilisi ile ilk olarak İhsaiyat

³⁴ Arşiv kayıtları incelendiğinde, Avrupa'dan satın alınan kağıdın yeterli sayıda vagon bulunamamış olması sebebiyle getirilemediği görülmektedir. Meclis-i Vükelâ, Matbaa-i Âmire'ye lazım olan kağıtların getirilebilmesi için askerî eşya taşıyan vagonların içerisine yerleştirilmesine karar vermiştir: MV. 202/88, 12 Haziran 1332/25 Haziran 1916.

³⁵ "Mecmuanın Mesleği", Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 1, Mart 1332/Mart-Nisan 1916, s. 2.

³⁶ Muhamat, S. 38, 1 Mart 1333/1 Mart 1917, s. 20.

³⁷ "Maksadımız", İstanbul Barosu Mecmuası, S. 1, Kânunısânî 1927, s. 1.

Müdüriyeti'ne verildiyse de daha sonra bu görev, Kalem-i Mahsus Müdüriyeti'ne yüklendi. Mecmua, Mahkeme-i Temyiz'in görev dağılımına benzer şekilde, "Hukuk Kısmı" ve "Ceza Kısmı" olmak üzere iki kısma ayrılarak yayımlandı. Rumi takvime göre tarihlendirilen kararlar, her ay bir cüz ve her yıl bir cilt olmak üzere tertip edildi. Mecmua, "Hukuk Kısmı" 1911-1916 yılları arasındaki kararlardan seçilerek hazırlanan 6 cilt, "Ceza Kısmı" 1911-1915 yılları arasındaki kararlardan seçilerek hazırlanan 4 cilt halinde basıldı.

Mecmua'nın "Hukuk Kısmı"nda toplam 1106, "Ceza Kısmı"nda ise toplam 1799 Mahkeme-i Temyiz kararı yayımlandı. "Mukaddime"de geçen Mahkeme-i Temyiz'in yılda 15000 karar verdiği bilgisi esas alındığında, yıllara göre yapılacak bir dağılımda, Mecmua'da yayınlanan karar sayısının 6 yıl boyunca %5'i aşmadığı görülür. Yine "Mukaddime"de ifade edildiği gibi, temyiz kararlarının büyük bir kısmının resen temyiz edilen *cinayet* nevinden suçlara ilişkin hükümlerin tasdiki ve usule aykırı olan temyiz başvurularının reddi gibi hususiyet taşımayan kararlar olarak kabul edilip 15000 kararın yarısı bu bağlamda değerlendirildiğinde dahi Mecmua'da yayınlanan kararların sayısı, yıllık %10'u aşmamaktadır. Ayrıca yayınlanan kararların da hedeflenen *tefsir ve izah-ı kanun* amaçlarını gerçekleştirmek bakımından ne derece isabetli ve temsil edici olduğunun da ayrıca değerlendirilmeye tabi tutulması gerekmektedir.

Uzun yıllar yayınlanmaya devam edileceğine ilişkin ümitler beslenen Mecmua, yalnızca 6 yıl yayınlanabilmiştir. Bunun bazı sebepleri vardır. Bunlardan biri, Mecmua için çalışacak yeterli sayıda memurun görevlendirilememiş, görevlendirilenlerin ise yetersizlikleri, nakil veya askerlik hizmetine alınmaları gibi sebeplerle gereken faydayı gösterememiş olmalarıdır. Bir diğer sebep ise I. Dünya Savaşı sırasında Avrupa'dan kağıt tedarikinde karşılaşılan güçlükler sebebiyle, matbuat aleminin genelinde olduğu gibi, Mecmua'nın basılmasında da zorluklar yaşanmasıdır.

Mecmua'nın yayımlandığı dönemde de temyiz mahkemesi kararları yayınlamaya devam eden Ceride-i Adliye, Mecmua'nın yayınlanmasına son verilmesinden sonra da bunları yayınlamaya devam etti. Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, Muhamat ve İstanbul Barosu Mecmuası gibi üniversite ve avukatlar tarafından neşredilmekte olan mecmualar da temyiz mahkemesi kararlarını yayınlayacaklarını okuyucularına duyurdular. Cumhuriyet'in ilanından sonra, 1924'ten itibaren Ankara'da *Temyiz Kararları* adıyla müstakil bir temyiz mahkemesi kararları derlemesi yayınlanmaya başlandı.

KAYNAKÇA

Arşiv Kaynakları

A.}DVN.MKL. 53/19
BEO. 1699/127403
DH.EUM.6.Şb. 8/26
DH.MKT. 818/23
DH.SN..THR. 73/31
MF.MKT. 261/36; MF.MKT. 550/39
MV. 202/88
ŞD. 214/33; ŞD. 2801/12

Basılı Kaynaklar

Argunhan B, “Ceride-i Mehâkim’in Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuku Bağlamında Tahlili (1873-1875)”, *Adalet Dergisi*, S. 70, 2023/1, s. 613-666.

Ceride-i Adliye, S. 44, 20 Eylül 1327/3 Ekim 1911; S. 156, Mart 1333/Mart 1917

Ceride-i Mehâkim, S. 1, 19 Haziran 1295/1 Temmuz 1879; S. 260, 28 Temmuz 1300/9 Ağustos 1884; S. 264, 25 Ağustos 1300/6 Eylül 1884

Çevik Y, *Kadim İçtihatlar Osmanlı Yargıtayından Emsal İçtihatlar*, Akademisyen Kitabevi, Ankara, 2022

Düstur, II. Tertib, C. 3, Matbaa-i Osmaniye, Dersaadet, 1330; C. 6, Matbaa-i Âmire, Dersaadet, 1334

Karaismailoğlu E/Demirtaş R A/Onat İ E, “Her Türlü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru Bir Hatve’: *Ceride-i Adliye*, Makale Fihristi ve Yazar Dizini (1909-1929)”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 30, 2020 Güz, s. 137-216

“Maksadımız”, *İstanbul Barosu Mecmuası*, S. 1, Kânunısânî 1927

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye Hukuk Kısmı 1327, C. 1, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1330

“Mecmuanın Mesleği”, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 1, Mart 1332/Mart-Nisan 1916

[Mehmed Arif], “Ceride-i Adliye”, *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânîn Mecmuası*, S. 10, 31 Kânunievvel 1325/13 Ocak 1910, s. 284-285

Muhamat S. 1, 10 Temmuz 1327/24 Temmuz 1911; S. 8, 10 Şubat 1327/23 Şubat 1912; “İtizar”, *Muhamat*, S. 37, 10 Ağustos 1330/23 Ağustos 1914; S. 38, 1 Mart 1333/1 Mart 1917

Salname-i Devlet-i Aliyye-i Osmaniye 1328 Sene-i Maliye, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1328

Yiğit A, “Mukarrerat-ı Temyiziyye Mecmualarında (1327/1911-1332-1916) Görülen Arazi Davalarının Tedkiki”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Ed. Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 449-474

Zeynelabidinzâde Seyyid Abdülmuttalib, “Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye”, Muhamat, S. 8, 10 Şubat 1327/23 Şubat 1912

Ek:

Mukaddime*

Heyet-i ictimaiyeyi teşkil eyleyen efrad beyinde tevzi-i adalet gibi bir vazife-i mukaddese ve bir salahiyet-i vasiayı haiz bulunan mehâkimce neşr-i adalet, tefsir ve tatbik-i kavâninde ittıradın vücuduyla hasıl olabileceğine ve bu ittıradı temine hâdim olacak birinci vasıtanın mehâkimin mektebi mesabesinde bulunan mehâkim-i temyiziye mukarreratı olduğuna şüphe edilemez. Mehâkimin tatbik ve tefsir-i kavâninde istiklalleri ilm-i hukuk kavaid-i umumiyesi iktizasından olması hasebiyle her devletin usul-i muhakemesinde buna dair sarahat dahi mevcut ise de emr-i tefsirde son sözün mehâkim-i temyiziye aidiyeti de bugünkü gün seviyyen kabul edilmiş bir kaide-i esasiye olup kaide-i mezkurenin sebep-i vaz'ı da ahkam-ı kanuniyenin tatbikatında ittıradın temini maksadına matuftur.

Memalik-i ecnebiyede mukarrerat-ı temyiziyenin en evvel resmen neşrine 121 sene evvel Fransa'da³⁸ ibtidar olunmuş olduğu gibi, İngiltere'de dahi Mahkeme-i Temyiz makamında ifa-yı vazife eyleyen Lordlar Kamarası'nın Adliye Komisyonu mukarreratının³⁹ resmen tab ve neşrine pek eski bir zamanda başlanmıştır.

* "Mukaddime", Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye (Hukuk Kısmı 1327), C. 1, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1330, s. 1-7.

³⁸ Fransa'da mukarrerat-ı temyiziyenin *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation* namı tahtında olarak tab ve neşrine 27 Teşrinisânî [Kasım]-1 Kânunievvel [Aralık] 1790 tarihli kanunun 22nci maddesi mucebince ibtidar olunarak mebadisinde varaka-ı ilaniye şeklinde olarak tab edilmekte iken 1797 senesinde, yani İnkılab-ı Kebir'in [Fransız İhtilali'nin] beşinci senesi Eylülünde neşrolunan emirname mucebince mecmua halinde neşrine başlanmış ve birkaç ay sonra hükümet-i icraiyenin bir emirnamesiyle mecmua-i mezkure, hukuk ve ceza kısımlarına münkasım bulunduğu halde her ay -yahut müsait bir hacme bâliğ olunca- bir cüz halinde neşri takarrür ederek bu cüzlerin edinilmesi için abonman usulü dahi tesis olunmuş ve 1799 tarihinde mukarrerat-ı mezkurenin zübde-i sahihasının ve sonra da karar mahallinin derci usul ittihaz kılınmış ve 27 Şubat 1800 tarihli kanun mucebince mecmuaya derc edilecek karar notlarının her kararın tarih-i sudurundan on beş gün zarfında davanın takririni tanzim eden aza tarafından tanzim ve tertip edilerek Başmüddeiumumilik vasıtasıyla Matbaa-ı Milliye'ye tevdi usul ittihaz olunmuş ise de hükm-i kanuna riayet edilmemesi sebebiyle [Fransa] Mahkeme-i Temyiz[i] mukarreratının bila-istisna kamilen tab ve neşri müddet-i medide temin edilemediğinden meşâhîr-i erbab-ı ilm-i hukukun hedef-i tenkidâtı olmaktan kurtulamamış ve bir müddet keyfiyet-i tab'ının bir idare-i hususiyeye tevdi sureti de tecrübe edilmiş ise de emr-i intişarı pek çok tehirâta duçar olmuş olduğundan vazife-i mezkure tekrar [Fransa] Adliye Nezareti'ne iade kılınmıştır.

³⁹ İngiltere'de Mahkeme-i Temyiz namı tahtında bir mahkeme olmayıp İngiltere, İskoçya ve İrlanda derece-i saniye mahkemelerinden deâvi-i adiyeye ve ticariyeye dair verilen hükümler teamül-i kadim-i millileri iktizasınca öteden beri Lordlar Kamarası'nda "lord chancellor"un riyasetinde olarak meşâhîr-i mütehasşisîn-i erbab-ı hukuktan müntehab beş lordtan mürekkeben teşekkül eden Adliye Komisyonu'nda tetkik ve rüyet olunur. Sadır olan mukarrerattan mesâil-i

İtalya'da mukarrerat-ı temyiziyenin tab ve neşrine mahsus bir mecmua-i resmiye mevcut olmayıp fakat Fransa'nın *Dalloz, Sirey, Pandectes* namındaki müellefât-ı muteberesi şeklindeki hususi mecmualara Mahkeme-i Temyiz mukarreratından mühimleri derc ve idhal olunur. Avusturya'da dahi mukarrerat-ı temyiziyeye mahsus olarak muntazaman intişar eder bir mecmua mevcut ise de bir gûna mahiyet-i resmiyeyi haiz olmadığı gibi, buna da mukarreratın yalnız mühimleri derc olunur.

Belçika'da mukarrerat-ı temyiziye *Pasicrisie* namıyla münteşir hususi bir mecmuaya derc olunur. Almanya⁴⁰ mehâkim-i temyiziyesi mukarreratının resmen neşrine yirmi sene mukaddem bed edilmiştir. Rusya Senatosu'ndan⁴¹ verilen mukarrerat-ı temyiziye dahi her sene büyük bir cilt teşkil etmek üzere resmen neşir ile mevki-i istifadeye vaz edilmektedir.

Bize gelince, mukarrerat-ı temyiziyenin -fakat daima müntehablarının- resmen tab ve neşriyle mevki-i mütalaa ve istifadeye vaz'ına 38 sene evvel bed olunmasına göre, fikr-i neşir ilk defa olarak hatırlara tebadür etmiş addolunamaz.

En büyük mahkeme olmak ve resen rüyeti kendisine muhavvel bazı deâvî-i hukukiye ve cezaiye-i muayyeneden maada, bilhassa deâvinin istinafen rüyeti vazifesiyle de mükellef bulunmak üzere 8 Zilhicce 1284 [1 Nisan 1868] tarihli nizamname ile tesis olunan Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin 13 Zilkade 1286 [14 Şubat 1870] tarihli nizamname mucebince müteşekkil bulunduğu aksamından Mahkeme-i Temyiz'in hukuk ve ceza⁴² dairelerinden salifüzzikr 13 Zilkade 1286 tarihli Nizamname-i Dahili'ye tevfikân sudur eden ilamâtın 9 Nisan 1289 [21 Nisan 1873] tarihinde birinci defa olarak ihdas edilip haftada bir defa neşredile gelen atik *Ceride-i Mehâkim*'in birinci numarasına derc suretiyle mevki-i intişara vaz'ına ibtidar olunmuştur.

mühimme-i kanuniye ve usul ve kavâid-i esasiyenin hall u tefsirine müteallik olanları her sene "Appeal Cases before the House of Lords" namında bir mecmua-i resmiyeye derc olunur ve şeklen davanın hûlasaten hikayesiyle tarafeynin delâil-i sübutiyelerinin ve teshil-i rüyeti zımında davanın muhavvel bulunduğu "judge rapporteur" tarafından muî takrir ile netice-i hükmün beyanından ibarettir. 1874 tarihinde icra kılınan tensikat-ı umumiye-i adliye ile beraber neşriyat-ı vâkıa dahi islahat-ı esasiyeye tâbi tutulmuş olduğundan şimdiki hali İngiltere adliyesine şeref getirecek bir derece-i mükemmeledir.

⁴⁰ İttihad-ı Almanî'ye dahil hükümâtın birer mahkeme-i temyizi bulunduğu gibi, imparatorluğa mahsus olarak "Mahkeme-i Kebir-i İmparatori" unvanı tahtında bir de mahkeme-i temyiz mevcuttur ki makarrı Leipzig şehridir. İşbu mehâkim-i temyiziyeden sadır olan ilamât yirmi seneden beri "Entscheidungen des Reichsgerichts" namıyla şehir-i mezkurda tab edilmekte bulunan bir mecmua-i resmiyeye derc olunur.

⁴¹ Rusya mehâkiminin merci-i temyizi Senato Meclisi'dir.

⁴² Tabir-i nizamisi "Muhakemat-ı Cezaiye Dairesi" olup atik *Ceride-i Mehâkim*'de mûnderic ceza ilamları serameleri dahi serâpâ bu minval üzere mürettebdir ve tabir-i mezkur ancak ceride-i mezkurenin nûsah-ı ahiresinden 22 Kânunievvel 1291 [3 Ocak 1876] tarihine müsadif olan 132 numaralı nüshasından itibaren "Mahkeme-i Temyiz Ceza Dairesi" tabirine tahavvül etmiştir.

15 Mart 1292 [27 Mart 1876] tarihine kadar, yani üç sene devam eden ve mecmuu 137 numaraya bâliğ ceride-i mezkurenin nüshalarına 474 hukuk⁴³ ve 262 ceza ilamı derc olunmuştur.

Üç senelik bir tevakkuftan sonra teşkilat-ı adliye-i hâzırâyı müteakiben haftada iki defa olmak üzere yine *Ceride-i Mehâkim* namıyla mevki-i intişara vaz edilip birinci numaralı nüshası 19 Haziran 1295 [1 Temmuz 1879] tarihine müsadif olan ve 22 Eylül 1317 [5 Ekim 1901] tarihine kadar lâ-yenkâtı devam eden ceride-i resmiyenin müddet-i devamı olan 22 sene zarfında mecmuu 1154 numaraya bâliğ olan nüshalarına Mahkeme-i Temyiz'in 43 Heyet-i Umumiye, 88 İstida Dairesi, 2755 Hukuk [Dairesi] ve 862 Ceza [Dairesi] ilamı derc edilmiştir.⁴⁴

Salifüzzıkr *Ceride-i Mehâkim* yerine kaim olmak ve haftada iki defa intişar eylemek üzere büyük dört sahifeden mürekkeb olarak müceddeden ve müteakiben tesis edilen ve birinci numaralı nüshası 29 Eylül 1317 [12 Ekim 1901] tarihini muhtevi olup akîb-i ilan-ı meşrutiyette, yani 12 Temmuz 1324 [25 Temmuz 1908] tarihinde duçar-ı inkıta olan *Ceride-i Mehâkim-i Adliye*'nin müddet-i devamı olan 7 sene zarfında mütarekkib bulunduğu 696 numaralı nüshalarına Mahkeme-i Temyiz'in 14 Heyet-i Umumiye, 149 İstida Dairesi, 100 Hukuk [Dairesi] ve 6 Ceza [Dairesi] ilamı derc ve temsil olunmuştur.

Usul-i meşrutiyetin ilamı üzerine *Ceride-i Mehâkim-i Adliye* on yedi aylık bir devre-i inkıtaiyeye duçar olduktan sonra ceride-i mezkure makamına kaim olmak ve her on beş günde bir kere intişar eylemek üzere bir tarz-ı nevînde olarak mevki-i istifadeye vaz edilen *Ceride-i Adliye*'nin 5 Kânunievvel 1235 tarihine müsadif olan birinci numarasından 20 Temmuz 1327 tarihine müsadif 40ıncı nüshasına kadar gûzar eden 19 ay zarfında Mahkeme-i Temyiz'in hûlasaları bâlâlarında olduğu halde⁴⁵ -43 Heyet-i

⁴³ Bu rakam meyanında mahkeme-i mezkurenden müzekkire şeklinde olarak ısdar kılınan 44 karar dahi dahildir. Bu müzekkirelerin birtakımı mehâkim ve devâir-i adliyeden vuku bulan bazı müracaat üzerine mülga Encümen-i Adliye'de olduğu vechile beyan edilen muktezalara mütedair bulunduğu gibi, birtakımı da temyiz edilen deâviye müteferri tebligatın yolsuzluğundan dolayı tecdid-i tebligata ve müstedî-i temyiz'in ikametgahının gayr-ı musarrah bulunmasından ve kendisinin dahi müracaat etmemesinden naşi evrakının muvakkaten hıfzı lüzumuna ve vazife ve salahiyet itirazâtının reddine ve ahval-i mümasileye dair müttehas mukarreratı mutazammındır.

⁴⁴ *Ceride-i [Mehâkim]*'in 483'ten 578 numarasına kadar, yani 28 Kânunısânî 1304'ten 15 Kânunısânî 1306 tarihine kadar gûzeran eden bir zamanda mukarrerat-ı temyiziye'nin neşri büyük bir tehirâta uğramıştır. Çünkü bu müddet zarfında ceride-i mezkurenin 495 ve 554 ve 578 numaralı nüshalarında Mahkeme-i Temyiz Ceza Dairesi'nin yalnız üç kararına tesadüf olunabilir ve hele 578'den 633 numaralarına kadar, yani 15 Kânunısânî 1306'dan 4 Kânunısânî 1307 tarihine kadar olan nüshalarında hiçbir karar münderiç olmadığı gibi, bu inkıtam sebebi de malum değildir.

⁴⁵ Mukarrerat-ı mezkure metinleri öteden beri ceridelere aynen derc olunmakla iktifa olduğu halde, ikinci tertip *Ceride-i Mehâkim*'in 4 Ağustos 1300 tarihine müsadif olan 261 numarasından 28 Eylül 1307 tarihli 619 numarasına kadar mukarrerat-ı mezkure hûlasalarının dahi bâlâ-yı mukarrerata nakli usul itihaz kılınmış ise de usul-i mezkure muahharan terk olunarak *Ceride-i Mehâkim-i*

Umumiye, 148 İstida Dairesi, 132 Hukuk [Dairesi] ve 117 Ceza [Dairesi] ilanı derc edilmiştir.

Şimdiye kadar *Ceride-i Mehâkim* ve *Ceride-i Mehâkim-i Adliye* ile *Ceride-i Adliye*'ye derc edilen mukarrerat-ı temyiziyenin seneliğine isabet eden miktar zîrdeki [metnin sonundaki] cetvelden istinbat olunabilir.

Anifü'z-zikr tafsilattan müsteban olacağı vechile Mahkeme-i Temyiz mukarreratının dört devreye inkısam eden neşriyatı matlup olan istifade-i umumiyenin bihakkin teminine hizmet edebilecek bir şekil ve mahiyet-i hakikiyeyi iktisap edememiştir. Çünkü mukarrerat-ı mebhuse adetçe bir miktar-ı kalilde olarak umumun enzar-ı tetebbu ve istifadesine vaz edilebilmiş, yani neşredilen mukarrerat-ı temyiziyenin miktar-ı mecmu-ı senevîsi hiçbir vakit 277 adedini tecavüz etmemiş olduğundan bunun haricinde kalan pek çok mukarrerat-ı mühimmenin mütalaasından herkes mahrum kalmıştır. Diğer taraftan bu cerideler tevcihat ve tebliğat-ı resmîyeyi, muharrerat-ı umumiye ve ilanâtı ve daha buna mümasil bir hayli mevâddi ihtiva etmekte buldukları cihetle mukarrerat-ı temyiziye bu gibi mevâdd-ı müteferrika ve muhtelif meyanında adeta sıkışıp kalmış olduğu gibi, tertib-i ilmî ve fennî dairesinde fihristlerinin vücuda getirilmemekte⁴⁶ olmasından dolayı bir mesele-i ilmiye ve kanuniyeye dair Mahkeme-i Temyiz mukarreratını tetkik ve mütalaa etmek arzu edenler bu arzularına muvaffak olamamakta idiler. İşte bu mahzurlara çaresâz olmak ve Mahkeme-i Temyiz'den tefsir ve tavzih-i kanuna müteallik sudur edecek mukarrerat-ı mühimme enzar-ı umumiyeye vaz ile tenvir-i efkara hizmet edilmek için bir cüzü hukuk ve diğeri cezaya mahsus olarak şehri bir mecmuanın neşri takarrür etmiştir.⁴⁷

Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye, şimdiye kadar ara sıra perakende olarak suret-i gayr-ı muntazamada neşredilen Mahkeme-i Temyiz kararlarını miktarca eskisine nispet kabul etmeyecek derecede ziyade olmakla beraber bir tertib-i ilmî dairesinde ve şekl-i nevîn ve muntazamda neşre hâdim olacaktır. Her eserin muhtelif şekil ve surette tertip ve tanzimi mümkün olmağla *Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye*'nin bu suver-i muhtelifeden hangisi dairesinde vücuda getirilmesi nef-i âmma hâdim olacağı kaziyesinin halli için haylice it'âb-ı efkar edilmiştir. Evvel emirde bu mecmuanın Fransa'da neşredilen mecmua-i mukarrerat gibi Mahkeme-i

Adliye'nin son nüshasına kadar hal-i esbak devam eylemiş ve Ceride-i Adliye'nin zuhuruyla beraber usul-i mezkure tekrar ihya edilmiştir.

⁴⁶ Yalnız Ceride-i Adliye'nin tarih-i tesisi olan 5 Kânunıevvel 1325 tarihinden 1326 senesi nihayetine kadar on beş aylığa âit ve hûlâsa tarzında bir fihrist-i umumîsi tanzim olunmuş ise de âsar-ı mümâsilede yapılagelen ve tetebbuâtın teshili nokta-i nazarıyla muhassenât-ı mahsusayı haiz bulunan fihrist-i hecâi mahiyetinde değildir.

⁴⁷ Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyiziye'nin neşri için Nezaretçe teklif edilen tahsisat 1327 senesine mahsus olup 25 Mayıs 1327 tarihinde tasdik-i şâhâneye iktiran eyleyen Muvazene-i Umumiye Kanunuyla bi'l-kabul nezaret bütçesinin 9uncu faslının altıncı maddesine idhal edildiği gibi 23 Mayıs 1327 tarihli [Adliye] Nezaret[i] Nizamname-i Dahilîsi'nin 9uncu maddesi mucebince mecmua-i mezkurenin tertip ve tab'ına nezaret vazifesi dahi İhsaiyât ve Müdevvenât-ı Kanuniye Müdüriyeti'ne tefviz edilmiştir.

Temyiz'den sudur eden kaffe-i mukarreratı muhtevi olması arzu olundu.⁴⁸ Fakat Fransa Mahkeme-i Temyizi ile bizim Mahkeme-i Temyiz'den sadır olan mukarreratın adetleri yek diğeriyle tatbik ve mukayese edilince beyenlerinde nispet kabul etmeyecek derecede bir fark görüldü. Fransa Mahkeme-i Temyizi'nden mevâdd-ı hukukiye için 150 ve mevâdd-ı cezaiye için 650 ki ceman ve tahminen senevî ita edilen 800 karara mukabil, bizim Mahkeme-i Temyiz'in İstida, Ceza, Hukuk daireleriyle Heyet-i Umumiyesi'nden senevî 15000 adet karar sudur etmekte bulunduğu anlaşıldı. Bu on beş bin kararın bilâ-tefrik ve intihap cümlesinin neşri esasen azîm bir külfet ve masrafa tevakkuf ettikten maada her ay nihayetinde vücuda getirilecek büyük bir cildin külfet-i iştirası da bi'z-zarure o nispette tezayüt edeceği cihetle mültezem olan tamim-i faide fikri hasıl olamayacak ve böyle şehri büyük bir ciltten birkaç senede cem olunacak miktarı kütüphane-i hususilerin ihata edemeyeceği bir dereceye bâliğ olmağa beraber erbab-ı ihtisas bir mesele-i hukukiyeye dair taharri edeceği kararı bulmak için belki saatlerce, günlerce vakit sarfına mecbur kalacak idi. Şurası da muhtac-ı izahtır ki, Mahkeme-i Temyiz'den senevî on beş bin raddesinde sudur eden mukarreratın kısm-ı azamı, temyiz edilen veyahut ahkam-ı cinaie gibi resen tâbi-i temyiz olan ilamâtın muvafık-ı usul ve kanun görülenlerin tasdiki veyahut müddeti zarfında verilmeyen ve şerâiti ifa edilmeyen temyiz istidalarının reddi misillü tefsir ve izah-ı kanuna taalluk etmeyen mukarrerattan ibaret olmasıyla bunların umumiyetle neşri maksad-ı esasiye hizmet edemeyerek bilakis pek büyük ciltli mecmuaların tedarikinde, bir mahalden diğer mahalle naklinde, teclidinde ve nihayet taharri olunacak mesâilin tetebbuunda tesadüf edileceği şüphesiz olan müşkilattan dolayı rağbet ve itibarın kesrini istilzam eyleyecek idi. İşte bu ve buna mümasil olarak arız ü amik derpiş edilen mütalaât ve mülahazâta binaen mukarrerat-ı temyiziyyeden kaffesinin neşrine bedel içlerinde tefsir ve içtihadı tazammun eden kavânîn-i mevzuanın emr-i tatbikatındaki müşkilatın vesâit-i hallini irae, bazen vukua gelen hatayiâtın suret-i tashihini izah eyleyen mukarreratın bi'l-intihab enzar-ı ammeye vaz'ı menfaat ve maslahata evfak görülmüştür.

Gerçi beş bin karar meyanında bir miktarının tefrik ve intihabı, cümlesinin istinsahıyla matbaaya tevdiinden belki daha müşkil bir vazife ise de semere-i matlubenin iktitafi için bu vazife-i müşkilenin deruhte edilmesi ciheti tercih ve ihtiyar olunmuştur. Mecmuanın emr-i tertibinde teemmül ve mülahazayı mucib olan hususattan biri de ilamâtın aynı mecmuaya derc edilip edilmemesi keyfiyeti olmuştur. İlamât aynıyla derc edilmeyip de yalnız karar mahalleri derc edilmiş olsaydı, mecmua hacim itibariyle pek çok kazanabilirdi. Fakat ilamâtın bazılarında netice mukaddemâta merbut ve

⁴⁸ Mukarrerat-ı temyiziyyenin umumen neşri de bazı fevâidi mucib olacağı derkar ise de bundan istifade ancak hal ve vakti müsait olan erbab-ı ihtisasa münhasır olacağından ve bu takdirde Fransa mecmua-i mukarreratının tamamen aynıni bizde vücuda getirmek ale'l-amyâ taklitten ibaret kalacağından mütehasısîn-i madudenin temenni etmeleri tabii olan böyle bir külliyat-ı mukarrerat ileride tesis edilmek üzere şimdilik mecmuanın intihap suretiyle tertibinin ihtiyacât-ı hâzırımıza muvafık ve kaide-i terakki ve tekemmüle daha mutabık olacağı tezahür etti.

maksadın fehm ve istinbatı mukaddemât-ı ilamın kıraatine menut bulunduğu anlaşıldığından ve bir kısmının aynen, diğer kısımlarının aksi surette neşri takdirinde ise tertib-ı sıyak-ı vâhidde cereyan edemeyeceğinden intihap edilen ilamâtın aynıyla mecmuaya derci zaruri görüldü.

Bir de bu gibi mecmualarda en ziyade dikkat ve itina olunması lazım gelen cihet, bâlâda beyan olunduğu vechile inde'l-hace bir mesele-i hukukiyeyi tetebbu etmek isteyenlerin arzu ettikleri kararı kemal-i suhuletle bulabilmeleri ciheti olup bu da her mâha ait bulunan ve bir kısmı cezaya, diğer kısmı hukuka mahsus olan mecmuaya şekl-i ilmîde birer fihrist-i mâhî tertibi ve sene nihayetinde beher kısmı ayrı ayrı birer cilt teşkil edecek olan yirmi dört kıta mecmua için bir fihrist-i senevî tanzimiyle kabil olabileceğinden muttaliîne irae-i suhulet bu vechile hareket olunacak ve ittihaz edilen şu hatt-ı hareket neticesinde mecmuanın ileride on veya on beş, yirmi seneliği için daha umumi bir fihrist vücuda getirilmesi imkanı da temin ve ihzar edilecektir. Bu fihristin tertibi için de her ilamın bâlâsına o ilamda mevzubahis olan mesele-i kanuniyeyi irae için bir "serlevha" vaz edildikten maada kararın ruh-ı meseleye taalluk eden cihâtı hûlasatü'l-hûlâsa olmak üzere en ziyade tarif ve tavsif-i maddeye delalet ve hizmet eden bir veya birkaç kelime ile işaret veyahut kısa bir cümle vaz olunacak ve ilamın kaffesini kıraatle izâa-ı vakte mahal kalmaksızın maksut olan kararın bulunup bulunmadığı erbab-ı tetebbu nezdinde anlaşılacak için ilamın bâlâsına Mahkeme-i Temyiz'in fikir ve maksadına halel gelmemek şartıyla hûlâsa-i karar derc edilecektir.

İşbu vazifeyi ifaya memur edilen müdüriyet, sene-i haliye Haziranı evâilinde teşekkül etmiş ise de mukarrerat-ı temyiziyenin her seneliğinin bir ciltte müctemi ve mündemiç bulunması mucib-i muhassenât ve mazbutiyet olacağı mülahazasına mebni 1327 senesi Mart mukarreratından bed edilmiş ve sene nihayetine kadar hukuk ve ceza kısımlarından her biri birer müstakil cüz halinde olmak üzere ceman 24 cüzün bi't-tertip enzar-ı umumiyyeye vaz'ı takarrür eylemiştir, 17 Ağustos 1327.

	sene-i Mecmu-i devamı	Devre-i intişariyesinde muhtevi bulunduğu mukarrerat				Yekûnu	Bir seneliğine isabet eden miktarı				Yekûnu
		Heyet-i Umumiye	İstida Dairesi	Hukuk Dairesi	Ceza Dairesi		Heyet-i Umumiye	İstida Dairesi	Hukuk Dairesi	Ceza Dairesi	
Ceride-i Mehâkim numara: 1-137, min: 9 Nisan 1289 ilâ: 15 Mart 1292	3	-	-	474	262	736	-	-	158	87	245
Ceride-i Mehâkim numara: 1-1154, min: 19 Haziran 1295 ilâ: 22 Eylül 1317	22	43	88	2755	862	3748	2	4	125	39	170
Ceride-i Mehâkim-i Adliye numara: 1-696, min: 29 Eylül 1317 ilâ: 12 Temmuz 1324	7	9	149	100	6	264	1	21	14	1	38
Ceride-i Adliye numara:1-40, min: 5 Kânunievvel 1325 ilâ: 20 Temmuz 1327 elân devam etmekte idiğü	1 [sene] 7/12 [ay]	43	148	132	117	440	27	93	83	74	277
Cümle-i yekûn-ı mukarrerat	33 [sene] 7/12 [ay]	100	385	3461	1247	5188					

CUMHURİYET'İN İLK YILINDA ADALET DERGİSİ: 1923 YILI CERİDE-İ ADLİYYE'SİNDEN YANSIMALAR

Reflections from the Ceride-i Adliyye In the First Year of the Republic of Türkiye

Arş. Gör. Betül ARGUNHAN*

Öz: Bir hukuk tarihi araştırması olarak bu çalışma, Adalet Dergisi'nin yüz yıl evvelki sayılarını konu edinmiştir. 1923 yılı sayılarında yer alan yüksek mahkeme kararlarının künyelerini ilgililerine ulaştırmayı hedefleyen çalışmada ayrıca kararlar muhtelif açılardan incelenmiştir. Kararları veren temyiz mercileri, kararların konuları ve kararlarda geçen kanunlar incelenen öğelerdir. Sunulan karar özetlerinin, mezkûr dönemi çalışan araştırmacılara kolaylık sağlayacağı umulmaktadır. Çalışma esnasında yararlanılan dergi nüshaları Adalet Dergisi'nin internet sitesinde yayınlanmış olan nüshalardır. Nüshalarda yer alan muhtelif yüksek mahkeme kararlarının giriş kısımlarında verilen özetler Latinize edilerek çalışma ekinde verilmiştir. Şer'i temyiz dairesi kararlarında özet kısmı yer almaması sebebiyle, bu kararların künyelerine ek olarak konularının anlaşılması amacıyla esbâb-ı nakziyyelerinin giriş kısmı verilmiştir. Çalışma neticesinde, öncelikle Ceride'nin incelenen sayılarında yayınlanan kararların Osmanlı temyiz mahkemesi kararları değil Ankara Hükümeti'ne bağlı Sivas Muvakkat Temyiz Heyeti kararları olduğu, bunun Ceride'nin yayın hayatında bir dönüm noktası teşkil ettiği söylenebilir. İkinci olarak, incelenen kararların hem hukuk hem ceza alanlarında günlük hayatta sık karşılaşılan haksız fiil, ecrimisil, tazminat, öldürme, hırsızlık gibi konulara ilişkin olduğu görülmüştür. Üçüncü olarak muhakeme usulünün önemsendiği sonucuna varılmıştır. Diğer yandan, yayınlanan kararlarda hem Osmanlı hem de Büyük Millet Meclisi'nce neşredilen kanuni düzenlemelerin dayanak yapıldığı görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Ceride-i Adliyye, Tanzimat dönemi, Osmanlı hukuku, Cumhuriyet, istinaf, temyiz

Abstract: As a legal history research this study is discussed issues of Adalet Journal before a hundred years. In this study that aims to present identities of appeals court decisions in issues of 1923 to those concerned, the decisions also were analyzed from various perspectives. The analyzed subjects are that's; courts that make the decisions, matters of decisions and laws in decisions. It is hoped that the presented summaries of decisions will provide to researchers who study mentioned era. The issues of journal we use are issues the published on the Adalet Journal's website. The summaries in the introductory sections of various high court decisions in the copies have been Latinized and given in the appendix. Because of there is no summary part in decision of sharia appeal court, with the aim of to be understood decisions's matters, in addition to these decisions's identity, a little part of esbâb-ı nakziyye (justification) have been given. As a result of the study, firstly, we can see the published decisions in the examined issues of the Ceride are not decisions of Ottoman appeal court, but the decisions are from Sivas Provisional Appeal Committee affiliated with the Ankara Government. This is a turning point in publishing life of Ceride. Secondly, we can see the examined decisions in both law and criminal fields were about issues such as tort, criminal action, compensation, murder and theft, which are frequently encountered in Daily life. Thirdly, it was concluded that the procedure of reasoning is important. On the other hand, it was observed that both of Ottoman and National Assembly's legal regulations were based on published decisions.

Key Words: Ceride-i Adliyye, Tanzimat era, Ottoman law, Republic, appeal

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, betulargunhan@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2637-9376.

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1382371

GİRİŞ

Kadim geçmişten bugüne dek dünya üzerinde çok sayıda devlet kurulmuş, bu devletler bir seyir üzere ömürlerini sürmüş, tamamlamış ve tarihe karışmışlardır. Kurulurken halk unsurunu kendisinden önceki devletlerden miras alan her yeni devlet, yerini başka bir devlete bırakırken halk unsurunu da âdet olduğu üzere miras bırakmıştır. Yıkılan bir devletten yeni kurulan bir devlete kalan tek miras şüphesiz halk unsuru değildir: İnsana bağlı olarak hukuk unsuru da tarihten bugüne bir devletten bir diğer devlete miras kalmak suretiyle kendi çizgisinde yol almıştır. Osmanlı Devleti de ömrünün nihai safhalarını yaşarken son derece geniş çaplı bir hukuk reformuna girişmiştir. Tanzimat'ı takip eden süreçte Osmanlı yargı teşkilatında çok sayıda değişiklik meydana gelmiş, bu değişiklikler ortaya düalist bir yapı çıkarmıştır. Bu düalist yapı, yargı örgütünün yenilenerek dönemin gerekliliklerine uyarlanmasında önemli bir adım teşkil etse de aynı zamanda birçok soruna sebep olmuştur¹. Öte yandan, incelenen dönemin İslam hukuk tarihi bakımından önemine de işaret etmek gerekir. Zira incelenen dönem, yeniden içtihat ve kanunlaştırma dönemi olması² hasebiyle yoğun kanunlaştırmaların da olduğu bir dönemdir. Bu minvalde hem yargı teşkilatında hem kanunlaştırma alanında yapılan çalışmalar, devletin son bulmasıyla tam bir kalıba oturma fırsatı bulamamış, böylece birçok yeni hukuk metni ve müessesesi Türkiye Cumhuriyeti'ne miras kalmıştır.

Osmanlı'dan Türkiye'ye miras kalan hukuk külliyyatından bir öge de 1873 yılında³ Ceride-i Mehâkim adıyla yayın hayatına başlamış olan Adalet Dergisi'dir. Dergi, uzun soluklu serüveniyle Osmanlı'dan Türkiye'ye kalan hukuk mirasını gözler önüne serme nokta-i nazarında hususi önem arz eder. Ceride, bu öneme binaen daha önce birçok çalışmaya konu edilmiştir⁴. Bu çalışma ise 1923 yılında Ceride-i Adliyye

¹ Yargı organları arasında meydana gelen görev uyuşmazlıkları, ceza hukuku alanında kendisini bilhassa göstermiştir. Bkz.: Ahmet Kılınç / Davut Yıldırım, "Tanzimat Dönemi Düalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması", Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları-Kamu Hukuku, Nuran Koyuncu / Abdülkadir Yıldız (ed.), NEÜ Yayınları, Konya, 2021, s. 175.

² Bu hususta detaylar için bkz.: Ahmet Kılınç, "The Influence of the Ottoman State on Islamic Law", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.7, 2022, ss.547-580 ve Betül Kayar, Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları, Adalet, Ankara, 2021.

³ Bu çalışmada Rumi, Miladi ve Hicri takvim dönüşümleri Türk Tarih Kurumu'nun tarih çevirme kılavuzu kullanılarak yapılmıştır. Kılavuz için bakılabilir: <https://www.ttk.gov.tr/tarih-cevirme-kilavuzu/>

⁴ Hulusi Yavuz, "Ceride-i Mehâkim", TDVİA, C.7, İstanbul, 1993, ss.408-409; Hulusi Yavuz, "Ceride-i Adliyye", TDVİA, C.7, İstanbul, 1993, ss.404-405; Sedat Bingöl, "Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-i Mehâkim'deki Üst Mahkeme Kararları", C.XX, S.1, 2005, Tarih İncelemeleri Dergisi, ss. 15-38; Ercan Karaismailoğlu / Rıdvan Abdurrahman Demirtaş / İbrahim Enes Onat, "Her Türü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru bir Hatve": Ceride-i Adliyye, Makale Fihristi ve Yazar Dizini (1909-1929), S. 13-14, 2012, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss. 137-216; Abdullah Vefa Karataş, "Tanzimat Dönemi Hukuk Muhakemesinde İstinafi Mümkün Kararlar: Ceride-i Mehâkim'de

adıylayayın hayatını sürdüren derginin mezkûr yıl içinde yayınlanan on iki sayısında (7-18'inci sayılar) yer alan mahkeme kararlarının tetkik edilerek, hukukun hangi alanlarından kararların ceridede yayınlanmak üzere seçildiği, bu kararların hangi mercilerce verildiği, kararlarda atıf yapılan kanunların hangileri olduğu, böylelikle Ceride'nin Osmanlı hukuk metinleri ve kurumlarından Türkiye'ye geçiş sürecine dair neleri ihtiva ettiği hususları üzerine kurulmuştur. Böylece Cumhuriyetimizin yüzüncü yılından geçmişe doğru bakılarak, kuruluş yıllarına tekabül eden sürecindeki ilk yüksek mahkemesinin kararları incelenmiş olacaktır.

Bu esaslar üzere inşa edilen çalışmada önce kararları yayınlanan yüksek mahkemelerden, daha sonra karar özetlerinden hareketle kararların konularından ve kararlarda atıf yapılan kanunlardan bahsedilmesi planlanmıştır. Kısa bir sonuç bölümüyle sonra eren çalışmanın bir diğer amacıysa, mezkûr kararların girişlerinde yer verilen kısa karar özetlerinin Latinize edilerek çalışma ekinde sunulmasıdır. Böylelikle Ceride'nin fihrist çalışmaları bağlamında, 1923 sayılarında yayınlanan kararların konuları irdelenmiş olacaktır.

I. KARARLARI YAYINLANAN YÜKSEK MAHKEMELER

Ceridede; mahkeme-i temyiz ceza dairesi (heyet-i temyiziyye ceza dairesi), mahkeme-i temyiz hukuk dairesi (heyet-i temyiziyye hukuk dairesi), heyet-i temyiziyye-i şer'iyye dairesi ve mahkeme-i temyiz istidâ dairesi (temyiz istidâları dairesi) kararları yayınlanmıştır. Bu başlıkta kısaca bu dairelerden bahsedilecektir.

A. OSMANLI DEVLETİ'NDE MAHKEME-İ TEMYİZ

Osmanlı klasik döneminde sistematik bir temyiz usulü bulunmazken, kadı mahkemelerinin kararlarından memnun olmayan tarafların konuyu Divan-ı Hümayun'a taşıyabildikleri bilinmektedir⁵. Bu durumda Divan ya yeniden hüküm verecek yahut yeniden hüküm verilmek üzere davayı kadı mahkemesine gönderecektir⁶. Tanzimat sonrasında ise şer'i mahkemelerin temyiz mercii olarak Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye ve nizamiye mahkemelerinin temyiz mercii olarak Divan-ı Ahkam-ı Adliye tesis edilmiştir⁷. Ardından 1879 yılında

Yayımlanmış Kararlar Kapsamında Bir İnceleme", S. 70, 2023, Adalet Dergisi, ss. 571-612; Betül Argunhan, "Ceride-i Mehâkim'in Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuku Bağlamında Tahlili (1873-1875)" S.70, 2023, Adalet Dergisi, ss. 613-666 çalışmaları örnek olarak verilebilir.

⁵ Mehmet Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 138; Ekrem Buğra Ekinci, Ateş İstidası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 102 vd.

⁶ Ahmet Mumcu, Divan-ı Hümayun, 5. Baskı, Phoenix, Ankara, 2020, s. 78.

⁷ Halil Cin / Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, Sayram, Konya, 2021, s. 178-186.

Ayrıca Divan-ı Ahkam-ı Adliye hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz.: Ali Turan, Divan-ı Ahkam-ı Adliye, Adalet, Ankara, 2022.

Mehâkim-i Nizâmiyenin Teşkilatı Kanun-i Muvakkati yayınlanmıştır⁸. Bu kanunla birlikte Divan-ı Ahkâm-ı Adliye yerini Mahkeme-i Temyiz'e bırakmıştır. Nizamiye mahkemeleri bu kanuna kadar divan-ı temyiz, mahkeme- temyiz gibi farklı şekillerde adlandırılırken, bu kanunla 'temyiz' kelimesi üst mahkemeyi ifade eder şekilde yalnızca temyiz mahkemesi için kullanılmaya başlanmıştır⁹. Mahkeme-i Temyiz kendi içinde bazı dairelere bölünmüştür.

1. Mahkeme-i Temyiz Hukuk ve Ceza Daireleri

1879 seneli Kanun'un dördüncü fasıl ve kırkinci maddesiyle başlayan ve kırk üçüncü madde ile sona eren bölüm 'Mahkeme-i Temyiz' başlıklıdır¹⁰. Buna göre; temyiz mahkemesi ceza ve hukuk isimli iki daireye bölünmüştür. Mahkemede bir reis-i evvel ve bir reis-i sâni bulunur. Reis-i evvel, bulunduğu daireye ve iki dairenin toplanmasında mahkemenin heyetine başkanlık eder. Ceza dairesi on, hukuk dairesi altı üyeden oluşur. Bu dairelerin her birinde bir baş mümeyyiz ile gereği kadar mümeyyiz ve zabıt katibi istihdam edilir. Ceza ve hukuk dairelerinin görevleriyle temyiz mahkemesinin iç işleri özel bir düzenleme ile açıklanacaktır.

Görüldüğü gibi, 1879 seneli Teşkilat Kanunu, temyiz mahkemesini ceza ve hukuk dairelerine bölmüştür. Ancak bu süreçte henüz şer'i temyiz dairesi ile istidâ dairesi kurulmuş değildir.

2. Mahkeme-i Temyiz İstidâ Dairesi

1887 yılına gelindiğinde, 19 Cemaziyelahir 1296 Tarihli Mehâkim-i Nizamiye Teşkilatı Kanun-i Muvakkatinin Dördüncü Fasl-ı Muaddeli başlıklı bir kanun ile istidâ dairesi kurulmuş ve Mahkeme-i Temyiz dairelerinin sayısı üçe çıkmıştır¹¹. Bu kanunla istidâ dairesinin görevleri de düzenlenmiştir.

Bu yeni düzenlemeye göre Mahkeme-i Temyiz hukuk, ceza ve istidâ dairelerine ayrılmıştır. Bu dairelerde bir reis-i evvel ve iki reis-i sâni bulunur. Hukuk ve ceza daireleri reis dışında altışar üye, istidâ dairesi reis dışında dört üyeden müteşekkildir. Hukuk ve ceza dairelerinde birer baş mümeyyiz ile gereği kadar mümeyyiz ve katip bulunurken, istidâ dairesinde yazı işleri memuru olarak katipler istihdam edilir ve bunların birisi başkatip olur. Hukuk ve ceza dairelerinin görevleri özel kanunlarla açıklanır (Madde 1-4). Düzenlemeye göre istidâ dairesinin görevleri; hukuk ve ceza davalarına ilişkin dilekçelerden kanuna uygun bulunanları kabul etmek ve ceza/hukuk dairelerinden ilgili

⁸ Düstur, I/4, s. 235 vd.: Meclis-i Mebûsân'ın İctima'ında Kanuniyeti Teklif Olunmak Üzere Mehâkim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-i Muvakkatıdır.

⁹ Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası), 2. Baskı, Arı Sanat, İstanbul, 2017, s. 234.

¹⁰ Düstur, I/4, s. 240-241.

¹¹ Düstur, I/5, s. 853.

olana sevk etmek; temyiz süresi geçen veya temyiz için gerekli şartları sağlamayan dilekçeleri reddetmek ve nakl-i dava dilekçeleri hakkında karar vermektir (Madde 5). İstidâ dairesi ayrıca taşradan gelen temyiz dilekçelerinden kanuna uygun olanların harç ve ücretlerini kontrol eder, eksik varsa tamamlanması için ilgililere bildirim yapar, harç ve ücreti süresi içinde tamamlanan dilekçeleri ilgili daireye gönderir; tamamlanmayanları iptal eder (Madde 6). Temyiz dilekçesi kabul edilmiş olup tehir-i icra kararı gerekli olan dosyalarda, istidâ dairesi tehir-i icraya dair bir ilmühaber verecektir (Madde 7). Çalışma usulü bakımından istidâ dairesi özellik arz eder. Bu dairenin kararları evrak üzerine ita olunduğundan taraflar davet edilip dinlenmez, bu daire kararlarına karşı itiraz, tashih-i karar ve şikayet yollarına gidilemez. Ancak oy eşitliği olması durumunda Mahkeme-i Temyiz'in heyet-i umumiyesince karar verilir. (Madde 8)

1887 seneli mezkûr kanundan kısa bir süre sonra çıkartılan bir başka kanunla 1887 seneli kanunun beşinci maddesi değiştirilmiştir. 18 Ocak 1888 tarihli Mehâkim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanunu'nun Dördüncü Faslının Beşinci Maddesi Yerine Kaim Olmak Üzere Kaleme Alınan Madde-i Kanuniyye'ye¹² göre, istidâ dairesi kabul ettiği dilekçelerden zamanasını, görev ve yetki kararlarıyla temyizi kabil olan karine kararlarını; hükümsüz olduğu ileri sürülen itham mazbatalarına ve resm-i damga nakdi ceza kararlamelerine ilişkin olanları bizatihi temyizen inceleyecektir, bunlar dışında kalanları ilgili daireye sevk edecektir. Bu değişiklik, değişikliğe kadar yalnızca usuli işlere bakan istida dairesinin artık esas hakkında da hüküm kurabilmesi açısından önemlidir. Böylece istidâ dairesinin görevlerine yenilerinin eklendiği görülmektedir.

1907 yılında hukuk, ceza ve istidâ dairelerinin görevlerinde esaslı bir değişikliğe gidilmiştir. 4 Rebiülevvel 1325, 17 Nisan 1907 tarihli Teşkilat-ı Mehâkim Kanun-i Muvakkatinin 2 Temmuz 1303 Tarihli 4'üncü Faslı Muaddelinin 4 ve 5'inci Mevâdd-ı Muaddesi¹³ başlıklı bu kanuna göre; hukuk dairesi, hususi kanununda gösterildiği üzere her türlü hukuk ve ticaret davalarının temyizi kabil olan kararlarının temyizlerinden sorumludur. Buna ek olarak, hukuk dairesi kendi görev alanındaki kararların zamanasını, kanuni koşulları, temyizi kabil olmama gibi unsurlarını da kendisi inceleyecek ve uygun olmayanları reddedebilecektir (Madde 4). Ceza dairesi de hususi kanununda öngörüldüğü üzere cinayete dair mahkeme ve heyet-i ithamiye kararlarının temyiz işlerine bakacaktır (Madde 4). İstidâ dairesinin görevi öncelikle cünha ve kabahatlere dair ilgili mahkemece ve heyet-i ithamiyece verilen kararları temyiz koşulları bakımından incelemek ve gerekli şartları sağlamayan başvuruları reddetmek; ikinci görevi ise gerekli koşulları sağlayan cünha ve kabahat kararlarını temyizen incelemektir. Dairenin üçüncü görevi, resm-i damga nakdi cezasına dair kararlamelerle, itham mazbatalarından dolayı verilen hükümsüzlük ve ceza alanındaki merci tayini ve nakl-i dava dilekçelerini karara bağlamaktır (Madde 5). Şayet bir ilamda hem cinayet hem de kabahat ve

¹² Düstur, I/5, s. 992.

¹³ Düstur, I/8, s. 665.

cünhaya ilişkin karar varsa, ihtiva ettiği cinayet mevzuu sebebiyle bu ilamın temyizi ceza dairesince yapılacaktır (Madde 5).

Bu değişikliklerden başka, 1911 ve 1914 yıllarında da istidâ dairesinin görevlerini artıran birtakım değişiklikler olmuştur¹⁴. Akabinde 1921 yılında yayınlanan bir kararname ile istidâ dairesi ilga edilmiş, görevleri ceza dairesine verilmiştir¹⁵.

3. Mahkeme-i Temyiz Şer'iyye Dairesi

1917 yılında şer'iyye mahkemelerinin Şeyhülislamlık'tan alınıp Adliye Nezareti'ne bağlanmasını¹⁶ müteakiben, şer'iyye mahkemelerinin kararlarının temyiz mercii olarak Mahkeme-i Temyiz'de bir de şer'i temyiz dairesi ihdas edilmiştir.

12 Mart 1917 tarihli Bilumum Mehâkim-i Şer'iyye ile Merbûtâtının Adliye Nezareti'ne Tahvîl-i İrtibâtı Hakkında Kanun'un birinci maddesine göre, kazaskerlik, muhallefât ve evkaf mahkemeleri dahi dahil olduğu halde, bilcümle mehâkim-i şer'iyye ile emvâl-i eytam gibi kâffe-i merbûtâtının Meşihat'e olan irtibatı Adliye Nezareti'ne tahvil edilmiştir. Kanun'un ikinci maddesinde "*Mehâkim-i şer'iyyeden sadır olan ilâmât ve hücecin münhasıran merci-i tetkik ve temyizi olmak üzere Mahkeme-i Temyiz'de 'Şer'iyye' namıyla bir daire teşkil olunmuştur. İşbu daire bir reis ile altı azadan mürekkep ve diğer dairelerin hukuk ve vezâifini haizdir.*" denilerek şer'i temyiz dairesi kurulmuştur¹⁷. Kanun'un yedinci maddesine göre, bu kanunun icrasına şeyhülislam ve adliye nazırı memurdur. Yedi maddeden müteşekkil bu kısa kanunda, şer'i temyiz usul ve esaslarına yer verilmemiştir.

1920 yılına gelindiğinde, bu kez Bilumum Mehâkim-i Şer'iyye'nin Makam-ı Meşihate İade-i İrtibatı Hk. Kararname ile şer'iyye mahkemeleri Adliye Nezareti'nden alınıp yeniden Şeyhülislamlığa bağlanmış ve böylece Mahkeme-i Temyiz'in şer'iyye dairesi de ilga edilmiştir¹⁸. Ekinci'ye göre Ankara Hükümeti bu kararnamayı muteber kabul etmediği için¹⁹ aynı yıl Sivas'ta bir temyiz heyeti kurmuş ve kendisine bağlı şer'iyye mahkemelerinin temyiz mercii olarak bu temyiz heyetinde bir şer'iyye dairesi ihdas edilmiştir²⁰. Gelecek başlıkta Sivas'ta kurulan bu temyiz heyetinden bahsedilecektir.

¹⁴ Ekinci, 2017, s. 248.

¹⁵ Düstur, II/12, s. 451; Mahkeme-i Temyiz İstidâ Dairesinin Lağvı ve Vazife-i Kanuniyesinin Mahkeme-i Temyiz Ceza Dairesine Tefvizi Hakkında Kararname, 19 Zilkade 1339, 26 Temmuz 1337.

¹⁶ Aydın, s. 423.

¹⁷ Düstur, II/9, s. 270.

¹⁸ Düstur, II/12, s. 69.

¹⁹ Düstur, III/1, s.13: 16 Mart 1336 Tarihinden İtibaren İstanbul Hükümetince Akdedilen Bircümle Mukâvelât, Uhûdât Vesairenin Keenlemyekün Addi Hakkında Kanun sebebiyle.

²⁰ Ekinci, 2017, s. 248.

B. CUMHURİYET'İN İLK TEMYİZ MAHKEMESİ: SİVAS MUVAKKAT TEMYİZ HEYETİ

Cumhuriyet Arşivi'nde yer alan 16 Mayıs 1920 tarihli ve altında İcra Vekilleri Heyeti üyelerinin imzaları olan bir vesikada “*Umur-u Adliye Vekaleti tarafından Sivas'ta bir mahkeme-i temyiz teşkiline dair tanzim edilen layiha-i kanuniye kabul edildi ve Büyük Millet Meclisine teklifi karargir oldu.*” denilmektedir²¹.

Mezkûr vesikanın akabinde, 7 Haziran 1920 tarihli 1 sayılı Ceride-i Resmîye'de ilan edilen Muvakkat Temyiz Heyeti Teşkiline Dair Kanun'la Sivas'ta şer'iyye, hukuk, ceza ve istidâ dairelerinden oluşan bir Muvakkat Temyiz Heyeti kurulmuştur²². Bu heyetin her dairesinde bir reis ve dört üye bulunacak, ayrıca bir baş müddeiumumi ve iki muavin görevli olacaktır. Kanun'un dördüncü ve beşinci maddelerinde mezkûr memuriyetlere tayin edilme koşullarına ve altıncı maddede maaşlarına yer verilmiştir. Kanun'un icrasında Umur-u Adliye Vekili memur kılınmıştır.

Sivas'taki temyiz merciinin kuruluşundan kısa bir süre sonra, Ankara Hükümetince çıkartılan 17.01.1921 tarihli bir kararnameyle, Sivas Temyiz Heyeti ile İstanbul Mahkeme-i Temyizi arasındaki ilişki de nispeten aydınlatılmıştır²³.

İncelenen çalışmalarda genellikle, Osmanlı Mahkeme-i Temyizi'nin 1922 yılında İstanbul'un Ankara Hükümetine tabi olmasına kadar varlığını sürdürdüğü ve İstanbul Hükümeti sona erdikten sonra, Mahkeme-i Temyiz dosyalarının, bir kanunla, yukarıda zikredilen Sivas Muvakkat Temyiz Heyeti'ne devredildiği yazılıdır²⁴. Biz bu çalışma kapsamında mezkûr kanuna veya Mahkeme-i Temyiz'in Temyiz Heyeti'ne dosya devretmesine dair resmi bir belgeye veya arşiv evrakına rastlayamadık. Muvakkat Heyet-i Temyiziye merciinin defter ve kayıtlarının incelenmesi gibi daha detaylı bir araştırma ile bu husus açıklığa kavuşturulabilir.

Ceride bakımından bu gelişmelerin önemi ise şuradadır: 1922 yılında ikinci dönemiyle birlikte Ankara'da yayınına başlanan Ceride-i Adliyye'de yer alan temyiz kararları, Ankara Hükümetince Sivas'ta kurulan Muvakkat Temyiz Heyeti'nin kararlarıdır. Zira Osmanlı Mahkeme-i Temyizi'ne bağlı olan şer'i temyiz dairesinin 1920 yılında ve istidâ dairesinin 1921 yılında kaldırıldığından yukarıda bahsedilmişti. Bu

²¹ BCA, Fon:30-18-1-1, Kutu 1, Gömlek 1, Sıra 10, Tarih: 16.05.1920.

²² Ceride-i Resmîye, Numara 1, Sene 1, 7 Şubat 1337

(<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1.pdf> ve ayrıca:

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmmc00100004.pdf) (s.e.t. 25.09.2023)

²³ BCA, Fon: 30-18-1-1, Kutu 2, Gömlek 28, Sıra 16, Tarih 17.01.1921.

²⁴ Ekinci, 2017, s. 249; Mehmet Âkif Aydın, "Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye", TDVİA, C.9, İstanbul, 1994, ss. 387-388; M. Macit Kenanoğlu, "Nizâmiye Mahkemeleri", TDVİA, C.33, İstanbul, 2007, ss. 185-188; <https://www.yargitay.gov.tr/tarihce> (s.e.t. 25.09.2023);

gelişmeleri takiben Sivas Temyiz Heyeti'nin de şer'iyye ve istidâ daireleri de dahil olmak üzere dört daireden müteşekkil olduğu da yukarıda zikredilmişti. Bu minvalde, Ceride-i Adliyye'nin 1922 yılından sonraki sayılarında yayınlanan kararlar, yalnız Ankara Hükümetinin kurmuş olduğu temyiz mahkemesi kararları olup; İstanbul Hükümetinin mahkeme-i temyiz kararları artık Ceride'de yayınlanmamıştır.

II. KARARLARIN MUHTEVALARI BAKIMINDAN İNCELEME

Bu başlık altında kararların konuları ve kararlarda zikredilen kanunlar bakımından tahlillerde bulunulacaktır.

A. KARARLARIN ŞEKLEN İNCELENMESİ VE KONULARI

Çalışma kapsamında 7-18'inci sayılarda yayınlanan 109 mahkeme karar özetleri incelenmiş ve künye bilgileri çıkartılmıştır. Yayınlanan kararlar hem kamu hukuku hem özel hukuk alanlarından konuları içermektedir. Kararlar sayıların bir kısmında temyiz mahkemesinin dairelerine göre tasnifiyle istidâ, hukuk, ceza ve şer'i hukuk dairesi kararları olarak ayrılmıştır. Bazı sayılarda ise böyle bir ayrıma gidilmeyerek kararlar doğrudan 'mukarrerat-ı temyiziyye' başlığı altında verilmiştir.

Hukuk dairesi kararları; vekalet ücreti²⁵, eciri misil²⁶, haksız fiil²⁷, istihkak²⁸, hayvanların verdikleri zararların tazmini²⁹ gibi muhtelif alanlardan kararlardır.

Ceza hukukuna ilişkin kararlarda geçen suçlara bakıldığında, öldürme ve öldürmeye teşebbüs³⁰, gasp³¹, izale-i bıkır³², ihrak³³, sirkat³⁴, firar³⁵ gibi suçlara ilişkin kararların yer aldığı görülmüştür.

Şer'i temyiz dairesi kısımlarında; yaş tespiti ve buluş³⁶, miras-veraset³⁷, nikah³⁸, nüşuz ve hukuk-u zevciyete riayet³⁹ gibi ekseriyetle aile

²⁵ Sayı 7-8-9, s. 341.

²⁶ Sayı 7-8-9, s. 344.

²⁷ Sayı 7-8-9, s. 349.

²⁸ Sayı 13-14-15, s. 584.

²⁹ Sayı 13-14-15, s. 585.

³⁰ Sayı 11, s. 500.

³¹ Sayı 11, s. 502.

³² Sayı 11, s. 504.

³³ Sayı 11, s. 510, 515.

³⁴ Sayı 13-14-15, s. 601.

³⁵ Sayı 16-17-18, s.650.

³⁶ Sayı 7-8-9, s. 354.

³⁷ Sayı 7-8-9, s. 357, 358; Sayı 10, s. 458, 460; Sayı 12, s. 547; Sayı 13-14-15, s. 589.

³⁸ Sayı 13-14-15, s. 589.

³⁹ Sayı 7-8-9, s. 359; Sayı 12, s. 549; Sayı 13-14-15, s. 590.

hukuku ihtilaflarına ilişkin kararların yayınlandığı görülmektedir. Bunlardan başka vakıf⁴⁰ hukukuna ilişkin kararlar Ceride'de yer almıştır. Bu durum, Tanzimat sonrası dönemde şer'îye mahkemelerinin yetkilerinin tedricen azaltılarak nihayet ahval-i şahsiye ve vakıf hukuku alanıyla sınırlandırılmasının⁴¹ uygulamadaki yansıması olarak görülebilir. Yayınlanan bir karar, yaş düzeltme davalarında ilgili sayılan askerlik şube başkanlıklarının, mezkûr kararları temyiz etmeye yetkili olduklarına dairdir⁴². İçinde bulunulan savaş hali sebebiyle askere alımın önemine binaen dönemin sosyal gelişmelerini yansıtmaya bakımından bu karar önemli bir örnek teşkil edebilir.

Hem hukuk hem ceza hem de şer'îye dairesi kararlarında usul hukukuna ilişkin bir yoğunluk göze çarpmaktadır. Kanaatimizce muhakeme usulüne ilişkin bu yoğunluğun sebebi, kadı mahkemelerinde daha az enstrüman kullanılarak daha basit şekilde icra edilen yargılamaların söz konusu olduğu Osmanlı muhakeme usulünde meydana gelen yoğun usuli değişikliklerdir. Şüphe yok ki klasik dönem kadı mahkemelerinde de uygulanmakta olan bir dizi yargılama usulü kuralları mevcuttu. Feragat, ikrar, mürur-u zaman, şahitler gibi usul hukuku öğeleri klasik Osmanlı mahkemesinde de önemli rolleri haizdi. Ancak Tanzimat modernleşmesinin Osmanlı mahkemelerine etkisinin büyüklüğü de yadsınamaz ölçüdedir. Yeni mahkemelerin kurulması, kurulan mahkemeler arasındaki yetki-görev uyumsuzlukları, mahkemelerdeki muhakeme usullerinin farklılıkları, muhakeme usulüne dair çıkartılan kanunlar, mahkeme kararlarının istinaf ve temyiz mercileri bakımından yaşanan gelişmeler, kısa bir süre içinde kurulan, değiştirilen ve kaldırılan yüksek mahkemeler ve meclisler, mahkeme kararlarının şekli bakımından yeniden düzenlenmesi gibi farklı cephelerde meydana gelen çok sayıda değişiklik, Osmanlı hakimini usuli öğeleri önemsemeye zorlamıştır denebilir. Davadan feragat⁴³, kararın zan ve ihtimale dayandırılmaması gerekliliği ve takibi şikayete bağlı suçlarda bu durumun nazara alınması⁴⁴, kararın kanuni bir sebebe ve iddiaların resmi belgelere dayandırılması⁴⁵, ikrar⁴⁶, mürur-u zaman⁴⁷, tanık dinletilmesi talebinin reddi veya kabul edilse de tanık dinlenmemesi⁴⁸, usulsüz tebligat⁴⁹, bozulan veya iade edilen bir dava dosyasının ne suretle yeniden görüleceği⁵⁰, şahit dinlenmesi usulü⁵¹, yemin⁵², kararın

⁴⁰ Sayı 10, s. 459; Sayı 12, s. 547, 548, 550; Sayı 13-14-15, s. 588, 591.

⁴¹ Ekinci, 2017, s. 28 vd.

⁴² Sayı 7-8-9, s. 352.

⁴³ Sayı 7-8-9, s. 339.

⁴⁴ Sayı 7-8-9, s. 340.

⁴⁵ Sayı 7-8-9, s. 342.

⁴⁶ Sayı 7-8-9, s. 343.

⁴⁷ Sayı 7-8-9, s. 344; Sayı 13-14-15, s. 582.

⁴⁸ Sayı 7-8-9, s. 346; Sayı 11, s. 508.

⁴⁹ Sayı 7-8-9, s. 348.

⁵⁰ Sayı 7-8-9, s. 351.

dayanağının zabıtnameye yazılması⁵³, gıyabi yargılama⁵⁴, bir suçta teşebbüs halinde suçun yarıda kalmasının sebeplerinin karara yazılması gerekliliği⁵⁵, zabıtnamede bulunacak imzalar⁵⁶, savunmanın reddinde sebep gösterilmesi gerekliliği⁵⁷, lüzumunda keşif yapılması⁵⁸, lüzumunda bilirkişiye başvurulması⁵⁹, meşru mazeret bildirimine binaen mazeretin tahkik edilmesi gerekliliği⁶⁰, davaya müdahale⁶¹ gibi usul hukuku öğeleri Ceride'de geniş yer kaplamıştır.

İstidâ dairesi kararlarının çoğunun usule ilişkin olduğu söylenebilir. İstida dairesinin esas itibarıyla usul hukukunda görevli olmasına nazaran, kararlarının da bu yönde yoğunlaşması doğaldır. Bu minvalde; bir ilk derece mahkemesi hükmünün istinaf incelemesiyle bozulmasından sonra sürecin nasıl işleyeceği⁶², vekille temsilde vekaletnamenin incelenmesi gerektiği⁶³, içtima-ı cerâim⁶⁴ konularındaki kararlar bunlara örnek olarak verilebilir. Yine yukarıda zikredildiği üzere istidâ dairesi kararlarında cünha ve kabahatlere ilişkin örneklere rastlamak da mümkündür. Örneğin 13-14-15'inci sayılarda, görevi suistimal yahut kötü idare konulu kararlar yer almıştır⁶⁵.

Kararların şekli özelliklerine bakıldığında, tam bir yeknesaklık gözlenmemiştir. 7-8-9'uncu sayılarda kararlar ceza, hukuk ve şer'iyye dairesi kararları olarak tasnif edilmiştir. Bu sayılardaki kararların hiçbirinin esas ve karar numaraları verilmemiştir. 10'uncu sayıda istidâ, ceza ve şer'iyye dairesi kararları yer almıştır. Bu kararların da esas ve karar numaraları mevcut değildir. 11'inci sayıya gelindiğinde, kararlar 'mukarrerat-ı temyiziyye' üst başlığıyla, dairelere tasnif edilmeksizin yayınlanmıştır ve bu sayıdaki kararların esas ve karar numaraları verilmiştir. 12'nci sayıdaki kararlar yine daire tasnifi olmaksızın tek başlık altında ve fakat bu kez esas ve karar numaraları olmaksızın verilmiştir. Bu sayıda yalnız şer'iyye dairesi kararlarının yayımlandığı kararların muhtevasından anlaşılmaktadır. 13-14-15'inci sayılarda kararlar her dört daire zikredilerek verilmiş; hukuk ve istidâ dairesi kararlarının karar

⁵¹ Sayı 7-8-9, s. 355; Sayı 13-14-15, s. 587.

⁵² Sayı 10, s. 454, 460; Sayı 13-14-15, s. 580, 584, 585.

⁵³ Sayı 10, s. 455; Sayı 13-14-15, s. 584.

⁵⁴ Sayı 11, s. 499.

⁵⁵ Sayı 11, s. 500.

⁵⁶ Sayı 11, s. 504, 513.

⁵⁷ Sayı 11, s. 509.

⁵⁸ Sayı 11, s. 510.

⁵⁹ Sayı 13-14-15, s. 583.

⁶⁰ Sayı 13-14-15, s. 587.

⁶¹ Sayı 13-14-15, s. 590.

⁶² Sayı 10, s. 450, 451.

⁶³ Sayı 13-14-15, s. 592.

⁶⁴ Sayı 13-14-15, s. 594.

⁶⁵ Sayı 13-14-15, s. 596, 599.

numaraları ve ceza dairesi kararlarının esas ve karar numaraları verilmiştir. 16-17-18'inci sayılardaki kararlar 'mahkeme-i temyiz kararları' üst başlığıyla, esas ve karar numaralarıyla birlikte verilmiştir.

Hukuk, istidâ ve ceza dairesi kararlarının giriş kısmının bozma sebeplerinin özeti mahiyetinde birer paragraflık notlara yer verilmiştir. Şer'îyye dairesi kararlarında ise giriş kısmındaki paragrafta kararın yalnız tarih, yer, taraf bilgilerini havi künyesine yer verilmiş olup, ihtilafın konusu yahut hukuki sorun anlaşılammaktadır. Şer'îyye dairesi kararlarının devamında ilamın özetine ve esbâb-ı nakziyye kısımlarına yer verilmiştir.

Temyizen tetkiki istenen kararları veren ilk derece mahkemelerine bakıldığında; Ordu, Çarşamba, Devrek, Fethiye, Niksar, Çorum, Uluborlu, Isparta, Aksaray, Ankara, Gaziantep, Çivril, Karaisalı, Adapazarı, Sandıklı, Muğla, Kütahya, Mardin, Sürmene, Konya, Cizre, Sivas, Diyarbakır, İskilip, Elbistan, Merzifon, Sinop, Antalya, Adana, Giresun, Amasya, Harput, Mâmuratü'l-aziz, Erzurum, Karaman, Siverek, Kırkkilise, Kars, Çankırı, Denizli, Kozan, Hamidâbâd, Suşehri, Tefenni, Bursa, Maraş, Hopa, Babaeski, Tekfurdağı, Ünye, Manisa, Hüseyinâbâd, Görele, Kilis, Iğdır, Karahisar-ı Şarki, Dinar, Kocaeli, Bartın gibi ülkenin doğusundan batısına, kuzeyinden güneyine birçok biriminde yaygın bir mahkeme ağının, dönemin koşullarına rağmen işlemekte olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Ceride'de İstanbul mahkemelerince verilen kararların temyizine ilişkin evraklar da yer almaktadır. Örneğin 11'inci sayıda yer alan bir karar İstanbul cinayet mahkemesince verilen bir kararın temyizine ilişkindir⁶⁶. Takip eden sayılarda yine İstanbul⁶⁷, Eminönü⁶⁸ ve Fatih⁶⁹ mahkemelerinin kararlarını görmekteyiz. Buradan, 1923 yılında artık İstanbul'daki ilk derece mahkemelerinin kararlarının temyiz edilmek üzere Ankara Hükümetine bağlı Sivas Temyiz Heyeti'ne gönderildiği çıkarımı yapılabilir. Ancak bu münhasır örneklerin, bütünsel bir çıkarım yapmayı sağlayamayacağı nazara alınmalıdır.

B. KARARLARDA GEÇEN KANUNLAR VE MÜESSESELER

Ceride'de yayınlanan Muvakkat Heyet-i Temyiziyye kararlarında Büyük Millet Meclisi'nce yapılan düzenlemelere atıflar mevcut olmakla birlikte, bu yüksek mahkeme önüne gelen uyuşmazlıklarda ekseriyetle Osmanlı mevzuatını uygulamıştır.

⁶⁶ "İstanbul cinayet mahkemesinden sadır olan 13 Kanunuevvel 338 tarih ve üç yüz elli üç numaralı ilam ile müttehemin temyiz layihası ve evrak-ı müteferriasi baş müddei umumilik memuriyet-i aliyesinin 7 Nisan 339 tarih ve 2303/1211 numaralı tebliğnamesiyle 8 minh tarihinde mahkeme-i temyiz ceza dairesine gönderilmekle mütalaa olundu.", Sayı 11, s. 509, E. 1230, K. 1244.

⁶⁷ Sayı 13-14-15, s. 601, K. 2501, E. 2497.

⁶⁸ "Vükelâ-i deâviden Yaşar Sıdkı Bey ile Sava Efendi meyanelerinde mütekevvin dava üzerine Eminönü Mahkeme-i sulhiyyesinden sadır olup müddetinde temyizen tetkiki...", Sayı 13-14-15, s. 580, K. 5616.

⁶⁹ Sayı 13-14-15, s. 583, K. 5691.

Örnek vermek gerekirse; kararlarda 1858 Ceza Kanunnamesi'ne⁷⁰, 1879 seneli Osmanlı Ceza Usul Kanunu'na⁷¹, 1870 seneli Osmanlı Orman Nizamnamesi'ne⁷², 1875 seneli Mehakimi Nizamiye Davavekilleri Hakkında Nizamname'ye⁷³, 1913 seneli Memur-ı Muhakematı Hakkındaki Kanun-i Muvakkat'e⁷⁴, 1914 seneli İnhisar-ı Duhan Kanun-i Suret-i Muvakkatinin Suver-i Tatbikiyesi Hk. Nizamname'ye⁷⁵, 1913 seneli Sulh Hakimleri Hk. Kanun-i Muvakkat'e⁷⁶ atıflar yapılmıştır. Bu kanunlar Osmanlı Devleti mevzuatından olmakla, Muvakkat Heyet-i Temyiziye tarafından kendilerine başvuru kanunlardır.

Yeni temyiz heyetinin kullandığı kanunlardan Büyük Millet Meclisi'nce hazırlanan kanunlara örnek olarak Ereğli Havza-i Fahmiyyesine Ait Kanun denilerek atıf yapılan⁷⁷, 151 sayılı ve 10.09.1921 tarihli Ereğli Havza-i Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun⁷⁸ verilebilir.

Zikredilen kanunlardan başka, ceridede geçen heyet-i ithamiye ve müstantıklık gibi bazı hukuki müesseseler vardır ki bunlar Osmanlı'nın son, Türkiye'nin ilk dönemlerinde hukuk mecralarında üzerine konuşulan mevzulardır.

Müstantık bir Osmanlı hukuku terimi olarak '*Mevadd-ı cezâiyede; bilumum cerâimin meydan-ı sübûta isâli için lâzım gelen muâmelât-ı kanûniyeyi ifâya memur bir memurdur ki; vezâifi ve teferruât-ı sâiresi Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiye Kanun-ı Muvakkatının 50. maddesinden 132. maddesine kadar olan mevadd-ı kânuniyede beyan ve tafsil buyurulmuştur.*' şeklinde tanımlanmıştır⁷⁹. Bu minvalde sorgu hakimleri olan müstantıklara ilişkin ilk yasal düzenleme, 1879 seneli Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 'Müstantıklara Dairdir' başlıklı altıncı fasıyla başlamıştır⁸⁰. Düzenlemeye göre, her kazada üç sene memuriyette bulunmak üzere, irade-i seniyye-i hazret-i padişahi ile mensûb bir müstantık bulunacak ve memuriyet sürelerinin bitiminde uzatma caiz olabilecektir. Müstantıklar, suçüstü halinde müddeiumumilerden bağımsız olarak delil toplamak, keşif yapmak, olay yeri incelemek, tanık dinlemek, önleyici tedbirler almak, suç aletlerine el koymak, bilirkişi incelemesi yaptırmak, suçüstü haller dışında ise müddeiumumilerin yazılı talebi üzerine gerekli tahkikatı icra

⁷⁰ Sayı 11, s. 500, 507, 515; Sayı 13-14-15, s. 601, 604; Sayı 16-17-18, s. 648, 650.

⁷¹ Sayı 7-8-9, s. 344.

⁷² Sayı 7-8-9, s. 344.

⁷³ Sayı 7-8-9, s. 341.

⁷⁴ Sayı 7-8-9, s. 347.

⁷⁵ Sayı 7-8-9, s. 350.

⁷⁶ Sayı 13-14-15, s. 586, s. 599.

⁷⁷ Sayı 7-8-9, s. 345.

⁷⁸ Düstur, III/2, s. 91.

⁷⁹ Türzkade Hafız Mehmed Ziyaeddin Efendi, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Fethi Gedikli / İbrahim Enes Onat (Haz.), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 189.

⁸⁰ Düstur, I/4, s. 141 vd.

etmekle yetkili ve görevlidirler⁸¹. Tanzimat öncesinde müstantıkların görevlerine benzer işleri naib denen kadı yardımcılarını yürüttüğü söylenmiştir⁸². Ceride-i Adliyye’de müstantıklara ilişkin kararlar yer almıştır⁸³.

Ceride’de geçen bir diğer müessese ise heyet-i ithamiyedir⁸⁴. Heyet-i ithamiye, üyeleri halk arasından seçilen, cinayet davaları soruşturmasını tetkik ve kontrol etmekle yetkili, men-i muhakeme ve adem-i mesuliyet kararları verebilen, dönemin hukukçularınca jüri ile mukayese edilen⁸⁵ bir heyettir⁸⁶. Heyet-i ithamiye, üyelerini halktan kimselerin oluşturması ve yargulamaların kontrol edilmesi bakımlarından Osmanlı yargı teşkilatındaki şuhudü’l-hal’i çağrıştırmaktadır. Ancak, heyet-i ithamiye ve şuhudü’l-hal müesseseleri, mevcudiyet şartları bakımından çok farklı konumlardadır. Öte yandan heyet-i ithamiyenin bazı konularda karar verme yetkisi olmasına rağmen şuhudü’l-halin karar verme yetkisi mevcut değildir. Yine heyet-i ithamiyenin cinayet soruşturmasını tetkik ve kontrol etme yetkisi doğrudan bir yetki iken, şuhudü’l-halin mahkeme kararlarını kontrol etmesi ancak dolaylı şekildedir. Yine heyet-i ithamiyenin suç araştırması yapmak, bir suç işlendiğine kanaat getirdiklerinde buna ilişkin tahkikat ve soruşturma yürütmek gibi görevleri olmasına rağmen⁸⁷, şuhudü’l-halin böyle görevleri mevcut değildir. Heyet-i ithamiyenin ayrıntılı bir hukuk tarihi çalışmasına konu edilmesi neticesinde bu benzerlik ve farklılıklara ilişkin daha sağlıklı bilgiler edinilebilecektir.

Müstantıklık ve heyet-i ithamiye bugün hukuk sistemimizde yer almamakla birlikte, son zamanlarda hâkim-savcı yardımcılığının gündeme gelip uygulamaya konmasıyla birlikte, mezkûr müesseseler de bu minvalde konuşulmaya ve mukayese edilmeye başlanmıştır. Osmanlı’nın hukuk mirasının bir cüzü olan bu iki müessese, ayrıntılı hukuk tarihi araştırmalarına konu edilip gerek nazari gerek tatbiki sahalarda aydınlatılmayı beklemektedir.

⁸¹ İbrahim Ülker, “Osmanlı Ceza Yargılamasında Müstantik (Sorgu Hâkimi)”, C. II, S. 1, 2023, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 49 vd.

⁸² Ülker, s. 44.

⁸³ Sayı 11, s. 505, 512; Sayı 16-17-18, s. 657.

⁸⁴ Sayı 16-18-19, s. 649.

⁸⁵ Abdülhalik Midhat, “Jüri ve Heyet-i İthamiye”, S.2, İstışare Dergisi, ss. 62-66; Ahmed Ziya, “Muhasebe-i Kanuniye-III: Bizde Heyet-i İthamiye”, C. II, S. 8, İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, ss. 90-96.

⁸⁶ Osman Köksal, “Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit’e Sunulan Bir Layiha”, S. 9, 1998, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, s. 267.

⁸⁷ Kemal Saylan, “II. Abdülhamid Döneminde Mahkemelerin İslahına Dair Hazırlanan Layihalar ve İsimsiz Bir Layiha Örneği”, S. 31, 2016, Karadeniz Dergisi, s. 273.

SONUÇ

Ceride-i Adliyye'nin 1923 yılı sayılarının incelendiği bu çalışmada öncelikle Ceride'nin 1922 yılı ile başlayan döneminin Ankara'da Ankara Hükümetince çıkartıldığı ve bu minvalde yayınlanan temyiz mahkemesi kararlarının Ankara Hükümetine bağlı Muvakkat Heyet-i Temyiziyye mahkemesinin kararları olduğunu söylemek gerekir. Bu değişim Ceride tarihinde bir dönüm noktasıdır. 1873 yılından beri Osmanlı Devleti'nde Adliye Nezareti'nin yayın organı işlevi gören Ceride, 1922 yılı itibariyle Türkiye'nin Adliye Vekaleti'nin yayın organı halini almıştır.

İkinci olarak, incelenen 1923 yılı Ceridelerindeki temyiz mahkemesi kararları, Temyiz Heyeti'nin ceza, hukuk, şer'iyye ve istidâ dairelerince verilen muhtelif konularda kararlardır. Hukuk dairelerince verilen kararlarda haksız fiil, ecrimisil, vekalet ücreti, tazminat gibi daha ziyade borçlar hukuku konuları; ceza dairelerince verilen kararlarda öldürme, öldürmeye teşebbüs, hırsızlık, gasp gibi suçlar; istidâ dairelerince verilen kararlarda usul hukukuna ilişkin mevzular ve şer'iyye dairelerince verilen kararlarda aile, miras ve vakıf hukukuna ilişkin konular dikkat çekmektedir. Dönem itibariyle ahval-i şahsiye davalarının şer'i mahkemelere ve diğer borçlar, ticaret, eşya hukuku gibi özel hukuk alanlarının genel mahkemelere bırakılmasının, uygulamada da paralellik gösterdiği anlaşılmaktadır.

Dikkat çeken bir diğer husus, tüm dairelerce usul hukukuna ayrı bir önem atfedilmesidir. Kararların büyük bir kısmının usul hukukuna nispetle bozulduğu görülmektedir. Bu durum, temyizen incelemenin mahiyeti ile doğrudan ilgili olduğu gibi, yüzyıllar boyunca iyiden iyiye yerleşmiş bir yargı teşkilatından sonra geçilen yeni sistemde bilhassa usûli öğelerin önemsenmesi, bunlar üzerinde ihtimamla durulmasıyla da ilgili görülebilir. Öte yandan, yeni usul kurallarının yerleşmesiyle birlikte artık hukuk sistemindeki düalizm sorununun tedricen azaldığı çıkarımı da yapılabilir.

Temyize konu kararların bidayet yahut istinaf mahkemeleri, ülkenin geniş coğrafyasının hemen hemen her köşesinde kurulu mahkemelerdir. Bu bağlamda İstanbul'daki mahkemelerin kararlarından da Sivas'taki temyiz merciine temyizen inceleme için gönderilen örnekler olduğu görülmüştür.

Osmanlı'dan Türkiye'ye geçiş sürecinde hukuki bir mirasın devraldığından girişte bahsedilmişti. Osmanlı Devleti'nin birçok müessesesi bu mirasa dahil olduğu gibi, hukuki metinlerinin de Türkiye Cumhuriyeti'nde muhtelif zamanlara değin cari olduğu bilinmektedir. Bu minvalde, incelenen temyiz kararlarında yer yer Ankara hükümetince ihdas edilen kanunlara atıf yapılmışsa da ekseriyetle Osmanlı kanunlarının kullanıldığı görülmüştür. Böylece Türkiye'nin mezkûr temyiz mahkemesinin atıf yaptığı kanunlar da bir başka açıdan geçiş aşamasının yansımalarını göstermektedir.

Netice itibariyle denebilir ki Ceride'nin 1923 yılı sayıları, Osmanlı Devleti'nden Cumhuriyet'e geçişi belirgin şekilde yansıtan önemli özelliklere sahiptir. Ceride'de yayınlanan mahkeme kararları da bu geçiş sürecindeki hukuki metinler, müesseseler ve hukuk uygulaması hususlarında birinci elden bilgi verir niteliktedir.

EK

Sene 1, Sayı 7-8-9, Rûmî Şubat 1339, Miladi Şubat 1923	
Mahkeme-i Temyiz Ceza Dairesi Mukarrerâtı	
Sayfa	İlam Özeti
339	Müttehemin zevce-i menkûhesi olduğu ilam-ı şer'i ile nümâyân olan mütearrız-ı aleyhânın velisinden dava-yı vakiadan feragat edip etmediğinin istifsârı lazımdır.
340	Mücrimiyet kararının zan ve ihtimale müstenit şehâdâta ibtinâ edilmesi ve müttehemlerin derece-i sıfat ve salahiyetleri tayin ve mahiyet-i filleri takdir edilmeksizin mücrimiyetleri cihetine gidilmesi ve emniyeti suistimal cürmünden dolayı takibat icrası şikâyete mütevakıf olduğunda pîş-i teemmüle alınmaması müstelzim-i nakzdır.
Mahkeme-i Temyiz Hukuk Dairesi Mukarrerâtı	
Sayfa	İlam Özeti
341	Mahkûm-i aleyhten talep olunabilecek ücret-i vekalet Dava Vekilleri Nizamnamesi'ne Merbut Tarifname'de muayyen ücretten ibaret olup vekil ile müvekkil arasındaki mukavele nazar-ı itibara alınmaz.
342	Mahkemenin daire-i kazası haricinde ikamet eden müddealeyle hakkındaki davanın bir sebep-i kanuni gösterilmeksizin kabulü gayr-i caiz ve tevcih-i husumet için de müddeinin mültezim olduğuna dair vesika-i resmiye ibraz etmesi lazım ve öşrü talep olunan zehâirin nâbit arazi hangi karye hududu dahilinde olduğunun kayd-ı hâkânisiyle tayini muktezidir.
342	Gayrimenkul olan müddeabihin mevki ve hudutlarının zikir ve beyanıyla tayininden sonra kayd-ı hâkânisinin tetkiki ve lede'l-hâce mahallinde tatbiki suretiyle hâll-i mesele olunması lazım ve kayd-ı hâkânisi bir esas-ı sahihe müstenit olmaz veyahut asla kaydı bulunmaz ise öteden beri kimin ne suretle vaz'ü'l-yed olduğunun tahkikiyle ziyetliğin bi'l-beyyine ispatı muktezidir.
343	Rüyet-i muhasebe sebep-i vücub-u deyn olmayıp huzur-u hâkimden başka bir mahalde ikrara mahmul olduğu cihetle şühûd ile ispatı iddiası delâil ve emârât bulunmadıkça mesmû olamaz.
343	Vasi vekilinin sağır aleyhindeki ikrarı muteber değildir.
344	Amelinden ücret almak kastıyla nefsinin ihzar etmeyip ancak damat ve içgüveyi olmak suretiyle kayımpederi hanesinde ikamet eden kesânın temin-i maişet zımında kayımpederine ait tarlanın ziraatında sebk eden amelinden ecir misil mütâlebesine salahiyeti yoktur.
344	Orman Nizamnamesi'nin kat-ı eşcâr cerâimi hakkındaki mürur-u zaman kable'd-dava ve ba'de'l-hüküm güzerân edecek zamana münhasırdır. İkame-i davadan sonra esna-yı muhakemede güzerân edecek mürur-u zaman Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye'ye tabidir.
345	Ereğli Havza-i Fahmiyyesine Ait Kanun'un yedinci maddesinde zikrolunan kimseler tarafından ikame-i dava olunduktan tazminat ve ceza-yı nakdi hükmolunur. Mücerret kazanın adem-i ihbarı cezayı istilzam etmez. Muhaffef ceza olan veyahut cezayı iskat eden kanun-i ahir mâ-kabline şamil ve müşedded ceza olan gayr-i şamildir.

346	Yed-i emanete tevdi olunan eşyadan bir kısmını kendi menfaatini teminen ketm etmek müstelzim-i cezadır. Evvel olunan cürmün sübutu için müddei tarafından ikame ve istimâları talep olunan şühûdun reddine veya kabulüyle istimâna karar verilmeyerek maznunun beraatine karar itası nakzı mücibdir.
347	Muhtarânın vefâyât vukuatına dair ilmühaberler tanzim ve nüfus dairesine ihbar ve tevdi etmemeleri vazife-i memuriyetlerine taalluktur. İşbu cürümden dolayı icra-yı muhakemeleri Memurin Muhâkemâtı Hakkındaki Kanun'a tâbidir.
348	Hakim-i Münferitlik teşkilinden sonra istinaf olunmuş olan cünha mevâddînin mehakim-i istinâfiyyede rüyeti halinde heyet-i hâkime üç zattan ibaret olacaktır. Beş zât ile teşkil olunan heyetlerde davayı rüyet etmek ve ikametgah-ı ahîri malum olan bir maznunun ikametgah-ı evveline tebligat icra edilmiş denilerek ve yeniden celp gönderilmeyerek müstenifin gıyabında muhakeme icrası nakzı müstelzimidir.
349	Mücerret mücirin mecur üzerinde kendisine ait kiremitleri kaldırıp kırmasından dolayı mücire ceza terettüp etmez. Kiremitleri kaldırmasından müstecirin ne gibi emvâl-i menkûle ve ne suretle zarar iras edildiğinin tahkiki icap eder.
350	Zirâa olunan tütünlerin İnhisar-ı Duhan Kanunu'nun Suret-i Tatbikiyyesine Ait Nizamname'de muharrer müddet zarfında anbara teslim ve o müddet zarfında sevk vukuunda idareye ihbar edilmemesi müstelzim-i cezadır.
351	Hükmü havi ilam nakz ve herhangi bir mahkemeye iade ve tevdi olunur ise o mahkemenin davayı tekrar rüyet eylemesi lazımdır. Teşkilatından mukaddem ittihaz kılınan mukarrerâtın merc-i istinafi eski mercilerdir.
352	Tashih-i sinne mütedair mehâkimden ittihaz kılınan mukarrerâtı alakadar olan ahz-ı asker-i şube riyasetleri temyize salahiyettardır. Bir maznunun taht-ı silaha alınarak askere sevk olunması nüfustaki tarih-i tevellüdünü tağyire esas olamaz, şubece kaydolunan tarih-i tevellüdün ne esasa müstenit olduğu tahkik kılınmaması mücib-i nakzıdır.
Heyet-i Temyiziyye-i Şer'iyye Dairesi Mukarrerâtı	
Sayfa	İlam Özeti
354	Ordu Livası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhinde ita olunan 21 Rebiülevvel 1340 tarih ve 57 sicil numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Fatıma imzalı layiha-i temyiziyye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat olundu. Esbâb- nakziyyesi Mezbûre sağır-i sinni iddia ve vekalet ehil olmadığını dermeyan etmekte olmasına binaen bi'l-celp sinni veçhesinin bölüğe tahammülü olup olmadığını ve nüfusu kuyûdunun dahi tatbiki icap ederken...
355	Çarşamba Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 15 Rebiülahir 1340 tarih ve bila numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Hava vekili Hüsnâ mühürlü layiha-i temyiziyye ve diğer Hava vekili Ahmed imzalı layiha-i cevabiyye zikr olunan ilam ile birleştirilerek kıraat olundu. Esbâb-ı nakziyyesi Hükm-ü temyiziyyeyi kabul etmeyeceğine binaen ilam-ı menkûzda istimâ olunan şahitlerin tekrar muvacehe-i tarafeynde istimâ lazımeden iken ilam-ı mebhûs-u anhdâ vaki şühûdun şehadet-i mazbûtalarına binaen mevte hüküm verilmesi hilaf-u usul olduğu gibi...

356	<p>Devrek Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 29 Rebiülahir ve 30 sicil numaralı ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istiasına dair Hanife mühürlü layiha-i temyiziye ve Halil mühürlü layiha-i cevabiye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Tevki edilen hükmün medârî şühüd veya mübrez defterden hangisi olduğu müteayyin olup şühüd ise ifade-i mazbûtalarna ve mezbûrenin yedinde bulunan defterin bir tarafında kendilerinden iştirâ edilen emtia-i bakkaliyenin muharrer olmasına nazaran...</p>
357	<p>Fethiye Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden ita ve resen tâbi-i temyiz olmakla li-eclî't-tetkik isrâ kılınan 2 Cemaziyelahir 1340 tarih ve 65 sicil numaralı işbu ilam ve zabıt mütalaa olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Derûn-ı ilamda mahkî veraset-i usul-i şer'i dairesinde ve müteveffâtın zaman-ı vefatı tayin edilerek sabit olmadığı gibi, nakden ita eylediği dermeyan olunan meblağın ciheti dahi tavzih olunmamış ve vasiyetin ikrarı üzerine...</p>
358	<p>Niksar Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden ita olunan 28 Zilhicce 1338 tarih ve elli yedi sicil numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Ali Rıza imzalı layiha-i temyiziye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Müddeî-i mezburun tarih-i ihtidâsı beyan edilmemiş olmakla anası merkûmenin vefatından mukaddem veya muahhar ihtida edip etmediği anlaşılammış ve mesele-i mirasiye dahi...</p>
359	<p>Çorum Livası mahkeme-i şer'iyyesinde aleyhine ita olunan 13 Rebiülahir 1340 tarih ve 77 numaralı işbu ilamın sükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Emine imzalı layiha-i temyiziye zikr olunan ilam ile birleştirilerek kıraat olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Mukaddema itaate edilen tenbihe inkiyaden zevc-i mezbûrun meskenine giderek nüşuzu zâil olduktan sonra arz olan ahvâl ve adem-i imtizaca binaen tekrar pederi hanesine avdet ve meskeninin mesken-i şeri olmamasına mebni...</p>

Sene 1, Sayı 10, Rumi Mayıs 1339, Miladi Mayıs 1923	
Mahkeme-i Temyiz İstidâ Dairesi Mukarrerâtı	
Sayfa	Karar Özeti
450	<p>Usul-i mehâkimce hatîat ve nevâkısdan dolayı hükm-ü ibtidaiyenin istinafen feshi halinde esas davaya hükm olunmak lâzımeden iken, şühüd ikametgahlarının baidiyetine binaen davanın bidayet mahkemesine tevdiine karar verilmesi fahiş bir hata-yı kanunidir.</p>
451	<p>Redd-i itiraza dair bidâyetin sâdır olan kararın istinafen tetkiki halinde karar-ı ibtidai fesh olduğu takdirde Usul'ün yüz doksan yedinci maddesine tevfiikan rüyet-i dava lazım gelirken davanın tekrar bidâyete iade ve tetkikat-ı istinafiyenin bidâyetin son kararına hasrı muktezi olduğu halde mefsûh ve gayri mevcut bir kararın dahi tetkik edilmesi ve mecâlis-i idarenin rüyet-i davaya salahiyeti olduğu zamanlar mecâlis-i idare riyasetine verilmiş olan itiraz istidâsının adem-i vücudu halinde böyle bir istidâ verilir verilmemiş tahkiki ve verilmiş ise celbiyle hükm-ü gıyabinin keenlemeyekün addi ve aksi halde muterizin iddiasının reddine karar ittihazı icap eyerken istinafen fesh edilmiş ve hiçbir hükmü kalmamış olan bidâyetin birinci ilamının kıraatıyla iktifa olunması ve meclis-i idareden bidâyetin mu'ti-i karar keenlemeyekün add olunmadığı halde dava-yı vakıya dair yeniden bir hüküm verilmesi muğayir-i kanun ve müstelzim-i nakzdır.</p>

Heyet-i Temyiziye Ceza Dairesi Kararları	
Sayfa	Karar Özeti
454	Müttehem derece-i karâbeti mani-i tahlif olan şahsın tahlif edilmemesi ve müttehemın suret-i tecrimine göre tatbik-i madde olunması lazımdır.
455	<p>Mahkeme-i Temyiz Ceza Dairesinin 14 Mart 338 Tarih ve Sekiz Yüz Otuz Yedi Numaralı İlam Suretidir</p> <p>Saik-i cürm olan ahvâlin tetkiki ile mahiyet-i cürmün tavsifi ve müttehemın fiil-i müttehem bihe mücaserete dair delail-i müstahsalenin fıkra-i mücrimiyette tavihi ve tatbik olunan madde-i kanuniye metninin zabınameye derci lazımdır.</p>
457	<p>Mahkeme-i Temyiz Ceza Dairesinin 14 Mart 338 Tarih ve Sekiz Yüz Otuz Dört Numaralı İlam Suretidir</p> <p>Cebr ve hile ile kaçırılan mütearrız-ı aleyhanın derece-i sinninin bi't-tahkik zabınameye derci ve şühûd-u müstemiânın ifadat-ı istintakiyeleriyle inde'l-muhakeme sebk eden ihbârâtı arasındaki mübayenet hal ve telif edilemediği takdirde şehâdât-ı mezkureden hangisi sıhate mukarın olduğunun ve cebr ve hile hakkındaki esbab-ı sübutiyenin fıkra-i mücrimiyette zahı lazımdır.</p>
Heyet-i Temyiziye-i Şer'iyye Dairesi Kararları	
Sayfa	Karar Özeti
458	<p>Isparta Livası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 25 Cemaziyelahir 1340 tarih ve 34 numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Hüsna imzalı layiha-i temyiziye zıkr olunan ilam ile birleştirilerek kıraat olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Evvelce mezbûr Halil İbrahim'in vefatı usulen sabit olamadığı gibi meselede münâsaha olduğu usulî dairesinde tashih ve herkesin sıhâm ve hassası tayin olunmamış ve şehâdât ve ifâdât-ı mezkureye nazaran fevleri takdirinde Halil İbrahim'in iki nefer karıları dahi kendinden evvel vefat eden diğer oğlunun oğlu...</p>
459	<p>Uluborlu kazası dahilinde Senirkend nahiyesi mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 16 Cemaziyevvel 1340 tarih ve 4 Sicil numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Sıdkı mühürlü layiha-i temyiziye ve Abdah imzalı layiha-i cevabiyye ve ilamat-ı saire ve evrak-ı müteferria ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede evkaf-ı mezkure meyanında bulunduğu nümâyân olan bir bâb dükkan-ı vakf esmânıyle alındığı ve kısmen kendi parasıyla imar edildiği ve hîn-i imarda ilan ve işâa edildiği ve binaenaleyh altmış seneden beri mülkü bulunduğu mûmâileyh Abdah Efendi tarafından müdafaa bulunduğu ve ilam-ı gıyabiyede mezkûr dükkanın vakfiyetine hükmedildiği halde...</p>
460	<p>Ankara Vilayeti Merkez Mahkeme-i Şer'iyyesinden ita ve resen tabi-i temyiz olmakla li-ecli't-tetkik isrâ kılınan 25 Rebiülahir 1340 tarih ve 8 numaralı işbu ilam mea-tefferuat kıraat olundu.</p> <p>İlamın Hülâsa-i Müfâdı ve Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede müddeialeh İbrahim Efendi zapt-ı davada yalnız dini yoktur diye inkar ve vaz'ül-yed olduğuna ve verasetine dair ikrarı mesbûk değilken ilamda tereke-i müteveffaya vaz-ı yedini bervechi meşrua veraseti ikrar diye zaptına muhalif-i ilam kuyûd-u mühimme-i mezkûrenin dercini ve...</p>

460	<p>Aksaray Livası dahilinde Koçhisar kazası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 24 Receb 1340 tarih ve 15 numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizden tetkiki istidâsına dair Ali Çavuş imzalı layiha-i temyiziyye zikr olunan ilamla birleştirilerek kıraat olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Müddekiye-i mezbure müteveffa Hasan'ın zevcesi olduğuna şühûd istimâ edilmemiş olduğu gibi müddeialehyin davete icabetiyle nâkil addedilmiş ise Usul'ün kırkıncı maddesinde muharrer olduğu üzere müddeiyenin taleb-i mezkurda kâzib olmadığına dair tahlifi muktezi iken, bu husus dahi nazar-ı dikkate alınmamış...</p>
-----	---

Sene 1, Sayı 11, Rumi Haziran 1339, Miladi Haziran 1339			
Mukarrerât-ı Temyiziyye			
Sayfa	Esas N.	Karar N.	Karar Özeti
499	1135	1111	Te'cil-i Mücâzât Kararnamesi'ne tabi olan hükm-ü gıyabi-i cinâiyyeye karşı vuku bulan itiraz ale'l-hüküm üzerine bi'n-netice kezalik gıyaben sudur eden hükm-ü cinâiyyenin kabiliyet-i temyiziyyesi yoktur.
500	1100	1115	Katle teşebbüs efâlinde katle mani esbabın karar-ı mücrimiyette izahından zuhûl olunması muhalif-i kanun olduğu gibi katl kasdıyla istimâl-i silahtan ibaret olan müttehemin fiil ve hareketinin Kanun-u Ceza'nın 46'ncı maddesine tatbikinde isabet yoktur.
502	1103	1119	Tevarih-i muhtelifede bazı kurraya tecavüzle gasp ve katl efâline cüret eyleyen maznunun hareket-i vakiasının dağlarda ve kırlarda müstehirren icra-yı şekavet mahiyetinde olduğunun vecihi kabul ve delâilinin tavzihinden ve tekerrüre esas itihaz edilen mahkûmün katiyen sabıkası tarihinin cerâim-i vakiasından mukaddem olup olmadığı tetkikinden zuhûl olunması müstelzim-i nakzıdır.
503	1151	1138	Takdir-i delâil ve noksan-ı tahkikata müstenit olan müstantik kararnameleri kabiliyet-i temyiziyyeyi haizdir.
504	1133	1129	Cebren biki-ri izale edilen mağdurenin derece-i sinninin usulen tahkik ve tespitinden ve cebrin mahiyetinin tavzihinden zuhûl edilmesi muhalif-i kanun ve muhakeme zabıtnamesinin zabıt katibi tarafından imza olunmaması mucib-i nakzıdır.
505	1148	1142	Müstantıkın lüzum-ı muhakeme kararnameleri mukarrerât-ı katıyyeden ma'dud ve vaf-ı cürm noktasından mehâkim-i aidesi kararname ile mukayyet olmamasına nazaran kabiliyet-i temyiziyyeyi haiz değildir.
506	1132	1123	Nüfus-u mektumeden olan müttehemin nüfus-u kanuni ahkâmına tesciliyle sinninin tespiti muktezi iken meclis-i idareye takdir ettirilmesi yolsuz ve müstelzim-i nakzıdır.
507	1207	1289	Müttehemin derece-i sinnine nazaran Kanun-u Ceza'nın kırkıncı maddesi mücibince tenzilen ve tahvilen tayin kılınan hapis cezasının bir ay islah-ı nefis olduğunun adem-i tasrihi nakzı mücibdir.

508	1224	1215	Maznûn tarafından beyan edilen müdafaa-i şühûdinin celb ve istimâ edilmemesi hakk-ı müdafaayı muhill, ekseriyet-i mutlaka ile mücrimiyet kararı ittihazı gayri caiz, şehâdât beynindeki mübayenetin hal ve te'lif edilmemesi mugayir-i kanun ve müstelzim-i nakzıdır.
509	1217	1219	Müddei şahısların beraat kararlarına karşı hakk-ı temyizi yoktur.
509	1230	1224	Fiil-i katle taammüdü isbat, tehevürü ref ve selb eden esbab ve delailin irae ve izah ve bu babda sebk eden müdafaâtin yekûn yekûn esbab-ı mûcibe serdiyle reddedilmemesi muhalif-i kanun ve müstelzim-i nakzıdır.
510	1243	1247	İhrakına tasaddi edildiği iddia olunan hanenin tarifât-ı kanuniyeye muvafık mebâniden ma'dud olup olmadığına keşif ve tahkikinden ve maznunu fiil-i mezkûra saik olan esbâb ve avamilin tetkikinden zuhûl olunması müstelzim-i nakzıdır.
511	1262	1264	Nakz-ı vakıa-i bade'l-ittiba nokta-i nakzdan itibaren mukaddema istimâ edilmiş olan şühûdun tekrar celb ve istimâları ve mümkün olmadığı takdirde adem-i imkan esbabının tasrihi lazımdır.
512	1278	1274	Müstantk-ı mahsusların men-i muhakeme kararı ittihazına salahiyet-i kanuniyeleri yoktur.
513	1282	1275	Muhakeme zabıtnamesinde imza yerine damga isti'mâli ve tevkii muhill ve binaenaleyh nakzı müstelzimidir.
514	1264	1279	Maznunun efâl-i müteaddide-i müsbitinden birinin diğerine sebep-i şart addiyle tayin-i cezası lazım gelirken, yalnız birinden tecziyesiyle diğerinin nazar-ı dikkate alınmaması mugayir-i kanundur.
515	1297	1293	İhraka tasaddi fiilinde Kanun-u Ceza'nın 46'ncı maddesi mâ-bihî't-tatbik olamaz.

Sene 1, Sayı 12, Rumi Temmuz 1339, Miladi Temmuz 1339

Mukarrerât-ı Temyiziye

547	<p>Çarşamba Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden eytam aleyhine ita olunan 16 Rebiülahir 1341 tarih ve 2 numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair eytam müdürü Muhammed Sıdkı mühürlü layiha-i temyiziyyenin nüsha-i saniyesi mümeyyiz-i aleyhaya lede't-tebliğ layiha-i cevabiyye ita etmediği anlaşılmaqla layiha-i temyiziyye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede bu gibi deâvide müddei evvela veraseti iddia etmek ve sübutundan sonra veresede şîğâr mevcut olduğu takdirde bir vasi tayin edilmek lazım olup gerçi sağır-i mezbûr için eytam müdürü vasi tayin ve husumeti rey edilmiş ise de müteveffânın terekesine müdür-i mûmâileyhin hasbe'l-vazife vaz'ü'l-yed olup olmadığını tahkik...</p>
-----	--

547	<p>Gaziantep Livası mahkeme-i şer'iyyesinden evkaf idaresi aleyhine ita olunan 1 Cemaziyelahir 1341 tarih ve 16 numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair evkaf müdürü Sadık imzalı layiha-i temyiziyyenin nüsha-i saniyesi mümeyyiz-i aleyhe lede't-tebliğ layiha-i cevabiyye ita etmediği anlaşılmaqla layiha-i temyiziyye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede teamülün suret-i sübutunda kendilerinden evvel üç mütevellinin isim ve hüviyetinin zikr ve tayiniyle ispatı muktezi olduğu gibi evladın vâkıfa isâlinde filan ibni filan diyerek vâkıfa veyahut vâkıfa nesebi müntehi olup hükmen sabit olan zata isâli lazımeden iken bu noktadan zühul edilmekle beraber şahid-i sâni şahid-i evvel gibi şehadet etti gibi zaptın tahriri muhalif...</p>
548	<p>Gaziantep Livası mahkeme-i şer'iyyesinden evkaf aleyhine ita olunan 4 Receb sene 341 tarih ve 13 sicil numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair evkaf müdürü Sadık imzalı layiha-i temyiziyye ve Muhammed imzalı layiha-i cevabiyye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede nezaret tabirinin tevlit-i manasına müteârif idüğü ispat edilmemiş olduğu gibi vâkıfın biraderi ve evladı munkariz olup olmadıkları nüfus dairesinden istimâl olunmamış ve şühûdla dahi ispat edilmemiş ve şühûd-u müstemeânın şehadeti ayrı ayrı zapt ve ziri mühür veya imzalarıyla tevsik ettirilmek muktezi iken...</p>
548	<p>Karaisalı Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 1 Cemaziyellevvel sene 341 tarihli işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Saibe vekili Ali Rıza imzalı layiha-i temyiziyyenin nüsha-i saniyesi mümeyyiz-i aleyhe lede't-tebliğ layiha-i cevabiyye ita etmediği işar-ı mahalliden anlaşılmaqla layiha-i temyiziyye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede evvel emirde zevc-i merkurum dava-yı vakıasını tashih etmeden muhakeme istimâ edilmiş olduğu gibi meclis-i mezkurun meclis-i akit olup olmadığı ve tarafeyn mevâni-i şer'iyyeden hâli olup olmadıkları hususuna da taarruz edilmemiş...</p>
549	<p>Çivril Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 3 Cemaziyelahir sene 340 tarihli işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Mustafa imzalı layiha-i temyiziyyenin nüsha-i saniyesi mümeyyiz-i aleyhaya lede't-tebliğ layiha-i cevabiyye ita etmediği anlaşılmaqla layiha-i temyiziyye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede zevc-i mezbûrun zevcesi mezbûreye mücib küfr'ül-lafz ile sebb ve şetm eylediğine ve bu lafzın südurundan sonra zevç ve zevcenin ayş-ü izdivaçla müteayyiş olup olmadıklarına dair...</p>
549	<p>Adapazarı Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 11 Cemaziyelahir sene 341 tarih ve 7 numaralı ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Muhammed mühürlü layiha-i temyiziyye ve Fatıma imzalı layiha-i cevabiyye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede müddeiye-i mezbûre zevci gaib-i mezbûr kendiye nakde bırakmadığından ve bir mahalden havale etmediğine ve naşize olmadığına ve mu'ted veya iddeti munkaziye olmuş mutallakası olmadığına tahlif icap ettiği gibi...</p>
549	<p>Sandıklı Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 16 Cemaziyelahir sene 341 tarih ve 13 numaralı ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Hasibe imzalı layiha-i temyiziyyenin nüsha-i saniyesi mümeyyiz-i aleyhe lede't-tebliğ layiha-i cevabiyye ita etmediği anlaşılmaqla 26 Cemaziyellevvel sene 341 tarih ve 74 numaralı ilam-ı gıyabi ve evrak-ı</p>

	<p>müteferria ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyesi</p> <p>Hadisede müddeiye-i mezbûrenin zevci askerde bulunmasına göre itaatine veya nüshuzuna hükmedilecek esbâbin fikdaniyla beraber keşif ve muayene olunan hane raporunda mutearrız-ı aleyha vekili Osman Zeki dava zabıtnamesinde Mehmed Zeki kaydolunarak esna-yı muayenede vekilinin tebeddül edip etmediği anlaşılmadığı gibi...</p>
550	<p>Evkaf Mahkemesinden aleyhine ita olunan 25 Cemaziyelahir sene 340 tarih ve 100 numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizden tetkiki istidâsına dair Ali Rıza imzalı layiha-i temyiziyye Evkaf dava vekili Ahmed Nuri imzalı layiha-i cevabiyye ilam-ı mezkurla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbâb-ı nakziyesi</p> <p>Hadisede hilaf-ı şart-ı vakf mazbut-u hazine olmasına irade-i seniyye taalluk etmiş olsa bile şart-ı vâkıfa ve ahkâm-ı şeriyeye muhalif olacağından medâr-ı hükm olamayacağı cihetle mezkûr akârât-ı vakfiyenin tevliyeti iddia olunduğu üzere on kadar evlad-ı vâkıfa tevcih olunmuş ise kendileri müstakim olduklarından...</p>

Sene 2, Sayı 13-14-15, Rûmî Ağustos 1339, Miladi Ağustos 1923		
Mukarrerât-ı Temyiziyye		
Heyet-i Temyiziyye Hukuk Dairesi Mukarrerâtı		
Sayfa	Karar N.	Karar Özeti
579	5613	Bir hadisenin izalesi davalarında münazaun-fih-i muhillin mutasarıf-ı hakikisi olduğu müsbit olan sened-i resmîyenin müddei tarafından ibraz edilmesi lazım gelir.
579	5615	Emin yeminiyle tasdik olunmak muktezi iken aksinin müddei aleyhe isbat ettirilmesi nakz-ı hükmü müstelzim olur.
580	5616	Menâfi-i mağsub mazmun değilse de mağsub muaddün-li'l-istiğlal olduğu takdirde ücret lazım geleceği muktezi iken bundan zuhûl edilmesi müstelzim-i nakz ahvâldendir.
580	5617	Suret-i iddiaya göre yeminin şekli tespit edilmek muktezidir. Zabıtnameye şekl-i yeminin tahrir edilmemesi müstelzim-i nakz ahvâldendir.
580	5619	İtirazen cereyan eden muhakemenin muallak olduğu günde asıl müddeinin adem-i vüruduna mebni hakk-ı muhakemenin muvakkaten sükutuna karar verilmiş iken ahiren müddei ve mu'teriz-i aleyhin mahkemeye gelmesi üzerine itiraz davasının devam-ı rüyetine karar verilmesi ve mu'terizin istidâsının reddedilmesi müstelzim-i nakz esbab-ı kanuniyedir.
581	5620	Vekilin akdi nefsine veya müvekkiline muzaf kılınp kılınmadığının tetkik edilmemesi müstelzim-i nakz ahvâldendir.
581	5560	Mevâdd-ı hukukiyede hükm-ü gıyabiyenin keenlemeyekün addedilebilmesi netice-i kararlar tayin edilebilir.

582	5663	Müddeinin başka başka ikame ettiği davalar bi't-tevhid mecmuu elli bin kuruşu tecavüz ettiği halde sulh mahkemesinde tevhidten rüyet edilmesi müstelzim-i nakz ahvâldendir.
582	5668	Mürur-u zaman esbab-ı temlikten değildir.
583	5689	Hin-i talepteki bedel-i mislin erbab-ı vukufa takdir ettirilmemesi müstelzim-i nakzdır.
583	5690	(?) davasına karşı mülk-ü mutlaka şehâdetin davaya adem-i muvafakatini istilzam eyler.
583	5691	Ecr-i müsemma lazımgelen ahvâlde ecr-i kanununin takdir ve hükmedilmesi müstelzim-i nakzdır.
584	5693	Esbâb-ı sübutiyenin fikra-i hükmiyede irae edilmemesi derûn-i zabıtta esbâb-ı sübutiye kifayetinden bahs olunmaması müstelzim-i nakzdır.
584	5696	İstihkak davalarında müddeinin istizhâren tahlif edilmemesi müstelzim-i nakz ahvâldendir.
585	5697	Davasını ispattan izhar-ı acz eden müddeinin hakk-ı tahlifi derkâr iken bu lüzum-u kanuniyenin istimâl ettirilmemesi müstelzim-i nakzdır.
585	5699	Hayvânâtın kendiliğinden ikâa ettikleri hasar müceb-i zamân değildir.
585	5700	Zarar-ı külli hasârât vakıa-ı bedel-i iltizamın nisfını tecavüz etmekle hasıl olur.
586	5701	Sulh hakimleri hakkında olan kanun mücibince mehâkim-i sulhiyye ısdârı mutazammın karar itasına salahiyettar değildir.
586	5765	Müşteri mebîn bi'l-istihkak hükmen zabt edildiğini mutazammın ilam ibraz etmedikçe bayi hakk-ı rücuu olamaz.
587	5767	Şahitlerin ale'l-infirâd istimâi ve suret-i şehadetlerinin ayrı ayrı olarak zabta derç edilmesi muktezidir.
587	5801	Mazeret-i meşrûasından mahkemeyi haberdar eden muterizin mazereti tahkik edilmeksizin redd-i itiraza karar verilmesi müstelzim-i nakzdır.
587	5953	Kıymeti gayr-ı muayyen davanın rüyeti mehâkim-i sulhiyyenin vazifesi haricindedir.

Şer'iyye Dairesi Mukarrerâtı

Sayfa	Karar Özeti
588	Muğla Livası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 23 Şaban 1341 tarih ve 60 sicil numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizden tetkiki istidâsına dair Mustafa Nuri imzalı layiha-i temyiziyye ve Mustafa Tefvik imzalı layiha-i cevabiyye ve sair evrak-ı müteferriasi ilam-ı mezkûrla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu. Esbab-ı nakziyyesi Hadisede arazi-i müddeabiha vakıf olup olmadığı ve vakıf ise envai ve aksamından hangisinden olduğuna dair...

588	<p>Kütahya Livası merkez mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 1 Ramazan 341 tarih ve 158 sicil numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Mehmed Halid imzalı layiha-i temyiziyyenin nüsha-i saniyesi mümeyyiz-i aleyhaya lede't-tebliğ layiha-i cevabiyye ita etmediği anlaşılmaqla layiha-i temyiziyye ilam-ı mezkûrla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbab-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede meclis-i mezkûrun meclis-i akit veyahut meclis-i vaad midir tavzih edilmemiş olduğu gibi...</p>
589	<p>Mardin Livası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 30 Rebiülevvel 341 tarih ve 95 sicil numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Emine imzalı layiha-i temyiziyye ve Halil imzalı layiha-i cevabiyye ilam-ı mezkûrla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbab-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede vesayet-i mezkûrenin sübutuna binaen müsi-biha olan bahçe-i mezkûrun evvel emirde ihracı ile ba'de emlak-ı sairenin taksimi icab edeceğinden...</p>
589	<p>Sürmene Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden ita olu5 Zilkade 1341 tarih ve 9 numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Ahmed mühürlü layiha-i temyiziyye ve Emin ve Hasan mühürlü layiha-i cevabiyye ilam-ı mezkûrla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbab-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede zevci sağır-i mezbûr Dursun'un hîn-i akd-i nikahta henüz tevellüd etmediğinin dermeyer edilmesine göre nüfus dairesinden kaydının istifsarı ve kendisinin muayene ve müşahedesıyla ona göre ifa-i muamele edilmek...</p>
590	<p>Lazistan Livası mahkeme-i şer'iyyesinden ita olunan 23 Şevval 341 tarih ve 72 sicil numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Zülfiye vekili Hulusi imzalı layiha-i temyiziyyenin nüsha-i saniyesi mümeyyiz-i aleyhaya lede't-tebliğ layiha-i cevabiyye ita etmediği anlaşılmaqla layiha-i temyiziyye ilam-ı mezkûr ve sair evrak-ı müteferriasiyla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbab-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede evvel emirde dava tashih ettirilmemiş olduğu gibi şahs-ı salis sıfatıyla dahil-i dava olmayan istidâsında bulunan Şemseddin'in bidayeten duhulüne karar verildikten sonra...</p>
590	<p>Konya Vilayeti mahkeme-i şer'iyyesinden ita olunan 22 Receb 341 tarih ve 2335 numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Ahmed Rasim imzalı layiha-i temyiziyyenin nüsha-i saniyesi mümeyyiz-i aleyhaya lede't-tebliğ layiha-i cevabiyye ita etmediği iş'ar-ı mahalliden anlaşılmaqla layiha-i temyiziyye ilam-ı mezkûrla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbab-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede nikahın akdi mahalli Petric Kazası olmasına ve mezbûrenin elyevm Konya'da olup zevcinin hasbe'l-memuriye Ankara'da bulunmasına göre madem ki mezbûre muhacireten zevci ile maân hicret etmiş olmalarına binaen adem-i itaat hakkında beyan edilen esbab...</p>
591	<p>Cizre Kazası mahkeme-i şer'iyyesinden aleyhine ita olunan 29 Zilkade 1341 tarihli işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Evkaf memuru Cemil mühürlü layiha-i temyiziyye ve müteveffa Mustafa Paşa veresei vekili Cahid mühürlü layiha-i cevabiyye ilam-ı mezkûrla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbab-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede müddeabih dükkânlardan sekiz adedinin vakfiyetine hükmedilmiş ise de hükm-ü mezkûr huzûr-u şeride sabit olup olmadığına...</p>
591	<p>Sivas Vilayeti merkez mahkeme-i şer'iyyesinden ita olunan 15 Şaban 341 tarih ve 45 numaralı işbu ilam hükmüne adem-i kanaatle temyizen tetkiki istidâsına dair Receb mühürlü layiha-i temyiziyye ve Evkaf İdaresi vekili Ahmed imzalı layiha-i cevabiyye ilam-ı mezkûr ve sair evrak-ı müteferriasiyla birleştirilerek kıraat ve tetkik olundu.</p> <p>Esbab-ı nakziyyesi</p> <p>Hadisede müddeabih mahallin vakfiyetine hükmedilmiş ise de istibdalde şerait-i istibdalin</p>

		vücudu li-ebed olup şerait-i mezkûre-i mevcûde idüğüne dair elde ferman suretinden başka bir vesika olup olmadığı tahkik edilmemiş...
Temyiz İstidâları Dairesi Mukarrerâtı		
Sayfa	Karar N.	Karar Özeti
592	652	Mahall-i bey olan dükkanda bandrolsüz kibrit bulundurulması o kibritlerin bey'e arz olduğuna delildir. Bu hususa dair tanzim kılınan zabıt varakalarının aksi ispat ve delail-i saire ile hükümden ıskat olmadıkça o bandrollü olduklarına delalet edemez. Hazine Vekaletinde bulunacak zatın vekaletnamesi olup olmadığının tetkiki ve zabıtnamede zikri lazımdır.
593	690	Bir cürmün suret-i ikaina dair mevcut olan şehâdât esbab-ı mücibe beyanı suretiyle reddedilmeyerek beraat kararı verilemez ve bila-ruhsat kat' olunan eşcarın maktâ'larının adem-i tayini kâtalara meşruiyet bahşedemez. Maktûa apaçların mukatta ile adem-i tatbiki mücerret esbab-ı beraatten olamaz. Birbirine muhalif şehâdattan birinin diğerine tercihi halinde esbab-ı mücibe beyanı lazımdır.
594	705	Başka başka cürümden dolayı müteaddit mehâkimde maznuniyeti olan şahsın içtima-i ceraim kaidesine tevfikân bir mahkemede tevhidden muhakemesinin icrası lazımdır. Fakat bir cürümden dolayı müteaddit eşhasın bir mahkemede muhakemeleri icra olunmakta iken bu maznunlardan bir şahsın diğer mahkemede maznunen derdest muhakemesi olduğu anlaşıldıkta o şahsın şerik cürümlerinden muhakemesinin tefrikiyle diğer mahkemeye sevki gayr-i caizdir ve çünkü muhakemenin tefriki halinde aynı delail ve esbab ile bir mahkemenin mahkumiyete diğer mahkemenin beraate karar verilmesinin ihtimali mevcut ve mehâkimden bir hadise hakkında birbirine muhalif kararların süduru muhtemel ve melhuz olduğundan diğer mahkemedeki cürmünden dolayı mücrimiyetine karar itası halinde içtima-i ceraim kaidesine tevfikân ve tevhidden ceza tayini için mücrimiyet ve beraat kararlarından herhangi biri itihaz edilirse işar hususunun o mahkemeye tebliği muktezidir.
596	714	Tedavül eden evrakı nakdiyye olması itibariyle katib-i adlin mücerred kendisine ait ücretin madeni olarak verilmemesinden dolayı muamele-i tasdikânın tehiri vazifesini suistimâl cürmünden ma'duddur.
597	716	İcra kılınan tebligat üzerine muteriz davete icabet etmediği halde birinci yevm içtimada itiraz arzuhalinin keenlemeyekün addine karar verilmesi lazımdır. Muhakeme vakt-i ahara talik olduğu halde muterize tekrar ve yeniden celbname irsali icab eder. Celbname gönderilmeyerek birinci yevm içtimada gelmemiş olduğundan bahisle ve ikinci üçüncü muhakemede muterizin istidâsının keenlemeyekün addine karar verilmesi kanuna muhaliftir.
599	728	Ereğli Havza-i Fahmiyesi'nde kazazede olanlardan vefat edenlerin ve eşleri tarafından ikame olunacak tazminat davalarıyla kazanın vukuu sui idareden veya fennen ifası lazım gelen hususatın adem-i ifasından neşet eylediği halde âmil ve müstelzim haklarındaki ceza tertibine dair davaların rüyeti Sulh Hakimlikleri Kanunu'na tevfikân sulh mahkemelerinde rüyet edilecektir. Fennen sabit olan bir hususun hilafı yine fennen ispat edilmesi icap eder.

600	729	Tenbâkûların bir mahalden diğerk mahalle nakli nakil tezkeresine mütevakıftır. İnhisar-ı Duhan Kanunu'na muhalif harekâtın dolaylı usulüne tevfiikan tanzim kılınmış olan zabıt varakalarının münderecatı sahteliği iddia olununcaya kadar muteberdir.	
Mahkeme-i Temyiz Ceza Dairesi Mukarrerâtından			
Sayfa	Karar N.	Esas N.	Karar Özeti
601	2501	2497	Leylen ve müsellahan eşhas-ı müteaddide tarafından muamele-i cebr ve şiddet icrasıyla ika edilen sirkat fiiline Kanun-u Ceza'nın 221'inci maddesi mâ-bihi't-tatbik olunur.
602	2556	2562	İzhar-ı hakk şahidinin muhallifen istimâ muhalif-i usul ve müstelzim-i nakz-ı esbab-ı kanuniyedendir.
603	2571	2561	Mazbata-i ittihamiye mahiyetinde olan müstantık kararnamesiyle ittihamnamenin kıraatinden sonra müddeiumumilik canibinden tasvir ve teşrih-i davayı müteakip müttehemlere söz verilmek ve ba'de evrak-ı saire-i dava okutturulmak suretiyle tertib-i kanuniyeye riayet olunması ve fail-i asıllarla fer'an zî-medhal bulunanların esasât-ı cezaiyeye tevfiikan tefrik ve izah edilmesi lazımdır.
604	2642	2639	Eşhas-ı müteaddide tarafından ika edilen sirkat-i cebriye esnasında birinin vukua getireceği cerh fiilinin sirkatin vaz'ı noktasından diğerk şürekayı cürme müessir ve binaen aleyh cerhin fail-i müstakilinin tayin edilememesi mahiyet ve nev-i cürmü tağyir edemeyeceği derkâr olduğu halde Kanun-u Ceza'nın 180'inci maddesinin tayin-i cezada esas ittihazı muğayir-i kanundur.

Sene 2, Sayı 16-17-18, Rumi Teşrinisani-Kanunuevvel 1339, Kanunusani 1340, Miladi Kasım-Aralık 1923, Ocak 1924			
Mahkeme-i Temyiz Kararları			
Sayfa	Karar N.	Esas N.	Karar Özeti
648	2650	2670	Cebr ve şiddetin mukteziyyatından olan darbdan mütehasıl (?) ve berelerin cerh addiyle, Kanun-u Ceza'nın 218'inci maddesinin tayin-i cezaya esas ittihazında isabet-i kanuni yoktur.
649	2674	2645	Heyet-i Mahsusa-i İthamiyeler emârât-ı mevcudenin ithama derece-i kifayetini takdire salahiyettardır.
650	2711	2679	Hapishaneden firar edip nâdimen avdet ve teslim-i nefis eden mahbusinin Kanun-u Ceza'nın 7'nci maddesine tatbik hareketiyle tezyid-i mücâzâtı kasd-ı kanuna münâfi ve firar fiilinden mahkumiyet-i katiye-i sabıkasının tekerrüre esas ittihazı gayrı caizdir.

651	2781	2786	Maktulün muhtelif mahallerinde görülen cürüh-u müteaddideden hangisinin münbais-i mevt olduğunun erbab-ı fence tayini ve müttehemlerin her birinin fiil-i katlde derece-i dühul ve iştraklerinin tespiti lüzumundan zühul olunması müstelzim-i nakzdir.
652	2806	2811	Bir münazaa esnasında atılan silah mermisinin tevci-i istihdaf edilen şahsın gayrisına isabetiyle cerihadâr olmasının hataya hamli gayri caiz ve mahiyet-i kast cürmü haizdir.
653	2814	2820	Tesir-i bürüdet ve adem-i tedavinin fail ininde meçhul olan esbab-ı mütekaddimeden ari maksat kanuna mugayir ve binaenaleyh nakzı müstelzimdir.
654	2959	2967	Nakz-ı vakıa mücrimiyet kararına sârî ve mücrimin hal-i ithama avdiyle tekrîr-i muhakemesini dâî olduğu halde, mücrimin ikmal-i müddetle tahliye edildiğinden bahisle tekrîr-i muhakemesine mahal olmadığına mütedair itihaz-ı karar olunması doğru değildir.
655	3076	3074	Teşkilat-ı hazıra itibariyle heyet-i ithamiye makamında olan bidayet hakimlerinin itirazen tetkik edeceği mesailde delâil-i mevcudenin ithama kifayet ve adem-i kifayetini takdire salahiyetleri vardır
657	3126	3090	Müstantıklıkça itihaz olunan mukarrerâta karşı evvel emirde hakk-ı itirazlarını istimâl etmeyerek ıskat eden bidayet müddei umumilerinin mâ-fevkinde bulunan istinaf müddei umumiliğinden vuku bulan itirâzât üzerine bade'l-fesh müstantıklıkça ikinci defa itihaz edilen karar-ı mecburiye karşı hakk-ı itirazları olamaz.
658	-	-	Miri ormanlarından bilâ-ruhsat kat' olunan eşcârın karakol inşası için kat edildiğine dair jandarmaların beyânât-ı mücerrideleri kat'ların adem-i mesuliyetini istilzam etmez. Karakol inşası için eşcâr katına hakimce emir verilip verilmediğinin ve jandarmaların emr-i mücbir gibi bir hal ve hareketi mevcut ve mesbûk olup olmadığının evvel emirde tahkiki ve katiyyen karakol inşası için olsa bile Orman Nizamnamesi mücibince muamele ifası lazımdır.

659	-	-	<p>İtiraz üzerine karar-ı gıyabi-i istinafiyenin keenlemyekün addine karar verilirken sonra yeniden tetkikat-ı istinafiyenin icrası ve istinaf istidâsının müddet-i kanuniyesi zarfında verilir verilmemişinin tetkiki, süresinde verilmediği anlaşıldıktan sonra istidânın ilam-ı ibtidaiyenin ve itirazat-ı vakıanın ve evrak-ı sairenin kıraatinden sonra bir karar ittihazi icap eder iken, bu usule riayet edilmeyerek hükm-ü ibtidaiyenin feshiyle adem-i mesuliyete karar verilmesi ve bir davanın bir mahkemeden diğer mahkemeye nakli ve mahkeme-i temyiz kararına mütevakıf iken mücerret adliye vekaletinin emriyle bir davanın diğer mahkemeye nakl olunması, ve saffet-i Muhammed (s a) murad olunarak İslamiyet denilen din bir şahsın kavlından ve Kur'an-ı Kerim o şahsın düzme koşma safsatlarından ibarettir demek ve Hazret-i Muhammed'e dürg-i sahtekarlık isnat etmek gibi elfazın fazâhat-ı lisaniyeden ma'dûd olduğu halde bu tefevvühatın fazâhat-ı lisaniyeden addedilmemesi muhalif-i kanundur.</p>
-----	---	---	---

KAYNAKÇA

- BCA, Fon:30-18-1-1, Kutu 1, Gömlek 1, Sıra 10, Tarih: 16.05.1920.
- BCA, Fon: 30-18-1-1, Kutu 2, Gömlek 28, Sıra 16, Tarih 17.01.1921.
- BCA, Fon: 30-18-1-1, Kutu 7, Gömlek 37, Sıra 13, Tarih: 17.10.1923.
- Ceride-i Adliyye, Sayı 7-18.
- Ceride-i Resmiiyye, Numara 1, Sene 1, 7 Şubat 1337.
- Dstr, I/4, 5, 8; II/5, 6, 8, 9, 12; III/1, 2.
- Abdülhalik Midhat, "Jüri ve Heyet-i İthamiye", S.2, İstişare Dergisi, ss. 62-66.
- Ahmed Ziya, "Muhasebe-i Kanuniye-III: Bizde Heyet-i İthamiye", C. II, S. 8, İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, ss. 90-96.
- Argunhan B, "Ceride-i Mehâkim'in Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuku Bağlamında Tahlili (1873-1875)" S.70, 2023, Adalet Dergisi, ss. 613-666.
- Aydın M A, "Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye", TDVİA, C.9, İstanbul, 1994, ss. 387-388.
- Aydın M A, Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.
- Bingöl S, "Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-i Mehâkim'deki st Mahkeme Kararları", S.1, C.XX, 2005, Tarih İncelemeleri Dergisi, ss. 15-38.
- Cin H / Akyılmaz G, Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, Konya, 2021.
- Ekinci E B, Ateş İstidası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- Ekinci E B, Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası), 2. Baskı, Arı Sanat, İstanbul, 2017.
- Karaismailoğlu E / Demirtaş R A / Onat İ E, "Her Türlü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru bir Hatve": Ceride-i Adliye, Makale Fihristi ve Yazar Dizini (1909-1929), S. 13-14, 2012, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss. 137-216.
- Karataş A V, "Tanzimat Dönemi Hukuk Muhakemesinde İstinafı Mümkün Kararlar: Ceride-i Mehâkim'de Yayımlanmış Kararlar Kapsamında Bir İnceleme", S. 70, 2023, Adalet Dergisi, ss. 571-612.
- Kayar B, Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları, Adalet, Ankara, 2021.
- Kenanoğlu M M, "Nizâmiye Mahkemeleri", TDVİA, C.33, İstanbul, 2007, ss. 185-188.
- Kılınç A "The Influence of the Ottoman State on Islamic Law", S.7, 2022, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss.547-580.
- Kılınç A / Yıldırım D, "Tanzimat Dönemi Dalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması", Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları-Kamu Hukuku, Nuran Koyuncu / Abdülkadir Yıldız (ed.), Konya, NE Yayınları, 2021.

Köksal O, “Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit’e Sunulan Bir Layiha”, S. 9, 1998, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, ss. 263-285.

Mumcu A, Divan-ı Hümayun, 5. Baskı, Phoenix, Ankara, 2020.

Saylan K, “II. Abdülhamid Döneminde Mahkemelerin Islahına Dair Hazırlanan Layihalar ve İsimli Bir Layiha Örneği”, S. 31, 2016, Karadeniz Dergisi, ss.265-278.

Turan A, Divan-ı Ahkam-ı Adliye, Adalet, Ankara, 2022.

Türkezade Hafız Mehmed Ziyaeddin Efendi, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Fethi Gedikli / İbrahim Enes Onat (Haz.), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021.

Ülker İ, “Osmanlı Ceza Yargılamasında Müstantik (Sorgu Hâkimi)”, C. 11, S. 1, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ss.41-57.

Yavuz H, “Ceride-i Adliyye”, TDVİA, C.7, İstanbul, 1993, ss.404-405.

Yavuz H, “Ceride-i Mehâkim”, TDVİA, C.7, İstanbul, 1993, ss.408-409.

<https://www.yargitay.gov.tr/tarihce>

TÜRKİYE'DE AVUKATLIĞIN TARİHİ VE İLK KURULAN BAROLAR HAKKINDA

About the History of Attorneyship in Türkiye and the First Established Bar Associations

Av. Tugay AYDIN*

Öz: Türkiye'ye Avrupa'dan gelerek yerleşmiş bir meslek olan avukatlık mesleği, İslam Hukukunda veya klasik Osmanlı hukuk sisteminde karşılığı olmayan bir meslektir. Türkiye'de, savunma mesleğini yapanlara ilişkin ilk yasal düzenleme 1876'da yapılmış olmakla birlikte 19. yüzyılda varlığı bilinen iki baro Konstantinopolis Barosu (Barreau de Constantinople) ve 1878'de kurulan Osmanlı (İstanbul) Barosu'dur. Taşradaki avukat yoğunluğuna rağmen 30 yıl boyunca İstanbul dışında bir baro kurulmamıştır. Osmanlı Barosu'nun kuruluşunu 1908'de İzmir Barosu, 1909'da Hüdâvendigâr (Bursa) Barosu, 1912'de Konya Barosu takip etmiştir. Bugün Türkiye sınırları dışında kalan Halep Barosu ve Bağdat Barosu da Osmanlı döneminde kurulmuş barolardır. Türkiye'deki eski baroların birçoğunun kuruluş tarihi hatalıdır. Bu duruma, 1934'te kurulduğu kabul edilen fakat 1924-1927 arasında kurulmuş olan Eskişehir Barosu örnek verilebilir. Eskişehir Barosu'nun ilk başkanı Osman Cudi Bey'dir. Türk barolarının tarihinin yazılabilmesi için Adalet Bakanlığı'nın ve eski baroların tarihsel arşivleri, birinci derecede önem sahiptir. Bu belgelerin bir araya toplanarak erişime açılması Türk Hukuk Tarihi için büyük bir hizmet olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İstanbul Barosu, Eskişehir Barosu, Türk Hukuk Tarihi, avukatlık tarihi.

Abstract: The profession of attorneyship, which is a profession that came to Turkey from Europe, is a profession that does not equivalent of Islamic Law or classical Ottoman legal rules. In Turkey, the first legal regulation regarding defense professionals was made in 1876. The two bar associations known to have existed in the 19th century are the Constantinople Bar Association (Barreau de Constantinople) and the Ottoman (Istanbul) Bar Association, founded in 1878. Despite the density of lawyers in the provinces, no bar associations were established outside Istanbul for 30 years. The establishment of the Ottoman Bar Association was followed by the İzmir Bar Association in 1908, the Hüdâvendigâr (Bursa) Bar Association in 1909, and the Konya Bar Association in 1912. The Aleppo Bar Association and the Baghdad Bar Association, which are outside the borders of Turkey today, were established during the Ottoman period. The founding dates of many of the old bar associations in Turkey are incorrect. An example of this situation is the Eskişehir Bar Association, which was accepted to be established in 1934 but was established between 1924-1927. The first president of Eskişehir Bar Association is Osman Cudi Bey. In order to write the history of Turkish bar associations, the historical archives of the Ministry of Justice and old bar associations are of primary importance. Gathering these documents together and making them accessible will be a great service to Turkish Legal History.

Keywords: Istanbul Bar Association, Eskişehir Bar Association, Turkish Legal History, history of attorneyship.

* av.tugayaydin@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4909-1364.

Makale Geliş Tarihi: 04.07.2023, Makale Kabul Tarihi: 23.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391708

GİRİŞ

Avukatlık, Türkiye'ye Avrupa'dan gelmiş bir meslektir. Osmanlı ve İslam Hukukunda avukatlık karşılığı olabilecek bir meslek veya kurum yoktur. İslam Hukukunda vekâlet müessesesi bulunsa dahi bu müessese hiçbir zaman bir “meslek” boyutuna ulaşmamış ve buna ihtiyaç da duyulmamıştır. Bilindiği üzere Osmanlı Devleti'nde yürürlükte olan kapitülasyonlar gereği Avrupalı yabancıların konsolosluk mahkemeleri ve bu mahkemelerin de kendi yargı yetkileri vardı. Avrupa devletlerinde avukatlık mesleği olduğu için ve bu avukatlar da Osmanlı Devleti'nde bulunan konsolosluk mahkemelerinde çalışabildiği için ülkemizde ilk olarak avukatlık mesleğini icra eden kişiler bu yabancı avukatlar olmuştur. Avukatlık mesleği yabancılardan sonra, gayrimüslim Osmanlı tebaası arasında yayılmaya başlamış ve nihayet Türkler ve diğer Müslüman Osmanlı tebaası arasında yayılmaya başlamıştır.

Avukat kelimesinin karşılığı olarak ülkemizde bugüne kadar kullanılmış kelimeler dava vekili, dava mümeyyizi, muhâmi ve avuka kelimeleridir. Devlet dilinde de kullanılmış olan muhâmi “محمى”, Arapça kökten gelen, dilimize yerleşmiş bir kelimedir ve himaye eden, savunan, koruyan, koruyucu gibi anlamlara gelir.¹ Erkek avukatlar için “muhâmi”, kadın avukatlar için “muhâmiye”, avukatlık karşılığı olarak ise “muhamât” kelimesi kullanılmıştır.² Muhâmi kelimesi avukat karşılığı olarak Osmanlı'nın son dönemlerinden 1926 yılına kadar kullanılmıştır. Birçok Arap ülkesinde halen avukat kelimesi yerine kullanılmaktadır. 460 sayılı Muhamât Kanunu da adını bu kelimedenden alır. 1926 yılında 708 sayılı kanunun birinci maddesiyle Muhamât Kanunundaki “muhamât” kelimeleri “avukatlık” olarak ve “muhâmi” kelimeleri de “avukat” olarak değiştirilmiştir. Bu tarihten itibaren mesleğin adı resmen avukatlık olmuştur. Dava mümeyyizi ve avuka kelimelerinin kullanıldığını ise Kostaki Sardenski'nin İstanbul Barosu Genel Kurulu konuşmasından öğreniyoruz.³ Osmanlı Devleti'nde avukatlar uzunca süre, bir cemiyete bağlı olmaksızın çalışmış ve zamanla avukatların meslek kuruluşları da kurulmaya başlamıştır. Türkiye'de avukatların bir araya gelerek oluşturdukları meslek kuruluşlarına daha eski zamanlarda “muhâmiler cemiyeti”, “avukatlar cemiyeti”, “dava vekilleri cemiyeti”, “dava mümeyyizleri cemiyeti”, “heyet-i vükelâ-yı deâvi” gibi isimler verilmiştir. 1924'te ise Muhamât Kanununun üçüncü maddesiyle bu mesleki kuruluşların tamamına “baro” adı verilmiştir.⁴

¹ “Muhâmi” kelimesi Arapça kökten gelmekle beraber, Türklerin bulduğu bir kelime de olabilir, bu konunun ayrıca araştırılması gerekmektedir.

² Sir James W. Redhouse, Turkish and English Lexicon, 1890, İstanbul. Tıpkıbasım, Çağrı Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2011, s. 1756.

³ Tugay Aydın, “İstanbul Barosu'nun İlk Genel Kurul Toplantısı, İlk Levhası ve Kostaki Sardenski'nin Nutku”, S. 30, 2020 (Güz), Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 113-128.

⁴ Türkiye Barolar Birliği, Türkiyede Savunma Mesleğinin Gelişimi, Birinci Cilt, TBB Yayınları, İstanbul 1972, s. 77.

Türkiye’de savunma mesleği yapanlara ilişkin olarak yürürlüğe konulan ve mesleği gereği gibi düzenleyen ilk metin 13 Ocak 1876 tarihli Mehâkim-i Nizâmiye Dava Vekilleri Nizamnâmesi’dir.⁵ Türkiye’de 1876’dan önceleri de dava vekili olarak çalışan kişiler bulunmakla birlikte, bu dava vekilleri hakkında özel bir yasal düzenleme olmaması, mesleğin tarihinin nispeten yeni olması sonucunu doğurur. Bu sebeple avukatlığın tarihini daha da gerilere götürebilmek için birçok yazar tarafından avukatlık, daha önce var olan başka meslekler ile ilişkilendirilmeye çalışılır. Osmanlı Devleti’nde çok önceden beridir var olan ve bugün hala devam eden arzuhalcilik mesleği, şimdiye kadar bazı yazarlar tarafından avukatlığın çekirdeği⁶ olarak kabul edilmiş olsa da bu durum tartışmaya açıktır. Bu fikri ortaya atan ilk kişi olduğunu düşündüğümüz Ali Haydar Özkent’in kendisi de konuya şüpheyle yaklaşmaktan geri duramamıştır.⁷ Türkiye’de avukatlık mesleğinin, dışarıdan gelen ve sıfırdan oluşup süreç içerisinde yerleşip olgunlaşan bir meslek olduğunu kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Okuma-yazma oranlarının çok düşük olduğu Osmanlı toplumunda, devlet dairelerine hitaben yazılan dilekçeler, belli kalıp ve kurallara uymak zorundaydı. Sıradan vatandaşın bilmesi mümkün olmayan bu usul ve kalıplar, okuma-yazma oranının çok düşük olması ve halkın, makamlara meramını yazılı olarak ifade edebilmesi ihtiyacı, bir tür katiplik olan arzuhalcilik mesleğini doğurmuştur. Katiplik faaliyetinde esasen bir “müdafaa” unsuru bulunmadığı gibi arzuhalciler sadece dilekçe yazan değil ihtiyaca göre katiplik yapan kimseler olmuşlardır. Eğer arzuhalcilik mesleği avukatlığın çekirdeği olsaydı aynı yer ve zamanda iki mesleğin de senelerdir bulunmasının ve ikisinin de bugüne kadar devam etmesinin anlamsız olacağı ortadadır. Birçok dönem ruhsatnâme ya da hukuk eğitimine gerek olmaksızın dava vekilliği yapabilmek mümkün olduğu halde arzuhalciliğin yok olmamış olması da bu bakımdan dikkat çekicidir. Baroların kurulmaya başlanmasıyla beraber arzuhalcilerden hangi oranda avukatlığa geçiş olmuştur, ilk avukatlardan ne kadar arzuhalcilikten geçmedir, bu hususlar da durumu daha da aydınlatılabilmek için ayrıca araştırılması gereken konulardır.

I- KONSTANTİNÖPOLİS BAROSU (BARREAU DE CONSTANTINOPLE)

Avukatlık hakkındaki ilk yasal düzenlemeden ve ilk Osmanlı barosundan önce de ülkemizde avukatlar ve baro bulunmaktaydı ancak bu baro yabancılar tarafından kurulmuştu. Osmanlı baroları sahneye

⁵ Osman Kuntman, “Türkiye’de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosu’nun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro”, Cilt 62, S. 4-5-6, 1988, İstanbul Barosu Dergisi, s. 263.

⁶ Adil Giray Çelik, Tarihte Savunma ve Meslek Kuralları, Denizli, 1999, s. 38; Ali Haydar Özkent, Avukatın Kitabı, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1940, s. 47.

⁷ “Bunlar, avukatın bugünkü anlama göre iki esaslı vazifesi olan yazı ile müdafaa ve sözle müdafaadan birincisini yaptıklarına göre, Türk avukatlığının çekirdekleri desek çok mu ileri gitmiş oluruz?” (Özkent, a.g.e., s. 47.)

çıkmadan önce, yabancıların kurduğu Konstantinopolis Barosu (Barreau de Constantinople) faaliyettedir. Konstantinopolis Barosu, Ali Haydar Özkent tarafından, yabancılar tarafından kurulması ve üyelerinin çoğunun yabancı olması sebebiyle “Ecnebi Barosu” olarak adlandırılmıştır.⁸ Bu adlandırma daha sonraki çoğu kaynakta da kullanılmaya devam etmiştir. Avrupalı yabancıların kurduğu bu baro ile ilgili bilgilerimiz bugün hala kısıtlıdır ve bu barodan günümüze ulaşan, tespit edilebilmiş birkaç belge vardır. Bu belgelerden biri Başkan Georges Furlani'nin ilk anayasamız olan 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'yi, ilanından bir buçuk ay kadar sonra ele aldığı genel kurul konuşmasıdır. Furlani'nin bu konuşması İstanbul'da Fransızca olarak basılmıştır⁹ ve eski harfli Türkçe bir çevirisi de devlet arşivlerinde bulunmaktadır.¹⁰ Georges Furlani'ye göre Osmanlı kanunlarında radikal değişiklikler yapılmalıdır, özellikle yargılama usulüne ilişkin eksikliklerin giderilmesi gerekmektedir; şüphe yok ki Osmanlı hükümeti için bunlar bir ihtiyaç olduğu kadar hadiselerin gelişiminden ötürü bir mecburiyet olarak da kendini gösterecektir. Furlani, Kanun-ı Esasi'nin ilanının, vadettikleri ve getirdikleriyle terakki/ıslahat yolunda bir hareket noktası olduğunu belirttikten sonra başlıca yenilikleri değerlendirir. Öncelikle “büyük reformatör”, tercümede “müceddid-i esas-ı devlet ve muhyi-i millet” olarak nitelendirdiği II. Abdülhamid'in hatt-ı hümayûnuna değinerek mutlakiyetten meşrutiyete geçişin bir yandan kötü idare ve uluslararası gelişmeler, öte yandan medeniyet, hürriyet, adalet ve müsavat üzerinden gerekçelendirilmesine dikkat çeker; vükelanın sorumluluğu ve müsavat ilkelerinin önemini vurgular.

Konstantinopolis Barosu ile ilgili bir başka belge de 1876'da İstanbul'da Fransızca olarak basılan baro tüzüğüdür.¹¹ 29 sayfalık bu metinde baronun kuruluşu ve konusu, baro üyelerinin görevleri, borçları ve imtiyazları; baroya kabul, barodan çıkış ve baro levhası, baro örgütü, genel kurul, yönetim kurulu, başkan, sayman üye, baro sekreteri, disiplin işleri ve ücretsiz yardım başlıkları altında “baro tüzüğü” 53 maddede düzenlenmiştir. Tüzüğün ardından baronun mevcut üyeleri, yönetim kurulu üyeleri ve fahrî üyeleri listelenmiştir.¹² Baronun levhası, “*Liste Des Members de la Société du Barreau de Constantinople*” başlığı altında verilmiştir. 24 Ocak 1876 tarihli bu listeye göre Konstantinopolis

⁸ Özkent, s. 46.

⁹ M. Georges Furlani (président), La Constitution Ottomane du 11/23 Décembre 1876 - Discours Prononcé le 2 Février 1877 Dans la Séance de L'Assemblée Générale du Barreau de Constantinople, Constantinople, 1877, Typographie et Lithographie Centrales.

¹⁰ BOA, Y.EE., 71/18. Bu konuşma, yeni harflerle yayımlanmıştır. Bkz. Tuğay Aydın, “Barreau De Constantinople Reisi Georges Furlani'nin Kanun-ı Esasi'ye ve Osmanlı Hukukuna Dair Konuşması (La Constitution Ottomane, 1877)”, S. 33, 2022 (Bahar), Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 49-63.

¹¹ Status de La Société du Barreau de Constantinople, Constantinople, 1876, 29 s.

¹² Bu tüzük Türkçe'ye çevrilerek 1972 yılında Türkiye Barolar Birliği tarafından yayımlanmıştır. Bkz. Türkiyede Savunma Mesleğinin Gelişimi, TBB Yayınları, İstanbul 1972, s. 12-23.

Barosu'nda kayıtlı 33 avukat vardır. Avukatların 10'u Yunanistanlı, 6'sı Osmanlı, 5'i İngiltereli, 4'ü İtalyalı, 3'ü Fransalı, 2'si Avusturya-Macaristanlı, 2'si Belçikalı, 1'i Rusyalı'dır. Baronun o tarihteki başkanı İtalyan Georges Furlani olmakla beraber, fahrî üyelerden olan İngiliz James Carlille M'Coan ve Fransız Louis Amiable'nin de eski başkanlar olduğu bilgisi vardır. Eski Başkan Louis Amiable, birçok yazılı eseri olan ünlü bir kişiliktir. Konstantinopolis Barosu levhasındaki Osmanlı tebaasından olan 6 avukat şunlardır: Aleksandre Meriem-Kouli (Rum), Georges Apostolides (Rum), Vincent Hocotzian (Ermeni), Vitche Servicen (Ermeni), Miltiades Jakobo (Rum), Hoannes Bey Alexanian (Ermeni).¹³ Görüldüğü üzere bu baroda Türk veya Müslüman kimse yoktur. Barodaki 6 Osmanlı avukattan biri olan Aleksandr Meryem Kuli, 1878'de kurulacak olan İstanbul Barosu'nun ilk başkanı olacaktır. Konstantinopolis Barosu, İstanbul Barosu'nun kurulmasıyla beraber eski önemini kaybetse de en azından 1908 yılına kadar varlığını devam ettirmiştir.¹⁴ Ayrıca İstanbul'da mütareke yıllarında (1918-1922) Rum avukatlar, Rum barosu ve Ermeni avukatlar, Ermeni barosu kurmuştur. İstanbul'un kurtuluşundan sonra, bu tür faaliyetler bir tür vatana ihanet sayılacağı için, mütareke yıllarında kurulmuş bu barolara ilişkin bilgi ve belgeler mensupları tarafından bilinçli olarak gizlenmiş veya yok edilmiş olmalıdır. Rum barosunun levhasına ulaşan Ali Haydar Özkent, bu levhada 69 avukatın kayıtlı olduğunu ve bunlardan bazılarının 1940'ta da İstanbul Barosu'na kayıtlı olarak avukatlık yapmaya devam ettiğini ifade eder. *Avukatın Kitabı*'ndeki asıl amacının avukatlığın tarihini yazmak olduğundan ve şahıslarla uğraşmak istemediğinden listeyi yayınlamadığını belirterek konuyu kapatır. Ermeni barosunun levhasının ise kimde olduğunu Başkan Hasan Hayri Tan'ın bildiğini ve fakat çeşitli sebeplerle ulaşamadıklarını aktarır. Mütareke yıllarında İstanbul'da bir Yahudi barosu kurulması ise proje halinde kalmış, hayata geçirilmemiştir.¹⁵

II- OSMANLI (İSTANBUL) BAROSU VE KOSTAKI SARDENSKİ'NİN AÇILIŞ KONUSMASI¹⁶

Avukatlığa ilişkin ilk yasal düzenleme olan Mehâkim-i Nizâmiye Dava Vekilleri Nizamnamesi'nin yürürlüğe girmesinden iki sene sonra, Nizamnamenin 30. maddesindeki "*Dava vekillerinin umûr ve hususâtına bakmak ve Nezâret-i Ahkâm-ı Adliye tarafından icra olunacak tebligat-ı resmîyeye vasıta ittihaz kılınmak üzere bir cemiyet-i dâime tesis olunacaktır*"

¹³ Özkent ve sonraki yazarlar bu levhada 5 kişinin Osmanlı vatandaşı olduğunu yazmış olsa da levha incelendiğinde 6 avukatın Osmanlı vatandaşı olduğu görülmektedir. Levhanın sonunda bulunan Ohannes Bey Aleksanyan gözden kaçmış olmalıdır. (Özkent, s. 65; Çelik, s. 48).

¹⁴ Özkent, s. 65.

¹⁵ Özkent, s. 111-112.

¹⁶ Tugay Aydın, "İstanbul Barosu'nun İlk Genel Kurul Toplantısı, İlk Levhası ve Kostaki Sardenski'nin Nutku", S. 30, 2020 (Güz), Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 113-128.

hükümüne dayanarak 5 Nisan 1878'de toplanan İstanbul avukatları ilk genel kurul toplantılarını yapmış, ilk başkan ve yönetim kurulu üyelerini seçmiş, ilk levhalarını oluşturmuş ve ilk Osmanlı Barosu'nu kurmuşlardır. İBB Atatürk Kitaplığı'nda bulunan, Osmanlı Barosu'nun 1881'de yayınlanan dâhilî nizamnâmesinin başlığı, 1. maddesi ve baronun mühürleri incelendiğinde görülmektedir ki bugün İstanbul Barosu olarak bildiğimiz baronun ilk adı "Osmanlı Dava Vekilleri Encümeni"dir. Bu unvan, nizamnâmenin Fransızcasında ise "Barreau Ottoman"dr.¹⁷

Osmanlı Barosu'nun kurulduğu tarih, 15-16 Mayıs 1987'de Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'nda alınan kararla "Avukatlar Günü" olarak kabul edilmiştir. İlk genel kurulun açılış konuşmasını yapan, en yaşlı üye olan Kostaki Sardenski; Antik Yunan, Antik Mısır, Roma, Bizans Fransa ve Osmanlı'da avukatlığın tarihini uzun uzun anlattığı halde konuşmasının hiçbir yerinde arzuhalcilikten bahsetmemiştir. Sardenski, avukatın temel görevlerini şöyle özetler: Bütün insanların öncelikle serbestlik ve özgürlüğünü, daha sonra ırz ve namusunu, daha sonra can ve hayatını, son olarak da mal ve eşyasını mahkemeler huzurunda sözlü veya yazılı olarak korumak ve gözetmek. Sardenski'den edindiğimiz bilgilere göre Antik Yunan'da avukatlara "ritos" deniliyordu ve Antik Mısır'da da savunma mesleği yapan kişiler bulunuyordu. Roma İmparatorluğu'nda avukatlar en bilgin kişiler olarak kabul edilmekteydi ve devlet meselelerinin çözümlenmesi avukatlara havale edilmişti. Kostaki Sardenski'ye göre dünyada ilk baro, Bizans İmparatoru Justin tarafından İstanbul'da "order" adıyla kurulmuştur fakat avukatlık mesleği, gelişimini ve olgunlaşmasını Fransa'da tamamlamıştır. İlk levha 1327'de Fransız Kralı Philip De Valois'in emriyle hazırlanmış, bu levhalar mahkemelere asılmış ve levhada adı olmayan avukatlar mahkemelere kabul edilmemiştir. 1344'te avukatların krala, anayasaya ve avukatlık nizamnamesine sadık olacaklarına dair yemin etmesi zorunluluğu getirilmiştir. 1667'de levhanın her sene yenilenmesi, 1693'te levhaya kayıt için büro edinme zorunluluğu, 1751'de staj zorunluluğu getirilmiştir. Eskiden Fransa'da avukatların en yaşlısının reis seçilmesi âdettir. Bu reislere de yaşları gereği baston kullandıkları için, baston sahibi anlamına gelen "bâtonnier" denilmiştir ve bugün baro başkanı anlamına gelen Fransızca "bâtonnier" kelimesi böyle doğmuştur. Avukatlığın tarihini ve ilklerini anlatan bu konuşma ile beraber Osmanlı Barosu'nun ilk levhası da yayınlanmıştır. İlk levhasında 63 üyesi bulunan Osmanlı Barosu'nun üye sayısı bugün 60 bini aşmıştır. Bugünkü adı İstanbul Barosu olan

¹⁷ Intérieur du Barreau Ottoman, Constantinople, Typhographie et Lithographie du Journal La Turquie, 1881, s. 21; Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnâme-i Dâhilîsidir, İstanbul, La Türkiye Matbaası, 1297, s. 4, 27.

(Birinci Madde: Cemiyet-i mezkûre bin üç yüz doksan bir senesi tarihiyle Bâb-ı Âliden neş ve ilan buyurulan nizamnâme-i mahsûsun ahkâmı dairesinde ve Osmanlı Dava Vekilleri Encümeni unvânı tahtında olmak üzere teşkil olunmuş ve bi'l-cümle efrâdının hangi devlet tebaasından olur ise olsun dava vekâletini ifaya kudret ve liyakati bulunduğunu musaddak Adliye Nezâret-i celîlesinden verilmiş bir kıta ruhsatnâme-i resmîyi hâvi bulunması mukarrer bulunmuştur.)

Osmanlı Barosu, Türkiye’de 19. yüzyılda kurulmuş ve varlığı bugüne kadar devam eden tek barodur.

Mehâkim-i Nizâmiye Dava Vekilleri Nizamnâmesi hükümleri başlangıçta İstanbul’a hasrolunmuş ise de bundan 3 sene sonra 27 Haziran 1879 tarihinde Adliye Nezâreti tarafından vilayetlere, müstakil idare olunan mutasarrıflıklara ve Nizâmiye Mahkemeleri reislerine yazı gönderilerek nizamnâmenin taşrada da icrasına hükmedilmiştir ve bu şekilde taşra vilayetlerinde de baro kurulmasının önü açılmıştır.¹⁸ Fakat buna rağmen uzun yıllar (1908’e kadar) yeni bir baro kurulmamış olması dikkat çekicidir. Bu dönemde kurulmuş bir baro varsa da henüz tespit edilememiştir.

III- İZMİR BAROSU

Taşrada kurulan ilk baro, İstanbul Barosu’ndan 30 yıl sonra, 1908’de kurulduğu kabul edilen İzmir Barosu’dur. İzmir Barosu’nun kurucu başkanı Bekir Behlül Bey’dir. İzmir Barosu’nun ilk yayın organı olan *Mizânü’l-Hukuk*’un 8 Ocak 1910 tarihli 2 numaralı sayısında “*İzmir’de ruhsatnâmeli olarak icrâ-yı vekâlet eden dava vekillerinin Cemiyet-i Dâime nezdinde mevcut defâtirde mukayyed esâmisi huruf-hecâ tertibiyle ber-vech-i âti beyan olunur*” başlığı altında, baroda tutulan defterlerde kayıtlı olan ve İzmir’de ruhsatnâmeli olarak avukatlık yapan 46 kişinin alfabetik listesi verilmiştir. Listede, avukatların sicil numaraları yoktur. Bu liste, İzmir Barosu avukatlarının bilinen ilk listesidir. Listedeki avukatların 19’u Müslüman, 27’si gayrimüslimdir. Avukatların çoğunluğu Ermeni ve Rum, birkaçı da Yahudi’dir. Bu avukatların listesi şöyledir:¹⁹

Alber Tarika Efendi, Ali Rıza Efendi, Anastaş Efendi, Apostolidi Efendi, Artin Baharyan Efendi, Artin Harunyan Efendi, Bekir Behlül Bey, Corci Bobli Efendi, Dimosten Efendi, Efremidi Efendi, Emin Zeki Efendi, Gabriyel Efendi, Gad Franko Efendi, Hasan Pertev Efendi, Hasan Rüşdü Bey, Hüseyin Feyzi Bey, Hüseyin Nesimi Efendi, İbrahim Edhem Efendi, İbrahim Refik Bey, İhtina/Ehtena Efendi, İsmail Salih Bey, Karabet Efendi, Kirkor Çilingiryan Efendi, Kostaki Efendi, Maksud Efendi, Mamoryan Efendi, Manolaki Emanueilidi Efendi, Manuk Kalpakçıyan Efendi, Mehmed Rifat Efendi Gelibolulu, Mehmed Şükrü Efendi

¹⁸ “...mukaddemleri dava vekâleti silkine dâhil olmak isteyenlerin şerâit-i kabullerini ve bunların vazifeleriyle deruhde edecekleri mesâlihte müvekkillerinin hukuk ve menfaatlerine göre hareket etmelerini temin edecek usulü mutazammın bir nizam tesis olunduğu halde ol vakit vilayetlerde dava vekillerinin tekessür etmemesinden dolayı nizam-ı mezkûr Dersaadet’e hasrolunmuş ise de bu istisnânın esbâb-ı mucibesi el-yevm mevcut olmayıp taşralarca dahi bunun tamamıyla her istek eden adamın dava vekâletine girişmesinden hâsıl olan mazarratın defi ehem olmağın nizam-ı mebhûtü’n-anh ahkâmının vilâyatta dahi mevki-i icraya vaz’ı lüzumuna bi’l-istizan irâde-i aliyye taalluk eylemiş olduğundan ber-minval-i muharrer nizam-ı mezkûr ahkâmının oraca dahi mevki-i icraya vaz’iyle...” *Düstur*, 1. Tertip, C. 4, s. 762.

¹⁹ *Mizânü’l-Hukuk*, Sene 2, Numara 2, 26 Zilhicce 1327/26 Kanunuevvel 1325 [8 Ocak 1910], s.18-19.

(Konyalı), Mehmed Tahir Efendi, Mehmed Tahir Efendi (Tireli), Mustafa Tevfik Bey, Nusret Hilmi Efendi, Okset Dejaba Efendi, Oşin Esayan Efendi, Parseh Efendi, Refet Bey, Rifat Bey, Serkiz Şahenyân Efendi, Toma Andonyadi Efendi, Vahan Efendi, Vasilaki Yanis Efendi, Ventura Efendi, Yanko Papadaki Efendi, Yordan Efendi.

İzmir Barosu'nun 1910 tarihli listeden sonra ulaşabildiğimiz en eski levhası, 1 Teşrinievvel 1339 tarihli İzmir Barosu Levhası'dır.²⁰ 30.09.1939 tarihindeki sicil kayıtları esas alınarak hazırlanan bu levhaya göre İzmir Barosu'nda 106 avukat kayıtlıdır.²¹ 1910 listesindeki avukatların büyük çoğunluğu gayrimüslim olmasına rağmen 1939 levhasında sadece 4 gayrimüslim avukat vardır ve bunların tamamı Yahudi'dir. Ermeni veya Rum avukat yoktur. Levhadaki Yahudi avukatlar 67 sicil numaralı Avram oğlu Menahem Adato Haker, 71 sicil numaralı Yako oğlu Muiz Hakmen, 121 sicil numaralı İzak Çiprut oğlu Alber Feridun, 166 sicil numaralı Muiz oğlu Jak Selim Hakmen'dir. Levhadaki avukatların üçü kadındır. Bunlar 169 sicil numaralı Mehmet kızı Fatma Zehra Yegin, 196 sicil numaralı Süleyman kızı Makbule Kiper ve 206 sicil numaralı Ziyaeddin kızı Belkis Elbi'dir. Fatma Zehra Yegin, İzmir Barosu'nun ilk kadın avukatı olabilir.

1939 levhasındaki avukatlar İzmir, Bergama, Tire, Ödemiş, Karaburun, Bayındır, Foça, Menemen ve Torbalı'ya dağılmış durumdadır. Avukatların 78'inin adresi İzmir, 9'u Ödemiş, 7'si Bergama, 5'i Tire, 3'ü Bayındır ve birer tanesinin adresi de Foça, Karaburun, Menemen ve Torbalı olarak yazılmıştır. Levhada 1925-1933 dönemi başkanı Mustafa Nuri Devres 36 sicil numarası, 1939-1952 dönemi başkanı Mehmet Nuri Esen 43 sicil numarası, 1933-1939 dönemi başkanı Mustafa Münir Birsal 51 sicil numarası, 1952-1962 dönemi başkanı Hulusi Naci Selek 156 sicil numarasıyla ve eski Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt da 203 sicil numarasıyla görülmektedir. Dönemin idare meclisi (yönetim kurulu) üyeleri şöyledir: Reis: Mustafa Münir Birsal, Reis Vekili: Tevfik Fikret Adaman, Umumî Kâtip: Nuri Sıtkı Erboy, Muhasip: Halil Sabri Güleç, Âzâ: Ahmet Murat Çınar, Âzâ: Mehmet Emin Degermen, Âzâ: Mehmet Cemil Erkli, Âzâ: Mehmet Saffet Hünler. İzmir Barosu'nda 1910'da 46 üye, 1939'da 106 üye olup bugün 12.424 üye vardır.²² İzmir Barosu'nun avukat sayısı 1910'dan 1939'a iki buçuk kat artmışken, 1939'dan bugüne 117 kat artmıştır.

IV- HÜDÂVENDİGÂR (BURSA) BAROSU

İzmir Barosu'ndan 1 yıl sonra kurulan Hüdâvendigâr (Bursa) Barosu'nun 1909'da kurulduğu kabul edilmektedir. Bursa Barosu avukatlarının 1923'te Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderdiği "*Türkiye*

²⁰ TBMM Kütüphanesi'nde İzmir Barosu 1936 Levhası vardır fakat içeriğine henüz ulaşamadık.

²¹ İzmir Barosu Levhası, Meşher Basımevi, İzmir, 1939.

²² Türkiye Barolar Birliği, "2022 Avukat Sayıları (31.12.2022)". Erişim 14 Eylül 2023. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2022-avukat-sayilari-31122022-83419>

Büyük Millet Meclisi Hükümeti Hüdâvendigâr Vilâyeti Muhâmilere Cemiyetinde Mukayyed Vükelâ-yı Deâvinin Hurûf-Hecâ Listesidir” başlıklı belgede, Bursa Barosu’na kayıtlı 28 avukatın listesi ve adresleri yazılmıştır.²³ İsimler alfabetik sıralanmıştır ve sicil numaraları yoktur. Baronun idare heyeti (yönetim kurulu) 6 kişidir. Heyet üyeleri, Başkan Muhyiddin Baha Bey, Başkan Yardımcısı Numan Bey, üyeler Cezbî Bey, Kemal Ziya Bey, Kamil Bey ve Tevfik Bey’dir. Bursa avukatlarının adres bilgileri incelendiğinde büyük kısmının Koza Han ve Eski Saray Caddesi’nde yoğunlaştığı görülür. Avukatların 10’unun adresi Koza Han, 7’sinin adresi Eski Saray Caddesi, 2’si Nasuhpaşa Caddesi, 2’si Saray Caddesi, 2’si Postahane karşısı, 1’er kişinin adresi de Yeniyol Caddesi, Nalbandoğlu Mahallesi, İzmir Oteli karşısı, Adliye karşısı olarak gösterilmiş, 1 kişinin adresi de belirtilmemiştir. Günümüzde Bursa Barosu’nun avukat sayısı 5308’dir.²⁴ Yüz yıl içerisinde Bursa Barosu’nun avukat sayısı 189 kat artmıştır. Bursa Barosu’nun 1923 yılı avukatlarının listesi şöyledir:

Ahmet Hulusi Bey (Saray Caddesi), Ahmed Kamil Bey (Nasuhpaşa Caddesi), Ahmed Muhtar Bey (Koza Han 95), Ali Kemal Bey (Eski Saray Caddesi), Ali Rıza Efendi (Eski Saray Caddesi), Köstendilli Ali Rıza Efendi (Yeniyol Caddesi), Cemil Bey (Koza Han 111), Cezbî Bey (Koza Han 98), Enver Bey (Nalbandoğlu Mahallesi), Ferid Bey (Nasuhpaşa Caddesi), Hamdi Bey (Koza Han 99), Hasan Kasım Bey (Postahane karşısı), Hilmi Bey (İzmir Oteli karşısında), Hüsnü Bey (Eski Saray Caddesi), İsmet Bey (Eski Saray Caddesi), Kemal Levi Bey (Koza Han 112), Kemal Ziya Bey (Koza Han 90), Mehmed Rıfat Efendi (Saray Caddesi), Muhyiddin Baha Bey (Eski Saray Caddesi), Namık Bey (Koza Han 79), Nazmi Bey (Koza Han 81), Necib Efendi (Postahane karşısı), Numan Bey (Eski Saray Caddesi), Osman Bey (Koza Han 81), Rahmi Bey (Koza Han 98), Senih Bey, Tevfik Bey (Eski Saray Caddesi), Veliyüddin Efendi (Adliye karşısında).

V- KONYA BAROSU

Bursa Barosu’ndan 3 yıl sonra kurulan Konya Barosu’nun 1912’de kurulduğu kabul edilmektedir. Konya Barosu’nun kurucu başkanı Musa Kazım Efendi’dir.²⁵ Konya Barosu’nun kurucu üyelerinden, adını bildiklerimiz Musa Kazım Efendi, Hilmi Aksoy ve Mümtaz Ataman’dır.²⁶ Hilmi Aksoy 1936-1938 döneminde, Mümtaz Ataman da 1943-1950 döneminde başkan olarak görev yapacaklardır. Konya Barosu’nun ilk başkanı bilinmemektedir fakat 1920-1930 dönemindeki başkan veya

²³ BOA, HSDHADB, 6-44. (Belge üzerinde bir tarih notu olmamakla beraber arşivde belge tarihi olarak R-31.12.1339 yazmaktadır).

²⁴ Türkiye Barolar Birliği, “2022 Avukat Sayıları (31.12.2022)”. Erişim 14 Eylül 2023. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2022-avukat-sayilari-31122022-83419>

²⁵ Mehmet Ali Uz, *Konya Hukuk ve Baro Tarihiçesi*, Konya, Konya Barosu Yayınları, 2006, s. 69.

²⁶ Uz, s. 66.

başkanları henüz tespit edilebilmiş değildir.²⁷ Musa Kazım Efendi, Selanik Hukuk Mektebi'nde Mecelle ve Usul-i Fıkıh müderrisi olarak görev yapmış; Hilmi Aksoy, Konya Hukuk Mektebi'nde Sakk-ı Hukuk ve Sakk-ı Ceza müderrisi olarak görev yapmış kişilerdir.²⁸ *Konya Hukuk ve Baro Tarihi* kitabının yazarı Av. Mehmet Ali Uz, Konya Barosu'nun tarihini yazmak için araştırmalar yaptığı sırada ilk olarak baro arşivine başvurduğunu fakat arşivin yıllar önce SEKA'ya gönderildiği bilgisini aldığını ve pek çok yerde aynı durumla karşılaştığını belirtmektedir.²⁹

VI- TAŞRADAKİ AVUKATLAR

Şu ana kadar zikrettiğimiz barolar Türkiye'nin ilk barolarıdır ve diğer köklü baroların çoğu 1920'lerde kurulmuştur. Taşradaki en eski baroların, 1864 tarihli Teşkil-i Vilâyet Nizamnâmesi'ne göre oluşturulan eski vilayet merkezlerinde kurulduğu görülmektedir. Nitekim bu eski vilayetlerdeki avukat sayısının erken dönemlerde bile yoğun olduğu görülmektedir. Kitapçı Arakel Efendi'nin bütün Osmanlı coğrafyasındaki avukatların listesini verdiği yayınına göre 1885-1892 arasındaki dönemde taşradaki vilayetlerinde bulunan avukat sayısı 344'tür. Bu avukatların çoğunluğunun adresi vilayet merkezleri olmakla beraber kaza merkezi ve kasabalarda da avukatlar bulunmaktadır. 1885-1892 dönemi avukatlarının vilayetlere göre dağılımı şöyledir: Aydın 59, Hüdâvendigâr 45, Edirne 30, Selanik 24, Trabzon 19, Halep 18, Konya 18, Adana 16, Ankara 16, Cezâyir-i Bahr-i Sefid 13, Sivas 10, Kosova 9, Suriye 9, Bağdat 8, Beyrut 7, Erzurum 6, Kastamonu 6, Mâmuretü'l-Aziz 6, Yanya 6, Diyarbekir 5, Musul 5, Bitlis 4, İşkodra 4, Van 3, Kudüs 2, Rumeli-i Şarki 2, Girit 1, Manastır 1, Trablusgarp 1.³⁰ Birçok vilayette yeterince avukat varken ve yasal zemini de uygunken neden 19. yüzyılda İstanbul dışında bir baro kurulmamıştır ya da kurulmuş fakat tespit mi edilememiştir şimdilik bilemiyoruz. Türkiye'deki eski baroların kuruluş tarihlerinin çoğu bir varsayıma, tahmine ya da yakıştırmaya dayalıdır. Ayrıca yönetim kurulu kararıyla "kuruluş tarihi kabul etmek" gibi uygulamalar da görülür. Buna örnek olarak İzmir Barosu'nun kuruluş tarihinin eskiden 1922 olarak kabul edilmesi fakat 1999'da alınan bir yönetim kurulu kararıyla 1908 olarak kabul edilmesi örnek verilebilir.³¹ Yapılacak yeni araştırmalar sonucunda eski baroların gerçek kuruluş tarihlerinin tespit edilebilmesi mümkündür.

²⁷ Uz, s. 70.

²⁸ Uz, s. 75.

²⁹ Uz, s. 10.

³⁰ Tuğay Aydın, "XIX. Yüzyılın Son Çeyreğinde Osmanlı Avukatları (Kitapçı Arakel Efendi'nin Münşeât-ı Hukuk'a Eklediği Vükelâ-yı Deâvi Cetvelleri 1885-1892)", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S. 35, 2023 (Bahar), s. 153-192.

³¹ İzmir Barosu Yönetim Kurulu'nun 14.09.1999 tarih ve 46 sayılı kararı.

VII- ESKİŞEHİR BAROSU 1934'TE Mİ KURULDU?

Kuruluş tarihini yanlış bilen barolar için bir örnek Eskişehir Barosu'dur. Eskişehir Barosu 1920'lerde kurulmuştur ve ilk başkanı Osman Cudi'dir. *İstanbul Barosu Mecmuası*'nın Temmuz 1927 sayısının "Meslekî Haberler" başlığı altındaki yazıda Osman Cudi'nin ölüm ilanı ve fotoğrafını görüyor, özgeçmişini öğreniyoruz.³² Osman Cudi, 1884'te İstanbul'da doğmuştur. Mercan İdadisi'nden mezun olduktan sonra İstanbul Hukuk Mektebi'ne girmiş ve buradan da 1914'te mezun olmuştur. Bir süre Bakırköy Numune Mektebi'nde öğretmenlik yapmış ve Birinci Dünya Savaşı'nın çıkması üzerine Kelkit Cephesi'nde 5. Kafkas Fırkası'nda mülâzım-ı sâni olarak görev yapmış ve 5 sene süren askerlik hayatında Kayseri'de imalathâne müdürlüğü de yapmıştır. Mondros Mütarekesi'nden sonra İstanbul'a dönmüşse de İngilizlerin işgali sebebiyle ve çıkan bir yangında evlerinin de yanması üzerine 1919'da Eskişehir'e göçmüş, asıl mesleği olan avukatlığa geri dönmüştür. 1927'de ölümüne kadar Eskişehir Barosu başkanı olarak görev yapmış ve baro başkanlığının yanı sıra Eskişehir Vilayeti Meclis-i Umûmisi üyeliği, Türk Ocağı üyeliği, Eskişehir Himâye-i Etfâl Şubesi üyeliği ve Heykel Komisyonu başkanlığı görevlerinde bulunmuştur. Ayrıca baş yazarları Sibiryalı Hoca Abdürreşid İbrahim Efendi'nin (1857-1944) olduğu 16 Nisan 1910'da yayına başlayan *Taârûf-i Müslimîn Mecmuası* ile 15 Mart 1913'te yayına başlayan *İslam Dünyası Mecmuası*'nın mesul müdürü olarak Osman Cudi ismi görülmektedir. Bu mecmualarda "O. C." imzasıyla çıkan yazılar da Osman Cudi'ye ait olabilir. Böbrek hastalığı sebebiyle İstanbul'da tedavi altına alınan Osman Cudi, 13 Haziran 1927'de 43 yaşında ölmüştür.

Eskişehir Barosu resmi internet sitesine göre: *"Cumhuriyetin ilanından sonra, Eskişehir'in il olduğu 1925 yılında, Arifiye Mahallesi'nde şu anda Adalet İlköğretim okulunun bulunduğu yerde, adliye binası ve temyiz mahkemesi kurulmuştur. Bu konuda, yazılı hiçbir belge ve kaynak olmamakla birlikte, Eskişehir Barosu'nun yine bu adreste, 1934 yılında kurulduğu baro sicil kayıtlarından anlaşılmaktadır. Baro levhasına kayıtlı 1 sicil numaralı ilk Avukat*

³² "Eskişehir Baro Reisi Osman Cûdi Bey'in İrtihali: Eskişehir Barosu'nun reisi Osman Cûdi Bey'in dücâr olduğu böbrek hastalığından dolayı berây-ı tedavi geçenlerde şehrimize gelmiş ve Şişli Sıhhat Yurdunda, bilâhare Etfâl Hastahanesi'nde taht-ı tedaviye alınmış idi. Zavallı meslek arkadaşımız Haziran'ın 13. günü akşamı bu illetten rehâ-yab olamayarak terk-i hayat eylemiştir. Merhum 1300 senesinde İstanbul'da tevellüd etmiş, idadi tahsili Mercan Mektebi'nde ikmal ettikten sonra Mekteb-i Hukuk'a girerek 330 senesinde mezuniyet istihsal eylemişti. Bir müddet Makriköy Numune Mektebi'nde muallimlikle iştigal ettikten sonra seferberlik dolayısıyla ihtiyat zâbiti olarak Beşinci Kafkas Fırkasında Kelkit cephesinde mülâzım-ı sânilikle ifâ-yı hizmet etmiş, beş senelik hayat-ı askerisinde Kayseri'de imalathâne müdürlüğünde bulunmuş, mütâreke de terhisen İstanbul'a avdet etmiş ise de İngilizlerin işgali ve yangında evlerinin de yanması üzerine 335 senesinde Eskişehir'e hicret ve asıl mesleği bulunan avukatlığa intisap etmiştir. Baronun teşkilinden beri meslektaşı ve arkadaşlarının tensibiyle baro riyasetinde bulunuyordu. Eskişehir Meclis-i Umumi-i Vilayet, Türk Ocağı, Himaye-i Etfâl şubesi âzâlıklarıyla Heykel Komisyonu riyâsetini de ifâ etmiştir." (*İstanbul Barosu Mecmuası*, Sene 1, Sayı 7, Temmuz 1927, s. 436.)

Osman Saip Özeş'tir. İlk Baro Başkanı ise, 1934-1939 yıllarında görev yapmış olan Avukat Sebahattin Akbıyık'tır.³³ Görüldüğü üzere Eskişehir Barosu kuruluş tarihi olarak 1934'ü kabul etmiş ve bu tarihi logosuna da yazmıştır. İlk başkanı olarak da aynı yıl başkan seçilen Selahattin Akbıyık'ı bilmektedir.³⁴ Araştırmamız sonucunda görülmektedir ki, o tarihte bir başkanı olduğuna göre en az 1927 yılında Eskişehir Barosu mevcuttu. Fakat baronun kuruluş tarihi 1927'den daha önceki bir tarih de olabilir. Osman Cudi hakkında "baronun teşkilinden beri meslektaş ve arkadaşlarının tensibiyle baro riyasetinde bulunuyordu" bilgisine sahibiz. Osman Cudi'nin Eskişehir'e göçerek avukatlık mesleğine döndüğü yıl 1919'dur. Bu tarihte Eskişehir henüz vilayet değildi. Bir an için Eskişehir'in vilayet olduğu 1923 yılında³⁵ baronun kurulduğunu kabul etmeyi düşünsek de buna engel bilgiler mevcuttur.

Şöyle ki; İstanbul Barosu'nun 8 Ocak 1924 tarihli genel kurulunda "Eskişehir Muhâmileri nâmına Mustafa Şakir" imzasıyla gelen bir telgraf genel kurula okunmuştur ve bu telgrafa İstanbul Barosu tarafından bir teşekkür ve cevap telgrafi gönderilmiştir.³⁶ Eskişehir'den gelen bu telgraf, İstanbul Barosu Başkanı (1920-1925) Lütfi Fikri Bey'e destek amaçlı gönderilmiştir. Lütfi Fikri Bey saltanat ve hilafetin kaldırılmasına karşıydı. 10 Kasım 1923 tarihli *Tanin*'de yayınlanan bir yazısında halifeye istifa etmemesini telkin ettiği ve hilafeti savunduğu için İstiklal Mahkemelerinde yargılanarak beş yıl hapis cezasına çarptırılmış fakat kendi başvurusu ile çıkan özel bir kanunla Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından affedilmiştir.³⁷ Lütfi Fikri Bey'in yargılandığı bu dönemde İstanbul Barosu, başkanlarının affedilmesi için girişimlerde bulunmuştur ve bu durumdan haberdar olan Eskişehir avukatları da Mustafa Şakir Bey aracılığıyla İstanbul Barosu'nu tebrik etmek ve Lütfi Fikri Bey'e desteklerini iletmek için telgraf göndermişlerdir. İstanbul Barosu başkan yardımcısı Saadeddin Ferid Bey, bu girişimlerinin İstanbul dışında da olumlu etkilerinin görülmesinden memnun olmuş, avukatlardan Raif Bey ise diğer muhâmilerin de bu telgraftan haberdar olması için matbuat yoluyla ilanını teklif etmiştir. Bu sebeptendir ki Eskişehir'den gelen telgraf, bu telgrafın genel kurulda okunması ve İstanbul Barosu'nun cevap telgrafi *Muhamat Mecmuası*'nda yayınlanmıştır.³⁸

³³ Eskişehir Barosu, "Kısa Tarihçe". Erişim 24 Eylül 2023, <http://eskisehirbarosu.org.tr/hakkimizda-kisa-tarihce>.

³⁴ Eskişehir Barosu, "Geçmiş Dönem Başkanları". Erişim 24 Eylül 2023, <http://eskisehirbarosu.org.tr/gecmis-donem-baskanlari>

³⁵ Eskişehir Valiliği, "Tarihçe". Erişim 14 Eylül 2023, <http://www.eskisehir.gov.tr/tarihce>.

³⁶ *Muhâmât Mecmuası*, Numara 72-28, 1 Şubat 1340 [1924], s. 888.

³⁷ Ali Birinci, "Lutfi Fikri", *DİA*, C. 27, s. 233.

³⁸ "El-yevm Eskişehir'de vekâletle meşgul Mustafa Şakir Bey arkadaşımızdan bir telgraf var. Müsaadenizle okunsun. Telgraf okundu. Heyet-i umûmiye içtimainda Lütfi Fikri Bey'in mazhar-ı afv olması hakkında teşebbüsâtta bulunulacağını istihbâr ettik teşebbüsât-ı vakıanın baronun hikmet-i vücud ve vaziyet-i ilmiyesi ile mütenâsib olacağına mutmain olan buradaki rüfekâımız sizi tebrik ile müzâheretini arz eder." (Eskişehir Muhâmileri nâmına Mustafa

8 Ocak 1924 tarihinde Eskişehir'den ve Eskişehir avukatları adına, avukatları temsil için hiçbir resmi sıfatı olduğu belirtilmeksizin Mustafa Şakir Bey'in telgraf göndermesi bu tarihte Eskişehir Barosu'nun mevcut olmadığı anlamına gelmektedir. İstanbul Barosu genel kurul müzakerelerinde de bir baro varlığına işaret edecek, Eskişehir Barosu veya Eskişehir Muhamileri Cemiyeti gibi bir tabir kullanılmamakta, "Eskişehir muhâmileri" denilmektedir. Osman Cudi Eskişehir Barosu kurulduğundan beri başkanı olduğuna ve 1927'de öldüğüne göre, bir ya da iki dönem başkan olmuş olabilir. Çünkü baro başkanları o dönemde de 2 yıl için seçilmektedirler.³⁹ Tüm bu bilgileri birlikte değerlendirdiğimizde Eskişehir Barosu'nun 1924-1927 arasında bir tarihte kurulduğu ortaya çıkmaktadır. Yapılacak yeni araştırmalarla bu tarihin tam olarak tespit edilebilmesi temennisiyle ilk Başkan Osman Cudi'nin fotoğrafını da yazımız ekinde okuyucuya sunuyoruz.

SONUÇ

Sonuç olarak Türkiye'ye avukatlık mesleği, kapitülasyonlarla beraber ve başlangıcı şimdilik tespit edilemeyen bir tarihte Avrupalı yabancılarla girmiş ve çok uzun süre yabancıların tekelinde kalmıştır. Tanzimat Dönemi öncesinde konsolosluk mahkemelerinde bir şekilde görev almış Osmanlı avukatları varsa, ülkenin ilk avukatını bunlar arasında aramak gerekir. Fakat bu avukatın Türk veya Müslüman olmayacağı da neredeyse kesindir. Bununla beraber, ülkenin ilk Türk veya Müslüman avukatı kimdir sorusu da bugün için cevapsızdır. Bunların her biri ayrı ayrı araştırılması ve çözüme kavuşturulması gereken konulardır.

Şakir). Saadeddin Ferid Bey: Hepimizin bu teşebbüsü hâricen de hüsn-i tesir ettiği görülüyor. Râif Bey: Diğer muhâmilerin de buna ıtlâ için telgrafın matbuat ile ilânını rica ederim. Saadeddin Ferid Bey: Mütebâki müzakerâtın diğer bir celseye tâlikini talep etti ve öyle karar verilerek celse hitam buldu. Bu celsenin maabâdı olmak üzere diğer bir yevm-i içtima tayini heyet-i idareye bırakıldı. Ve heyet-i umûmiyenin hissiyatını Lütfi Fikri Bey'e bildirilmesi için heyet-i dâimeye mezuniyet verildi. Heyet-i dâimece Eskişehir muhâmileri nâmına Mustafa Şakir Bey'e yazılan telgrafnâme suretidir: "Eskişehir'de Muhâmi Mustafa Şakir Beyefendiye: Reisimiz Lütfi Fikri Bey hakkındaki temenniyâta müzâhereti mübeyyin telgrafnâmeniz bu günkü heyet-i umûmiye içtimasında lede'l-kirâe Eskişehir muhâmilerinin ibraz ettikleri alaka mucib-i teşekkür görülerek cümledenize rüfekanın selamlarının tebliği karargâr olmuş ve mumâileyh hakkında Reiscumhur bazretlerine, Büyük Millet Meclisi Riyâset-i celîlesine ve Baş Vekâlet-i celîleye telgrafla istişfâda bulunmuş olmakla bi'l-vesile teyid-i uhuvvet olunur efendim." (Reis-i Sâni Saadeddin Ferid, 8 Kanun-ı Sâni 1340 [8 Ocak 1924]). *Muhâmât Mecmuası*, Numara 72-28, 1 Şubat 1320 (1924), s. 888.

³⁹ 13 Ocak 1876 Tarihli Mehâkim-i Nizâmiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamnâme madde 32: Reis ve âzânın müddet-i memuriyetleri iki sene olup be-her sene âzânın nisfı tebdil olunarak yerlerine diğerleri intihab olunmak üzere ilk senenin hitâmında çıkacak iki âzâ için kura keşide olunarak ve diğer sene eskileri çekilerek yerlerine başkaları intihab kılınacak ve ikinci sene hitâmında reislerin dahi müddet-i memuriyeti münkaziye olmuş bulunacaktır.

Devletin köklü hukuk reformları yapmaya başladığı Tanzimat Dönemiyle (1839-1876) beraber avukatlık mesleği Osmanlıların da ilgisini çekmeye başlamıştır. 1876'da avukatlıkla ilgili ilk yasal düzenleme yapılmış, 1878'de ise ilk yerli baro olan Osmanlı (İstanbul) Barosu kurulmuştur. Başlangıçta sadece yabancıların icra ettiği bu meslek, bir süre sonra gayrimüslim Osmanlı hakimiyetine girmiş ve yavaş yavaş Türkler arasında yayılmıştır. 1924'te İstanbul Barosu'nda yapılan tasfiyelerle gayrimüslim avukatların büyük kısmı avukatlıktan men edilmiş ve aynı yıl, avukat olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı getirilerek avukatlık mesleği tamamen Türk vatandaşlarına mal olmuştur. Türkiye'nin yüz yıl önce bin civarı olan avukat sayısı bugün iki yüz bine yaklaşmıştır.

1908'de İzmir Barosu, 1909'da Bursa Barosu, 1912'de Konya Barosu kurulmuştur. Tekrar etmek gerekir ki İstanbul Barosu'nun kuruluş tarihi açık ve kesindir. Diğer eski baroların kuruluş tarihlerinin ise yeni araştırmalar sonucunda değişmesi ihtimali vardır. Osmanlı döneminde kurulan fakat şu an Türkiye sınırları dışında kalan Halep Barosu ve Bağdat Barosu da en azından 1913'te faaliyettedir.⁴⁰ Bugün ülke sınırlarımız dışında kalan ve kayda değer bir avukat yoğunluğunun bulunduğu Selanik Barosu da Osmanlı döneminde kurulmuş olabilir.

1924 tarihli Muhâmat Kanununun 3. maddesiyle *“Bir mahalde icrâ-yı muhamât edenlerin adedi ona bâliğ olduğu takdirde aralarında bir heyet teşkil etmeleri mecburi olup bu heyete “Baro” ıtlak olunur. Baro teşekkül eden yerlerde herhangi baroya dahil olmayanlar ifâ-yı muhamâttan ve mehâkim de onları kabulden memnûdur”* hükmü getirilmiştir. Bu düzenleme ile beraber baro kurulması bir seçenek olmaktan çıkarak zorunluluk haline gelmiş ve yeni kurulan baroların sayısı artmış, her ilde bir baro kurulmaya başlanmıştır. Daha önce baro olmayan bir ilde kurulan son baro 2020'de kurulan Bayburt Barosu'dur. Aynı sene barolar hakkında yeni bir düzenleme yürürlüğe girmiş ve 11.07.2020 tarih ve 7249 sayılı Kanun ile bir ilde birden fazla baro kurulabilmesinin önü açılmıştır. Bu düzenlemeden sonra 2020'de İstanbul 2 Nolu Barosu, 2021'de ise Ankara 2 Nolu Barosu kurulmuştur. Osmanlı Barosu'nun kuruluşundan bugüne geçen 145 yıl sonunda Türkiye'de baro sayısı 83'e yükselmiştir.

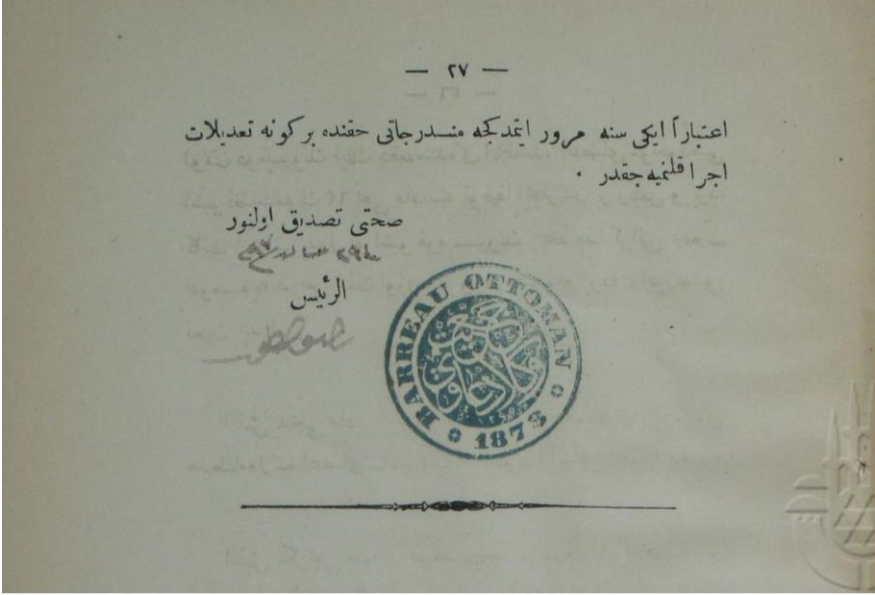
Türk Hukuk Tarihiyle ilgili bugüne kadar yapılmış araştırma ve çalışmalar büyük ölçüde İslam Hukuku alanına yoğunlaşmıştır. Avukatlık tarihi ise bugüne kadar yeterince araştırılmamış ve bu alanda doyurucu yayınlar yapılmamıştır. Halen aydınlatılmamış olan Türk avukatlık tarihi ile ilgili tespit edilen bilgi ve belgelerin yayınlanması, bu boşluğun parça parça da olsa dolmasına bir nebze katkı sağlayabilecektir. Konuyla ilgili mevcut kaynak ve belgelerin yetersizliği, en kapsamlı bilgi kaynağı olabilecek İstanbul Barosu arşiv ve kütüphanesinin 1933'te adliye yangınında kül olması, bazı baroların arşivinin bile olmaması ve bazı

⁴⁰ *Halep Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnâme-i Dâhilisi*, Halep, Et-Takaddüm Matbaası, 1329; BOA, DH.EUM.MTK.74.1.1 (Bağdat Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnâme-i Dâhilisi)

baroların da arşivlerinin imha edildiği iddiaları⁴¹ Türk avukatlık tarihi araştırılırken önümüzde duran engellerdendir. Ayrıca baroların arşivlerinde bulunan bilgi ve belgelere ulaşabilmenin bir standardının olmayıp çoğu zaman anlamsız engellerle sınırlandırılabilmesi de ayrı bir konudur. Adalet Bakanlığı'nın avukatlar ve barolara ilişkin tarihsel nitelikteki arşivi zannımızca bugüne kadar en iyi şekilde korunmuş ve bütünlük açısından en kapsamlı avukatlık tarihi arşivi olmalıdır. Ölümünün üzerinden senelerce zaman geçmiş avukatların dosyaları artık kişisel evrak olmaktan çıkmış, tarihsel belge hükmüne geçmiştir. Adalet Bakanlığı'nın avukatlara ve barolara ilişkin tarihsel arşivi ve İstanbul Barosu, İzmir Barosu, Bursa Barosu, Konya Barosu, Ankara Barosu gibi eski baroların arşivlerinde bulunan tarihsel evrakın bir araya toplanabilmesi ve korunabilmesi, araştırmacıların da bunlara kolayca ulaşabilmesi gerekmektedir. Bütün bu evrak bir araya toplanarak "barolar" adında bir katalog açılıp ülkemizdeki en büyük tarih arşivi olan T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı'na devredilirse avukatlık tarihine ilişkin kaynak ve belgeler en iyi şekilde muhafaza altına alınmış olarak Türk Hukuk Tarihi için eşsiz bir hizmet olacak, araştırmacıların bu evraka erişimi de kolayca sağlanabilecektir.

*

EKLER



"Sihhati tasdik olunur, fi 29 Nisan sene 297, [11 Mayıs 1881], Er-Reis

⁴¹ Uz, a.g.e., s. 10.

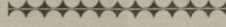
Rosolato” ve mühürde “Barreau Ottoman 1878 – Vükelâ-yı Deâvi Cemiyeti 1295” yazmaktadır. (İBB Atatürk Kitaplığı, *Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnâme-i Dâhîlisidir*, La Türki Matbaası, İstanbul, 1297, s. 27).

١٨ صحت	میزان الفتوح (م)	میزان الفتوح (م)	حقیقہ ١٩
<p>تحصل طلب اولیٰ مکتمہ اولیٰ ہندستان حاکم چاندن لاکڑ عا کہ ایسویں مہ بن اولان اجرا کر کے مکتمہ آکر تہمتہ ہو . جو بیوی بہ اجرت و نکاح ختمہ تحمیل طلب دادا اولیٰ کے حکمہ تریمتہ ہو اولان اسی طرح تہمتہ نہ کہ مکتمہ بر لیسے چندر بلان حکمہ آکسی طلبیہ عا کہ تہمتی تہمت اولیوں . ازیمہ دعویٰ کاکری حتمت دانیس نہیں اول</p>	<p>اوکستہ دعویٰ اولیٰ اندی اخریمندی اندی بکر ہولان کک پاسج اندی سورجی تری اندی حسین زینسی کک سینس پرتو اندی حسین زینسی کک حسین اسمی اندی وینو سنائی اندی رائند کک وینت کک سیر کک ناہرل اندی طلوہ اندی اندی اندی علی رضا اندی غلذ فراتر اندی غیر بل اندی قسلا کی اندی قرہت اندی کرتور چلنگر بل اندی محمد وقت اندی کک بل محمد کنکری اندی کک بل مصطفی تونی بل محمد طاہر اندی محمد طاہر اندی ترومل مقصود اندی ماولائی امار شیدی اندی مامور بل اندی ماولائی بلان اندی</p>	<p>لھرت حسلی اندی راخان اندی وطورہ اندی واسیلچی پائیس اندی پاتو پٹان کک اندی پوردان اندی چھوہ مستقدا واقع اولان عقد نکاح شروعاً یعنی قبول اولیٰ کک جیراً زوجہ سی تعلق ایقان کیسہ مکمل طریقہ مشہور جواب اوت مشہور . جو مسئلہ مهم و نہو بخت را ز اور وندومع مانقہ مرزا ایسا جانچا پرہا اولا سرورہ پورادہ استمالا بلنگانگ [جیر] عالمی سان شری الہ [کراہ] سورندہ ایناج اچان ایجاب ایڈہ . اکراہت شری بل کک دلیلی شری ککمی واردہ . تعمری ؛ اشندہ ؛ [کراہ] انسان ایستہ ککمی ؛ یعنی طلبہ کک کہ کور و کک شری اوردہ بہ اچار بانک ، ذور لا فطہر .</p>	<p>اصلا اشندہ ؛ بر کسندہ تھندوا خانہ الہ رضای اولتسوزین راہنر ایستہ مک اوردہ بچھرق ایچار اچنگار . اول کیسہ پہ بھری رضای اولتسوزین اجبار اولان ایسی ایستہ بل کیسہ - واک فندیہ - [ککراہ] بچھرق ایچار اول کیسہ پہ - واک کسریہ - [جیر] اول ایستہ - واک فندیہ - [ککراہ] بھکر ہولان مک قور کوسمی موجب ، رضای سالب اولان کل و شرب کک شینہ - واک فندیہ [ککراہ] دیلور . ککمی ؛ اکراہی اودہ ایڈہ اولتسوزین . دلیلی ؛ [الامن کراہ] آجیلہ پیر کک ککراہ زوجہ سی تعلق ایڈنگ کک پینہر افخم مسلم اندمن ختمتر بل بہ عروم حال الہ کدہ ؛ شرفضاد اولان [صلائی تعلق] حدیث شرفیڈہ . شرعی ؛ اکراہدہ دوت شرط اولتسوزین . ۱ - جیر تھندی ایتا ہند تھندولیسیدہ ۲ - ککراہ کک بھکر ہولان شول اچھیدی . ۳ - ککراہ ککمی ؛ بھعوری ملک بھوخمی موجب ، رضای سالب بھوخمیڈہ .</p>
<p>ککراہ</p>			

Mizânü'l-Hukuk'un 8 Ocak 1910 tarihli sayısında bulunan İzmir avukatları listesi.

تورکيا بيوک ملت مجلې حکومتی خداوندگار ولايتی محامیاری جمعیتده مقید وکلای دتاویک

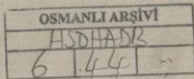
حروف هجا ایسته سیدر



اقامتگاهی	اسمی	رقم	اقامتگاهی	اسمی
اسکی سرای جاده سی	عصمت بك	۱۵	سرای جاده سی	احمد خلوصی بك
اسکی سرای جاده سی	علی رضا اقدی	۱۶	نصوح پاشا جاده سی	احمد کامل بك
اسکی سرای جاده سی	علی رضا اقدی [کرتدبلی]	۱۷	قوزه خان ۹۵	احمد مختار بك
اسکی سرای جاده سی	علی کمال بك	۱۸	آملید اوغلی محله سی	انور بك
نصوح پاشا جاده سی	فرید بك	۱۹	اسکی سرای جاده سی	توفیق بك
قوزه خان ۹۰	کمال ضیا بك	۲۰	قوزه خان ۹۸	جذبى بك
قوزه خان ۱۱۲	کمال لهری بك	۲۱	قوزه خان ۱۱۱	جلیل بك
اسکی سرای جاده سی	محمد الدین بها بك	۲۲	پوسته خانه قارشوسی	حسن قاسم بك
قوزه خان ۷۸	نامق بك	۲۳	اسکی سرای جاده سی	حسنى بك
پوسته خانه قارشوسی	نجیب اقدی	۲۴	قوزه خان ۹۹	جدى بك
اسکی سرای جاده سی	نعمان بك	۲۵	ازمیراوغلی قارشوسنده	حامی بك
قوزه خان ۸۱	نظمی بك	۲۶	قوزه خان ۹۸	رحمی بك
عدلیه قارشوسنده	ولی الدین اقدی	۲۷	قوزه خان ۸۱	سیدج بك
سرای جاده سی	محمد رفعت اقدی	۲۸		عنان بك

بارو هیئت اداره سی

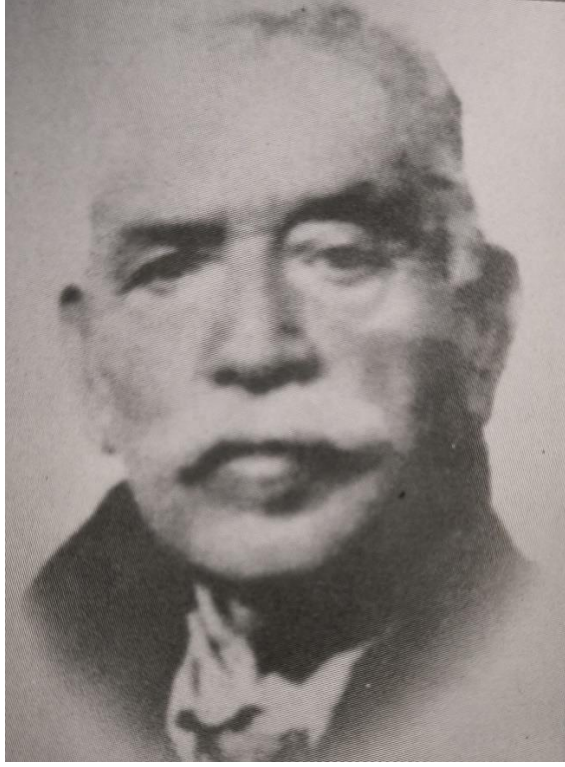
رئیس اول	محمد الدین بها بك
رئیس ثانی	نعمان
اعضا (صدق امینی)	جذبى
	کمال ضیا
	کامل
	توفیق
(کاتب)	



R. 31.12.1339 tarihli belgede Bursa Barosu'nda kayıtlı avukatların listesi. (BOA, HSDHADB, 6-44).



Konstantinopolis Barosu Başkanı Louis Amiable.
(Louis Amiable, *Une Loge Maçonnique d'Avant 1789*, Paris, 1897).



İzmir Barosu'nun ilk başkanı Bekir Behlül Bey.
(*İzmir Barosu Avukatlar 1957-1958 Levhası*, Gutenberg Matbaası, İzmir, 1958, s. 7).



Bursa Barosu'nun 1923'teki başkanı Muhiddin Baha Pars.
(*Bursa Barosu Levhası 1963-1964*, Taşman Matbaası, Bursa, 1964, s. 7).



Konya Barosu'nun ilk başkanı Musa Kazım Efendi. (Uz, *a.g.e.*, s. 71).



Eskişehir Barosu'nun ilk başkanı Osman Cudi Bey.
(*İstanbul Barosu Mecmuası*, sy. 7, Temmuz 1927, s. 436).

KAYNAKÇA

Arşiv Kaynakları

BOA (COA), DH.EUM.MTK., 74.1.1

BOA (COA), HSDHADB, 6-44.

BOA (COA), Y.EE., 71/18.

Kitap ve Makaleler

Amiable L, Une Loge Maçonnique d'Avant 1789, Paris, 1897.

Aydın T, "Barreau De Constantinople Reisi Georges Furlani'nin Kanun-ı Esasi'ye ve Osmanlı Hukukuna Dair Konuşması (La Constitution Ottomane, 1877)", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 33, 2022 (Bahar).

Aydın T, "İstanbul Barosu'nun İlk Genel Kurul Toplantısı, İlk Levhası ve Kostaki Sardenski'nin Nutku", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 30, 2020 (Güz).

Aydın T, "XIX. Yüzyılın Son Çeyreğinde Osmanlı Avukatları (Kitapçı Arakel Efendi'nin Münşeât-ı Hukuk'a Eklediği Vükelâ-yı Deâvi Cetvelleri 1885-1892)", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 35, 2023 (Bahar).

Birinci A, "Lutfi Fikri", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2003) 27/233.

Bursa Barosu Levhası 1963-1964, Taşman Matbaası, Bursa, 1964.

Çelik A G, Tarihte Savunma ve Meslek Kuralları, Denizli, 1999 s. 38. Ali Haydar Özkent, Avukatın Kitabı, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1940.

Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnâme-i Dâhilisidir, İstanbul, La Türkiye Matbaası, 1297.

Düstur, 1. Tertip, Cilt 4.

Furlani M G, La Constitution Ottomane du 11/23 Décembre 1876 - Discours Prononcé le 2 Février 1877 Dans la Séance de L'Assemblée Générale du Barreau de Constantinople, Constantinople, 1877, Typographie et Lithographie Centrales.

Özkent A H, Avukatın Kitabı, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1940.

Halep Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnâme-i Dâhilisi, Halep, Et-Takaddüm Matbaası, 1329.

İstanbul Barosu Mecmuası, Sene 1, Sayı 7, Temmuz 1927.

İzmir Barosu Avukatlar 1957-1958 Levhası, Gutenberg Matbaası, İzmir, 1958.

İzmir Barosu Levhası, Meşher Basımevi, İzmir, 1939.

Kuntman O, “Türkiye’de Avukatlık Mesleğinin, İstanbul Barosu’nun Tarihçesi ve Yabancıların Kurduğu Baro”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 62, S. 4-5-6, 1988.

Mizânü’l-Hukuk, Sene 2, Numara 2, 26 Zilhicce 1327/26 Kanunuevvel 1325 [8 Ocak 1910].

Muhâmât Mecmuası, Numara 72-28, 1 Şubat 1320 (1924).

Redhouse J W, Turkish and English Lexicon, 1890, İstanbul. Tıpkıbasım, Çağrı Yayınları, 4. baskı, İstanbul 2011.

Règlement Intérieur du Barreau Ottoman, Constantinople, Typhographie et Lithographie du Journal La Turquie, 1881.

Status de La Société du Barreau de Constantinople, Constantinople, 1876.

Türkiyede Savunma Mesleğinin Gelişimi, Birinci Cilt, TBB Yayınları, İstanbul 1872.

Uz, M A, Konya Hukuk ve Baro Tarihçesi, Konya, Konya Barosu Yayınları, 2006.

İnternet Kaynakları

Eskişehir Barosu, Geçmiş Dönem Başkanları, (<http://eskisehirbarosu.org.tr/gecmis-donem-baskanlari>) (s.e.t.: 24.09.2023)

Eskişehir Barosu, Kısa Tarihçe, (<http://eskisehirbarosu.org.tr/hakkimizda-kisa-tarihce>. (s.e.t.: 24.09.2023)

Eskişehir Valiliği, Tarihçe, (<http://www.eskisehir.gov.tr/tarihce>) (s.e.t.: 14.09.2023)

TBB, 2022 Avukat Sayıları (31.12.2022), (<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2022-avukat-sayilari-31122022-83419>) (s.e.t.: 14.09.2023)

AHKÂM-I ŞAHSİYE KOMİSYONUNCA AİLE HUKUKUNA DAİR YAPILAN ÇALIŞMALAR

Studies on Family Law by the Ahkâm-ı Şahşîyye Komisyonu

Ercan KARAİSMAİLOĞLU*

Öz: Bu çalışma, Türkiye’de aile hukukunun şekillendirilme sürecini anlamak için önemli bir döneme ışık tutmakta ve Cumhuriyet’in ilk yıllarında, Türk Kanun-ı Medenisinin yürürlüğe girmesinden önce faaliyet gösteren Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu’nun çalışmalarını incelemektedir. 1916 yılında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin iyileştirilmesi ve eksikliklerinin tamamlanması için komisyonlar kuruldu. Bu komisyonlardan Hukuk-ı Aile Komisyonu’nun meydana getirdiği Hukuk-ı Aile Kararnamesi 1917 yılında yürürlüğe girdi ve tepkiler neticesinde 1919 yılında yürürlükten kaldırıldı. 1923 yılında kurulan Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu, selefî olan Hukuk-ı Aile Komisyonu’nun çalışmalarını tevâris ederek ahkâm-ı şahsiye ile ilgili esasların tedvini için çalışmalara başladı. Bu sırada Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin yeniden yürürlüğe konulması düşünüldü ve Kararname’nin neredeyse aynı olan aile kanunu tasarısı, 1923 yılında Meclis’e sunuldu. Adliye ve Şer’iye encümenlerinin tavsiyelerde bulunduğu tasarı, dönemin Adliye Vekili Mustafa Necati Bey tarafından geri çekildi. 1924 yılında başkan ve üyeleri değiştirildikten sonra Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu, aile kanunu ve bir de nafaka kanunu tasarısı hazırladı. Ne var ki, aile kanunu tasarısı sonraki Adliye Vekili Mahmud Esad Bey’in sert eleştirilerine uğradı ve iki tasarı da kanunlaşamadı. 1923-1926 yılları arasında dikkate değer bir mesai harcayan Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu’nun hazırladığı aile kanunu tasarısı, Cumhuriyet’in kurucu kadrosu tarafından beklenen özelliklere sahip değildi. Tasarıların reddedilmesi ve o

Abstract: This study sheds light on an important period for understanding the shaping process of family law in Türkiye and analyzes the work of the *Ahkâm-ı Şahşîyye Komisyonu* (the Commission on Personal Status Law), which was active in the early years of the Turkish Republic, before the enactment of the Turkish Civil Code.

In 1916, commissions were established to improve the *Mejelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (the Ottoman Civil Code) and to complete its deficiencies. The *Huquq-ı Aile Qarârnamesi* (the Decree on Family Law), which was prepared by the *Huquq-ı Aile Komisyonu* (the Commission on Family Law), entered into force in 1917 and was repealed in 1919 as a result of the reactions. Established in 1923, the *Ahkâm-ı Şahşîyye Komisyonu*, which inherited the work of its predecessor, the *Huquq-ı Aile Komisyonu*, started to work on the drafting of the principles related to personal status. In the meantime, it was considered that the *Huquq-ı Aile Qarârnamesi* should be re-enacted and the draft family law, which was identical to the *Qarârname*, was submitted to the Turkish Parliament in 1923. The draft, which was amended by the Justice and Sharia Committees, was withdrawn by Mustafa Necati, the Minister of Justice. In 1924, after its chairman and members were replaced, the *Ahkâm-ı Şahşîyye Komisyonu* prepared a draft family law and a draft alimony law. However, the draft family law was harshly criticized by Mahmud Esad, the next Minister of Justice, and both drafts failed to become law.

The family law draft prepared by the *Ahkâm-ı Şahşîyye Komisyonu*, which spent a

* İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, karaismailogluercan@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7529-1565,

(Çalışma konusunu öneren ve katkılarda bulunan Prof. Dr. Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu’na, katkıları için Dr. Öğr. Üyesi Ali Adem Yörük’e ve son okuma için Ar. Gör. R. A. Demirtaş ve Ar. Gör. İ. E. Onat’a teşekkür ederim).

Makale Geliş Tarihi: 22.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 21.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391710

dönemde resepsiyon yoluyla bir medeni kanun alma fikrinin güç kazanması üzerine, İsviçre Medeni Kanunu'nun tercümesine dayanan Türk Kanun-ı Medenisi, 17 Şubat 1926'da Meclis'te kabul edildi. Bunun üzerine Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun görevine son verildi.

Anahtar Kelimeler: Aile Hukuku, Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu, Aile Hukuku Tasarıları, Resepsiyon, İsviçre Medeni Kanunu.

considerable effort between 1923 and 1926, did not have the features expected by the founding cadres of the Turkish Republic. As the drafts were rejected and the idea of adopting a civil code through reception gained strength at the time, the Turkish Civil Code, based on a translation of the Swiss Civil Code, was accepted by the Turkish Parliament on February 17, 1926. Following this, the duties of the *Ahkâm-ı Shakhşiyeye Komisyonu* were terminated.

Keywords: Family Law, Ahkâm-ı Shakhşiyeye Komisyonu, Family Law Drafts, Reception, Swiss Civil Code.

GİRİŞ

Cumhuriyet'in ilk yıllarında Kıta Avrupası'ndan birçok temel kanun alınmış ve bugünkü hukuk sistemimizin temel felsefesi ve kanunları ortaya çıkmıştır. Medeni Kanun ve onun tamamlayıcısı olan Borçlar Kanunu, Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu, Batı kanunlarının resepsiyon yoluyla alınmasıyla meydana getirilmiştir.¹ Yaşanan bu süreç, Türk hukuk tarihinde bir dönüm noktasını ifade etmektedir.

Bu küllî resepsiyon hadisesinden önce, kanunların ülkenin hukukçuları tarafından hazırlanması amaçlanmış, bu amaç için çeşitli komisyonlar kurulmuştur. 1923 yılından 1926 yılındaki küllî resepsiyon hadisesinin başlamasına kadar faaliyet gösteren komisyonlar, kayda değer bir çaba sarfetmişlerdir.

Adliye Vekâletince, ihtiyaç duyulan kanunların hazırlanması için 1923 yılında 6 komisyon kurulmuştur: Mecelle Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu, Mecelle Vâcibat Komisyonu, Ticaret-i Bahriye ve Berriye Komisyonu, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye ve Şer'iye Komisyonu, Kanun-ı Ceza Komisyonu ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Komisyonu.² Ahkâm-ı Şahsiye ve Vâcibat komisyonları, medeni hukuka ait esasların tedvini için görevlendirilen komisyonlardır. Daha sonra bütün komisyonların faaliyetlerine bir müddet ara verilmiş ve 1924 yılında başkan ve üyelerinde değişiklik yapılmıştır. Yeni komisyonlar, Mevadd-ı Müstacelenin Tadiline Memur Mecelle Komisyonu, Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu, Vâcibat Komisyonu, Ticaret Komisyonu, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Komisyonu, Ceza Komisyonu ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Komisyonu olarak belirlenmiştir.³

¹ Ayrıntılı bilgi için bk. Gülnihâl Bozkurt, Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), 2. Baskı (Tıpkıbasım), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2010, s. 190-209.

² Ceride-i Adliye, S. 10, Mayıs 1339/1923, s. 464-465.

³ Ceride-i Adliye, S. 22-23-24, Mayıs-Haziran-Temmuz 1340/1924, s. 849; Ceride-i Adliye, S. 25, Ağustos 1340/1924, s. 940.

Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun çalışmaları, Türkiye Cumhuriyeti'nin kendi hukuki kimliğini inşa etme sürecinin önemli bir parçasıdır. Bu incelemede, Komisyon'un aile hukukuna dair çalışmalarının seyri ve hazırlanan tasarıların akıbeti üzerinde durulacak, Komisyon'un çalışmalarının neden istenilen sonuçları veremediği ve İsviçre Medeni Kanunu'nun neden tercih edildiği gibi konular ele alınacaktır.

Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun mesaisi neticesinde bazı kanun tasarıları ortaya çıkmıştır. Tasarıların yanında komisyonların tâbi olduğu talimatnameler ve Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu üyeleri arasındaki tartışmaları ihtiva eden toplantı tutanakları çalışmamızda temel aldığımız birincil öneme sahip kaynaklardır. BMM ve TBMM zabıt cerideleri ile komisyonlarla ilgili *Cumhuriyet* gazetesine yansıyan haberler de çalışmamızda dikkate alınmıştır. Aynı şekilde, arşiv taraması neticesinde ulaştığımız hususi yazışma, bilgi ve belgeler de ilgili kısımlarda işlenmiştir.

Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun selefi olan Hukuk-ı Aile Komisyonu'nun meydana getirdiği, 1917 yılında yürürlüğe giren ve Mütâreke Dönemi'nde yürürlükten kaldırılan Hukuk-ı Aile Kararnamesi, aile hukuku sahasında ilk İslam-Osmanlı kanunlaştırma faaliyeti olup, aile hukukunun evlenme ve boşanma konularına ilişkin hükümler içermektedir. Ülkemizde aile hukuku sahasındaki ilk resepsiyon ise, 1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun ile gerçekleşmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun tercümesine dayanan bu Kanun, *Aile Hukuku* adlı ikinci kitabıyla (md. 82-438) *evlenme, boşanma, evlenmenin umumi hükümleri, karı koca mallarının idaresi, nesebi sahih çocuklar, nesebi sahih olmayan çocuklar, aile, vesâyet teşkilatı, vesâyetin idaresi ve vesâyetin hitamı* konularını düzenlemiştir.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin yürürlükten kaldırılmasından sonra ve İsviçre Medeni Kanunu'nun resepsiyon yoluyla alınmasından önce, aile hukuku sahasında hazırlanan üç tasarının da kanunlaşma teşebbüsü akim kalmıştır. İlk tasarı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin neredeyse aynısıyken ikinci tasarı Kararname'ye kısmen benzemektedir. Üçüncü tasarı da nafaka konusuna aittir. Bu sebeple, bir arka plan oluşturmak amacıyla ilk bölümde Hukuk-ı Aile Komisyonu ve hazırladıkları Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nden bahsedilecektir.

I. HUKUK-I AİLE KOMİSYONU VE HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ

Bu bölümde, Osmanlı Devleti'nin son yıllarında yürürlüğe giren ve aile hukuku alanında önemli bir adım olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Kararname'yi hazırlayan Hukuk-ı Aile Komisyonu hakkında bilgiler verilecektir. Hukuk-ı Aile Komisyonu'nun kuruluşu ve yapısı, Kararname'nin yürürlüğe girişi, özellikleri ve nihayetinde neden yürürlükten kaldırıldığına dair detaylar sunulacaktır.

A. KOMİSYON'UN YAPISI VE KARARNAME'NİN YÜRÜRLÜĞE GİRİŞİ

Osmanlı Devleti'nde, 1868-1876 yılları arasında kitap kitap hazırlanarak yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, medeni hukuk alanında İslam hukukunda yapılan ilk kanunlaştırma faaliyeti olup, Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebinin içtihatlarına göre hazırlanmıştır. Mecelle'de medeni hukukun yanı sıra, ticaret hukuku ve muhakeme usulüne dair hükümler de yer almaktadır. Medeni hukuk alanından ağırlıklı olarak borçlar hukuku, kısmen de eşya hukuku ve şahsın hukukuna ait hükümler bulunurken, aile hukuku ve miras hukukuna dair hükümlere yer verilmemiştir. Mecelle'de düzenlenmeyen bu gibi konularda, önceden olduğu gibi, muteber fıkıh kitapları ve fetva mecmuaları ile kanun, nizamname ve irade-i seniyyeler yürürlük kaynağı olmaya devam etmiştir.

Mecelle, bir medeni kanunda bulunması beklenen pek çok hususa yer vermediği ve hükümlerinde bazı sorunlar bulunduğu gerekçesiyle eleştirilere maruz kaldı. Ayrıca çağın ihtiyaçlarını karşılayamadığı hususunda da eleştiriliyordu. Bu sebeplerle Mecelle'nin tadil ve ıslahı ile eksikliklerinin tamamlanması gerektiği öne sürülmüştür. Bu husustaki eleştiriler, II. Meşrutiyet'ten sonra daha da artmıştır.⁴

Mecelle'nin iyileştirilmesine dair çalışmalar, öncelikle doğrudan Mecelle Cemiyeti tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmaların bazıları yürürlüğe girmişken, bazıları yürürlüğe girememiştir.⁵ Akabinde Cemiyet'in toplantıları 1889 yılında tatil edilmiştir.⁶ II. Meşrutiyet'in ilanından kısa bir süre sonra ise Cemiyet'in tekrar kurulması düşünülmüş, bunun için bir de *Mecelle Cemiyeti Nizamnâme Lâyihası* hazırlanmıştır. Mecelle Cemiyeti'nin toplantılarının tatil edilmesinden yaklaşık 21 yıl sonra gerçekleştirilen bu teşebbüsün sonucu henüz bilinmemekle beraber, en azından böyle bir teşebbüsün varlığı zikre değerdir.⁷

Daha sonra Mecelle'nin tadil ve ıslahı ile eksikliklerinin tamamlanması için Kanun-ı Medeni Komisyonu kurulmuş ve bu komisyon 22 Mayıs 1916'da ilk toplantısını yapmıştır.⁸ Medeni hukukun henüz bir kanun şeklinde tedvin edilmemiş olan evlenme, boşanma ve nafaka gibi kısımlarına ait esasların, yani *ahval-i şahsiyeye* ait kanunların

⁴ Osman Kaşıkçı, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV, İstanbul, 1997, s. 307-314.

⁵ Kaşıkçı, s. 314-342.

⁶ Kaşıkçı, s. 176.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bk. Fethi Gedikli/İbrahim Enes Onat, "İkinci Meşrutiyetten Sonra Mecelle Cemiyetinin Tekrar Kurulma Süreci", Uluslararası Mecelle Sempozyumu (25-27 Eylül 2017) Tebliğleri, Türkiye Adalet Akademisi, Bursa Kültür A.Ş., Bursa, 2021, s. 423-426.

⁸ Ceride-i Adliye, S. 149, Ağustos 1332 [1916], s. 65; Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 2, Mayıs 1332 [1916], s. 221. Krş. Kaşıkçı, s. 343'te "9 Mayıs 1916".

hazırlanması ile meşgul olmak üzere oluşturulan Hukuk-ı Aile Komisyonu da bu toplantıda hazır bulunmuştur.⁹

Kanun-ı Medeni ve Hukuk-ı Aile komisyonları başkan ve üyelerinin hazır bulunduğu, 22 Mayıs 1916 tarihli toplantıda, Adliye Nazır Vekili Halil [Menteşe] Bey, heyete hitaben bir konuşma yapmıştır. Konuşmasında, medeni kanunun aile hukuku sahasına ait layihalarının hazırlanması için ayrı bir komisyon oluşturulduğunu belirtmiştir. Ayrıca, aile hukukuna dair hükümlerde her milletin kendi esas ve geleneklerine sadık kaldığını ve kendilerinin de aynı şekilde bu hususa bağlı kalacaklarını ifade ederek, tasarılar hazırlanırken hangi esasa dayanılacağına işaretini vermiştir.¹⁰

Hukuk-ı Aile Komisyonu'nun başkanı, Isparta Mebusu Mahmud Esad Seydişehri; üyeleri, Fetvâhâne kâtiplerinden Manisalızâde Hafız Mustafa Şevket [Yunt], Menteşe Mebusu Mansûrizâde Said, Şûrâ-yı Devlet üyelerinden Ali Başhempâ ve Mahkeme-i Evkaf Kadısı Mustafa Fevzi olmuştur.¹¹ Hafız Şevket Efendi daha sonra Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun hem 1923'te hem de 1924'te üyesi olacaktır.

Hukuk-ı Aile Komisyonu'nun eseri olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 25 Ekim 1917'de, Meclis'te tartışma ve oylama sürecinden geçmeden yürürlüğe girmiştir. Bu şekilde, yürütme organının bir işlemi olarak yürürlüğe girmesi, Meclis'te yeterli desteğin alınamayacağı endişesinden kaynaklanmış olmalıdır.¹² Gerçekten de, Kararname'nin içerdiği farklılıklar ve yenilikler düşünüldüğünde, muhtelif grupların tepkisini çekmesi ve kısa sürede yürürlükten kaldırılması sürpriz olmamıştır.

B. HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ

Şimdi ise Kararname'nin yapısı ve genel hatlarıyla içeriğinden bahsedilecek, sonrasında getirdiği yeniliklere değinilecektir.

1. Yapısı ve Genel Hatlarıyla İçeriği

Kararname, 157 maddeden oluşmaktadır.¹³ İlk 154 maddesi iki kitap halinde, son 3 maddesi *mevadd-ı şettâ* başlığı altında düzenlenmiştir. Kararname'nin ilk kitabı *münâkehat* (nikâhla ilgili konular) başlığına, ikinci kitabı *müfârat* (boşanma ile ilgili konular) başlığına sahiptir. Kararname'deki her bir kitap kendi içinde bablara, bablar da fasıllara ayrılmıştır.

⁹ Ceride-i Adliye, S. 149, Ağustos 1332 [1916], s. 65; Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 2, Mayıs 1332 [1916], s. 221.

¹⁰ Ceride-i Adliye, S. 149, Ağustos 1332 [1916], s. 65-67.

¹¹ Ceride-i Adliye, S. 149, Ağustos 1332 [1916], s. 66.

¹² M. Âkif Aydın, Osmanlı Aile Hukuku, Klasik, İstanbul, 2017, s. 165.

¹³ Kararname'nin çeviriyazısı için bk. Aydın, 2017, s. 223-238. Ayrıca Kararname'nin genel gerekçesinin çeviriyazısı için bk. Aydın, 2017, s. 239-253.

Kararname, aile hukukunun iki temel konusunu, evlenme ve evliliğin sona ermesini düzenlemiştir. Aile hukukunun nesep, vesâyet, mal rejimi, usûl ve fûrû nafakası, akrabalık nafakası gibi diğer konuları ise Kararname’de yer almamıştır.

Kararname’nin ilk kitabı olan münâkehat kitabında (md. 1-101), nişanlanma (md. 1-3), nikâh ehliyeti (md. 4-12), nikâhı memnû olanlar (md. 13-19), Musevilerde nikâhı memnû olanlar (md. 20-26), İsevilerde nikâhı memnû olanlar (md. 27-32), nikâhın akdi (md. 33-39), İsevilerde nikâhın akdi (md. 40-44), kefâet (md. 45-51), nikâhın fesâd ve butlânı (md. 52-58), Musevilerde nikâhın fesâd ve butlânı (md. 59-62), İsevilerde nikâhın fesâd ve butlânı (md. 63-68), nikâhın ahkâmı (md. 69-77), İsevilerde nikâhın ahkâmı (md. 78-79), mehir (md. 80-91) ve evlilik nafakası (md. 92-101) düzenlenmiştir.

İkinci kitap olan müfâratat kitabında (md. 102-154), genel hükümler (md. 102-110), ric’î talâk ve bâin talâk (md. 111-118), mahkeme kararıyla boşanma (md. 119-131), İsevilerde müfâratat (md. 132-138), iddet (md. 139-149) ve iddet bekleyen kadının nafakası (md. 150-154) düzenlenmiştir. *Mevadd-ı şettâ* başlığı altında; aksine bir düzenleme yoksa diğer maddelerin gayrimüslimler için de geçerli olacağı (md. 155), ruhani reislerin aile hukukundan doğan yargı yetkisinin kaldırıldığı (md. 156) belirtilmiş ve son olarak yürütme maddesi (md. 157) yer almıştır.

2. Kararname’nin Getirdiği Yenilikler

Kararname, aile hukuku sahasında İslam ülkelerinde yürürlüğe giren ilk örnektir. Hükümlerinde Hanefî mezhebi içindeki diğer görüşlerden ve diğer Sünnî mezheplere ait görüşlerden de yararlanılmıştır. İslam dairesi içinde kalıp dönemin ihtiyaçlarına daha uygun hükümlerin konulması için bu usul tercih edilmiştir.

Kararname’de Hıristiyan ve Yahudilere dair hükümlere de yer verilmiştir. Böylece aile hukukunun bir kısmı, üç din için farklı hükümlerle düzenlenmiştir. Bu durum, Osmanlı Devleti’nin heterojen yapısından, farklı dinî grupları bünyesinde barındırmasından kaynaklanmıştır. Böyle bir usulün izlenmesi, hukuki birliğe aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilse de farklı dinleri barındıran Osmanlı Devleti’nde herkesi aynı hukuki kurallara tabi kılmak problem doğurabilecek nitelikte ve dönemin gerçekleriyle bağdaşmamaktaydı.¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti, daha sonra 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu’nu resepsiyon yoluyla alarak söz konusu üç dinî gruba farklı hükümler uygulamak yerine, lâik bir medeni kanun kabul ederek din farkı gözetmeksizin herkese tek tip hukuk kuralını uygulamayı tercih edecektir.

Kararname’deki yenilikler arasında evlenme ve boşanma konularında devlet kontrolünün artmış olması da sayılabilir. Bu hususta, nikâhtan önce evlilik engeli olup olmadığının tespiti için durumun ilan edilmesi (md. 33) ve nikâhın hâkim veya onun yetkilendirdiği nâib huzurunda kıyılıp tescil edilmesi (md. 37) gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁴ Aydın, 2017, s. 191.

Boşanmada ise kocanın boşamayı mahkemeye bildirmesi gerektiği belirtilmiştir (md. 110).¹⁵

Kararname'de kadınların kocalarından boşanmalarına yönelik sebeplerin artırıldığı görülmektedir (md. 119-131).¹⁶ Ayrıca, evlenme sırasında kadının, kocasının tek eşliliğe uymasını şart koşabilmesine izin verilmiştir. Bu şekilde, çok eşlilik uygulamasının sınırlanması yönünde önemli bir adım atılmıştır (md. 38).

Kararname'deki bir diğer önemli yenilik ise evlenme yaşına alt sınır getirilmesidir (md. 7). Buna göre, 12 yaşını doldurmamış erkek çocukların ve 9 yaşını doldurmamış kız çocukların evlendirilmesi artık mümkün değildir. Önceki dönemde küçüklerin velileri tarafından herhangi bir yaş sınırı olmaksızın evlendirilebileceği kabul edilirken, Kararname ile bülûğ öncesi evlilikler yasaklanmıştır. Bu düzenleme, çocukların korunması ve erken yaştaki evliliklerin engellenmesi amacını taşımaktadır.

Kararname, ayrıca ruhani reislerin aile hukuku alanındaki yargı yetkisini kaldırmıştır (md. 156). Bununla, aile hukuku alanında yargı birliğinin sağlanması hedeflenmiştir.

İslam-Osmanlı aile hukuku sahasında ilk kanunlaştırma faaliyeti olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi, çok eşliliğin sınırlandırılmasına ve evlenme yaşına ilişkin düzenlemeleriyle dönemin ihtiyaçlarına cevap vermeye çalışmış, kadın haklarına yönelik bazı iyileştirmeler yapmış ve ruhani reislere tanınan ve egemenliğin bir parçası olan yargısal ayrıcalıkları kaldırarak aile hukuku alanında yargı birliğini sağlamak istemiştir. Ancak, bu yeniliklerin kabulü ve uygulanması konusunda bazı zorluklar yaşanmıştır.

C. KARARNAME'NİN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI

Hukuk-ı Aile Kararnamesi genel olarak olumlu karşılansa da özellikle muhafazakar İslamcılar ve gayrimüslim cemaatlerin ruhani liderlerinin şiddetli tepkilerine maruz kalmıştır. Diğer Sünnî mezheplerden yararlanılması bazı muhafazakar İslamcılara öfkelenmiştir; cemaat mahkemelerinin aile hukuku alanındaki yargı yetkisinin kaldırılması da patrikhaneler ve hahambaşılığın sert bir şekilde tepki vermesine neden olmuştur. Ayrıca Rum-Ortodoks Kilisesi ve diğer

¹⁵ Kanun-ı Ceza'nın 200. Maddesinin 19 Rebiülâhır 1332 Tarihli Zeyl-i Sânisini Muaddil Kararnâme'nin 1. maddesi ile, karısını boşadığını on beş gün zarfında mahkemeye bildirmeyen kocanın, bir haftadan bir aya kadar hapis cezasına çarptırılacağı düzenlenmiştir (Takvim-i Vekayi, 14 Muharrem 1336/31 Teşrinievvel 1333/31 Ekim 1917, Nu: 3046, s. 10). Ayrıca bk. Aydın, 2017, s. 185.

¹⁶ Bu hususta Kararname'den kısa bir süre önce çok önemli bir adım atılmıştır. 1916 yılında yayımlanan iki irade-i seniyye ile, Hanbelî mezhebine dayanılarak kocası gaib olan ve nafaka da temin edemeyen kadınlara ve İmam Muhammed'in görüşüne dayanılarak kocası akıl hastalığı, cüzzam, vitiligo gibi hastalıklara yakalanmış kadınlara, kocalarından boşanma imkânı getirilmiştir (Aydın, 2017, s. 153-155).

cemaat kiliseleri ile Yahudi Hahamlığı, Kararname'nin gayrimüslimleri ilgilendiren hükümlerinin uygulanmaması için Hükümet ve İstanbul'daki elçilikler nezdinde çeşitli çalışmalar yapmışlardır.¹⁷

Burdur Mebusu İsmail Suphi Bey'in [Soysalloğlu] 30 Ekim 1920 tarihli Meclis toplantısındaki ifadesiyle "Memleketimizde münâkehat ve mufârakatı mazbutiyet ve meşrûiyet altına almış olduğu halde Damat Ferid'in müftü-i mahudu Mustafa Sabri Efendi tarafından her nedense mevki-i tatbik ve meriyetten ıskat edilmiş olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi..."¹⁸ 8 Muharrem 1336 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin Lağvı Hakkında Kararnâme ile, 20 Haziran 1919 tarihinde İstanbul Hükümeti tarafından yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁹ Kararname'nin, yürürlüğe girişinden kısa bir süre sonra yürürlükten kaldırılması, muhafazakar İslamcıların Hükümet'e yönelik ve ruhani reislerin İtilaf devletleri nezdindeki uğraşları sonucunda gerçekleşmiştir.²⁰ Kararname'nin Osmanlı Devleti'ndeki ömrü kısa olsa da, bazı Orta Doğu ülkelerindeki yürürlük süresi Osmanlı Devleti'ne kıyasla daha uzun olmuştur. Ayrıca Kararname, özellikle diğer mezheplerden yararlanma yolunu açarak, diğer İslam ülkelerine öncülük etmiştir.²¹ Bu hususlar, Kararname'nin sadece Osmanlı Devleti'nde değil, daha geniş bir coğrafi ve kültürel çerçevede önemli bir rol oynadığını göstermektedir.

Kararname yürürlükten kalksa da hazırlanmasına yol açan hukuki ve sosyal ihtiyaçlar hala devam etmekte olduğundan bir aile kanunu hazırlanması zarureti gündemi işgal etmeye devam etmekteydi.²² 1923 yılında kurulan Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun görevi de işte bu ihtiyaçlara cevap vermek üzere evlenme ve boşanma gibi şahsın hukukuyla ilgili konularda çalışmak ve tespit edilen esasları tedvin etmektir.

¹⁷ Aydın, 2017, s. 197-198.

¹⁸ BMM Zabıt Ceridesi, C. 5, 1. Devre, 1. İçtima Senesi, 92. İçtima, 30 Teşrinievvel 1336, s. 244, (s.e.t. 12/07/2023, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c005/tbmm01005092.pdf>).

¹⁹ 8 Muharrem 1336 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin Lağvı Hakkında Kararnâme'nin çeviriyazısı için bk. Sabri Şakir Ansay (der.), Medeni Kanunumuzun 25 inci Yıldönümü Münasebetiyle Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar: Hukuk İnkilâbımızı Aydınlatan Tarihî-Teşriî Vesikalar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s. 51.

²⁰ Aydın, 2017, s. 197-198.

²¹ Kararname ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün farklı noktalardan mukayesesi ve özellikle Kararname'nin diğer mezheplerden yararlanma yolunu açmasının bu Kanun üzerindeki etkileri için bk. Ahmet Kılınc, "İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi", C. 14, S. 2, 2019, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 623-662.

²² Aydın, 2017, s. 207.

II. AHKÂM-I ŞAHSİYE KOMİSYONU'NUN KURULUŞU VE 1923 YILINDAKİ FAALİYETLERİ

Bu bölümde Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun kuruluşundan, yapısından, çalışma alanından ve komisyonların tâbi oldukları talimatnameden bahsedilecek; Komisyon'un çalışmaları ve 1923 yılında Meclis'e sunulan aile kanunu tasarısının akıbeti üzerinde durulacaktır.

A. KANUN-I MEDENİ KOMİSYONU'NUN İKİYE AYRILMASI

Komisyonların tâbi oldukları talimatnamenin²³ (Ek 1) geçici maddesine göre, ülkenin ihtiyaçlarını her yönden karşılayacak bir medeni kanun taslağı hazırlamakla görevlendirilen Kanun-ı Medeni Komisyonu, Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu ve Vâcibat Komisyonu olarak ikiye ayrılmıştır.

Cumhuriyet'in ilk Adliye Vekili Seyyid Bey (görev süresi: 14 Ağustos 1923-5 Mart 1924), bir medeni kanunda düzenlenecek hususların çeşitliliği düşünüldüğünde, sadece bir komisyonun bütün bunlarla ilgilenmesinin, çalışmaların bir neticeye varmasını geciktireceğini ve bu sebeple medeni hukukun tedvini için Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu ve Vâcibat Komisyonu adlarıyla iki alt komisyon oluşturulduğunu belirtmiştir. Şahıslar üzerine terettüp eden hükümlerin tedviniyle ilgilenecek komisyona Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu ismi verildiğini; bir şahsın zimmetinde sabit olan şeylerin, sözleşmelerden ve fiillerden kaynaklanan *vâcibat*ın tedviniyle meşgul olacak komisyona da Vâcibat Komisyonu adı verildiğini ifade etmiştir.²⁴

Talimatname'nin geçici maddesine göre Vâcibat Komisyonu, 1916 yılında kurulmuş olan Kanun-ı Medeni Komisyonu'nun çalışmalarını takiben ilk önce zikredilen komisyonun tâlî encümenince hazırlanmış olan tasarının hızla müzakeresini tamamlayacak; Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu da 1916 yılında kurulmuş olan Hukuk-ı Aile Komisyonu'nun yerine geçmek suretiyle çalışmaya başlayacaktır.²⁵

²³ “Tadil-i Kavanin için Muktezi Lâyihaları İhzara Memur Komisyonların Usul-i Mesaîsine ve Vekâletle Münâsebetine ve Rû'esâ ve Âzâsına İ'ta Olunacak Mebâliğe Dair Talimatnâme” için bk. Ceride-i Adliye, S. 10, Mayıs 1339/1923, s. 462-463; Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 2, S. 14, Şevval 1342/Mayıs 1340/1924, s. 322-325.

²⁴ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 5, 2. Devre, 1. İçtima Senesi, 90. İçtima, 26 Kânûnusânî 1340, s. 375, (s.e.t. 08/07/2023, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c005/tbmm02_005090.pdf).

²⁵ Önceki komisyonun, Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile esbab-ı mucibe mazbatasını tamamladığı; nafaka, kazf, hıdâne ve nesep konuları hakkında da layihalar hazırlamış olduğu tespit edilmiş ve çalışmalar esnasında ilgili konulara gelindiğinde bu layihalardan da yararlanılacağı kararlaştırılmıştır (Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun İkinci İçtima'nın Zabıtı, Ahmed Akgündüz, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk I, C. II, OSAV, İstanbul, 2012, s. 1698).

B. AHKÂM-I ŞAHSİYE KOMİSYONU: BAŞKAN VE ÜYELER

Ceride-i Adliye'nin Mayıs 1339/1923 tarihli 10. sayısında; Komisyon'un başkanı, mülga Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi Reisi Hüseyin Saadeddin [Arel]; üyeleri ise hukuk müderrislerinden Muammer Raşid [Seviğ], Hafız Şevket ve Mişon Ventura, sâbık Şûrâ-yı Evkaf üyelerinden Kemal Atıf [Kuyucak], Gönenli Mehmed, Dârülfünun muallimlerinden Ahmed Samim [Gönensay] ve Erzurumlu Ömer Nasuhi [Bilmen] olarak belirtilmiştir.²⁶

Komisyon'un 2 Mayıs 1923 tarihli ilk toplantısında²⁷ boş olan 2 üyelik için aday belirleme meselesi görüşülmüştür. Ayrıca, Şevket Efendi, Gönenli Mehmed Efendi'nin pek hasta bir halde memleketine gittiğini ve hastalığının şiddetlendiği yönünde haberler alındığını beyan etmiş, bunun üzerine bu üyeliğin de boş sayılacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla Komisyon'a alınacakların sayısı üçe çıkmıştır. Gösterilecek adayların bir kısmının Doğu hukuku, bir kısmının Batı hukuku hükümlerine dair teori ve uygulama bilgisi olmasına dikkat edilmesinin gerektiği görüşülüp²⁸ bazı isimler ortaya konulmuştur. Adliye Vekâleti'ne sunulmak üzere bu isimlerden Ahmed Samim Bey ve Ömer Nasuhi Efendi oy birliğiyle, Zileli Mustafa Rıza Efendi oy çokluğuyla aday olarak tespit edilmiştir.²⁹ Üyeliğe kabul edilen Ömer Nasuhi Efendi 23 Mayıs 1923 tarihli 2. toplantıdan, Ahmed Samim Bey 24 Mayıs 1923 tarihli 3. toplantıdan itibaren toplantılara katılmışlardır.

Şevket Efendi, 29 Mayıs 1923 tarihli 4. toplantıda, Gönenli Mehmed Efendi'nin memleketinde vefat ettiğini belirtip,³⁰ boşalan üyelik için bir aday gösterilmesini teklif etmiştir. Saadeddin Bey ise daha önceden Gönenli Mehmed Efendi'nin yeri ve iki boş üyelik için üç adayın belirlenip Adliye Vekâleti'ne bildirildiğini, ancak Adliye Vekâleti'nden bu adayların yalnızca ikisi için (Ömer Nasuhi ve Ahmed Samim) kabul ve tayinlerine dair cevap geldiğini, üçüncüsünün (Zileli Mustafa Rıza) kabul

²⁶ *Ceride-i Adliye*, S. 10, Mayıs 1339/1923, s. 464.

²⁷ Krş. Elif Dursunüst, "Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenisi", S. 12, 2019, *Usûl İslam Araştırmaları*, s. 162'de sehven "...komisyonlar ilk toplantısını 2 Mayıs 1923'te İstanbul'da yaptı." (vurgu eklenmiştir).

²⁸ "Namzed olmak üzere komisyonda isimleri mevzubahis edilecek zevâttan bir kısmının ahkâm-ı şarkiye nazariyât ve tatbikatında ve diğer kısmının ahkâm-ı garbiyede mütehasıs olmasına itina olunması lüzumu görüşülerek..." (Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Birinci İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1696).

²⁹ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Birinci İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1696. Toplantı tutanağından Ömer Nasuhi Efendi'nin Gönenli Mehmed Efendi'nin yerine değil, boş üyelik için aday gösterildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca 4. toplantıda, Gönenli Mehmed Efendi'den boşalan üyeliğe Zileli Mustafa Rıza Efendi'nin getirilmesi için Adliye Vekâleti'ne tekrar başvuru yapılması kararlaştırılmıştır (Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Dördüncü İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1703). Krş. Kaşıkçı, s. 379, dn. 5.

³⁰ Krş. Şamil Dağcı, "Mehmet Gönenli ve Türk Hukukuna Katkıları", C. XLIV, S. 2, 2003, *AÜİFD*, s. 8. Yazar, Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nda da çalıştığını belirttiği (Dağcı, s. 4-5) Mehmet Gönenli'nin, 11 Haziran 1965'te vefat ettiğini belirtmiştir.

veya reddi hakkında bir şey söylenmediğini, bu yüzden de tekrar bir aday gösterilmesinin uygun olmadığını, Adliye Vekâleti'nden bir cevabın beklenilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Müzakerenin sonucunda ise Gönenli Mehmed Efendi'den boşalan üyeliğe Zileli Mustafa Rıza Efendi'nin getirilmesi için Adliye Vekâleti'ne tekrar mürâcaatta bulunmaya karar verilmiştir.³¹ Bununla birlikte Komisyon'un yayımlanan toplantı tutanaklarında Zileli Mustafa Rıza ismi yer almamaktadır.

C. KOMİSYON'UN ÇALIŞMA ALANI

Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu, *ahkâm-ı şahsiye* ile ilgili ve ona bağlı bütün konular hakkında tartışma yapmak ve tartışmalar neticesinde belirlenen esasları bir araya getirmekle görevlendirilmiştir. *Ahkâm-ı şahsiye*, kelime anlamı itibariyle kişinin kendisiyle ilgili, şahsına ait hükümler demektir. *Ahkâm-ı şahsiye* içerisine ne gibi konuların girdiğinin tespiti, Komisyon'un ilk toplantılarında gündeme gelmiş ve tespitine çalışılmıştır. Mişon Ventura, *ahkâm-ı şahsiye* adı altında ne gibi şeylerin anlaşılması gerektiğini tespit edip, Komisyon'u ilgilendiren meseleleri genel hatlarıyla belirleyerek, diğer komisyonları da bundan haberdar etmenin uygun olacağını belirtmiştir.³²

Komisyon'un üzerinde çalışacağı konular önce, şahıs, isim, ikametgâh, medeni hal (şahsi ve ailevi) ve medeni sicil şeklinde beş başlık halinde tespit edilmiştir.³³ Sonrasında ise çalışmaların şu genel ve tâlî konular üzerinde gerçekleştirileceğine karar verilmiştir: Şahsiyet başlığı altında, şahsiyetin başlangıcı ve sona ermesi, mefkudiyet, isim, ikametgâh, vakıflar ve cemiyetlerin (derneklerin) yalnızca hukuki şahsiyetleriyle ilgili genel hükümler yer almıştır. Medeni hal başlığı, şahsi ve ailevi olarak ikiye ayrılmıştır. Şahsi medeni hal başlığı altında, rüşet, ehliyet arızaları (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, bunama, sefihlik, belâhet vb.) zikredilmiştir. Ailevi medeni hal başlığı altında, münâkehat, mufârakat, nesep, akrabalık, evlat edinme, nafaka, velâyet, vesâyet, izin vb. konular yer almıştır. Medeni sicil başlığı altında ise doğum, ölüm, münâkehat vb. sicillere yer verilmiştir.³⁴

Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu bu şekilde kendi çalışma alanına giren konuları belirlese de, bazı konular Vâcibat Komisyonu'nun da çalışma alanına girmektedir ve hangi konunun hangi komisyonun çalışma alanına girdiğini belirlemek gerekmektedir. Talimatname'nin 4. maddesinde, komisyonların böyle meseleleri birlikte toplanarak görüşmesi ve ihtilaf halinde Adliye Vekâleti'ne durumun bildirilmesi istenmiştir. Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu bu sebeple 28 Haziran 1923 tarihli 13. toplantısını Vâcibat Komisyonu ile beraber yapmış, iki komisyona ait konuların birbirinden ayrılması ve hangi komisyonun

³¹ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Dördüncü İçtima'nın Zabtu, Akgündüz, s. 1703.

³² Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun İkinci İçtima'nın Zabtu, Akgündüz, s. 1699.

³³ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Üçüncü İçtima'nın Zabtu, Akgündüz, s. 1700.

³⁴ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Altıncı İçtima'nın Zabtu, Akgündüz, s. 1711.

hangi mesele ile meşgul olacağı belirlenmeye çalışılmıştır. Yukarıda zikrettiğimiz konuların genel olarak Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'na ait olduğu müstereken kabul edilmiş, ancak ehliyet ve ehliyet arızaları gibi iki komisyon arasında ortak olan konuların görüşülmesi, bir başka toplantıya ertelenmiştir.³⁵ Ayrıca vücut ve eda ehliyeti, ehliyet arızaları, akd ve izhar-ı rıza konularının iki komisyon arasında ortak konulardan olduğu; mefkud ve gaib, ikametgâh, nüfus kayıtları, eşhas-ı hukukiye (dernekler, vakıflar, cemâat) ve aile hukuku konularının Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun çalışma alanı içinde kaldığı belirlenmiştir.³⁶ Vakıfların hukuki şahsiyeti hakkındaki konuların Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'na, hukuki şahsiyetinden başka bütün konularının Vâcibat Komisyonu'na ait olduğu kararlaştırılmıştır.³⁷ Ancak miras konusunun Vâcibat Komisyonu'na mı, yoksa Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'na mı ait olacağı meselesinde ihtilafa düşülmüştür. Buna binaen Talimatname'nin 4. maddesine uygun olarak durumun Adliye Vekâleti'ne bildirilmesine karar verilmiştir.³⁸

Ç. KOMİSYONLARIN TÂBİ OLDUKLARI TALİMATNAME

1923 tarihli “Tadil-i Kavanin için Muktezi Lâyihaları İhzara Memur Komisyonların Usul-i Mesaisine ve Vekâletle Münasebetine ve Rû'esâ ve Âzasına İ'ta Olunacak Mebâliğe Dair Talimatnâme” 13 madde ve bir geçici maddeden oluşmaktadır.³⁹

Talimatname, komisyonların amacını ifade etmekte, bu amacı gerçekleştirmek için dayanacakları esaslara, kanun tasarılarının hazırlanma sürecine, komisyonların çalışma usullerine ve Adliye Vekâleti ile ilişkilerine dair bir çerçeve sunmaktadır.

Komisyonların amacı, insanların işlerine en uygun ve özellikle memleketin iktisadi yönden gelişmesine hizmet edecek hükümleri hazırlamaktır. Dolayısıyla komisyonlar, hukuki ve iktisadi açıdan etkili hükümler ortaya koymalıdır. Bu maksadın gerçekleştirilmesinde “*ahkâm-ı fikhîye ve hukukiyemizden ve mîlel-i sairece kabul ve tatbik edilmiş esasattan*” yararlanılacaktır (md. 1).

Talimatname, kanun taslaklarının hazırlanmasına yönelik detaylı bir süreç öngörmüştür. İlk aşamada hangi konuların ve nasıl belirleneceği, gerekçe takrirlerinde hangi hususların yer alacağı belirtilmiş (md. 2), tasarıların Adliye Vekâleti'ne genel gerekçesiyle

³⁵ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun On Üçüncü İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1746.

³⁶ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun On Üçüncü İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1744.

³⁷ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun On Üçüncü İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1744.

³⁸ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun On Üçüncü İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1746.

³⁹ Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 2, S. 14, Şevval 1342/Mayıs 1340/1924, s. 322-325; Ceride-i Adliye, S. 10, Mayıs 1339/1923, s. 462-463.

beraber gönderileceği (md. 5) ve istenirse tasarılar bir giriş yazısı da eklenebileceği belirtilmiştir (md. 6).

Komisyonlarda verilecek kararlar oy çokluğuyla alınacak, eşitlik durumunda başkanın oyu önem taşıyacaktır (md. 3).

Düzenlenecek kanun tasarılarının birbirleriyle ilişkili noktalarının nasıl ele alınacağı da açıklanmıştır. Kanun tasarılarının tutarlı ve bütünlüklü olmasını sağlamak için komisyonların iş birliği yapacağı ve anlaşmazlıkların üst merci olan Adliye Vekâletince çözüleceği belirtilmiştir (md 4).

Komisyonların düzenli toplantılar yaparak çalışmalarını sürdüreceği ve bu toplantılarda yapılan tartışmaların kayıt altına alınmasının önemli olduğu ifade edilmiştir. Komisyonların ne sıklıkla toplanması gerektiği, toplantı süresi ve toplantı tutanaklarının nasıl düzenleneceği izah edilmiştir. Toplantılar başkan tarafından belirlenen bir gündemle yürütülecek ve her toplantı için tutanak tutulacaktır. Bu tutanaklarda, toplantının başlama ve bitiş saati, katılan üyelerin isimleri ve imzaları ile müzakerelerin nasıl gerçekleştiği yer alacaktır (md. 7). Çalışmaların raporlanarak Adliye Vekâleti'ne bilgi verilmesi ve Adliye Vekâleti'nin komisyonlar üzerindeki teftiş ve denetleme hakkından da bahsedilmiştir. Komisyon başkanları, belirli aralıklarla çalışmalara dair Adliye Vekâleti'ne rapor sunacak ve bu raporlar, Adliye Vekâletince yapılacak denetime esas alınacaktır. Teftiş ve denetleme hakkı, Adliye Vekâleti tarafından uygun görülen yöntemlerle kullanılacaktır (md. 8).

Talimatname, komisyonların çalışmalarının şeffaflığını sağlamayı ve komisyonlarda yer almayan uzmanların görüşlerini değerlendirmeyi de amaçlamıştır. Çalışmalar, *Ceride-i Adliye* aracılığıyla halkın bilgisine sunulacak ve komisyonlarda yer almayan uzmanların görüş ve eleştirileri de dikkate alınabilecektir (md. 9).

Komisyonların ihtiyaç duyduğu kaynaklara erişim için Adliye Vekâleti'nin aracı olacağı belirtilmiştir. İhtiyaç duyulan eser ve belgeler, Adliye Vekâleti aracılığıyla temin edilebilecektir (md. 10). Komisyonların yazı işleri de Adliye Vekâleti tarafından atanmış memurlar aracılığıyla yerine getirilecektir (md. 11). Ancak, Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun ilk toplantısında, Adliye Vekâletince henüz kâtip atanmadığı tespit edilmiştir. Kâtip bulunmayışının etkisi ilk toplantıda hissedilmeye başlandığından, kâtiplik için aday belirlenmesine karar verilmiş,⁴⁰ sonraki toplantıda iki kâtime ihtiyaç olduğu anlaşılmıştır. Çalışmalarda yararlanılacak eserleri çeşitli umumi kütüphanelerde bulup, gerekli konuları araştırma ve kendisine verilecek konular hakkında kitâbiyat açısından inceleme yapma gibi görevler için muhtelif mezheplere dair araştırmalarıyla bilinen Fatih Câmisi Hatip Vekili Kemaleddin Efendi'nin; araştırmaları tutma, üyelere dağıtılacak layihaları çoğaltma, Adliye Vekâleti'ne gönderilecek takrirleri tesvid ve tebyiz etme gibi yazı işleri için de bu türdeki işlere uygun olduğu anlaşılan Hamid Bey'in kâtipliğe tayin edilmesi yönünde Adliye Vekâleti'nden talepte bulunulması uygun

⁴⁰ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Birinci İçtima'ının Zabtu, Akgündüz, s. 1696.

görülmüştür.⁴¹ Bunun üzerine gelen 4 Haziran 1339/1923 tarihli cevapta, birden fazla kâtip için tahsîsatın yeterli olmadığı belirtilmiştir. Komisyon da kâtip olarak Hamid Bey'i seçmiştir.⁴²

Talimatname ayrıca, her celse için komisyon başkan ve üyelerine huzur hakkı ödeneceğini belirtmekte (md. 12) ve adliye müfettişlerinin toplantılardaki gözetim rolünden bahsetmektedir (md. 13). Adliye müfettişleri oy kullanma yetkisi olmaksızın celselerde bulunabilir ve faaliyetleri gözetleyebilirler.

Son olarak geçici madde ile 1916 yılında kurulan komisyonlarla halef-selef ilişkisi kurulmuş ve komisyonların hangi konulara odaklanacakları açıklanmıştır.

D. ŞER'İ DAYANAK MESELESİ

1921 tarihli Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'nun, kanunların düzenlenmesinde "*muâmelât-ı nâsa erfak ve ihtiyacat-ı zamana evfak ahkâm-ı fıkhiye ve hukukiye ile âdap ve muamelât*" temel alınır hükmüne (md. 7) paralel olarak Talimatname'nin 1. maddesinde, komisyonların üstlendikleri görevleri yerine getirirken "*muâmelat-ı nâsa erfak ve bilhassa memleketin terakkîyat-ı iktisadiyesinin inkişafına hadim ahkâm vaz'ına sarf-ı mesai edecek ve husul-i maksad için gerek ahkâm-ı fıkhiye ve hukukiyemizden ve gerek mîl-i sairece kabul ve tatbik edilmiş esasattan*" yararlanacakları ifade edilmiştir. Görülüyor ki, hazırlanacak tasarılar için zikredilen ilk kaynak, fıkihtir. Peki bütün tasarı maddeleri fıkha mı dayandırılacaktır? Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu, ilk toplantısında, işte bu soruyu gündemine alarak hazırlanacak aile kanunu tasarısının hükümlerinden her biri için şer'î bir dayanak aranıp aranmayacağı meselesini tartışmıştır.⁴³

Şevket Efendi, hükümlerin büyük kısmı için şer'î kitaplarda ve muteber mezheplerde birer görüş bulmanın mümkün olduğunu, hükümlerin şer'î delillerle teyidi sayesinde tasarımın Müslümanlardan gelebilecek itirazlardan korunabileceğini ve İslam şeriatının yüceliğinin ve mükemmelliğinin bu şekilde ispatına da hizmet edilmiş olacağını belirtmiştir. Kemal Atıf Bey, meselelerin daima şer'î kitaplara dayandırılmasının, Batı aleminde, kanunlarımızı hala dinî esaslardan ayırmak istemediğimize dair bir işaret olarak görülebileceğine dikkat çekmiştir. Kemal Atıf Bey, bu kaygıyı, kapitülasyonların kaldırılması önünde bir engel çıkmaması için ifade etmiş olmalıdır. Saadeddin Bey, hükümlerden şer'î delillere sahip olanlar için bu yola başvurma içeride makbul karşılanma gibi faydalarının olacağını, uygulanmasının kolay olmasına hizmet edeceğini; Batı alemine gelince onların, hükümlerin akla uygun olup olmadığına bakacaklarını, akla uygun ve şer'î dayanağa sahip hükümlerin sadece şer'î dayanakları var diye ret veya tenkide konu olmayacaklarını, akla aykırı hükümlerin ise hiçbir yerde

⁴¹ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun İkinci İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1698.

⁴² Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Altıncı İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1710.

⁴³ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Birinci İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1696-1697.

uygun görülmeceğini söylemiştir. Muammer Raşid Bey, şer'î hükümlere mürâcaatın esas hakkında faydalı olmasının mümkün olduğunu ancak ayrıntılarla ilgili birtakım hususta mutlak surette nakle bağlılığın doğru olmayacağını belirtmiştir. Bunun üzerine, Şevket Efendi, şer'î kitaplara mürâcaat meselesinin zaten aslî hükümler için söz konusu olacağını ifade etmiştir. Mişon Efendi ise tartışmaya bir soru ile katkı sağlamıştır: Hükümlerden bazısı için şer'î kitaplardan dayanak bulunamazsa ne yapılacaktır? Şevket Efendi de, hükümlerin hemen hemen hepsi için çeşitli kitap ve mezheplerde birer dayanak bulmanın mümkün olduğunu, şayet bazı meseleler için şer'î dayanak bulunamazsa nass-ı şer'îye zıt olmamak kaydıyla akla mürâcaat edilmesi gerektiğini söylemiştir.⁴⁴

Tartışmanın neticesinde, toplumun menfaatleri hangi hükümlerin konulmasını gerektiriyorsa Komisyonca müzakere edilerek o hükümlerin hazırlanması ve bunlardan şer'î kitaplarda dayanağı olanlar için kabullerine neden olan sebeplerle beraber şer'î delillerinin de gösterilmesine karar verilmiştir.⁴⁵

E. TOPLANTI TUTANAKLARINA GÖRE KOMİSYON'UN ÇALIŞMALARI

Tutanaklar, 2 Mayıs 1923-10 Temmuz 1923 tarihleri arasında gerçekleşen 16 toplantıya ait müzakereleri izlemek açısından mühim kaynaklardır. Talimatname'nin 9. maddesine göre, komisyonların bir aylık çalışmalarının sonuçları, her ay sonu *Ceride*'de yayımlanacaktır. Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonunca yapılan ilk 6 toplantıya ait tutanaklar, *Ceride*'nin Temmuz 1339/1923 tarihli 12. sayısında⁴⁶, takip eden 10 toplantının tutanağı da *Ceride*'nin Ağustos-Eylül-Teşrinievvel 1339/1923 tarihli 13-14-15. sayısında yayımlanmıştır.⁴⁷ Söz konusu 16 toplantıya ait tutanakların çeviriyazısı ise Akgündüz tarafından yayımlanmıştır.⁴⁸ *Ceride*'nin ilgili sayısında, *isim* başlığı altında tartışılan 16. toplantıya ait tutanak, yarıda kesilmektedir.⁴⁹ Takip eden sayılarda bu toplantı tutanağının devamı veya Komisyon'un başka toplantı tutanakları bulunmamaktadır. İlaveten yaptığımız taramalarda da bu tutanaklara

⁴⁴ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Birinci İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1696-1697.

⁴⁵ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Birinci İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1697.

⁴⁶ *Ceride-i Adliye*, S. 12, Temmuz 1339/1923, (ilave formalar) s. 1-32.

⁴⁷ *Ceride-i Adliye*, S. 13-14-15, Ağustos-Eylül-Teşrinievvel 1339/1923, (ilave formalar) s. 33-96.

⁴⁸ Akgündüz, s. 1696-1755. Tutanakların çeviriyazısında, *Ceride-i Adliye*, S. 16-17-18, Teşrinisânî-Kânûnuevvel-Kânûnusânî 1339-1340, s. 692-695'te yer alan "Ceride-i Adliye'nin 13-14-15'inci Sayısında Munderic Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu Zabıtlarına Ait Hata ve Savab Cetveli"nin metne işlenmediği görülmektedir. Bu sebeple çeviriyazının, 7. toplantıdan itibaren hata ve savab cetveline uygun olarak kullanılması ayrı bir önem taşımaktadır.

⁴⁹ *Ceride-i Adliye*, S. 13-14-15, Ağustos-Eylül-Teşrinievvel 1339/1923, (ilave formalar) s. 96.

rastlayamadık. 16. toplantı tutanağının yarıda kesilmesini, Komisyon'un meşgul olacağı başlıkları ve üyelerden Ahmed Samim Bey'in hazırladığı 22 Kânûnusânî 1340/22 Ocak 1924 tarihli, "Mefkud Hakkındaki Usul-i Muhakemeye Dair Mevadd-ı Kanuniye" adlı tasarımı⁵⁰ dikkate alırsak, Komisyon'un toplantılarına devam ettiği ancak bu toplantılara ait tutanakların yayımlanmadığı ihtimali daha mâkul gözükmektedir.⁵¹

Talimatname'nin 7. maddesine göre, her komisyon haftada en fazla iki toplantı yapacak, her toplantı en az üç saat sürecektir. Yayımlanan tutanaklara baktığımızda, Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun bu hususa genel olarak uyduğunu söyleyebiliriz.⁵² 1924 yılında ise komisyonların daha sık toplanması istenecektir.

13. toplantı hariç bütün toplantılar, Saadeddin Bey başkanlığında, Adliye Kütüphane Salonu'nda gerçekleştirilmiştir. 13. toplantı ise Vâcibat Komisyonu ile birlikte mülga Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi'nde (Vâcibat Komisyonu'nun toplanma yeri) yapılmıştır. Bu toplantı, kısa bir süre sonra Adliye Vekili olacak olan Vâcibat Komisyonu'nun başkanı Seyyid Bey başkanlığında gerçekleştirilmiştir.⁵³

Söz konusu tutanakların içeriğine baktığımızda, bazı usuli meseleleri karara bağladıklarını, çalışma yöntemini belirlediklerini, çalışma alanlarının kapsamını netleştirmeye çalıştıklarını ve bu sebeple Vâcibat Komisyonu ile de bir toplantı gerçekleştirdiklerini görüyoruz.

Yayımlanan tutanakların çoğunluğu ise *şahıs* ve *isim* başlıkları altında yapılan tartışmalara dairedir. Komisyon üyeleri şahıs başlığı altında, hukuki şahsın başlangıcına ve sona ermesine dair meseleler üzerine ve isim başlığı altında aile ismi, müstear isim, birden fazla isim kullanma, isim değiştirme gibi birçok konu hakkında tartışmış, gerek oybirliğiyle gerekse oy çoğunluğuyla bu konular hakkında kararlar almışlardır.

F. MEFKUD HAKKINDAKİ MUHAKEME USULÜNE DAİR KANUN MADDELERİ

Talimatname'nin 2. maddesinde, ilgili kanun tasarısına ait babler veya fasıllardan her birinin hazırlanması görevinin, komisyon başkanları tarafından üyelerden birine veya birkaçına verileceği belirtilmiştir. Arşiv kaynakları arasında, üyelerden Ahmed Samim Bey tarafından, bu madde

⁵⁰ BOA, HSDHADB, 3/96/2; 3/96/1-6, 1-7, 1-8; 22 Kânûnusânî 1340/22 Ocak 1924.

⁵¹ Bu husustaki görüşler için bk. Abdullah Akdoğan, "Türkiye'de 1919-1927 Yılları Arasında Aile Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Çalışmaları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 1999, s. 43-44.

⁵² Akgündüz, s. 1696-1755.

⁵³ Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun On Üçüncü İçtima'nın Zabtı, Akgündüz, s. 1741. Akgündüz'ün metninde Seyyid Bey'in isminin ilk önce shven "Said Bey" şeklinde yazıldığı sonrasında ise Seyyid Bey şeklinde düzeltildiği görülmektedir. İlgili zabtın aslı için bk. Ceride-i Adliye, S. 13-14-15, Ağustos-Eylül-Teşrinievvel 1339/1923, (ilave formalar) s. 74-83.

çerçevesinde hazırlandığı anlaşılan, mefkud hakkındaki muhakeme usulüne dair bir tasarı yer almaktadır.⁵⁴ Altında *Ahmed Samim* imzası bulunan, 22 Ocak 1924 tarihli, 20 maddeden ibaret “Mefkud Hakkındaki Usul-i Muhakemeye Dair Mevadd-ı Kanuniye” adlı tasarıda genel olarak, mefkudun mallarına getirilecek tedbirlere yönelik usul düzenlenmiştir. Tasarıda aile hukuku ile ilgili bir madde yer almadığından, burada sadece zikretmekle yetiniyoruz.

G. 1923 YILINA AİT AİLE KANUNU TASARISI: HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NİN YENİDEN YÜRÜRLÜĞE SOKULMASI TEŞEBBÜSÜ

1 Şubat 1339/1923 tarihli 6/324 numaralı tezkereyle Meclis'e arz edilmiş olan aile kanunu tasarısının, tekrar incelenmek üzere 13 Eylül 1923'te iadesi talep edilmiştir.⁵⁵ Bunun üzerine tasarı, 19 Eylül 1923 tarihli Meclis toplantısında Hükümet Başkanlığı'na iade edilmiştir.⁵⁶ Üzerinde değişiklik yapıp yapılmadığını bilemediğimiz tasarı bu sefer 29 Ekim 1923'te⁵⁷ tekrar Meclis'e sunulmuş, ertesi gün Adliye Encümeni'ne tevdi edilmiştir.⁵⁸

15 Aralık 1923 tarihli Meclis toplantısında, Konya Mebusu Musa Kazım tarafından, tasarının *muamelat-ı şer'îye* ile ilgisi olduğu gerekçesiyle Şer'îye Encümeni'ne de havale edilmesi teklif edilmiştir. Adliye Vekili Seyyid Bey buna karşı çıkmış, bu kanunun acil olduğunu, içinde gayrimüslimlere ait hükümler de barındırdığını, encümenden encüme gidirse sürüncemede kalacağını, acele kanunlaştırılmasının gerektiğini belirtmişse de tasarının Şer'îye Encümeni'ne gönderilmesi teklifi kabul

⁵⁴ BOA, HSDHADB, 3/96/2; 3/96/1-6, 1-7, 1-8; 22 Kânûnusânî 1340/22 Ocak 1924.

⁵⁵ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 2, 2. Devre, 1. İçtima Senesi, 21. İçtima, 19 Eylül 1339, s. 179, (s.e.t. 11/07/2023),

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c002/tbmm02_002021.pdf). Burada altı kanun layihasının iadesinin istendiği görülmektedir. Hangi layihanın ne zaman ve kaç numaralı tezkereyle Meclis'e gönderildiğine dair bir açıklık yoktur. Ancak 12 Şubat 1339/1923 tarihli Meclis toplantısında, Meclis Reisi'nin “Hukuk-ı aile hakkında, tanzim kılınan lâyiha-i kanuniyenin gönderildiğine dair İcra Vekilleri Heyet-i Riyasetinin tezkeresi var, Adliye ve Şer'îye Encümenlerine havale ediyoruz.” ifadesinden hareketle, iadesi istenen aile kanunu tasarısının 1 Şubat 1339/1923 tarihli ve 6/324 numaralı tezkereyle Meclis'e gönderildiğini düşünüyoruz (TBMM Zabıt Ceridesi, C. 27, 1. Devre, 3. İçtima Senesi, 191. İçtima, 12 Şubat 1339, s. 282, (s.e.t. 11/07/2023, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c027/tbmm010_27191.pdf)).

⁵⁶ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 2, 2. Devre, 1. İçtima Senesi, 21. İçtima, 19 Eylül 1339, s. 179, (s.e.t. 08/07/2023),

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c002/tbmm02_002021.pdf).

⁵⁷ Krş. Aydın, 2017, s. 209'da “30 Aralık 1923”.

⁵⁸ Ansay (der.), s. 57.

edilmiştir.⁵⁹ *Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Yeniden Mevki-i Mer'iyete Vaz'ı Hakkında Hukuk-ı Aile Kanun Lâyihası (1/93) ve Adliye ve Şer'iyeye Encümenleri Mazbataları* 25 Şubat 1924'te, Meclis'te görüşülmek üzere sıraya alınmıştır.⁶⁰ Bu tasarı esasa etki etmeyen birkaç kelime farklılığı dışında Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin aynısıdır.⁶¹ Dolayısıyla ortada Ahkâm-ı Şahiye Komisyonu tarafından hazırlanmış bir tasarı yoktur. Bu tasarinin Adliye Encümeni ve Şer'iyeye Encümeni tarafından yapılan tashihlerini de gösteren tam metni Ansay tarafından yayımlanmıştır.⁶²

Her iki encümen de genel yapıyı değiştirmeden maddelerin çoğunluğunu aynen, bir kısmını değiştirerek kabul etmiş ve eklemeler yapmışlardır. Ayrıca Şer'iyeye Encümeni, tasarinin birkaç maddesini kaldırmıştır.

Adliye Encümeni'nin dikkat çeken değişiklikleri şunlardır: Encümen, asgari evlenme yaşını *zaruret olmadıkça* hem erkek hem kızlar için 15'e çıkarmıştır. 108. maddeye, erkeğin üç boşama hakkını farklı zaman ve yerlerde kullanmasının şart olduğu, üç boşama hakkını aynı anda kullanmasının tek bir boşama sayılacağı eklenmiştir.

Şer'iyeye Encümeni'nin dikkat çeken değişiklikleri ise şunlardır: Şer'iyeye Encümeni de asgari evlenme yaşının 15 olmasını isabetli bulmuş ve *zaruret olmadıkça* ifadesini örneklendirmiştir. Çok eşli erkek, eşlerine karşı nafaka, süknâ (ikamet etme), kisve (kılık kıyafet), beytütet (geceleme) hususlarında adalete aykırı davranırsa, kadının 130. maddeye dayanarak yani hakeme mürâcaatla evliliğin feshini talep edebileceği tasarıya eklenmiştir.⁶³

Yeni Adliye Vekili Necati Bey (görev süresi: 6 Mart 1924-22 Kasım 1924) Meclis'in 3 Nisan 1924 tarihli toplantısında, "Bu kararnâmenin yeniden tedkikine lüzum görülmüştür. Müsaade buyrulursa Vekâlet'e iade buyrulsun. Ba'de't-tedkik Heyet-i Celile'ye tekrar arz ederiz." diyerek tasarinin Adliye Vekâleti'ne iadesini talep etmiş ve tasarı Başvekâlet'e iade olunmuştur.⁶⁴ Böylece, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin yeniden yürürlüğe sokulması teşebbüsü akim kalmıştır.

⁵⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 4, 2. Devre, 1. İçtima Senesi, 68. İçtima, 15 Kânûnuevvel 1339, s. 221-222, (s.e.t., 08/07/2023,

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c004/tbmm02004068.pdf>).

⁶⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 6, 2. Devre, 1. İçtima Senesi, 111. İçtima, 25 Şubat 1340, s. 329, (s.e.t. 08/07/2023,

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c006/tbmm02006111.pdf>).

⁶¹ Kararname ile tasarı arasındaki küçük farklılıkların neler olduğuna dair bk. Akdoğan, s. 75.

⁶² Ansay (der.), s. 59-102.

⁶³ Ansay (der.), s. 113-114.

⁶⁴ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 8, 2. Devre, 2. İçtima Senesi, 3 Nisan 1340, s. 247-248, (s.e.t. 08/07/2023,

III. YENİ KOMİSYON'UN ÇALIŞMALARI

Belirli bir süreliğine komisyonların çalışmalarına ara verilmiş, sonrasında yeniden yapılandırılan komisyonlar yeni başkan ve üeleriyle faaliyetlerine devam etmişlerdir.⁶⁵ Bu bölümde hem Komisyon'un başkan ve üelerinde hem de komisyonların tâbi oldukları talimatnamede yapılan değişikliklerden, yeni komisyonun hazırladığı tasarılarından, Türk Kanun-ı Medenisinin kabul edilme sürecinden ve Komisyon'un görevine son verilmesinden bahsedilecektir.

A. KOMİSYON'UN BAŞKAN VE ÜELERİNİN DEĞİŞMESİ

Ara dönemin ardından, Adliye Vekâletince Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu başkanlığına Hacı Adil [Arda] Bey⁶⁶ getirilmiş, bu durum kendisine İstanbul İstinaf Müdde'î-i Umumiliği'nin 27 Aralık 1923 tarihli yazısıyla bildirilmiştir.⁶⁷ 12 Mayıs 1924 tarihli *Cumhuriyet* gazetesinde yer alan haberde, Adliye Vekâleti'nin yeni kanunlar hazırlamak ve mevcut kanunları düzeltmek amacıyla İstanbul'da bir dizi komisyon kurduğu, bu komisyonlardan Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun başkanlığına Hacı Adil Bey'in getirildiği bilgisi yer almaktadır. Haberde, komisyon başkanlarının komisyon üelerini seçerek, adayları Adliye Vekâleti'ne bildirecekleri ve Adliye Vekâleti'nin bazı kanun tasarılarını Meclis'in toplanmasına kadar

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c008/tbmm02008028.pdf>

⁶⁵ Ceride-i Adliye, S. 22-23-24, Mayıs-Haziran-Temmuz 1340/1924, s. 849.

⁶⁶ Yeni komisyonun görevine başlamasından yaklaşık bir sene sonra Hacı Adil Bey'e, 25 Mayıs 1925 tarihli yazı ile, "Lozan Muâhedenâmesi'nin kırk ikinci maddesi mücebince gayrimüslim ekalliyetlerden Rumların hukuk-ı aile ve ahkâm-ı şahsiyelerini tespit etmek üzere teşkil olunacak komisyona" başkan olarak tayin edildiği bildirilmiştir (BOA, HSDHADB, 4/83/1; 25 Mayıs 1341/1925). Söz konusu komisyonun üeleri ise burada, Muammer Raşid, Mustafa Reşid, [Vasilaki] Orfanidis ve Doktor Aristidi Paşa olarak tespit edilmişti (BOA, HSDHADB, 4/83/2; [25 Mayıs 1341/1925]). Hacı Adil Bey, 15 Haziran 1925 tarihli yazı ile, "...ancak henüz kavanin-i umûmiyyesi müdevven bulunmayan hukuk-ı aile ve ahkâm-ı şahsiye mesâilini levâyih-i mahsusa haline ifrağ için çalışmakta olan Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nda reis bulunmaklıgım ve bu levâyihin zat-ı âli-i vekâlet-penâhilerince de mültezem olduğu vechile bir an evvel tanzim ve takdimi mecburiyeti, bu ikinci komisyonun riyasetinden afvımı istidâya vesile-i cüret oluyor..." diyerek bu görevden istifa ettiğini bildirmiştir. Söz konusu komisyonun başkanlığına kendisi yerine Muammer Raşid Bey'in getirilmesini, ondan boşalacak üeliğe ise "ahkâm-ı şahsiye ile iştiğal eden ve müddet-i medîde Almanya'da tatbikat-ı hukukiye ile meşgul olan Vasfi Raşid Bey'in" getirilmesini önermiştir (BOA, HSDHADB, 4/83/3; 15 Haziran 1341/1925). Bahsi geçen komisyon nihayetinde Mustafa Fevzi, Muammer Rıza, Aristidi ve Orfanidis'ten oluşmuştur (Cemil Bilsel, "Medenî Kanun ve Lozan Muahedesi", Medenî Kanununun XV. Yıl Dönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 40).

⁶⁷ BOA, HSDHADB, 4/82/1; 27 Kânûnuevvel 1339/27 Aralık 1923.

hazırlamaya çalıştığı da ifade edilmiştir.⁶⁸ Bunların hangi tasarılar olduğu komisyonların tâbi olduğu yeni talimatnamenin 2. maddesinde açıklanmıştır.

Komisyon'un üyeleri, *Ceride*'deki ilk isim listesine göre, Menteşe Mebusu Şükrü Kaya, Ömer Nasuhi, Ahmed Samim⁶⁹ ve Vasfi Raşid'den [Seviğ] ibarettir.⁷⁰ Ancak *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nın Mayıs 1340/1924 tarihli 14. sayısında⁷¹ ve *Ceride*'nin Eylül 1340/1924 tarihli 26. sayısında⁷² *Vasfi Raşid* değil *Muammer Raşid* ismi yer almaktadır. Bu husus, *Ceride*'de ilk önce sehven *Muammer* yerine *Vasfi* yazıldığını göstermektedir. Bununla birlikte *Mecmua*'da ve *Ceride*'de *Hafız Şevket* ismi de geçmektedir. Dolayısıyla Hafız Şevket Efendi de Komisyon üyesi yapılmıştır.

Ceride'nin Eylül 1340/1924 tarihli 26. sayısında, Ömer Nasuhi Efendi'nin sağlık nedenlerini öne sürerek Komisyon'dan çekildiği⁷³ ve yerine Kemal Atif Bey'in⁷⁴ getirildiği; Komisyon başkanının Hacı Adil; üyelerinin, Hafız Şevket, Muammer Raşid, Şükrü Kaya ve Ahmed Samim olduğu ve Komisyon'un 17 Haziran 1924 tarihinde çalışmaya başladığı belirtilmiştir.⁷⁵

Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun 9 Mart 1926 tarihli son toplantısına ait tutanağın müsveddesine (Ek 3) göre ise, son toplantıda hazır bulunanlar, Hacı Adil, Muammer Raşid, Hafız Şevket ve Ahmet Samim'dir.⁷⁶ Kemal Atif Bey ve Şükrü Kaya burada yer almamaktadır.

B. KOMİSYON'UN TÂBİ OLDUĞU TALİMATNAMENİN DEĞİŞMESİ

19 Mayıs 1340/1924 tarihli "Tadil-i Kavanin Komisyonlarının Suret ve Tarz-ı Faaliyetine Dair Talimatnâme" (Ek 2) beş madde ve

⁶⁸ "Adliye'de Yeni Faaliyetler - Yeni Kanunlar Hazırlanıyor", Cumhuriyet Gazetesi, 12 Mayıs 1340/1924, s. 2: "Ankara, 11 Mayıs (hususî muhabirimizden) – Adliye Vekâleti yeni kanunlar ihzar ve tadili için İstanbul'da müteaddid komisyonlar teşkil etmiştir. Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu riyasetine Hacı Adil... tayin edilmişlerdir. Mümâileyhim, komisyonları için lazım gelen âzâyı intihab edecekler ve berâ-yı tasvib bu namzedleri Vekâlet'e bildireceklerdir. Adliye Vekâleti bu tadilâtın bazılarının Meclis'in içtima'ına kadar ikmal edilmesini temin etmeye çalışmaktadır..."

⁶⁹ Ahmed Samim Bey, Lozan Antlaşması'nın 42. maddesi gereğince 1925 yılında kurulan Ermeni Ekalliyetler Komisyonu'na da üye yapılmıştır (Bilsel, s. 40).

⁷⁰ *Ceride-i Adliye*, S. 22-23-24, Mayıs-Haziran-Temmuz 1340/1924, s. 849.

⁷¹ *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 14, Mayıs 1340/1924, s. 318.

⁷² *Ceride-i Adliye*, S. 26, Eylül 1340/1924, s. 953.

⁷³ Ömer Nasuhi Efendi'nin sağlık nedenlerini öne sürmesinin esasında yeni oluşumda yer almamak için olabileceğine dair bk. Aydın, 2017, s. 210; Akdoğan, s. 86.

⁷⁴ Bk. Aydın, 2017, s. 209'da sehven "Cemal Atif".

⁷⁵ *Ceride-i Adliye*, S. 26, Eylül 1340/1924, s. 953. Krş. Kaşıkçı, s. 383, dn. 3.

⁷⁶ BOA, HSDHADB, 3/45/1; 9 Mart [1926].

Talimatname'nin sonunda yer alan bir nottan oluşmaktadır.⁷⁷ Yeni talimatname hükümlerine aykırı olmayan eski talimatname hükümleri geçerli kalmaya devam edecektir (md. 4).

Yeni talimatname ulaştığı anda komisyonlar derhal faaliyete geçecek ve öncelikle toplantı gününü tespit edecekler, çalışma usullerini belirleyecek ve sık sık toplanacaklardır (md. 1).

Büyük Millet Meclisi'nin yeni içtima' yılının başlamasından önce özellikle Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun ve Mecelle'nin sürat-i tanzimine memur komisyonun, çalışmalarını sonuçlandırması istenmiştir. Bu nedenle, mümkün olduğunca kısa aralıklarla çok sayıda ve sürekli toplantılar yapılması gerekmektedir. Ayrıca, toplantılara ait zabıtların önceki uygulamalardaki resmîyetlere tabi tutulmasına gerek yoktur. Bunun yerine, her toplantının sonunda yapılan müzakereler ve alınan kararların özet şeklinde kaydedilmesi yeterlidir. Çalışmalar hakkındaki raporlar ise her ayın on beşinci gününde komisyon başkanları tarafından Adliye Vekâleti'ne hitaben ve düzenli olarak posta yoluyla gönderilecektir. Raporlarda, on beş günlük toplantı özetleri tekrar özetlenmiş olacak ve nihai bir şekle ulaşan maddeler bu raporlara eklenecektir (md. 2).

Komisyon başkanları ve üyelerine önceki gibi ücret ödenecektir. Ayrıca, belirtilen süre zarfında çalışmalarını tamamlayan komisyon başkanları ve üyelerine önemli miktarda nakdi ödül verilecektir (md. 3).

Şimdiye kadar kararlaştırılan hükümlerin incelenip gözden geçirilmesi ve gerektiğinde değiştirilmesi için komisyonların yetkilendirildiği de belirtilmiştir (md. 5).

Adliye Vekâleti, yeni talimatnamenin sonunda yer alan notla, bütün komisyonların kanun tasarılarını çağdaş devlet anlayışına yakışır şekilde, ülkenin ihtiyaçlarını gözeterek, mevcut mevzuat ile Batı eser ve kanunlarından istifade ederek hazırlamalarını istemiştir. Yeni talimatnamede yararlanılacak kaynaklar arasında fıkhnın zikredilmemesi, dikkati çeken en önemli değişikliktir.

C. KAYNAK MESELESİ

29 Ekim 1923'te Cumhuriyet ilan edildi; 3 Mart 1924'te Hilâfet, 8 Nisan 1924'te şer'îye mahkemeleri kaldırıldı⁷⁸. 20 Nisan 1924'te Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu yürürlüğe girdi. Bu gelişmelere paralel olarak komisyonların kanun tasarılarını hazırlarken hangi kaynaklardan yararlanacaklarına ilişkin adliye siyasetinde de önemli değişiklikler oldu.

⁷⁷ Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 2, S. 14, Şevval 1342/Mayıs 1340/1924, s. 320; Ceride-i Adliye, S. 22-23-24, Mayıs-Haziran-Temmuz 1340/1924, s. 850.

⁷⁸ 8 Nisan 1924 tarihli ve 469 sayılı Mehâkim-i Şer'îyenin İlgasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile, 1 Mayıs 1924'ten itibaren geçerli olmak üzere şer'îye mahkemeleri ile Temyiz Mahkemesi'nin Şer'îye Dairesi kaldırılmıştır.

Önceki talimatnamede hedefe ulaşmak için “*gerek ahkâm-ı fıkhiye ve hukukiyemizden ve gerek milî-i sairece kabul ve tatbik edilmiş esasattan*” yararlanılacağı belirtilmişti (md. 1). Yeni talimatnamenin sonunda yer alan notta, kanun tasarılarının hedeflenen doğrultuda hazırlanabilmesi için “*gerek mevzuat-ı hazıradan gerek bîlcümle yüksek medeniyet temsil eden garp milletleri âsâr ve kavanin-i mütekâmilesinden icab eden bîlcümle esaslar ahz ve istinbat olunmalı*” denilmiş ve özellikle hazırlanacak Ticaret Kanunu tasarısı için “*beynelmîlel hukuk ve örf ü âdat*”ın kesinlikle dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

İlk talimatnamede açıkça fıkıh zikredilmesine rağmen, ikinci talimatnameye göre fıkıhtan yararlanılıp yararlanılmayacağı muğlak görünmektedir. Çünkü talimatnamede geçen “*mevzuat-ı hazıra*” ifadesi içinde fıkıhın da yer aldığı söylenebilir. Ancak lâiklik yönünde atılan önceki adımları dikkate alırsak, bu tercihle, artık dine dayalı kanunların hazırlanmasının istenmediği sonucunu çıkarmak daha uygun gözükmektedir. Bununla birlikte, yeni komisyon hazırladığı aile kanunu ve nafaka kanunu tasarılarında fıkıhtan da yararlanmıştı. Tasarılarda dine dayalı hükümlerin yer almaması gerektiği, Komisyon’un hazırladığı aile ve nafaka kanunu tasarılarının Meclis’e sunulmasından bir süre sonra, Adliye Vekili Mahmud Esad Bozkurt’un (görev süresi: 22 Kasım 1924-22 Eylül 1930) komisyonların başkan ve üyelerine hitaben gerçekleştirdiği 15 Haziran 1925 tarihli konuşmasında çok daha katı bir surette vurgulanacaktır. Bozkurt, 15 Haziran 1925 günü, iki seneden beri Cumhuriyet’in kanunlarını hazırlamakla meşgul olan komisyonlarla üç saat süren bir toplantı yapmış; konuşmasında heyetten, hazırlanacak kanunlarda dinî hükümlerden yararlanmamalarını, en kısa zamanda, lâik, ihtiyaca uygun, Batı’nın asrî ve medenî milletlerinin sistem ve prensipleriyle donatılmış kanunlar hazırlamalarını istemiştir.⁷⁹ Ancak birkaç ay sonra Medeni Kanun hazırlamakla görevlendirilmiş Ahkâm-ı Şahsiye ve Vâcibat komisyonları yerine, Şükrü Kaya başkanlığında kurulacak yeni bir komisyon, İsviçre Medeni Kanunu’ndan hareketle bir Medeni Kanun hazırlamak için çalışmaya başlayacaktır.⁸⁰

Ç. 1924 YILINA AİT AİLE KANUNU TASARISI

19 Mayıs 1340/1924 tarihli Talimatname’nin 2. maddesinde, “*Büyük Millet Meclisi’nin içtima’ından evvel bilhassa ahkâm-ı şahsiye ve Mecelle’nin sūrat-i tanzimine memur komisyon, vazifelerini intac etmiş bulunacaktır.*” denilerek Adliye Vekâletince, Meclis’in açılmasından önce aile kanunu tasarısının bitmiş olacağı vâdedilmiştir.

1924 yılında teşekkül eden Komisyon, *Ceride*’de yayımlanan nüshalara göre 142 madde ve bir geçici maddeden oluşan bir aile kanunu

⁷⁹ “Adliye Vekili’nin Pek Mühim Bir Hitabesi”, Cumhuriyet Gazetesi, 16 Haziran 1341/1925, s. 1-2.

⁸⁰ “Yeni ve Mühim Bir Komisyon Teşekkül Etti”, Cumhuriyet Gazetesi, 27 Eylül 1341/1925, s. 1.

tasarısı⁸¹ hazırlamıştır.⁸² 17 Haziran 1924'te çalışmaya başlayan Komisyonca meydana getirilen ilk 34 madde *Ceride*'nin Ağustos 1340/1924 tarihli 25. sayısında yayımlanmıştır.⁸³ Temmuz'un ortasına kadar devam eden celselerde kararlaştırılmış olan 35.-79. maddeler de *Ceride*'nin Eylül sayısında yayımlanmıştır.⁸⁴ *Ceride*'nin Ekim sayısında Komisyon'un tespit ettiği maddelere devam edilmiş, ancak Eylül sayısında yer alan 78 ve 79. maddelere birer fıkra ilave edilmiştir. Daha sonra metin 80. madde ile başlamış, 106. maddeyle bitmiştir.⁸⁵ *Ceride*'nin Kasım sayısında tasarıya "*Hukuk-ı Aile Kanunu Lâyihası*" başlığı atılmış ve 107. madde ile başlanılmıştır. Burada 140. maddeden sonra bir geçici madde, son olarak da 142. madde yer almaktadır.⁸⁶

Adliye Vekili Necati Bey, Komisyon Başkanı Hacı Adil Bey'e çektiği 6 Ekim 1924 tarihli telgrafname ile, *Ahkâm-ı Şahsiye Kanunu*'nu Meclis'in açılışında teslim etmeyi vâdettiğini, Meclis'in açılışının yaklaşmasına binaen tasarının ne zaman hazır olacağını sormuştur. Hacı Adil Bey'in telgrafnameye düştüğü nottan, tasarının 15 Ekim 1924'te postaya verilmesinin planlandığı anlaşılmaktadır.⁸⁷

Meclis'in açılmasını müteakip, Adliye Vekili Necati Bey, 8 Kasım 1924 tarihli Meclis toplantısında, "Bu sene derhal takdim edilecek kanunlar şunlardır:" dedikten sonra *Mufâratat ve Münâkehat Kanunu*'nu da zikretmiş ve tasarının, Heyet-i Vekile'de olduğunu belirtmiştir.⁸⁸ Ancak bu konuşmasından kısa bir süre sonra Adliye Vekili değişmiştir. İsmet Paşa'nın istifası üzerine göreve gelen yeni kabinede Adliye Vekili, Mahmud Esad Bozkurt olmuştur.

İcra Vekilleri Heyeti'nin 30 Kasım 1924 tarihli toplantısında tasarının Meclis'e sunulması kararlaştırılmıştır. Akabinde tasarı, 2 Aralık 1924 tarih ve 6/4104 numaralı tezkere ile Meclis Başkanlığı'na sunulmuş,⁸⁹ 3 Aralık 1924⁹⁰ tarihli Meclis toplantısında da Adliye Encümeni'ne tevdi

⁸¹ Tasarının çeviriyazısı Ansay ve Akgündüz tarafından yayımlanmıştır: Ansay (der.), s. 136-151; Akgündüz, s. 1756-1768. Akgündüz, 1924 yılında hazırlanan bu tasarıya sehven "1923 Tarihli..." başlığını atmıştır.

⁸² İsviçre Medeni Kanunu'nun söz konusu tasarıdaki etkisi hakkında bir değerlendirme için bk. Ebru Kayabaş, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibariyle Aile Hukukunun Gelişimi: Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 110-111.

⁸³ *Ceride-i Adliye*, S. 25, Ağustos 1340/1924, s. 888-891.

⁸⁴ *Ceride-i Adliye*, S. 26, Eylül 1340/1924, s. 953-957.

⁸⁵ *Ceride-i Adliye*, S. 27, Teşrinievvel 1340/1924, s. 1033-1036.

⁸⁶ *Ceride-i Adliye*, S. 28, Teşrinisânî 1340/1924, s. 1117-1123.

⁸⁷ BOA, HSDHADB, 3/44/1; 6 Teşrinievvel 1340/6 Ekim 1924.

⁸⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 10, 2. Devre, 2. İçtima Senesi, 4. İçtima, 8 Teşrinisânî 1340, s. 146, (s.e.t. 08/07/2023,

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c010/tbmm02010004.pdf>).

⁸⁹ Ansay (der.), s. 133.

⁹⁰ Krş. Ansay (der.), s. 133'te "1 Kânûnuevvel 1340".

edilmiştir.⁹¹ Tasarı hakkındaki Adliye Encümeni mazbatası, Meclis'in 22 Şubat 1926 tarihli toplantısında, başka bir ifadeyle, tasarının Encümen'e tevdi edilmesinden yaklaşık 1 yıl 3 ay, İsviçre Medeni Kanunu'nun tercümesine dayanan Medeni Kanun'un Meclis'te kabul edilmesinden 5 gün sonra okunmuştur.⁹² Mazbata ile, aile hukukuna dair kanun tasarısının incelendiği ve tasarıda düzenlenen konuların önceden (17 Şubat 1926'da) kabul edilerek kanunlaşmış olmasına binaen artık tasarı hakkında bir işlem yapılmasına gerek kalmadığı Meclis'e arz olunmuştur.⁹³

Adliye Vekili Mahmud Esad Bey, tasarının Meclis'e sunulmasından yaklaşık 6 ay sonra, nafaka ve aile hukuku tasarılarının Adliye Encümeni tarafından incelenmekte olduğunu, Encümen'in geçen sene Kanun-ı Ceza ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye ve Hükâm Kanunuyla pek ziyade meşgul olduğundan bu tasarılar zaman ayıramadığını belirtmiştir. Ayrıca aile kanunu tasarısında yer alan bazı maddelere muhalif olduğunu, örnek olarak çok eşle evliliğin kesin olarak karşısında olduğunu ve Meclis'in bu hususu çözeceğini; önümüzdeki sene lâik bir Medeni Kanun çıkarmak için çalıştıklarını ifade etmiştir.⁹⁴

Mahmud Esad Bozkurt, "Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin" kaleme aldığı 1944 yılında yayımlanan makalesinde,⁹⁵ Komisyon'un

⁹¹ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 10, 2. Devre, 2. İçtima Senesi, 15. İçtima, 3 Kânûnevvel 1340, s. 434, (s.e.t. 08/07/2023, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c010/tbmm02010015.pdf>).

⁹² Tasarı'nın uzun bir süre Encümen'de bekletilmesinin arkasında, gerçekleştirilecek devrimlerin benimsenip benimsenmeyeceğinin ve ortaya çıkacak tepkilerin ölçülmesi amacı olduğuna dair bk. Akdoğan, s. 86-87.

⁹³ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 22, 2. Devre, 3. İçtima Senesi, 59. İçtima, 22 Şubat 1926, s. 254, (s.e.t. 08/07/2023, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c022/tbmm02022059.pdf>).

⁹⁴ "Genç Adliye Vekilimiz Diyor Ki: Adaleti Köylerimizin Kapılarına Kadar Götüreceğiz", Cumhuriyet Gazetesi, 12 Haziran 1341/1925, s. 3: "...Bunlardan başka Kanun-ı Medenimizin nafaka ve hukuk-ı aile kısımları da Adliye Encümeni'nde tedkik edilmektedir. Adliye Encümeni geçen sene Kanun-ı Ceza ve Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye ve Hükâm Kanunuyla pek ziyade meşgul olduğundan hukuk-ı aile ile iştigale vakit bulamadı. Maamâfih ben kanunun bazı maddelerine muhalif bulunuyorum. Ezcümle taaddüd-i zevcatın suret-i kat'iyede aleyhindeyim. Bu nokta-i nazar ihtilafımı bittabi Millet Meclisi halledecektir. Millet Meclisi'nin küşadında Kanun-ı Medenimizin, Ticaret Kanunlarımızın, Kanun-ı Cezamızın kül halinde müzakerelerine başlamak imkânını temin edeceğimden ümitvarım. Bu kanunların bir an evvel intacını pek ziyade lüzumlu görmekteyim. Ve bu üç ana kanun bilâ kayd ü şart lâik prensiplerle mücehhez olacaktır. Cumhuriyetimizin ve inkılabımızın icâbât-ı medeniye ve zarurîyesi behemihal kanunlarımızda ve adliyemizde tecelli edecektir. Bunları önümüzdeki sene Meclis'ten çıkarmak için bî-âram sarf-ı mesai etmekteyiz..."

⁹⁵ Mahmut Esat Bozkurt, "Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı?", Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, ss. 7-20.

hazırladığı aile kanunu tasarısını, çok eşle evliliği mümkün bırakması ve boşanma hakkına dair öngördüğü düzenlemeler üzerinden sert bir dille eleştirmiştir. Komisyon'un çok eşle evliliği yasaklamaya cesaret edemediğini ancak sınırlamak da istediğini, sonuç olarak öngördükleri düzenlemenin kamu düzenine aykırı olduğunu belirtmiştir. Boşanma hakkının erkeğe ait olduğu ve evlenme sırasında şart koşulmuşsa kadının da boşayabildiği, mahkemelerin sürece karışmadığı düzenlemeyi de *felaket* olarak nitelendirmiştir.⁹⁶

Bu tasarıda önceki tasarıdan farklı olarak Hıristiyan ve Yahudilere dair hükümlere yer verilmemiştir. Bozkurt'un da sert bir dille eleştirdiği, bir diğer farklılık ise tasarının 12. maddesinde yer almaktadır. İlk tasarıda dört eşe kadar evliliğe müsaade edilmiş (14. madde) ve çok eşle evliliği önleyecek bir şartın geçerli olabileceği kabul edilmişti (38. madde).⁹⁷ Yeni tasarının 12. maddesiyle esas olanın tek kadınla evlilik olduğu ifade edilmiş ve ikinci kadınla evlenmek için üç şartın birlikte gerçekleşmesi aranmıştır. Erkek, bu konudaki zarureti ve eşler arasında adaleti sağlayabileceğini ispat etmeli, ayrıca hâkim bu evliliğe müsaade etmelidir. Yeni tasarının 41. maddesine göre, 12. maddede sayılan şartlara uygun olarak hâkimin izni alınmadan akdedilen nikâh bâtil olacaktır. İkinci kadınla evlilik üzerine ilk kadın boşanma davası açabilecektir (md. 84). Nikâh akdi esnasında ikinci eş olduğunu bilmeden evlenen kadına da, boşanmayı talep etme hakkı getirilmiştir (md. 83).

Bozkurt'un eleştirdiği bir diğer düzenleme de şudur: Eski hukukumuzda göre erkek, bir sebep göstermeksizin istediği zaman karısını boşayabilir ve boşadığını hukuken hâkime bildirmek zorunda değildir.⁹⁸ Ancak Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile erkeğin, karısını boşadığını hâkime bildirmesi zarurietini getirilmiştir. Tasarıda ise erkeğe yine esas olarak karısını sebepsiz yere boşayabilme imkânı tanınmış olmakla beraber bunu zorlaştıracak bir dizi tedbir de getirilmiştir (md. 88-91). Ayrıca, istediği zaman boşanabilme hakkı kendisine verilen ve bunu kabul eden kadının, 85. maddede belirtilen sebebe dayanarak (eşler arasında hüsn-i muâşeretin veya evlilik ilişkisinin devamını imkansız kılan bir anlaşmazlığın ortaya çıkması durumunda), hâkim huzurunda veya hakem heyeti önünde bu hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir (md. 87). Görülüyor ki, erkeklerin bir sebebe dayanmadan kadınların ise boşama

⁹⁶ Bozkurt, 1944, s. 9.

⁹⁷ Hanefiler, böyle bir şartın geçerli olmayacağını, Hanbeliler ise geçerli olabileceğini söyler. Osmanlı Devleti'nde, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kadar Hanefiler'in görüşü uygulanmış ancak Kararname'de Hanbeli mezhebindeki görüş tercih edilmiştir (M. Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 19. baskı, Beta, İstanbul, 2022, s. 268-269).

⁹⁸ Bununla beraber, evliliğin sona ermesinden sonra ortaya çıkabilecek ihtilafların önüne geçme amacına yönelik olarak, Osmanlı Devleti'nde talâk işlemlerinin mahkemelerde tescil edilmesi yoluna sıklıkla başvurulmuştur. Örnek olarak bk. Ercan Karaismailoğlu, "1959/145 Numaralı Trabzon Şer'iyye Sicilinin Aile Hukuku Kayıtlarının Çevriyazısı ve Hukuki Tahlihi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 43-44.

hakkı ellerinde olsa dahi bir sebebe dayanarak ancak nihayetinde tarafların adli boşanma yoluyla değil kendi irade beyanlarını ortaya koyarak boşanabilmeleri mümkün bırakılmıştır.

Ayrıca tasarıda Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nden farklı olarak hem erkek hem de kızlar için asgari evlenme yaşı 12 olarak tespit edilmiştir (md. 4). Buna göre, 12 yaşını doldurmadıkça kimse evlendirilemez, aksi takdirde nikâh bâtil olur (md. 35). Önceki tasarıda encümenler asgari evlenme yaşını 15'e çıkarmış; çocukların korunması, haklarının gözetilmesi ve çocuk evliliklerinin önlenmesi adına önemli bir adım atmışlardı.

D. KOMİSYON'UN HAZIRLADIĞI NAFKA KANUNU TASARISI

Komisyon, ayrıca “*Nafaka Hakkında Kanun Layihası*” da hazırlamıştır.⁹⁹ Akraba (md. 1-16), zevce (md. 17-24) ve iddet bekleyen kadının nafakası (md. 25-27) 3 fasıl halinde 27 madde ile düzenlenmiştir. Nafakayla ilgili Doğu ve Batı'ya ait hükümleri inceleyen Komisyon, mevcut sistemde büyük ölçüde değişiklik yapmak yerine, daha küçük düzeltmeler yapmış, mevcut esasları bulunduğu hal üzere bırakmayı tercih etmiş; bu esasları daha mazbut ve umumi kurallar altında toplamıştır.¹⁰⁰

Söz konusu tasarı, Başvekâletçe, 13 Aralık 1924 tarih ve 6/430 numaralı tezkere ile Meclis Başkanlığı'na takdim edilmiş,¹⁰¹ 15 Aralık 1924 tarihli Meclis toplantısında Adliye Encümeni'ne tevdi edilmiştir.¹⁰² Medeni Kanun'un kabul edilmesinden dolayı Nafaka Kanunu Tasarısı'na ihtiyaç kalmadığına dair Adliye Encümeni mazbatası, Meclis'in 22 Şubat 1926 tarihli toplantısında okunup, kabul edilmiştir.¹⁰³

⁹⁹ Ceride-i Adliye, S. 29, 1 Kânûnuevvel 1340/1 Aralık 1924, (ilave formalar) s. 2-7. Çeviriyazısı için bk. Akgündüz, s. 1769-1771. Ayrıca “Nafaka Hakkında Kanun Layihası Esbab-ı Mucibesi” için bk. Ceride-i Adliye, S. 29, 1 Kânûnuevvel 1340/1 Aralık 1924, (ilave formalar) s. 8-16. Çeviriyazısı için bk. Akgündüz, s. 1772-1778.

¹⁰⁰ Nafaka Hakkında Kanun Layihası Esbab-ı Mucibesi, Akgündüz, s. 1772.

¹⁰¹ Ansay (der.), s. 133.

¹⁰² TBMM Zabıt Ceridesi, C. 11, 2. Devre, 2. İctima Senesi, 22. İctima, 15 Kânûnuevvel 1340, s. 136, (s.e.t. 08/07/2023, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c011/tbmm02011022.pdf>).

¹⁰³ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 22, 2. Devre, 3. İctima Senesi, 59. İctima, 22 Şubat 1926, s. 254, (s.e.t. 08.07.2023, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c022/tbmm02022059.pdf>).

E. TÜRK KANUN-I MEDENİSİ'NİN KABULÜ VE KOMİSYON'UN GÖREVİNE SON VERİLMESİ

Komisyon başkanı Hacı Adil Bey'in *Mecmua*'nın Temmuz 1341/1925 tarihli 19. sayısında yayımlanan ders takrirlerinde şu ifadeler yer almaktadır:

“...kavanin-i umumiyede muasırımız olan medeniyetin kanunlarıyla mümkün olduğu kadar vahdeti temin etmek esasını takip eden Hükümetimiz, İsviçre Kanun-ı Medenisî'nin bir heyet-i ilmiye ve hukukiye tarafından tercümesini emretmiştir. Bu tercümenin ne şekilde ve ne vakit kanuniyet iktisab edeceği malum olmamakla beraber böyle bir teşebbüsten Fakültemizin bigâne kalamayacağı bedihidir...”¹⁰⁴

Hacı Adil Bey'in zikrettiği heyet, *Cumhuriyet*'te “Yeni ve Mühim Bir Komisyon Teşekkül Etti” başlığıyla verilen habere göre 26 Eylül 1925'te İstanbul Adliye Sarayı'nın kütüphanesinde, Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu üyeleri arasında zikrettiğimiz Şükrü Kaya başkanlığında ilk toplantısını yapmıştır.¹⁰⁵ Heyet kısa bir sürede tercümeyi tamamlamıştır.¹⁰⁶ Akabinde

¹⁰⁴ Hacı Adil, “İsviçre Kanun-ı Medenisine Nazaran Hibe [I]”, S. 19, Temmuz 1341/1925, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 783.

¹⁰⁵ “Yeni ve Mühim Bir Komisyon Teşekkül Etti”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 27 Eylül 1341/1925, s. 1: “Kanunlarımızın Cumhuriyet İdaresi'nin icab ettirdiği esasat-ı hukukiye ile telifine çok gayret ve himmet eden Adliye Vekilimiz Mahmud Esad Bey, Türk Hukuk-ı Medenisini asrî esasata istinad ettirmek istediğinden bu maksadın temini zımında kıymetli hukuk-şinaslarımızdan sâbık Hariciye Vekili ve Menteşe Mebusu Şükrü Kaya Bey'in riyasetleri altında bir komisyon teşkil edilmesini tensib eylemişti. Teşekkül eden komisyon dün ilk içtima'ını [26 Eylül 1925] İstanbul Adliye Sarayı'nın kütüphanesinde akd eylemiştir. İçtima'a memleketimizin yetiştirmiş olduğu büyük hukuk-şinaslarımız iştirak eylemiş ve hukuk-ı medeniyenin ahkâm-ı şahsiye ve aile hukuku kısmının Teşrînisânî [Kasım] nihayetine kadar ikmal ve tedvini için muktezi tedâbiri kararlaştırmıştır. Yedi tâli komisyona ayrılan komisyonun her tâli komisyonu müstakillen bir fasıl ihzar edecektir. Komisyon en asrî bir kanun-ı medeni olan İsviçre Kanun-ı Medenisini ve prensiplerini esas itihaz etmiştir.”

¹⁰⁶ A. Samim Gönensay, tercümenin üç ay içinde acele bir şekilde tamamlandığını belirtirken (A. Samim Gönensay, “Medenî Kanunun Yeniden Tetkik ve Tashihine İhtiyaç Vardır”, C. 6, S. 1, 1940, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 54); Ruth A. Miller, Bernard Lewis'e atfıyla tercüme faaliyetinin bir buçuk yıl sürdüğünü belirtmiştir (Ruth A. Miller, “Türkiye'deki İsviçre Medeni Kanununun Osmanlı ve İslami Altyapısı”, Çev. Elif Kaplan, S. 27, 2019, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 6). Lewis, 11 Eylül 1924'te kurulan ve 26 üyeden oluşan bir komisyonun İsviçre Medeni Kanunu'nu uyarlamaya başladığını, tamamlanan Medeni Kanun'un 17 Şubat 1926'da Meclis'te kabul edildiğini ifade etmiştir (Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Çev. Boğaç Babür Turna, Güncel İngilizce III. Edisyon Çevirisi, 9. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 365-366). Aynı yönde bk. Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 341, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1974, s. 309-310. Miller, Lewis'in verdiği bilgiye atf yapmış ve çeviri heyetinin İsviçre Medeni Kanunu'nun “esnek bir uyarlamasını” yapmış olmasıyla tercüme faaliyetinin uzun sürmesi arasında bir ilişki kurmuştur (Miller, s. 7). Halbuki tercüme ile meşgul olan heyet, 26 Eylül 1925'te ilk toplantısını yapmış ve çeviriyi kısa bir sürede tamamlamıştır. Çeviri

İsviçre Medeni Kanunu'nun tercümesine dayanan¹⁰⁷ tasarı (Kanun-1 Medeni Lâyihası), 24 Aralık 1925 tarihli Meclis toplantısında Adliye Encümeni'ne tevdi edilmiştir.¹⁰⁸ Adliye Encümeni mazbatasında maddelerinin aynen kabul edildiği ifade edilen tasarı, 17 Şubat 1926 günü bir bütün halinde Meclis'te kabul edilmiş,¹⁰⁹ 4 Nisan 1926 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 936. maddesinde yayımı tarihinden 6 ay sonra yürürlüğe gireceği kararlaştırılan Medeni Kanun (Türk Kanun-1 Medenisi) 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmiştir.¹¹⁰

Bozkurt'a göre, medeni kanun hazırlamakla görevli komisyonların çalışmaları yerine yepyeni bir medeni kanun hazırlanmasının üç temel sebebi vardı: Eski hukuk sistemimiz, çağın ilerleyişi karşısında geri kalmış bulunan İslamiyet, Hıristiyanlık ve Yahudilik dinlerine ait hükümlerden oluşuyordu. Ayrıca bu biçimde çoklu bir hukuki yapı oluşturmak modern

heyetinin kuruluş tarihi ve çeviri süresi hakkındaki aksi yöndeki bilgilerin hatalı olarak aktarıldığı görülmektedir.

¹⁰⁷ Gönensay, Türk Medeni Kanunu'nun "hukukî anane ve ihtiyaçlarımız açısından lüzumlu ve faydeli görülen bazı tadilat mahfuz olmak üzere" İsviçre Medeni Kanunu'nun ana prensip ve hükümlerini içerdiğini; bazı değişiklikler dışında İsviçre Medeni Kanunu ile aralarında esaslı bir fark olmadığını; Kanun'un acele bir surette ve çok sayıda kişiden oluşan bir heyet tarafından tercüme edilmesinden ve matbaa hatalarından kaynaklanan esasa ve şekle dair bazı yanlışlıklar taşıdığını belirtmiştir (Gönensay, s. 52-56). Miller da toplumun genel yaşamını büyük ölçüde etkilemiş devrimci bir değişimi temsil eden Medeni Kanun'un, tamamen İsviçre Medeni Kanunu'nun tercümesinden ibaret olmadığını, çeviri heyetinin Türk toplumuna daha uygun bir hukuki yapı oluşturmak ve günlük yaşantıya mümkün olduğunca az müdahale etmek yönünde belli bir hassasiyetle, bazı konularda İslam-Osmanlı hukukundan ilham alarak düzenlemeler yaptığını ifade etmiştir (Miller, ss. 5-33).

¹⁰⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 20, 2. Devre, 3. İçtima Senesi, 30. İçtima, 24 Kânünevvel 1341, s. 251, (s.e.t. 08/07/2023, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c020/tbmm02_020030.pdf).

¹⁰⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 22, 2. Devre, 3. İçtima Senesi, 57. İçtima, 17 Şubat 1926, s. 234 ve zaptın sonuna ek Başvekâletten Gelen (1/791) Numaralı Kanun-1 Medeni Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatasında s. 87, (s.e.t. 08/07/2023, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c022/tbmm020_22057.pdf).

¹¹⁰ Jäschke, Medeni Kanun ile fıkıh arasındaki en çarpıcı zıtlıkların, bir Müslümanın bir gayrimüslimle evlenmesinin bâtil olmasına ilişkin hükmün kaldırılmasında ve reşide dinini seçme hakkının tanınmasında görüldüğünü belirtmiştir. Ayrıca, Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinde şer'î hükümlerin, kendileriyle çelişen yeni düzenlemeler tarafından sadece zımnen yürürlükten kaldırıldığını; şimdi ise ilk kez yeni Medeni Kanun ile (ve üstelik halkın bilincinde dinle yakından ilişkili olan kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku alanlarında) açıkça yürürlükten kaldırılmasına cesaret edildiğini ifade etmiştir (Gotthard Jäschke, "Der Islam in der Neuen Türkei. Eine Rechtsgeschichtliche Untersuchung", C. 1, S. 1/2, 1951, Die Welt des Islams (New Series), s. 37). Söz konusu zıtlıklar arasında çok eşliliğin kaldırılmasını ve erkeğin tek taraflı irade beyanıyla boşanabildiği eski sistem yerine adli boşanmanın getirilmesi olmasını da sayabiliriz.

devlet anlayışına ve birliğine de aykırı olacaktı. Ve en önemlisi Batı, kendi tebaasına İslam dinine ait prensiplerin uygulanmasını kabul etmiyordu. Türkiye Cumhuriyeti, kapitülasyonların kaldırılmasıyla bağımsızlığını ve egemenliğini tam anlamıyla sağlamaya çalışırken Batı bu talebe itiraz ediyor, hukuk sistemimizin geri kalmış olduğunu, dinî esaslara dayandığını ve başka dinden olan tebaasını İslam dininin hükümlerine teslim edemeyeceğini belirtiyordu. Netice olarak Lozan Antlaşması ile kapitülasyonlar kaldırıldıktan sonra yabancılara da uygulanabilecek bir hukuk sistemi için lâiklik ilkesine dayalı bir hukuk sisteminin benimsenmesi daha uygun görüldü.¹¹¹

Medeni Kanun'un Meclis'te kabulü nedeniyle Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun görevine son verildiği, İstanbul Cinayet Müdde'î-i Umumiliğince 2 Mart 1926 tarihli yazı ile Komisyon Başkanlığı'na bildirilmiştir.¹¹²

Adliye Vekili Mahmud Esad Bey'in, "Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu Riyaset-i Muhteremesine" hitaben yazdığı 16 Mart 1926 tarihli cevaptan da anlaşılmaktadır ki, Hacı Adil Bey, Adliye Vekili Mahmud Esad Bey'e 3 Şubat 1926 tarihli bir mektup yazmıştır.¹¹³ Komisyon'un son toplantısına ait tutanağın müsveddesindeki ifadelerle göre, Hacı Adil Bey bu mektupta, İsviçre Medeni Kanunu'nun tercüme edilmesiyle meydana getirilen kanun tasarısının Meclis'e sevk edilmesinden kaynaklanan durum üzerine, Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun akıbetini sormuştur.¹¹⁴ Mahmud Esad Bey, bu mektuba verdiği 16 Mart 1926 tarihli cevapta, Komisyon'un faaliyetinin devamına gerek kalmadığını ifade etmiştir.¹¹⁵

Komisyon, son toplantısı için 9 Mart 1926 günü, saat 14.15'te bir araya gelmiştir. Toplantıda, Hacı Adil, Muammer Raşid, Hafız Şevket ve Ahmet Samim hazır bulunmuştur. Hacı Adil Bey, yukarıda değinilen cevap gelene kadar Komisyon'un, faaliyetlerine ara verdiğini, ancak İstanbul Cinayet Müdde'î-i Umumiliği'nden gelen 2 Mart 1926 tarihli yazıya binaen artık vazifelerine son verilmiş olduğundan toplantıların devamına imkân kalmadığını belirtmiştir. Komisyon'un tutanakları ve üyelerin ödenmesi gecikmiş huzur hakları hakkında İstanbul Cinayet Müdde'î-i Umumiliği nezdinde gerekli işlemlerin yapılacağından bahsedilip, toplantıya son verilmiştir.¹¹⁶

Bozkurt'un, iki yılı aşkın bir süre kanun tasarıları hazırlamakla meşgul olmuş komisyonların çalışmalarını sonlandırması çeşitli gerekçelere dayanmıştır. İlk olarak komisyonların farklı hukuki kaynaklardan, Şâfiî, Hanefî ve Hanbelî mezheplerinin içtihatlarından; Alman, Fransız ve İsviçre kanunlarından karma bir şekilde yararlanmış olmaları sebebiyle, kanun maddeleri arasında uyum ve ahengin

¹¹¹ Bozkurt, 1944, s. 7-8.

¹¹² BOA, HSDHADB, 4/84/1; 2 Mart 1926.

¹¹³ BOA, HSDHADB, 4/84/2; 16 Mart 1926.

¹¹⁴ BOA, HSDHADB, 3/45/1; 9 Mart [1926].

¹¹⁵ BOA, HSDHADB, 4/84/2; 16 Mart 1926.

¹¹⁶ BOA, HSDHADB, 3/45/1; 9 Mart [1926].

sağlanamadığına, hâkimlerin ve vatandaşların bu hükümleri anlayamayacağına dikkat çekmiştir. İkinci olarak, komisyonların medeni kanun taslağında Hıristiyan ve Yahudilere ait özel kurallar koymalarının, Türk hâkimini duruma göre molla, papaz veya haham durumuna sokacağını belirtmiştir. Komisyonların bu tarz kanun taslakları hazırlama sebebine gelince, Bozkurt'a göre, onlar "*Her milletin kanunu kendi ihtiyaçlarına göre yapılır.*" görüşünden yola çıkmışlardır. Ancak bu görüşe karşın, insanlığın bir bütün olarak düşünülmesi ve medeni dünyanın bir parçası olan Türk milletinin, medeni dünyanın hukuk sistemine bağlı kalması gerekmektedir.¹¹⁷

Kont Léon Ostrorog, Mahmud Esad Bozkurt'un, komisyon çalışmalarının bir sonuca varana kadar uzun bir zaman geçeceğini, bu süreci hızlandırmak için mevcut bir kanunu almayı tercih ettiğini nakletmiştir.¹¹⁸ Gad Franko da aynı şekilde, komisyonlar oluşturarak Mecelle'yi ıslah etmek için tutulan yolun oldukça uzun olduğunun anlaşıldığını ve sonrasında Adliye Vekâleti'nin "garblılaşmak için esaslı bir temel olan kanun-ı medeni meselesini cezri bir surette" çözdüğünü ifade etmiştir.¹¹⁹

SONUÇ

Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun çalışmalarının kabul edilmemesi ve akabinde Türk Kanun-ı Medenisi'nin kabulü, Türkiye'de aile hukukunun tarihsel evrimi açısından önemli bir dönüm noktasını ifade etmektedir.

Bu süreçte, Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun çalışmalarının siyasi değişimlerden etkilendiği görülmektedir. Farklı aile hukuku tasarıları, dönemin farklı Adliye vekilleri tarafından eleştirilere maruz kalmış ve kanunlaşma süreçlerini tamamlayamamıştır.

Kanun tasarılarının hazırlanmasında kullanılacak kaynaklar bakımından dinî referanslardan uzaklaşarak lâik anlayışa doğru bir çizginin takip edildiği görülmektedir. Başlangıçta uzlaşmacı ve mukayeseli bir yaklaşımla hazırlanması gerektiği vurgulanan aile kanunu, sonradan İsviçre Medeni Kanunu'nun tercümesine dayandırılmıştır. Komisyonların, İslam hukukuyla Batı kaynaklı kanunları uzlaştırma çabaları, siyasi irade tarafından çeşitli yönlerden başarısız bulunmuştur. Sürecin sonunda din farkı gözetmeyen lâik bir medeni kanunun alınmasına karar verilmiştir. Herkese uygulanabilecek böyle bir kanunun

¹¹⁷ Bozkurt, 1944, s. 9-10.

¹¹⁸ Ali Adem Yörük (haz.), "Ömer Rıza Doğrul'un 1928 Tarihli The Angora Reform Tercümesi - Türkiye'nin Adli İnkılabı", S. 28, 2019, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 98.

¹¹⁹ "...Mecelle'yi ıslah için muhtelif komisyonlar teşekkül etmiş idi; tutulan yolun pek uzun olduğu anlaşılmış ve Adliye Vekâletimiz medeni bir cüret ibraz ederek garblılaşmak için esaslı bir temel olan kanun-ı medeni meselesini cezri bir surette halletmeye muvaffak olmuştur..." Gad Franko, "Hukuki Fikirler", C. 1, S. 1, Eylül 1926, Hukuki Bilgiler Mecmuası, s. 4.

kabulüyle, Batılı devletlerin itirazlarını bertaraf etmek ve çağdaşlaşma (Batılılaşma) yönünde hızlı ve esaslı bir adım atmak hedeflenmiştir.

Aile kanunu tasarılarının her zaman bir “acele” ile kanunlaşmasının istenildiği görülmektedir. Ancak, bir kanunun hazırlanması genellikle uzun bir süreç gerektirir. Özellikle karmaşık ve kapsamlı bir konuyu düzenleyen medeni kanun gibi temel bir kanunun titizlikle ve detaylı bir şekilde oluşturulması önemlidir. Bilhassa aile hukuku gibi bir alanda, yerel ihtiyaçları ve özgün durumları dikkate alan bir kanun oluşturmanın önemi büyüktür. Çünkü aile hukuku, bir toplumun kültürel, dinî ve sosyal değerlerinin derinlemesine etkilediği bir alandır. Bu nedenle, aile hukuku sahasının kendine has tedvin özelliklerine dikkat edilmeli, toplumsal normlara zarar vermemek ve bu normları korumak için hassas bir denge sağlanmalıdır. Ancak sürecin sonunda resepsiyon kararının alınması, büyük ölçüde dönemin şartları ve uluslararası dengenin gerektirdiklerine dayanmıştır.

Resepsiyon sadece medeni hukukla sınırlı kalmamış, diğer hukuk alanları da Batılı ülkelerin kanunlarıyla şekillendirilmiştir. Bu köklü değişikliklerle, artık ilahi kaynağa dayanmaktan vazgeçilmiş, hukukun meşruiyetinin kaynağı dönüşmüştür.¹²⁰ Bu süreçte, Türkiye Cumhuriyeti'nin, milli birlik ve bağımsızlığını güçlendirmeye yönelik kararlılığı ve kapitülasyonları kaldırma isteği önemli bir rol oynamıştır.¹²¹ Devlet'in, gayrimüslimlere dinî ayırım temelinde imtiyaz tanımamaya yönelik kararı, Türkiye Cumhuriyeti'nin özelde aile hukukunu genelde ise bütün hukuk sistemini şekillendiren en önemli hususlardan birisi olmuştur.

¹²⁰ Cihan Osmanağaoğlu-Karahasanoglu, “Tarihi Kökeninden Hareketle Türkiye Cumhuriyeti Medeni Hukukunda Resepsiyon”, *Adalet Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı* (ed. Doç. Dr. Sercan Gürler), Sümer Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 418.

¹²¹ Osmanağaoğlu-Karahasanoglu, s. 418-419.

KAYNAKÇA

Arşiv Belgeleri

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA), HSDHADB (Satın Alınan Evrak, Hacı Adil Bey Evrakı):

BOA, HSDHADB, 3/96/2; 3/96/1-6, 1-7, 1-8; 22 Kânûnusânî 1340/22 Ocak 1924.

BOA, HSDHADB, 3/44/1; 6 Teşrînevvel 1340/6 Ekim 1924.

BOA, HSDHADB, 3/45/1; 9 Mart [1926].

BOA, HSDHADB, 4/82/1; 27 Kânûnevvel 1339/27 Aralık 1923.

BOA, HSDHADB, 4/83/1; 25 Mayıs 1341/1925

BOA, HSDHADB, 4/83/2; [25 Mayıs 1341/1925]

BOA, HSDHADB, 4/83/3; 15 Haziran 1341/1925

BOA, HSDHADB, 4/84/1; 2 Mart 1926.

BOA, HSDHADB, 4/84/2; 16 Mart 1926.

Kitap, Makale, Tez ve Bildiri Metinleri

Akdoğan A, “Türkiye’de 1919-1927 Yılları Arasında Aile Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Çalışmaları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 1999.

Akgündüz A, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk I, C. II., OSAV, İstanbul, 2012.

Ansay S Ş (der.), Medeni Kanunumuzun 25 inci Yıldönümü Münasebetiyle Eski Aile Hukukumuzla Bir Nazar: Hukuk İnkilâbımızı Aydınlatan Tarihî-Teşriî Vesikalar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952.

Aydın M Â, Osmanlı Aile Hukuku, Klasik, İstanbul, 2017.

Aydın M Â, Türk Hukuk Tarihi, 19. Baskı, Beta, İstanbul, 2022.

Bilsel C, “Medenî Kanun ve Lozan Muahedesi”, Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, ss. 21-71.

Bozkurt M E, “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, ss. 7-20.

Bozkurt G, Batı Hukuku’nun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), 2. Baskı (Tıpkıbasım), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2010.

Cin H, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 341, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1974.

Dağcı Ş, “Mehmet Gönenli ve Türk Hukukuna Katkıları”, C. XLIV, S. 2, 2003, AÜİFD, ss. 1-25.

Dursunüst E, “Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi”, S. 12, 2019, Usûl İslam Araştırmaları, ss. 159-170.

Franko G, “Hukuki Fikirler”, S. 1, Eylül 1926, Hukuki Bilgiler Mecmuası, ss. 3-7.

Gedikli F/Onat İ E, “İkinci Meşrutiyetten Sonra Mecelle Cemiyetinin Tekrar Kurulma Süreci”, Uluslararası Mecelle Sempozyumu (25-27 Eylül 2017) Tebliğleri, Türkiye Adalet Akademisi, Bursa Kültür A.Ş., Bursa, 2021, ss. 419-426.

Gönensay A S, “Medenî Kanunun Yeniden Tetkik ve Tashihine İhtiyaç Vardır”, C. 6, S. 1, 1940, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 51-57.

Hacı Adil, “İsviçre Kanun-ı Medenisine Nazaran Hibe [I]”, S. 19, Temmuz 1341/1925, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 783-797.

Jäschke G, “Der Islam in der Neuen Türkei. Eine Rechtsgeschichtliche Untersuchung”, C. 1, S. 1/2, 1951, Die Welt des Islams (New Series), ss. 1-174.

Karaismailoğlu E, “1959/145 Numaralı Trabzon Şer’iyye Sicilinin Aile Hukuku Kayıtlarının Çevriyazısı ve Hukuki Tahlili”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

Kaşıkçı O, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV, İstanbul, 1997.

Kayabaş E, Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Dönemi İtibariyle Aile Hukukunun Gelişimi: Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

Kılınç A, “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984’ün Mukayesesi”, C. 14, S. 2, 2019, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 623-662.

Lewis B, Modern Türkiye’nin Doğuşu, Çev. Boğaç Babür Turna, Güncel İngilizce III. Edisyon Çevirisi, 9. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2017.

Miller R A, “Türkiye’deki İsviçre Medeni Kanununun Osmanlı ve İslami Altyapısı”, Çev. Elif Kaplan, S. 27, 2019, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, ss. 5-33.

Osmanığaoğlu-Karahasanoğlu C, “Tarihi Kökeninden Hareketle Türkiye Cumhuriyeti Medeni Hukukunda Resepsiyon”, Adalete Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç Armağanı (ed. Doç. Dr. Sercan Gürler), Sümer Kitabevi, İstanbul, 2020, ss. 383-428.

Yörük A A (haz.), “Ömer Rıza Doğrul’un 1928 Tarihli The Angora Reform Tercümesi - Türkiye’nin Adli İnkılabı”, S. 28, 2019, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, ss. 55-104.

EKLER

Ek 1: Tadil-i Kavanin için Muktezi Lâyhaları İhzara Memur Komisyonların Usul-i Mesaisine ve Vekâletle Münasebetine ve Rû'esâ ve Âzâsına İ'ta Olunacak Mebâliğe Dair Talimatnâme¹²²

1. **Madde:** Komisyonlar deruhde eyledikleri vazifenin icrasında muâmelat-ı nâsa erfak ve bilhassa memleketin terakkiyât-ı iktisadiyesinin inkişafına hadim ahkâm vaz'ına sarf-ı mesai edecek ve husul-i maksad için gerek ahkâm-ı fikihiye ve hukukiyemizden ve gerek milel-i sairece kabul ve tatbik edilmiş esasattan istifade eyleyecektir.

2. **Madde:** Tanzim edilecek kanun lâyhalarının suret-i tasnifi ve Vekâletçe zırdeki madde-i muvakkatede tayin edilen hutut-ı asliye dairesinde ne gibi esasata istinâd etmeleri lâzım geleceği evvel emirde taht-ı karara alınacaktır. Bu sırada mümkün olduğu mertebe ıstılahat-ı hukukiye de tayin ve tesbit ve inde'l-hâce vaz' edilecektir.

Komisyonlar bu babdaki tedkikatını âzâsından mürekkeb tâlî komisyonlar marifetiyle ihzar ettirebilirler. Bu cihetin takririnden sonra hasıl olacak neticeye göre bablar veya fasıllardan her birinin tanzim ve tahriri komisyon reisleri tarafından âzâdan bir veya birkaç zata tevdi edilecektir.

Esbab-ı mucibe takrirleri evvelen ahkâm-ı hazırayı, saniyen levâiyih-i kanuniye-i mevcudeyi, salisen mukayese-i kavanini, râbian kabulü lâzım gelen esasatın beyan ve muhakemesini, hâmisen teklif olunan lâyihanın umumiyeti ve aksam-ı mühimme-i hususiyesi itibariyle izahatı şamil bulunacaktır.

Komisyon reisi, evrak-ı mevdu'ayı, nüshalarını bi't-teksir berâ-yı mütâlaa komisyonun âzâ-yı sairesine irsal eyleyecek ve bu vesile ile komisyonda müzakere olunacağı günü tayin edecektir. Reisin işbu lâyiha hakkında bir mütâlaa-ı mahsusası olduğu takdirde onu mübeyyin bir takriri işbu lâyihaya rabt eyleyecektir.

Lâyihanın tadili fikrinde bulunacak âzâ, tekliflerini esbab-ı mucibesıyla birlikte tahriren dermeyan edeceklerdir, ancak ibâre-i tebdil ve tashihine ait teklifleri şifâhen dahi dermeyan olunabilir.

3. **Madde:** Lâyhaların komisyonlarda hîn-i müzakeresinde ihtilaf vuku'nda ekseriyetin reyini tercih olunacaktır, tesâvi-i ârâ halinde reisin tervic ettiği rey kabul edilecektir.

4. **Madde:** Tanzim olunacak kavanin lâyhalarının yekdiğerine temas eden nikatı hakkında ber-vech-i zîr muamele olunacaktır: Levâiyih-i mezkûrenin esas itibariyle terakkiyât-ı hazıra ve ihtiyacat-ı ahireye göre tertib edileceği tabii bulunduğundan komisyonların her biri nikat-ı mezkûreyi işbu kaideye tevfiikan evvel emirde ayrıca ve muvakkat olarak tayin edecektir. Bâdehu alâkadar olan komisyonlar ya doğrudan doğruya

¹²² Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 2, S. 14, Şevval 1342/Mayıs 1340/1924, s. 322-325; Ceride-i Adliye, S. 10, Mayıs 1339/1923, s. 462-463.

veyahud tâlî komisyonlar teşkiliyle onlara tedkik ettirdikten sonra birlikte içtima' ederek bu babdaki mütunu suret-i kat'iyede kararlaştırılacaktır. Komisyonlar arasında hudus edebilecek ihtilâfatın halli Vekâlet'e aittir.

5. Madde: Bir kanun lâiyhasının tereküb eylediği aksama müteallik ihzarat mevadd-ı ânifede beyân olunduğu vechile ikmal olunduktan sonra, heyet-i mecmuası, yeniden tedkik ve müzakere olunarak umumî esbab-ı mucibe takriiriyle birlikte Vekâlet'e tevdi edilecektir.

6. Madde: Komisyonlar lüzum gösterdiği takdirde beşinci maddede zikr olunan lâiyhalara birer medhal-i kanun lâiyhası da rabt edeceklerdir.

7. Madde: Her komisyon haftada âzamî iki defa içtima' edecek ve her içtima' lâekal üç saat devam eyleyecektir. İçtima' rûznâmeleri reisler tarafından tayin olunur.

Her içtima'da bir zabıtname tutularak celsenin saat-i küşadı, âzâ-yı hazıranın esâmisi, müzakeratın suret-i cereyanı ve içtima'ın saat-i hitamı kayd ile âzâ tarafından imza olunacaktır.

8. Madde: Komisyonlarca sarf olunan mesai hakkında reisleri, her on beş günde bir Vekâlet'e bir takrir verecek ve bu takrire o müddet zarfında inikad etmiş olan celesât zabıtlarının birer suretini de rabt edeceklerdir.

Bu takrirler gerek komisyonların tanzim-i mesaisi ve gerek kendilerine mevdu'-ı vazifenin müsbet ve müfid bir surette itmamı esbabını istikmal için, haiz olduğu hakk-ı teftiş ve murâkabeye binaen Vekâlet'in ifa edeceği vesâyâyâ esas olacaktır. Vekâlet, bu hakk-ı murâkabayı münasib göreceği suver ve vesaitle istimal eder.

9. Madde: Komisyonların bir ay zarfındaki semere-i mesaisi her ay nihayetinde Ceride-i Adliye'ye derc ile umumun enzar-ı mütâlaasına arz edilecek ve bu vesile ile komisyon haricindeki erbab-ı ihtisasın mütâlaat ve tenkidat-ı varidesi de kabul ve tedkik olunacaktır.

10. Madde: Komisyonlar muhtaç oldukları âsar ve vesaik-i İslamiye ve ecnebiyeyi Vekâlet vasıtasıyla istihsal edebilirler.

11. Madde: Komisyonların umur-ı tahriiriye ve kaydiyesi Vekâlet'ten mansub¹²³ memurin marifetiyle temin olunacaktır.

12. Madde: Beher celse için rüesaya onar ve âzâyâ sekizer lira hakk-ı huzur verilir.

13. Madde: Adliye müfettişleri reye iştirak etmeksizin komisyonlarda hazır bulunabilirler.

Madde-i Muvakkate: İhtiyacat-ı memleketi her nokta-i nazardan temin edecek şekilde bir kanun-ı medeni lâiyhası tanzimi vazifesiyle mükellef olan Kanun-ı Medeni Komisyonu ikiye tefrik edilmiş olup birinci komisyon terakkiyat-ı hukukiyenin istilzam eylediği tasnif-i ilmî dairesinde kavaid-i esasiye ile emvale ve ale'l-ıtlak hukuk-ı tasarrufiyeye ve vâcibat ve ukuda ait aksamın müzakere ve tesbiti ve ikinci komisyon

¹²³ Mecmua'da "mensup".

ahkâm-ı şahsiyeye müteferri bilcümle mebahisin müzakere ve tedvini ile iştigal edecektir.

Birinci komisyon 332 [1916] senesinde içtima' ve müzakerata ibtidar eylemiş olan Kanun-ı Medeni Komisyonu'nun mesaisini takiben mezkûr komisyonun tâlî encümeninde esasatı muhtevi olmak üzere ol vakit ihzar kılınmış olan lâyihanın evvel emirde süratle müzakeresini itmam ve ikinci Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu dahi kezalik tarih-i mezkûrda müteşekkil komisyon-ı mahsusı istihlaf suretiyle mesaiye devam eyleyeceklerdir; üçüncü Ticaret Kanunları Komisyonu zikr olunan 332 senesinde müteşekkil Ticaret Komisyonu'nun vaz' ve tertib eylediği suver ve esasat dairesinde çalışacak ve muahharan teşkil edilmiş olan diğer Ticaret Komisyonu'nun mukarrerat ve müstahzaratını da nazar-ı dikkate alacaktır. Dördüncü Kanun-ı Ceza Komisyonu sâbık komisyonu istihlafen ve kaldığı noktadan itibaren sarf-ı mesai eyleyecektir. Beşinci Usul-i Muhakeme-i Şer'iyeye ve Hukukiye Komisyonu mevki'-i tatbikte bulunan her iki usul-i muhakemenin tevhidî esasını takiben deavinin basit, seri, emin ve hak ve adalete karin surette hall u faslını temin edecek usul ve kavaidi tesbit eyleyecektir. Altıncı Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Komisyonu¹²⁴ ayn-ı gaye ve esasatı takiben deavi-i cezaiyenin süratle hal ve faslını kâfil ahkâmı tedvin edecektir. Beşinci ve altıncı komisyonlar evvel emirde heyet-i umumiye halinde bi'l-içtima' hâkim-i münferid esasına göre Teşkilat-ı Mehakim Kanunu'nun esasat-ı umumiyesini tesbit ve ondan sonra usul-i muhakemelere ait iştigalata ibtidar edeceklerdir.

Ek 2: Tadil-i Kavanin Komisyonlarının Suret ve Tarz-ı Faaliyetine Dair Talimatnâme¹²⁵

1. Madde: İşbu tebligat vâsıl olur olmaz komisyonlar derhal faaliyete geçecek ve evvel emirde hemen yevm-i içtima'ı tayin ve tarz-ı mesaiyi tanzim ile sık sık içtima' edeceklerdir.

2. Madde: Büyük Millet Meclisi'nin içtima'ından evvel bilhassa ahkâm-ı şahsiye ve Mecelle'nin sürat-i tanzimine¹²⁶ memur komisyon vazifelerini intac etmiş bulunacaktır.

Binâenaleyh:

Mümkün olduğu kadar kısa fasılalarla çok ve devamlı içtima'lar akd edilmelidir.

İçtima'ata dair zabıtların sâbıkı gibi birçok eşkâl ve merasim-i kırtasiyeye tâbi tutulmasına lüzum yoktur. Bilakis her içtima'ın sonunda cereyan eden müzakere ve alınan neticenin hulâsaten kaydı maksada kâfidir.

¹²⁴ Kaynak metinlerde "kanunu".

¹²⁵ Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 2, S. 14, Şevval 1342/Mayıs 1340/1924, s. 320; Ceride-i Adliye, S. 22-23-24, Mayıs-Haziran-Temmuz 1340/1924, s. 850.

¹²⁶ Krş. Akdoğan, s. 57'de "saat-i tanzimine".

Mesai hakkındaki raporlar her ayın on beşinci günü komisyon reisleri tarafından Vekâlet'e hitaben ve muntazaman postaya tevdi olunacaktır. Raporlarda on beş günlük zabıt hulâsaları tekrar telhis edilmiş olacak, şu kadar ki nihai bir şekil ve karar iktisab eden maddeler aynen ve ale't-teselsül bu raporlara rabt edilecektir.

3. Madde: Komisyon reis ve âzâlarına sâbıkı gibi yevmiye verilecektir. Mevzubahis müddet zarfında tamamiyle ikmal-i mesai eden komisyonlar rü'esâ ve âzâsına ise başkaca mükâfat-ı mühimme-i nakdiye dahi verilecektir.

4. Madde: Evvelce gönderilen talimat ahkâmının bu talimata muhalif olmayan mevaddı cari olacaktır.

5. Madde: Gayeyi ta'vik etmemek şartıyla şimdiye kadar takarrür eden mevad ve ahkâmının tedkik ve tadiline de komisyon salâhiyettardır.

*

Komisyonlardan Vekâlet'in beklediği gaye, tedvin edilecek kavaninin tamamen asrî bir devlet mefhumat ve esasat-ı âliyesi ile azami bir tetabuku haiz olması ve memleketin ihtiyacı[nın] nazardan dür tutulmamasıdır. Bu maksadın [istihsali için] gerek mevzuat-ı hazıradan gerek bilcümle yüksek medeniyet temsil eden Garp milletleri âsâr ve kavanin-i mütekâmilesinden icab eden bilcümle esaslar ahz ve istinbat olunmalı ve tahsisen Ticaret Kanunu için beynelmil el hukuk ve örf ü âdat asla ihmâl olunmamalıdır. 19 Mayıs 340 [1924].

Ek 3: Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun Son İçtima'ına Ait Tutanığın Müsveddesi¹²⁷

Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu ()nci içtima'ını reis Hacı Adil Bey'in riyâseti altında ve daire-i adliyede Mart'ın dokuzuncu Salı günü [9 Mart 1926] saat on dördü çeyrek geçe akd etti.

Hazır bulunanlar: Hacı Adil, Muammer Raşid, Hafız Şevket, Ahmet Samim Bey ve efendiler.

Hacı Adil Bey: Komisyon'un daire-i işğaline dahil olan mesail-i asliye hakkında İsviçre Kanun-ı Medenisinin tercümesiyle vücuda gelen lâyiha-yı kanuniye Meclis-i Millî'ye sevk edildiğinden Komisyonumuz'un bundan sonra işğal edeceği mevad ve mesail hakkında biraz tafsilatlı program irsali veyahud Komisyonumuz'un tatil-i işğalatına müsaade buyrulması lüzumuna dair Adliye Vekili Beyefendi Hazretlerine vaki olan mürâcaattan bir netice istihsaline kadar tatil-i müzakere olunmasına evvelce karar verilmiş olduğunu ve bu kere İstanbul Cinayet Müdde'î-i Umumiliği'nden vârid olan 926/786 numara ve 2 Mart 1926 tarihli telgrafnâmede "Kanun-ı Medeni'nin Meclis-i Âlice kabulü hasebiyle Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nun vazifesine nihayet verildiği" 1 Mart

¹²⁷ BOA, HSDHADB, 3/45/1; 9 Mart [1926].

[1]926 tarih ve 805/124 (?) numaralı telgrafnâme ile Adliye Vekâleti'nce emrolunduğu bildirilmiş olduğundan artık Komisyonumuz'un devam-ı içtima'ına imkân kalmadığını söyledi ve şimdiye kadar reftar-ı mesâisi zarfında lutfen mazhar olduğu itimad ve teveccühün ebediyyen müteşekkîr ve minnetdârı kalacağını ilave etti.

Diğer âzâlar da bilmukabele hissiyat-ı minnetdaranelerini ifade ile Komisyon'un mesâisini doğrudan doğruya reis-i fazılının ilim ve ihâtasına ve uluvv-i himmetine medyun olduğuna ve iki seneye karib bir zaman devam eden bu mesâinin kıymetdar hatırasını ilelebed muhafaza edeceklerini beyan eylediler. Komisyon'un zabıtnâmeleri ve âzânın mütedâhil hakk-ı huzurları hakkında İstanbul Cinâyet Müdde'î-i Umumiliği nezdinde lâzım gelen teşebbüsâtın icrası makam-ı riyasete bi't-tevdî Komisyon içtima'ına nihayet verildi. *Adil* (imza).

OSMANLI-TÜRK ANAYASACILIĞININ İLK ANAYASASI: 1876 TARİHLİ KANUN-İ ESASİ

*The First Constitution of Ottoman-Turkish Constitutionalism:
Kanun-i Esasi (1876)*

Eren CENAN*

Öz: Anayasal gelişmeyi, kısaca devlet iktidarının temel hak ve özgürlükler lehine sınırlandırılması olarak tanımladığımızda, bu yöndeki gelişmelerin Batı Avrupa'da 18. yüzyılda yoğunlaştığını görürüz. Batı Avrupa'daki anayasal gelişmelere paralel olarak hemen aynı dönemde Osmanlı İmparatorluğu'nda da bir takım anayasal hareketlenmelerin olduğu görülecektir. Bu hareketlenmelerin Osmanlı devlet ve toplum hayatında yoğunlaştığı dönem, meşrutiyet dönemi olarak adlandırılan dönemdir. Zira imparatorluk, parlamentolu/anayasalı monarşi denemesini tam da bu dönemde tecrübe etmiştir. Bu dönemde tecrübe edilen bu yeni yönetim sisteminin iskeletini ise Osmanlı-Türk anayasacılığının ilk anayasası olma şerefine sahip olan Kanun-ı Esasi oluşturmaktadır. Bu çalışmamızda Kanun-ı Esasi; doğumunu besleyen süreçte etkili olan iç ve dış etkenler, ortaya çıkış süreci, kurmaya çalıştığı anayasal sistem, bu sistem mühendisliğinin yapı taşları olan hükümleri ve ikinci kez ilanını izleyen süreçte yaşadığı temel değişiklikler noktasından ele alınmıştır. Tüm bu özellikleriyle değerlendirildiğinde, günümüz anayasal düşüncesinin ulaştığı seviyeye ya da yüzyıllara dayanan anayasal tartışma geçmişine sahip çağdaş Batı Avrupa'daki örneklerinin seviyelerine göre Kanun-ı Esasi'nin çok başarılı olduğu söylenemez. Bununla birlikte, yaklaşık yetmiş yıllık anayasal tartışma geçmişi olmasına rağmen Kanun-ı Esasi'nin ve buna dayalı parlamento tecrübesinin, hiç de fena olmayan, yabana atılmayacak bir anayasacılık deneyimini ülkemize yaşattığı gerçeği, çalışmanın çıktılarındandır.

Anahtar Kelimeler: Anayasal Gelişme, Kanun-ı Esasi, Osmanlı-Türk Anayasacılığı

Abstract: When we briefly define constitutional development as the limitation of state power in favor of fundamental rights and freedoms, we see that developments in this direction intensified in Western Europe in the 18th century. In parallel with the constitutional developments in Western Europe, it will be seen that there were some constitutional movements in the Ottoman Empire in the same period. The period in which these movements intensified in the Ottoman state and its social life was the period called the constitutional period. Because the empire experienced the trial of parliamentary/constitutional monarchy in this period. The framework of this new constitutional system experienced in this period is the Kanun-ı Esasi, which has the honor of being the first constitution of Ottoman-Turkish constitutionalism. In this study, Kanun-ı Esasi is going to be examined in terms of the internal and external factors that were effective in its birth process, the process of its emergence, the constitutional system it tried to establish, the provisions that are the building blocks of this system engineering, and the fundamental changes it experienced in the period following its second proclamation. When evaluated with all these features, it cannot be said that Kanun-ı Esasi was very successful compared to the level reached by today's constitutional thought or the levels of its contemporary examples in Western Europe, which have a history of constitutional debate going back centuries. However, despite the nearly seventy-year history of constitutional debate, one of the outcomes of the study is the fact that the Constitution and the parliamentary experience based on it have provided our country with a constitutionalism experience that is not bad at all and cannot be ignored.

Key Words: Constitutional development, Kanun-ı Esasi, Ottoman-Turkish constitutionalism

* Hâkim, Sakarya 2'nci İdare Mahkemesi Başkanı, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, erencenan06@gmail.com ORCID: 0000 0002 9167 4144

Makale Geliş Tarihi: 19.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 14.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391712

GİRİŞ

Anayasacılık düşüncesinde, devlet/hükümdar iktidarının birey hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırılması gerektiği savunulur. Ortaya çıktığı yer ve gelişim safahatı bakımından incelendiğinde bu anlayışın, Batı Avrupa’da mutlak monark olan kralların başta mali konulara ilişkin olmak üzere temel hak ve özgürlükleri keyfi olarak ihlâl eden uygulamaları sonrasında, kralların bu yetkilerinin sınırlandırılması düşüncesinden yeşerdiği görülecektir. Bununla birlikte hangi kültüre ait olurlarsa olsunlar toplumlar kendilerini idare eden yöneticilerden adaletli bir yönetim talebi içinde olmuşlardır. Güçlü ve uzun ömürlü devletler “adalet” değeri üzerinde yükselip serpilmişlerdir. Ancak devleti yöneten hükümdarın, kendisine verilen mutlak yetkileri “adalet” değerini gözetmeden kullanması, hatta bunu ihlâl eden pratiklerle devleti idare etmesi durumunda, hükümdarı adaleti gözetmeye zorlayacak bir mekanizmanın kurulması ihtiyacı, toplumları mutlak monarşi yönetimlerinin yerine yeni bir düzen arayışına itmiştir¹. İşte bu düzen arayışı çabaları farklı coğrafyalarda ve toplumlarda anayasacılık düşüncesinin filizlenmesini netice vermiştir.

Anayasal gelişmeyi, kısaca devlet iktidarının temel hak ve özgürlükler lehine sınırlandırılması olarak tanımladığımızda, bu yöndeki gelişmelerin Batı Avrupa’da 18. yüzyılda yoğunlaştığını görürüz. Batı Avrupa’daki anayasal gelişmelere paralel olarak hemen aynı dönemde Osmanlı İmparatorluğunda da bir takım anayasal hareketlenmeler olduğu görülecektir. Bu hareketlenmelerin Osmanlı devlet ve toplum hayatında zirveye çıktığı ve meyve vermeye başladığı dönem ise meşrutiyet dönemi olarak adlandırılan dönemdir. Zira imparatorluk, parlamentolu/anayasalı monarşi denemesini tam da bu dönemde tecrübe etmiştir. Bununla birlikte bu dönemde ortaya çıkan gelişmelerin ve parlamentolu yönetim deneyiminin, izleyen tarihsel süreci ciddi şekilde etkilediği gerçeği, bu dönem anayasal gelişmelerinin ve bu gelişmelerin ete kemiğe büründüğü ilk Osmanlı-Türk anayasası olan 1876 tarihli Kanun-ı Esasi’nin önemini ortaya çıkarmaktadır.

Osmanlı Devletinin kuruluş yıllarından itibaren geçerli olmak üzere uygulanan İslam Hukuku kuralları ve bunun uygulanmasını gösteren ulemanın varlığı, keza yönetimde var olan ve gözetilen *meşveret/danışma usulü*, mutlak yönetim sahibi olan hükümdarı frenleyecek bir mekanizma olarak hep var olagelmıştır. Bu olguları anayasacılığın temel prensipleri olan devlet iktidarının temel hak ve özgürlükler lehine sınırlandırılmasının umdeleri olarak görmek mümkün ise de modern anayasacılık hareketlerinin kapsamında değerlendirmek abartılı olacaktır. Osmanlıda modern anayasacılık hareketlerinin ilk izlerini 1808 tarihli Sened-i İttifak’ta bulmak olanaklıdır. Gerçekten de ilk

¹ Zeki Tekin, Gülnaz Okumuş, “Osmanlı Devleti’nin Düzen Arayışı: Anayasal Düşünce Gelişiminin Dinamikleri”, C.7, S.5, 2018, Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi, s.804

kez Sened-i İttifak ile yani anlaşma niteliğinde² olan bir metin ile Osmanlı padişahının mutlak iktidarına Osmanlı tebaası ve Osmanlı aristokrasisi denebilecek ayanlar lehine olmak üzere bazı kısıtlamalar getirilmiştir.

Bunu izleyen süreçte ise temel hak ve özgürlükler lehine olmak üzere yine Osmanlı sultanının hükümdarlık yetkilerinin kısmi bir biçimde sınırlandırılmasını öngören Tanzimat Fermanı (Gülhane Hatt-ı Hümayunu, 1839) ve Islahat Fermanı (1856) hukuk ve siyaset sahasına çıkmıştır. Bu fermanların ilki ile Müslüman olan ve olmayan tüm Osmanlı tebaasına bazı haklar ve güvenceler verilmiştir. Sonraki fermanla ise öncelikle Tanzimat Fermanının teyit ve tekit edildiği vurgulandıktan sonra tüm Osmanlı tebaasının kanun önünde eşitliği prensibi kabul edilmiş, yine tüm tebaaya hak ve güvenceler verilmiştir. Her iki ferman da Sultan Abdülmecit döneminde ısdar edilmekle birlikte bağlayıcılıklarının sağlanması için hukuki bir mekanizma kurulmamış, fermanlar, padişahın tebaasına ve ilan edildikleri sırada orada bulunan yabancı ülke büyükelçilerine sözü mesabesinde kalmıştır³. Vurgulamakta fayda vardır ki, Osmanlı'da 19. yüzyıldaki her bir anayasal hareketle varılan somut düzey, bir sonraki hareket üzerinde belirleyici olmuştur.

Osmanlıda anayasacılık hareketlerinin zirveye çıktığı ve anayasacılık faaliyetlerinin gerçek bağlamında uygulanmaya çalışıldığı dönem Meşrutiyet dönemidir (1876-1918). Tanzimat döneminde mayalanan anayasacılık tartışmaları 1876 yılında meyvesini vermiş ve Osmanlı-Türk anayasacılık tarihinin ilk anayasası olan Kanun-ı Esasi bu yılda ilan edilerek yürürlüğe konmuştur. Bu anlamda Meşrutiyet dönemi, belli bir anayasa çatısı altında meşruti/anayasalı/parlamentolu monarşinin uygulanmaya çalışıldığı bir dönem olmuştur.

Osmanlı İmparatorluğunda anayasalı/parlamentolu monarşi dönemi iki evreden oluşmaktadır. Söz konusu dönemin ilk evresi, 1876-1878 yılları arasında yaşanarak çok kısa ömürlü olmuştur. Daha sonra 1908 yılında bazı Balkan yörelerinde başlayan hürriyet ayaklanmaları üzerine Sultan II. Abdülhamit tarafından meşrutiyetin yeniden yürürlüğe

² Sultan II. Mahmut bu metni imzalamamış ancak padişahlık mührünün vurulmasını kabul etmiştir. Keza bu metnin onaylandığına dair bir hatt-ı hümayun çıkarmıştır. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Sened-i İttifak Maddesi,

<https://islamansiklopedisi.org.tr/sened-i-ittifak> (Son erişim tarihi: 08.09.2023)

³ Sultan Abdülmecit, Tanzimat Fermanı'na uyacağına dair aynı ferman içerisinde söz vermiş ve ulema huzurunda yemin ettiğini belirtmiştir. Yine bu fermanın esaslarına uymayanların Allah'ın lanetine uğraması ve ebediyen rahat bulmaması hatt-ı hümayunun sonunda temenni edilmiş, bu yönüyle padişah bir kez daha kendisini manevi olarak bağlamıştır. Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun (Tanzimat Fermanı) latin harfleriyle yazılmış bir örneğine James L. Gelvin'in "Modern Ortadoğu Tarihi" isimli eserinden ulaşılmıştır. James L. Gelvin, Modern Ortadoğu Tarihi, Çev. Güneş Ayas, I. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, Şubat 2016, s. 188-189. Diğer yandan Islahat Fermanı'nda bu yönde Padişahın kendisini yemin etmek veya sair surette manevi olarak bağladığına rastlanmaz.

konulduğu ilan edilerek Meclis-i Umumi toplantıya çağrılınca, Osmanlı meşrutî monarşisinin ikinci evresi başlamıştır. Meşrutî monarşinin ikinci evresinde 1909 yılında Kanun-ı Esasî’de yapılan köklü değişikliklerle sistem gerçek anlamda anayasalı/parlamentolu monarşiye evrilmiş ve bir süre bu şekilde işlemiştir.

İzleyen yıllarda ülkemizde Cumhuriyet Devrimi ile devlet tipi olarak monarşiden cumhuriyete kesin geçiş ve anayasal sistem olarak “Meclis Hükümeti Sistemi” gerçekleştirilmekle birlikte anayasal sistem tartışmaları izleyen yıllarda da devam edegelmiştir. Hatta bu tartışmalar, kurucu iktidarların ihtilâl anayasaları ile getirdiği parlamenter sistemden kopuşu beraberinde getirmiştir. Nitekim 16 Nisan 2017 günü ülkemizde yapılan referandumla, klasik başkanlık sisteminin bir versiyonu olan ve kendisine özgü bazı özellikler taşıyan “Cumhurbaşkanlığı Yönetim Sistemi” kabul edilmiştir. Ancak bu değişiklik söz konusu tartışmaları sona erdirmemiştir. Hatta yakın zamanda yapılan genel seçimler ve cumhurbaşkanlığı seçimlerinin kampanya dönemine yine anayasal sistem tartışmaları damgasını vurmuştur. Bu tartışmaların süregideceğini de öngörmek, büyük bir kehanette bulunmak olmasa gerek.

Bu çerçevede, Osmanlı-Türk anayasacılık gelişmelerinin tarihsel süreçte ilk meyvesi olan Kanun-ı Esasî’nin, hukuk biliminin perspektifinden ele alınarak ve kendisini olgunlaştıran iklimin; siyasal, sosyal ve ekonomik boyutlarıyla incelenmesi, tüm bu tartışmalara tarihsel ve tahlilci bir arka plan verilmesini sağlayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki çalışmada Kanun-ı Esasî’nin tüm hükümleri ayrıntılarıyla ele alınmayacak olup yalnızca anayasal monarşinin çatısını kuran hükümleri ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeleri incelemeye dâhil edilecektir.

I. KANUN-I ESASİ’YE GİDEN SÜREÇTEKİ TARİHSEL ARKA PLAN VE ETKENLER

Osmanoğlu Beyliği Bizans’ın Batı Anadolu sınırlarında bir uç beyliği iken verilen siyasi mücadeleler sonucunda Osmanlı Devleti’ne dönüştüğünde, Türk-İslam devletlerinin mevcut sosyal, siyasal, hukuki ve mali alanlardaki kurumlarını ve pratiklerini kendisine örnek almıştır. Devlet ve kamu düzenininin sağlanabilmesini teminen İslam Hukuku hükümlerini uygulamıştır⁴. Bu yönüyle klasik döneminde Osmanlı Devleti, İslam Hukuku’nun devlet ve toplum yönetiminde temel ilkeleri olan meşveret (danışma), ehliyet/liyakat, adalet ilkelerini benimseme ve hayata geçirme konusunda hassas davranmıştır. Padişahlar devleti yönetirken alacağı kararları Divan-ı Hümayun’da (sultan divanı) tecrübeli ve ehliyet sahibi devlet adamlarına danışmış⁵, padişahın kararlarının ve uygulamalarının İslam Hukuku’na uygunluğunun sağlanabilmesi için en büyük İslam hukukçusu sayılan ve ilmiye sınıfının başı olan

⁴ Tekin/Okumuş, 2018, s.804

⁵ Tekin/Okumuş, 2018, s.808

şeyhülislamın fetvaları gözetilmiştir⁶. Padişahlar tarafından, kamu düzeni ve devlet teşkilatlanmasını sağlamak adına İslam Hukuku'na aykırı olmamasına özen gösterilen, örfi hukukun mevzuatını oluşturan “kanunnameler” çıkarılmış ve bunların uygulanması takip edilmiştir.

İslam Hukuku ve örfi hukukun ihlâl edilerek reayaya (yönetilenlere) hukuksuz muamelelerde bulunmak zulüm (adaletsizlik/haksızlık) olarak kabul edilmiştir. Yerel yöneticilerin ilgili mahalde denetlenebilmesi için doğrudan merkezi idareye bağlı ve merkezden atanan kadılar⁷, yerel yöneticilerin yanında görevlendirilmiştir⁸. Kadıların adli görevlerinin yanı sıra orduya yönelik askerî, idareye yönelik mülkî, mahalli ve müşterek ihtiyaçların giderimine yönelik beledî görevleri de bulunmaktaydı⁹. Bu yönleriyle kadı Osmanlı taşra idaresinin rüknüdür. Hukukun temsilcisi olan kadının devlet idaresindeki söz konusu rolü, klasik dönemde Osmanlı devlet idaresinde hukukun üstün tutulmaya çalışıldığını göstermektedir. Haksızlığa uğrayan kişiler kadiya şikâyette bulunabilmiş, hatta yerelde uyuşmazlıklarının çözümünü noktasında getirilen uygulamayı yeterli bulmayan kimseler, adli teşkilatta en üst yargısal mercii olan Divan-ı Hümayun'a yazılı veya sözlü bir şekilde başvurabilmişlerdir¹⁰. Bu bakımlardan Osmanlı reayasası hak arama özgürlüğüne sahip olmuştur.

Osmanlı'da klasik dönemde şer'i ve örfi hukuka uygun davranılarak yönetilenlere adaletle muamele edildiği, yönetim işlerinde ehliyet ve liyakat sahibi kimselere yer verilip siyasi ve malî konularda başarılı bir yönetim sergilendiği sürece, toplumda, yönetimde keyfiliğin olduğu şeklinde şikâyetler ve bu duruma bağlı yeni düzen arayışları olmamıştır. Ancak klasik dönemdeki sözü edilen düzende bozulmalar baş gösterince zamanla Osmanlı'da yeni düzen arayışları başlamış, bu arayış Osmanlı elitini anayasacılık hareketlerine ulaştırmıştır.

Anayasacılık hareketleri ve devlet iktidarını sınırlandırmak fikri, esas olarak insan haklarının iktidar karşısında korunabilmesi için ileri sürülmektedir¹¹. Kronolojik olarak Avrupa'nın batısında İngiltere'de önce yeşeren anayasacılık düşünceleri daha sonradan Kuzey Amerika'daki kolonileri ve Batı Avrupa'daki diğer devletleri etkilemiştir. Batı Avrupa'da anayasacılık hareketleri toplumdaki bir takım ekonomik ve sosyal gelişmelerin sonucu olarak, burjuvazinin siyasi alanda ve devlet

⁶ Tekin/Okumuş, 2018, s.806

⁷ İlber Ortaylı, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 4. Baskı, Cedit Neşriyat, Ankara, Nisan 2012, s.264;

⁸ Tekin/Okumuş, 2018, s.806

⁹ Ortaylı, 2012, s.269

¹⁰ Abdullah Vefa Karataş, “Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması –Manisa Şehzade Sarayı Divanı Örneği-”, S.62-63, 2019, Adalet Dergisi, s.249-250

¹¹ Mustafa Çattık, “Anayasacılık ve Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı”, C.5 S.1. Bahar 2018, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 53

yönetiminde hak elde etme çabasının bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır¹². Söz konusu anayasacılık hareketleri, Avrupa topraklarında yer alan monarşilerde kralların iktidarlarının sınırlandırılmasıyla sonuçlanmış, bu durumun bir sonucu olarak da anayasal monarşiler ortaya çıkmıştır.

Anayasacılık hareketlerinin yaygınlaşmasıyla parlamenter monarşi düşüncesi farklı kıtalardaki ülkeleri etkilemiştir¹³. Söz gelimi, Japonya (1874), Rusya (1905), Meksika (1910), Çin (1911), Tunus (1861), İran (1905) meşrutî monarşi deneyimini, 19. yüzyılın son çeyreği ile 20. yüzyılın ilk yıllarında yaşamıştır. Bu ülkelerin her birinde; meşrutiyet yanlıları, ülkelerinin karşı karşıya kaldıkları sorunları çözmenin tek yolunun siyasal reform olduğunu, siyasal reformun ise anayasal ve parlamenter bir idare anlamına geldiğini düşünmekteydiler¹⁴.

Osmanlı Devleti'ndeki anayasacılık hareketleri ise yukarıda yer verildiği üzere yeni düzen arayışlarına girilmesi sonucunda 19. yüzyılın başları itibariyle ilk kıvılcımlarını vermeye başlamış, aynı yüzyılın ortalarından sonra ise sivil bürokrasinin siyasal alana nüfuz etmesiyle gerçek anlamda olgunlaşarak meyve vermiştir¹⁵. Burjuvazinin, Batı Avrupa'da yönetime ortak olma ve kazanımlarını hukuksal metinler ile koruma altına alma çabaları anayasacılık hareketlerinin muharriki olmuşken, Osmanlı toplumunda böyle bir orta sınıfın gelişmeyişi anayasacılık hareketlerinin görece daha geç tarihlerde deneyimlenmesine neden olmuştur¹⁶. Bu süreçte Osmanlı'nın iç bünyesinden kaynaklı faktörler etkili olurken dışarıdan gelen etkiler de sürece ivme kazandırmıştır.

A. Kanun-ı Esasi'ye Giden Süreçteki Dâhili Faktörler

Osmanlı'da anayasacılık hareketlerinin ete kemiğe bürünüp bir anayasa olarak belirmesine giden süreci besleyen bünyesel bazı dinamikler bulunmaktadır. Yukarıda kısmen değinildiği gibi Osmanlı'nın klasik döneminde var olan devlet ve toplum yapısında zamanla meydana gelen bozulmalar gün yüzüne çıkmaya başlayınca, bozulan düzen yerine yeni düzen arayışları ortaya çıkmıştır. Düzen arayışları beraberinde kamusal ve toplumsal sancıları getirmiştir ki bunlar anayasacılık hareketlerinin fitilini ateşlemiştir.

18. yüzyılın sonları itibariyle Osmanlı'da yönetici seçkinler, içine düştüğü zafiyetin çaresi olarak devletin reforma tabi tutularak modernleştirilmesi gerektiği düşüncesine sarılmıştır. Bozulan devlet

¹² Hakan Uzun, "Türk Demokrasi Tarihinde I. Meşrutiyet Dönemi", C.6, S.2, 2005, Gazi Üniversitesi Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi, s. 148

¹³ James L. Gelvin, 2016, s. 179

¹⁴ L. Gelvin, 2016, s.179

¹⁵ Niran Cansever, Hakan Kiriş, "Osmanlı Devleti'nde Son Dönem Siyasal Hareketler, Partileşme ve İdeolojik Arka Plan", 2019, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 33

¹⁶ Adil Bucaktepe, "Birinci ve İkinci Meşrutiyet Anayasalarında Öngörülen Devlet Modelleri Hakkında Bir Değerlendirme", S.42, Ekim 2014, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s.46

yönetimi ve teşkilatlanması, Osmanlı ölçeğinde bir imparatorluğun yönetimi anlamında yetersiz kalmakla birlikte devlette suistimaller ve israflara neden olmaktadır. Bu durumu gören ve çözüm arayışına giren ilk hükümdar III. Selim olmuştur. III. Selim devletin modernleştirilmesi anlamında reformcu girişimlerde bulunmuş, ancak bu girişimler yerleşik düzenin aktörleri tarafından engellenmeye çalışılmıştır¹⁷. III. Selim'in hal edilmesinden sonra tahta geçen II. Mahmut da III. Selim'in modernleşme çitasını daha yükseklerle çakmıştır.

Tahta geçişinin hemen akabinde 1808 yılında ayanlarla Sultan II. Mahmut arasında Sened-i İttifak akdedilmiştir. Bu ittifak senedine göre halkın can ve mal güvenliği sağlanacak, vergilerin adaletli alınması ve devlette zaman zaman vuku bulan suistimallerin önlenmesi sağlanacak, bunların denetimini de ayanlar yapacaktır. Bu taahhütlerin ayanların denetimine tabi kılınması, Osmanlı'da iktidarın bu yolla denetlenebileceği düşüncesinin ilk filizleridir¹⁸. Feodal bir reaksiyonla olsa da ayanlar ve beylerin bazı kayıt ve şartlara uyacağına dair taahhütte bulunması yoluyla padişah ile ittifak senedi imzalamaları, devlet otoritesinin sınırlandırılması anlamında kayda değer bir gelişmedir.

Sultan II. Mahmut döneminde devlet yönetimi ve teşkilatlanmasında ciddi yapılandırmalara girişilmiş, devletteki reformların önündeki en büyük engel olan Yeniçeri Ocağı kaldırılmıştır. Bu dönemde yapılan düzenlemeler, ihdas edilen kurumlar ve pratikler ile anayasal düşüncenin Osmanlı'da asıl olarak mayalandığı Tanzimat Dönemi'nin düşünsel ve kurumsal zemini oluşturulmuştur¹⁹. Ülkemizdeki modern bürokrasinin temelleri bu dönemde atılmış, yenilenen anlayışıyla ortaya çıkan modern bürokrasi, karar alma süreçlerinde etkin olmaya başlamış, bu durum sarayın ve padişahın iktidar tekelinin kırılmasını sonuç vermiştir. Özellikle Tanzimat Dönemi'nde Heyet-i Vükela'ya dönüşecek olan Meclis-i Vükela'da kudretli ve nüfuzlu nazırların görev yaptığı dönemlerde bu kurul, disiplinli, verimli ve oldukça bağımsız bir bütün oluşturup sarayın karşısında denge ve fren rolü oynayabilmiştir²⁰.

Yine 1838 yılında, padişahın yürütme yetkilerinin kullanımına sınırlı şekilde de olsa katılımı sağlayan Meclis-i Vala-yı Ahkâmı Adliye ve Dâr-ı Şura-yı Babîli gibi kurulların kurulması ve keza devleti ve milleti ilgilendiren konuların bu meclislerde müzakere edilip karara bağlandıktan sonra icra edilebileceğinin düzenlenmesi, padişahın yetkilerinin belli ölçüde sınırlandırıldığını göstermektedir²¹. Özellikle

¹⁷ Eric Jan Zürcher, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, 4. Basım, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019 s.37-38

¹⁸ Tekin/Okumuş, 2018, s.813

¹⁹ Tekin/Okumuş, 2018, s.813

²⁰ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Mart 2019, s.106-107

²¹ Recai Galip Okandan, "Amme Hukukumuzda Osmanlı Devletinin İnkırazın Kadar Parlamentarizm ve Hususiyetleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.13, S.2, 1947, s.457

girişilen köklü reformlar nedeniyle ortaya çıkan yasama yükünü, bünyesinde barındırdığı uzmanlaşmış kurullarıyla Meclis-i Vala-yı Ahkâmı Adliye kurumu taşımaktaydı²². Bu yönüyle uzmanlaşmış bürokratik kurumların yasama faaliyetine katılması olgusu da Osmanlı yönetim anlayışına girmeye başlamıştır.

1839 yılında Sultan II. Abdülmecid döneminde ısdar edilen Gülhane Hatt-ı Hümayûnu (Tanzimat Fermanı) ile konacak vergilerle ilgili yasaların hazırlanmasında ve padişaha arz edilmesinde Meclis-i Ahkâm-ı Adliye isimli kurulun görevli olacağı açıklanmıştır. Böylelikle bu kurul ve bunun devamı niteliğinde olacak kurullar yasama faaliyetine sınırlı yetkiyle de olsa katılmıştır. Her ne kadar temsili bir meclisten ziyade teknokratlardan oluşan teknik bir yasama komisyonu görüntüsü verse de, bu kurumlardaki müzakerelerin yürütümü ve oyların verilmiş usulü parlamentolu rejime giden yolda önemli köşe taşlarıdır²³.

1856 yılında ilan edilen Islahat Fermanı ile öncelikle Tanzimat Fermanının teyit ve tekit edildiği vurgulandıktan sonra tüm Osmanlı tebaasının kanun önünde eşitliği prensibi kabul edilmiş, yine tüm tebaaya hak ve güvenceler verilmiştir. Bu fermanlarla Osmanlı padişahı, tebaası olan kimselerin temel hak ve özgürlükleri lehine olacak şekilde kendisini sınırlandırmayı kabul etmekteydi. Her ne kadar bu fermanlarda, bunların bağlayıcılığının sağlanması bakımından hukuksal mekanizmalar kurulmamışsa da anayasal düşüncenin Osmanlı'da hukuksal metinlere daha fazla girdiğinin göstergesi olması bakımından bu fermanlar önem arz etmektedir.

II. Mahmut'un vefatından sonra Sultan Abdülmecid'in tahta geçmesiyle birlikte bir önceki sultan döneminde kurulan tercüme odalarında yetişen ve yabancı dil bilmeleri ve belli dönemlerde Avrupa devletlerinde görevlendirilmeleri nedeniyle Avrupa kültür ve düşüncesine aşina olan Mustafa Reşit Paşa gibi nazırların Bab-ı Âli'de sadrazamlık gibi daha etkili görevlere getirilmesiyle, Osmanlı'da modernleşme ve reform hareketleri yepyeni bir ivme yakalamıştır. Osmanlı devlet yönetimi ve teşkilatlanmasında, II. Mahmut dönemiyle kıyaslandığında dahi, baş döndürücü denebilecek nitelikte yeniden yapılandırma faaliyetlerine girişilmiştir. Bu dönemde özellikle Tanzimat reformlarının yasama yükünü taşıması amacıyla teknokratlardan oluşan meclisler/kurullar kurulmuştur. Yukarıda da zaman zaman bahsi geçen Tanzimat meclisleri (önceleri Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye, sonraları ise Meclis-i Ahkâm-ı Adliye, Meclis-i Âli-i Tanzimat ve Şura-yı Devlet) gerek vilayetlerden gelen temsilcilerin katılımıyla gerekse de yasaların hazırlanmasında oynadıkları rollerle parlamentolu rejim arayışının ilk deneyleri niteliğindedir. Buralardaki çalışma, müzakere ve karar alma usulleri sonradan kurulacak Osmanlı parlamentosunun çalışma ve müzakere geleneğine bir hazırlık olmuştur²⁴.

²² Zürcher, 2019 s.59, Tanör s.103

²³ Okandan, 1947, s.457-458

²⁴ Ortaylı, 2012, s.420

Tüm bu kurumların ihdas edilmesi bu dönemde, devlet işlerinin görülmesinde tek bir ferdin iradesinden, meclis ve heyetlerin kararlarına doğru gidildiğini gösteren bir anlayışın yerleşmeye başladığını göstermektedir. Okandan'ın ifadesi ile “...Tanzimat Devrinde, devletin icraî (yürütme) ve teşri (yasama) fonksiyonlarının icrası hususunda keyfiyetin kolektif müessese ve teşekküllere bırakılması lehinde bir temayül veyahut da, daha doğrusu Tanzimat'tan evvel kendisini gösteren bu tarzda bir temayülün inkişafı mevzubahis olmaktadır”²⁵.

Tanzimat döneminin yeniliklerinden bir diğeri de, vilayet, kaza ve livalarda seçimle oluşturulan taşra idare meclisleridir. Üyeleri din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, seçimle oluşturulan ve taşra yönetiminde etkin bir rolü olan bu yerel meclisler, meşrutiyet parlamentoculuğuna giden yolda gerekli deneysel birikimi sağlamıştır²⁶. Hatta aşağıda görüleceği üzere, Osmanlı Meclis-i Umumi'sinin temsilcilerden oluşan kanadı olan Meclis-i Mebusan'ın taşradan gelen üyeleri, iki dereceli seçimlerde, bu yerel meclislerin üyeleri arasından yine bu üyeler tarafından seçilmişlerdir. Öte taraftan bu meclislerin üyelerinin ticaret mahkemelerine ve temyiz divanına üye olarak da seçilmeleri yine Osmanlı parlamentosunun çalışma ve müzakere geleneğine bir hazırlık²⁷ ve temsil fikrinin Osmanlı siyasal düşüncesinde yerleşmesinin köşe taşları olmuştur.

Tanzimat döneminde girilen hatırı sayılır kanunlaştırma faaliyetleri ve özellikle Hanefi fihhının hukuki meselelere ilişkin görüşlerinden en kuvvetli olanlarının kodifiye edilmesiyle, başka bir söyleyişle Avrupa kanunlarının “codex” formunun kullanılmasıyla oluşturulan²⁸ Osmanlı medeni kanunu olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin hukuk sahasına çıkması, modern bir anayasanın prototipini oluşturmuştur²⁹.

19. yüzyılda Osmanlı'da Bulgaristan Prensiği, Doğu Rumeli Vilayeti, Cebeli Lübnan Mutasarrıflığı, Sisam Emareti, Girit Vilayeti gibi bazı vilayetlere özerk statüler tanınmıştır. Buraların yönetimi içişlerinde tam bağımsız, dış işlerinde ise Osmanlı Devleti ile organik bağ içerisindeydi. Bu özerk bölgelerin bazılarında bu bölgelerdeki yönetimlerin anayasa dediği nizamnamelerle parlamenter rejime benzer uygulamalar kabul edilmiştir. Bu nizamnamelere göre yönetim valiler/prensler ile yerel halkın temsilcilerinden oluşan idare meclisleri arasında bölüştürülmüştü³⁰. Bu nizamnameler, ilgili vilayette kabul edildikten sonra onaylanması için Osmanlı merkezi idaresine

²⁵ Recai Galip Okandan, “Amme Hukukumuz Bakımından Tanzimat, Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinin Önemi”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.15, S.1, 1949, s.16

²⁶ Tanör, 2019, s.109

²⁷ Ortaylı, 2012, s.420

²⁸ Seda Örsten Esirgen, “Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”, S.62-63, 2019,s.458-459

²⁹ Tekin/Okumuş, 2018, s.813

³⁰ Ortaylı, 2012, s.536-540

gönderilmekteydi. Dolayısıyla bu hukuki belgeleri onaylayarak bu sürecin bir tarafı olan Osmanlı yönetiminin ve yine Osmanlı aydınlarının bundan etkilenmesi olasıdır³¹. Aşağıda bahsi geçecek olan Genç Osmanlılar'ın önde gelen isimlerinden olan Namık Kemal'in Hürriyet gazetesinde hükümdarla yönetilenler arasında istişarenin gerekliliğini savunmak için kaleme aldığı "Veşavirhum fi'l Emr" isimli makalesinin bir yerinde söz konusu etkilenmeyi görmek mümkündür. Namık Kemal makalesinin ilgili kısmında "...*Gelelim cehalet bahsine. Karadağ'da, Sırp'ta, Mısır'da birer Meclis-i Şura'yı Ümmet var. Orada buna mani olmayan cehalet bizde niçin mani olsun? Biz terbiyyede Karadağ vahşilerinin madununda mıyız? (onlardan aşağı mıyız?)...*" değerlendirmesinde bulunmuştur³².

Osmanlı'nın imtiyazlı bir eyaleti olan Tunus'ta, İngilizlerin ve Fransızların baskısıyla 1861 yılında III. Muhammet El Sadık'ın hükümdarlığı döneminde parlamentolu/anayasalı bir yönetimi öngören "Kanunu'd Devle" isminde bir anayasa ilan edilmişti. Bu anayasa Tunus'un teknik okullarında öğrenim görmüş İslami modernistler ve seküler reformcuların çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştı³³. Bu anayasa çok uzun soluklu olmayıp üç yıl sonra III. Muhammet tarafından askıya alınmışsa da ıslahatçı Osmanlı aydınına, bir İslam devletinin de anayasalı bir yönetime sahip olabileceği noktasında ufuk vermiştir³⁴.

Yukarıda bahsi geçen vilayetlerin dışında Islahat Fermanı ile Osmanlı tebaasından olan Hristiyan, Ermeni ve Musevi Cemaatlerine, kendi işlerini düzenlemek konusunda nizamname (anayasa) yapma yetkisi tanınmıştı. 1863'te Ermenilerin, 1865'te Yahudilerin yine aynı dönemde Rumların laik niteliği ağır basan bu nizamnameleri kabul etmeleri ve bunların tatbikatıyla oluşturulan idare meclislerinde temsili yönetime kavuşmaları, Osmanlı açısından parlamentolu yönetime akan zamanın çarklarını hızlandırmıştır³⁵. Keza bu gayrimüslimlerin, kendi temsilcilerinden oluşan idare meclisleri aracılığıyla yönetilmeleri, parlamentolu yönetimin prensipleri olan meclisler, tartışma, karar alma, seçim, yönetimi denetleme ve etkileme gibi konularda belli geleneklerin ve alışkanlıkların Osmanlı toplumunda yerleşmesini sağlamıştır³⁶.

19. yüzyılın ilk yarısının sonuna doğru, Osmanlı ekonomisinin dışa açık hale gelmesi gibi Osmanlı'da yönetici seçkinler ve entelektüeller de, burjuva kültürünün etkisiyle Avrupa siyasi hayatında bir süredir var olan

³¹ Tanör, 2019, s.129

³² Namık Kemal, "Veşavirhum fi'l Emr", Hürriyet, Sayı 4, 20 Temmuz 1868

³³ L. Gelvin, 2016, s.177

³⁴ Ayhan Ceylan, "Tunuslu Islahatçıları ve Yeni Osmanlılar Hareketinde Anayasacılık", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.1-2, 2010, s.42-43

³⁵ Tanör, 2019, s.131-132; Zürcher, 2019, s.81-82; Robert Devereux, The First Ottoman Constitutional Period: A Study of the Midhat Constitution and Parliament, John Hopkins Press, Baltimore, 1963, s.29, aktaran Cem Tecimer, "Altmış Sene Gecikmiş Bir Kitap Tahlil Yazısı", <https://www.anayasa.gen.tr/tecimer-2.pdf> (erişim tarihi: 08.09.2023)

³⁶ Ortaylı, 2012, s.536-540

devlet iktidarının sınırlanması, kuvvetlerin ayrılması, özgürlük gibi Avrupa menşeli fikirlere açık hale gelmeye, bu fikirlere aşına olmaya başlamıştır. Monarşilerle birlikte bu düşünceleri ihtiva eden yönetim sistemlerinin birlikte yürüyebileceğine şahit olmuşlardır. Bu yönüyle Tanzimat'tan beri gelişen, yönetici seçkinler ile entelektüelleri etkileyen anayasal düşünce, ilk meşrutiyet denemesinin arifesinde oldukça yaygınlaşmış, hatta örgütlü denebilecek bir muhalefet hareketine dönüşmüştür. 1860'lı yıllarda basın, anayasal düşüncesinin Osmanlı aydınları arasında yayılmasında hatırı sayılır bir rol oynamıştır³⁷.

Dönemin asli hüviyetine kaynaklık eden özgürlük, eşitlik, adalet, istibdat ve keyfi idare meselesi, kanun anlayışı ve kanuna riayet meselesi, iktidarın sınırlandırılması ve mesuliyeti meselesi, kuvvetler ayrılığı konusu, parlamento/anayasa ve temsili yönetim düşünceleri basın-yayın yoluyla Osmanlı aydınının arasında tartışılmıştır³⁸. Belli gazetelerin merkezleri bu düşüncelerin tartışıldığı, konuşulduğu kulüpler haline gelmiştir. Şinasi, Namık Kemal, Ali Süavi gibi bazı aydınlar 1860'lı yılların ilk yarısında basın-yayın yoluyla kamuoyunda belli fikirlerin oluşmasını sağlamaya gayret etmişlerdir³⁹. Adı geçenlerin öncülük ettiği ve meşrutiyetin ilk döneminin hazırlık sürecine damgasını vuran aydın gruplaşması Yeni/Genç Osmanlılardır.

Yeni/Genç Osmanlılar, önce İstanbul'da, bir süre sonra da yapmış oldukları muhalefetin sonucuna katlanmak zorunda kalarak çıkmış oldukları yurt dışında (Paris ve Londra gibi başkentlerde) çıkardıkları ve bir şekilde yurda sokabildikleri gazetelerle parlamentolu yönetimle ilgili kamuoyu oluşturmaya çalışmışlardır⁴⁰. 1871 yılında yurda döndükten sonra ise Mithat Paşa'nın etrafında oluşan muhalefet halkasına dâhil olmuşlardır.

Osmanlılığı birleştirici güç olarak gören bu hareketin amacı kendi siyasal programları doğrultusunda devleti içine düştüğü zor durumdan kurtarmaktır⁴¹. Bu akımın temsilcilerine göre Osmanlı Devletinin çöküntüden kurtulabilmesi, ekonomik ve siyasal darboğazdan çıkabilmesi için anayasalı (meşrutî) bir monarşiye geçilmesi, "Osmanlılık" kimliği altında tüm tebaanın eşit hak ve özgürlüklere sahip olması gerekmektedir⁴². Basın-yayın aracılığıyla kamuoyu ile paylaştıkları yazılarında, meclis gibi modern kurumların ya da anayasalı/parlamentolu bir yönetimin İslam ile çelişmediğini ortaya koymak için İslam siyaset

³⁷ Tefvik Çavdar, Türkiye'nin Demokrasi Tarihi, İmge Kitapevi, Ankara, Eylül 2008, s. 32

³⁸Bu tartışmaların Osmanlı basınında nasıl yapıldığının 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra çıkarılan gazetelerden takibi için bkz. Hakan Türkkan, "Osmanlı Devleti'nde Anayasa Düşüncesinin Gelişimi ve Kanun-ı Esasi Tartışmaları", Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih ABD, Sakarya, 2013, s.105-168

³⁹ Çavdar, 2008, s. 31

⁴⁰ Zürcher, 2019, s.88-91

⁴¹ Cansever,Kiriş, 2019, s.36

⁴² Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 4

teorisinde var olan adalet, biat, meşveret, istişare ve şura gibi kavramlara sıklıkla başvurmuşlardır⁴³.

Yeni/Genç Osmanlılar hareketi, geçici ve darbeci bir klik eylemi değil, iyi kötü bir program getiren ve kamuoyunu etkilemeye başlayan önemli bir muhalefet hareketidir⁴⁴. Söz konusu hareket, mezkûr düşünceleriyle dönemin Osmanlı aydınları ve bazı yönetici seçkinler arasında revaç bulmuşsa da bunların dışında büyük bir etkinliğe sahip olup halk arasında yayılmamıştır. Bununla birlikte yönetici elitin üzerindeki etkisinin bürokratik darbeye dönüştüğüne⁴⁵, bir darbe ile Sultan Abdülaziz'in tahttan indirilerek meşrutiyet yanlısı bir tavır sergileyen Sultan II. Abdülhamit'in tahta geçirildiğine şahit olunmaktadır⁴⁶. Bu bakımlardan ortak bir doktrinlerinden söz edilmesine olanak bulunmasa da göstermiş oldukları çabalarıyla Yeni/Genç Osmanlılar hareketi, Türk siyasal düşününe bir dönemeci aldirmiş, Türkiye'de demokratik anayasal hareketin fikirsel temelini atulmasını sağlamıştır⁴⁷.

Yeni/Genç Osmanlılar fikir ve aksiyonu birlikte yürüterek ilk meşrutiyet deneyiminin lokomotifi olmakla kalmayıp kendisinden sonraki muhalefet hareketlerini de etkilemiştir. Meclis-i Umumi'nin süresiz tatil edildiği dönemden sonraki muhalefet ile kendilerinin bir bakıma halefi olan İttihat ve Terakki-Hürriyet ve İtilaf hareketlerinin üzerinde yükseleceği zemin, bunların fikir mirası üzerine inşa edilmiştir⁴⁸.

Yukarıda yer verilen dâhili faktörler dikkate alındığında, Kanun-ı Esasi ile getirilen anayasal yönetim, her ne kadar çok geniş halk kitlelerinin talebiyle gerçekleşmemiş ve padişahın bir iradesi ile getirilmişse de, Tanzimat dönemindeki fermanlar gibi bir lütuf veya bağış şeklinde değil de tarihsel bir birikimin sonucu olarak bünyesel ihtiyaca bir cevap olarak hükümdar tarafından kabul edilmek zorunda kalınmıştır⁴⁹.

⁴³ Fahri Yetim "Modern Bir Aydın Hareketi Olarak Yeni Osmanlılar ve İslam Dünyası", SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.34, Nisan 2015, s.11

⁴⁴ Tanör, 2019, s.127

⁴⁵Sultan Abdülaziz'in meşrutiyet yönetimine sıcak bakmamasının anlaşılması üzerine, 30 Mayıs 1876 günü, Sadrazam Mütercim Rüşdü Paşa, Serasker Hüseyin Avni Paşa, Şeyhülislam Hayrullah Efendi ve Midhat Paşa'nın başını çektiği "erkân-ı hal" Sultan Abdülaziz'i tahttan indirdi. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Midhat Paşa Maddesi <https://islamansiklopedisi.org.tr/midhat-pasa> (son erişim tarihi 08.09.2023)

⁴⁶ Tanör, 2019, s.127

⁴⁷ Çavdar, 2008, s. 37

⁴⁸ Zürcher, 2019, s.91; Yetim, 2015, s.16

⁴⁹ Tanör, 2019, s.127

B. Kanun-ı Esasi'ye Giden Süreçteki Dış Faktörler

Osmanlı'da anayasal düşüncenin belli bir olgunluğa erişerek Kanun-ı Esasi'yi meyve vermesine giden süreçte içten gelen belirleyicilerin yanı sıra dışarıdan gelen bir takım zorlayıcı nedenler de bulunmaktaydı. Tanzimat'la birlikte Osmanlı ekonomisinin yanında gittikçe bağımsızlığını yitirmeye başlayan diğer bir alan daha vardı. Devlet egemenliği. Bu dönemde, daha önceden çok da fazla görülmeyen bir şekilde o zaman ki tabiriyle Düvel-i Muazzama'nın, Osmanlı tebaasından olan Hıristiyanların haklarını bahane ederek Osmanlı Devleti'nin içişlerine karışması olgusu ortaya çıkmıştı.

1869'da önce Fuat, 1871'de ise Ali Paşa'nın ölümü sonrasında güç dengesi Bâb-ı Âli'den padişaha doğru kaymış, Sultan Abdülaziz yönetimi tam olarak ele geçirebilmek için otoriter eğilimlere girmiştir. Bu dönemde yönetimin istikrarını bozacak şekilde sürekli sadrazam ve nazırları değiştirilmiş ve bir yönetim bunalımının ortaya çıkmasına sebebiyet verilmiştir. 1870'lerde ortaya çıkan bu yönetim bunalımının yanı sıra Osmanlı'da özellikle Anadolu coğrafyasında meydana gelen kuraklık ve selin etkisiyle 1873-1874 yıllarında kıtlık oluşmuş, bu durum, kırsaldan kente göçlerde artışa ve Anadolu vergilerinde bir düşüşe neden olmuştur⁵⁰.

Devletin gelirlerinde meydana gelen bu yönde bir azalma, kıtlıktan etkilenmeyen Balkan coğrafyasındaki vergilerin artırılması yoluyla telafi edilmeye çalışılmıştır. Artan vergi yükü Bosna-Hersek'te yaşayan Hristiyan köylülerin tepkisini çekmiş, bu tepki bir süre sonra 1874-1875 yıllarında büyük çaplı bir isyana dönüşmüştür. Bir süre sonra bu isyan Bulgaristan bölgesine de sıçramış, Osmanlı'nın Balkan toprakları yangın yerine dönmüştür. Osmanlı Devleti'nin bu türü bastıramaması, Avrupa'lı devletlerin arabuluculuklarına rağmen isyancıların isyanı sonlandırmamaları, isyanı kendileri için bir tehlike ve fırsat olarak gören bölgenin diğer imparatorluklarını harekete geçirmiştir. Avusturya-Macaristan ve Rus imparatorluklarının dışişleri bakanları konuyu görüşmek üzere bir araya gelmiş, 31 Ocak 1876 tarihinde Osmanlı Devleti'ne bir nota (Andrassy notası) vermişlerdir. Bu nota, Bosna-Hersek'te yabancı denetimi altında kapsamlı bir reform paketine ilişkin önerileri içeriyordu. İsyanı bir türlü bastıramayan Bâb-ı Âli, söz konusu notayı 1876 yılının Şubat ayında kabul etmişse de, isyancılar savaştan vazgeçmemiştir⁵¹.

Sırbistan 30 Haziran 1876 günü Osmanlı'ya savaş açtığını ilan etmiş, Bulgar isyancılar ise var olan gerilimi tırmandırmak için her türlü yola başvurmuşlardır. Rus panslavistler, bu savaş ve isyan girişimlerini tahrik ve teşvik ediyor, Bulgarların yaşadığı bölgelere geniş özerklikler verilmesini içeren reformların yapılmasını Bâb-ı Âli'den istiyor, bunun kabul edilmemesi durumunda Osmanlı'yı savaşla tehdit ediyordu. Tüm bu dağdağa ve hengâmenin içerisinde İngiltere, Balkanlar'da büyüyen

⁵⁰ Zürcher, 2019, s.93-94

⁵¹ Zürcher, 2019, s.93-97; Tanör, 2019, s.128-129

bunalımı hafifletmek için 1876 yılı içerisinde bir konferans önermişti. Bu çerçevede Bosna Sırpaları ve Bulgarların isyanları sonrasında Osmanlı'nın Balkan toprakları ile ilgili bir çözüm dayatmak için 23 Aralık 1876 günü İstanbul'da bir konferansın (Tersane/İstanbul Konferansı) toplanması kararlaştırılmıştı⁵². Tahtının cülusunu izleyen dönemde böyle dağ gibi sorunları kucagında bulan Sultan II. Abdülhamit, Mütercim Rüştü Paşa'nın çekilmesi üzerine 19 Aralık 1876 günü istemeyerek de olsa Sadrazamlığa, meşrutiyet yönetimini sabık sultan Abdülaziz'e darbe yapacak kadar⁵³ gözü kara şekilde isteyen Mithat Paşa'yı getirmiştir.

Mithat Paşa, göreve geldikten sonra temel siyasetini ve gayretini, Kanun-ı Esasi'nin Tersane Konferansı'ndan önce ilan edilmesi üzerine hasretmişti. Böylelikle Osmanlı Devleti'nin de anayasalı/parlamentolu bir monarşi olduğu ve müslim-gayrimüslim tüm tebaanın eşit hak ve özgürlüklere sahip olduğu ilan edilerek yabancı devletlerin Osmanlı'nın içişlerine karışmasına neden olan "*Hıristiyan tebaanın hakları*" bahanesi ortadan kaldırılmış olacaktı⁵⁴. Bu nedenle Kanun-ı Esasi'nin hazırlanması süreci olağanüstü şekilde hızlı ilerlemiştir.

Görüldüğü üzere Osmanlı'da anayasa tartışmaları yeterli olgunluğa ulaşmadan, konjonktürel ve diplomatik zorlamalar dolayısıyla bir krizin tam ortasında, olması gerekenden çok daha erken çiçek vermiştir. Maalesef yeterli iklim şartları oluşmadan verilen çiçek erken kurumuş ve aşağıda açıklanacağı üzere kâmil bir meyveye dönüşmeden solmuştur.

II. KANUN-I ESASİ

1876 yılında Sultan Abdülaziz'in hal edilmesinden sonra yerine yeğeni V. Murat tahta geçirilmiş, ancak kısa bir süre sonra akıl sağlığı bozulan V. Murat da hal edilerek yerine Sultan Abdülaziz'in diğer bir yeğeni olan, Genç Osmanlılara meşrutiyeti ilan edeceği taahhüdünde bulunarak saray içinden meşrutiyet isteklisi bir grubun da desteğini alan II. Abdülhamit geçirilmiştir. Sultan II. Abdülhamit, Genç Osmanlılarla anlaşığı üzere, 23 Aralık 1876 günü Osmanlı meşrutisi⁵⁵ monarşisinin hukuksal dayanağı olacak olan, Osmanlı Devleti'nin, bu arada Osmanlı-Türk anayasacılığının ilk anayasası olan Kanun-ı Esasi'yi ilan ederek Osmanlı Devleti'ne yeni bir dönemin kapısını aralamıştır.

⁵² Zürcher, 2019, s.93-97

⁵³ 42 numaralı dipnota bakınız.

⁵⁴ Tanör, 2019, s.128-129

⁵⁵ Bu ifade Osmanlı siyasal düşün ve terminolojisinde, daha sonra da diğer İslam ülkelerinde sınırlı, kayıtlı monarşiyi, başka bir ifade ile Batı Avrupa'da anayasal monarşi olarak ifade edilen yönetimleri belirtmek için kullanılmıştır. Osmanlı merkezinde "Şart" sözcüğü esas alınarak "Meşrutî/Meşrutiyet" kavramları kullanılırken, taşrada "Kayd" sözcüğü esas alınarak "mukayyed" sözcüğü yönetimi nitelemiştir. Türkkan, 2013, s.168.

A. Kanun-ı Esasi'nin Hazırlanışı, İlanı, Temel Doktrini

Kanun-ı Esasi'nin hazırlanması görevi, padişah tarafından atanan kişilerden oluşan "Cemiyet-i Mahsusa" (Özel Komisyon) adı verilen bir komisyona verilmiştir. Bu komisyon Sultan II. Abdülhamit'in 31 Ağustos 1876 tarihinde tahta çıkışından yaklaşık bir ay sonra kurulmuştur. Bu komisyonda mülkiye memurları, ulemadan kimseler ve Osmanlı ülkesindeki Hıristiyanlarını temsilen üç tane Hıristiyan müsteşar olmak üzere toplamda yirmi sekiz kişi yer almıştır⁵⁶.

Cemiyet-i Mahsusa çalışmaları sırasında, Mithat Paşa'nın Kanun-ı Cedid adını verdiği 57 maddelik anayasa tasarısını, Küçük Sait Paşa'nın çevirisini yaptığı 1814, 1830 ve 1875 tarihli Fransız Anayasaları ve Heyet-i Vükela'nın hazırladığı tasarımı, keza daha önceden anayasalı monarşiye geçen yabancı devletlerin, bilhassa 1831 tarihli Belçika ve 1850 tarihli Prusya anayasalarını inceleyerek kendi tasarısına son şeklini vermiştir. Söz konusu komisyon tarafından son hali verilen Kanun-ı Esasi, Mithat Paşa başkanlığındaki Heyet-i Vükela'nın da onayından geçerek 23 Aralık 1876 tarihinde Sultan II. Abdülhamit tarafından Mithat Paşa'ya hitaben çıkarılan hatt-ı hümayun ile ilan edilmiştir⁵⁷.

Görülebileceği üzere Kanun-ı Esasi, halkın hazırlanma ve kabul süreçlerine katılmaması ve padişahın tek yanlı idaresiyle ortaya konulması nedeniyle hukuki biçimi itibariyle ferman anayasa niteliğindedir⁵⁸.

Kanun-ı Esasi'nin ilanının 23 Aralık 1876 tarihine denk getirilmesi tesadüfi bir seçim değildir. Yukarıda yer verildiği gibi söz konusu tarihte İstanbul'da Tersane (İstanbul) Konferansı yapılacaktı. Kanun-ı Esasi'nin ilanı ile yabancı devletlerin emellerinin boşa çıkarılması istenmişti. Çünkü artık Osmanlı ülkesindeki Hıristiyan azınlıklar ile Müslüman tebaa arasında hak ve yükümlülükler bakımından bir farklılık kalmayacaktı. 23 Aralık 1876 (7 Zilhicce 1293) günü Tersane Konferansı'nın başladığı sırada top atışları ile Kanun-ı Esasi'nin kabulü ilan edildi. Ancak konferansa katılan yabancı devlet delegeleri bu haberdan çok etkilenmeyip konferansa devam etmişlerdir. Osmanlı yönetimi maalesef bu konuda istediği sonuca ulaşamamış, söz konusu konferansın toplanması engellenememiştir⁵⁹.

⁵⁶ Enver Ziya Karal, Osmanlı Tarihi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2011, C.VIII, Birinci Meşrutiyet ve İstibdat Devirleri 1876-1907, 7. Baskı s.218; Zürcher, 2019, s.96; Hasan Tahsin Fendoğlu, "1876 Anayasası veya Monarşik Modernleşme Dönemi", <https://www.hasantahsinfendoglu.com/wp-content/uploads/2023/02/1876-Anayasasi-Veya-Monarsik-Modernlesme-Donemi-1876-1908.pdf> (son erişim tarihi 08.09.2023), Tanör, 2019, 133-134

⁵⁷ Tanör, 2019, s.133-134.

⁵⁸ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s.24 (<http://www.anayasa.gen.tr/tah.pdf>) (Son Erişim Tarihi 08.09.2023)

⁵⁹ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi II. Abdülhamit maddesi <https://islamansiklopedisi.org.tr> (Erişim tarihi:08.09.2023); Tanör, 2019, 133-134; Zürcher, 2019, s.96

Kanun-ı Esasi, 1831 tarihli Belçika anayasasını esas alıyordu, ancak Belçika Anayasası'nın dâhil edilmeyen maddeleri (ki bunlar anayasaya daha liberal özellikler katıyordu) nedeniyle daha az özgürlükçü, hatta 1850 Prusya anayasasından esinlenerek daha otoriter bir yapıdadır. Osmanlı Devleti'nin ilk ve tek anayasası olan Kanun-ı Esasi'nin belli bir doktrine sahip olduğu dikkati çekmektedir. Bu doktrin, "Osmanlılık" doktrinidir. Buna göre, söz konusu anayasanın amacı; din, ırk ve mezhep farkı gözetmeksizin halkı devlet idaresine iştirak ettirmek, bütün tebaayı dini işleri dışında hukuk önünde eşit kılmaktır. Bu şekilde, imparatorluktan ayrılmak isteyen tebaa, menfaat bağlarıyla devlete bağlanıp devletin mukadderatıyla ilgilendirilecektir⁶⁰.

B. Hükümleri

Kanun-ı Esasi, 12 bölüm ve 119 maddeden oluşmaktadır. Genel olarak bu bölümler devletin temel kuruluşu ve organizasyonu ile Osmanlı Devleti vatandaşlarının hakları üzerinedir⁶¹.

Kanun-ı Esasi'nin ilk bölümü "Memalik-i Devleti Osmaniye" başlığıyla Osmanlı Devleti ile ilgili genel hükümlere ayrılmıştır (md.1-7). Osman Devleti vatandaşlarının temel hak ve özgürlükleri "Tebaa-i Devleti Osmaniye'nin Hukuku Umumiyesi" başlığı altında 8 ila 26. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Üçüncü bölüm (md.27-38) yürütmenin diğer kanadını (Bakanlar Kurulu) oluşturan "Vükela-yı Devleti", dördüncü bölüm "Memurin" başlığı altında devlet memurlarını düzenlemektedir (md.39-41). Beşinci, altıncı ve yedinci bölüm 42 ila 80. maddeler arasında devletin yasama organının (Meclis-i Umumi) kuruluşu ve işleyişini hükme bağlamakta, 81 ila 91'nci maddeler arasında (sekizinci bölüm) yargı organı düzenlenmektedir. Dokuzuncu, onuncu, on birinci ve on ikinci bölümler sırasıyla Divan-ı Âliyi, Umuru Maliye (mali işler), Vilayât (yerel yönetimler) ve Mevaddı Şettayı (çeşitli hükümleri) düzenleme altına almaktadır⁶². Bu çalışmada Kanun-ı Esasi'nin tüm hükümleri ayrıntılarıyla incelenmeyecek olup yalnızca anayasal monarşinin çatısını kuran hükümleri ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeleri ele alınacaktır.

1. Genel Esaslar

Günümüz anayasalarında anayasanın temel esasları olarak zikredilen devletin şekli, resmi dili, başkenti, dini niteliği gibi hususlar

⁶⁰ Karal, 2011, s.229; Zürcher, 2019, s.96

⁶¹ Ali Fuat Başgil, "A Summary of Constitutional Developments in Turkey, and on The Historical and Political Sources of the Present Constitution", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/6855> (Son Erişim Tarihi: 08.09.2023)

⁶² Kanun-ı Esasinin latin harfleriyle hazırlanmış bir örneğine <https://anayasa.tbmm.gov.tr/1876.aspx> ve <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876> linklerinden ulaşılmıştır. (Erişim tarihi: 29.12.2019)

Kanun-ı Esasi'nin farklı bölümlerindeki maddelerine serpiştirilmiştir. Buna göre Osmanlı Devleti, devlet başkanlığının saltanat yoluyla Osmanlı Hanedanı'nın en büyük erkek ferdine geçen bir monarşidir (md.3). Devletin üniter (tekliği) niteliği kabul edilmiş ve Osmanlı Devleti'nin "memalik ve kıtaati hâzırayı ve eyaleti mümtazeyi" içerse de "yek vücud" olduğu ve "hiçbir sebeple tefrik kabul etmediği" belirtilmiştir (md. 1)⁶³. Devletin resmi dili dolaylı bir ifade ile Türkçe olarak belirtilmiştir (md.18)⁶⁴. Devletin başkenti (payitaht) diğer Osmanlı şehirlerinden bir farkı ve ayrıcalığı olmayan İstanbul şehridir (md.2). Devlet laik bir nitelikte değil, dini niteliği haizdir. Anayasanın farklı düzenlemelerinden bu sonuca varmak mümkündür. Bir kere devletin resmi dini, İslam'dır (md.11). Osmanlı saltanatı, İslam'ın büyük hilafetinin sahibidir (md.3). Padişah şer'i hükümleri uygulatır (md.7) ve kanunların dini hükümlere uygunluğu Ayan Meclisi tarafından denetlenir (md.64). Bu düzenlemelerin yanı sıra ülkede Şer'îye Mahkemeleri öngörülmüştür (md.87).

Devlet organizmasının üç unsurundan biri olan "egemenliğin" kime ait olduğu konusunda Kanun-ı Esasi'de bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak egemenliğin millete ait olduğunu gösterir bir düzenlemenin bulunmaması, bununla birlikte saltanat hakkıyla ilgili düzenlemeler, keza Kanun-ı Esasi'de padişaha tanınan hak ve yetkiler, bizi egemenliğin padişaha ait olduğu bir sistemin kurulduğu sonucuna götürmektedir⁶⁵.

Diğer yandan, Osmanlı Hanedanı mensuplarının özgürlükleri, kişisel mülkiyetleri, ömür boyu sürecek mali tahsisatları tüm Osmanlı vatandaşlarının sorumluluğundadır (md.6).

2. Devletin Temel Kuruluşu

Kanun-ı Esasi'nin getirmiş olduğu temel teşkilatlanmayı, klasik yaklaşımla, devletin temel organları ve fonksiyonları bağlamında ele almak yerinde olacaktır. Bu anlamda aşağıda, yasama, yürütme ve yargının temel erkler olarak kuruluşu ve bu organların işlevlerinin hukuki rejimi incelenmeye çalışılacaktır.

a. Yasama

Kanun-ı Esasi'nin kurduğu yasama organının adı Meclis-i Umumi'dir⁶⁶. Meclis-i Umumi, günümüz çift kanatlı parlamentolarını andırır şekilde Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan isimli iki ayrı heyeti içerir (md.42). Heyet-i Mebusan halkın temsilcilerini içeren bir temsilciler

⁶³ Gözler, 2000, s. 26

⁶⁴ "Tebaii osmaniyeinin hidematı devlette istihdam olunmak için devletin lisanı resmisi olan Türkçeyi bilmeleri şarttır." (md.18) (Osmanlı vatandaşlarının kamu hizmetine girebilmeleri için devletin resmi dili olan Türkçe'yi bilmeleri gerekir.)

⁶⁵ Tanör, 2019, s.136

⁶⁶ Gözler, 2000 s. 29

meclisi niteliğindeyken, Heyet-i Ayan günümüz senatolarının izdüşümüdür.

Meclis-i Umumi'nin her iki heyet üyelerine yasama sorumsuzluğu verilmiştir. Bu anlamda, meclis müzakereleri sırasında kullandığı oylardan ve açıkladığı beyanlarından ötürü Meclis-i Umumi üyelerinin suçlanamayacağı düzenlenmiştir (md.47). Yasama sorumsuzluğuna ek olarak, Meclis-i Umumi üyelerine yasama dokunulmazlığı da sağlanmıştır (md.48,79). Meclis-i Umumi'nin çalışma sistemine ilişkin anayasal hükümler öngörülmiştir. Meclis-i Umumi'nin toplantı yeter sayısı, her iki heyetin de salt çoğunluğunun hazır olmasıyla sağlanır. Karar yeter sayısı ise diğer bazı özel nisapların arandığı haller dışında kural olarak hâzır olanların salt çoğunluğu olarak belirlenmiştir. Oyların eşitliği durumunda meclis başkanının oyu iki oy sayılmıştır (md.51).

Günümüzün çift heyetli meclislerindeki senatolara tekabül eden Heyet-i Ayan'ın üyeleri, Heyet-i Mebusan üye sayısının üçte birini geçmemek üzere padişah tarafından doğrudan atanır (md.60). Heyet-i Ayan üyesi olarak atanabilmek için kırk yaşını doldurmuş ve çalışmaları ve eylemleriyle toplumun genelinin güvenini kazanmış ve keza daha önce devlet hizmetinde bulunmuş olmak gerekmektedir (md.61). Bir kez Heyet-i Ayan üyesi olarak atanan kimse ömür boyu görev yapmakta ve ancak kendi rızasıyla başka bir devlet memurluğuna atanması durumunda Heyet-i Ayan üyeliği sona ermektedir (md.62). Heyet-i Ayan'ın başkanını da doğrudan padişah seçer (md.60).

Heyet-i Mebusan ise, Meclis-i Umumi'nin milletin temsilcilerinden oluşan kanadıdır. Kanun-ı Esasi'ye göre, genel seçimler, Osmanlı vatandaşı her elli bin erkek nüfusa bir üye düşecek şekilde yapılır (md.65). Seçimlerde gizli oy ilkesi geçerlidir ve seçimlerin yapılması usulü özel kanunıyla düzenlenir (md.66). Bir kimse hem devlet memuru hem de Heyet-i Mebusan üyesi olamaz (md.67). Yani aynı anda yasama üyeliği ile idarenin bir parçası olmayı anayasa kabul etmemiştir. Seçilme hakkı Kanun-ı Esasi tarafından öngörülmekle birlikte bu hakka bazı kısıtlamalar getirilmiştir (md.68). Söz gelimi, otuz yaşını ikmal etmemiş veya daha önce iflas etmiş ve bu konuda itibarı kendisine iade edilmemiş kimseler Heyet-i Mebusan üyesi olamayacaktır. Genel seçimler dört yılda bir yapılır ve tekrar seçilmek mümkündür (md.69).

Kanun-ı Esasi, temsili demokrasinin temel ilkelerinden biri olan "milletin temsili ilkesini" açıkça kabul etmiştir. Kanun-ı Esasi'nin 71'inci maddesine göre "Heyet-i Mebusan azasının her biri kendini intihap eden dairesinin ayrıca vekili olmayıp umum Osmanlıların vekili hükmündedir." Aynı ilke bugün yürürlükte olan 1982 Anayasası'nda da yer almaktadır⁶⁷. Seçmenler yalnızca kendi seçim çevresinden aday olanlara oy verebilirler (md. 72). Kanun-ı Esasi'nin 7'nci maddesi uyarınca Heyet-i Mebusan'ın padişah tarafından gerekli görülmesi üzerine feshedilip dağıtılması durumunda nihai olarak altı ay sonunda toplanmak üzere genel seçimler

⁶⁷ "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler." (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 80)

yenilenir (md.73). Heyet-i Mebusan'ın başkan ve başkan vekilleri heyet tarafından sunulan her bir statü için üçer kişi olmak üzere toplam dokuz kişi arasından padişah tarafından seçilerek atanır.

Heyet-i Mebusan, kendisine sunulan kanun tasarılarını ve anayasa değişikliklerini görüşür, bunları kabul veya reddeder (md.80). Ancak bu tasarıların yürürlüğe girmesi için Heyet-i Mebusan tarafından anayasada gösterildiği şekilde oylanıp kabul edilmesi yeterli değildir. Kanun-ı Esasi'nin kurduğu sistemde, Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu), yeni kanun veya mevcut kanun hükümlerinin tadili teklifinde bulunabilir. Yine Meclis-i Umumi'nin iki kanadı da bu yetkilere sahiptir (md.53). Ancak Heyet-i Vükela ile Meclisi Umumi heyetlerinin söz konusu yetkileri arasında bazı farklar vardır. Bu heyetlerin bu yetkiyi kullanabilmesi, başka bir ifade ile yeni kanun veya mevcut kanun hükümlerinin tadili teklifinde bulunabilmesi ve bunların mecliste görüşülebilmesi, *padişahın bu konuda izin vermesi koşuluna bağlanmıştır*. Ancak Heyet-i Vükela'nın kanun teklifi usulünde böyle bir ön izin şartı yoktur. Öte yandan Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan yalnızca kendi görev alanlarına dair konularda kanun teklifinde bulunabilirler (md.53). Bu düzenleme, belirsizlikler içermektedir. Zira bu heyetlerin görev alanlarına dair konuların ne olduğu Kanun-ı Esasi'de düzenlenmemiştir.

Meclis-i Umumi üyelerinin sunduğu tekliflere padişah bir irade ile izin verirse bu kanun teklifleri öncelikle Şura-yı Devlet'e⁶⁸ gönderilir (md.53). Şura-yı Devlet'te müzakere edilerek son şekli verilen kanun teklifleri öncelikle Heyet-i Mebusan'a sunulur. Bu heyette söz konusu teklifin kabulü üzerine bu kez aynı teklif, Heyet-i Ayan'a sunulur. Heyet-i Ayan da teklife onay verirse bu kanun son aşamada padişahın onayına sunulur. Padişah bir irade ile kanun teklifini onaylarsa bu teklif kanunlaşarak yürürlüğe girer. Bununla birlikte padişah tarafından onaylanmayan kanun teklifleri yürürlüğe giremez. Burada padişaha mutlak veto yetkisi verildiği görülmektedir⁶⁹.

Parlamento üyeleri tarafından sunulan tekliflerin Meclis-i Umumi'nin iki kanadından herhangi birinde reddedilmesi durumunda, bu kanun teklifi o senenin toplantı dönemlerinde tekrar görüşülemez (md.54). Kanun teklifleri Heyet-i Mebusan'da ve akabinde Heyet-i Ayan'da madde madde okunarak müzakere edilip oylanır, oyçokluğuyla kabul edilmeleri durumunda bu kez kanunun tümü tekrar oylanır. Kanunun tümü de heyetlerde oyçokluğuyla kabul edilmediği sürece kanunun kabul edildiğinden söz edilemez (md.55).

Heyet-i Mebusan tarafından verilen kanun teklifleri, Heyet-i Ayan tarafından; dini hükümlere, padişahın hak ve yetkilerine, hürriyete, Kanun-ı Esasi hükümlerine, dâhili asayişe, vatanın savunmasına, vatanın bölünmez bütünlüğüne ve genel ahlâka göre incelenir. Kanun teklifinde bu sayılanları ihlâl eder bir husus varsa bu teklif kesin olarak reddedebilir

⁶⁸Osmanlı Devlet teşkilatında, günümüz Danıştay'ına kaynaklık eden, Tanzimat döneminin yukarıda yer verilen meclislerinin devamı olan ve bir yasama komisyonu gibi çalışan kurum.

⁶⁹ Gözler, 2000, s. 30

ya da tashih ve tadil olunması için Heyet-i Mebusan'a iade edilir. Ancak bahsi geçen hususlara aykırı bir durum yoksa kanun teklifi sadarete (başbakanlığa) sunulur (md.64). Sadarete sunulan ve son hali verilmiş kanunlar padişahın onayına sunulur. Eğer padişah söz konusu kanunu bir irade ile onaylarsa teklif kanunlaşarak yürürlüğe girecektir. Aksi halde yürürlük kazanamayacaktır. Kanunların yanı sıra usulüne göre kabul edilmiş anayasa değişiklikleri konusunda da padişahın son sözü söyleme hakkı vardır. Başka bir ifade ile usulüne göre Meclis-i Umumi'nin iki kanadı tarafından kabul edilen bir anayasa değişikliği de ancak padişahın onayı ile gerçekleşip yürürlüğe girebilir (md.116).

Görüldüğü gibi Kanun-ı Esasi, kendisinden önceki dönemde olduğunun aksine yasama faaliyetini, devlet başkanı olan padişahın tek başına yaptığı bir faaliyet olmaktan çıkarmış ve bu sürece Meclis-i Umumi'yi dâhil etmiştir. Bu anlamda, yasama faaliyeti sırasında kanunların kabulü veya reddi konusunda Meclis-i Umumi lokomotif rolü oynamaktadır. Devlet başkanı olan padişahın veya onun etkisi altında çalışma ihtimali çok yüksek olan Heyet-i Vükela'nın çıkarmak istediği kanuna Meclis-i Umumi'nin onay vermesi gerekmektedir. Zira bu teklifin Meclis-i Umumi'nin her iki kanadında da kabul edilmesi ile yasalaşma süreci ivme kazanmaktadır. Bununla birlikte Meclis-i Umumi heyetlerinin sunacağı kanun tekliflerinin, teklif aşamasından yürürlük aşamasına kadar padişahın denetiminde olduğu da bir gerçektir. Dolayısıyla Meclis-i Umumi'nin devlet başkanı olan padişahın izlediği siyasetin sınırları içerisinde yasama faaliyetinde bulunabileceği anlaşılmaktadır⁷⁰. Bu yönleriyle Meclis-i Umumi genel olarak ve tek başına bir yasama erki ve organı değildir ama yasama faaliyetine katılma hakkına sahiptir. Bu anlamda olmak üzere Tanör'ün belirttiği gibi, ilk Osmanlı Parlamentosu, istediğini yasalaştırabilen bir organ değilse bile, istemediğini yasalaştırmayan bir yapıya sahiptir⁷¹.

Seçimler ve Meclis-i Umumi'nin Çalışması – Kanun-ı Esasi'nin ilanından sonra henüz meclis açılmadan Sultan II. Abdülhamit, anayasanın (md.113) kendisine verdiği yetkiyi kullanarak, kendisine darbe yapacağından endişe ettiği Mithat Paşa'yı sürgüne göndermişti. Bu olgu yabancı devletlerde, anayasanın devlette köklü değişiklikler için yapıldığı değil de bir göz boyama niteliğinde olacak şekilde yapıldığı kanısını uyandırmıştı. Bu durumu sezinleyen II. Abdülhamit zaman kaybetmeden meclisin açılması için gereken hazırlıkların yapılması emrini vermişti⁷².

Sözü edildiği üzere Meclis-i Umumi'nin Heyet-i Mebusan kanadı seçimle belirlenecekti. Durum bu olmakla birlikte, yapılacak seçimlere ilişkin olarak Kanun-ı Esasi'de çok fazla düzenleme bulunmuyordu. Yapılacak genel seçimin gizli oy ilkesine göre yapılacağı belirtiliyor ve fakat seçimin yapılış usulünün özel kanunla düzenlenmesi öngörülüyordu (md.66). Bunun yanında Kanun-ı Esasi'nin 119'uncu maddesinde de, ilk genel seçimlerinde bir defaya mahsus olarak

⁷⁰ Okandan, 1947, s.461

⁷¹ Tanör, 2019, s.141

⁷² Ortaylı, 2012, s.133

uygulanacak bir Talimat-ı Muvakkate'den (geçici genelge) söz edilmekteydi. Bu geçici genelge Osmanlı Devleti'nde ilk Meclis-i Mebusan seçimlerinin yapılabilmesi için 28 Ekim 1876 (H. 9 Şevval 1293) tarihinde, yedi madde olarak ve seçimlerin yapılış usul ve esaslarını içerir şekilde Vükela Heyeti'nce (hükümet) hazırlanıp Sultan II. Abdülhamit'in de onayı ile yayınlanmıştır⁷³. Kanun-ı Esasi'nin ilan sonrası seçimlerin yapılıp meclisin çalışmalarına başlayabilmesi için Talimat-ı Muvakkate, Kanun-ı Esasi'nin ilan tarihinden (23 Aralık 1876) önce hazırlanıp yürürlüğe konulmuştur.

Talimat-ı Muvakkate hükümleri incelendiğinde⁷⁴ yapılacak seçimlerin iki dereceli ve basit çoğunluk usulüne göre olduğu anlaşılmaktadır (md.4,6). Buna göre taşradan gelecek Heyet-i Mebusan üyelerini, kaza, liva ve vilayet idare meclisi üyeleri (bunlar da daha önceden seçimle belirlenmeleri nedeniyle doğrudan ikinci seçmen kabul edilmek suretiyle) seçeceklerdi (md.2,4). Ancak İstanbul ve çevresi ise yirmi seçim bölgesine ayrılacak ve her bölgeden iki kişi ikinci seçmen olarak seçilecek, bu ikinci seçmenler ise Heyet-i Mebusan üyelerini seçeceklerdi (md.6). Talimat-ı Muavakkate, yer yer Kanun-ı Esasi'den farklı düzenlemeler içermektedir. Söz gelimi Talimat-ı Muvakkate mebus seçilme yaşını 25 olarak belirlemişken (md.3) Kanun-ı Esasi'de bu yaş 30'dur (md. 68). Yine Talimat-ı Muvakkate, Kanun-ı Esasi'nin 68. maddesinde sayılan seçilme engellerine ek olarak cinayet suçu veya siyasi cürümle mahkûm olmak şeklinde farklı iki engele de 3'üncü maddesinde yer vermiştir. Bu yönüyle üst norm olan anayasaya aykırılık içermektedir.

Osmanlı Devleti'ndeki ilk genel seçimin hukuki rejimini belirleyen düzenlemelerin arasında Talimat-ı Muvakkate'nin yanında İstanbul ve çevresi ile taşra (vilayetler) için belirlenen milletvekili sayılarının yer aldığı bir cetvel yayınlanmıştır. Keza 1 Ocak 1877 tarihinde İstanbul ve çevresi seçimlerinde uygulanmak üzere "Beyanname" adı verilen bir hükümet bildirisi ilan edilmiştir⁷⁵. Yapılacak seçimlerde genel oy ilkesi geçerli değildir. İstanbul ve çevresi için belirlenen seçim bölgelerinde o bölge ahalisinden olup 25 yaşından büyük ve *taşınmazı bulunan* erkekler oy kullanacaktır (md.6). Kadınların genel seçimlerde oy kullanması dünyanın hiçbir yerinde bu tarih itibariyle öngörülmemiştir.

Yapılan seçimler sonrasında Meclis-i Umumi, 19 Mart 1877 tarihinde II. Abdülhamit'in mecliste okunan nutkuyla⁷⁶ açılmış ve meclis

⁷³ Seydi Vakkas Toprak, "İlk Osmanlı Seçimler ve Parlamentosu", *Sosyoloji Dergisi*, 3. Dizi, 26. Sayı 2013/1, s.172-173, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/4340> (Son Erişim Tarihi: 08.09.2023)

⁷⁴ Bir önceki dipnotta geçen makalenin 189-192 sayfaları arasında bu Talimat-ı Muvakkate'ye yer verilmiştir.

⁷⁵ Tanör, 2019, s.152

⁷⁶ II. Abdülhamit söz konusu nutkunda Kanun-ı Esasi'yi kabul ediş nedenlerini şöyle açıklamaktadır: *Memleket kanunlarının umurun reyine dayanmasını lüzumlu gördüm ve Kanun-ı Esasi'yi ilan ettim. Kanun-ı Esasi'yi kurmaktan maksadımız ahaliyi yalnız idareye iştirak ettirmek değildir. Aynı zamanda memleketimizin*

ilk toplantısını da 20 Mart 1877 tarihinde yapmıştır⁷⁷. Bu tarihten itibaren Meclis-i Umumi 28 Haziran 1877 tarihine kadar çalışmış ve Padişah tarafından kendisine verilen üç aylık süreyi biraz aşarak bu tarihte kendiliğinden dağılmıştır⁷⁸. Birinci Meclis-i Umumi'de; meclis iç tüzüğü, Vilayetler Teşkilatı Kanunu, İstanbul Belediyesi Kanunu, Vilayetler Belediye Teşkilatı Kanunu, Basın Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Bütçe Kanunu görüşülen önemli yasal düzenlemelerdir⁷⁹.

Ertesi yıl için yeniden seçim yapıldı. İlk meclisin görüşmeleri sırasında hazırlanan İntihab-ı Mebusan Kanunu (Milletvekili Seçimi Kanunu) padişah tarafından onaylanmadığından⁸⁰ ve bu nedenle yürürlüğe girmemiş olduğundan hâlihazırda ikinci Meclis-i Umumi seçimlerinde uygulanabilecek ve Kanun-ı Esasi'de bahsi geçen (md.66) özel bir kanun bulunmamaktaydı. Bu nedenle yeni yıl seçimleri için de yukarıda yer verilen Talimat-ı Muvakkate ve Beyanname ile milletvekili sayılarını gösterir Cetvel seçimin hukuki zeminini oluşturmuştur⁸¹. Yasama dönemi Kanun-ı Esasi'de dört yıl olarak belirtilmişken (md.69) padişah iradesiyle yasama dönemi süresi kısaltılarak yeni seçimler yapılmıştır. Meclis-i Umumi için yapılan her iki seçimde de adaylar bir parti çatısı altında değil, bireysel olarak seçilmişlerdir. Zira söz konusu dönemde Osmanlı siyasi hayatında siyasi partiler henüz yoktur⁸².

Anayasal monarşi deneyimini Osmanlı'yla hemen hemen aynı dönemde yaşayan diğer çok uluslu Avusturya-Macaristan ve Rus İmparatorluğu parlamentolarından farklı olarak ilk Osmanlı parlamentosunda azınlık unsurların temsil oranı daha yüksektir. Ortaylı'nın isabetli bir şekilde işaret ettiği gibi bu çok unsurluluğu, Osmanlı bürokrasisinin kozmopolit yapısına dayanarak açıklamak mümkündür⁸³.

Anayasal Monarşinin ilk evresindeki ikinci Meclis-i Umumi 13 Aralık 1877'de tekrar toplanmış, iki ay kadar faaliyette bulunduktan sonra 14 Şubat 1878 tarihinde, Ayestefanos Anlaşması'nın imzalanmasından yirmi gün önce, padişah tarafından Kanun-ı Esasi'nin 7'nci ve 43'ncü maddelerine dayanılarak tatile sokulmuştur⁸⁴. Bu duruma, milletvekillerinin, 93 Harbi olarak adlandırılan Osmanlı-Rus savaşında başarısızlıkları nedeniyle hükümeti sıkı bir şekilde denetlemeye çalışması

idaresinin ıslahına, kötülüklerin ve istibdat idaresinin yok edilmesine de bu usulün tek amil olacağına inanıyorum. Kanun-ı Esasi esas ve asli faydalarından başka, kavimler arasında birlik ve kardeşlik esasını hazırlayacak ve halka refah ve edep dahi sağlayacaktır. Karal, 2011, s.233

⁷⁷ Gözler, 2000, s. 31

⁷⁸ Tanör, 2019, s.154

⁷⁹ Karal, 2011, s.235

⁸⁰ Toprak, 2013, s.181

⁸¹ Tanör, 2019, s.155

⁸² Toprak, 2013, s.176

⁸³ Ortaylı, 2012, s.421

⁸⁴ İlhan F. Akın, Siyasi Tarih 1870-1914, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.137

ve açıktan olmasa da mevcut başarısızlıklardan padişahı da sorumlu tutması gösterilebilir. Kanun-ı Esasi, hükümetin denetlenmesine ilişkin etkin araçlara yer vermese de Osmanlı parlamentosunun, taşra meclislerinde görev yapmış ve meclis kültürüne aşına olan milletvekillerinin bir parçasını teşkil ettiği Heyet-i Mebusan kanadı, acemiliğini attuktan sonra parlamentarizme yaklaşacak bir şekilde Heyet-i Vükela'yı denetleme ve eleştirme görevlerini yerine getirmiştir. Dış politika ve yürütmeye ilişkin konularda sert eleştirilerde bulunmuş, padişah tarafından yapılması düşünülen bir sadrazam atanmasına sert tepki göstermek suretiyle söz konusu atamayı durdurmuştur⁸⁵.

Padişah tarafından tatile sokulan Meclis-i Umumi'nin, Kanun-ı Esasi'nin 43'üncü maddesine göre kasım ayı başında tekrar toplantıya çağrılması gerekirken parlamento toplantıya çağrılmayarak, meşruti monarşi yönetimine otuz yıl sürecek bir ara verilecektir⁸⁶. Belirtmek gerekir ki Meclis-i Umumi'nin süresiz tatil edilmesi, meşruti monarşi yönetimini sekteye uğramışsa da hukuksal olarak bu yönetim bütünüyle ortadan kalkmamıştır. Birçok hükmü uygulanmasa da Kanun-ı Esasi, II. Meşrutiyetin ilanına kadar ilan edilen hatt-ı hümayun ve ayan listeleri ile birlikte devlet salnamelerinde yayınlanmıştır⁸⁷.

Meclis-i Umumi'nin süresiz olarak tatil edilmesinden sonra Osmanlı siyasi rejiminin tam olarak mutlak monarşiye geri döndüğünü söylemek mümkün değildir. Zira Kanun-ı Esasi sistemi, geri dönüşü olmayan bir yola sokmuştur. Aşağıda incelenmeye devam edileceği üzere Kanun-ı Esasi'nin kendisi zaten mutlakiyet alışkanlıklarına izin veren bir mühendislikle inşa edilmiş olması nedeniyle parlamentonun süresiz tatile sokulması sonrasındaki bazı uygulamalar aslında Kanun-ı Esasi'nin ihlâline neden olmuyordu. Bu yönüyle bu dönemde Osmanlı Devleti, anayasal/meşruti bir monarşi değil, anayasası olan bir monarşi görünümünde siyasi yaşantısına devam etmiştir⁸⁸ demek hatalı bir sav olmayacaktır.

b. Yürütme

Kanun-ı Esasi sisteminde yürütme organı ikili yapıdadır⁸⁹. Buna göre yürütme organı padişah (devlet başkanı) ve Heyet-i Vükela'dan (hükümet, kabine) oluşur. Ancak yürütmenin başı sadrazam (başbakan) değil, padişaktır. Padişah, kanun hükümlerini ve şer'i hükümleri yürütmekle görevli ve yetkilidir (md.7).

Padişah- Devlet başkanı olan padişah, saltanat usulüne göre Osmanlı Hanedanı mensuplarından en büyük erkek evladın (ekber-erşat sisteminin devamı) padişah olması usulüne göre belirlenir (md.3).

⁸⁵ Okandan, 1947, s.461-462; Ortaylı, 2012, s.426

⁸⁶ Gözler, 2000, s. 31

⁸⁷ Ortaylı, 2012, s.426

⁸⁸ Ortaylı, 2012, s.534-536

⁸⁹ Gözler, 2000, s. 31

Padişah, aynı zamanda İslam'ın en büyük halifesi unvanına da sahiptir (md.3-4). Padişahın sorumsuzluğu ilkesi kabul edilmiştir (md.5). Padişahın sorumsuzluğu; hukuki, cezai, idari, siyasi anlamda tamdır⁹⁰. Gözler'e göre bunda yadırganacak bir şey yoktur. Tüm Monarşilerde hükümdarın mutlak sorumsuzluğu ilkesi kabul edilmiştir⁹¹. Tanör de meşrutî yönetimlerde devlet başkanının sorumsuz olduğunu vurgulamakta, ancak Kanun-ı Esasi'nin kurduğu sistemde sembolik yetkileri olan bir padişah olmadığı, aktif, yürütme ile yasama organları ve bunların faaliyetleri üzerinde yetkileri olan bir padişahın sorumsuz kılınmasını eleştirmektedir⁹².

Gerçekten de Kanun-ı Esasi sisteminde anayasal monarşilerde beklendiği üzere padişaha sembolik bir makam verilmemiş, icracı ve yetkileri fazla olan bir padişahlık kurumu oluşturulmuştur. Yasama organının bir kanadı olan Heyet-i Ayan'ın kuruluşunda ve yasama faaliyetlerinde son sözü söyleyecek olanın padişah olduğu konusuna yukarıda yasama başlığı altında değinildi. Bunlara ek olarak padişahın Meclis-i Umumi'nin vaktinden önce açılması ve toplantı süresinin kısaltılıp uzatılması konusunda da yetkileri vardır (md.44).

Padişahın yetkileri esas olarak Kanun-ı Esasi'nin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; bakanların seçilmesi ve azli, para bastırmak, yabancı devletlerle uluslararası sözleşme yapmak, savaş ve barış ilanı, kara ve deniz kuvvetlerine komutanlık etmek, kanun hükümlerini ve şer'î hükümleri yürütmek, idarenin işleyişine dair genel düzenleyici işlemler hazırlamak, cezaların hafifletilmesi ve affı, Meclis-i Umumi'nin toplantıya çağırılması ve tatili, gerekli görmesi durumunda en geç altı ay içinde yeniden seçim yapılmak üzere (md.73) Meclis-i Umumi'nin feshi padişahın yetki ve görevlerindedir. Bakanlarla birlikte hükümetin başı olan sadrazam ve kabinede yer alan Meşihat-ı İslamî (Şeyhülislamı) belirleyip atama yetkisi de padişaha verilmiştir (md.27). Diğer yandan Divan-ı Muhasebat (Sayıştay) üyelerinin atanması yetkisi de padişahındır. Kural olarak Divan-ı Muhasebat üyeleri ömür boyu görev yapmak üzere atanırlar. Ancak padişah bunlardan birini görevden almak isterse Heyet-i Mebusan'ın buna onay vermesi gerekir (md.106).

Görüldüğü gibi kanunların yürütülmesi görevi Heyet-i Vükelaya değil padişaha verilerek yürütme organının asli unsuru esas olarak padişah kılınmıştır. Kanun-ı Esasi ile tanınan Heyet-i Mebusan'ın fesih yetkisi 7. ve 35. maddede olmak üzere iki yerde padişaha verilmiştir. 7. maddede düzenlenen fesih yetkisine yukarıda değinildi. Buna göre padişah, gerekli görmesi durumunda Heyet-i Mebusan'ı feshedebilecektir. Bu düzenleme ile padişaha Heyet-i Mebusan'ı feshetme konusunda sınırsız bir takdir yetkisi verilmektedir. Zira maddede kullanılan "ledele iktiza" yani gerekli görülmesi ifadesi muğlak bir ifadedir ve bir şartla kayıtlanmamıştır. Bununla birlikte 35. maddede padişaha, rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin araçlarını andıran bir

⁹⁰ Gözler, 2000, s. 32

⁹¹ Gözler, 2000, s. 32

⁹² Tanör, 2019, s.143

fesih yetkisi verilmiştir⁹³. Buna göre, Heyet-i Vükela ve Heyet-i Mebusan arasında bir konuda ihtilaf çıkarsa ve Heyet-i Vükela görüşünde ısrar eder ve Heyet-i Mebusan da bu hususu gerekçesi belirtilmek suretiyle tekrar kesin olarak reddederse, keza bu iki heyet uzlaşma yolu bulamazlarsa hükümetin değiştirilmesi veya Heyet-i Mebusan'ın feshi yetkisi padişaha aittir. Bu düzenleme, hükümet ile Heyet-i Mebusan arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmeye⁹⁴ ve meclis çalışmalarının tıkanmasını önlemeye yönelik olarak öngörölmüş gibidir.

Padişahın yürütme faaliyetinin asli unsuru olduğunu söylemiş bulunuyoruz. Bu anlamda, hükümet kararlarının bazıları padişahın onayı ile yürürlüğe girer ve icra olunur (md. 28-29). Heyet-i Vükela üyelerinin Divan-ı Âli'ye sevki konusunda son söz padişahıdır (md.31). Meclis-i Umumi'nin toplantı dönemi dışında, devletin tehlike içine düştüğü bir durumun ya da genel güvenliği ihlal eden bir hâlin ortaya çıkması durumunda, bu konuya ilişkin olarak çıkarılması gereken bir kanunun müzakeresi ve kabulü için Meclis-i Umumi'nin acilen toplanması imkânı da olmazsa Heyet-i Vükela tarafından, meclisin içtima döneminde vereceği karara kadar geçerli olmak üzere padişahın onayı ile geçici nitelikte kanun hükmünde kararname çıkarılabilir (md.36).

Padişaha ayrıca tartışmalı bir yetki verilmişti. 113. maddeye göre hükümetin güvenliğini ihlal ettiği kolluk tahkikatı sonucunda ortaya konulan kişilerin ülke dışına çıkarılması (sürgün) padişahın yetkisindedir. Hükümet darbelerinin önüne geçmek için alınmış sert bir tedbir olarak görebilmek mümkündür bu düzenlemeyi. Ancak yalnızca kolluğun yapmış olduğu bir araştırma sonucuna dayalı olarak bu yetkinin kullanılabilmesi bu yetkinin kötüye kullanılabilmesi konusunda endişe vericidir. Bu bakımdan düzenleme kişi güvenliğini ağır şekilde ihlâl eder niteliktedir. Bu maddenin Kanun-ı Esasi'de öngörölmesi hususu, Kanun-ı Esasi'nin hazırlanış sırasında yoğun tartışmalara neden olmuş ve bu madde sürece açısından bir tıkanma noktası olmuştur. Ancak Sadrazam olan Mithat Paşa'nın Kanun-ı Esasi'yi Tersane (İstanbul) Konferansı'na yetiştirme arzusu onun bu madde konusunda geri adım atmasına ve bu maddenin anayasada yer almasına neden olmuştur⁹⁵.

Heyet-i Vükela- Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu), Kanun-ı Esasi sisteminde yürütme organının diğer kanadıdır. Bu heyet; sadrazamın başkanlığında, şeyhülislam ve bakanlardan oluşmaktadır. Belirtildiği üzere Heyet-i Vükela'nın tamamının atanması Padişahın yetkisindedir (md.7,27). Heyet-i Vükela, sadrazamın başkanlığında toplanarak iç ve dış meselelere dair önemli hususların görüşüldüğü merciidir (md.28). Görüşülmesi padişahın iznine tabi meselelere dair alınan kararların yürütülmesi padişahın onayına bağlıdır (md.28). Her bir bakan, kendi görev alanına dair doğrudan icrasına yetkili olduğu hususları doğrudan yürütebilir, ancak böyle olmayan hususlar sadrazama arz edilir. Hangi

⁹³ Gözler, 2000, s. 33

⁹⁴ Gözler,2000, s. 33

⁹⁵ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Mithat Paşa maddesi <https://islamansiklopedisi.org.tr> (Son Erişim Tarihi:08.09.2023)

işlerin bakanlar tarafından doğrudan yürütüleceği hususu özel bir düzenlemeyle belirlenecektir (md.29). Bakanlar kendi görev alanlarına dair icraat ve durumlardan sorumludurlar (md.30). Ancak bunların ve genel anlamda Heyet-i Vükela'nın sorumluluğu Meclis-i Umumi'ye karşı değil, padişah tarafından atandıkları için, yine padişaha karşıdır. Heyet-i Vükela'nın meclis tarafından denetlenme yollarına ilişkin olarak bakanlardan soru sorma ve bakanların yargılanmak üzere Divan-ı Âli'ye sevki hususları düzenlenmiştir (md.38,31). Yine Heyet-i Vükela'nın 113. maddeye göre sıkıyönetim ilan etme yetkisi vardır. Buna göre, ülkenin bir yerinde ihtilal olacağına dair emareler ortaya çıktığında geçici olarak bu bölgeye özgü olarak hükümetin sıkıyönetim (idare-i örfiyye) ilan etme yetkisi vardır. Sıkıyönetime ilişkin idare usul ve esasları özel bir düzenleme ile ortaya konulacaktır (md.113).

c. Yargı

Devletin organlarından üçüncüsü olarak anılan yargı organı, Kanun-ı Esasi'nin "Mahkim" (mahkemeler) başlıklı bölümünde 81 ila 91. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu bölümde yargı organına ilişkin temel düzenlemeler yer almakla birlikte yargılamalara ilişkin bazı anayasal güvencelere de yer verilmiştir. Bu anayasal güvencelere bir sonraki başlık altında değinilecektir.

Yargı gücü, Kanun-ı Esasi'ye göre şer'îye ve nizamiye mahkemeleri tarafından kullanılır⁹⁶. Kanun-ı Esasi'nin 81. maddesine göre hâkimlerin taşıyacağı vasıflar, seçilip atanmaları (md.88), statüleri, yükselmeleri, hangi suçları işlemesi durumunda meslekten ihraç edileceği özel kanununda düzenlenecektir. Aynı düzenlemeye göre hâkimler kendileri istifa etmediği sürece ve özel kanununda gösterilen suçları işleyip mahkûm olmadıkça azlolunamazlar. Mahkemeler her türlü müdahaleden azadedir (md.86). Hâkimlerin özlük işlerinin kanun ile düzenleneceği ve azlolunamayacağı düzenlenerek hâkimlere hâkimlik teminatı sağlanmış oluyordu. Bu düzenlemeye ek olarak açıkça mahkemelerin müdahalelere karşı korunması hâkimlerin bağımsızlığının temin edilmesine yöneliktir. Hâkimlerin, bu görevlerini yaparken başka türlü kamu görevlerini de yapamayacakları düzenleme altına alınarak (md.90) hâkimlerin tarafsızlığına katkı sağlanmak istenmiştir. Nitekim hâkim olmanın şartlarını, terfi esaslarını, istinaf mahkemelerinin teşkilini 1879 tarihli Teşkilat-ı Mehâkim Kanunu düzenlemiştir⁹⁷.

Mahkemeler şer'îye ve nizamiye mahkemeleri olarak ikiye ayrılmış, bu mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkilerinin kanun ile düzenleneceği belirtilmiştir (md.88). Diğer yandan kanun yolu

⁹⁶ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 213. Osmanlı Devleti'nde ilk dönemlerden itibaren yargı yetkisi hükümdarın uhdesinde bulunmakla birlikte bu yetki, diğer birçok idari, mülki ve beledi yetki ve görevleri yanında, kadılar tarafından kullanılmaktaydı. 15. yüzyıldan itibaren kadınların göreve başlaması, terfii, çeşitli yerlerde görev yapma usulü, hiyerarşisi normatif düzenlemelerle belirlenmiştir. Ortaylı, 2012, s.261-275.

⁹⁷ Fendoğlu, 2015, s.220

mahkemeleri olarak Mahkeme-i Temyiz ve Mahkeme-i İstinaf'ın bahsi geçmiş (md.92,93,95) ancak kurumsal olarak bu mahkemelere Kanun-ı Esasi'de yer verilmemiştir. Kanun-ı Esasi sisteminde yargı birliği kabul edilmiş, ayrı bir idari yargı kolu benimsenmemiştir (md. 85). Savcılık (müdde-i umumi) anayasal bir statü kazanmış ve bunların da görev ve derecelerinin kanunla düzenleneceği hükmü yer almıştır (md.91). Öte yandan bakanları, Mahkeme-i Temyiz başkanı ve üyelerini, padişah aleyhinde hareket edenleri ve devletin güvenliğini tehlikeye atanları yargılamak üzere otuz üyeli bir yüksek mahkeme olarak Divan-ı Âli kurulmuştur (md.92-95).

d. Osmanlı Vatandaşlarının Temel Hak ve Özgürlükleri, Yargılamaya İlişkin Anayasal Güvenceler

Kanun-ı Esasi'nin ikinci bölümünde (md.8 ila 26) Osmanlı vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerine yer verilmiştir. Bu kısma bakıldığında anayasacılık hareketlerinin temel amacı olan devlet iktidarının bu haklarla kısıtlanmasına şahit olunacaktır⁹⁸. Kanun-ı Esasi'nin 9. maddesi Osmanlıların tamamının kişi özgürlüğüne sahip olduğunu belirtmiş, 10. maddesinde kişi hürriyetinin her türlü saldırıdan masun olduğu ve keza 26. maddesinde işkence ve her türlü eziyetin kesinlikle yasak olduğu düzenlenerek kişi güvenliği hakkı da tanınmıştır. Diğer yandan 10. maddeye göre hiç kimse kanunun gösterdiği neden ve suretin dışında başka bir gerekçe ile cezalandırılmaz. Bu hükümle "suçların ve cezaların kanuniliği" ilkesinin kabul edildiği görülmektedir. 11. maddesinde, genel asayiş ve ahlâkı ihlâl etmemek şartıyla ülkede bulunan tüm dinlerin serbest-i icrası yani ibadetlerinin serbestçe yapılabilmesi devletin koruması altına alınarak ibadet hürriyeti tanınmıştır. Bu düzenlemenin aynı zamanda Osmanlı Devleti'nde öteden beri var olan din ve vicdan özgürlüğünü de koruma altına aldığı görülmektedir. Zira ülkede bulunan her dine ait olan ibadetin icrasına izin verilmesi evleviyetle bu dinlerin benimsenmesine müsaade etmek anlamına gelmektedir.

Kanun-ı Esasi'nin 21. maddesinde mülkiyet hakkı koruma altına alınmıştır. Kamu yararı gerektirmedikçe ve bedeli ilgili kanununa göre peşin olarak ödenmedikçe kamulaştırma yapılamayacağı, aynı düzenlemede hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte yine müsadere ve angarya yasaktır (md.24). 22. maddesinde herkesin konut dokunulmazlığı koruma altına alınmıştır. Kanunda gösterilen durumlar dışında hükümet tarafından zorla kimsenin konutuna girilemez.

Basın (matbuat) hürriyeti (düşünceleri basın yayın yoluyla yayma hürriyeti) kanun çerçevesinde serbest bırakılmıştır (md.12). Bu madde basına bir özgürlük alanı tanımaktan çok yönetime basını kontrol etme

⁹⁸ Mustafa Erdoğan, Anayasa Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara, Aralık 2011, 7. Baskı, s.144

noktasında geniş bir hareket alanı sağlamaktadır⁹⁹. Sansür ise yasaklanmamıştır. Ancak sansür uygulaması ilk olarak Kanun-ı Esasi'nin ilanından önceki dönemde basına ilişkin kararnamelerde öngörölmüştür¹⁰⁰.

Osmanlı vatandaşları haklar ve yükümlölükler konusunda kanun önünde eşit kılınarak kanun önünde eşitlik prensibi kabul edilmiştir (md.17). Kanun-ı Esasi yargılamalara ilişkin de bazı güvenceler ortaya koymuştur. Bu düzenlemelerin birçoğu yargı organının düzenlendiği 81 ila 91. maddeler arasında yer almıştır. Ancak bazı yargısal güvencelerin de temel hak ve özgürlükler kısmında düzenlendiği görölmektedir. Bu kabilden olmak üzere; kimsenin yasayla bağı olduğu mahkeme dışında bir mahkemeye gitmeye zorlanamayacağı (md.23), bir davaya ancak kanunen ait olduğu mahkemede bakılabileceği (md.85,88), her ne nam altında olursa olsun belirli konuları bağı olduğu mahkeme dışında karara bağlayacak bir mahkeme, komisyon vesairenin kurulamayacağı şeklindeki hükümler “tabii/kanuni hâkim” ilkesinin benimsendiğini gösterir¹⁰¹. Yargılamaların aleniyeti kabul edilmiş (md.82), herkesin mahkemeler nezdinde haklarını savunabilmek için gerekli gördüğü meşru vasıtaları kullanabileceğine yer verilerek hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır (md.83)¹⁰². Yine anıldığı gibi işkence ve her türlü eziyetin yasaklanması şüpheli veya sanıklar için bir güvencedir¹⁰³.

Osmanlı vatandaşlarının kanun ve alt düzenleyici işlemlere göre her türlü şirket kurma özgürlükleri vardır (md.13). Genel ve özel öğretim belirli kanununa tabi olunduğu sürece serbesttir (md.15). Diğer yandan Osmanlı ülkesindeki tüm okullar devletin gözetimi altında olmakla birlikte farklı milletlerden bulunan vatandaşların kendi inanç konularına ilişkin yapılacak eğitim-öğretim usullerine karışılmayacaktır (md.16).

Osmanlı vatandaşlarının siyasi haklarına bakıldığında; öncelikle dilekçe hakkı 14. maddede karışımıza çıkmaktadır. Bu hükme göre Osmanlı vatandaşlarının gerek bireysel gerekse de toplu olarak, kendilerine veya genel konulara ilişkin olarak ilgili mercilere ya da Meclis-i Umumi'ye dilekçe verme, keza memurların eylemlerinden ötürü şikâyetle bulunma hakları bulunmaktadır. Tüm Osmanlı vatandaşları ehliyet ve kabiliyetlerine göre kamu görevine girme hakkına sahiptir. Ancak kamu görevinde istihdam olunabilmek için devletin resmi dili olan Türkçe'yi bilmek zorunludur (md.18,19). Mali yükümlölüklerin ancak kanuna dayalı olarak koyulabileceği (md.25,96)¹⁰⁴, keza herkesten gücüne

⁹⁹ Gökhan Demirkol, “Tanzimat Mizahinin Sonu: 1877 Matbuat Kanunu Tartışmaları ve Osmanlı'da Mizah Dergilerinin Kapanması”, Hitit Üniversitesi Sosyalbilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl 9, Sayı 2, Aralık 2016, s.692

¹⁰⁰ Demirkol, 2016, s.691-692

¹⁰¹ Benzer şekilde Tanör, 2019, s.147

¹⁰² Gözler, 2000, s. 28

¹⁰³ Tanör, 2019, s.147

¹⁰⁴ Bu husus 25. maddede açıkça belirtilmiş, 96. maddede de “Tekâlif-i devletin hiçbirini bir kanun ile tayin olunmadıkça vaz ve tevzi ve istihsal olunamaz” hükmüne yer verilerek teyit edilmiştir. Aynı yönde Müge Vatansever Öztürk,

göre vergi alınacağı belirtilmiştir (md.20). Görüleceği üzere vergi adaleti sağlanmaya çalışılmış, yanı sıra vergilerin kanuniliği prensibi kabul edilmiştir. Kanun-ı Esasi'de açıkça seçme ve seçilme hakkı müstakil bir maddede yer almamasına rağmen Heyet-i Mebusan seçimlerinin öngörülmesi vatandaşlara dolaylı olarak seçme ve seçilme hakkı verildiğini de göstermektedir¹⁰⁵. Vatandaşlık hakkı ise 8. maddede düzenlenmiştir. Özel kanununa göre vatandaşlık hakkı kazanan herkesin dinine ve mezhebine bakılmaksızın Osmanlı Devleti vatandaşı sayılacağı belirtilmiştir.

e. Kanun-ı Esasi'nin Üstünlüğü, Bağlayıcılığı ve Değiştirilmesi

Yukarıda görüldüğü üzere Osmanlı meşrutî monarşisi Kanun-ı Esasi hükümleri ile kurulmuştur. Sistemin gerçek anlamda bir meşrutî monarşi kurmayı başarabilip başaramadığı tartışması bir kenara, kurulan bu sistemin devamı ve vatandaşlara tanınan hak ve özgürlüklerin korunması Kanun-ı Esasi hükümlerinin bağlayıcılığı ve üstünlüğünün sağlanması ile gerçekleştirilecektir.

Bakıldığında bu hususa ilişkin olarak göze çarpan ilk düzenleme Kanun-ı Esasi'nin 115. maddesidir. Bu düzenlemeye göre “Kanun-ı Esasi'nin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradan iskat edilemez.”¹⁰⁶. Bu hükmün Kanun-ı Esasi'nin bağlayıcılığını düzenlediği savlanabilir¹⁰⁷. Bu düzenlemenin, sistemin aktörleri olan padişah, Heyet-i Vükela, Meclis-i Umumi ve mahkemeler ve yine tüm idari teşkilatı bağladığı sonucu çıkarılabilir. Ancak bu hükmün kanımızca anayasanın üstünlüğü ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Bu hükmün anayasanın üstünlüğü ile bir ilgisinin bulunmaması Kanun-ı Esasi'de anayasanın üstünlüğünün sağlanmadığı anlamına gelmemektedir.

Kanun-ı Esasi'nin farklı hükümlerinden, anayasanın üstünlüğü hususunun, aslında söz konusu anayasada bulunduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Söz gelimi Kanun-ı Esasi'nin 64. maddesinde Heyet-i Ayan'ın, Heyet-i Mebusan'dan gelen kanun ve düzenleme tekliflerini Kanun-ı Esasi hükümlerine göre değerlendireceği, bunlara aykırı olanları mütalaası ile birlikte ya kesin olarak reddedeceği, ya da tadil ve tashih edilmek üzere Heyet-i Mebusan'a iade edeceği düzenlenmiştir. Heyet-i Ayan'ın bu yetkisinin 1852 tarihli Fransız Anayasası'nda öngörülen Senato'ya verilen yetkiden mühlhem olduğu belirtilmiştir¹⁰⁸. Görüldüğü üzere kanun tekliflerinin Kanun-ı Esasi hükümlerine uygunluğunun

“Vergilerin Kanuniliği İlkesinin Tarihsel Gelişimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s.4834

¹⁰⁵ Tanör, 2019 s.146; Gözler, 2000, s. 28

¹⁰⁶ Kanun-ı Esasi hükümlerinin hiçbir sebep ve bahane ile icrası durdurulamaz ve gereğinin yapılmasından kaçınılamaz.

¹⁰⁷ Tanör, 2019, s.147-148; Gözler, 2000, s. 35

¹⁰⁸ Seda Örsten Esirgen, “Osmanlı Parlamentosunda Anayasaya Aykırılık Tartışmaları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2., 2020, s. 426

denetlenmesinin öngörülmesi zorunlu olarak bu tekliflerin Kanun-1 Esasi'ye uygun olması düşüncesinin benimsendiğini gösterir. Yine Heyet-i Vükela'nın kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini düzenleyen 36. maddesinde çıkarılacak bu geçici kanun hükmünde kararnamenin Kanun-1 Esasi hükümlerine aykırı olmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu düzenlemeler değerlendirildiğinde, Kanun-1 Esasi'nin kanun ve kanun hükmünde kararnamelere göre daha üst yerde konumlandırıldığı ve bu anlamda bu sayılanlara üstünlüğünün olduğu anlaşılmaktadır.

Kanun-1 Esasi'nin değiştirilmesine ilişkin düzenleme ise 116. maddede yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre Heyet-i Vükela, Heyet-i Ayan veya Heyet-i Mebusan'dan bir anayasa değişikliği teklifi gelirse, bu teklifin Meclis-i Umumi heyetlerinin her ikisinde de üye tamsayısının üçte ikisi tarafından kabul edilmesi ve işbu teklifin padişah tarafından da onaylanması durumunda değişiklik gerçekleştirilip yürürlüğe girebilecektir. Buna göre, Kanun-1 Esasi sisteminde tali kurucu iktidar padişah ile Meclis-i Umumi arasında paylaşılmıştır. Padişah, tek başına tali kurucu iktidarı kullanamaz. Meclis-i Umumi ise bu iktidara sahiptir; ancak yaptığı değişikliklerin yürürlüğü için padişahın onayı gerekmektedir¹⁰⁹. Burada da padişahın mutlak veto yetkisi göze çarpmaktadır. Öte yandan, anayasa değişikliği için normal kanunların kabulüne göre daha yüksek bir nisap (üye tamsayısının üçte ikisi) öngörülmesi Kanun-1 Esasi'nin katı bir anayasa olduğunu, yine kanunlara ve kanun hükmünde kararnamelere üstünlüğünü gösterir.

f. Kanun-1 Esasi Hakkında Bir Değerlendirme

Doktrinde Kanun-1 Esasi'nin bir anayasa olup olmadığı tartışılmıştır. Kanımızca bu konuda Gözler'in yaklaşımı¹¹⁰ yerindedir. Kanun-1 Esasi maddi anlamda bir anayasadır. Zira yukarıda görüldüğü üzere, devletin temel organları olan yasama, yürütme, yargının kuruluşu, işleyişi ve bunların ilişkileri ile Osmanlı vatandaşlarının temel hak ve özgürlükleri, Kanun-1 Esasi ile düzenleme altına alınmıştır. Bağlayıcı ve üstünlüğü olan ve öte taraftan diğer kanunlara göre değiştirilmesi daha zor yapıda olması nedeniyle şekli anlamda da Kanun-1 Esasi, bir anayasadır.

Meşruti monarşi, hükümdarın saltanat haklarının kanuni bir sınırlamaya tabi tutulduğu monarşidir. Başka bir ifade ile bu tür monarşide hükümdarın yanında devlet iktidarını onunla birlikte paylaşan ve en azından bir kısmı halk tarafından seçilen bir parlamento vardır¹¹¹. Öyleyse Kanun-1 Esasi ile meşruti monarşi idaresi gerçekleşmiş midir? Padişahın yetkilerinin kısıtlanarak halkın temsilcilerinden oluşan parlamento, devlet yönetiminde hatırı sayılır şekilde söz sahibi olmuş mudur? Bu sorulara olumlu cevap vermek olanaklı değildir.

¹⁰⁹ Gözler, 2000, s. 36

¹¹⁰ Gözler, 2000, s. 25-26

¹¹¹ Kemal Gözler, Devletin Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2014, s.110

Kanun-ı Esasi, sistemin merkezi ve egemeni padişah olarak tasarlanan bir anayasal mühendislikle vücuda getirilmiştir. Padişahın Meclis-i Umumi'de kabul edilen kanun ve anayasa değişikliği tekliflerinin geçerliliği ve yürürlüğü açısından kilit konumda oluşu, yasama yetkisi anlamında, paragrafın ilk cümlesindeki tezi destekler bir veridir. Sistem parlamentolu bir görünümde ve fakat gerçek anlamda parlamenter değildir¹¹². Yasama ve yürütme arasındaki kuvvetler ayrılığı tam olarak kurulamamıştır. Meşrutî monarşilerde olması beklendiği gibi hükümdar olan padişah sembolik bir konumda değil, icracı ve çok aktif bir statüdedir. Sadrazam ve tüm kabinenin atanması yetkisi padişahta olduğu için kabine padişaha karşı sorumludur. Kabinenin bazı kararlarının yürürlüğe girmesi ve kanun hükmünde kararname çıkarma konusunda son sözün padişahta olması yürütme faaliyeti açısından da padişahın etkinliğini ortaya koymaktadır. Tüm bu analizler sonucu ortaya çıkan veriler bizi Kanun-ı Esasi sisteminin tam anlamıyla meşrutî monarşi kuramadığı sonucuna götürmektedir¹¹³.

Kanun-ı Esasi'nin tam anlamıyla meşrutî monarşi kuramadığından söz ederken "tam anlamıyla" ifadesi bilinçli olarak seçilmiştir. Zira sistemin hiçbir anlamda meşrutî monarşi yanlarının olmadığını da söylemek mümkün değildir. Bir kere devlet iktidarı anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerle sınırlanıyordu. Yine padişahın bir anayasayla, yani üstün bir hukukla bağlı olması öngörülüyordu¹¹⁴. Bunların yanı sıra artık Meclis-i Umumi'nin katılımı olmadan kanun yapma faaliyeti padişah tarafından tek başına gerçekleştirilemiyordu.

Genel anlamda meşrutiyet hareketleri ve özel olarak da Kanun-ı Esasi, kişilerin artık hükümdarın tebaası değil, devletin hak ve yükümlülüklerine sahip bir vatandaşı olduğu bilincini geliştirdi¹¹⁵. Öngörmüş olduğu temel hak ve özgürlükler de kanımızca Kanun-ı Esasi'yi değerli kılmaktadır. Bu hakların bazılarında İslam Hukuku'ndan kaynaklı olarak Osmanlı vatandaşları tarafından Kanun-ı Esasi öncesi dönemde yararlanılmaktaydı; ancak bu hakların nicelik bakımından artırılarak bir anayasa normu haline getirilmeleri temel hak ve özgürlükler açısından önemli bir gelişmedir. İnsan haklarının kuşaklar halinde geliştiği dikkate alındığında¹¹⁶ Kanun-ı Esasi, dönemi itibariyle ilk kuşak hakların neredeyse tamamını içermektedir. Yine dikkat çekilmesi gereken diğer bir konu, Kanun-ı Esasi'nin içerdiği yargısal güvencelerin, hak arama özgürlüğü ve mahkemelerin bağımsızlığının sağlanmasına ilişkin hükümlerinin döneminin Batı Avrupa anayasalarıyla boy ölçüşebilir nitelikte¹¹⁷ ve 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'ndan çok ileri bir

¹¹² Tanör, 2019, s.144

¹¹³ Gözler, 2000, s. 36

¹¹⁴ Erdoğan, 2011, s.144

¹¹⁵ Benzer şekilde L. Gelvin, 2016, s.183

¹¹⁶ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015, 4. Baskı, s.56-57

¹¹⁷ Gözler, 2000, s. 36

düzeyde olduğudur¹¹⁸. Kanun-ı Esasi'nin kabulünden sonra yapılan seçimler sonucunda Heyeti Mebusan'ın oluşmasıyla halk da vekilleri aracılığıyla siyasal sistemin bir parçası olmuş¹¹⁹, temsil fikri toplumda ve siyasal sistemde yeşermeye başlamıştır.

Kanun-ı Esasi aslında, Sened-i İttifak'tan kendisine kadar geçen süreçte Osmanlı Devleti'nde anayasal düşüncenin ulaştığı seviyenin sınıandığı, anayasaya giden süreçteki iç ve dış dinamiklerin Osmanlı padişahının yetkilerini aşındırabilme gücünün test edildiği bir turnusol kâğıdı idi. Bu konuda, günümüz anayasal düşüncesinin ulaştığı seviyeye ya da yüzyıllara dayanan anayasal tartışma geçmişiine sahip çağdaşı Batı Avrupa'daki örneklerinin seviyelerine göre Kanun-ı Esasi'nin çok başarılı olduğu söylenemez. Ancak yaklaşık yetmiş yıllık bir anayasal tartışmanın ve tabandan gelen güçlü bir zorlamanın değil de bir avuç aydın ve bürokratın ön ayak olması ile padişahın iradesinin bir ürünü olan Kanun-ı Esasi'nin, bahsi geçen seviyeler ile değerlendirilerek, bir yere oturtulması hakkaniyetli bir yaklaşım değildir. Bu perspektiften bakıldığında, yetmiş yıllık anayasal tartışma geçmişi olmasına rağmen Kanun-ı Esasi'nin ve buna dayalı parlamento tecrübesinin, hiç de fena olmayan, yabana atılmayacak bir anayasacılık deneyimini ülkemize yaşattığı bir gerçektir. Keza ülkemizdeki anayasal düşüncenin Kanun-ı Esasi ile vardığı somut seviyenin izleyen yıllarda varılan noktalar bakımından bir kilometre taşı olduğunu da tespit etmek, Kanun-ı Esasi'ye olan vefa borcunun gereğidir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, yalnızca bazı aydın ve bürokratların ön ayak olmasıyla değil de geniş toplumsal tabana yayılan bir anayasa isteğine dayalı olarak ortaya çıksaydı, Kanun-ı Esasi'nin, padişahın yetkilerinden çok daha fazlasının demokratik kurumlara transferine neden olması işten bile değildi. Nitekim meşrutî monarşinin ikinci evresinde tam olarak olan budur.

C. Parlamentosuz Döneme Dönüş

Meclis-i Umumi'nin 14 Şubat 1878'de padişah tarafından Kanun-ı Esasi'nin 7. ve 43. maddesine göre tatile sokulup kasım ayı başında padişah tarafından toplantıya çağrılması gerekirken toplantıya çağrılmaması üzerine Osmanlı Devleti'nde yönetim tekrar meclisin olmadığı döneme dönmüştür. Kanun-ı Esasi yürürlükte kalmakla birlikte özellikle yasamaya ilişkin düzenlemeleri pratikte hükümsüz kalmıştır.

¹¹⁸ Gözler, 2000, s. 36; Tanör, 2019, s.147; Benzer şekilde Fendoğlu, 2015, s. 221

¹¹⁹ Uzun, 2005, s.156

III. MEŞRUTİ MONARŞİNİN İKİNCİ EVRESİ

A. Sosyal, Ekonomik ve Siyasal Arka Plan

19. yüzyılın son çeyreğiyle 20. yüzyılın ilk on yılı arasında dünyanın belli bölgelerinde bir meşrutiyet rüzgârı esiyordu. Özellikle Osmanlı ve yakın coğrafyasında (İran, Mısır gibi) hem yerel hem de yerel dışı faktörlerin etkisiyle zaman meşrutiyet yönetimlerine doğru akıyordu. Bu dönemde dünya ekonomisinde artan sıkıntılar, ağırlaşan emperyalist baskılar, emperyalistlerin kendi aralarındaki siyasi rekabetler, siyaset ve toplum içindeki rolleri henüz belirlenmemiş sınıfların yönetimde söz sahibi olma istekleri söz konusu meşrutiyet hareketlerine ivme kazandırıyordu¹²⁰.

1873-1896 yılları arasında dünyanın her yerinde etkili olan ekonomik kriz farklı coğrafyalarda yaşayan halk kitlelerini etkiliyordu. Bu kitleler, yaşadıkları coğrafyadaki özgün şartlara göre bu olup bitene tepki gösteriyordu. Söz gelimi bu tepkilere Avrupa ve Kuzey Amerika'nın şehirleri ve fabrikalarında komünizm, sendikacılık ve anarşizm, Avrupa'nın Yahudilerle meskûn bölgelerinde anti-semitizm damgasını vuruyordu. Osmanlı ve yakın coğrafyasında ise ekonomik şartlardan doğan memnuniyetsizlik, meşrutiyet yanlısı hareketlere kanalize oluyordu. Bu dönemde, Osmanlı ve Mısır ekonomisi çökmüş, dış borçların ödenebilmesi için, yönetimi borç veren devletlerin idaresinde bulunan genel borç idareleri kurulmuştu. Dolayısıyla bu devletler ekonomik bağımsızlığını yitirmiş, hızla siyasal bağımsızlığını da yitirmeye doğru gidiyordu. Tüm bu gelişmeler meşrutiyet yanlılarının ki bunların arasında Batıcı sekülerler olduğu gibi islami modernistler de vardı, safları sıklaştırmalarına ve siyasal reform çağrılarını yapmalarına neden olmuştur. Ülkenin içinde bulunduğu tüm sorunların sorumlusu mevcut yönetim anlayışı, devası ise anayasal/parlamentolu meşrutiyet yönetimleriydi. Benzer anlayışlar anayasalı/parlamentolu yönetimlere geçen Japonya (1874), Rusya (1905), Meksika (1910), Çin'deki (1911) meşrutiyet yanlıları için de geçerliydi¹²¹.

19. yüzyılın sonu 20. yüzyılın başında, iletişim teknolojilerindeki gelişmeler ile ulaşım imkânlarının demiryolu ağlarıyla artması, iletişim ve haberleşmenin kolaylaşmasını sağlamıştır. Öte yandan imparatorlukların denetimi dışında gelişen göç hareketleri ve işçi göçü gibi nedenler fikirlerin coğrafyalar arasında taşınmasına neden olmuştur. Bu gibi faktörler, meşrutiyet fikirlerini farklı devletlerin kamuoyunun dikkatine ve aksiyon sahasına taşımıştır¹²².

Osmanlı ve yakın coğrafyasında bulunan meşrutiyet yanlıları emperyalizme karşı devlet yönetimlerini etkisiz kalmakla suçluyorlardı. İşin ilginç kısmı ise bu kadroların önemli bir kısmının aslında hedef aldıkları emperyalizmin ürünü olmasındadır. Bu kadrolar, kültürel

¹²⁰ Gelvin, 2016, s. 179

¹²¹ Gelvin, 2016, s. 179-181

¹²² Gelvin, 2016, s. 182

emperyalizmin bir sonucu olarak ülkelerinde kurulan teknik okulların mezunları arasından çıkmışlar ve sömürgeci devletlerin ülkeleri üzerindeki emellerini gerçekleştirmelerine engel olacak siyasal reform taleplerinde bulunmuşlardır. Bu kadrolar iyi eğitilmiş ve liyakatli olduklarını düşündüklerinden, devletin geleceğini belirlemede daha büyük rol üstlenmeyi talep ediyorlar, anayasa ve parlamentonun bu rolü teminat altına alacağını düşünüyorlardı¹²³. Osmanlı'da bu kadroları, başka bir ifade ile meşrutiyet muhalefeti temsil eden grup Jön Türk'lerdi.

B. Jön-Türk Muhalefeti

Meclis-i Umumi'nin süresiz tatil edilip yeniden toplantıya çağrılmaması üzerine bir süre daha devam eden meşrutiyet muhalefeti, daha sonra uzunca bir süre sürececek suskunluk dönemine girmiştir. Bu suskunluk yüzyılın sonuna doğru bozulacak ve meşrutiyet muhalefeti selefleri olan Yeni/Genç Osmanlıların külleri üzerinden Jön Türkler olarak yeniden doğacaktır.

Daha sonra meşrutiyet ihtilâlini yapmaya muvaffak olacak Jön Türk muhalefeti ilk kez 1889'da İttihad-ı Osmani Cemiyeti adı altında örgütlenmeye başlamış, gizli örgütlenme yükseköğrenim öğrencileri arasında yayılmıştır. 1896 yılında başarısız bir darbe girişimi sonrasında geçirilen tahkikatlar ve sürgünler nedeniyle yurt içindeki muhalefet hareketi bir süreliğine bastırılmıştır. 1906 yılına kadar yurt dışında teşkilatlanmasını ve çalışmalarını sürdüren Jön Türk hareketi için aynı yılın Eylül ayı içerisinde Selanik'te Osmanlı Hürriyet Cemiyeti'nin kurulması önemli bir gelişme oldu. Bu gizli cemiyet kısa sürede Rumeli'de bulunan ordu ve yüksek bürokratların arasında hızla yayıldı ki bu yayılma 1908 yılında Rumeli'de gerçekleştirilecek ihtilâlin kadrolarını temin edecekti. Bu örgüt bir süre sonra ihtilâlcî İttihat ve Terakki Cemiyeti çatısı altına girecek, yurt içinde ve yurt dışındaki tüm muhalif unsurlar adı geçen cemiyetin şemsiyesi altında Rumeli'de yoğun propaganda faaliyetinde bulunacaktır. Yurt içinde ve yurt dışında basın-yayın yoluyla meşrutiyetçi fikirleri yayan Jön Türk muhalefeti, İttihat ve Terakki Cemiyeti çatısı altında ihtilâlcî kadrolarını da oluşturunca yukarıda yer verilen siyasi, ekonomik ve sosyal olayların da zorlaması sonucunda 23 Temmuz 1908 günü Rumeli'de hürriyeti ve meşrutiyeti yönetimi ilan ettiklerini duyurmuşlardır¹²⁴. Bunun üzerine II. Abdülhamit, Heyet-i Vükela'nın halkın arasında kan dökülmesinin önlenmesi için Kanun-ı Esasi'nin ilanı ile Heyet-i Mebusan'ın toplanmaya çağrılması önerisi doğrultusunda bir irade yayınlayarak 24 Temmuz 1908 günü Kanun-ı Esasi'nin yeniden yürürlüğe konulduğu ve Mebusan Meclisi'nin toplantıya çağrıldığını ilan etmiştir¹²⁵.

¹²³ Gelvin, 2016, s. 182

¹²⁴ İkinci Meşrutiyetin İlk Yılı, 23 Temmuz 1908- 23 Temmuz 1909, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2021, s.20-25

¹²⁵ İkinci Meşrutiyetin İlk Yılı, 23 Temmuz 1908- 23 Temmuz 1909, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2021, s.19

Böylece meşrutiyet yeniden ilan edilmiş ve Meşrutî Monarşinin İkinci evresi başlamış oluyordu. Parlatentonun yeniden toplantıya çağırılmasıyla yeniden seçimler yapıldı ve İttihat ve Terakki Cemiyeti listeleri seçimleri ezici bir çoğunlukla kazandı. 17 Aralık 1908 günü meclis açıldı ve çalışmaya başladı. 31 Mart olaylarından sonra Sultan II. Abdülhamit Meclis-i Umumi tarafından hal edilerek yerine Mehmet Reşat getirildi. 31 Mart hareketinin bastırılması ve padişahın değiştirilmesinden sonra Meclis-i Umumi 22 Ağustos 1909 tarihli bir kanunla Kanun-ı Esasi'nin öngördüğü usule uyarak anayasada bazı değişiklikler yaptı. Bu kanunla toplam 21 maddede değişiklik yapıldı, bir madde kaldırıldı ve üç yeni madde anayasaya eklendi.

C. Gerçek Anlamda Meşrutî Monarşîye Geçiş: 1909 Kanun-ı Esasî Değişiklikleri

22 Ağustos 1909 tarihli değişiklik kanununa dair Heyet-i Ayan kararnamesinde anayasa değişikliğinin gerekçesi mahiyetinde olacak bir metin ortaya konulmuştur. Bu metne göre, içinde bulunulan toplantı dönemi içerisinde zamanın yetersiz oluşu nedeniyle Kanun-ı Esasî'nin tamamının gözden geçirilmesine imkân bulunmamasına rağmen meşrutî idare ile millî hâkimiyetin teyidi ve meşrutî idareye gerçek anlamda geçildiğinin kamuoyuna deklare edilmesi için Kanun-ı Esasî'nin acil ve mühim olan maddelerinin gözden geçirildiği, yetersiz ve belirsizliğe yol açanlarının ise ikmal edildiği, diğer maddelerinin ise gözden geçirilmesinin ileriki yasama dönemlerine bırakıldığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu değişikliklerin gerekçesinde millî hâkimiyetten bahsedilmekte, gerçek anlamda meşrutî monarşîye geçilmesi amaçlanmaktadır.¹²⁶

1. Yasamayla İlgili Değişiklikler

Yapılan anayasa değişikliği ile Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Ayan'ın kuruluşunda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak kanun yapma faaliyeti bakımından ciddi değişiklikler yapılmıştır. Buna göre Meclis-i Umumi'nin kanun yapma konusunda padişahın iznini alma zorunluluğu kaldırılmış, kanunların meclislerde kabulünden sonra Şura-yı Devlete gönderilmesi usulü de terk edilmiştir. Yeni düzenlemeye göre yeni kanun teklifi (artık her konuda olabilir) veya mevcut kanunların tadili teklifi Heyet-i Vükela, Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Ayan tarafından yapılabilecek, mecliste söz konusu kanunun kabulü halinde bu kanun onaylanması için padişaha gönderilecektir (md.53). Kanunların onayı ve ilanı yetkisi/görevi padişaha verilmiştir (md.7). Padişah kendisine gelen kanun tekliflerini iki ay içinde ya onaylar ya da bir kere daha görüşülmesi için parlamentoya iade eder. İade edilen bu kanunun yeniden

¹²⁶ Söz konusu değişikliklere ilişkin Heyeti Ayan kararnamesi ve anayasa değişikliği kanununun Latin harfleriyle yazılmış bir nüshasına <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf> linkinden ulaşılmıştır. (Son erişim tarihi:23.12.2019)

parlamentoda kabulü, müzakereye katılanların üçte ikisinin kabulüne bağlıdır (md.54). Aciliyetine meclisçe karar verilmiş kanunlar ise on gün içinde ya onaylanır ya da iade edilir. Bu arada padişaha da kanun teklifinde bulunma yetkisi verilmiştir (md.7). Kanunların kabulünde padişaha önemli bir zorlaştırıcı veto yetkisi verilmiştir. Ancak her halükarda padişah karşısında üçte iki oy çoğunluğuna ulaşan bir meclisin padişahın bu vetosunu aşması mümkündür. Diğer yandan Heyet-i Mebusan'ın başkanını seçme yetkisi padişahın alınarak ilgili heyete verilmiştir.

Padişahın, gerekli görmesi durumunda meclisi feshedebilme imkânı 7. maddeden çıkarılmış, tek fesih yetkisi 35. madde uyarınca kullanılabilir olarak kalmıştır. Bu yetki de oldukça zorlaştırılmış ve yine Meclisin çalışması önünde ortaya çıkabilecek tikanlıkların önünü açmaya yönelik olarak öngörülmüştür. Buna göre Heyet-i Vükela ile Heyet-i Mebusan arasında bir konuda anlaşmazlık çıkar ve Heyet-i Vükela fikrinde ısrar ederse, Heyet-i Mebusan ikinci kez kesin olarak reddederse bunu, Heyet-i Vükela, ya Mebusan'ın kararını kabul eder ya da istifa eder. İstifa etmesi durumunda yeni kurulan Vükela Heyeti de öncekinin fikrinde ısrar eder ve Heyet-i Mebusan tekrar gerekçeli olarak reddederse bu kararı, padişah, Heyet-i Ayan'ın görüşünü aldıktan sonra, üç ay içerisinde yeniden seçimlerin yapılması şartıyla Meclis-i Mebusan'ın feshine karar verebilir (md.7,35).

Kanun-ı Esasi'nin 7. maddesinde padişahın uluslararası anlaşma yetkisi korunmakla birlikte eğer anlaşma barış yapmaya, ticarete, arazi terkine ve kazanılmasına, Osmanlı vatandaşlarının asli haklarına ilişkin ise veya devlet tarafından harcama gerektiriyorsa Meclisi Umumi'nin onayı şart koşulmuştur.

2.Yürütmeye İlgili Değişiklikler

1909 Kanun-ı Esasi değişiklikleri yürütmeye ilgili de ciddi değişiklikler içermekteydi. Öncelikle padişah için; şer'i hükümlere, Kanun-ı Esasi hükümlerine riayet edeceği ve vatan ve millete sadakat göstereceğine dair bir yemin 3. maddeye eklenmiştir. Padişah artık yalnızca sadrazam ve şeyhülislamı atayabilmekte, Heyet-i Vükela üyelerini yani bakanları ise sadrazam belirlemekte, padişah ise sadece atamaktadır (md.7,27). Bakanlar kendi görev alanlarına giren konulardan bireysel olarak, kabinenin ortak siyasetinden ise müştereken Meclis-i Mebusan'a karşı sorumludur (md.30). Karşı imza kuralı getirilmiştir (md.30).

3. Temel Hak ve Özgürlüklerle İlgili Değişiklikler

Kanun-ı Esasi değişiklikleriyle de temel hak ve özgürlüklerin alanı daha da genişlemiştir. Bu anlamda; 10. maddeye kanun dışı cezalandırma yasağına ek olarak kanun dışı tutuklanma yasağı da eklenmiştir. 12. maddeye göre basın yayın yine kanun dairesinde serbesttir ancak sansür yasaklanmıştır. 113. maddede padişaha verilen sürgün yetkisi ilga edilmiştir. Haberleşme gizliliği kabul edilerek postanelere verilen evrakın

sorgu yargıcı veya mahkeme kararı olmadan açılmayacağı düzenlemeye bağlanmıştır (md.119)¹²⁷. Osmanlı vatandaşlarına toplanma ve cemiyet kurma hakkı da tanınarak temel hak ve özgürlüklerin kapsamı biraz daha genişletilmiştir (md.120).

4. Kanun-ı Esasi Değişiklikleriyle İlgili Bir Değerlendirme

Yukarıda yer verilen değişiklikler dikkate alındığında padişahın yasama faaliyeti üzerindeki egemenliği sona erdirilmiş, yasama konusunda asli organ Meclis-i Umumi haline getirilmiştir. Yine yürütme organının ekseni gerçek bir meşruti monarşide olduğu gibi padişahın Heyet-i Vükela'ya doğru kaymıştır. Padişahlık, sembolik yetkileri olan bir statüye dönüştürülmüştür. Heyet-i Vükela, Meclis-i Mebusan'a karşı sorumludur. Sistemde yasama organı biraz daha ön plana çıkarılmış, yürütme ve yasama organı arasında kuvvetler ayrılığı prensibi kurulmuştur. Bu tespitlere göre Kanun-ı Esasi'nin 1909 yılındaki değişiklikleriyle sistem parlamentarizme doğru evrilmiş ve bu değişikliklerle gerçek anlamda meşruti idare sistemine geçiş yapılabilmektedir. Yeni sistem tam anlamıyla meşruti monarşi olmasına rağmen uygulama sadece belli bir süre bu sistem üzere ilerlemiştir. Bâb-ı Âli baskınından sonra 1913-1918 yılları arası iktidarı perçinlenen İttihat ve Terakki Partisi ülkeyi kanun-ı muvakkatlerle (kanun hükmünde kararnameler) yönetmiştir.

SONUÇ

Kanun-ı Esasi'nin ortaya çıkış serüveninde Osmanlı'nın kendi bünyesinden kaynaklanan zorlayıcı nedenler olduğu gibi süreci dışarıdan hızlandıran bazı konjonktürel olaylar da meydana gelmiştir. Tanzimat ve Islahat Fermanları'yla temel hak ve özgürlükler lehine padişahın yetkileri sınırlanmıştır. Tanzimat Dönemi'nde modern bürokrasinin karar alma süreçlerinde yer alması sarayın ve padişahın iktidar tekelinin kırılmasına neden olmuştur. Tanzimat Meclisleri yasaların yapılmasında oynadıkları rollerle, keza çalışma ve müzakere usulleriyle parlamentolu rejimin ilk denemeleri olmuşlardır. Yine bu meclisler yoluyla kararların alınmasında tek ferdin iradesinden meclis ve heyetlerden oluşan kolektif iradeye doğru gidiş baş göstermiştir.

Yine vilayet, kaza ve livalarda kurulan taşra meclisleri, meşrutiyet parlamentoculuğuna giden yolda, çalışma ve müzakere gelenekleri ile bir hazırlık aşaması olmuştur. Öte taraftan özerk vilayetlerde kabul edilen nizamnamelerle kurulan yönetim sistemi, bunların bağlı olduğu Osmanlı Devleti'nin yöneticilerini ve aydınlarını etkilemiştir. Yine Osmanlı azınlıkları olan Hıristiyan, Musevi ve Ermeni toplumunun nizamnameleri ile oluşturulan idare meclisleri ve buradaki uygulamalar, parlamentolu yönetimin prensipleri olan meclisler, tartışma, karar alma,

¹²⁷ Aynı değişikliklerle 119 madde ilga edilip yerine yeni 119. madde olarak haberleşmenin gizliliği ilkesi kabul edilmiştir.

seçim, yönetimi denetleme ve etkileme gibi konularda belli geleneklerin ve alışkanlıkların Osmanlı toplumunda yerleşmesini sağlamıştır.

19. yüzyılın yarısı geride bırakılırken Osmanlı yönetici seçkinleri ve entelektüelleri basın-yayın aracılığıyla parlamento/anayasa ve temsili yönetim düşüncelerini tartışmıştır. Bu muhalefet hareketlerine Yeni/Genç Osmanlılar liderlik yapmış, bu hareket Türkiye’de demokratik anayasal hareketin fikrîsel temelini atılmasını sağlamıştır.

1870’li yıllara gelindiğinde Osmanlı’da anayasal düşünce kendi mecrasında olgunlaşırken sürecin olması gerekenden erken meyve vermesine neden olan bazı diplomatik ve siyasi olaylar gerçekleşmiştir. Tersane Konferansı’nın etkisiz kılınması arzusu ve siyaseti, Kanun-ı Esasi’nin yeterince tartışılmadan ve yeterli olgunluğa erişmeden ilan edilmesine neden olmuştur.

Kanun-ı Esasi 23 Aralık 1876 günü ilan edilmiştir. 12 bölüm ve 119 maddeden oluşup, devletin temel organları olan yasama, yürütme, yargının kuruluşu, işleyişi ve bunların birbirleriyle ilişkileri ile Osmanlı vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini düzenleme altına almıştır.

Kanun-ı Esasi’nin, meşruti (şartlı/sınırlı) monarşi yönetimi kurmayı başarabildiğini söylemek güçtür. Kanun-ı Esasi’yle getirilmiş yönetim sisteminin egemeni padişah’tır. Devlet başkanı olarak padişah, hem yasama hem de yürütme anlamında çok önemli yetkilere sahip kılınmıştır. Bununla birlikte, sistemin hiçbir anlamda meşruti monarşi yanlarının olmadığını söylemek de yanlış bir değerlendirme olacaktır. Yine Kanun-ı Esasi, dönemi itibarıyla ilk kuşak hakların neredeyse tamamını içermekte olduğundan temel hak ve özgürlükler bakımından ayrı bir yere konulmalıdır.

Yetmiş yıllık anayasal tartışma geçmişi olmasına rağmen Kanun-ı Esasi’nin ve buna dayalı parlamento tecrübesinin, hiç de fena olmayan, yabana atılmayacak bir anayasacılık deneyimini ülkemize yaşattığı bir gerçektir. Keza ülkemizdeki anayasal düşüncenin Kanun-ı Esasi ile vardığı somut seviyenin izleyen yıllarda varılan noktalar bakımından bir kilometre taşı olduğunu da tespit etmek gerekir.

1878 yılında Meclis-i Umumi’nin tatile sokulmasıyla uzun süre hükümleri etkisiz kalan Kanun-ı Esasi’nin yeniden ilanını müteakip hükümlerinde değişiklik yapma ihtiyacı duyulmuştur. 24 Ağustos 1909 tarihli Kanun-ı Esasi değişiklikleri ile sistem gerçek anlamda meşruti monarşiye evrilmekle birlikte bu sistemin ömrü de uzun olmamıştır.

KAYNAKÇA

- Akın İ F, Siyasi Tarih 1870-1914, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983
- Başgil, A F “A Summary of Constitutional Developments in Turkey, and on The Historical and Political Sources of the Present Constitution”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/6855> (S.e.t. 08.09.2023)
- Bucaktepe A, “Birinci ve İkinci Meşrutiyet Anayasalarında Öngörülen Devlet Modelleri Hakkında Bir Değerlendirme”, S.42, Ekim 2014, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s.45-56
- Cansever N, Kiriş H, “Osmanlı Devleti’nde Son Dönem Siyasal Hareketler, Partileşme ve İdeolojik Arka Plan”, 2019, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s.29-51
- Ceylan A, “Tunuslu Islahatçıları ve Yeni Osmanlılar Hareketinde Anayasacılık”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.1-2, 2010, s.29-45
- Çattık M, “Anayasacılık ve Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı”, C.5 S.1. Bahar 2018, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.53-69
- Çavdar T, Türkiye’nin Demokrasi Tarihi, İmge Kitapevi, Ankara, Eylül 2008
- Demirkol G, “Tanzimat Mizahinin Sonu: 1877 Matbuat Kanunu Tartışmaları ve Osmanlı’da Mizah Dergilerinin Kapanması”, Hitit Üniversitesi Sosyalbilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl 9, Sayı 2, Aralık 2016, s.686-710
- Erdoğan M, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, Aralık 2011
- Fendoğlu H T, “1876 Anayasası veya Monarşik Modernleşme Dönemi”, [https://www.hasantahsinfendoglu.com/wp-content/uploads/2023/02/1876-Anayasasi-Veya Monarsik-Modernlesme-Donemi-1876-1908.pdf](https://www.hasantahsinfendoglu.com/wp-content/uploads/2023/02/1876-Anayasasi-Veya-Monarsik-Modernlesme-Donemi-1876-1908.pdf) (S.e.t. 08.09.2023)
- Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015
- Gelvin J L, Modern Ortadoğu Tarihi, Çev. Güneş Ayas, 1. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, Şubat 2016
- Gözler K, Devletin Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2014
- Gözler K, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, (<http://www.anayasa.gen.tr/tah.pdf>) (S.e.t 08.09.2023)
- Kalabalık H, İnsan Hakları Hukuku, 4. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015
- İkinci Meşrutiyetin İlk Yılı, 23 Temmuz 1908- 23 Temmuz 1909, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2021
- Karal E Z, Osmanlı Tarihi, 7. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2011, C.VIII, Birinci Meşrutiyet ve İstibdat Devirleri 1876-1907
- Karataş A V, “Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması – Manisa Şehzade Sarayı Divanı Örneği-”, S.62-63, 2019, Adalet Dergisi, s.235-264
- Kemal N, “Veşavirhum fi’l Emr”, Hürriyet, Sayı 4, 20 Temmuz 1868

Okandan R G, “Amme Hukukumuzda Osmanlı Devletinin İnkırazın Kadar Parlamentarizm ve Hususiyetleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.13, S.2, 1947, 449-473

Okandan R G, “Amme Hukukumuz Bakımından Tanzimat, Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinin Önemi”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.15, S.1, 1949, s.14-33

Ortaylı İ, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 4. Baskı, Cedit Neşriyat, Ankara, Nisan 2012

Örsten Esirgen S, “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”, S.62-63, 2019, Adalet Dergisi, s.429-480

Örsten Esirgen S, “Osmanlı Parlamentosunda Anayasaya Aykırılık Tartışmaları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2., 2020, s.422-435

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999

Tanör B, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Mart 2019

Tecimer C, “Altmış Sene Gecikmiş Bir Kitap Tahlil Yazısı”, <https://www.anayasa.gen.tr/tecimer-2.pdf> (S.e.t. 08.09.2023)

Tekin Z, Okumuş G, “Osmanlı Devleti’nin Düzen Arayışı: Anayasal Düşünce Gelişiminin Dinamikleri”, C.7, S.5, 2018, Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi, s.803-825

Toprak S V, “İlk Osmanlı Seçimler ve Parlamentosu”, Sosyoloji Dergisi, 3. Dizi, 26. Sayı 2013/1, s.171-192

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi II. Abdülhamit maddesi <https://islamansiklopedisi.org.tr> (S.e.t.:08.09.2023)

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Midhat Paşa Maddesi <https://islamansiklopedisi.org.tr/midhat-pasa> (S.e.t. 08.09.2023)

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Sened-i İttifak Maddesi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sened-i-ittifak> (S.e.t. 08.09.2023)

Türkkan H, “Osmanlı Devleti’nde Anayasa Düşüncesinin Gelişimi ve Kanun-ı Esasi Tartışmaları”, Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih ABD, Sakarya, 2013

Uzun H, “Türk Demokrasi Tarihinde I. Meşrutiyet Dönemi”, C.6, S.2, 2005, Gazi Üniversitesi Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi, s.145-162

Vatansever Öztürk M, “Vergilerin Kanuniliği İlkesinin Tarihsel Gelişimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s.4815-4841

Yetim F, “Modern Bir Aydın Hareketi Olarak Yeni Osmanlılar ve İslam Dünyası”, SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.34, Nisan 2015, s.1-18

Zürcher E J, Modernleşen Türkiye’nin Tarihi, 4. Basım, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019

HUKUKUMUZUN GÜNCEL KONULARI

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN SINIRLARI

Limits of the Presidential Decree

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU*

Öz: Cumhurbaşkanının iki tür işlemi olabilir; birincisi, genel, soyut, objektif ve kişilik dışı hukuki işlemler yapılabilir ki bunlara yürütmenin düzenleyici işlemleri denilir. İkincisi Cumhurbaşkanı, özel, somut ve bireysel işlemler yapılabilir ki bu, yeni dönemde, Cumhurbaşkanlığı kararı olarak Resmi Gazete 'de yayımlanmaktadır. 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen sistemin en önemli esaslarından biri Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir (bundan sonra CBK şeklinde kısaltılacaktır). Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilir. 2017 Anayasa (bundan sonra AY şeklinde kısaltılacaktır) değişikliği öncesinde tek CBK örneği, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu iken 2017 değişikliği sonrasında yürütmenin tüm alanlarında bazı şartlarla çıkarılabilmektedir. CBK, Cumhurbaşkanının asli yetkisidir ama Türkiye Büyük Millet Meclisi, istediğinde aynı konuda kanun çıkarabilir ki bu durumda kanun tercih edilecektir. CBK'nın kanuna ve Anayasaya aykırı olup-olmadığına Anayasa Mahkemesi karar verecektir. Eski sistemde yürütmenin düzenleyici işlemlerinin olumlu ve olumsuz iki ayrı niteliği vardı. Olumlu niteliği düzenleyici işlemlerin kanuna uymak/dayanmak zorunda olmasıydı (secundum legem). Olumsuz niteliği ise kanunla çelişmemesi yani kanuna aykırı olmamasıydı (intra legem). İdare kanuna dayanacaktı ve kanunî sınırlar içerisinde bulunacaktı. Oysa Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, Cumhurbaşkanı, kanuna dayanmadan ama kanuna aykırı olmadan CBK çıkarabilecektir. Dolayısı ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde birinci ayak önemli ölçüde kaldırılmıştır. Cumhurbaşkanı, kanunun mevcut olduğu alanlar dışında, yürütme konusunda söz sahibi kılınmıştır. Sonuçta yürütmenin düzenleyici işlemleri, kanuna ve CBK'ya uymak zorundadır. İdare, kanuna ve CBK'ya uygun davranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanun, düzenleyici işlem, Anayasa Mahkemesi.

Abstract: The President may have two types of transactions; Firstly, it may carry out general, abstract, objective and impersonal legal transactions, which are called regulatory acts of the executive. Secondly, the President can carry out private, concrete and individual transactions, which is published in the Official Gazette as a Presidential decision in this new period. One of the most important principles of the system introduced by the 2017 Constitutional amendment (hereinafter referred to as the new system) is Presidential decrees (hereafter abbreviated as CBK). The President may issue a CBK on matters related to executive power. Before the 2017 Constitutional amendment (hereafter abbreviated as AY), the only CBK example was the establishment of the Presidency General Secretariat, but after the 2017 amendment, it can be issued under certain conditions in all areas of the executive. CBK, is the primary authority of the President but if the Grand National Assembly of Turkey asks, can pass laws on the same subject in which case the law is valid. The Constitutional Court will decide whether the CBK is against the law and the Constitution. In the old system, executive's regulatory actions had two distinct qualities, positive and negative. The positive feature was that the regulatory actions had to comply with the law (secundum legem). Its negative feature was that it did not contradict the law, that is, it was not against the law (intra legem). The administration would be based on law and would be within legal limits. However, in the new system, the President will be able to issue CBK without relying on the law, but not against the law. Therefore, the first pillar has been removed significantly in the new system. The President has been given a say in the executive, except where the law exists. After all, the regulatory acts of the executive must comply with the law and Presidential decree. The administration will act in accordance with the law and CBK.

Keywords: President, executive orders, act, regulatory action, Constitutional Court.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, htfendoglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1211-6989.

Makale Geliş Tarihi: 07.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 24.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391722

GİRİŞ: YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ:

21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı kanun ile Anayasanın 69 adet maddesi ya ilga edilmiş veya değiştirilmiştir ki buna göre eski sistemdeki başbakan ve bakanlar kurulunun tüm yetkileri de Cumhurbaşkanına ait olmuştur.

Getirilen yeni sisteme ve işleyişine karşı iddialar da vardır. Yeni sistemin aslında insan haklarında ve demokraside ters dalga olduğu, Devletin kararnamelerle yönetildiği, kuvvetler ayrılığının sona erdiği,¹ getirilen değişimin başkanlık sistemi olmadığı, tekçi yürütme yapısının kişisel iktidara dönüşme olasılığı, Cumhurbaşkanının yasama-yürütme ve yargı üzerinde aşırı gücü, fren-denge sisteminden yoksunluğu, yürütme organının diğerlerine karşı ölçsüz ve orantısızlığı, Cumhurbaşkanının dört dönem seçilme olasılığı (AY, m. 106-2 ve 116-3), üst kademe yöneticilerin atanmasında parlamento kontrolü olmadığı, Meclisin devre dışı kaldığı, bakanların kolayca azledilebildiği (AY, m. 106), CBK'nın kanuna yaklaşan ve kanunla yarışan niteliği ile özerk yapıya geçişe kapı araladığı, CBK'yı sınırlandıran Anayasa hükmündeki "açıkça"² ve "münhasıran" kelimelerinin açık olmadığı ve Yüce Divan'a sevk için istenen sayının yüksekliği³ şeklinde iddialar ileri sürülmüştür⁴. Eski sisteme geri dönüş konusundaki iddialar, 14 ve 28 Mayıs 2023 tarihli Milletvekili ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde de kabul görmemiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi çoğunluğu ile Cumhurbaşkanını, aynı siyasi eksenden (unified government; birleşik hükümet) veya farklı eksenden (divided government; bölünmüş hükümet) olması sonucunda yürütmedeki *fili etki* ile uygulamanın da farklı olacağı açıktır⁵. Yeni sistemde Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemleri, Olağanüstü hal CBK

¹ Locke ve Montesquieu'nün etkilediği kuvvetler ayrılığı zor bir doktrindir. Teoride çok yaşamsal görünen bu teori, uygulamada zorlaşmaktadır. ABD Federal Yüksek Mahkemesi, kuvvetler ayrılığını uygulamakla birlikte bazen de ihmal etmektedir. Temel haklar açısından kuvvetler ayrılığı kuşkusuz ki önemlidir; Joel L. Fleishman / Arthur H. Aufses, A. H. , "Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation", *Law and Contemporary Problems*, Cilt 40, Sayı 3, 1976, ss. 1-45, s. 43 (s.e.t.: 22.12.2018).

² Anayasada 5 yerde "*ancak kanunla düzenlenir*", yaklaşık 60 yerde ise "*kanunla düzenlenir*" kelimesi geçmektedir.

³ Mustafa Okşar, *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 49 vd., 55 vd., 174 vd., 175-176 vd., 187.

⁴ Çolak, Çağrı. D., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Management Journal*, Special Issue, Cilt 3, 2017, s. 51, 53, 55, 62; İbrahim Ö. Kaboğlu, / E. Sales, *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, Çevirmen ve Editör: İrem Berksoy, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2018, s. 56 ve 298.

⁵ Nitekim ABD'de *birleşik hükümet* dönemlerinde daha çok kararname çıkarılmıştır; Benjamin A. Neil, "Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation", *Journal of Criminal Justice Research*, ty, s. 3 (s.e.t.: 22.12.2018).

(AY, m. 119), CBK (AY, m. 104-17), Cumhurbaşkanlığı kararları,⁶ Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri (AY, 104-17 ve 124) ve Cumhurbaşkanlığının diğer düzenleyici işlemleridir (isimsiz işlemler: sirküler, genelge, yönerge vs. gibi)⁷.

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiş, Cumhurbaşkanına belirli konularda “ilk elden düzenleme yapma yetkisi” verilmiş, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrası gereği *yürütme yetkisine ilişkin olmak şartıyla, kanuna dayanmadan ve Meclis onayı almadan, CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanına genel yetki verilmiştir*. Anayasa, bazı maddelerinde ise kimi konularda Cumhurbaşkanına özel yetki vermiştir. Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenebilecek bu konulara, 4+1 alanı denilebilir; yani üst kademe yöneticileri ile ilgili düzenleme yapılması, Devletin merkez-taşra teşkilatlarının, Devlet Denetleme Kurulunun, Milli Güvenlik Kurulunun ve kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu ayrıca belirtilmiştir. Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının birinci cümlesi, Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarmak için genel yetki, ayrıca belirtilen (4+1) maddelerinde özel yetki vermiştir. Anayasada Cumhurbaşkanına özel yetki verilen 4 konu yanında bir de seçimlik yetki verilmiştir (4+1) ki bu, kamu tüzel kişiliği kurulmasında yasama organına ve Cumhurbaşkanına *eşit yetki* tanınmış olmasıdır.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine göre yürütmenin düzenleyici işlemleri dört grup halinde mütalaa edilebilir;

Bunlardan birincisi, olağanüstü hal CBK’larıdır (AY, m. 119). Eski sistemde “Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi” kavramı var iken, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında “Olağanüstü hal CBK” kavramı getirilmiştir. Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, Anayasanın 104 üncü maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın CBK çıkarılabilir (AY, m. 119). Olağanüstü hallerde çıkarılan CBK üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır; aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan CBK kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinden ikincisi, CBK’dır. CBK çıkarmak, Cumhurbaşkanının asli yetkisidir, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde CBK yargıya kapalı idi (mülga AY, m. 105-2).⁸

CBK, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olup, sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir; yürütmeye izin verilen kısıtlı alanlarda genel olarak düzenleyici işlemler yapılabilir; Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında CBK yetkisi genel olarak

⁶ Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı iptal ve tam yargı davaları, doğrudan Danıştay’a açılır (Danıştay Kanunu, 2.7.2018 tarih ve 703 sayılı KHK’nın 184 üncü maddesinin (d) fıkrası ile değişik 24 üncü maddesinin ilk fıkrası).

⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 296-297, 333, 360, 364.

⁸ Anayasamızın 2017 yılında mülga 105 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz”.

sınırlandırılmıştır. 2017 Anayasa değişikliği yürütme organına, yürütmenin tüm alanlarında mahfuz düzenleme alanı vermemiş, bazı kısıtlamalar öngörmüştür. Yürütmenin, asli yetkisinin olduğu ama bunun sınırsız olmadığı açıktır. Yeni sistemde kural olarak, yasama organının yetkisinin genelliği, asliliği ve ilk el olduğu kuralı devam etmektedir. CBK geçmişe yürümez, geçmişe değil geleceğe yönelik hükümler koyar. TBMM'nin yasama yetkisinin asliliği, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla istediği düzenlemeyi yapabilmesi iken yürütme yetkisinin asliliği, yasama yetkisinin asli olmasından farklı olarak, bir düzenlemeye gerek olmadan, anayasaya ve kanuna aykırı olmadan düzenleme yapabilmesidir.

Cumhurbaşkanı, CBK ile yasamadan önce hareket eden (*the first mover*) olacak, bu da yürütme organına üstün bir güç sağlayacaktır.

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinden üçüncüsü, Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ile Bakanlık ve kurum yönetmeliğidir. 1961 ve 1982 Anayasalarında yönetmelik kavramı kabul edilmiştir. 1924 Anayasası'nda yönetmelik kavramı geçmediği halde 1924 Anayasası döneminde hayli yönetmelik yapılmış, buna itiraz eden olmamıştır. Anayasa Mahkemesi, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde bakanlar kurulunun yönetmelik yapma yetkisine sahip olduğuna karar vermişti. Yeni dönemde Cumhurbaşkanı veya diğer yetkililer yönetmelik çıkarabilir. Cumhurbaşkanlığı ve 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelik çıkarabilirlerdi (AY, değişik m. 124). İçerik olarak, bazı CBK'lar açısından, kimi Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerini ayırt etmek zor olabilir. Bunlar biri diğerinin yerine yapıldığında usul saptırması olabilir (bkz. AY, m. 125).

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinden dördüncüsü, Cumhurbaşkanının isimsiz düzenleyici işlemleridir ki bunlar, Cumhurbaşkanlığının genelge, sirküler, karar, tarife, tebliğ, yönerge, ilke kararı, tenbihname, usul-esas, talimat⁹ gibi isimler altında yaptığı düzenleyici işlemlerdir. Anayasada ismi geçmeyen bu düzenlemelere isimsiz düzenleyici işlemler denilir ki bunlar genellikle yönetmelik olarak kabul edilir ve onun hukuki rejimine tabi olurlar.¹⁰

CBK'nın hukuki niteliğine gelince, maddi kritere göre, sadece CBK'nın niteliğine bakılır; bir işlemin içeriği genel, soyut, bir kez uygulanmakla tükenmezse o işlem yasama işlemidir. Buna göre CBK, organik açıdan yürütme işlemi ama maddi açıdan yasama işlemidir. Yasama organının yaptığı işlemin bir istisnasıdır¹¹. *Maddi kritere göre CBK,*

⁹ *Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* hükümlerine göre, isimsiz yönetmeliklere sadece 3 isim verilebilir; karar, tebliğ ve genelge (madde 11).

¹⁰ Bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2017, s. 78 vd.

¹¹ AYMK, E. 1965/16, K. 1965/41, 06.07.1965; Resmi Gazete, Sayı 12142, Tarih 4.11.1965. Asar-1 Atika Nizamnamesi, kanun niteliğindedir; konuyu doğrudan düzenlemektedir. Kanun tanımına uymaktadır.

düzenleyici idari işlem değil, yasama işlemidir. Anayasaya göre, genel olarak, *hayatın esaslı unsurlarını düzenleyen* Türkiye Büyük Millet Meclisidir; baki kalan yürütme işlerini yürüten ise Cumhurbaşkanıdır. Bu nedenle özellikle *temel hak ve özgürlükler* Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından düzenlenir, Cumhurbaşkanı tarafından yürütülür.

CBK kısıtlı bir düzenleme şeklidir. Anayasa'nın yaklaşık 60 ayrı yerinde geçen "*kanunla düzenlenir*" lafzı, CBK'nın *kısıtlı bir yasama devri* olduğunu göstermektedir¹². Ayrıca CBK ile ilgili genel kısıtlamalar Anayasanın 104 üncü maddesinin 17'nci fıkrasında açıkça belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi yürütme, araya başka bir hukuki güç girmeden, doğrudan Anayasadan aldığı istisnai bir yetki ile belirli bir kısıtlı alanda düzenleme yapmaktadır. CBK'nın bu yetkisi doğrudandır ve ayrıca bir kanunla yasama organından yetki almasına ihtiyacı yoktur. Anayasada geçen ve Cumhurbaşkanı'nın asli düzenleme yetkisi veren maddeler, Anayasanın "*Yasama yetkisi*" başlıklı 7'nci maddesinin belirtilen anlamda *istisnasıdır*.

Yürütme organına verilen yetkinin asliliği ve mahfuzluğu tartışmaları 1961 Anayasası döneminde başlamış ve 1982 Anayasası döneminde devam etmiştir. 1961 Anayasası döneminde hâkim kanaat, idarenin kanundan kaynaklandığı ve kanuna bağlı olduğudur. 1982 Anayasası döneminde, 8'inci madde ile "*görev*" yerine "*yürütme yetkisi ve görev*" başlık ve kavramının kullanıldığını, 104'üncü madde ile bunun "*yürütme yetkisi*" ne evrildiğini ve ayrıca olağanüstü hal CBK'sının getirildiğini (AY, m. 119) görmekteyiz.

Cumhurbaşkanının yemini sonrası 9 Temmuz 2018 tarihinde yeni sistem *tamamen* yürürlüğe girmiş ve Anayasa, belirli bazı alanları Cumhurbaşkanı'nın yetkisine bırakmıştır.¹³

Cumhurbaşkanına verilen CBK çıkarma yetkisinin sınırları nelerdir? CBK'nın uyması gereken *ilk genel sınır* anayasanın tamamına uymak zorunda olmasıdır. İlk yapılacak denetim, kanunların denetimi gibi *anayasanın tümü* açısından denetim olacaktır. Bu denetim tamamlandıktan sonra *ikinci genel sınır*, kanunla düzenleneceği Anayasamızda açıkça belirtilen alanlarda CBK'nın çıkarılamayacağıdır. *Üçüncü genel sınır*, Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki 6 sınırdır.

CBK'nın, kanuna göre daha sınırlı olduğunu görüyoruz. CBK'lar, öncelikle, kanunlardan farklı olarak konu bakımından yetki yönünden Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrası ile sınırlandırılmışlardır.

Görüldüğü gibi CBK, kanunlar gibi, içerik açısından Anayasanın tamamına uymak zorundadır. Ayrıca bir başka sınır Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasıdır. Burada birinci başlıkta CBK'nın *Anayasa karşısındaki sınırını*, sonraki başlıkta ise *kanun karşısındaki sınırını* belirtmeye çalışacağız.

¹² Bilindiği gibi KHK da istisnai bir yasama işlemi idi.

¹³ 104/9 ve 104/17, 106/11, 108/4, 118/6, 119/6, 123/3 (seçimlik).

İLANAYASA'NIN TÛMÛ KARŞISINDA CBK'NIN GENEL OLARAK SINIRLARI¹⁴

AYM, CBK'ların içerik bakımından genel olarak anayasaya uygunluk denetimini yapacak ve genel aykırılıkları, iptal nedeni yapabilecektir. Genel olarak yetki, şekil, sebep, konu ve maksat açılarından CBK'lar da kanunlar gibi denetime tabi tutulacaktır.

AYM, yapacağı denetimde “hukuk devleti ilkesi” açısından Anayasaya uygunluk denetimi yapabilir, daha önce geliştirdiği içtihatlar doğrultusunda hukuk devletine aykırı bulduğu CBK'ları iptal edebilir. Hukuk devleti yıllar boyu, AYM kararlarında ayrıntılı olarak yer almış olduğundan bu konuda ayrıntıya girilmeyecektir.¹⁵

AYM, kendisine gelen CBK'ları “kamu yararı ilkesi” açısından anayasaya uygunluk denetimini yapabilir. CBK'lar, hukuk devleti ilkesi gereği kamu yararı amacıyla çıkarılır. Kamu yararı bireyselliğin ve özel çıkarın olmadığı, aksine bunlara üstün toplumsal yararın olduğu bir menfaattir. Kamu yararı ilkesi, CBK'nın amaç unsurudur ve AYM bu konuyu inceleyebilir. Bununla birlikte kamu yararını takdir etme yetkisinin, daha çok siyasi bir karakter taşıması nedeniyle Cumhurbaşkanına ait olduğu belirtilebilir. Bu nedenle Cumhurbaşkanın takdir ettiği kamu yararının isabetli olup olmadığı konusundaki yetkisinin denetlenmesi zordur;¹⁶ bu konuda AYM kararları da vardır.¹⁷

AYM, kendisine gelen CBK'ları, “hukuk kurallarının öngörülebilir olması ilkesi” açısından anayasaya uygunluk denetimi yapabilir. Aslında hukuk kurallarının öngörülebilir olması, hukuk devleti ilkesinin de zorunlu bir şartıdır. Bu konuda AYM kararı vardır; şöyle ki, AYM'ye gelen somut bir davada, 8 numaralı CBK ile düzenlenen Yüksek Askeri Şura (YAŞ) ile ilgili CBK'nın 6 ncı maddesindeki “belirlenecek merci” ibaresinin anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ve YAŞ sekreteryaya hizmetlerinin Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek merci tarafından yürütülecek” ibarelerinin öngörülebilir olup-olmadığı davasında, AYM, *konu bakımından yetki yönünden davanın reddine, içeriği bakımından da Anayasaya aykırı olmadığından talebin reddine* karar vermiştir.¹⁸ Mevzuatımıza göre YAŞ'ın iki önemli görevi vardır; *birincisi* TSK'da yapılacak terfiler YAŞ kararı ile yapılacaktır. *İkincisi* askeri

¹⁴ Bu konuda bkz. AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 13.

¹⁵ AYM'nin hukuk devleti ile ilgili şu kararlarına bkz. AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 26; AYMK, E: 2019-31, K: 2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 37. AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 23.

¹⁶ AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); par. 38, 39.

¹⁷ AYMK, E: 2016-140, K: 2017/092, KT: 12.04.2017; E: 2017/033, K: 2019/020, KT: 10.04.2019.

¹⁸ AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126).

stratejik ana düşünce YAŞ ile belirlenecektir. Bunlardan birincisi icrai nitelikte iken, ikincisi icrai olmayıp istişaridir. AYM'nin kabul kararına göre, YAŞ'ın yaptığı düzenlemenin “yürütme yetkisi” içerisinde olduğu kabul edilmiştir.

AYM, dava konusu yapılan bir dosyada, CBK'nın “belirlilik ilkesi” açısından anayasaya uygunluk denetimini yapabilir. Hukuk devletinin unsurlarından biri olan belirlilik ilkesi AYM kararlarında tanımlanmıştır.¹⁹ CBK'lar, *açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmalıdır.*²⁰ *CBK kuralları öngörülebilir, erişilebilir, bilinebilir, öngörülebilir, açık, net, anlaşılabilir, uygulanabilir, duraksama olmayan ve kuşku olmayan bir şekilde olmalıdır.*²¹

AYM'ye YAŞ ile ilgili olarak açılan bir davada, talebin reddine karar verilmiş ise de karşı görüş belirten üyeler de vardır. YAŞ davasında karşı görüş yazan Başkanvekili Gökcan'a göre, YAŞ düzenlemesi, kanunla düzenlenebilecek bir konu olup, CBK'nın konusu değildir. Çünkü CBK ile düzenlenmesine izin verilen 4+1 konu Anayasada özel olarak düzenlenmiştir ve YAŞ bu 5 konu içerisinde değildir; bu 5 konu dışındakiler CBK ile düzenlenemez. Anayasanın 123 üncü maddesi gereği YAŞ düzenlemeleri için kanun yapmak şarttır. *İdarenin kanuniliği ilkesi*, CBK için de geçerlidir. Vergi, memur atama ve özlük hakları ancak kanunla düzenlenir ve bu konuda çok fazla sayıda AYM kararı vardır; idarenin kanuniliği ilkesi geçerli olmaya devam etmektedir.

AYM'nin YAŞ kararında karşı görüş belirten Üye Yıldırım, yasama yetkisinin *asli, genel ve devredilemez* olduğunu, idarenin kanuniliğinin esas olduğunu, kanunun CBK'nın üzerinde olduğunu, YAŞ'ın merkezi idare içerisinde sui generis bir kurul olduğunu, YAŞ'ın kanunla kurulması gerektiğini, istisna olanın sadece 5 (4+1) madde olduğunu, YAŞ'ın bu 5 madde içerisinde olmadığını belirtmiştir. Muhalefet şerhi yazan üye Hakyemez, sunmuş olduğu 11 adet gerekçe ile YAŞ'ın CBK ile düzenlenemeyeceğini anlatmıştır.²²

AYM, kendisine gelen bir davada “*hukuki güvenlik ilkesi*” açısından anayasaya uygunluk denetimi yapabilir.²³ Bu ilke de AYM kararlarında yeterince işlenmiş olduğundan burada ayrıntıya girilmeyecektir.

Görüldüğü gibi AYM, dava konusu edilen CBK ile ilgili bir dosyada, öncelikle Anayasanın tümü açısından aykırılık incelemesi yapacak, daha sonra Anayasanın CBK ile ilgili genel sınırlamalardan söz eden 104 üncü

¹⁹ AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 27. AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 24.

²⁰ AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 28.

²¹ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 24, 25.

²² AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126).

²³ Bkz. AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 25.

maddesinin 17 inci fıkrasındaki sınırlamalar açısından konuyu inceleyecektir. 4+1 konusunda ise CBK'nın düzenleme yapabilme yetkisi, kendisine özel olarak verilmiş olduğundan bu konularda asli ve özerk yetkisi vardır.

Şöyle ki;

II. CBK'NIN KANUN KARŞISINDAKİ GENEL SINIRLARI: KONU BAKIMINDAN YETKİ KURALLARI:

Anayasanın tümü karşısındaki sınırlara uyan bir CBK, bu kez Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki sınırlar açısından incelenecektir. Bu başlıkta Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında belirtilen 6 sınır üzerinde durulacaktır.

1.Birinci sınır, yasama ve yargı yetkisine ilişkin konularda değil, sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK'nın çıkarabileceğidir. CBK'nın kanunlardan farklı olarak ilk sınırı Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasının birinci cümlesidir; “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir (1982/104, 17-1)”. Bu sınıra uyulmazsa, bir CBK'nın içeriği Anayasaya uygun dahi olsa, CBK'nın Anayasaya uygun olduğu söylenemez çünkü Anayasaya göre yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda CBK çıkarılamaz. Şöyle ki;

Yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanının CBK çıkarma genel yetkisi vardır.²⁴ Bu yetki için, CBK'nın içeriği Anayasaya uygun olsa da 17 inci fıkradaki sınırlamaya uyması şarttır. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında bulunan beş adet sınırlamaya *konu bakımından yetki kuralları* denir. CBK'nın hem konu, hem de içerik bakımından anayasaya uygunluk denetimi yapılacaktır.

2.AYM'nin CBK ile ilgili olarak kendisine intikal eden bir davada gözeteceği ikinci sınır, CBK'nın, temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle siyasi haklar ve ödevler konusunda düzenlenemeyeceğidir.²⁵ CBK'nın kanunlardan farklı olarak ikinci sınırı Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasındadır: “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez “ (AY, 104, 17-2). Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler CBK ile düzenlenemeyecektir. Yapılan düzenleme şayet idari düzenleme ise CBK ile yapılabilir, ancak temel hakların kullanımına ilişkin ise *kanunla yapılması* gerekecektir.²⁶

²⁴ AYMK, E: 2019-78, K: 2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 9.

²⁵ 1982/12-40, 66, 74.

²⁶ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 10.

Görüldüğü gibi CBK çıkarma yetkisi ile yürütme alanının tümünde yürütmeye, çeliktен örülmüş sert bir mahfuz düzenleme alanı verilmiş olmayıp, yasama organının genel düzenleme yapma yetkisi devam etmektedir.²⁷ Çıkarılmaması gereken bir alanda CBK çıkarılmışsa veya *ölçülülük, eşitlik* gibi anayasal ilkelere aykırılık varsa *anayasa yargısı* devreye konulabilir.

3.AYM'nin CBK ile ilgili olarak kendisine gelen bir dosyada gözeteceği *üçüncü sınır*, Anayasada “münhasıran kanunla düzenlenmesi” öngörülen konularda CBK'nın çıkarılamayacağı sınırdır. CBK'nın kanunlardan farklı olarak üçüncü sınırı Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılan üçüncü cümledir, yani “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (AY, 104-17, 3).” Anayasa “münhasıran kanunla düzenlenecek” şeklinde bir cümle kullanmışsa da “münhasıran” kelimesini sadece anlamında kabul etmek gerekecektir. Anayasada genellikle “kanunla düzenlenir” kavramı vardır.²⁸

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) (1934/2559), Dernekler Kanunu (2005/5253), İl İdaresi Kanunu (1949/5442), Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun (23.4.1981/2451) gibi bazı alanlarda kanunlar vardır. Bu kanunlar kaldırılmadıkça belirtilen alanlar CBK ile düzenlenemez. Çünkü anayasaya göre kanunda açıkça düzenlenmiş olan konularda CBK çıkarılamaz (AY, m. 104-17).

Sosyal ve ekonomik hak ve ödevler CBK ile düzenlenebilir. Anayasada yer alan pozitif statü hakları olan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler yani eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, özelleştirme, çalışma hayatı, sendikal haklar gibi (1982/56, 57) alanlar CBK ile düzenlenebilir ama bu pozitif statü haklar, CBK ile sınırlandırılmaz. Keza 5378 Sayılı Kanunla düzenlenen *engelli hakları* CBK ile düzenlenemez, kanunla düzenlenmiş olan haklar CBK'nın konusu olamaz. Amerika Birleşik Devletleri örneğinde görüldüğü gibi, yasama organının gecikmesi veya ihmali halinde Cumhurbaşkanı, yasamayı, kanun çıkarmaya zorlamak için CBK çıkarabilir.²⁹

Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasındaki sınırlamalarda ve ayrıca Anayasa'nın 60 kadar yerinde kanunla düzenlenmesi gereken alanlarda CBK çıkarılamaz. Buna göre Anayasamızın 13 üncü maddesi ile 42-2, 44, 46, 47, 49, 126/son, 127, 129/son, 128/son, 130, 133, 134, 136, 166/son, 135, 128/son gibi maddelerinde geçen alanlarda yani

²⁷ M. Artuk Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75, Sy. 3, ss. 19-51, Ankara, 2017, Ankara Barosu Yayını, s. 38.

²⁸ E: 2016-150, K: 2017-179, KT: 28.12.2017, par. 57. E: 2016-180, K: 2018-004, KT: 18.01.2018, par. 17. E: 2017-051, K: 2017-163, KT: 29.11. 2017, par. 13. E: 2016-139, K: 2016-188, KT: 14.12. 2016, par. 09. E: 2013-047, K: 2013-072, KT: 06.06. 2013.

²⁹ Hasan Tahsin Fendoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2019, Yıl 77, 2019/3, ss. 277-310, s. 298.

Anayasamızın 60 kadar yerinde geçen ve “kanunla düzenlenir” denilen mecralarda CBK ile düzenleneme yapılamaz³⁰.

CBK, kanunla düzenlenmiş bir mecrada çıkarılamaz. Örneğin 5018 sayılı kanunun 35 inci maddesinde ön-ödeme konusu düzenlenmiştir. 28 numaralı CBK'nın, Kültür ve Turizm Bakanı'nın yurt dışı ihalelerde bütçe dışı avansla ön-ödeme yapması, 5018 sayılı kanunun 35 inci maddesine aykırıdır. Dava konusu olan CBK kanuna aykırı olduğu için CBK'nın bu maddesi AYM tarafından 23.01.2020 tarihli karar ile iptal edilmiştir³¹ yani CBK, kanuna uymak zorundadır.

4.AYM'nin CBK ile ilgili olarak kendisine gelen bir dosyada gözeteceği dördüncü sınır, kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK'nın çıkarılamayacağı hususudur. CBK'nın kanunlardan farklı olarak dördüncü sınırı Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılan dördüncü cümledir: “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” (AY, 17-4) denilmektedir. Bu 4 üncü sınırın, 3 üncü sınırı açıklayan bir hüküm olduğu belirtilebilir.

Görüldüğü gibi Cumhurbaşkanı, doğrudan anayasadan aldığı yetki ile kanun veya Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmeyen alanlarda, yürütme yetkisine ilişkin sosyal, siyasal ve idari konularda CBK çıkarılabilir. CBK, ilk elden asli bir yetkidir, ikincil değildir. *Bununla birlikte CBK yetkisi, genel düzenleme yetkisi değildir, genel düzenleme yetkisi kanunlardadır. Münhasır düzenleme yetkisi Cumhurbaşkanına ait değil, Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir*³². Bu konuda Anayasada iki farklı kavramın kullanıldığı görülmektedir. Anayasa 8 inci maddesinde “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*” (AY, m. 8), demektedir ise de, daha yeni bir hüküm olan ve 2017 değişikliği ile gelen 104 üncü maddesinde, **görev** kavramının metine alınmadığı ve “*Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir*” (AY, m. 104), şeklinde kaleme alındığı görülmektedir. Burada Anayasamızın 8 inci maddesi ile 104 üncü maddesinin çelişkili olduğu ama *yeni* hükmün (AY., m. 104), yorum kuralları açısından, daha üstün olduğu söylenebilir.

CBK Resmi Gazete ile yayımı tarihinde yürürlüğe girer, Türkiye Büyük Millet Meclisinden onay alınmaz. Cumhurbaşkanı CBK çıkarılabilir ama Cumhurbaşkanı yardımcılıkları veya bakanların böyle bir yetkisi yoktur. Kurumların böyle bir talebi varsa, bu taleplerini (1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesine göre) “Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü” ne, burası da Cumhurbaşkanına gönderir, uygun bulunduğu kabul edilir, imzalanır ve Resmi Gazete ile yayımlanır.

³⁰ AYMK, E. 1989/4, K. 1989/23, 16.5.1989'a göre, kanun yerine KHK ile düzenlenebilir. Ancak CBK, kanun gücünde değildir.

³¹ AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); par. 20.

³² Bkz. Ardiçoğlu, 2017, s. 51.

Anayasamızın 104 üncü maddesinin 19 uncu fıkrası gereğince CBK ve yönetmelikleri, yayımdan sonraki bir tarih belirtilmemişse, Resmi Gazetede yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Anayasamızın 151 inci maddesi uyarınca CBK'nın yayımlanması şarttır. "Cumhurbaşkanı kararnamesi" denilemez, çünkü kavram kişisel değildir, makamla ilgidir.

CBK şeklindeki bir işlem, ilk kez 2017 Anayasa değişikliği ile gelmemiştir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde mahfuz alan olarak, sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşunun, CBK ile düzenleneceği şeklinde bir hüküm mevcuttu (AY, m. 107). Eski sistem döneminde bu alan yasama organı tarafından doldurulmadı. Yürütmenin bu alanı, 24 Haziran 2018 tarihli Cumhurbaşkanlığı ve milletvekilliği genel seçimi ile seçilen yeni Cumhurbaşkanı'nın TBMM önünde yemin ettiği gün olan 9 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla yeni sistemde epey arttı.

Bize göre CBK, kanun karşısında özerktir (sert olmayan bir mahfuz alandır) ancak bu özerklik kanun karşısında sadece yeni bir düzenleme yapabilme gücü olup, parlamentodan kopuk değildir. Mevcut Anayasamıza göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama organından ve kanundan bağlantısız olması (sert mahfuz alan) olduğu düşünülmemelidir.

CBK'nın "mahfuz alan" olduğu konusunda, Anayasa'da bu anlama gelebilecek herhangi bir hüküm var mıdır? Kamu hukukunda asıl olan *yorumla yetki* üretilmemesidir. Yasama yetkisi *genel, asli ve ilk-eldir*, Anayasanın 7, 8, 104/9, 123, 137/1, 138/1 gibi maddeleri açıktır. Şayet, CBK'ya kanun gücü verilirse, bu durumda, CBK'ya olağanüstü hal CBK'larının statüsünü verilmiş olur ki bu durum, Anayasaya aykırı düşer (AY, m. 119). Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasına göre, CBK'ya kanun statüsü verilemez. Aksinin kabulü durumunda olağan CBK, olağanüstü hal CBK'ya benzetilmiş olabilir ki bunun anayasal dayanağı yoktur. CBK yetkisinin yasamadan tamamen kopuk, sert, özerk ve tamamen bağımsız olduğunu söylemek mevcut Anayasaya göre (özellikle 104-17) çok zordur.

Anayasamızın 105 inci maddesinin 2 nci fıkrasının yürürlükte olduğu eski sistemdeki Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği sert, özerk-bağımsız idi ama şimdi sistem değişmiş, kişilere doğrudan veya dolaylı olarak ödev yükleyen hükümler söz konusu olmuştur. Kuvvetler ayrılığı sisteminin araçları Anayasamızda yeniden düzenlenmiş, eski sistem değişmiştir. Olağan CBK'yı sert, özerk-bağımsız ve kanuna eşdeğer kabul edersek, kanunun ve OHAL-CBK'sının, CBK'ya eşitliği söz konusu olabilir ki bu da doğal olarak Anayasadaki sınırlamalara (104/17) ters düşer.

Yeni sistemde, Anayasamızın *yasamanın genelliği* ilkesi muhafaza edilmektedir. *Yasamanın genelliği* ilkesi gereğince, Türkiye'de *ilke olarak* yürütmenin yasamadan kopuk sert bir mahfuz düzenleme yetkisi yoktur. Mesela yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, kanun, tüzük, yönetmelik veya yönerge alanını bir kanunla düzenleyebilir çünkü *yasamanın genelliği ilkesi* vardır. Anayasada *kanuni idare* ilkesi hala

muhafaza edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin istikrarlı içtihatları da böyledir.³³

Anayasa Mahkemesine açılan bir iptal davasında, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu, “kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir” cümlesinin Anayasanın 2, 8, 104 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

AYM tarafından iptal iddiasının araştırılması için öncelikle iddia olunan konunun (1) yürütme konusu olup-olmadığı irdelenmiş, (2) ikinci olarak CBK’nın sınırlarından söz eden Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının ilk 4 cümlesi açısından konu araştırılmış, (3) üçüncü olarak, Anayasanın 128/1 ve 2 nci fıkralar açısından inceleme yapılmıştır. Anayasanın 128 inci maddesinin 1 inci ve 2 fıkralarına göre, “*memur ve diğer kamu görevlileri*” kavramı ile “*asli ve sürekli kamu görevlileri*” kavramı analiz edilmiş, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu’nun kurul halinde bir varlığı olduğu, tek başına icra yetkisinin olmadığı, ayrıca başka işlerinin de olduğu, asli ve sürekli bir görev olmadığı, kanunla düzenlemeye gerek olmadığı ve CBK ile düzenlenmesinin uygun olduğu kabul edilmiştir.³⁴

CBK ile ilgili bir iddia AYM’ye geldiğinde, AYM, *ilk* olarak o konuda bir kanun olup-olmadığını araştırmaktadır. Şayet o konuda bir kanun varsa *ikinci* olarak o kanun açık mı değil mi, açıkça düzenlenmiş mi, bu duruma bakmaktadır.³⁵ AYM, bu olayda yaptığı inceleme sonucunda Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu ile ilgili iddianın reddine karar vermiştir.³⁶

CBK’ya anayasa ile verilen yetkiler, Anayasa gereği, onun, yasamadan tamamen bağımsız ve kopuk olduğu anlamına gelmez; çünkü bizzat Anayasa, *CBK ile kanun çatışmasında* kanunun tercih edileceğini açıkça belirtmiştir (AY, m. 104-17).

5.AYM’nin CBK ile ilgili olarak kendisine gelen bir dosyada gözeteceği *beşinci sınır*, CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanmasıdır. Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılan beşinci cümlesi şöyledir: “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır*” (AY, m. 104-17, 5).

2017 Anayasa değişikliği ile birçok alanda Cumhurbaşkanına *asli yetki* verilmiştir. Anayasada yazılı olan bu alanlar CBK ile

³³ AYMK, E. 2012/96, K. 2012/206, 27.12.2012; RG, Sayı 28657, Tarih 25.5.2013. Kanuni idare için bkz. Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 43 vd.

³⁴ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 21.

³⁵ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 21.

³⁶ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 21.

düzenlenebilecek ama yasama organının yetkisinin *genelliği-asliliği ve ilk el olduğu genel kuralları* yeni sistemde aynen devam edecektir.

Yeni sistemde yürütme alanı ikiye ayrılmış sayılabilir; (i) bazı şartlarla *Cumhurbaşkanı* tarafından düzenlenebilecek alan ve (ii) ancak *kanunla* düzenlenebilecek alan (AY, m. 104-17) ki bu alanda yürütme organı düzenleme yapamayacaktır³⁷.

6771 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği sonucu kuvvetler ayrılığı ilkesinin sert hale gelmesine rağmen, kuvvetler arasında çok önemli geçişlerin de olduğu görülmektedir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanının, Türkiye Büyük Millet Meclisi üzerinde azımsanmayacak yetkileri vardır. Örneğin Cumhurbaşkanı, milletvekilleri aracılığı ile *kanun teklif* edebilir (AY, m. 88); Türkiye’de *disiplinli parti* sistemi olduğu için Cumhurbaşkanı bu konuda hiçbir zorluk yaşamaz. Aynı zamanda bir *siyasi partinin lideri* de olabilen Cumhurbaşkanı bu konuda partisi aracılığı ile istediği kanunu teklif edebilir.³⁸ Yeni sistemde Cumhurbaşkanı, haftada bir Meclis’e gelip, grup toplantısı yaparak, milletvekillerine yasama çalışmaları konusunda açıklama yapabilmekte, direktif verebilmektedir. Grup toplantıları haftada bir, Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu olan tüm partiler tarafından yapılmakta, önemli televizyonlar ve medya kuruluşları tarafından canlı olarak yayımlanmaktadır (Bkz. AY, m. 104, fıkra 3 ve 4). Kendi partisinin milletvekilleri ve belediye başkanlarının saptanmasında, Cumhurbaşkanının tam yetkili olabileceği de buna eklenebilir. Bu durumda bulunan yasama-yürütme-yargı arasındaki ilişkiler, disiplinli parti anlayışı ile birlikte düşünüldüğünde, bu durumun, denge-denetim açısından sorunlu olup olmadığı tartışılmakta ve sonuçta Devletin bekası açısından yürütmenin güçlendirildiği belirtilmektedir.

Türkiye’de Cumhurbaşkanının Mecliste kabul edilip onay için kendisine sunulan kanun teklifleri üzerinde veto yetkisi vardır (AY, madde 104, fıkra 6), veto halinde teklifin yeniden kabulü için aynı yönde 301 milletvekilinin kabul oyu şarttır (AY, m. 89, fıkra 3). *Cumhurbaşkanı bu yetkisini CBK ile aynı konuda çıkarılan bir kanuna karşı da* Meclise karşı kullanabilir. ABD’de veto halinde kabul için bu oran çok daha yüksektir (2/3).

Cumhurbaşkanının bütçe kanun teklifini *Hazine ve Maliye Bakanlığı* ile *Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı* (SBB) hazırlar, Cumhurbaşkanı imzası ile Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilir (AY, m. 161-3). Cumhurbaşkanlığı hükümet Sisteminde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bütçe yoluyla CBK’yı denetlemesi, ABD’den farklı olarak daha zordur. ABD de bütçe daha güçlü şekilde denetlenmektedir³⁹.

³⁷ İçerik açısından CBK ikiye ayrılabilir; Birincisi merkez ve taşra teşkilatlarını düzenleyen *teşkilat kararnameleleri ve diğerleri* ayrıdır. İkinci ayrım, *yeni bir statüko inşa eden ve etmeyen* CBK ayrımı olabilir.

³⁸ Bütçe kanunu teklifi (AY, m. 161 fıkra 3) ile kesin hesap kanunu teklifi (AY, m. 161, fıkra 9) doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından TBMM’ye yapılır.

³⁹ Kongre, bütçe vermeyerek, maaş ve ödeme vermeyerek Başkanın kararnameyi sonuçsuz bırakmaya çalışabilir. Örnekler için bkz. V. S. Chu / T.

Bu konuda yapılan itirazlar karşısında, ABD’de bulunan uzlaşma kültürünün bizde olmadığı, ABD’de partiler arası farklılaşmanın bizimki kadar keskin olmadığı beyan edilmektedir.

Cumhurbaşkanının uluslararası antlaşma yapma yetkisi vardır. Yeni sistemde Anayasanın 90 ıncı maddesine dokunulmamıştır. İlgili kurum/birim, bütçede olduğu gibi uluslararası antlaşma konusunda da kanun teklifi hazırlayarak, Cumhurbaşkanlığına gönderir. Şayet Cumhurbaşkanlığı uygun görürse, Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderebilir. Meclis onaylamayı bir kanunla uygun bulursa (AY, m. 90-1), Cumhurbaşkanlığına gönderir. Cumhurbaşkanı, antlaşmayı onaylarsa, Resmi Gazete ile yayımlanır ve yürürlüğe girer. Cumhurbaşkanı uluslararası antlaşmayı onaylar ve yayımlar; bu yetkiler Cumhurbaşkanına aittir (AY, m. 104-11).⁴⁰

Cumhurbaşkanının, çıkarılan bir kanuna karşı AYM’ye iptal davası açma yetkisi vardır (AY, m. 150). Doğal olarak Cumhurbaşkanı, CBK’yı iptal edebilen veya CBK ile aynı konuda olan bir kanuna karşı da bu yetkisini kullanabilir. Cumhurbaşkanı, ayrıca, acil durumlarda Türkiye Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırabilir (AY, m. 93/2). ABD’de acil (olağanüstü) durumlarda Başkan, Kongre’yi toplayabilir ki, bu şekilde Kongre en son 1948’de acilen toplanmıştı.⁴¹

CBK ile kanunlar ve KHK’larda farklı hükümler bulunması halinde kanun ve KHK hükümleri uygulanır (AY, m. 104/17).

CBK ile kanunlar arasında ihtilaf çıkması halinde kanunun tercih edileceğini Anayasa açıkça belirtmektedir. CBK ile birel/bireysel işlem tesis edilerek, bireylerle ilgili işlem yapılması halinde AYM’ye vatandaş dava açamayacağı için hak kaybı yaşanacaktır. Çünkü birey, Anayasa Mahkemesine iptal davası açamaz ve hakkını arayamaz; kaldı ki TBMM, kanun çıkarsa da yapılmış olan atamayı iptal edemez. Anayasamızın lafzından CBK ile birel işlemin yapılabileceği anlamı çıkarılmamalıdır; bu durum belirttiğimiz gibi hak ihlali doğurabilir.

Cumhurbaşkanı, isterse, kendisinin veya daha önceki bir başka Cumhurbaşkanının çıkarmış olduğu CBK’yı ilga edebilir veya değiştirebilir. Cumhurbaşkanı, istiyorsa yeni bir CBK yayımlayabilir.

CBK’nın kanunlar gibi -genel ve özel (madde)- gerekçesi yoktur. CBK, kanuna göre, daha çabuk yapılabilir ve değiştirilebilir. AYM, dava konusu olan CBK’larda Cumhurbaşkanlığından 6216 sayılı kanunun 39 uncu maddesinin 4 üncü fıkrası gereği “görüş yazısı”nı sorarak gerekçeyi öğrenmeye çalışmaktadır.⁴²

Garvey, “Executive Orders: Issuance, Modification and Revocation”, *Congressional Research Service*, ss. 1-10, Washington DC, 2014, s. 10, dn 68.

⁴⁰ Uluslararası antlaşmalar konusunda bkz. 9 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmi Gazete*, 10.07.2018, Sayı 30474. “Milletlerarası antlaşmaları onaylar ve yayımlar” (AY, m. 104, fıkra 11).

⁴¹ Fendoğlu, 2019, s. 291.

⁴² AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126); par. 41; *Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı*, 2020, 6. B., s. 488.

Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sert anlamda yasamadan kopuk mahfuz alan olmadığı için yasama organı, ilan edildiği gün TBMM'e sunulan olağanüstü hal kararnamesini isterse onaylayabilir, isterse değiştirebilir veya isterse ilga edebilir (AY, m. 119/6 ve 7).

CBK ile KHK arasında ihtilaf çıkması halinde KHK'nın tercih edileceği anayasa kuralıdır. KHK, 1971 yılında 1488 sayılı kanunla, 1961 Anayasasının 64 üncü maddesi değiştirilerek hukuk sistemimize girmiştir. Bazı istisnalar dışında KHK, kanun gücündedir.

Anayasa Mahkemesi, CBK'nın öncelikle Anayasaya, kanuna ve KHK'ya uygunluğuna bakacaktır. Kararnamelerin anayasaya uygunluğunu tartışırken Anayasaya uygun birden fazla ve farklı düzenlemenin mümkün olacağını da görecektir. Anayasa Mahkemesi, CBK'nın aynı konudaki kanunlara ve KHK'lara aykırı olup-olmadığını araştıracaktır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde AYM'nin yetkisinin, Danıştay aleyhine arttığı belirtilebilir.

Normlar hiyerarşisi açısından CBK, kanunun ve KHK'nın altındadır. Olağanüstü hal CBK'ları ise, bazı koşullarla (AY, m. 119/6 ve 7 gibi) kanuna eşdeğer kabul edilebilir. CBK, normlar hiyerarşisinde kanunun altındadır; kanunu ve KHK'yı değiştiremez, kanunu ve KHK'yı ilga edemez, tüzüğe de benzemez.

Kanun ve KHK gibi CBK da Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi kılınmıştır. CBK'nın yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. CBK'nın kanuna uygunluğu konusu da Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenecek, bu durum Anayasa Mahkemesinin iş yükünü doğal olarak artıracaktır ki, bunun, Anayasa Mahkemesini, idari yargıyla meşgul etme riski bulunmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu'nun mali haklarının Cumhurbaşkanlığı'nca belirlenmesinin Anayasa'ya uygun olmadığı konusunda açılan davada AYM, *CBK'nın KHK'ya uymak zorunda bulunduğunu, KHK'nın normlar hiyerarşisinde CBK'nın bir üst sırasında bulunduğunu belirtmiştir.*⁴³ 375 sayılı KHK, ek 30 uncu maddesinde Cumhurbaşkanı'nın mali konuları düzenlemede yetkili olduğunu belirttiğinden AYM'ye açılan davada iddialar Anayasa'nın 104'üncü maddesine aykırı görülmemiştir.

Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu ile ilgili olarak AYM'deki dava dosyasına *karşı görüş* yazan üye Arslan, Yüksek İstişare Kurulu üyelerine aylık verildiğini, bu nedenle bu alanın temel hak ve özgürlükler (mülkiyet hakkı) alanı olduğunu ve bu nedenle CBK ile düzenlenemeyeceğini belirtmiştir. Üye Hakyemez, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kuruluna maaş verilmesinin Anayasamızın 104 üncü maddesinin 2 nci cümlesine aykırı olduğunu, düzenlemenin mülkiyet hakkı alanında olduğunu belirtmiştir. Üye Yıldırım, *104 üncü maddede yazılı sınırlamaların 4 özel madde için de geçerli olduğunu ve sınırlamaların bu 4 alanda dahi uygulanması gerektiğini anlatmıştır.* Üye Yıldırım,

⁴³ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 37.

Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu konusunun mülkiyet hakkı ile bağlantılı olduğunu ve münhasıran kanunla düzenlenmesinin şart olan bir alan olduğunu bildirmiştir.⁴⁴ Üye Kuz, Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu alanında yapılan CBK düzenlemesinin *belirsiz olduğunu* ayrıca Anayasamızın 128 ve 129 uncu maddesine aykırı düştüğünü, *memur olmayanın* Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu üyesi olamayacağını, Anayasamızın 166 ncı maddesinde yazılı Ekonomik ve Sosyal Konsey'in Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kuruluna benzetilmesinin yanlış olduğunu, bütçe ve vergi hakkının kanunla düzenlenebileceğini belirtmiştir. Üye Kuz'a göre Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu konusunda yapılan CBK, *hukuk devleti ilkesine, hukuki güvenliğe, belirlilik kavramına aykırıdır; bir CBK, açık, net, anlaşılır ve nesnel olmalıdır.*⁴⁵

6.AYM'nin CBK ile ilgili olarak kendisine gelen bir dosyada gözeceği *altıncı sınır*, TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, CBK'nın hükümsüz hale gelmesi sınıridir. CBK'nın kanunlardan farklı olarak altıncı sınırı Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılan *altıncı cümle*dir, yani, "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*" (AY, 104-17, 6). TBMM aynı konuda kanun çıkarırsa CBK hükümsüz hale gelir.

Kanaatimize göre Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılı olan CBK ile ilgili *genel sınırlamalar*, Anayasamızda özel olarak düzenlenen 4+1 konuları için *sınır değildir*. 4+1 mecrası özel olarak düzenlenmiş olup, 104 üncü maddenin sınırlarına tabi tutulamaz. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki sınırlamaları, 4+1 konulara uygulayamayız; çünkü bu alanlarda Cumhurbaşkanına özel olarak yetki verilmiştir. Neticede 4+1 mecrası Anayasamızın 17 inci fıkrasındaki genel yetkiden farklı olarak tam bir mahfuz alandır.

AYM'ye intikal eden Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu davasında karşı görüş yazan Üyelere göre⁴⁶, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının sınırlamaları, özel 4 konu için geçerli değildir. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının sınırlamaları sadece genel yürütme için mümkün olabilen sınırlardır. Özel 4 konu ile Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasının bir alakası yoktur ve Anayasamızın geçici 21 (B) maddesi, bu görüşü desteklemektedir.

Burada 4+1 konusu üzerinde de durmak gerekecektir.

III.CBK'NİN ÇIKARILACAĞI 4 ASLİ VE TAM ÖZERK ALAN:

1.Anayasaya göre, CBK ile düzenlenebilecek *birinci özel alan*, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 9 uncu fıkrasına göre, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esasların CBK ile

⁴⁴ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126), par. 6, 7, 9.

⁴⁵ AYMK, E: 2019-78, K:2020-6, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126).

⁴⁶ Bkz. AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020 (RG. 13 Mayıs 2020, Sy. 31126).

düzenlenmesidir. Üst kademe yöneticilerinin doğrudan atanmasına ilişkin usul ve esaslar CBK ile düzenlenir. Üst kademe yöneticilerin atanmasına ilişkin usul ve esasların CBK ile düzenlenmesi ve bürokratların Cumhurbaşkanınca atanması ile hızlı icraat, bürokratik gecikmenin olmaması, performansın önemi ile ehliyet ve liyakat amaçlarının hedeflendiği anlaşılmaktadır. 104 üncü maddenin bu fıkrası ile Cumhurbaşkanına geniş takdir yetkisi verilmiştir. Anayasa'nın 104 üncü maddesinin 9 uncu fıkrası üst düzey bürokrasi ile ilgili *atamaların usul ve esası*, Anayasa'nın 128 inci maddesi ise bunların *yetiştirilmesi* ile ilgilidir. Anayasamızın 128 inci maddesinde geçen *eğitim* konusunda kanuni düzenleme yapılmadığı için yürütme organı bu konuda CBK çıkararak, Türkiye Büyük Millet Meclisini kanun yapmaya zorlayabilir ama kanunla düzenlenmesi belirtildiği için, bu konuda CBK değil kanun çıkarılmalıdır. *Atamanın usul ve esası* CBK ile, bu kişilerin *yetiştirilmesi* ise kanunla düzenlenecektir.

3149 sayılı Üst Kademe yöneticileri ilgili kanun Anayasa Mahkemesi tarafından 1985 yılında iptal edilmişti.⁴⁷ Bu kanun daire başkanı ve daha üst bürokratları '*üst kademe*' olarak kabul etmişti.

Üst kademe yöneticilerin atanmasını yürütme ile parlamentonun paylaştığı ülkeler, ABD, Brezilya,⁴⁸ Kenya, Uruguay gibi ülkelerdir. Türkiye'de ise Cumhurbaşkanı, resen atama yapabilir ve resen azledebilir (AY, m. 104-9).

2.CBK'ya tahsis edilen *ikinci özel alan*, Anayasamızın 106 ncı maddesinin son fıkrasına göre, bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarının CBK ile düzenlenmesidir. Gerekçeye göre, teşkilat düzenlemeleri CBK ile yapılacak, TBMM, gerçek yasama ve denetim ile ilgilenecektir; kurumların düzenlenmesinin CBK ile yapılmasının nedeni, yapısal dönüşümü sağlamak, benzer iş yapanları birleştirmek, yenilik ve yeni teknoloji ile uyumu sağlamaktır. Buna göre, bakanlıkların merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatlarının kuruluşu kanunla değil CBK ile olacaktır. Anayasamızın 106 ncı maddesinin son fıkrasına göre, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması CBK ile düzenlenir.⁴⁹ Anayasamızın 126 ncı maddesine göre, "*Merkezi idare kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının; kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*" denilmekte ve böylece yürütme yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanı, kendisine bağlı devletin merkezi idaresini kararname ile düzenlemeye sahip olabilmektedir. Bakanlıkların kuruluşunun CBK ile yapılması, Cumhurbaşkanının asli ve mahfuz yetkisidir.⁵⁰

⁴⁷ AYMK, E. 1985/3, K. 1985/8, 18.6.1985; *Resmi Gazete*, Sayı 18902, Tarih 18.10.1985.

⁴⁸ Brezilya, Meksika, Peru ve Bolivya'da bakanlar, Başkanlık kararnamelerini imzalamaktadır; Okşar, 2018, s. 81.

⁴⁹ Bkz. 10.06.1949 tarihli ve 5442 sayılı *İl İdaresi Kanunu*. Türkiye'de 81 il (2003), 921 ilçe (2017) vardır.

⁵⁰ Ancak bu, yasamanın genelliği ilkesi ile çelişir; Ergun Özbudun, 2017, s. 250-251.

Yeni dönemin en önemli sorunlarından biri bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarının nasıl ve hangi şekilde düzenlenebileceği idi. Başbakanlık ve bakanlıklar kanun veya KHK ile kurulmuştu; CBK'nın ise kanun ve KHK'ya ilga etme gücü yoktu. CBK'nın bu alanı düzenlemesi için belirtilen kanun ve KHK'lerin ilgası gerekiyordu. Bu nedenle Bir Numaralı CBK ile Ülkenin merkez ve taşra teşkilatı düzenlenmeden bir gün önce 9 Temmuz 2018 tarihinde 233 maddeden oluşan 703 sayılı KHK çıkarılmış⁵¹ daha sonra Bir Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilga edilecek kurumların teşkilat yapısı ilga edilmiştir. Siyaset literatürüne yeni giren bir kavram ile "*havada ikmal*"⁵² yapılmıştır. Yani kanun ve KHK ile kurulan Devlet teşkilat eski yapısı 9 Temmuz 2018 tarihinde KHK ile ilga edilmiş, bir gün sonra 10 Temmuz 2018 tarihinde *yeni Devlet teşkilat yapısı* CBK ile yürürlüğe konulmuştur. 10 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete ile *ilk üç CBK* yayımlanmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa Mahkemesi, Kamu Denetçiliği Kurumu, Yargıtay, Danıştay, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Danıştay, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Atatürk, Kültür, Dil, Tarih Yüksek Kurumu, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve Diyanet İşleri Başkanlığı gibi kurumlar CBK ile değil, kanunla düzenlenir; çünkü bakanlıklara bağlı, onlarla ilgili veya ilişkili değildir.⁵³ ABD'de idarenin teşkilatlanmasında ve görevlerinde Kongre yetkilidir. Kaldı ki ABD'de Kongre, uygun bulmadığı Başkanlık kararnamelerini iptal edebilir.⁵⁴

3.CBK'nın düzenleyebileceği *üçüncü özel alan* Devlet Denetleme Kuruludur (DDK). DDK'nın işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri CBK ile düzenlenir (AY, 108-son).⁵⁵ Yeni sistemde DDK'ya icrai yetki verilmiş ve yetki alanı hayli genişletilmiştir.

4.CBK'nın düzenleyebileceği *dördüncü özel alan* Milli Güvenlik Kurulu (MGK) alanıdır; MGK Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri CBK ile düzenlenir (AY, 118-6).⁵⁶

CBK'nın düzenleyebileceği *seçimlik özel alan*, kamu tüzel kişiliği kurulması alanıdır. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Anayasada "*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulur.*" denilmekte iken yeni sistemde "*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur.*" (1982/123) denilmektedir. Buna

⁵¹ Resmi Gazete, 09 Temmuz 2018/30473 Üçüncü Mükerrer. CBK, onay için TBMM'ye sunulmaz. CBK ve KHK, RG'de yayım ile yürürlüğe girer. CBK, tüzüğün üzerindedir. CBK ve tüzük RG'de yayım ile yürürlüğe girer. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi taleple bağlıdır ama talebin gerekçesiyle bağlı değildir.

⁵² Bir uçağın havada iken yakıt almasına *havada ikmal* denilmektedir.

⁵³ Bkz. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10.07.2018, Sy. 30474.

⁵⁴ Çolak, Ç. D. (2017). s. 61.

⁵⁵ DDK için bkz. 5 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10.07.2018, Sy. 30474.

⁵⁶ MGK için bkz. 6 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10.07.2018, Sy. 30474.

göre, kamu tüzel kişiliği, kanunun yanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilecektir (AY, m. 123-3). Bu konuda seçimlik bir yapı söz konusudur. Anayasa koyucu burada *daha açık bir anlatım yöntemini* seçmiştir.

SONUÇ:

2017 Anayasa değişikliği ile birçok alanda Cumhurbaşkanına asli ve mahfuz yetki verilmiştir. Anayasada yazılı olan bu alanlar CBK veya Cumhurbaşkanlığı kararı ile düzenlenebilecektir. Yasama organının yetkisinin genelliği-asliliği ve ilk el olduğu genel kuralları yeni sistemde devam etmektedir.

ABD Anayasasında başkanlık kararnamesinin kapsamı ve alanı, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki kadar açık ve net değildir. ABD’de başkanlık kararnamesi, Kongre karşısında mahfuz alan değildir ama Kongre veya Federal Yüksek Mahkeme fazla müdahale etmemektedir. ABD başkanının dış ilişkiler, ulusal güvenlik ve terörle mücadele konularında geniş bir düzenleme alanı vardır. İdarenin teşkilatlanması ve görevlerinde esas olarak Kongre yetkilidir. Kongre, uygun bulmadığı başkanlık kararnamelerini iptal etmek güç ve imkânına sahiptir. ABD’de Kongre’nin iptal ettiği Başkanlık kararnamelerinin oranı % 3.8 civarındadır. FYM, siyasi sorunlarda, başkanın anayasal yetkisini aşmadığı ve yasamaya müdahale etmediği sürece başkanlık kararnamelerini etkin şekilde denetlememektedir. ABD’de FYM de Kongre gibi, başkanlık kararnamelerini “siyasi sorun” olarak karşılamakta, nadiren müdahale etmektedir.⁵⁷

Yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanının CBK çıkarma genel yetkisi vardır. Bu genel yetki için, CBK’nın içeriğinin Anayasaya uygun olsa da 17 inci fıkradaki sınırlamalara uyması şarttır. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında bulunan sınırlamalara konu bakımından yetki kuralları denir. CBK’nın hem konu, hem de içerik bakımından Anayasaya uygunluk denetimi yapılır. Kanunda açıkça düzenlenmiş olan konularda CBK çıkarılmaz.

Anayasa Mahkemesi, CBK ile ilgili bir dosyada, öncelikle Anayasanın tümü açısından aykırılık incelemesi yapacak, daha sonra Anayasanın CBK ile ilgili genel sınırlamalardan söz eden 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki sınırlamalar açısından konuyu inceleyecektir. Cumhurbaşkanının, Anayasamızda belirtilen dört konuda düzenleme yapabilme yetkisi, kendisine özel olarak verilmiş bir yetki olduğundan dolayı asli ve özerk yetkisi vardır.

CBK, gücünü kanundan değil, doğrudan Anayasadan alır. *Yasama yetkisinin asliliği*, yasama organının, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla istediği düzenlemeyi yapabilmesidir. *Yürütme yetkisinin asliliği* farklı olup, anayasaya, kanun ve kanun hükmünde kararnamelere aykırı olmadan ama bir kanuna dayanmadan belirli alanlarda düzenleme yapabilmesidir.

⁵⁷ Fendoğlu, 2019, s. 302.

Cumhurbaşkanı, doğrudan anayasadan aldığı yetki ile kanun veya KHK ile düzenlenmeyen alanlarda, belirli kısıtlamalarla, yürütme yetkisine ilişkin sosyal, siyasi ve idari konularda CBK çıkarabilir. TBMM çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı, aynı siyasi eksenden veya farklı eksenden olması ile CBK etkisinin de farklı olacağı açıktır. Kuşkusuz ki, çıkarılmaması gereken bir alanda CBK çıkarılmışsa veya ölçülülük, eşitlik gibi anayasal ilkelere aykırılık varsa siyasi denetim (TBMM) veya yargı denetimi (AYM) mümkündür. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda farklı kanun çıkarması durumunda, CBK hükümsüz hale gelir. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen ve kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. Cumhurbaşkanı, kendisinin veya daha önceki Cumhurbaşkanlarının düzenlediği bir CBK'yı değiştirebilir veya ilga edebilir.

Anayasamızdaki CBK ile ilgili düzenlemeleri ikiye ayırabiliriz:

Birincisi, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında geçen CBK'nın genel düzenleme yetkisidir. Burada geçen 6 cümleyi genel düzenleme yetkisi için sınırlama olarak kabul etmek mümkündür. CBK'nın genel düzenleme yetkisinin olduğu alanlarda asli ve özerk mahfuz alan olduğunu söyleyebiliriz; ancak bu yetkinin Meclisten tamamen kopuk ve bağlantısız olduğunu söylemek zordur. CBK, kanun karşısında özerktir (sert olmayan bir mahfuz alanıdır) ancak bu özerklik kanun karşısında yeni bir düzenleme yapabilme gücü olup, parlamentodan kopuk değildir. Mevcut Anayasamıza göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasama organından ve kanundan bağlantısız olması (sert mahfuz alan) olduğunu düşünmek zordur.

İkincisi 4 özel alanıdır. Bu 4 alan özel bir düzenleme alanıdır. 104 üncü maddenin 17 nci fıkrasındaki sınırlar genel düzenlemeler için olup, 4 özel alan için değildir. Bu özel alanda kanun da yoktur. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında geçen sınırlamalar, özel 4 konu için de geçerli değildir çünkü buradaki sınırlamalar, bu 4 özel konunun mahiyetine uymamaktadır. 4 özel alan sadece CBK ile düzenlenir, bu özel alanlar Cumhurbaşkanı için asli ve özerk alanıdır. Bu özel alanlarda kanun yapılamaz. Seçimlik olan bir alanda ise kanun veya CBK yapılabilir.

Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında yazılı olan CBK ile ilgili genel sınırlamalar, özel olarak düzenlenen 4 özel konu için sınır değildir; bu alanlar özel olarak düzenlenmiş olup, 104 üncü maddenin sınırlarına tabi değildir.

KAYNAKÇA

Ardıçoğlu M A, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Cilt 75, Sayı 3, ss. 19-51, Ankara, 2017.

Atay E E, İdare Hukuku, Ankara, 2018, Seçkin Yayınları.

Başgil A F, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Baha Matbaası, 1. Fasikül, İstanbul, 1960.

Bradley A W/Ewing K D, Constitutional and Administrative Law, 13th Edition, Pearson-Longman, England, 2003.

Chu V S/Garvey T, Executive Orders, “Issuance, Modification and Revocation”, Congressional Research Service (CRS), 2014, ss. 1-10, https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/1262/ (s.e.t.: 22.12.2018).

Contrubis J, Executive Orders and Proclamations, 1999, CRS Report for Congress, ss.1-26. <https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf> (s.e.t.: 22.12.2018).

Covington M, Executive Legislation and the Expansion of Presidential Power, Humanities and Social Science, Spring 2012, Cilt 8, ss. 1-8.

<https://ejournals.library.vanderbilt.edu/index.php/vurj/article/view/3556> (s.e.t.: 22.12.2018).

Çolak Ç D, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, Stratejik Public Management Journal, 2017, Vol. 3, Special Issue, ss. 51-65. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/395026> (s.e.t.: 22.12.2018).

Devlet Personel Başkanlığı, ABD Kamu Yönetimi ve Kamu Personel Sistemi, Ankara, 2016, Devlet Personel Başkanlığı Yayını.

Emanuel S L, Constitutional Law, Twenty-Ninth Edition, New York: Published by Wolters Kluwer Law and Business in New York.

Fendoğlu H T, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 77, Ankara, Sayı 2019/3, ss. 277-310.

Fleishman J L/Aufses A H, Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation, Law and Contemporary Problems, 1976, Cilt 40, Sayı 3, ss. 1-45, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article> (s.e.t.: 22.12.2018).

Forte D F, “Pocket Veto” (Art. I, Sect 7, Cl. 2), The Heritage Guide to the Constitution, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, 2005, ss. 89-91.

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

Kaboğlu İ Ö/Sales E, Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku, Çevirmen ve Editör: İrem Berksoy, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2018.

Lawson G, "Due Process Clause", The Heritage Guide to the Constitution, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, 2005, ss. 337-341.

Morlan R L, American Government, Policy and Process, Second Edition, USA, Boston, 1975.

Neil B A, (ty). Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation, Journal of Criminal Justice Research, <http://www.aabri.com/manuscripts> (s.e.t.: 22.12.2018).

Nomer M, ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

Oksar M, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Redlich N/Attanasio J/Goldstein J K, Understanding Constitutional Law, Third Edition, New York, 2004, LexisNexis Publication.

Söyler Y, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Seçkin Yayınları Ankara, 2018.

Teziç E, Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2017.

Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı, 6 ncı Baskı, Ankara, 2020, Adalet Yayınevi, (Anayasa Hukukçuları Derneği Yayımı).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri), Ankara, 2014, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayını.

Trump D J, Executive Orders, Wikisource, The Free Online Library, 2018, (https://en.wikisource.org/wiki/Author:Donald_John_Trump/Executive_Orders), ss. 1-5, (s.e.t.: 22.12.2018).

Tunç H, Türk Anayasa Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara, 2018.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI:

AYMK, E: 1965/16, K: 1965/41, KT: 06.07.1965; Resmi Gazete, Sayı 12142, Tarih 4.11.1965.

AYMK, E: 1985/3, K: 1985/8, KT: 18.6.1985; Resmi Gazete, Sayı 18902, Tarih 18.10.1985.

AYMK, E: 1989/4, K: 1989/23, 16.5.1989.

AYMK, E. 2012/96, K: 2012/206, KT: 27.12.2012; Resmi Gazete, Sy. 28657, Tarih 25.5.2013.

AYMK, E: 2013-047, K: 2013-072, KT: 06.06. 2013.

AYMK, E: 2016-139, K: 2016-188, KT: 14.12. 2016.
AYMK, E: 2016-140, K: 2017/092, KT: 12.04.2017.
AYMK, E: 2016-150, K: 2017-179, KT: 28.12.2017.
AYMK, E: 2016-180, K: 2018-004, KT: 18.01.2018.
AYMK, E: 2017-033, K: 2019/020, KT: 10.04.2019.
AYMK, E: 2017-051, K: 2017-163, KT: 29.11. 2017.
AYMK, E: 2018-125, K:2020-4, KT: 22.01.2020, Resmi Gazete,13
Mayıs 2020, Sy. 31126.
AYMK, E: 2019-31, K:2020-5, KT: 23.01.2020, Resmi Gazete, 13
Mayıs 2020, Sy. 31126.
AYMK, E: 2019-78, K: 2020-6, KT: 23.01.2020; Resmi Gazete, 13
Mayıs 2020, Sy. 31126.

KISALTMALAR:

AY: Anayasa.
AYM: Anayasa Mahkemesi.
AYMK: Anayasa Mahkemesi Kararı.
CBK: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi.
E: Esas No.
FYM: Federal Yüksek Mahkeme (ABD).
KHK: Kanun Hükmünde Kararname.
K: Karar No.
KN: Karar numarası.
KT: Karar Tarihi.
Par.: Paragraf.
RG: Resmi Gazete.
S.: Sayı.
s.: Sayfa.
s.e.t.: Son Erişim Tarihi.
TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI YÖNÜNDEKİ UYGULAMA VE HUKUKİ DÜZENLEMELERİN ORTAYA ÇIKIŞI

Practice on the Protection of Personal Data and Emergence of Legal Regulations

Prof. Dr. Faruk BİLİR*

Öz: Dijitalleşmenin hızla ilerlediği dönemin mevcut ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkan kişisel verilerin korunması kavramı, hukuk sistemlerinin süzgecinden geçerek temel bir insan hakkı olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bilimsel ve teknolojik gelişmelerden ayrı ele alınamayacak bu hak, özel hayatın gizliliği çatısında kendine yer edinse de günümüzde artan önemi sonucu ayrı bir Kanun ile düzenlenme yoluna gidilmiştir. Bu çalışmada, kişisel verilerin korunması hakkının hukuki düzenlemelerde ortaya çıkışı ülkemizdeki uygulama temel alınarak açıklanmaya çalışılmış, bu hakkın önemi ve gelişimi 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun sistematiği doğrultusunda ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Verilerin Korunması, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, İlgili Kişi

Abstract: The concept of protection of personal data has emerged in line with the current needs of the era in which digitalization is rapidly advancing. It has started to be accepted as a basic human right by passing through the filter of legal systems. This right, which cannot be separated from scientific and technological developments, first took its place in the framework of the right to privacy. Today, as a result of its increasing importance, it has been regulated by a separate Code which called The Personal Data Protection Law. In this study, the importance of the right to protection of personal data in legal regulations has been tried to be explained on the basis of the practice in our country. The importance and development of this right has been revealed in line with the systematic of the Code.

Keywords: Protection of Personal Data, The Personal Data Protection Law, Right to Protection of Personal Data, Data Subject

* Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanı, farukbilir@hotmail.com.

Makale Geliş Tarihi: 11.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 02.11.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391733

GİRİŞ

Her ne kadar kişisel verilerin hukuki koruma altına alınması yeni ise de tarih boyunca bireylerin var olduğu her halde, kişisel verilerin de var olduğunun kabulü gerekir. Kişisel veri kavramının günümüzdeki “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” şeklindeki tanımından hareketle insan olgusunun içinde mutlaka kişisel veriyi de barındırdığı görülmektedir. Zira insanın olduğu yerde o insana ait şahsi bilgilerin de olacağı muhakkaktır. Fakat başlangıçta, bu mevcudiyete ilişkin farkındalık yahut bu bilgileri korumaya ihtiyaç duyulmasa ya da bu ihtiyacın yeterince bilincinde olunmasa da zamanla; mektupların mühürlenerek gönderilmesi, devletler arasında yapılan haberleşmelerin şifrelenerek veya eğitimli ulaklar vasıtasıyla gerçekleştirilmesi gibi gizlilik ve güvenlik ihtiyacını gösteren bazı istisnâ uygulamaların ortaya çıktığına şahit olunmuştur.

Milattan öncesine kadar uzanan tarihi süreçte kişilerin mahremiyet alanına dâhil olan bazı kişisel verilerin korunması konusunda, somut hukuki düzenlemelere yansımada “mesleki ahlak kuralı” olarak hastaların kişisel verilerinin korunması yönündeki uygulamalara rastlanmaktadır. Hekimler, tarihin çok eski zamanlarından beri günümüzde de benzer versiyonları devam eden “Hipokrat yemini” etmekteydiler. Yaklaşık 2400 yıl öncesine ait olduğu belirtilen bu yemin metninde, hekimler, “*Gerek hastanın tedavisi sırasında gerekse tedavi dışında olsun gördüğüm ve duyduğum (ama) dışarıda konuşulmayacak olan insanların tasarrufundaki şeyleri saklayacak ve buna benzer şeyleri konuşmayacağım*” demek suretiyle hastaların kişisel verilerini başkaları ile paylaşmayacakları yönünde vaatte bulunmakta ve bu yönde tanrıya yemin etmektedirler.¹

Diğer yandan insanoğlunun var olduğu hemen her dönemde, değişen kapsamlarda ve etkinlikte bazı dinî, ahlaki, teamülî vb. kurallar çerçevesinde kişisel mahremiyete dâhil bazı bilgilerin başkaları tarafından bilinmemesi gerektiği yönünde inançlar söz konusu olmuştur.

Bu istisnâ fiili uygulamalar bir yana bırakılacak olunursa, yakın zamanlara kadar kişisel verilerin korunması yönünde sistematik hukuki ve kurumsal düzenlemelere gidilmemiştir. Bugünkü anlamıyla “kişisel verilerin korunması hakkı” kavramı, bilgi ve iletişim teknolojileri ile bilgisayar alanında yaşanan baş döndürücü gelişmelerle birlikte 1960’lı yıllarda ön plana çıkmıştır. Bilgi ve iletişim teknolojileri alanında bir kısmı ülkesel bir kısmı da küresel ölçekte meydana gelen devasa gelişmeler karşısında kişisel verilerin gizliliğinin güvence altına

¹ Bu yeminin Arapça ve Türkçe metni için bkz. İlyas Altuner, “Hipokrat Yemini”, S. 7, Nisan 2015, İğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 1-7, s. 4. Ayrıca Hipokrat yemininin Antik Yunanca, Türkçe ve Ibn Ebî Usaybî’nin *Uyünü’l-Enbâ fi Tabakâti’l-Etibbâ’* adlı eserinde yer alan Arapça metni için bkz. Önder İlgili/Serap Şahinoğlu/Ahmet Aciduman/Kemal Tuzcu/Şehriyar Şems, “İslam Dünyasında Hekim Andı Uygulaması Ve Hipokrat Andı’nın İzleri (İslam Dünyasında Hekim Andı)”, C. 6, S. 3, 2016, Lokman Hekim Dergisi, ss. 137-149, s. 138-140.

alınmasına yönelik hukuki ve teknik alt yapının sağlanması konusundaki yetersizlikler, kişisel verilerin korunması hakkında sürekli yeni önlemlerin alınması konusundaki çalışmalara hız kazandırmıştır.² Veri Koruma Kanunu ise ilk defa 1970 yılında Almanya'nın Hessen eyaletinde yürürlüğe girmiştir.

I. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI VE BU HAKKI LÜZUMLU KILAN SEBEPLER

Mahremiyet ve özel hayatın gizliliği hukuksal çıkarı kapsamında üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biri, “kişisel verilerin korunması hakkı”dır.³ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesi ile güvence altına alınan “özel hayat” kavramının kapsamına giren en önemli konulardan biri de kişisel verilerdir. Özel hayat kavramının geniş yorumlanması gerektiğini düşünen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bir kişinin özel hayatı ile ilgili veri toplanmasını, bu verilerin saklanmasını ve kullanılmasını Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.⁴

Kişisel verilerin korunması, temel bir insan hakkıdır.⁵ Kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ile yakından ilişkilidir. Çoğu ülkede özel hayatın gizliliği hakkının, kişisel verilerle ilişkili bir şekilde tanımlandığı, bu iki hak arasındaki bağlantının, kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliği hakkının kendine has özelliklerini içinde barındıran bir türü olduğu şeklinde ortaya konulduğu görülmektedir.⁶ AİHS'nin 8. maddesinde kişisel verilerin korunmasına dair açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak AİHM içtihadıyla bu hak, 8. maddenin muhtevasına dâhil edilerek özel hayata saygı hakkı alt-kategorisi kapsamına yerleştirilmiştir.⁷ Nitekim AİHM'ye göre de kişisel verilerin korunması, kişinin özel yaşama saygı hakkını kullanabilmesi bakımından hayati önemdedir.⁸ Buradan hareketle negatif statü hakları kapsamına dâhil olan kişisel verilerin korunması hakkının, özel hayatın

² Berrak Yılmaz, “Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2019, s. 119.

³ Gülay Arslan Öncü, Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2019, s. 79

⁴ Yaşar Salihpaşaoğlu, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, C. XVII, S. 3, 2013, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 227-266, s. 244.

⁵ Süleyman Yılmaz/Gökçe Filiz Çavuşoğlu, Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 23.

⁶ Aydın Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, Ankara, 2016, s. 85.

⁷ Öncü, s. 79.

⁸ Z. v. Finland, Appl. No: 22009/93, 25/02/1997, § 95.

gizliliği hakkına dayandığı söylenebilir.⁹ Özel hayatın gizliliği insanın şahsiyetinin korunmasında önemli bir araçtır. Kişisel verilerin korunması, gerçek kişilerin, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı ve kişinin sırf kişi (insan) olduğu için sahip olduğu haklardan biridir.¹⁰ Kişisel verilerin de dâhil olduğu kişinin özel hayat hakkı, herkesin kendisi, ailesi ve mesleğiyle alakalı olup başkalarının öğrenilmesini istemediği bilgilerin, verilerin gizliliğini içeren; bu verilerin sahibi olan kişilerce herkese karşı ileri sürülebilen, hukuken teminat altına alınmış bir haktır.¹¹

Kişisel verilerin korunması hakkıyla aslında ilişkili olduğu kişilerden bağımsız olarak “veri”lerin kendisi değil, bu verilerin ilişkili olduğu “kişi”lerin korunması amaçlanmaktadır. Bu vesileyle kişisel verilerin korunmasının çıkış noktasını bireylerin korunması arzusu teşkil etmektedir.¹²

Kişisel verilerin korunmasını da içerecek şekilde özel hayatın hukuki düzenlemelere konu edilmesindeki temel amaç; insan kişiliğinin hür ve serbest bir şekilde gelişmesine imkân vermek, hak sahibi kişiye, kendisi ve yakınları ile baş başa kalabileceği, devletçe ve başka kişilerce rahatsız edilemeyeceği özerk bir alan sağlamaktır. Özel hayatın korunması insanın şeref ve haysiyetinin korunmasında önemli bir araçtır.¹³ Bir devlet, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, insanların kişiliklerini geliştirebilecekleri, maddi ve manevi varlıklarını diledikleri gibi şekillendirebilecekleri, geliştirebilecekleri ve yönlendirebilecekleri bir alan olan ve kişisel verileri de içeren kişilerin özel hayatlarının gizliliğini tanımak ve korumakla yükümlüdür.¹⁴

⁹ Doğan Kılınç, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, C. 61, S. 3, 2012, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1089-1169, s. 1099. Her ne kadar Jellinek’in bu klasikleşmiş hak tasnifinde kişisel verilerin korunması hakkı ilk bakışta negatif statü hakları sınıfına girse de hakkın gelişim süreci dikkate alındığından pozitif statü hakkı niteliği taşıdığını da belirtmek gerekir. Bu doğrultuda devlet gerek negatif yükümlülükleri kapsamında hakkın kullanımı ve gerçekleşmesine engel olmamalı, saygı göstermeli gerekse pozitif yükümlülükleri kapsamında hakkın gerçekleşmesi için etkin bir rol üstlenerek hukuki alt yapıyı sağlamalı, idari ve yargısal koruma sağlamalı, temel hakların yatay etkisi kapsamında 3. kişilerin de hak ihlalini önleyecek mekanizmaları kurmalıdır.

¹⁰ Cem Baygın, Soybağı Hukuku, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 314.

¹¹ Hamdi Yaver Aktan, “Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam”, Ankara, 2008, TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması Paneli, s. 12.

¹² Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 13; Aydın Akgül, “Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Kocaeli, 2013, s. 25.

¹³ Ergun Özbudun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1997, s. 265; Kılınç, s. 1099.

¹⁴ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 465; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray

Bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen baş döndürücü gelişmelerden dolayı, kişisel verilerin de içine dâhil olduğu kişilerin mahremiyet alanı hariçten gelen saldırıların en büyük hedefi haline gelmiş ve bu sebeple modern zamanlardaki en önemli insan haklarından biri haline gelerek insan haklarının korunmasında anahtar bir değere sahip olmuştur.¹⁵

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin küresel ölçekte yaygınlaşarak günlük hayatta daha fazla yer alması ile “bilgi”, tarihin önceki dönemlerine göre çok daha fazla değer kazanmaya başlamıştır. Bilginin toplumun her tür ekonomik ve sosyal faaliyetinde artan şekilde kullanılabilir hale gelmesi, bu bilgilerin hızlı, güvenli ve uygun maliyetlerle iletilmesini gerekli hale getirmiş; ekonomik ve sosyal alanda yaşanan bütün bu değişimler “bilgi toplumu” kavramı ile ifade edilmeye başlanmıştır. Söz konusu bilgilerin iletimi, saklanması, değiştirilmesi, sınıflandırılması ve aranmasına ilişkin alternatiflerin artışı, özellikle bireyi tanımlayan ve belirleyen kişisel bilgilerin, hak ve hürriyetlere zarar vermeksizin korunması gerekliliğini gündeme getirmiştir.¹⁶

Kişisel verilerin korunması ihtiyacını tetikleyen etkenlerin en başında teknolojik gelişmeler yer almaktadır.¹⁷ Bilgisayar ve internet teknolojisinin insanoğluna sağladığı en büyük imkânlardan biri de en kısa süre içerisinde en hızlı yoldan olabildiğince çok sayıda veriye ulaşabilmektir. Özellikle internet sayesinde, bir bilgi, çok kısa bir süre içerisinde bütün internet kullanıcılarının erişimine hazır hale gelebilmektedir. Bir kişi ile alakalı bir bilgiye, internette yer aldıktan sonra milyarlarca kişi, internet ortamına girerek ulaşabilmektedir. Bu durum, kişisel verilerin internet çağında meydana gelen tehlike ve tehditlere karşı korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.¹⁸

Bütün bu suiistimaller, riskler, tehlikeler, bunlara bağlı olarak yaşanabilecek olumsuzluklar ve kaygılar sebebiyle, kişisel verilerin korunması amacıyla hukuki düzenlemeler yapılmıştır.¹⁹ Bu endişelerin giderilmesi yönündeki ihtiyaca bağlı olarak ülkeler bazı özellikleri haiz kişisel verilerin korunmasını amaçlayan kanunları kabul ederek yürürlüğe koymaya başladılar.

Devletleri kişisel verilerle alakalı düzenleme yapmaya iten sebeplerden birisi elektronik ticaretin desteklenmesidir. Birçok ülke

Doğan/Pınar Bacaksız/İlhan Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015, s. 524.

¹⁵ Hilmiye Arslan, “Amerika ile Avrupa Birliği Hukuki Düzenlemelerinin Gizlilik Haklarına Bakış Açısının Karşılaştırılması”, s. 1, (<http://inettr.org.tr/inetconf10/bildiri/18.doc>), (s.e.t.: 07.05.2021).

¹⁶ Dilek Yüksel Civelek, Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi, Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Nisan 2011, s. 6.

¹⁷ Hüseyin Can Aksoy, Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s. 77; Yılmaz/Çavuşoğlu, s.21.

¹⁸ Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 21.

¹⁹ Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 20.

elektronik ortamda yapılan ticaretin desteklenmesi maksadıyla hukuki düzenlemeler yapmıştır. Günümüz dünyasında kişisel verilere ulaşmanın kolaylığı sebebiyle bu ülkeler, tüketicilere güvenceler sağlamak için çeşitli düzenlemeler yapmışlardır.²⁰

Kişisel verilerin korunması hakkının hukuki düzenlemeler yoluyla belli bir düzene kavuşturulması ihtiyacını ortaya çıkaran temel sebeplerden birisi de güvenlik kaygısıdır. Bilgi toplumundaki gelişmelere paralel şekilde, bilgisayar teknolojileri ve yaygın bilgi toplama ve işleme kolaylığına bağlı olarak güvenlik kaygılarının artması neticesinde, kişisel verilerin korunması, toplanması, depolanması ve işlenmesine ilişkin işlemlerde kamu kurumlarının ve özel kuruluşların sorumluluğu meselesi üzerine tartışmalar artmıştır. Elektronik haberleşme alanında meydana gelen gelişmeler, hak ve hürriyetlere yönelik koruma önlemlerinin geliştirilmesi kapsamında özel hayatın ve kişisel verilerin korunması hakkına saygı gösterilmesi ilkelerinin belirlenmesini zorunlu hale getirmiştir.²¹

Kamu kurum ve kuruluşları, özel ve kamusal eğitim kurumları, sağlık, finans, kiralama kuruluşları ve ticari işletmeler başta olmak üzere çok yaygın alanlarda bireylerin kişisel verileri kullanılmakta ve bu bağlamda değişen yaygınlık ve yoğunlukta ihlaller meydana gelebilmektedir. Bireylerin çeşitli özel ve kamusal kurum ve kuruluşlarla olan ilişkileri ve bu ilişkiler bağlamında kişisel verilerin kullanılıyor olması, kişisel verilerinin, özel kişi ve kuruluşlarca ve devletçe öğrenilmesine ve kaydedilmesine yol açmaktadır.²²

Kişisel verileri elinde bulunduran kişi ya da kuruluşlar, kişilere karşı maddi ve manevi anlamda güçlü hale gelmektedir. Kişisel verileri elinde bulunduran kişi ya da kuruluşlar, bu verilerin hukuka uygun ya da aykırı yollarla kullanılması durumlarında, bu verilerden birtakım maddi yararlar sağlayabilmekte; ilgili kişilerin başkalarıyla paylaşmak istemediği bilgilerinin üçüncü kişilere açıklanması tehlikesinin bulunması sebebiyle bu verilere sahip olmak, bu bilgileri elinde bulunduran kişiler açısından manevi anlamda güç niteliği taşımaktadır.²³

Mesela bir kişinin banka kartının şifresiyle birlikte elde edildiği durumlarda, kart ve şifreyi haksız bir şekilde elinde bulunduran kişinin, söz konusu kişinin hesabından hukuka aykırı şekilde para çekebilmesi, internet üzerinden ya da diğer satış yerlerinden alışveriş yapabilmesi veya kişinin cinsel hayatıyla ilgili elde ettiği bir kısım mahrem bilgileri üçüncü kişilere açıklayabileceği tehdidi ile kişiden çeşitli isteklerde bulunulabilmesi mümkündür. Tüm bu ve benzeri suiistimal ihtimalleri dikkate alındığında, kişisel verileri elinde bulunduran kişilerin

²⁰ Kılınç, s. 1107.

²¹ Akgül, 2013, s. 25-26.

²² Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 112; Gülnihal Emine Şener, “Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu”, S. 39, 2011, Adalet Dergisi, ss. 72-86, s. 72; Akgül, 2013, s. 26.

²³ Aksoy, s. 3; Akgül, 2013, s. 26.

başkalarına ait bilgilere erişme ve bu kapsamda sahip olduğu maddi ve manevi çıkarları karşısında, mahrem kalması gerekli kişisel verilerin sahiplerinin maddi ve manevi varlıklarının korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda, kişisel verilerin kullanılması ve ilgili kişilerin kişilik hakkının ihlâl edilmesi tehlikesi sebebiyle bu kişilerin maddi ve/veya manevi zararının ortaya çıkması muhtemel olabilmekte, bazı kereler de bu tür zararlar yaşanabilmektedir.²⁴

Bazen de kişiler, “işlediği bir suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kişisel veriler kapsamına giren kimliği ya da kimlik bilgilerini kullanarak” suç işleyebilmektedir (TCK. md. 268).

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI ÖZELİNDE 6698 SAYILI KANUN’UN ÖNEMİ

Kişisel verilerin korunmasının temelini, insan onuruyla birlikte kişiliğin serbestçe geliştirilebilmesi ve korunabilmesi hakkının oluşturduğu söylenebilir.²⁵ Genel olarak kişilik haklarının hukuki normlar yoluyla düzenlenişi Roma Hukuku’na kadar uzanmakta ise de kişisel verilerin hukuki korumaya kavuşması çok eski zamanlara kadar uzanmaz. Günümüzde gerek teknolojinin gelişmesi gerek kişiler arasındaki etkileşimin artması ve bilgiye erişimin kolaylaşmasıyla birlikte kişisel verilerin kullanım alanı genişleyerek bu veriler nezdinde gerçekleşebilecek ihlal riskleri de baş döndürücü şekilde artmıştır.

Bu teknolojik gelişmelere bağlı olarak bireysel, dijital, ticarî, sosyal, siyasî ve ekonomik ilişkiler bağlamında meydana gelen tehditlere karşı kişisel verilerin korunması, insan haysiyeti ve temel hakların korunmasını amaçlayan hukuk devletinin inşa edilmesinde vazgeçilmez bir önemi haiz olmuştur.²⁶

Tarihin eski dönemlerinde uygulanan mühürlenmiş bir mektubu, taşıyan kişinin açması halinde oluşacak ihlalin boyutu ile günümüzde mektupların yerini alan e-posta hesaplarının ele geçirilmesi sonucunda oluşacak ihlalin boyutları arasında şüphesiz ki çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Zaman içerisinde, kişiler ve toplum nezdinde sözü edilen bu risklere karşı oluşan farkındalık neticesinde, kişisel verilerin korunması ihtiyacı hissedilmeye başlanmıştır. Bahsedilen ihtiyaç, özel hayatın gizliliği kapsamına giren²⁷ bir temel hak ve hürriyet olarak ele alınarak anayasal ve yasal düzenlemelere konu edilmiştir.

Güvenilir bilgiye erişim ve büyük ölçüde elektronik ortamda muhafaza edilen mevcut bilgilerin korunmasına yönelik ihtiyaçların

²⁴ Aksoy, s. 3; Akgül, 2013, s. 26-27.

²⁵ Aydın Akgül, *Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 68-69; Aksoy, s. 55; Şimşek, s. 1.

²⁶ Cemal Başar, *Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. VII.

²⁷ Akgül, s. 85.

maksimum düzeyde arttığı günümüzde, korunacak çeşitli bilgi varlıkları içinde kişisel veriler önemli bir yer işgal etmektedir. Bu bilgi varlıklarının güvenli bir şekilde muhafaza edilmesi ve risk yönetiminin yapılabilmesi, hukuki, teknik ve idarî boyutların dikkate alındığı bilgi güvenliği politikalarının gücü ile mümkün olabilmektedir.²⁸

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal metinlerde genel olarak; verisi işlenen kişilere, kişisel verilerini koruma hakkının tanınmasının yanı sıra, bu haklar vasıtasıyla kişisel veriler üzerinde üst düzey kontrol imkânı sunulmakta ve kişisel verileri işleyenlere de birtakım yükümlülükler getirilmektedir.

Bu çerçevede, veri korumaya ilişkin dünya genelindeki yasal düzenlemelerde kişisel verisi işlenen kişilere, bu verileri işleyen kişilerle irtibata geçerek çeşitli taleplerde bulunabilme hakkı ve kurulacak otoriteler vasıtasıyla bahse konu hakların etkin bir şekilde kullanılabilme imkânı öngörülmüştür. Kişisel verileri işleyen kişilere yönelik olarak ise ancak belirli şartların varlığı halinde işleme faaliyetinin ve özellikle de yurt dışına veri aktarımının gerçekleştirilebileceğine ilişkin hükümlerin yanı sıra, elde edilen kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması için de yükümlülükler getirilmiştir.

Tüm bu gereklilikler ışığında, ülkemizde 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa değişikliği kanunuyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. Anayasanın kişinin hakları ve ödevlerinin düzenlendiği ikinci bölümünde özel hayatın gizliliği başlıklı 20/3. fıkrasında; “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümle kişisel verilerin korunması hakkı, “anayasal hak” statüsüne kavuşturulmuş olmaktadır. 1982 Anayasası’nın bir katı anayasa olması, bu hak için ayrı bir güvence teşkil etmektedir. Çünkü kanunlar gibi TBMM’de katılanların salt çoğunluğu ile kabul edilecek bir kanuni değişiklikle anayasal hükümler değiştirilemeyeceği için, kolaylıkla bu hakkın özünü zedeleyebilecek anayasal düzenleme yapılamayacaktır.

Anayasada kişisel verilerin korunmasına ilişkin benimsenen temel felsefenin ve temellendirmelerin mutlaka evrensel ilkelere dayanması gerektiğinden ve bu ilkelerin rahatça uygulanabilmesi için gereken mekanizmaların sağlanması oldukça önem teşkil ettiği için, söz konusu hakkın etkinliğini sağlamak adına 7 Nisan 2016 tarihli Resmî Gazetede 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Kanun) yayımlanmış ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu (Kurum) faaliyete başlamıştır. Her ne kadar Kanun, 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe girmiş olsa da kişisel verilerin korunmasına yönelik birtakım önlemler daha önceden başkaca

²⁸ Türkay Henkoğlu, Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 7.

düzenlemelerle de hüküm altına alınmıştır. Bu Kanunla beraber kişisel verilerin geneline sirayet edecek şekilde genel nitelikli, çerçeve bir düzenleme ortaya konulmuştur.

Kurumun faaliyete geçmesiyle beraber kişisel verilerin korunmasına yönelik şikâyet ve ihbar mekanizmaları işlemeye başladı. Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından yaygın ihlallere yönelik kabul edilen ilke kararları ile uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlara ışık tutulmuştur. Kanun ile kişisel veri işlemeye dair ilkeler, özel nitelikli ve özel nitelikli olmayan kişisel verileri işleme şartları, kişisel verilerin silinmesi -yok edilmesi- anonim hale getirilmesi hususları, kişisel verilerin yurt içinde ve yurt dışına aktarımı ile aynı zamanda veri sorumlusunun yükümlülükleri, ilgili kişinin hakları, Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi, ihlallere yönelik yaptırımlar ve Kanundan istisna olan haller ayrı ayrı düzenleme altına alınmıştır.

Kanunun yürürlüğe girmesiyle beraber veri sorumluları açısından idari ve teknik tedbirlerin uygulanması ve Kanunda düzenlenen yaptırımlar, hukuka aykırı kişisel veri işleme faaliyetlerinin önlenmesi noktasında caydırıcı nitelik kazanmıştır. Tüm bu açıklamalar ışığında, düzenlemeye muhtaç olan kişisel verilerin korunması alanında bulunan boşluk Kanunun yürürlüğe girmesiyle doldurulmuştur.

A. KANUNUN AMACI VE KAPSAMI

Genel manada veri koruma mevzuatının temel amacı, kişilere kendilerine ilişkin kişisel verilerin nasıl işleneceği noktasında birtakım haklar tanımak ve kişisel verilere ilişkin işleme işlemlerini birtakım kurallara tabi kılmaktır.²⁹

Kanunun ilk maddesinde, Kanunun amacı açık bir şekilde düzenlenmektedir. Anılan madde hükmü uyarınca Kanunun amacı, “*kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir*”. Madde gerekçesinde de Kanunun amacının, “*kişisel verilerin işlenmesinin disiplin altına alınması ve Anayasada öngörülen başta özel hayatın gizliliği olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması*” olduğu ve “*son yıllarda önem kazanan kişinin mahremiyet hakkı ile bilgi güvenliği hakkının*” korunmasının da yine bu kapsamda ele alındığı ifade edilmiş, “*ayrıca, kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasların*” düzenlenmesinin de Kanunun amaçları arasında yer aldığı belirtilmiştir.

Kişisel veriler gerek kamu otoriteleri gerekse özel kuruluşlar tarafından, çağımızdaki bilişim teknolojilerinin gelişmişliğinin de etkisiyle kolaylıkla ve devamlı olarak yaygın bir şekilde işlenmektedir. Söz konusu faaliyetlerin sınırsız ve gelişigüzel bir biçimde gerçekleştirilmesinin önüne geçerek kişisel verilerin hangi şartlarda ve hangi kurallara tabi olarak işlenebileceğini düzenlemek Kanunun amacını oluşturmaktadır. Buradan da anlaşıldığı üzere Kanun, kişisel veri

²⁹ Civelek, s. 7.

işlenmesinin tümünden önüne geçmeyi değil; kişisel verilerin işlenmesine ilişkin denetim mekanizmaları getirerek bu verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini engellemeyi hedeflemektedir. Bir diğer ifadeyle genel anlamda veri koruma mevzuatının amacı kişilere kendilerine ilişkin verilerin nasıl işleneceği noktasında birtakım haklar tanımak ve kişisel veri işlemlerini birtakım kurallara tabi kılmaktır.³⁰

Zira sosyal ve ekonomik yaşamın sürdürülebilmesi, kamu hizmetlerinin etkin biçimde sunumu, mal ve hizmetlerin ekonominin gereklerine uygun biçimde geliştirilmesi, dağıtımı ve pazarlanması için kişisel verilerin toplanması zaruridir. Dijital dünyada meydana gelen gelişmelere paralel olarak internetin ortaya çıkışıyla hızlanan küreselleşme olgusu ve ekonomik ve sosyal sebeplerle çok sayıda kişisel bilgi hızlı bir şekilde işlenmektedir. Kamu kurum ve kuruluşları, görevlerini yerine getirebilmek; özel sektör işletme ve kuruluşları, üretilen mal ve hizmetleri pazarlamak ve tüketici taleplerinden haberdar olmak, bu taleplerin karşılanmasına yönelik araştırma ve analiz faaliyetlerinde bulunmak için zorunlu olarak kişisel verilere ihtiyaç duymaktadır. Keza, herhangi bir mesleğin icrasında, meslek mensupları, meslek birlikleri ve bunların üst kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, günlük hayatta birçok kişinin kişisel verilerini toplamakta, işlemekte ve depolamaktadır. Bu bilgiler, bazen birinci elden bazen de bu bilgileri elde etmiş olanlardan ticari veya ticari olmayan farklı yöntemlerle edinilebilmektedir.³¹

Burada kişisel verilerin işlenmesi ve depolanması ile sağlanan iktisadi vb. menfaatlerle kişilerin mahremiyet hakkı karşı karşıya gelmektedir. Bu durumda hangisine öncelik verileceği meselesi gündeme gelmektedir. Kişisel verileri kullanma amaçları ve bunlara erişme imkânlarının giderek arttığı günümüz dünyasında, verilere erişim ve kullanma hakkı ile bireyin kişisel verileri bağlamında mahremiyet hakkı arasında bir dengenin kurulması ihtiyacı gündeme gelmiştir.³²

Burada, kişisel verilere erişimin mutlak olarak yasaklanması, bir yandan kamusal güvenliğin sağlanması bağlamında, diğer yandan da ekonomik ilişkilerin etkinliğinin sağlanması yönlerinden ciddi aksamalara sebep olabilecektir. Bazen de kişisel verilerin işlenmesinde çok fazla serbestlik sağlanması, kişiler açısından çok ciddi riskleri ve tehlikeleri beraberinde getirebilmektedir. Kişisel veriler, verilerin ilişkili olduğu bireyleri sadece üçüncü kişiler nezdinde tanımlamakla kalmamakta; bu bilgiler, dijital ortamın sunduğu işleme yetenekleri neticesinde birey “hakkında” veya “onun gibi” işlem yapabilme imkânları sağlamaktadır. Mesela mahremiyet alanına dâhil olan bilgilere ulaşmayı sağlayabilecek küçük bir bilgi parçasıyla yola çıkan bir bilgisayar korsanı, kısa bir sürede bir kişinin bütün banka hesaplarını ele geçirebilmekte,

³⁰ Civelek, s. 7; İkbal Gür, Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2010, s. 195.

³¹ Civelek, s. 6.

³² Civelek, s. 6.

onun adına sahte evraklar düzenleyebilmekte, bu şekilde klasik veya sanal ortamda zincirleme suçlar işleyebilmektedir. Dolayısıyla bu verilerin gelişigüzel kullanılması birçok suç faaliyetine aracılık etmekte ve ayrıca kişilerin mahremiyet hakkının da ihlal edilmesine sebep olmaktadır.³³ Bu vesileyle ki kişisel verilerin korunması, hem sağlıklı bir ticari hayatın sürdürülmesine ve ekonomik düzenin korunmasına hem de kişilik haklarının zarar görmemesine hizmet eder.³⁴

Bu nedenle kişisel verilerin işlenmesini bütünüyle yasaklayıcı bir yaklaşımda bulunmak yerine, kişisel verilerin işlenmesinin bireyler ve mal ve hizmet sunanlar bakımından sağladığı kolaylıklar ve imkânlar ile kişilerin temel hak ve özgürlükleri arasında meşru ve makul bir dengenin kurulması gereklidir. Bu duruma paralel olarak Kanunda, bir taraftan kişisel verileri işlenen bireylerin temel hak ve hürriyetleri ve mahremiyetleri korunarak kişisel veri güvenliği sağlanırken, diğer taraftan kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiliklerin uyacakları usul ve esasların düzenlendiği görülmektedir. Buradan anlaşılmaktadır ki Kanun, kişisel verilerin işlenmesini sınırlamamakta, tam tersine veri temelli ekonomide daha rekabetçi bir noktada olabilmek adına kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle, Kanunda kişisel verilerin korunması hakkı ile veri temelli ekonomi arasında bir dengenin tesis edilmesi gözetilmektedir.³⁵

Kişisel verilerin suiistimali yoluyla kişiler aleyhine olacak şekilde birtakım haksız kazançların sağlanmasının ve bu yolla kişilerin mağdur edilmesinin önlenmesi amacıyla yapılan hukuki düzenlemeler, kişilerin mahremiyet hakkı, veri güvenliğinin sağlanması ve anayasayla güvence altına alınan özel hayatın korunmasına katkıda bulunacaktır. Kişisel verilerin kullanım esasları belirlenerek bireyin korunmasına ilişkin bu tür hukuki düzenleme ihtiyaçlarının karşılanması zorunluluğu, mecburi olarak veri koruma hukukunun oluşturulmasını gündeme getirmiştir.³⁶

B. 6698 SAYILI KANUNUN UYGULANMA ALANI

1. KVKK KAPSAMINDA KİŞİSEL VERİLERİ KORUNACAK KİŞİ KAVRAMI

Kanunun kişi bakımından kapsamı noktasında, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır.³⁷ Kanunun

³³ Civelek, s. 6-7.

³⁴ Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 21.

³⁵ Civelek, s. 6-7.

³⁶ Civelek, s. 7.

³⁷ Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 24.

uygulaması bakımından kamu ve özel sektör ayrımı yapılmamıştır. Kanunun belirlediği usul ve esaslar tüm kurum ve kuruluşlar için geçerlidir.

Kişisel verilerin süjesi kişilerdir. Kişiler, gerçek kişiler ve tüzel kişiler şeklinde ikiye ayrılır.³⁸ Kişisel veriler gerçek kişilerle ilgili olabileceği gibi tüzel kişilerle de ilgili olabilir.³⁹ Kişisel veri hukukunun süjesini sadece gerçek kişilerin mi oluşturduğu, yoksa tüzel kişilerin de bu hakkın süjesi olup olamayacağı konusunda ülkeler bağlamında bir fikir birliği mevcut değildir.⁴⁰

AB direktifleri⁴¹, OECD çalışmaları ve Avrupa Konseyi sözleşmelerine göre kişisel verileri koruma alanına sadece gerçek kişiler dâhildir.⁴² Nitekim AİHM de üç Norveçli şirketin başvuru olduğu “Bernh Larsern Holding ve Diğerleri” davasında benzer yönde karar vermiştir. AİHM, başvurucu tüzel kişilerin, kişisel verilerin kullanılması hakkının ihlal edildiğine yönelik iddialarını, AİHS madde 8/1’deki “özel yaşama saygı hakkı” alt-kategorisi altında değil, “konuta saygı hakkı” ile “haberleşmeye saygı hakkı” altında incelemiştir. AİHM böylelikle tüzel kişileri kişisel verilerin korunması hakkından yararlandırmamıştır.⁴³ 6698 Sayılı Kanun kapsamında koruma altına alınan kişisel veriler de sadece gerçek kişilere ait olan kişisel verilerdir, tüzel kişilere ait olan veriler Kanun kapsamında değildir. Kanunun kapsamı, 2. maddede şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır*”. Bu hükme göre, Türk hukukunda, KVKK uyarınca sadece gerçek kişilere ait kişisel veriler korunmaktadır.⁴⁴

Tüzel kişilerle vefat eden kişiler hakkındaki kişisel verilerin korunması KVKK kapsamına dâhil değildir.⁴⁵

Tüzel kişilerin kişisel verilerinin korunup korunamayacağına ilişkin değerlendirmeleri açacak olursak, öncelikle, tüzel kişilerin mutlak

³⁸ Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, Der Yayınları, 5. Basım, İstanbul, 1982, s. 99; Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1979, s. 6 vd.

³⁹ Durmuş Tezcan, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, C.8, 1991, Anayasa Yargısı, ss. 385-392, s. 389.

⁴⁰ Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 38.

⁴¹ Directive 95/46/EC Of The European Parliament And Of The Council Of 24 October 1995 On The Protection Of Individuals With Regard To The Processing Of Personal Data And On The Free Movement Of Such Data, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&rid=5>), (s.e.t.: 08.05.2021).

⁴² Civelek, s. 15.

⁴³ Bernh Larsern Holding AS and Others v. Norway, Appl. No: 24117/08, 08/07/2013, § 107.

⁴⁴ Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 38-39.

⁴⁵ Sefer Oğuz, “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri”, C. 13, S. 2, 2018, Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi (BEYDER), ss. 121-138, s. 125.

olarak 6698 Sayılı Kanun'un kapsamı haricinde olup olmadığı meselesine değinmek gerekir. "Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi"nde de belirtildiği üzere tüzel kişiye ait verinin elde edilmesi, bir veya birden fazla gerçek kişinin kimliğinin belirlenmesine neden oluyor ise bu tür verilerin de Kanunun korumasından yararlanması mümkün olabilir.

Bu noktada gerek diğer ülkelerde gerekse ülkemizde, kişisel verilerin korunması hakkında kimlerin yararlanacağı konusunda farklı görüş ve uygulamaların mevcut olduğunu söylemeliyiz. Bir görüşe göre, kişisel verileri korumaya ilişkin kanunlar özel kişiler yanında tüzel kişiler hakkında da tatbik edilebilmelidir. Çünkü kişisel verileri korumaya ilişkin kanunlar genel olarak kişilere kendileri ile alakalı bilgilere erişebilme hakkı sağlamaktadır. Bu hakkın tüzel kişilere verilmemesi halinde bazı haksızlıkların yaşanması söz konusu olabilecektir. Fransız, Alman ve İngiliz kişisel verileri koruma kanunlarında sadece gerçek kişilerin verileri için koruma sağlanırken Avusturya, Lüksemburg ve İsviçre'de hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin kişisel verilerinin korunması söz konusudur.⁴⁶

Türk Hukukunda, 6698 Sayılı Kanun kapsamında sadece gerçek kişilere ait kişisel verilerin korunması, Fransız, Alman ve İngiliz sistemleri ile uyumludur.⁴⁷ Türk hukukunda bazı yazarlar, özel hayatın esas itibarıyla gerçek kişilerle ilgili bir kavram olduğunu, kişisel verilerin korunması noktasında referans alınan kişilik kavramının gerçek kişilere karşılık geldiği, hak ve fiil ehliyetine sahip olmanın getirdiği birtakım hak ve borçlara sahip oldukları için gerçek kişilerin, kişisel verilerin çıkış noktası olan özel hayat ve özel hayatın korunmasına da doğrudan muhatap olduklarını,⁴⁸ KVKK kapsamında sadece gerçek kişilerin özel hayatlarına dâhil olan kişisel verilerinin korunması gerektiğini, tüzel kişilerin sahip oldukları kişisel bilgilerin, kişisel veri değil, ticari sır olarak kabul edilmeleri gerektiğini belirtmektedir.⁴⁹

Kanaatimizce kişisel veriler gerçek kişilerle ilgili olabileceği gibi tüzel kişilerle de ilgili olabilir. KVKK kapsamında korunan sadece gerçek kişilere ait kişisel verilerdir.⁵⁰ Fakat tüzel kişilere ilişkin kişisel verilerin KVKK kapsamında korunuyor olmaması, hiç korunmayacakları manasına gelmez. Bunlar diğer kanunlar kapsamında korunabilirler.

⁴⁶ Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 39; Tezcan, s. 389.

⁴⁷ Mesut Serdar Çekin, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 25.

⁴⁸ Emine Hizarcı, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 24.

⁴⁹ Tezcan, s. 388-389.

⁵⁰ Çekin, s. 25.

2. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

Kişisel verilerin işlenmesi kavramının muhtevası çok geniştir. Kişisel verilerin işlenmesi süreci, kişisel verilerin toplanması ile başlayan ve silinmesine kadar devam eden uzun bir süreçtir ve birçok işlemin varlığını lüzumlu kılar.⁵¹ Bir diğer ifadeyle, bir gerçek kişiye ait verinin, internete veya elektronik kapalı bir sisteme bağlı bir bilgisayara yüklenmesiyle birlikte iletme, saklama veya imha edilmeye dair her işlemin, kişisel verinin işlenmesi olduğu rahatlıkla söylenebilir. İşlemenin bir ortama kayıt edilmesinden sonra silme ve imha işlemi de dâhil her türlü değişikliğe uğratma ile anonim hale getirilmesi verilerin işlenmesi olarak kabul edilebilir. Özetle, kişisel verinin işlenmesi, verinin kaydedilmesiyle başlayan imha edilmesine kadar olan bir süreç olarak tanımlanabilir.

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin belirlemenin, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (95/46/EC sayılı Direktif / General Data Protection Regulation/GDPR⁵² Article 4, Subart 2) ve KVKK'da (md. 3/1-e) benzer bir muhtevaya sahip olduğu görülmektedir.⁵³

GDPR'de, kişisel verilerin işlenmesi şu şekilde düzenlenmiştir: *“Otomatik olarak veya olmadan kişisel veriler veya kişisel veri setleri elde etme, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, depolama, uyarılma veya değiştirme, erişime başvurma, kullanma, yayınlamak, yaymak ve diğer şekilde ulaştır hale getirmek suretiyle işfa etme, sıralama veya birleştirme, sınırlama, silme veya imha etme gibi faaliyet veya faaliyet setleri” kişisel verilerin işlenmesi olarak tanımlanmıştır*” (Art. 4, Subart. 2).⁵⁴ KVKK'ya göre kişisel verilerin işlenmesi ise şu şekilde düzenlenmiştir: *“Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan veya herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem”lerdir* (md. 3/1-e)”.⁵⁴

Kişisel verilerin muhafaza edildiği, erişildiği veya işlendiği ortam, otomatik (dijital) veya veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan (analog) şekilde olabilir. Diğer bir deyişle veri işleme faaliyetlerinin otomatik usulle gerçekleşmesi veri işleme kapsamına dâhil olduğu gibi; kişisel verilerin -bilgisayar gibi otomasyon sistemlerinin

⁵¹ Yılmaz, s. 16.

⁵² 24 Ekim 1995 tarih ve 95/46/EC sayılı, “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi” (Direktif). . Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data - Official Journal L 281, 23/11/1995, (<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>) (s.e.t.: 09.05.2021).

⁵³ Yılmaz, s. 17.

⁵⁴ Oğuz, s. 127.

kullanıldığı yöntemlerle işlenmesi gibi- otomatik sistemler kullanılmaksızın elden (manuel) işlenmesi (verilerin otomatik olmayan yollarla işlenmesi) halleri de veri işleme kapsamına dâhildir.⁵⁵

Kanunun ve Direktifin ifadesine göre, otomatik işleme kısmen ya da tamamen otomatik olabilmektedir. Verilerin tam ya da kısmen otomatik işlenmesi ayrımında, verilerin toplanması esnasında sistemin tamamen kendi başına mı yoksa insan müdahalesiyle mi çalıştığına bakılmaktadır. Dolayısıyla kişisel verilerin elektronik ortamdaki sisteme insan eliyle kaydedildiği hallerde, kısmen otomatik veri kayıt sisteminin varlığından bahsedilebilir. Tam otomatik veri işleme sistemlerinde ise veriler tamamıyla sistem tarafından elde edilmekte, işlenmekte, analiz edilmekte ve sunulmaktadır.⁵⁶

Direktifte ve Kanunda “otomatik işleme”nin ne olduğuna ilişkin bir tanımlama mevcut değildir. Otomatik işleme ile alakalı OECD tarafından verilen tanımlama şu şekildedir: “İnsanın müdahale etmesi ya da yardımı konusundaki ihtiyacı asgari seviyeye indiren, kendi aralarında bağlantılı ve etkileşimli elektrikli veya elektronik bir sistem tarafından gerçekleştirilen veri işleme faaliyeti” dir.⁵⁷

Her ne kadar Kanunda bir tanımlama yok ise de Kanun gerekçesinde, Kanunun kapsamı açıklanırken, “Günümüzde bu veriler, gerek özel sektör gerek kamu sektörü tarafından bilişim sistemleri üzerinden otomatik yollarla sıkça kullanılmaktadır” denilerek dolaylı yoldan da olsa otomatik işlemenin, bilişim sistemleri üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler olduğu belirtilmiş olmaktadır.⁵⁸ Buna göre, otomatik olarak veri işlenmesi; bilgisayar, telefon, saat vb. işlemci sahibi cihazlar tarafından yerine getirilen, yazılım veya donanım özellikleri aracılığıyla önceden hazırlanan algoritmalar kapsamında insan müdahalesi olmadan kendiliğinden gerçekleşen işleme faaliyetidir.⁵⁹

Günümüzde bilgisayar ortamında gerçekleştirilen her türlü veri kayıt işleminin, tam otomatik ya da kısmi otomatik veri kayıt sistemi

⁵⁵ Yılmaz, s. 16.

⁵⁶ Çekin, s. 26.

⁵⁷ OECD, Oecd Glossary of Statistical Terms, OECD Publishing, Paris, 2007, s. 48; Internation Commissioners Office, “What Is Automated Individual Decision-Making and Profiling?”, (<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/#id2>), (s.e.t.: 09.05.2021); Şehriban İpek Aşkoğlu, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 104-105.

⁵⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu”, (2016, Ocak 16), s. 4, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ssl17.pdf>, s. 4; Aşkoğlu, s. 105; Yılmaz, s. 16.

⁵⁹ Internation Commissioners Office, What Is Automated Individual Decision-Making and Profiling; KURUM, 6698 Sayılı Kanun’da Yer Alan Temel Kavramlar, 2017, s. 18; Aşkoğlu, s. 105.

olarak nitelendirilmesi mümkündür. Mesela, her türlü bilgisayar, PDA ya da akıllı cep telefonu, gözetleme sistemi, kamera, dron, bilgisayar kamerası, dashcam, dijital fotokopi, tarama cihazı gibi aletlerle elde edilen kişisel veriler, Kanunun uygulama alanına ve koruma kapsamına dâhildir. Elektronik posta, internet, bilgisayar kullanımına kişisel verilerin konu edilmesi halinde, Kanunun gerekli kıldığı şartların dikkate alınması gerekir.⁶⁰ Diğer yandan akıllı araç, akıllı ev, akıllı kıyafet, akıllı televizyon gibi kişisel veri toplamayı sağlayan diğer teknolojik ürünlerin kullanımında da Kanunun dikkate alınması gerekir.⁶¹

Kanuna göre “veri kayıt sistemi”, “*kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemi*”ni ifade etmektedir. Bu sistemler, elektronik ortamda oluşturulabileceği gibi, fiziki ortamda da oluşturulabilir. Buna göre, örneğin veri kayıt sisteminde kişisel veriler, ad, soyadı veya kimlik numarası üzerinden sınıflandırılabilir gibi, kredi borcunu ödemeyenlere ilişkin oluşturulacak sınıflandırma da bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

Kanunun, “*veri sorumlusu*”nu tanımladığı “*..., veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder*” hükmü uyarınca otomatik yollarla işlenen verilerde doğal olarak bir veri kayıt sistemi mevcuttur. Ancak burada veri kayıt sisteminden ne anlayacağımız önemlidir. Kanun veri kayıt sisteminin nasıl, ne şekilde olacağı hakkında bir belirleme öngörmemektedir. Burada tahdidi olarak belirli veri işleme sisteminden söz edilmeyip genel olarak verilerin işlenmesinin uygulama alanına dâhil edilmesinin sebebi, tahdidi olarak belirleme halinde, belirleme kapsamına dâhil olmayan usullerle Kanunun etkisiz hale getirilmesinin önüne geçmektir. Dolayısıyla hangi veri işleme yöntemi uygulanırsa uygulansın, bu yöntemin, kısmen ya da tam otomatik şekilde kişisel verilerin işlenmesini sağlaması halinde, Kanunun uygulama alanına dâhil uygulamalar söz konusu olacaktır.⁶²

6698 sayılı Kanun, kişisel verileri işleme faaliyetinin tamamen veya kısmen otomatik olarak gerçekleştirilmesini herhangi bir şarta bağlamaksızın koruma altına almış olmasına rağmen, otomatik olarak gerçekleşmeyen veri işleme faaliyetinin Kanun kapsamında korunabilmesini bir şarta bağlanmıştır; buna göre, otomatik olmayan yollarla veri işleme eğer veri kayıt sisteminin parçası ise ancak bu durumda veri işleme faaliyeti Kanun kapsamında kabul edilerek korunur.⁶³

Yukarıda da belirtildiği gibi Kanunun uygulama alanı, verilerin sadece dijital ortamda tam ya da kısmi otomatik usullerle yapılması ile sınırlı değildir. Analog olarak, özellikle kâğıt üzerinde kayıt altına alınıp işlenen veriler de belirli şartlar altında Kanunun koruması alanına dâhil

⁶⁰ Çekin, s. 26-27.

⁶¹ Çekin, s. 27.

⁶² Çekin, s. 27.

⁶³ Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 347-349; *Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 6698 Sayılı Kanun'da Yer Alan Temel Kavramlar*, s. 13-15; Yılmaz, s. 17.

edilmiştir. Buna göre, ilgili verilerin, “*kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği*” bir kayıt sistemine kaydedilmesi gerekmektedir. Bu sebeptendir ki burada sözü edilen kayıt sisteminin, gelişigüzel değil, belirli kriterlere göre yapılandırılmış olması gerekir.⁶⁴ Kamu ya da özel sektörde çalışan personel için düzenlenen dosyalar, hastanelerde tutulan hasta dosyaları gibi dosya toplulukları, Kanunun uygulama alanına dâhil otomatik olmayan usullerle düzenlenen veri kayıt sistemine örnek gösterilebilir.⁶⁵

İşlenen her kişisel veri Kanunun koruması kapsamında değildir. İşlenen her kişisel verinin Kanunun koruma kapsamına dâhil olabilmesi için, işlenen verinin tamamen veya kısmen otomatik yolla işlenmesi ya da bir veri kayıt sisteminin parçası olmak üzere manuel yolla işlenmesi gerekir. Kişisel verilerin tam otomatik, kısmen otomatik ya da belli bir veri kayıt sisteminin parçası olarak işletilen otomatik olmayan yöntemlerle işletilen bir veri kayıt sisteminin parçası olmaksızın toplanması durumu söz konusu olduğunda, bu yöndeki uygulama her ne kadar 6698 Sayılı Kanun’un kapsamına dâhil değil ise de bu tür verilere ilişkin hukuka aykırı işlemler, 5237 sayılı TCK uyarınca suç teşkil edebilecektir.⁶⁶

3. KANUNUN TAMAMEN YA DA KISMEN KAPSAMI DIŞI KALAN HALLER

Tüzel kişilerle ilgili verilerle, “otomatik olmayan yolla işlenen ve belli bir veri kayıt sisteminin parçası olmayan kişisel veriler”in KVKK kapsamında korumadan yararlanamayacağından yukarıda bahsettik. Bunlar dışında KVKK’nın “istisnalar” başlıklı 28. maddesinde bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı bazı haller sayılmıştır.

28. maddede 6698 sayılı Kanun’un tamamen veya kısmen kapsamı dışında kalan haller belirtilmiştir.

28. maddenin birinci fıkrasında tam istisnalar, ikinci fıkrasında ise kısmî istisnalar düzenlemiştir. Tam istisna halinde Kanun hükümleri hiçbir şekilde uygulanmamaktadır. Kısmi istisna hallerinde, Kanunun sadece bazı hükümleri uygulanmamaktadır.

28. maddenin 1. fıkrasında sayılan hallerin söz konusu olması durumunda KVKK’nın hiçbir hükmü uygulanmayacaktır. Fakat her ne kadar 28. maddede sayılan hallerin söz konusu olduğu durumlarda KVKK’nın tamamen ya da kısmen uygulanmaması şartları oluşsa da kişisel verilerin temel veri işleme ilkelerine uygun, orantılı ve ölçülü olarak işlenmesi gerekir.⁶⁷

⁶⁴ Çekin, s. 27-28.

⁶⁵ Çekin, s. 28.

⁶⁶ Çekin, s. 28.

⁶⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması*, KVKK Yayınları, Ankara 2019, s. 50; Turan Atlı, “Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbarî Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi”, C. 2, S. 1, 2019, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 4-22, s. 17.

SONUÇ

Kişisel verilerin korunması hakkı, Avrupa Birliği sınırları içerisinde doğarak hukuki düzenlemelere konu olsa da teknolojinin yayılma hızıyla birlikte ülkemizde de anılmaya başlanmıştır. İlk önce Anayasa'ya dâhil edilen bu hak, daha sonra ayrı bir Kanun ile düzenleme altına alınmıştır. Bu Kanun ile aynı zamanda kişisel verilerin korunması alanını regüle edecek bağımsız bir idari otorite olan Kişisel Verileri Koruma Kurumu da kurulmuştur.

Kanun, kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel kavramları açıklayarak hangi şartlar altında kişisel verilerin işlenebileceğini düzenlemektedir. Kişisel verilerin korunması hakkını doğuran sebeplerin günümüzde hala gelişmekte ve ilerlemekte olduğu düşünüldüğünde, Kanunun gelecekteki muhtemel koşullara uyum sağlayabilmesi bakımından çerçeve şekilde düzenlenmesinin tercih edilmesinin ne kadar isabetli olduğu ortadadır.

KAYNAKÇA

Akgül A, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, Ankara, 2016.

Akgül A, Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Akgül A, “Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Kocaeli, 2013.

Aktan H, “Yargı Kararları Işığında Özel Yaşam”, Ankara, 2008, TBB Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşmenin ve Kişisel Verilerin Saklanması Paneli).

Aksoy H, Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.

Altuner İ, “Hipokrat Yemini”, S. 7, Nisan 2015, Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss.1-7.

Arslan H, “Amerika ile Avrupa Birliği Hukuki Düzenlemelerinin Gizlilik Haklarına Bakış Açısının Karşılaştırılması”, (<http://inettr.org.tr/inetconfl0/bildiri/18.doc>), (s.e.t.: 07.05.2021).

Arslan Öncü G, Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2019.

Aşkoğlu Ş, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

Atlı T, “Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbarî Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi”, C. 2, S. 1, 2019, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 4-22.

Başar C, Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Baygın C, Soybağı Hukuku, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

Çekin M, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Dülger M, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2020.

Gür İ, Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2010.

Hatemi H, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1979.

Henkoğlu T, Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Hizarcı E, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.

İlgili Ö/Şahinoğlu S/Aciduman A/Tuzcu K/Şems Ş, “İslam Dünyasında Hekim Andı Uygulaması Ve Hipokrat Andı'nın İzleri (İslam Dünyasında Hekim Andı)”, C. 6, S. 3, 2016, Lokman Hekim Dergisi, ss. 137-149.

Internation Commissioners Office, What Is Automated Individual Decision-Making and Profiling; KURUM, 6698 Sayılı Kanun'da Yer Alan Temel Kavramlar, 2017.

Kılıncı D, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, C. 61, S. 3, 2012, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1089-1169.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 6698 Sayılı Kanun'da Yer Alan Temel Kavramlar, KVKK Yayınları, Ankara, 2018.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, KVKK Yayınları, Ankara, 2019.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2016.

Küzeci E, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

OECD, Oecd Glossary of Statistical Terms, OECD Publishing, Paris, 2007, s. 48; Internation Commissioners Office, “What Is Automated Individual Decision-Making and Profiling?”,

(<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/#id2>), (s.e.t.: 09.05.2021).

Oğuz S, “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri”, C. 13, S. 2, 2018, Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi (BEYDER), ss. 121-138.

Özbek V/Kanbur M/Doğan K/ Bacaksız P/Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015.

Özbudun E, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1997.

Özsunay E, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, Der Yayınları, 5. Basım, İstanbul, 1982.

Salihpaşaoğlu Y, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, C. XVII, S. 3, 2013, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 227-266.

Şener G, “Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu”, S. 39, 2011, Adalet Dergisi, ss. 72-86.

Şimşek O, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Tezcan D, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, C.8, 1991, Anayasa Yargısı, ss. 385-392.

Yılmaz B, “Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2019.

Yılmaz S/Çavuşoğlu G, Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Yüksel Civelek D, Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi, Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Nisan 2011.

SAHTE BELGE DÜZENLEMELİK VEYA KULLANMAK SURETİYLE VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU (VUK m. 359/b)

*The Crime of Tax Evasion by Issuing or Using Forged Documents is Regulated
under Article 359/B*

Prof. Dr. Berrin AKBULUT*

Öz: Sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçunu Vergi Usul Kanunu (VUK) m. 359/b'de düzenlenmiştir. Kanun koyucu farklı nitelikteki suçlara 359. maddede aynı veya farklı bentlerde ama aynı maddede yer vermiştir. İnceleme konumuz açısından da farklı nitelikte suçlar, b bendinde düzenlenmiştir. Sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçunu b bendinde düzenlenen suçlardan biridir.

VUK m. 359/b'de düzenlenen suçun oluşması için vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belge olması gerekmektedir. Sahteciliğin söz konusu olması içinse bu belgelerin veya bu belgelerin suretlerinin kısmen veya tamamen sahte olarak düzenlenmesi veya düzenlenen bu sahte belgelerin kullanılması gerekmektedir.

Bu çalışmada m. 359/b'de yer alan suçun unsurlarına, teşebbüs, iştirak ve iştirak konularına yer verilecek, ayrıca etkin pişmanlık hükümlerine ve kaçakçılık suçunu için VUK'da düzenlenen muhakemeye ilişkin özel belirlemelere değinilecektir. Bu kapsamda 7394 sayılı Kanunla getirilen değişikliklere ve yüksek yargı kararlarına da yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: vergi kaçakçılığı, sahte belge, kullanma, iştirak, etkin pişmanlık

Abstract: The crime of tax evasion by issuing or using forged documents is regulated under Article 359/b of the Tax Procedure Code (TPC). The legislator has included crimes of different nature in Article 359 in the same or different subparagraphs but in the same article. In terms of our subject, crimes of different nature are regulated in subparagraph b. Tax evasion by issuing or using forged documents is one of the crimes regulated under subparagraph b.

In order for the crime regulated under Article 359/b of TPC to occur, it must be a document that is kept or issued in accordance with tax codes and is obliged to be kept and submitted. In order for forgery to occur, these documents or copies of these documents must be partially or completely forged or these forged documents must be used.

In this study, the elements of the crime under Art. 359/b, the issues of attempt, participation and aggregation will be discussed, as well as the provisions on effective remorse and the special determinations regarding the procedure regulated in the TPC for the offense of smuggling. In this context, the amendments brought by the Code No. 7394 and the high judicial decisions will also be discussed.

Keywords: Tax evasion, forged document, use, aggregation, effective remorse

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bakbulut@selcuk.edu.tr,

ORCID:0000-0001-8045-2784.

Makale Geliş Tarihi: 06.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 03.11.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391738

GİRİŞ

Devlet varlığını sürdürebilmek ve görevlerini yerine getirebilmek için gelire ihtiyaç duymaktadır. Kamu gelirlerinin temel kaynağını ise vergiler oluşturmaktadır¹. Devlet, Anayasa ile kendisine verilen egemenliğine dayanarak vergilendirme yetkisine sahiptir². Vergi mükellefleri de devletin vergilendirme yetkisi çerçevesinde kendisine yüklenen vergiyi kanunlarda belirlenen şartlara uygun biçimde ödemek zorundadır³. Anayasanın 73. maddesinin 1. fıkrası, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğu düzenlemesiyle bu hususu ifade etmiştir. Kimlerin vergi ödeyeceği, vergilerin ne zaman alınacağı gibi konular ise kanunlarda hükme bağlanmıştır.

Vergi mükelleflerinin kendisine yüklenen vergi yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak için de yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin haksızlık teşkil ettiği kabul edilmekte ve yaptırım uygulanması yoluna gidilmektedir. Haksızlık teşkil eden fiillerden biri de suç teşkil eden fiillerdir. Suç teşkil eden fiiller Vergi Usul Kanununda düzenlenmiştir. Bunlar, kaçakçılık suçları (m. 359), vergi mahremiyetinin ihlali (m. 362) ve mükellefin özel işlerini yapma (m. 363) suçlarıdır. İnceleme konumuz olan sahte belge düzenleme veya kullanma suçu vergi kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 359. maddenin b bendinde hükme bağlanmıştır.

Türk Ceza Kanununda belgede sahtecilik suçları (m. 204-212) düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu vergi kayıp ve kaçığına sebebiyet verilmesindeki oranın yüksekliğini dikkate alarak sahte belge düzenlemek veya belgeleri kullanmak fiilleri için VUK'da özel düzenleme yapma ihtiyacı duymuştur⁴.

I. GENEL OLARAK

VUK'nın 359. maddesi, birçok bentten ve hükümden oluşmaktadır. Bu bentlerde birden fazla farklı suçun (a, b, c ve ç bentlerinde) düzenlendiği görülmektedir. Hatta aynı bentte Türk Ceza Kanununda farklı maddelerde ayrı suçlar olarak düzenlenen fiiller (m. 207, 208) aynı bentte hükme bağlanmışlardır. Örneğin 359. maddenin a ve b bentleri bu niteliktedir. 359. maddenin b bendinde hem yok etme fiilleri hem de sahte belge düzenleme suçu hüküm altına alınmıştır. Yine a bendinde tahrif etme veya gizleme ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak seçimlik hareket olarak düzenlenmiştir. VUK'nın 359. maddesinde bu şekilde düzenleme yapılması

¹ Duran Bülbül/ Nihat Özay, "Vergi Kaçakçılığı ve Boyutunun Türkiye ve AB Ekseninde Değerlendirilmesi", Gümrük & Ticaret Dergisi, S. 7, Y. 2016, s. 53.

² AYM, 22.10.2020, E. 2019/100, K. 2020/62; Güngör, Mümin, "Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü", TAAD, Yıl: 11, Sayı: 44 (Ekim 2020), s. 270; Bülbül/Özay, s. 53.

³ AYM, 22.10.2020, E. 2019/100, K. 2020/62.

⁴ CGK, 04.10.2022, E. 2022/192, K. 2022/606.

kanun yapma tekniğine uygun değildir. Olması gereken açısından TCK'da olduğu gibi (istisnaları olsa da) farklı suçların ayrı maddelerde düzenlenmesidir. Bu şekilde düzenleme, hem normun muhatabı olan kişilerin hem de hukuku uygulayacak kişilerin tereddüde düşmesini engelleyecektir.

VUK m. 359/b'ye göre, vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadırlar. İnceleme konumuz bu bendin tamamı olmayıp, vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgelerin **asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak fiilidir.**

Cumhuriyet döneminin ilk Vergi Usul Kanunu 1949 tarihli ve 5432 sayılı Vergi Usul Kanunudur. Bu Kanunun Ceza Hükümleri ismini taşıyan *Dördüncü Kitabının Vergi Cezaları başlığını taşıyan İkinci Kısımın Birinci Bölümünün 324-328. maddelerinde*⁵ kaçakçılık fiilleri düzenlenmiştir. Bu

⁵ "Kaçaklığın tarifi

Madde 324 —• Mukellefin veya sorumlunun vergiyi kaçırmak kastı ile aşağıdaki şekillerde vergi ziyama sebebiyet vermesi kaçakçılıktır:

1. Çift defter kullanmak;
2. Sahte vesika tanzim etmek veya bilerek kullanmak;
3. Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defter kayıtlarını veya vesikaları tahrif etmek;
4. Bu kanuna göre tutulması mecburi olan tasdikli defterlerin sahifelerini yok ederek yerlerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak;
5. Mevhum adlara hesap açmak ve her türlü hesap ve muhasebe hileleri yapmak;
6. Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defter ve vesikaları yok etmek veya gizlemek;
7. B ir takvim yılı içinde üçten fazla muameleye ait olmak ve bu muamelelerden dolayı gizlenen vergi matrahının miktarı 2 500 lirayı ve bu suretle gizlenen matraha isabet eden vergi, ödenecek verginin % 10 unu aşmak suretiyle satış bedeli, ücret, komisyon, faiz, istirak hissesi, kira bedeli gibi hasılatı bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerden hiçbirinde veya beyannamede (göstermemek ,(hasılatın defter veya beyannameden birinde gösterilmiş olması halinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. Defter tutmaya mecbur olmayanlar hakkında yalnız beyannamede gösterilmiş olup olmadığına bakılır).
8. Vergilendirme ile ilgili olaylar hakkında vergi idaresince yazı ile istenilen bilgiyi idareyi yanıltacak şekilde yalan veya eksik vermek (sual ile cevabın yazılı olması veya mukellefin imzasını havi tutanakla tesbit edilmiş bulunması şarttır).

Kaçakçılıkta ceza

Madde 325 — Kaçakçılık yapan 'mukelleflere kaçırdıkları verginin üç katı tutarında vergi cezası kesilir.

Şu kadar ki, bu ceza mukelleflerin ticari ve mesleki işlerinden do- layı tabi oldukları veya sorumlusu buldukları vergilerde:

Kanunun 324. maddesiyle kaçakçılık tanımlanmış ve kaçakçılığın vergi kaçırmak kastı ile vergi ziyana sebebiyet verilmesi olduğu ifade edilmiştir. İnceleme konumuz olan suç da 324. maddede kaçakçılık fiilleri arasında düzenlenmiştir. Kanunun 325. maddesinde ise kaçakçılığın cezasına yer verilmiştir. Bu hükümdeki cezaya bakıldığında kaçakçılık fiillerinin suç olarak değil kabahat olarak hükme bağlandığı görülmektedir. Suç teşkil eden fiiller ise 338 ile 340. maddeleri arasında düzenlenmiş olup bu suçlar bilgi vermektan çekinilmesi ve 241. madde hükmüne uyulmaması, vergi mahremiyetinin ihlal edilmesi, mükelleflerin özel işlerinin yapılmasıdır. 5432 sayılı Vergi Usul Kanununda 18.07.1951 tarihinde 5815 sayılı Vergi Usul Kanununun Bazı Maddeleri İle Kanuna Bağlı Cetvelde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun ile değişiklik yapılmıştır. Kaçakçılığın tanımlandığı 324. maddede de önemli değişiklik yapılmış, inceleme konumuz da dahil bugünkü kaçakçılık niteliğindeki fiiller ek madde 2’de hileli vergi suçları içinde suç olarak düzenlenmiştir. Cezası da ek madde 3’de hapis cezası olarak hükme bağlanmıştır⁶.

1. Birinci sınıf tüccarlar için 500 liradan;
2. İkinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı için 250 liradan;
3. Diğer mükellefler için 50 liradan; az olamaz.

Kaçakçılığa iştirak

Madde 326—Ayrı ayrı maddi menfaat gözetmek şartıyla birkaç kişi kaçakçılık yaptıkları takdirde bu fiili irtikap edenlerin veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanların her biri hakkında evvelki maddelerde yazılı vergi cezaları kesilir.

Kaçakçılığa teşvik

Madde 327 — Bir mükellefi kaçakçılık yapmaya azmettirenlere kaçakçılık tekemmül etmiş olmak şartıyla işlenen fiil için kanunda belli edilen ceza kesilir.

Kaçakçılığa yardım

Madde 328 — Ayrı bir menfaat gözetmemek suretiyle, kaçakçılık olduğunu bildiği bir fiilin işlenip tamamlanmasını fiiliyle kolaylaştıranlara bu fiil için kanunda belli edilen cezanın dörtte biri kesilir. 348 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak keyfiyetten ilgili makamları haberdar edenlere ceza kesilmez”

⁶ “Hileli vergi suçları

Ek Madde 2 — A) 1 - Çift defter kullanmak (bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlere kaydı gereken hususların, vergi matrahının azalmasını tevhit edecek tarzda diğer defter v e evrakta toplanması, çift defter kullanmaktır);

2 - Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak;

3 - Vesikaları tahrif etmek veya tahrif edilmiş vesikalarla asıllarına uygun olmayarak tanzim edilmiş vesika veya suretleri bilerek kullanmak; 4 - Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defter kayıtları tahrif etmek veya bu defterlerde mevhum adlara hesap açmak veyahut her türlü hesap ve muhasebe hileleri yapmak;

5 - Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defterlerin sayfelerini yok ederek yerlerine başka yapırlar koymak veya hiç yaprak koymamak;

6 - Vergi kanunlarına göre tutulması ve muhafazası mecburi olan defter veya vesikaları yok etmek veya gizlemek (mevcudiyetleri sabit olduğu halde vergi incelemesine yetkili

5432 sayılı Vergi Usul Kanunu, 12 Ocak 1961 tarihinde yayımlanan ve hala yürürlükte olan 213 sayılı Vergi Usul Kanunuyla yürürlükten kaldırılmıştır⁷. Bu Kanunun 344. maddesinde kaçakçılık düzenlenmişse de, bugünkü kaçakçılık suçunun karşılığı olmayıp, 5815 sayılı Kanundaki gibi kaçakçılığın ne olduğu tanımlanmıştır. 344. maddede, kaçakçılığın, mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyana sebebiyet verilmesi olduğu düzenlenmiştir. 345. maddede ise kaçakçılığın cezai düzenlenmiştir. 213 sayılı Kanun da, kaçakçılık fiillerini kabahat olarak hükme bağlamıştır⁸. Ancak, 5815 sayılı Kanunla yapılan değişiklikteki gibi

kimselere inceleme sırasında defter veya vesikaların ibraz edilmemesi gizleme demektir.);

7 - Bir vergilendirme dönemi içinde 5 0 0 0 lirayı aşan satış bedeli veya 2 500 lirayı aşan ücret, komisyon , faiz, istirak hissesi, kiri bedeli gibi hasılatı bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerden hiç birinde veya beyannamede göstermemek (hasılatın b u defterlerden veya beyannameden birinde gösterilmiş olması halinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. Defter tutmaya mecbur olmayanlar hakkında yalnız beyannamede gösterilmiş olup olmadığına bakılır.);

Hallerinden herhangi birisiyle (beyanname verilmiş olsun olmasın) verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesine veya noksan tahakkuk ettirilmesine sebebiyet veren kimseler;

B) Mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan gerçek ve tüzelkişilerden (kamu idare ve müesseseleri hariç) 138 inci madde mucibince istenilen bilgiyi, idareyi veya incelemeye yetkili olanları yanıltacak şekilde yalan veya eksik veriler veya tayin edilen süre içinde vermeyen- ler b u fıkra gereğince bilgi istenilirken yapılacak tebliglerde, bilginin verilmesi için tayin edilen süre ile süresinde cevap verilmediği veya yanıltıcı şekilde yalan veya eksik veriler verildiği takdirde haklarında kanunun cezai hükümlerinin uygulanması cihetine gidileceğinin ilgililere yazılı olarak bildirilmesi şarttır);

C) (A) bendinin 1 - 7 nci fıkralarında yazılı hareketleri, verginin tahakkuku için kanunda belli edilen sürenin hülulünden önce tespit edilenler (bu hareketlerin vergi ziyamı mucip olup olmayacağına bakılmaksızın hileli vergi suçu işlemiş olurlar.

Hileli vergi suçlarında ceza

Ek Madde3—1-Hareketleri ek 2 nci maddenin(A)bendinin1-6 nci fıkralarından her hangi birisine veya (B) bendine uygun bulunanlar hakkında 1 'yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıyla birlikte cezai müddeti kadar ticaret, sanat veya meslekten memnuiyete ve masrafi hükümlüden sonradan tahsil edilmek üzere keyfiyetin gazete çıkan yerlerde gazete ile, gazete çıkmayan yerlerde mutata vasıtalarla ilanına hükmolunur.

2 — Hareketleri, ek 2 nci maddenin l(A) bendinin 7 nci fıkrasına veya (C) bendine uygun olanlar hakkında 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasıyla birlikte ceza müddeti kadar ticaret, sanat veya meslekten memnuiyete ve masrafi hükümlüden sonradan tahsil edilmek üzere keyfiyetin gazete çıkan yerlerde gazete ile, gazete çıkmayan yerlerde mutata vasıtalarla ilanına hükmolunur”

⁷ R.G.T. ve S.: sırasıyla 10.01.1961-10703; 11.01.1961-10704; 12.01.1961-10705.

⁸ “Kaçakçılığın tanımı

Madde 344 — Kaçakçılık, mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyama sebebiyet verilmesidir.

Aşağıda yazılı hallerden her hangi biri ile vergi ziyama sebep olan fiilde, kastin mevcudiyeti kabul edilir; mükellef veya sorumlunun itiraz ve Temyiz komisyonlarıyla Danıştayda kastının mevcut olmadığını iddia ve ispat hakkı mahfuzdur: 1. Beyan üzerinden alınan vergilerle ilgili yıllık olarak verilmesi gereken beyannamelerde

213 sayılı Vergi Usul Kanununda da bugünkü kaçakçılık fiilleri hileli vergi suçları başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla hileli vergi suçlarının hükme bağlandığı 357. maddede inceleme konumuz olan suç da yer almıştır⁹. 359. maddede ise hileli vergi suçunun cezası düzenlenmiştir.

(Münferit ve özel beyannameler dahil) toplamı on bin, diğer beyannamelerde toplamı ikibin liradan az olma- mak üzere beyannamede yazılı vergi matrahının % 10 unu geçen bir miktarın noksan bildirilmesi; (Beyanname dışında ayrıca bir tetkike ihtiyaç göstermeksizin beyannamede yazılı bilgilere dayanarak vergi dairesince tespiti mümkün olan noksan bildirmeler bu hükümden hariçtir.)

30 uncu maddede yazılı sebeplerle re'sen takdir olunan ve yukarda yazık hadleri aşan matrah veya matrah farkları da noksan beyan hükmündedir. Mezkur maddenin 1 ve 2 nci bentlerinde yazılı sebeplerle ya- pılan re'sen takdirlerde bu hükmün uygulanması için takdir olunan matrahın on bin lirayı aşması yeter.

2. Beyana dayanmakla beraber bildirmeleri beyanname ile yapılmayan vergilendirmelerde, hiç beyanda bulunulmaması veya noksan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunulması;

3. Beyan esasına istinat eden mukellefiyetlerde beyanname verme süresi ve ek süre veya beyan esasına dayanmayan vergilerde vergilendirme dönemi ve tarh zamanı geçtiği halde ticari veya mesleki kazanç sahiplerinin kazançlarıyla ilgili faaliyetlerinin vergi dairesinin ittılai dışında bırakılması.

Kaçakçılıkta ceza

Madde 345 — Kaçakçılık yapan mukelleflere veya sorumlulara, kaçırdukları verginin üç katı tutarında vergi cezası kesilir.

Şu kadar ki» kesilen ceza (Veraset ve intikal Vergisi haric) :

1. Birinci sınıf tüccarlarla serbest meslek erbabı için (Kazançları goturu» olarak tesbit edilen serbest meslek erbabı haric, işletme esasında defter tutmasına müsaade edilen kurumlar dahil) 2 500;

2. İkinci sınıf tüccarlar için 1 000;

3. 1 ve 2 numaralı bentler dışında kalan mukellefler ve sorumlular için 100; liradan az olamaz.”

⁹ “Madde 357 — Beyanname verilmiş olsun veya olmasın aşağıdaki fiillerden biri ile verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesine veya eksik tahakkuk ettirilmesine sebebiyet verilmesi hileli vergi suçudur.

1. Çift defter kullanmak (Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlere kaydı gereken hususların, vergi matrahının azalmasını tevhit edecek tarzda diğer defter ve evrakta toplanması, çift defter kullanmaktır.)

2. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak;

3. Vesikaları tahrif etmek, asıllarına uygun olmayan vesika ve suretler tanzim etmek veya tahrif edilmiş vesikalarla asıllarına uygun olmayarak tanzim edilmiş vesika ve suretleri bilerek kullanmak;

4. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defter kayıtları tahrif etmek veya bu defterlerde mevhum adlara hesap açmak veyahut her türlü hesap ve muhasebe hileleri yapmak;

5. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defterlerin sahifelerini yok ederek yerlerine başka yapıpraklar koymak veya hiç yapıprak koymamak;

6. Vergi kanunlarına göre tutulması ve muhafazası mecburi olan defter veya vesikaların yok etmek veya gizlemek (Mevcudiyetleri sabit olduğu halde vergi incelemesine yetkili kimselere inceleme sırasında defter ve vesikaların ibraz edilmemesi gizleme demektir.)

358. maddede hileli vergi suçuna teşebbüs, 360. maddede ise hileli vergi suçuna teşebbüsün cezası hükme bağlanmıştır. 31 Aralık 1980 tarihinde yayımlanan 2365 sayılı Kanunla ise 357. madde yürürlükten kaldırılmış, içeriğinde yer alan fiiller 344. maddeye alınmış ve vergi ziyayı olduğu kabul edilmiştir¹⁰. Ancak 359. maddede vergi ziyayı cezasından ayrı olarak

7. Bir vergilendirme dönemi içinde toplamı yirmi bin lirayı aşan satış bedeli ve beş bin lirayı aşan ücret, faiz, komisyon, iştirak kazancı, kıra bedeli gibi hasılat, kazanç ve iratları bu kanuna göre tutulması mecburi defterlerden hiç birine kaydetmemek ve beyannamede de gös termemek. (Beyanname verilmemiş olması halinde hasılat kazanç ve iratlar beyannamede gösterilmemiş sayılır)”.
¹⁰ “Madde 344. — Kaçakçılık, mukellef veya sorumlu tarafından aşağıdaki haller den birisiyle vergi ziyama sebebiyet verilmesidir.

1. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defterlere kaydı gereken hususları, vergi matrahının azalmasını tevhit edecek tarzda tamamen veya kısmen diğer defter veya kağıtlara kaydetmek;

2. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak;

3. Vesikaları tahrif etmek, asıllarına uygun olmayan vesika ve suretler tan zim etmek veya tahrif edilmiş vesikalarla asıllarına uygun olmayarak tanzim edilmiş,

vesika ve suretleri bilerek kullanmak;

4. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defter kayıtlarını tahrif etmek veya bu defterlerde mevhum adlara hesap açmak veyahut her türlü hesap ve mu hasebe hileleri yapmak;

5. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defterlerin sahifelerini' yok ederek yerlerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak;

6. Vergi kanunlarına göre tutulması ve muhafazası mecburi olan defter veya vesikaları yok etmek veya gizlemek (mevcudiyetleri noterlik tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde vergi incelemesine yetkili kimselere inceleme sırasında defter ve vesikaların ibraz edilmemesi gizleme demektir.);

7. Beyan esasına dayanan mukellefiyetlerde beyanname verme süresi ve ek süre geçtiği halde, ticari, zirai veya mesleki kazanç sahiplerinin kazançları ile ilgili faaliyetlerinin vergi dairesinin ittilar dışında bırakılması;

8. Beyan üzerinden alınan vergilerle ilgili olup, yıllık olarak verilmesi gereken beyannamelerde (münferit ve özel beyannameler dahil) toplamı 150 000 diğer beyan namelerde toplamı 30 000 liradan az olmamak üzere, beyannamede yazık vergi matrahının % 10'unu geçen bir miktarın noksan bildirilmesi.

(Beyanname dışında ayrıca bir tetkike ihtiyac, göstermeksizin beyannamede yazılı bilgilere dayanılarak vergi dairesince tespiti mümkün olan noksan bildirmeler bu hükümden hariçtir);

30 ncu maddede yazılı sebeplerle re'sen takdir olunan ve yukarda yazılı hadleri aşan matrah veya matrah farkları da noksan beyan hükmündedir. Anılan maddenin 1 ve 2 nci bentlerinde yazılı sebeplerle yapılan re'sen takdirlerde bu hükmün uygu lanması için, takdir edilen matrahın yıllık beyannamelerde 150 000 diğerlerinde 30 000 lirayı geçmesi yeterlidir.

Vergi matrahının para birimi dışındaki, diğer birimlere göre tespiti halinde mezkur hadlerin tayininde bu Kanunun değerlendirme hükümlerine göre bulunacak tutarlar esas alınır.

9. Yukarıdaki haller dışında kasten vergi ziyama sebep olunması.

kaçakçılığa hapis cezası öngörülmüştür. 359. maddeye göre, 344. maddenin 1-6. bentlerinde yazılı fiilleri işleyenler hakkında 345. maddede yazılı vergi cezalarından (para cezalarını içeriyor) ayrı olarak 3 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ile bu kadar müddet ticaret, sanat ve meslek icrasından mahrumiyete hükmolunacaktır. Dolayısıyla inceleme konumuz olan suç da hapis cezası kabul edilen suç olarak 359. maddede düzenlenmiştir. Daha sonra 22.7.1998 tarihli 4369 sayılı Kanunla 344. madde vergi ziyai suçu ve cezası başlığını almış, 359. madde ise kaçakçılık suçları ve cezaları başlığıyla hükme bağlanmış, dolayısıyla bugünkü anlamıyla kaçakçılık suçları başlığıyla bağımsız suç haline getirilmiştir. Sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçu, 359. maddenin b bendinde düzenlenmiştir. 4369 sayılı Kanuna kadar sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma fiili aynı bentte hükme bağlanmakta ve aynı ceza ile cezalandırılmaktaydı. 4369 sayılı Kanunla artık bu tercihten vazgeçilmiştir. b bendi, *“Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; 1) Defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge), 2) Belgeleri Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı halde basanlar ile sahte olarak basanlar veya bu belgeleri kullananlar, hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar ağır hapis cezası hükmolunur”* düzenlemesini içermektedir. Sahte belgenin ne olduğu ilk defa 4369 sayılı Kanunla tanımlanmış, kullanmadaki bilerek kavramına hükümde yer verilmemiştir. 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla 359. maddede tekrar değişiklik yapılmış ve b bendi *“Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir”* şeklini almıştır. Yapılan değişiklikle ceza miktarı artırılmış, sahte belge parantez içinden çıkarılarak ayrı bir cümle olarak düzenlenmiştir. VUK’nın 359. maddesinde 8.04.2022 tarihli 7394 sayılı Kanunla da bazı değişiklikler yapılmıştır. 7394 sayılı Kanunun 4. maddesiyle 359. maddenin (b) fıkrasında yer alan sahte belge düzenlemek veya bu sahte belgeyi kullanmak fiilinin de yer aldığı suçta cezanın alt sınır değiştirilmemiş, ancak üst sınır beş yıldan 8 yıla çıkarılmıştır. Ayrıca bu değişiklikle 359. maddeye etkin pişmanlık ve içtimaya ilişkin bazı fıkralar ilave edilmiştir. Aşağıda bu hükümler incelenecektir.

Bu maddenin 1-6 numaralı bentlerinde belirtilen hallerde, 8 numaralı bentte yer alan had ve miktarlar aranmaz.”

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Sahte belge düzenlemek veya bu sahte belgeyi kullanmak, sahtecilik suçları kapsamında yer alan fiillerdir. Ancak VUK m. 359'da düzenlenen sahte belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma fiili vergi kaçakçılığı suçu¹¹ kapsamında düzenlenmiştir. Vergi kaçakçılığı genel olarak, mükelleflerin yasalara aykırı olarak kısmen veya tamamen vergi ödememeye yönelik fiilleriyle vergi kaybına neden olmaları şeklinde tanımlanmaktadır¹². Dolayısıyla vergi kaçakçılığında, ödenmesi gereken verginin ödenmemesi söz konusudur. Sahte belge düzenlemeyle, dönem karını gizlemek ve kayıt dışı işlem yaparak vergisiz kazanç elde etmek amaçlanmaktadır¹³. Haksız kazanç sağlamak, devlete vergiyi hiç ödememek veya az ödemek, hakkı olmayan indirimden yararlanmak için sahte belge düzenlenmekte veya sahte olarak düzenlenmiş belge kullanılmaktadır¹⁴. Bu nedenle sahte belge düzenleme veya kullanma suretiyle vergi kaçakçılığı suçunda, kişilerin haksız kazanç sağlaması, hazinenin zarara uğratılması engellenmekte, devletin vergilendirme hak ve yetkisi korunmakta, vergi kaybının önlenmesi amaçlanmaktadır¹⁵.

¹¹ Kaçakçılığın tarihi gelişimi için bkz.: Yavuz Kahya, "Suc Teorileri Işığında Türkiye'de Kaçakçılık Olgusu: Toplumsal Nedenleri, Boyutları ve Algısı", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/147563>, s. 160 vd.

¹² Bülbül/Özay, s. 53. Doktrinde dar anlamda ve geniş anlamda vergi kaçakçılığı suçu tanımı da yapılmaktadır: "*Vergi kaçakçılığı dar anlamıyla, vergi kanunlarını uygulamakla mukellef bulunan idarenin aldığı tedbirlerin ihlal edilerek vergi ödememek veya az vergi ödemek anlamına gelmektedir. Geniş anlamda vergi kaçakçılığı ise, vergilendirilebilir gelir veya serveti vergi idaresinin bilgisi dışında bırakmak ya da hileli hareketlere başvurarak vergi matrahının saklanması amacıyla vergi kanunlarına aykırı davranmak olarak tanımlanabilir*": Ferhat Yıldız, "Belgede Sahtecilik İle VUK'da Düzenlenen Sahte Belge Düzenleme Suçlarının Aldatma Kabiliyeti Yönünden Karşılaştırılması", TAAD Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 12, S. 48, Ekim 2021, s. 565.

¹³ Özgür Biyan, "Türk Vergi Hukukunda Belge Düzeni ve İspat: Eleştiriler Ve Öneriler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel S., 2010, s.27-55 (Basım Yılı 2012), s. 42.

¹⁴ Serkan Ağar, "Sahte Veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları", TBB Dergisi, Sayı 58, 2005, s. 285; Yıldız, s. 566, 567.

¹⁵ Bkz.: Mehmet Karaarslan, "Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkileri", TBB Dergisi, Sayı 64, 2006, s. 120; Hasan Türkal/Mehmet Sena Ekici/Mahmut İnan, "Vergi Suç ve Kabahati Kavramı, 4369 Sayılı Yasa Oncesinden Günümüze Yürürlükteki Vergi Suçları – Kabahatleri ve Cezaları", SÜHFD, 2010, C. 18, S. 1, s. 48; Ceyda Ümit, "Vergi Ceza Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Sahte Belge Kullanma Suçlarına İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", Hacettepe HFD, 11(1), 2021, 357-393, s. 363; Ağar, s. 85; Mehmet Taştan, Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 85. "Vergi belgelerindeki sahteciliğin amacı; düzenleyen için komisyon almak suretiyle haksız kazanç sağlamak veya vergi doğuran faaliyetini vergi dairesi bilgisi dışında tutarak vergi ödememek; kullanılan için ise gideri fazla gösterip matrahı düşürmek, dolayısıyla vergiyi az ödemek veya hiç ödememek ya da hakkı olmayan vergi iadesi veya

Bazı yazarlar bu suçla vergisini tam ve zamanında ödeyen, vergi sisteminin gerektirdiklerine uyan, hileli hareketlere başvurmadan hareket eden dürüst mükelleflerin çıkarı ile devletin ve vergiyle ilgili konularda diğer tüzel kişilerin ve toplumun bütününün vergiden kaynaklanan gelirleri ve yararlarının da korunduğunu belirtmektedirler¹⁶.

TCK'daki sahte belge ile VUK m. 359. maddedeki sahte belge düzenleme suçunun koruduğu hukuki değer birbirinden farklıdır. TCK'da belgeye duyulan güven korunurken¹⁷, VUK m. 359'da devletin vergilendirme hak ve yetkisi korunmakta, verginin kaybının önlenmesi amaçlanmaktadır¹⁸. Doktrinde bazı yazarlar m. 359/b'de düzenlenen sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçunun da kamu güvenini koruduğunu belirtmektedirler¹⁹.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsur

1. Fail ve Mağdur

a) Fail

Sahte belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma suçunun düzenlendiği VUK'nın 359. maddesinin b bendinde, fail ve mağdurla ilgili bir özelleştirmeye gidilmemiştir.

Suç tipinde özelleştirme olmaması nedeniyle sahte belge düzenleme suçunun faili herkes olabilir. Dolayısıyla herhangi bir kişi fail olabileceği gibi mükellef²⁰, vergi sorumlusu²¹ da suçu işleyebilir²². Fail olabilmek vergi yükümlüsü, mükellef olmak gerekmemektedir. İşyerinde çalışan herhangi bir kişi de bu suçu işleyebilir. Çocuklar, kısıtlılar, tüzel kişinin çalışanları, vakıflar ve cemaat çalışanları, yetkilileri herkes bu suçu işleyebilir. Fail ancak gerçek kişi olabileceğinden gerek kişi olmayan

indiriminden yararlanmaktadır. Bu bağlamda, gerçeğe aykırılık olgusu olarak sahtecilik amaç değil, araçtır", CGK, 04.10.2022, E. 2022/192, K. 2022/606.

¹⁶ Taştan, Kaçakçılık, s. 85.

¹⁷ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 1040

¹⁸ Karaarslan, s. 120; Türkal/Ekici/İnan, s. 48.

¹⁹ Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, Genel Kısım, Vergi Kabahatleri, Vergi Suçları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 292.

²⁰ Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir (VUK m. 8).

²¹ Vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişiyi belirtmektedir (VUK m. 8).

²² Taştan, Kaçakçılık, s. 88; Karaarslan, s. 121; Ağar, s. 287.

toplulukların, tüzel kişilerin²³ suçu işlemesi söz konusu değildir. VUK'nun 333. maddesinde de/3. fıkrasında da, "Bu Kanunun 359 uncu maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359 ve 360 ıncı maddelerde öngörülen cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunur" hükmüne yer verilerek suçu kim işlemişse cezanın ona verileceği, suçu işlemeyen kişilere ceza sorumluluğu yüklenemeyeceği ifade edilmiştir.

Sahte fatura kullanma fiili ise, düzenlemede bir özelleştirme de bulunulmamışsa da herkes tarafından gerçekleştirilemez. Sahte olarak düzenlenmiş belgeler, bir vergi mükellefiyeti kapsamında, vergisel işlemde kullanılacağından vergi yükümlülüğü olan kişiler tarafından işlenebilecektir²⁴. Sahte belge kullanma fiilinin faili öncelikle mükellef veya vergi sorumlusu olabilir. Mükellef veya vergi sorumlusu vergiyi doğuran olayla ilgili işlerini vekil veya müdür aracılığıyla yürütüyorsa ve sahte belgeyi bu kişiler kullanmışsa suçun faili söz konusu kişiler olacaktır. Ayrıca tüzel kişiler veya tüzel kişiliği olmayan teşekküller de vergi mükellefi veya sorumlusu olduğundan tüzel kişilerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri fail olabilecektir. Nitekim VUK m. 10'da, "*Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatlar gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir*" düzenlemesi yer almaktadır.

Tüzel kişiliğin niteliğine göre temsil yetkisine sahip kişiler belirlenecektir. Tüzel kişi adına üçüncü şahıslarla faaliyette bulunan ve temsil yetkisine sahip olan organları, örneğin yönetim kurulu üyeleri bu suçu işleyebileceklerdir (bu organlar tüzel kişinin dış organları olarak adlandırılan organlardır)²⁵. Kollektif şirketlerde aksi kararlaştırılmadığı müddetçe her ortağın ayrı ayrı temsil yetkisi bulunmaktadır (TTK m. 218). Yani temsil ve idare yetkisine ilişkin başka bir belirleme yapılmadığı müddetçe her ortağın ayrı ayrı ortaklığı tek başına temsil yetkisi vardır. Dolayısıyla temsil yetkisine sahip her ortak kollektif şirketin organı niteliğine haizdir. Komandit şirketlerdeki komanditeler de aynı şekildedir (TTK m. 309/2, 318/1). Temsil yetkisinin niteliği, kullanılması ve sınırları konusunda kollektif ortaklardaki hükümler geçerlidir. Komandit şirketlerde komanditer ortaklar, ortak sıfatıyla şirketi temsile yetkili değildirler. Ancak, şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, komanditer ortak ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak atanabilmektedir (TTK m. 318/2). Dolayısıyla tüzel kişiliği temsile yetkilidirler. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde,

²³ Doktrinde mali-ekonomik alandaki suçlarla ilgili olarak tüzel kişilerin faili olabileceklerini savunanların bulunduğu belirtilmektedir. Bkz.: Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 366.

²⁴ Açar, s. 287, 288; Taştan, Kaçakçılık, s. 87, 88.

²⁵ Bilge Öztan, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 82, 104.

yönetim ve temsille ilgili komandit şirketlerdeki hükümler geçerlidir (TTK m. 565/1). Limited şirketlerin ise yönetim ve temsil yetkisine sahip organı, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortak veya tüm ortaklar ya da üçüncü kişiler olabilmektedir. (m. 623)²⁶. Anonim şirketlerde yönetim kurulu, Murahhas üye veya müdür temsil yetkisine sahiptir. (TTK m. 365, m. 370). Tek kişilik şirketlerdeki yöneticiler de organ olarak nitelendirilmekte ve m. 359/b'deki suç işleyebileceklerdir. Tasfiye sırasındaki tasfiye memurları da tüzel kişinin organı niteliğinde olduğundan²⁷ sahte belge düzenlemişler ve kullanmışlarsa m. 359/b'yi gerçekleştirmiş olacaklardır. Düzenlemesine uygun olarak temsil eden sıfatına sahip yöneticiler de organ statüsüne sahiptir. Organın somut olayda tek başına veya başka organlarla birlikte bu yetkiyi kullanması önemli değildir²⁸. Derneklere de yönetim kurulu temsil yetkisine sahip organdır. Yine vakfın yönetim organı da bu kapsamdadır. Müdürler, şube müdürleri, kısım şefleri, ticari mümessil, ticari vekil de organ niteliğine, dolayısıyla temsil yetkisine sahiptir²⁹. Tüzel kişiliğe sahip şirketlerde ticari mümessil veya ticari vekillere idare ve temsil yetkisi verilebilmektedir. Örneğin kollektif şirketlerde temsil yetkisi için ticari mümessiller atanabilmektedir (TTK m. 218/2). Organı oluşturan hukuki işlemin geçerli olması gerekmez. Bu nedenle fiilen organ durumu yeterlidir³⁰. Organ kavramı içerisine girmeyen, ancak tüzel kişiyi üçüncü kişilere karşı temsil eden temsilciler de bulunmaktadır. Tüzel kişinin yetkili organı aracılığıyla BK m. 40 vd. maddeleri çerçevesinde özel temsilci tayin edilmesi ve bunun aracılığıyla işlemler yapılması

²⁶ “Tefecilik suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenmesi gerekmesine rağmen, sanıkların ortağı olduğu şirket hakkında TCK'nin 60. maddesindeki güvenlik tedbirlerinin uygulanmaması, aleyhe teyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. *Ltd. Şti.*'nin ortakları olan sanıkların; işyerlerinde bulunan pos cihazından kredi kartı çekimi yaptırıp çekilen miktarın bir kısmını komisyon olarak kestikten sonra kalan parayı kart kullanıcılarına verdikleri ve bu şekilde, faiz veya başka bir namla da olsa kazanç elde etmek amacıyla başkalarına ödünç para vererek zincirleme şekilde tefecilik yaptıkları anlaşılmıştır”: 5. CD, 14.01.2013, E. 2012/11217, K. 2013/325, www.kazanci.com (14.12.2015).

²⁷ Türk hukukunda tasfiye memurlarının tüzel kişiliğin organı olduğu kabul edilmektedir. Bu görüş, hakim görüştür. Bkz.: Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 358.

²⁸ KKOWiG-Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München 2006, § 9, kn. 44. Türk hukukunda da tasfiye memurlarının tüzel kişiliğin organı olduğu kabul edilmektedir. Bu görüş, hakim görüştür. Bkz.: Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 358.

²⁹ Bu kişilerin organ olup olmadığı noktasında yaşanan tartışmalar için bkz.: Öztan, s. 76.

³⁰ KKOWiG-Rogall, § 9, kn. 46.

mümkündür³¹. Bu halde bu kişilerin de VUK m. 359/b'yi gerçekleştirmeleri mümkündür. Temsilciye temsil yetkisi hukuken devredileceği gibi fiili olarak da devredilebilir. Temsilcilik ilişkisinin dayanağını oluşturan hukuki işlemin geçerli olması da şart değildir.

Mükellef ve vergi sorumlusu olabilmek için kanuni ehliyet şart olmadığından çocuklar ve kısıtlılar da mükellef ve vergi sorumlusu olabilmektedir (m. 9). Ancak bu kişileri adına işlemler veli, vasi, kayyım tarafından yapılacağından kullanma fiilini de bu kişiler gerçekleştirecek dolayısıyla suçun faili söz konusu kişiler olacaktır. VUK m. 332'ye göre "*Velayet ve vesayet altında bulunanlar veya işlerinin idaresi bir kayyıma tevdi edilmiş olanlar, kendilerine izafeten veli, vasi veya kayyımın vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden dolayı cezaya muhatap tutulmazlar. Bu hallerde cezanın muhatabı, veli, vasi veya kayyımdır*" olacaktır ifadesiyle bu husus vurgulanmıştır.

Tüzel kişiliğin varlığının söz konusu olduğu hallerde suçu işleyen kişinin tespiti önemlidir. Zira tüzel kişinin organında birden fazla kişinin varlığı veya tüzel kişiyi temsile birden fazla kişi yetkili olabilmektedir. Bu gibi durumlarda sahte belge düzenlenmesinin veya kullanılmasının iştirak halinde mi gerçekleştirildiğinin yoksa tek başına mı gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi gerekir. Organı oluşturan diğer kişilerin veya diğer temsile yetkili olan kişilerin bilgisi olmaksızın gerçekleştirilmişse sadece o kişinin sorumluluğu yoluna gidilmelidir³².

b) Mağdur

Sahte belge düzenleme veya bu sahte belgeyi kullanma suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir. Bu suç ile hazinenin zarara uğratılması, vergi kaybının önlenmesi amaçlandığından, devletin vergilendirme hak ve yetkisi korunduğundan, yani bireysel değerler korunmadığından mağdur da toplumu oluşturan herkeştir.

2. Suçun Konusu

VUK m. 359/b'de düzenlenen sahte belge düzenleme veya bu sahte belgeyi kullanma vergi kaçakçılığı suçunun konusu belgedir. Ancak bu belge herhangi bir belge olmayıp, vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgedir.

Suçun konusunu oluşturan belgelerin vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belge olması gerekir. VUK'nın 227 ile 243. maddelerinin düzenlendiği üçüncü kısım "Vesikalar" başlığını taşımaktadır. Dolayısıyla bu Kanunda yer alan, tutulması veya düzenlenmesi ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan

³¹ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 164, dipnot 545.

³² Taştan, Kaçakçılık, s. 95

belgeler suçun konusunu oluşturduğu gibi, diğer vergi kanunlarında yer alan belgeler de tutulması veya düzenlenmesi ve saklanması ve ibraz mecburiyeti bulunması şartıyla m. 359/b'nin konusunu oluşturabilir. Bu belgelerden bazıları fatura³³, perakende satış vesikaları (perakende satış fişleri, makineli kasaların kayıt ruloları, giriş ve yolcu taşıma biletleri), gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, ücret bordrosu, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi, muhabere evrakı ve diğer vesikalar şeklinde belirtilebilir. Ayrıca Maliye Bakanlığının 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 257. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak düzenleme zorunluluğu getirdiği belgeler de suçun konusunu oluşturabilecektir³⁴. Bu belgelerin vergi kanunları uyarınca tutulması veya düzenlenmesi gerektiği gibi aynı zamanda saklama ve ibraz mecburiyetinin de bulunması gerekir. Saklama ve ibraz mecburiyeti olmayan belge söz konusu ise m. 359/b gerçekleşmeyecektir. Vergisel işlemler açısından anlam ifade eden, kullanılması söz konusu olan belgeler, m. 359/b açısından suçun konusunu oluşturmaktadır. Aksi takdirde m. 359/b değil, bir başka belgede sahtecilik suçu (m. 207 gibi) gerçekleşebilir. Doğrudan vergi kanunlarında tanımlanmamış olan, ancak vergi hukuku tarafından tanınan (VUK m. 242 gibi), vergisel işlemlerde kullanılmak için düzenlenmeyen ve vergi ilişkisinde ispat amacıyla kullanılan diğer belgeler üzerinde suçun işlenmeyeceği belirtilmektedir³⁵. Beyannamenin gerçeğe aykırı düzenlenmesi, fazla gider veya düşük gelir gösterilmesi VUK m. 359/b kapsamına girmemekte, belgede sahtecilik (TCK m. 207) ve VUK m. 352 anlamında usulsüzlük kabahati söz konusudur³⁶.

Suçun konusunu oluşturan belgeler, belgenin aslı olabileceği gibi suretleri de olabilir. Kanun koyucu belgenin aslı ile sureti arasında cezalandırılabilirlik açısından fark yaratmamıştır. Belgenin sureti, belgenin kopyasını ifade etmektedir. Kopya, belgenin muhtevası ve orijinalinin kaydı hakkında bilgi verme niteliğine sahiptir. VUK m. 359/b'de suçun belgenin sureti üzerinde de işleneceği açıkça ifade edilmiştir. TCK'da düzenlenen belgede sahtecilik suçlarında ise belgenin suretinin, kopyasının içerdikleri irade beyanını bir kişiye izafe etmeye elverişli olmadıkları, belge olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir³⁷.

³³ Fatura hakkında geniş bilgi için bkz.: Biyan, s. 30 vd.

³⁴ CGK, 11.03.2014, E. 2012/1382, K. 2014/124.

³⁵ Bkz.: Ümit, s. 365; Açar, s. 287.

³⁶ Hakan Aslaner, Vergi Kabahat ve Suçlarının Unsurları, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 109, 110.

³⁷ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 838; Ahmet Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.lı TCK. m. 204-212), 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2010, s. 50.

3. Fiil

a) Genel Olarak

Suçun oluşması için vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin asıl veya suretlerinin tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlenmesi veya bu belgelerin kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla belgelerin asıl veya suretlerinin *tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlenmesi* veya bu belgelerin *kullanılması* suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır.

Düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, m. 359/b'de düzenlenen sahte belge düzenleme veya bu sahte belgeyi kullanma suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçu seçimsiz hareketli suçtur. Hareketlerden biri kısmen veya tamamen sahte belge düzenlemek, diğeri de düzenlenen sahte belgeyi kullanmaktır.

Suçun oluşması için kanuni tanımda bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Hareketin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Dolayısıyla m. 359/b'de yer alan suç sırf hareket suçudur. Ayrıca suçun oluşması için bir zararın gerçekleşmesi de aranmamıştır. Suçun tamamlanması için fiilin gerçekleştirilmesi yeterli olup vergi kaybının olması aranmamaktadır. Dolayısıyla da vergi kaçakçılığı suçunun işlenip işlenmediğine karar verebilmek için vergi kaybı biçiminde kamu zararının varlığının araştırılmasına gerek yoktur³⁸. Ancak zarar gerçekleşmişse, vergi kaçırılmışsa bu husus TCK m. 61 gereğince cezanın tespitinde göz önüne alınacaktır.

b) Tamamen veya Kısmen Sahte Belge Düzenlemek

VUK m. 359/b'de düzenlenen suçun oluşması için ilk olarak tamamen veya kısmen sahte belge düzenlenmesi gerekir. **Suçun oluşması için aranan sahte belgenin neyi ifade ettiği TCK'dan farklı olarak VUK'da tanımlanmıştır. 359. maddenin b bendinin son cümlesine göre, *gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge*, sahte belgedir. m. 359/b bendi, son cümle gereğince, gerçek bir muamele veya durum varsa ve bu durum belgede belirtilmişse sahte belge düzenleme suçu oluşmayacaktır. Türkçe sözlükte, muamele işlemin karşılığı olarak kullanılmakta ve işlem de, "Bir işi sonuçlandırmak için yapılan iş veya uygulamaların hepsi, muamele, muamelat" olarak tanımlanmaktadır. Durum ise, "bir şeyin içinde bulunduğu koşulların hepsi, vaziyet, hâl, keyfiyet, mevki, pozisyon" olarak ifade edilmektedir³⁹. Örneğin alım satım ilişkisine ilişkin müstahsil makbuzlarının düzenlenmesinde gerçek bir alım-satım ilişkisi söz konusu olmamakla beraber buğday alınmış gibi işlem yapıldığında m. 359/b kapsamında suç oluşacaktır. **Suçun oluşması için****

³⁸ AYM, 28.09.2022, E. 2022/59, K. 2022/111, 28/09/2022.

³⁹ <https://sozluk.gov.tr>

belgenin içerdiği işlemin veya durumun gerçek olmaması, yani sahte olması gerekmektedir⁴⁰.

VUK m. 359/b'de yer alan belgede sahtecilik suçunun oluşması için belgenin taşınması gereken unsurları, bazı şekil şartlarını taşınması zorunlu değildir. Önemli olan vergiye konu olayın gerçeği yansıtıp yansıtılmamasıdır. Dolayısıyla suça ilişkin madde metninde aranmayan belgedeki bazı şekil noksanlıklarının suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır. Ancak doktrinde m. 359/b açısından belgenin şekil şartlarını taşınmasının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. VUK m. 227/3'de, “Elektronik belge olarak düzenlenmesi gerekenler de dâhil olmak üzere, bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır” hükmü yer almaktadır. Bazı yazarlar bu hükümden yola çıkarak belgede bulunması gereken unsurları taşımayan belgenin suçun konusunu oluşturmayacağını⁴¹, yok hükmünde olacağını, suçun unsurlarının gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedirler⁴². Bir yazının belge sayılabilmesi için hem delil teşkil edebilmesinin hem de delilini teşkil ettiği olayın hukuk alanında bir etki meydana getirebilmesinin ve hukuki öneminin bulunması gerektiği belirtilmektedir. Bir belgenin vergisel anlamda hukuki değeri, delil değerli yok ise suçun konusunun oluşmayacağı dile getirilmektedir⁴³. Bazı yazarlar ise şekil eksiklerinin suçun oluşmasını engellemeyeceğini kabul etmektedirler⁴⁴. CGK, 2018

⁴⁰ “Muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme suçunun oluşabilmesi için belgenin gerçek bir muamele veya duruma dayanma zorunluluğunun bulunmasının gerektiği, belgenin gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde, varmış gibi düzenlenmiş olması halinde ise sahte belge düzenleme, başka şahıs/şirket tarafından sahte düzenlenen belgelerin muhasebeleştirilerek vergisel işlemlerde kullanılması halinde de sahte belge kullanma yine başka şahıs/şirket tarafından muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı şekilde düzenlenen belgelerin muhasebeleştirilerek vergisel işlemlerde kullanılması ile de muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma suçunun oluşacağı, belgelerin bir kısmı tamamen sahte, bir kısmı da yanıltıcı belge ise TCK'nın 44. maddesi gereği fikri içtima hükümlerinin uygulanması suretiyle cezası daha ağır olan VUK'nun 359/b maddesinden hüküm kurulmasının gerektiği cihetle; somut olayda, 14.01.2009 tarih ve 2009/1204/13 sayılı vergi suçu ve 1204/1 sayılı vergi tekniği raporlarında, sanığın sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlediğinin belirtilmesi bu yönde de 01.04.2009 tarihli iddianame tanzim olunması karşısında, sübutu halinde eyleminin TCK'nın 44. maddesi delaletiyle 213 sayılı Yasanın 359/b-1. maddesi kapsamında bulunan sahte belge düzenleme suçunun oluşacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi”, 11. CD, 1.6.2017, E. 2016/4460, K. 2017/4129.

⁴¹ Açar, s. 285; Burcu Görkemli, “Ceza Hukukundaki Sahtecilik Suçları ile Vergi Ceza Hukukundaki Sahte Belge. Düzenleme-Kullanma Suçları”, TAAD, Yıl 12, S. 47, Temmuz 2021, s. 427. Ayrıca bkz.: Murat Batı, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Vergi Tekniği-Vergi Yargısı-Kamu İcra, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 338, 339.

⁴² Şenyüz, Doğan, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 416.

⁴³ Taştan, Kaçakçılık, s. 126, 127.

⁴⁴ Onur Özcan, Vergi Suçları, Ankara 2015, Seçkin Yayınevi, s. 109; Ümit, s. 373.

yılında verdiği bir kararda, “VUK’nun 359. maddesinin b fıkrasında “vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen...belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya kullananların hapis cezası ile cezalandırılacağı” düzenlendikten sonra aynı maddenin son cümlesinde “gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge sahte belgedir” denilerek VUK kapsamında sahtecilikten ve sahte belgeden ne anlaşılmasının açıklandığı, kanun koyucunun burada sahte belgeyi tanımlayarak içerik sahteciliğine yönelik iradesini açıkça ortaya koyduğu, dolayısıyla da VUK’nun 359. maddesinin b fıkrasında düzenlenen sahtecilik kavramının TCK’daki sahtecilik düzenlemesinden ayrıldığı görülmektedir. Özellikle VUK’nun 3. maddesindeki Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği düzenlemesi nazara alındığında VUK’daki sahtecilik düzenlemesinin belgenin şekli denetimini içermediği, Vergi Usul Kanununun 359. maddesinin b fıkrasında yapılan düzenleme ile korunan değerın devletın aslı geliri kaynaklarından olan vergi gelirini korumak, vergi kaybını önlemek olduğu anlaşılmalıdır...şekil şartları ve aldatma kabiliyeti bu suçta unsur olarak düzenlenmemiştir” şeklinde değerlendirme yapmıştır. Yine aynı CGK kararında, “...VUK’nun 359. maddesinin b fıkrasında düzenlenen sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık sularında VUK’nun m. 230 ve devamı maddelerine yollama yapan aynı Kanunun 227. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme gerekçe gösterilerek belgede bulunması gereken zorunlu bilgilerin (şekil unsurlarının) suçun unsuru olarak kabul edilmesi ve buna bağlı olarak da VUK’daki aldatma kabiliyetinin TCK’da düzenlenen sahtecilik suçlarındaki gibi şekli yönden de değerlendirilmesi gerektiğinin kabul edilmesi Vergi Usul Kanunundaki düzenlemeler açısından kanun koyucunun amaçlamadığı y...gılı uygulamalara ve sonuçlara yol açabileceği gözetilmelidir.” şeklinde belirleme yapılmıştır⁴⁵. CGK, 2022 yılında verdiği kararlarında ise, suçun hareket kısmını, vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin asıl ve suretlerinin kanuni şekle uygun olarak tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemesinin oluşturduğunu belirterek belgenin şekle uygun olarak meydana getirilmesini vurgulamıştır⁴⁶.

TCK’daki sahte belge ile VUK m. 359. maddedeki sahte belge düzenleme suçunun nitelikleri birbirinden farklıdır. TCK’daki belgede sahtecilikte belgenin bazı unsurlara (yazılı olması, hukuken anlamlı bir içeriğinin bulunması ve düzenleyenin belli olması) ve aldatma kabiliyetine sahip olması aranmakta ve belgenin aldatma kabiliyeti yoksa suçun oluşmadığı kabul edilmektedir⁴⁷. VUK m. 359/b’de ise belgenin şekli değil içeriği korunmakta, dolayısıyla da suçun oluşması gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge olması aranmaktadır⁴⁸. VUK m. 359/b’de içerik sahteciliği esas

⁴⁵ CGK, 08.11.2018, E. 2018/427, K. 2018/517.

⁴⁶ CGK, 22.09.2022, E. 2021/433 , K. 2022/575; CGK, 4.10.2022, E. 2022/192, K. 2022/606.

⁴⁷ Gökçen, s. 46 vd., 84 vd.

⁴⁸ Ertuğrul Ünal, “Vergi Usul Kanununun 359’uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”, MÜHF-HAD, C. 27, S. 2, 2021, s. 1267.

alınmakta olup şekil denetim zorunluluğu bulunmamaktadır. İçeriği doğru olmayan belgenin sahte belge olduğu bizzat b bendinde ifade edilmektedir. Eğer şekil unsurlarının varlığı aranmış olsaydı suretlerinin sahte olarak düzenlenmesi suç kapsamında kabul edilmezdi. Zira TCK'da düzenlenen belgede sahtecilik suçlarında kopya, belge olarak kabul edilmemektedir⁴⁹. Ayrıca içerik doğru olmakla birlikte şekildeki bazı eksiklerin varlığı durumunda vergi kaçırılması, haksız kazanç elde edilmesi söz konusu değildir. Buna rağmen vergi kaçakçılığı suçunun gerçekleştiğini kabul etmek hükmün konuluş amacıyla da bağdaşmaz. Ayrıca belge şekil şartlarını taşımasa bile VUK m. 3/B ve ceza muhakemesinde geçerli olan delil serbestisi gereğince delil olma özelliğini devam ettirmektedir. Belgenin gerçekliği ile ceza muhakemesi anlamında belgenin gerçekliği aynı anlama gelmemektedir. Sahte olan bir belge, sanık tarafından tanzim edilmiş ise, ceza muhakemesinde gerçek belge sayılır⁵⁰. VUK m. 3/B bendinde de, *“Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz. İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir”* düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla belge şekil şartlarını taşımasa da her tür delil kapsamında delil olma özelliğini sürdürmektedir. Eğer aksi düşünülürse içeriği gerçeği yansıtmayan belgeden dolayı şekil şartlarını taşımadığı gerekisiyle m. 359/b'den beraat kararı verilebilecektir⁵¹. Oysa m. 359/b açısından gerçek bir muamelenin veya durumun düzenlenip düzenlenmemesi önem taşımaktadır. Gerçek olmayan bir durum veya muameleye ilişkin belge düzenlemesi varsa ancak sahte belgeden ve sahte belge düzenleme suçundan bahsedilecek ve vergi kaçakçılığı suçunun oluştuğu ifade edilecektir. Önemli olan içerik sahteciliğinin yapılmış olmasıdır. Örneğin satın alınmayan mal ve hizmetin alınmış gibi fatura edilmesi halinde belgede sahtecilik fiili söz konusudur⁵². Hiçbir ekonomik faaliyette bulunmamasına rağmen (mal

⁴⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 838; Gökçen, s. 50.

⁵⁰ Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 522.

⁵¹ CGK, 08.11.2018, E. 2018/427, K. 2018/517. Yargıtay'ın bu tarihten önceki kararlarında, faturalarda bulunması gereken zorunlu bilgileri içermeyen faturaların düzenlenmemiş sayılacağı kabul edilerek, öncelikle fatura asıllarının getirilip incelenmesi ve sadece VUK uyarınca zorunlu bilgileri içeren faturaların; gerçek alım satım ilişkisi veya hizmet ifası karşılığı olup olmadığının belirlenmesi için subuta yönelik araştırma yapılması gereği vurgulanmaktaydı. Bu yaklaşım, zorunlu bilgileri içermeyen faturaların düzenlenmemiş sayılacağına dair VUK'nın 227. maddesi gereğince, zorunlu bilgileri ve şekil şartını ihtiva etmeyen faturadan dolayı suçun da oluşmayacağı sonucunu ortaya çıkarmıştır: Ümit, s. 371, 372.

⁵² “3)Sanığın dava konusu malların alındığını gösteren miktar kadar mal girişi olup olmadığı, buna dair sevki ve taşıma irsaliyelerinin bulunup bulunmadığı, bu malları saklama kapasitesinin olup olmadığı, mal bedelinin satıcılara ödendiğine ilişkin ticari

veya hizmet hareketi olmaksızın) faaliyette bulunmuş gibi belge düzenlenmesinde m. 359/b anlamında sahte belge söz konusudur. Başkasından alınan malın bir başkasından alınmış gibi gösterilmesinde sahte belge düzenleme fiili bulunmaktadır⁵³. Ayrıca TCK'da resmi belgede sahtecilik veya özel belgede sahtecilik kavramları kullanılmış VUK m. 359'da ise kaçakçılık suçları ve cezaları ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca TCK'da sahte belgenin ne olduğu tanımlanmazken VUK m. 359'da anlamı tespit edilmiştir. Dolayısıyla VUK m. 359 anlamında sahte belgenin varlığını tespit ederken TCK düzenlemesine göre değerlendirme yapılması ve şekli denetim yapılması suçun kanuni tanımına uygun nitelik taşımayacaktır⁵⁴. Sahte olarak basılmış veya mükellefin rızası dışında mükelleften elde edilmiş belgeler de sahte belge niteliğindedir. Bu şekilde yapılmış sahteciliklerde sahte belge düzenleme suçunun söz konusu olması için belgenin gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde varmış gibi düzenlenmesi gerekir. Aksi halde VUK m. 359/b'deki oluşmaz⁵⁵. VUK'da belgeler açısından getirilen şekil denetimi m. 359/b açısından değil idari olarak vergisel faaliyetin incelenmesi ve denetimi açısından getirilmiştir. m. 359/b'deki sahte belge açısından, belge ve şekli suçun unsuru olarak aranmamaktadır⁵⁶. VUK m. 359/b düzenlemesi bir

teamüle ve belgeleme zorunluluğuna uygun şekilde kasa mevcudu ve/veya banka hesaplarına uyumlu çıkış belgeleri bulunup bulunmadığının araştırılması,

4) Adlarına müstahsil makbuzu düzenlenen (kanaat oluşturacak sayıda) kişilerin CMK'nin 48. maddesi uyarınca çekinme hakları hatırlatılarak tanık sıfatıyla beyanlarına başvurulması ile sanığa mal satıp satmadıkları, satmışlarsa satılan malın cinsi ve miktarı, bu malın üretimine ve satışına ilişkin ellerinde belge bulunup bulunmadığı sorulup varsa buna ilişkin belgelerinin dosya arasına alınması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ve inceleme sonucu mahkumiyet hükmü kurulması,

5) Kabule göre de;

a) "sahte fatura düzenleme" ve "muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme"

suçlarının vasıflarının ve yaptırımlarının farklı olduğu, 213 sayılı Kanun'un 359/a-2. maddesine göre, "muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme" suçunun oluşabilmesi için belgenin gerçek bir muamele veya duruma dayanma zorunluluğunun bulunmasının gerektiği, belgenin gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde varmış gibi düzenlenmesi halinde ise, 213 sayılı VUK'nun 359/b maddesindeki sahte belge düzenleme suçunun oluşacağı; sanığın üzerine atılı suçların sübutu halinde eylemlerin sadece 213 sayılı VUK'nun 359/b maddesinde düzenlenen "sahte müstahsil makbuzu düzenleme" suçunu oluşturacağı gözetilmeden gerekçe ve hükümde sanığın muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı ve sahte belge düzenlediğinin kabul edilmesi", 11. CD, 6.10.2021, E. 2017/9937, K. 2021/7891.

⁵³ Doğan Şenyüz/ Mehmet Yüce/Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 13. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2022, s. 274; Batı, s. 339. Uygulamada bu nitelikteki belgelere naylon fatura adı verilmektedir: Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 274; Aslaner, s. 92.

⁵⁴ CGK, 08.11.2018, E. 2018/427, K. 2018/517.

⁵⁵ CGK, 22.09.2022, E. 2021/433, K. 2022/575; CGK, 4.10.2022, E. 2022/192, K. 2022/606.

⁵⁶ CGK, 08.11.2018, E. 2018/427, K. 2018/517.

ceza hukuku düzenlemesidir. Dolayısıyla da TCK m. 2 gereğince suç ve ceza içeren hükümlerde kıyas yapılması ve kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlama yapılması yasak olduğundan suçun unsurlarının 359. maddeye göre belirlenmesi, TCK'daki belgede sahtecilik hükümlerinin kıyas yoluyla 359'a monte edilmesi kıyas yasağına ve kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Belgede sahtecilik m. 359/b düzenlemesinde de yer aldığı gibi kısmen veya tamamen olabilir. Tamamen sahtecilik gerçekte olmayan bir vergi olayının varmış gibi belgeye yansıtılması (satın alınmayan malın alınmış gibi gösterilmesi)⁵⁷, kısmen yapılan sahtecilik ise gerçek ve gerçek olmayan muamele ve durumların aynı belgede yer almasını (satın alınmış malla ilgili düzenlenen belgede satın alınmayan malın da gösterilmesi) ifade etmektedir⁵⁸. Örneğin; gerçek emtia satışı için düzenlenen faturada, ayrıca yapılmayan emtia satışının da gösterilmesi durumunda kısmen yapılmış sahtecilik söz kousudur. Kısmen sahte belge ile muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge birbirinden farklıdır. Yanıltıcı belgede, gerçek muamele veya durum mevcut olmakla birlikte bunların mahiyet veya miktarında gerçeğe aykırılık vardır. Kısmen sahte belgede ise gerçeğin yanında gerçek olmayan muamele ve durum veya yanıltıcı niteliği kabule yol açan mahiyet ve miktar dışında ve bunları aşan gerçeğe aykırılık söz konusudur⁵⁹. Bu itibarla belgesiz yapılan alım ve hizmetlerin başka bir mukellefin belgesiyle veya sahte belgeyle belgelendirilmesi hâlinde belge gerçek bir muamele veya duruma dayanmadığından sahte olduğu kabul edilmektedir. Sahtecilik, mukellefin özel yönetmeliğine uygun olarak bastırıldığı belgeler vasıta kılınarak işlenebileceği gibi, sahte basılmış belgelerle de işlenebilir⁶⁰.

c) Sahte Belge Kullanmak

VUK m. 359/b'de düzenlenen ve inceleme konumuz suçun oluşması için ikinci olarak tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlenen belgenin kullanılması gerekir.

Kullanmak, bir şeyden belli bir amaçla yararlanmak anlamına gelmektedir⁶¹. VUK m. 359/b'de düzenlenen suç açısından kullanmak, sahte belgenin yer aldığı beyannamenin vergi dairesine verilmesidir. Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan, ancak tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlenen belgenin deftere kaydedilmesinden sonra dahil edildiği

⁵⁷ Gerçek kontör alış ve satışı olmadığı halde varmış gibi fatura düzenlenmesi durumunda m. 359/b de ihlal edilmiş olacaktır: 11. CD, 08.10.2020, E. 2017/8348, K. 2020/5614.

⁵⁸ CGK, 22.09.2022, E. 2021/433, K. 2022/575.

⁵⁹ CGK, 18.10.2022, E. 2022/11-153, K. 2022/641; CGK, 4.10.2022, E. 2022/192, K. 2022/606.

⁶⁰ CGK, 4.10.2022, E. 2022/192, K. 2022/606; CGK, 11.03.2014, E. 2012/1382, K. 2014/124; CGK, 18.10.2022, E. 2022/11-153, K. 2022/641.

⁶¹ <https://sozluk.gov.tr/>.

beyannamenin mükellef tarafından vergi dairesine verilmesini ifade etmektedir. Kullanma için, sahte belgenin bir hukuki işlem tesisine dayanak olarak gösterilmesi gerekmektedir⁶². VUK m. 359/b açısından sahte belgenin hukuki sonuç doğuracak şekilde kullanılmış sayılması için deftere kaydedilmesi yeterli olmayıp, dahil edildiği beyannamenin vergi dairesine verilmiş olması da gerekmektedir⁶³. Bu anlamda kullanma, yapılan sahtecilikten beklenen yararın sağlanması için gerekli faaliyetlerin tamamını ifade etmektedir⁶⁴. Sahte belgenin deftere kaydedilmesiyle beklenen yarar sağlanmayacağından kullanmanın gerçekleşmediği benimsenmektedir. Ayrıca deftere kaydedilmeyen sahte belgenin vergi beyannamesinde gösterilmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla kullanma için kısmen veya tamamen sahte olarak düzenlenen belgenin beyannamede gösterilmesi, beyannamenin vergi dairesine verilmesi gerekmektedir⁶⁵.

Vergi Usul Kanununun 359/b maddesinde *belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar* ifadesi geçmektedir. Yani sahte belge düzenlemek ile bu belgeleri kullanmak “veya bağlacıyla” ifade edilerek seçimlik hareketli suç düzenlemesi yapılmıştır. Ceza hukukunda ittifakla kabul edilen, suçun kanuni tanımında alternatif olarak sayılan hareketlerden biriyle gerçekleştirilmesinin söz konusu olduğu durumlarda seçimlik hareketli suçun gerçekleştiğidir. Seçimlik hareketlerin öngörüldüğü suçlarda da yalnızca bu hareketlerden birinin yapılması yeterlidir. Seçimlik hareketlerden birkaçının veya hepsinin gerçekleştirilmesinde de konu

⁶² Gökçen, s. 128.

⁶³ “Sanığın, gerçekten mal alışları yaptığı kişilerden faturalarını almayıp, belgesiz alışlarını belgelendirmek için piyasadan sahte fatura ticareti yapan firmalardan aldığı faturaları defterlerine işleyerek, vergi indirimini konusu yaptığının kabul edildiği olayda ...sayılı Vergi Usul Kanununun 359. Maddesinin a ve b fıkralarında sahte belgenin ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgenin tanımlanmış şekline ve yerleşik uygulamaya göre eylemin sahte fatura kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vafında yanılıgı sonucu muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı fatura kullanma suçundan hüküm kurulması ”, 11. CD, 03.05.2019, E. 2019/308, K. 2019/4361.

⁶⁴ Yargıtay’a göre, “Maddede belirtilen sahte belge düzenleme ve sahte belge kullanma suçlarında failin hareketi birbirinden farklılık arz etmektedir. Sahte belge düzenleme suçunun maddi unsurunun hareket kısmını; vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin asıl veya suretlerinin kanuni şekle uygun olarak tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlenmesi oluştururken, sahte belge kullanma suçunun maddi unsurunun hareket kısmını; sahte belgenin deftere kaydedilmesinden sonra dahil edildiği beyannamenin mükellef tarafından vergi dairesine verilmesi oluşturmaktadır. Sahte belgenin hukuki sonuç doğuracak şekilde kullanılmış sayılması için deftere kaydedilmesi yeterli olmayıp dahil edildiği beyannamenin vergi dairesine verilmiş olması da şarttır. Çünkü kullanma, yapılan sahtecilikten beklenen yararın sağlanması için gerekli faaliyetlerin tamamını ifade eder.”, CGK, 04.10.2022, E. 2022/192, K. 2022/606.

⁶⁵ Taştan, Kaçakçılık, s. 356; Yıldız, s. 571.

aynı olmak şartıyla suç bir defa işlenmiş kabul edilmektedir⁶⁶. Seçimlik hareketli suçlarda kullanma hareketinden sorumluluk için kullanma hareketinin başka bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Sahte belgeyi düzenleyen kişi tarafından bu belgenin kullanılması halinde konu aynı olduğundan ayrı suç oluşmaz, aynı suç işlenmiş kabul edilir. Seçimlik hareketlerle işlenen suçlar tipik hareket teklifi içinde bulunmakta ve hareketlerin birden fazlası gerçekleştirilse bile tek fiil, tek suç söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁶⁷. Yargıtay da belgede sahtecilikle ilgili verdiği kararlarda seçimlik hareketlerin birden fazla gerçekleştirilmesi halinde tek suçun oluştuğunu kabul etmektedir⁶⁸. VUK'nın 359/b maddesinde sayılan fiiller de seçimlik nitelikte olduğundan seçimlik hareketli suçlardaki gibi değerlendirme yapılmalıdır. Dolayısıyla sahte belgeyi düzenleyen aynı zamanda söz konusu belgeyi kullanırsa burada iki ayrı suç değil, tek suç oluşacak ve fail sadece sahte belge düzenleme suçundan cezalandırılacaktır⁶⁹. Konu aynı olduğundan (sahte olarak düzenlenmiş aynı belge aynı kişi tarafından kullanıldığından) iki ayrı suç olmayıp tek suç söz konusu olacaktır. Yargıtay da 359. maddenin b bendi düzenlenen sahte belge düzenlemek ve kullanmakla ilgili olarak aynı kişi tarafından hem sahte olarak düzenlenen hem de sahte olarak düzenlenen belgelerin kullanıldığı olaylarda ayrı suçların oluştuğu kabul edilmemekte tek suçun oluştuğu benimsenmektedir: *“Vergi suçu raporu ve ...Küçük ve Orta Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı 11.10.2012 tarihli mütalaasının sanıklar hakkında 2010 ve 2011 takvim yıllarında sahte belge düzenlemek suçuna ilişkin olduğu, failin bizzat sahte fatura düzenlemesi durumunda, aynı belgeyi kullansa bile “sahte fatura düzenleme” suçunun; başkasının sahte olarak düzenlediği faturayı kullanması halinde ise “sahte fatura kullanma” suçunun oluşacağı, birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olan sahte fatura düzenlemek ve sahte fatura kullanmak suçlarının birbirine dönüşmeyeceği gözetilmeksizin sanıklar hakkında “2010 ve 2011 takvim yıllarında sahte belge düzenlemek ve kullanmak” suçlarından hüküm kurarak hükmün karıştırılması”*⁷⁰, “213 sayılı VUK'nın 367. madde uyarınca dava şartı olan Vergi Dairesi Başkanlığı mütalaası ve dayanağı olan vergi suçu raporu ile eklerinin 2009 ve 2010 takvim yılında sahte fatura düzenlemek suçlarına ilişkin olduğu; failin bizzat sahte faturayı düzenlemesi durumunda, ayrıca faturayı kullansa bile sahte fatura düzenleme suçunun; başkasının sahte olarak düzenlediği

⁶⁶ Bkz.: Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 185-188; Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 306.

⁶⁷ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 524.

⁶⁸ “TCK'nin 204/1. maddesindeki “düzenlemek” ve “kullanmak” eylemlerinin seçimlik hareketler olduğu cihetle; somut olayda düzenlediği sahte reçete ile eczaneden ilaç alan sanığın eyleminin tek resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu gözetilmelidir”, 11. CD, 08.11.2012, E. 2012/22599, K. 2012/18953, kazanci.com.tr (E.T.11.11.2022).

⁶⁹ Taştan, Kaçakçılık, s. 296, 297; Taştan, Mehmet, Sahte Fatura Düzenleme ve Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 56, 112.

⁷⁰ 11. CD, 17.01.2019, 6690/573.

*faturayı kullanması halinde ise sahte fatura kullanma suçunun oluşacağı*⁷¹. Yargıtay kararlarında sahte belge düzeleme ile kullanmanın ayrı suçlar olduğunu belirtmekle beraber, bunu fiilleri farklı kişilerin gerçekleştirilmesiyle bağlantılı olarak kullanmaktadır⁷². Yargıtay'a göre, "2010 takvim yılında sahte fatura düzenleme" suçundan kamu davası açıldığı, sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarının birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olduğu ve birbirine dönüşmeyeceği gözetilmeden, sanık G. yönünden gerekçe kısmında sahte fatura düzenleme suçu anlatılıp hüküm kısmında sahte fatura kullanmaktan hüküm kurularak hüküm karıştırılması yasaya aykırı" dır⁷³. Ancak tespit ettiğimiz kadarıyla Yargıtay'ın farklı belirleme yaptığı kararları da bulunmaktadır⁷⁴. Yargıtay'ın bu şekilde sahte belge düzenleme ile kullanmanın farklı suçlar olduğunu belirtmesi karışıklıklara neden olmaktadır. TCK'da düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçunda olduğu gibi seçimlik hareketli suç belirlemesi yapıp, sahte belge düzenleyen ile bu belgeyi kullananın farklı kişiler olması durumunda ayrı ayrı sorumluluk yoluna gidilmesi doğru olacaktır. Farklı suç belirlemesi, farklı suç olduğu neticesi doğurduğundan aynı kişi ile ilgili kullanma ve düzenlemeden ayrı ayrı dava açılması ve mahkumiyet kararı verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Konu değişmediği müddetçe sahte olarak düzenlenen aynı belgenin kullanılması farklı suç oluşturmaz. Aksine uygulama tek fiil belirlemesine uygun nitelik taşımaz. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçlarının birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olduğu, belgeyi düzenleyen kişi ile kullanan kişinin aynı olsa bile tek suçun oluşmayacağı görüşü dile

⁷¹ 11. CD, 10.12.2018, 5563/10104.

⁷² Doktrinde aynı belirleme için bkz.: Aslaner, s. 110.

⁷³ 11. CD, 25.01.2023, E. 2021/2674, K. 2023/311.

⁷⁴ "Sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma suçları birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olup, biri diğerinin unsuru olmadığı gibi bu suçların birbirine dönüşmeyeceği ve her takvim yılında işlenen sahte fatura düzenleme ile sahte fatura kullanma suçlarının ayrı suçlar olduğu, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı takvim yılında işlenen sahte fatura düzenleme ve kullanma suçları açısından ayrı ayrı zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki yerleşik içtihatlarımız nedeniyle tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir". 11. Ceza Dairesi, E. 2021/11213, K. 2021/10936. "Mükellef Ayhan İthalat...Ltd.Şti yetkilisi olan sanığın, 2011 takvim yılında Arşah Ltd.Şti ile

Sarıköz Ltd.Şti.'ye düzenlemiş olduğu ve Arşah şirketinden almış olduğu faturaların gerçek mal ve hizmet alış ve satışı karşılığı düzenlenen faturalar olmadığı, bu faturalar karşılığında mükellef şirkete keşide edilmiş olan çeklerin Sarıköz ve Arşah şirketlerinin finansman ihtiyacını karşılamak için mükellef şirketten almış oldukları borç alma işlemi karşılığında düzenlenen çekler olduğu belirtilerek sanık hakkında 2011 takvim yılında sahte fatura düzenleme, sahte fatura kullanma ve tefecilik suçlarından dava açılmıştır...2011 takvim yılında sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarından açılan kamu davasında; sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma suçları birbirinden bağımsız ve ayrı suçlar olup her biri hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, Vergi Usul Kanunu'na muhalefet suçundan tek bir hüküm kurulması hukuka aykırı bulunmuştur", 11. CD, 07.03.2023, E. 2021/7785, K. 2023/1281. Aynı yönde 11. CD, 29.06.2021, E. 2017/9107, K. 2021/6057.

getirilmektedir⁷⁵. Anayasa Mahkemesi de kullanmanın seçimlik hareket olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre, “vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin sahte olarak kullanılması fiili, 213 sayılı Kanun kapsamında seçimlik hareketli suç olarak öngörülen vergi kaçakçılığı suçunun oluşmasına yol açan hareketlerden birini teşkil etmekte olup bu fiili işleyenlerin hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır”. Mahkemeye göre kullanmanın seçimlik hareket olarak düzenlenmesinde ve sahte belge düzenlemeyle aynı şekilde cezalandırılmasında Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır. Mahkemeye göre, “vergi kaçakçılığı suçunun toplumsal etkisi, tehlikeliliği, vergi düzenine olan zararı ve işlenme oranı göz önünde bulundurulduğunda belirlenen ceza aralığının ağır ya da orantısız olduğu da söylenemez. Buna göre kuralla kişilere aşırı bir külfet yüklediğinin söylenemeyeceği, bu bağlamda suç ile ceza arasında bulunması gereken makul dengenin gözetildiği, dolayısıyla kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olmadığı anlaşılmıştır”⁷⁶

Sahte belgeyi düzenleyen kişi dışında başka birinin sahte belgeyi kullanması durumunda kullanan açısından m. 359/b'deki suç işlenmiş olacaktır. Kullanılan sahte belge önceden temin edilebileceği gibi, sonradan da temin edilebilir. Önemli olan belgenin vergilendirme işleminde kullanılmasıdır. Olmayan bir faturanın vergi dairesin verilen beyannamede kullanılması mümkündür. Zira beyannameye belgenin kendisinin veya örneğinin eklenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır⁷⁷.

Kendisi tarafından düzenlenen sahte belgeyi kullanan kişi ayrıca kullanmadan cezalandırılmamaktaysa da kendi hazırladığı belge ile başkaları tarafından hazırlanan sahte belgeyi kullandığında ayrıca başkaları tarafından hazırlanan sahte belgeyi kullanmadan dolayı da sorumlu olacaktır. Zira artık aynı konudan söz edilemeyecektir. Yargıtay da bu şekilde belirleme yapmaktadır: “*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca sanığın aynı takvim yılındaki sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma eylemlerinin bir bütün hâlinde tek bir suç oluşturduğu görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurulmuş ise de sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarında failin amaç ve eyleminin birbirinden farklı olması, bu farklı amaçlara ulaşmak için failin tamamen birbirinden ayrı eylemleri gerçekleştirmesi, her iki suçun konusu da vergi kanunlarına göre düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgeler olsa bile, bizzat düzenlediği sahte belgeyi, kendi mükellefiyetinin vergi beyanında kullanması hâli hariç olmak üzere somut olayımızda olduğu gibi, tek bir failin her iki suçu islediğinin iddia edilmesi durumunda, kullandığı belgelerin başka bir sahte fatura düzenleyicisi tarafından hazırlanan belgeler; düzenlediği belgelerin ise kendi mükellefiyetine ya da başka mükelleflere ait belgeleri gerçeğe aykırı olarak doldurmak suretiyle tanzim ettiği veya tamamen sahte oluşturduğu ve üçüncü şahısların kullanması için verdiği belgeler olması, böyle bir durumda da sanığın düzenlediği ve kullandığı belgelerin, yani suç konularının birbirinden*

⁷⁵ Yıldız, s. 570.

⁷⁶ AYM, 04.11.2021,E. 2019/4, K. 2021/78, 04/11/2021.

⁷⁷ CGK, 08.11.2018, E. 2018/427, K. 2018/517.

farklılık arz etmesi hususları birlikte göz önünde bulundurulduğunda, somut olayda sahtenin, sahte belge düzenleme ve sahte belge kullanma suçlarını birbirinden bağımsız şekilde işlediği, sahtenin sahte fatura kullanma ve düzenleme suçundan ayrı ayrı cezalandırılmasının yerinde olduğu kabul edilmelidir.”⁷⁸

Sahte belge kullanımı, vergi kaçırmak amacıyla gideri fazla gösterip vergi matrahını azaltmak, KDV ödememek veya hakkı olmayan vergi iadesi veya indiriminden yararlanmak gibi amaçlarla gerçekleştirilmektedir.⁷⁹

Suçun oluşması açısından önem taşımayan kaçırılan vergi miktarı TCK m. 61 gereğince cezanın belirlenmesinde göz önüne alınacaktır. Somut olayda fail tarafından hem sahte belge düzenlenmiş hem de düzenlenen belge kullanılmışsa, yani seçimlik hareketlerin her ikisi de gerçekleştirilmişse tek suç gerçekleşmek ve tek ceza verilmekle birlikte TCK m. 61 gereğince cezanın tespitinde seçimlik hareketin ikisinin de gerçekleştirilmesi göz önünde tutulacaktır.

B. Manevi Unsur

VUK'nın 359/b maddesinde yer alan sahte belge düzenleme suçu **kasten işlenebilen bir suçtur**. Düzenlemede fiilin taksirli şekline yer verilmemiştir. Suçun oluşması için amaç veya saik aranmamıştır. Bilmeye veya hukuka aykırılığa ilişkin bir belirlemeye de yer verilmemiştir. Bilme ifadesine 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle m. 359/b'de yer verilmemiştir. 4369 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen suçta, daha önceki düzenlemede olduğu gibi *“bilerek kullanma”* ifadesine yer verilmemiş, kullanma yeterli sayılmıştır. Dolayısıyla suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir.

Failin kastından söz edilebilmesi için, vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgelerin asıl veya suretlerinin tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlediğini, yani gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi belge düzenlediğini, kısmen veya tamamen sahte olarak üretilmiş bu belgeyi kullandığını bilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde TCK m. 30/1 gereğince kastının varlığı söz konusu olmayacaktır. Kastı olmadığı takdirde de kanunda fiilin taksirli şekli düzenlenmediğinden failin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.

Sahte belgeyi düzenleyen kişi bu belgeyi kullanıyorsa sahte belgeyi kullandığını da bilir. Ancak kullanmanın cezalandırılması için hem kullanılan belgenin sahte belge olması, hem de düzenleyenin dışında başka bir kişinin kullanması gerekmektedir.

⁷⁸ CGK, 18.10.2022, E. 2022/11-153, K. 2022/641.

⁷⁹ Yıldız, s. 571; Açar, s. 285; CGK, 22.09.2022, E. 2021/433, K. 2022/575.

C. Hukuka Aykırılık

TCK'da kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru savunma, ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması olmak üzere 4 hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır. Bu suç bireysel üstü değeri koruyan ve toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu bir suç olduğu için bireysel değerleri koruyan suçlarda uygulanma imkanı olan meşru savunma ve ilgilinin rızasının uygulanma imkanı söz konusu değildir. Hakkın kullanılması ve kanun hükmünün yerine getirilmesinin gerçekleşmesinin de söz konusu olmadığını düşünürüz.

IV. TEŞEBBÜS, İŞTİRAK, İÇTİMA

A. Teşebbüs

VUK m. 359/b bendinde düzenlenen suç, sırf hareket suçu ve seçimlik hareketli suçtur. Hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi halinde suç oluşur.

Hareketlerden birinin teşebbüs aşamasında kalması, diğerinin tamamlanması halinde suç yine gerçekleşmiş sayılır. Hareketlerden birinin icrasına başlanmakla beraber tamamlanamadığı hallerde ise teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin gerçekte bir alım satım ilişkisi olmamasına rağmen sanki çiftçiden ürün almış gibi müstahsil makbuzunun icrasına başlanmakla beraber tamamlanamadığı hallerde teşebbüs söz konusu olacaktır. Ancak kullanma olmadığı veya herhangi birine verilmediği, görülmediği takdirde tespiti yapılamayacağına da belirtilmesi gerekir.

Kullanma açısından da teşebbüs söz konusu olabilir. Sahte belge beyannameye dahil edilerek beyanname vergi dairesine verilmek üzere götürülüp yetkili kişiye verilirken engel olunduğunda fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır.

VUK'da 4369 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce 358. maddede kaçakçılık suçuna teşebbüse ilişkin hüküm bulunmaktaydı. Ancak VUK m. 358, 22.07.1998 tarih ve 4369 sayılı Kanunla kaldırılmış ve TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir⁸⁰.

⁸⁰ VUK m. 358, "357 nci maddenin 1 – 6 ncı bentlerinde yazılı fiilleri verginin tarhi için kanunda belli edilen sürenin girmesinden önce meydana çıkarılanlar ile vergi daireleri veya vergi incelemesi yapanlarca vaki yazılı talebe rağmen servet beyanında bulunmayanlar, bu fiillerin vergi ziyatını mucip olup olmayacağına bakılmadan hileli vergi suçuna teşebbüs etmiş sayılırlar"

B. İştirak

1. Genel Olarak

VUK'nun 360. maddesinde, vergi kaçakçılığı suçlarının iştirak halinde işlenmesiyle ilgili cezada indirim yapılmasını gerektiren özel bir nedene yer vermiştir. Bu madde 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce iştirak başlığını taşıyordu ve suça iştirak edenlerin nasıl cezalandırılacağına ilişkin özel düzenleme içeriyordu⁸¹. Düzenleme 765 sayılı TCK'nın iştirake ilişkin düzenlemesindeki ayrımı esas almakta ve fiili irtikap eden ve doğrudan doğruya beraber işleyenlerin maddi menfaat gözetmek şartıyla o fiilin cezasıyla cezalandırılacağını hükme bağlamaktaydı. Azmettirenlere de aynı cezanın verileceği düzenlenmekteydi. Şeriklere ilişkin açık bir belirleme ihtiva etmemekteydi. Maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere ise cezanın indirileceği, cezanın dörtte birinin verileceği öngörülmekteydi. Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5728 sayılı Kanun ile Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine 360. maddenin uyarlanması amacıyla⁸² maddede değişiklik yapılmış ve cezalandırmada TCK'nın suça iştirak hükümlerine yollama yapılmış, ayrıca iştirak şekillerine yer verilmemiştir. 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 360. maddenin başlığı ise cezadan indirim olarak düzenlenmiş ve maddede yalnızca iştirakte cezanın indirilmesini sağlayan hükme yer verilmiştir.

VUK'nun 360. maddesinde yapılan değişiklikle vergi suçlarına iştirak açısından TCK'nın suça iştirake ilişkin 37-41. maddelerinin uygulanması kabul edilmiştir. Bu durum 360. maddede “*Türk Ceza Kanununun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın*” belirlenmesiyle ifade edilmiştir. Dolayısıyla da vergi suçlarında iştirak açısından TCK'daki faillik ve şeriklik ayrımının geçerli olması benimsenmiştir.

İnceleme konumuz suç, iştirak halinde işlenebilir. Failliğin ve şerikliğin gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin, vergi kanunlarına göre

⁸¹ Eski m. 360: “*Birden fazla kişi 359 uncu maddede sayılan fiillerin icrasına iştirak ettik-leri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri bundan ayrı ayrı maddi menfaat gözetmek şartıyla o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır. Söz konusu fiilleri işlemeye azmettirenlere de aynı cezalar hükmolunur.*”

Bu fiillere maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere fiile mahsus cezanın dörtte bir hükmolunur”.

⁸² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ceza hukuku sistemini belirli bir disiplin altında toplamak amacıyla 5. maddesinde, bu kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını düzenlemiştir. 5. maddede, herhangi bir istisnaya yer verilmemiş, TCK'nın genel hükümlerine aykırı düzenlemelerin zımnen ilga edileceği anlaşılmıştır. Bu durumun uygulamada sorunlara yol açmaması için 5. maddenin yürürlüğü ileri bir tarihe ertelenmiş ve bu arada kanun değişiklikleri yapılmıştır. Bu kanunlardan bir tanesi de 5728 sayılı Kanundur.

tutulması ve saklanması gereken defterde vergi mükellefinin oğluyla birlikte tahrifat yapması halinde müşterek faillik söz konusu olacaktır. Dolaylı faillik de gerçekleşebilir. Yine mükellefin muhasebecisini tehdit ederek sahte belge düzenlettirmesi halinde mükellef dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bir şirket sahibinin şirket çalışanına sahte fatura düzenlettirmesi durumunda⁸³, azmettirme söz konusu olacaktır.

Bir kimse hem düzenleme hem de kullanma fiiline katılmış olabilir. Mükellef değilse veya yetkili değilse kullanma fiilini fail olarak işleyemeyecektir. Ancak yardım eden olacaktır. Düzenlemeyi fail olarak gerçekleştirmişse düzenlemeden dolayı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

2. Vergi Usul Kanununun 360. maddesi

VUK'nın 360. maddesine göre, “359 uncu maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanununun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir”. Madde yalnızca vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin özel belirleme niteliği taşımaktadır. Bu özelliği nedeniyle VUK m. 360, vergi kaçakçılığı kapsamında düzenlenmiş olan m. 359/b açısından da uygulanma niteliğine sahiptir.

VUK m. 360, cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli hal teşkil etmektedir. Kanun koyucu vergi kaçaklığı suçları açısından TCK'nın 5. maddesi hükmüne aykırı olarak nitelikli hal de olsa iştirake ilişkin özel bir belirleme yapmıştır.

Madde, iştirak halinde işlenen vergi kaçakçılığı suçlarında uygulanma niteliğine sahiptir. Tek bir kişinin işlediği suçlarda VUK'nın 360. maddesinin uygulanması söz konusu değildir. 360. madde iştirak halinde işlenen suçlar için geçerli olduğundan failler ve şeriklerin hepsi için uygulanma kabiliyetine sahiptir. Müşterek failler için uygulanabildiği gibi azmettiren ve yardım eden için de tatbik edilecektir.⁸⁴ Tek faille şeriklerin bulunduğu durumlarda da 360. maddenin uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak dolaylı faillik için uygulanıp uygulanmayacağı, dolaylı failliğin bir iştirak şekli olup olmadığı konusunda verilecek karara göre değişecektir⁸⁵. Kanaatimizce 360. maddedeki iştirak ifadesi, faillik-

⁸³ Adnan Çavuş, Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2016, s. 201.

⁸⁴ “Mütalaa ve vergi suçu raporunda, sanığın sahte fatura kullanmak suçuna 213 sayılı VUK'nın 360. maddesine göre iştirak ettiğinin belirtilmesi karşısında, öncelikle sanığın hukuki durumunun suça iştiraki düzenleyen TCK'nın 37 ve devamı maddelerine göre belirlenip, ayrıca, suçun işlenmesinde menfaatinin bulunup bulunmadığının tespitiyle sonucuna göre hakkında 213 sayılı VUK'nın 360. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması”, 19. CD, 10.06.2015, E. 2015/2956, K. 2015/2605; “TCK'nın 37-39. maddeleri uyarınca suçu, doğrudan doğruya birlikte işleyerek iştirak edilebileceği gibi azmettirerek veya yardım etmek suretiyle de iştirak edilebileceği cihetle, iştirakin niteliği belirlenmeden ve VUK'nın 360. maddesine göre suçtan menfaat elde edip etmediği araştırılmadan hüküm tesisi”, 19. CD, 14.10.2015, E. 2015/16441, K. 2015/5559.

⁸⁵ Dolaylı failliğin iştirak şekli olmadığına ilişkin olarak bkz.: Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2017, s. 502; Toroslu, s. 305. Dolaylı failliğin bağımsız bir

şeriklik şeklinde iştirak anlamında kullanılmıştır. Zira maddede suçun işlenişine iştirak eden suç ortakları ifadesi yer almaktadır. Dolaylı fail ile araç kişi arasındaki ilişki suç ortaklığı ilişkisi değildir. Dolayısıyla da dolaylı faillikte 360. maddenin uygulanamayacağını düşünüyoruz⁸⁶. Araç kişi açısından da uygulanamayacaktır (örgütlü işlenmesi dışında). Zira araç kişi ya suç işlediğini bilmemekte veya hata içinde bulunmakta veya fiili kendisi için suç teşkil etmemekte veya cebir tehdit etkisiyle fiili gerçekleştirmektedir. Bu durumlarda da araç kişinin vergi kaçakçılığı suçlarını işlemesi veya işlemiş olsa bile cezai olarak sorumlu tutulması söz konusu değildir. Dolaylı fail ise, araç kişiyi menfaat sağlamak için kullanacağından yine maddedeki indirimin onun için uygulanması mümkün olmayacaktır.

VUK'nun 360. maddesinin uygulanabilmesi için, suçun işlenmesine iştirak eden kişilerin suçun işlenmesinde menfaatlerinin bulunmaması gerekmektedir. Suçun işlenmesinde menfaatleri bulunuyorsa ceza indirimi öngören maddenin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Kanunda menfaat ibaresi kullanılmış, menfaatin maddi olup olmamasına ilişkin bir belirlemeye yer verilmemiştir. Madde 5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce menfaatin maddi olması gerektiği hükümde ifade edilmekteydi ve ayrıca düzenlemede maddi menfaat gözetmeksizin iştirak etmek aranmaktaydı. 5728 sayılı Kanunla maddede değişiklik yapılırken maddi kelimesi hükme alınmamış, suçların işlenmesinde menfaatlerinin bulunup bulunmamasına bakılmıştır. Doktrinde menfaatin maddi olup olmaması gerektiği hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar menfaatin maddi olması gerektiğini belirtirken⁸⁷ bazı yazarlar menfaatin maddi olmasına gerek olmadığını, diğer menfaatlerin de hükmün uygulanması sonucunu doğuracağını belirtmektedirler⁸⁸. VUK'nun 360. madde düzenlemesinde herhangi bir menfaatin bulunmaması değil, vergi kaçakçılığı suçlarının işlenmesinde menfaatinin bulunmaması ibaresi yer almaktadır. Kanaatimizce hükmün uygulanması için menfaatin işlenen suçla ilgili olması, kaçakçılık suçunun karşılığı olması gerekmektedir. Örneğin sahte belge düzenleme veya kullanma suçunu müşterek fail olarak işleyen ve mükellef olan karı koca, suçun işlenmesinde menfaati bulunduğu için (vergi kaçırdığı için) yararlanamayacaktır. Yine şirket muhasebeci iştirak halinde işlediği m. 359/b suçunda kaçırılan vergiden belli bir pay alıyorsa muhasebecinin

iştirak şekli olduğuna ilişkin olarak bkz.: KKOWiG-Rengier, Karlsruhe Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3., neu bearbeitete Auflage, C.H.Beck, München 2006, § 14, kn. 4, 13, 87.

⁸⁶ Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 466.

⁸⁷ Mehmet Batun, "Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür", Yaklaşım Dergisi, Yıl 18, Sayı 213, Ankara, 2010, <http://www.yaklasim.com>, s. 135 (E.T.22.05.2019); "Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür", <https://www.ozdogrular.com.tr/v1/fla-haberler-gizli-245/13314> (E.T. 22.05.2019).

⁸⁸ Emre Burak Onat, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda İştirak", TBB Dergisi, 2018 (137), s. 332; Hüsamettin Uğur/ Mert Elibol, Vergi Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 266; Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, s. 463.

cezasında indirim yapılmayacaktır⁸⁹. Suçun işlenmesinde menfaat yoksa suçun işlenmesine iştirak eden kişinin cezasında indirim uygulanacaktır. Dolayısıyla menfaat sağlamak ibaresi, suçun işlenmesinden menfaat elde edilmesiyle ilgili olduğundan menfaatin maddi olması gerektiği anlaşılmaktadır. Yargıtay da 360. maddedeki menfaat sağlamayı maddi menfaat sağlamak olarak nitelendirmektedir⁹⁰.

VUK'nın 360. maddesinde menfaatinin bulunmaması şartıyla ceza indiriminin uygulanması zorunlu kabul edilmiştir. Uygulayıp uygulamama konusunda hakime takdir yetkisi verilmemiştir. İndirim oranı maktu olarak kabul edilmiş, cezanın yarısının indirilmesi zorunlu görülmüştür. Ceza hukukunda sabit indirimin kabul edilmesinin genel olarak doğru olmadığını belirtmek istiyoruz. Hakim tarafından suçta iştirak eden kişinin suçun işlenmesinde menfaatinin bulunmadığı tespit edildiğinde cezasında indirimde gidilecektir⁹¹. Aksi halde işlenen fiilden katkısına göre sorumlu olacaktır.

⁸⁹ Çavuş, s. 210. Muhasebeci maaş dışında menfaat amaçlamıyorsa indirimden faydalanabileceğine ilişkin olarak bkz.: Onat, s. 331.

⁹⁰ “Sanıkların sahte fatura düzenlemek eylemlerinden dolayı maddi çıkar sağlayıp sağlamadıkları araştırılıp, tartışılmaksızın suçun işlenmesinden doğrudan menfaatleri bulunmadığı gerekçesiyle 213 Sayılı VUK'nın 360. maddesi gereğince indirim yapılmak suretiyle eksik ceza tayini”, 21. CD, 14.11.2016, E. 2016/3939, K. 2016/6791; “Sanıkların 2010 ve 2011 takvim yıllarında sahte fatura düzenlemek suçunu işledikleri iddiasıyla açılan kamu davasında; sanık ...'in savunmasında Has Sembol şirketinin Adanada faaliyet gösterdiği dönemde bu şirket ile ciddi manada ticaret alışverişlerinin olduğunu, bunun dışında herhangi bir bağlantısının olmadığını, yapmış oldukları ticari alışverişlerin gerçek olduğunu, bu şirketin Antalya'ya gitmesinden sonra herhangi bir bağlantısının kalmadığını belirterek suçlamayı kabul etmemesine karşılık vergi tekniği raporunda ...'ün sahte fatura organizasyonunu gerçekleştiren kişinin sanık ... olduğuna dair beyanına yer verilmiş olması, sanık ...'nin savunmasında arkadaşı olan şirket müdürü sanık ...'in kızının 2009 yılı şubat ayında kaza geçirdiğini, bundan dolayı kızının sağlığı ile ilgilenmek için kendisine vekalet verdiğini, kendisinin bu vekalet ile iki kez şirket yoklamasını tuttuğunu, bir de ticaret sicilinde işlemlerini yaptığını, bunun dışında kendisinin şirketin herhangi bir işi ile ilgilenmediğini sahte fatura düzenlemediğini belirtmesi, sanık ...'in savunmasında şirketi devrettiğini, kendisinin sanık ... ile matbaa işleri yapmak için şirket kurduğunu, uzun süredir de kendisinin matbaa işleriyle uğraştığını beyan etmesi karşısında, maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespiti bakımından; ... isimli şahsın açık kimlik ve adres bilgilerinin araştırılarak tanık sıfatıyla dinlenilmesi gerekirse sanıkların yüzleştirilmesi, sanık ...'in sanık ... Halil'e verdiği vekaletnamenin onaylı suretinin dosya arasına alınarak sanık ... Halil'in sanık ...'in vekillikini üstlendiği dönemde şirket işleri ile ilgilenip ilgilenmediğinin araştırılması, suça konu faturalar üzerindeki imza ve yazıların sanıklara ait olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmasından sonra 213 Sayılı VUK'nın 360. maddesinde yer alan iştirak hükümleri de gözetilerek toplanan tüm delillere göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması”, 11. CD, 04.10.2018, E. 2016/5053, K. 2018/7665.

⁹¹ “Sanık ...'in, arkadaşı olan ile birlikte, temyize gelmeyen sanık ...'a ait olan işyerine giderek adına bilgisayar satışı yapılmış gibi sahte fatura kesilmesine aracılık ettiği, işyerinde bulunup'in çalışanı olan sanık ...'nin ise, bu sırada işyerinde olmayan.....'i telefon ile arayıp....in talimatıyla suça konu 17.03.2007 tarihli sahte faturayı düzenlemesi şeklinde gerçekleştiği kabul edilen olayda, her iki sanığın sahte fatura

C. İçtima

VUK m. 359/b'de düzenlenen sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçu özel norm niteliğindedir. Bu nedenle somut olayda m. 359 gerçekleştiğinde TCK'daki belgede sahtecilik suçları uygulama alanı bulmaz⁹².

VUK m. 359'da zincirleme suça ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm 15.04.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son fıkrası ile 213 sayılı Kanun'un 359. maddesine eklenmiştir. Eklenen bu fıkra göre, 213 sayılı VUK'nun 359. maddesinde düzenlenen suçların, birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde TCK'nın 43. maddesi uygulanacaktır. Dolayısıyla bu hükümden aynı takvim yılı veya aynı vergilendirme döneminde işlenmesi halinde birden fazla fiil ve zincirleme suç değil, tek fiil ve tek suçun bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Düzenlemede suçlara ilişkin bir sınırlandırma ve farklılaştırmaya gidilmemiştir. Düzenlemede önemli olanın birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında suçların işlenmesi olduğu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca düzenlemede suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde de, TCK m. 43 uygulanır şeklinde bir belirleme de yer almamaktadır. Yani düzenlemede "de" bağlacı kullanılmamaktadır. Eğer "de" bağlacı kullanılsaydı o zaman aynı takvim yılı içinde de zincirleme suçun uygulanacağı söylenebilirdi. Bu şekilde kabul yapılırsa herhangi bir suç ayırımı yapmaksızın aynı takvim yılı veya vergilendirme dönemi olmak şartıyla tek suçun oluştuğunu ifade etmek gerekecektir. Bu yönüyle düzenlemenin yazımının doğru olmadığı belirtilmelidir. Aynı veya farklı takvim yılı veya vergilendirme dönemi olsa bile bir suç işleme kararıyla gerçekleştirilmesi şartıyla zincirleme suç kuralları uygulanır şeklinde düzenleme yapılması doğru olurdu. Bu yönüyle düzenlemenin hatalı olduğu söylenmelidir. Farklı yoruma ve uygulamaya yol açabilecek niteliktedir. Bununla beraber VUK m.

düzenlenmesi eylemine maddi menfaat temin etmeden iştirak ettiklerinden 213 sayılı VUK'nun 360. maddesi gözetilerek atılı suçtan mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi", 19. CD, 14.01.2016, E. 2015/14707, K. 2016/356; "Serbest muhasebeci olan sanık R. C. hakkında 2008 takvim yılında, muhasebecilik hizmeti verdiği "T... Geri Dönüşüm Turizm İnş...Ltd.Şti" yetkilisinin sahte fatura düzenlemek suçuna iştirak ettiği iddiasıyla açılan kamu davasında; sanığın suçlamayı kabul etmemesi ve sanık hakkında düzenlenen vergi inceleme ve vergi suçu raporlarında sanığın sahte fatura düzenleme suçuna ne şekilde iştirak ettiğinin belirtilmemesi karşısında, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu uyarınca muhasebecilik mesleği gereği olarak verilen hizmet kapsamında mükellef şirketin beyannamelerini vermek dışında ne şekilde sahte belge düzenlemek suçuna iştirak ettiği açıklanıp iştirakın niteliği tartışılmadan ve VUK'nun 360. maddesine göre suçtan menfaat elde edip etmediği araştırılmadan hüküm tesis", 21. CD, 14.11.2016, E. 2016/3939, K. 2016/6791.

⁹² Vergi kaçakçılığı suçunda içtima için bkz.: Hasan Hüseyin Bayraklı, "Vergi kaçakçılık Suçlarında Birleşme (içtima)", TAAD, Yıl 7, S. 30, Nisan 2017, s. 10 vd.

359/b'de yer alan seçimlik hareketlerden ve fiil teklifinden yola çıkmak suretiyle değerlendirme yapmak da mümkün görünmektedir. Burada Yargıtay'ın yaptığı gibi sahte belge düzenlemenin ve kullanmanın farklı suçlar olduğundan yola çıkarak belirme yapmak, yapılan belirleme doğru olmadığı için bundan yola çıkarak değerlendirme yapmak doğru olmayacaktır. Sahte belge düzenlemede farklı tarihlerde düzenleme gerçekleştirilmişse birden fazla belge ve birden fazla suçun varlığı söz konusu olacak ve ister aynı dönemde isterse farklı dönemde olsun bir suç işleme kararının varlığı şartıyla zincirleme suç kuralları uygulanacaktır. Aynı zamanda düzenlenen belgeler açısından ise doktrinde ve uygulamada tek fiilin mi yoksa birden fazla fiilin mi olduğu tartışmalıdır. Yargıtay tek fiilin bulunduğunu kabul etmekte, ancak doktrinde bizim de katıldığımız bazı yazarlar tarafından Yargıtay'ın görüşü benimsenmemektedir. Doktrindeki yazarlar, birden fazla sahte belge üretildiğinde örneğin iki ayrı sahte çek yaprağı düzenlendiğinde tek fiilin bulunmadığını iki ayrı fiil ve iki ayrı suçun bulunduğunu, zincirleme suçun uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler⁹³. Yargıtay aynı zamanda gerçekleştirildiğini kabul ettiği olaylarda tek fiilin bulunduğunu kabul etmektedir⁹⁴. Farklı zamanlarda gerçekleştirdiğini kabul ettiği olaylarda birden fazla suçun oluştuğunu ve zincirleme suçun uygulanmasına ilişkin karar vermektedir⁹⁵. Kullanma açısından

⁹³ Özgenç, s. 686, 687; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 537.

⁹⁴ Yargıtay, resmi belgede sahteciliğin farklı tarihlerde gerçekleştirildiğine ilişkin kesin bilgi bulunmadığı durumlarda fiillerin aynı anda gerçekleştirildiğini ve tek fiil olduğunu kabul etmektedir: “Suç tarihinde suça konu polis kimlik kartı ile silah ruhsatının aynı anda ele geçirildiği gibi, dosya kapsamına göre bu belgelerin farklı zamanlarda düzenlendiğine dair kesin delil bulunmadığı anlaşıldığından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı, eylemin kül halinde resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacağı ancak, birden çok sahte belgenin düzenlenmesi/kullanılması olgusunun temel cezanın belirlenmesi sırasında nazara alınması gerekir”. 11. CD, 24.06.2013, E. 2012/4023, K. 2013/10568, kazanci.com.tr (E.T. 08.09.2020). Başka bir kararında iki adet çek yaprağı üzerinde aynı anda yapılan sahteciliği tek fiil saymıştır: CGK, 08.06.2010, E. 2010/11-98, K. 2010/143, kazanci.com.tr (E.T.10.10.2021). Yine bir bilişim sisteminde yer alan 3 öğrencinin notunun öğrenci işleri şefi tarafından aynı anda değiştirilmesi olayında tek fiil olduğunu, dolayısıyla zincirleme suçun uygulanamayacağını kabul etmiştir: 11. CD, 10.01.2013, E. 2010/5864, K. 2013/389, kazanci.com.tr (E.T.21.10.2021). Aynı yönde 11. CD, 15.2.2021, E. 2020/3383, K. 2021/1437.

⁹⁵ “sanık ...'nun, kurs sahibi, yönetici ve direksiyon öğretmeni olduğu ...Kursu'nun kursiyerleri adına sahte nüfus cüzdanları ve sınav giriş belgeleri düzenleyerek, 21.04.2007 tarihli motorlu taşıtlar sürücü adayı sınavına, sürücü kursu kursiyerleri yerine başka kişilerin girmesini sağlamaktan ibaret eylemlerinin, 21.04.2007 tarihinde İstanbul genelinde sınav düzenlenen 12 okulda kolluk görevlileri tarafından yapılan uygulamada, sanığın sahibi olduğu ...Kursu kursiyerleri yerine sınavı giren, joker olarak tabir edilen yirmi iki kişinin üzerlerinde sahte nüfus cüzdanları ve sahte sınav giriş belgeleri ile yakalandıklarının, sanık tarafından aynı kurs ve sınav takvimine tabi adaylara yazılı sınava girmeksizin sürücü belgesi alabilmelerini sağlamak amacıyla sahte belgeler sağlandığının anlaşılması karşısında; bir suç işleme kararı kapsamında zincirleme şekilde kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçunu oluşturduğu, suç konu belge sayısı ve çeşitliliği de dikkate alınarak TCK'nin 61. maddesi uyarınca alt

bakıldığında m. 359 açısından sahte olarak düzenlenmiş belgelerin kullanılması için beyannamenin vergi dairesine verilmesi gerektiğinden ve bu da beyannameye dahil edilen sahte belgelerin aynı zamanda kullanıldığı sonucunu doğurduğundan, değişik zamanlarda gerçekleştirilmiş kullanma söz konusu olmayacak ve tek fiil gerçekleşecektir⁹⁶. Dolayısıyla da aynı beyannamede kullanılan belgeler açısından değişik zamanlarda gerçekleştirilmeyi arayan zincirleme suç kuralları uygulanamayacaktır. Ancak sahte belgenin kullanılması açısından beyannamenin vergi dairesine verilmesi gerektiğinden beyannamenin verilmesinden sonra devam eden dönemlerde verilen beyannamelerde sahte belge kullanılmışsa yeni bir kullanma fiili işlenmiş olacaktır. Bu takdirde bir su işleme kararı varsa zincirleme suç kuralları uygulanabilecektir. Yargıtay değişiklikten sonra verdiği bir kararda, "Vergi Dairesi Müdürlüğü mukellefi olan...İletişim Temizlik Ürünleri Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Tanıtım San. ve Tic. Ltd. Şti.nin yetkilisi olan sanık ...'ın, 2010 yılında sahte fatura düzenlediği tespit edilen ... (Güneş İletişim) isimli firmaya ait 05.02.2010, 08.02.2010, 09.02.2010, 12.02.2010, 17.02.2010, 18.02.2010, 19.02.2010, 22.02.2010 (119782 fatura numaralı), 22.02.2010 (119802 fatura numaralı), 24.02.2010, 25.02.2010 (119805 fatura numaralı), 25.02.2010 (119806 fatura numaralı), 26.02.2010 (119786 fatura numaralı), 26.02.2010 (119787 fatura numaralı), 27.02.2010 (119789 fatura numaralı) ve 27.02.2010 (119807 fatura numaralı) tarihli 16 adet faturayı yasal defterlerine kaydettiği ve bu faturaları kurumlar vergisi beyannamesinde kullanarak vergi kaybına neden olduğunun iddia ve kabul edildiği olayda; Sahte fatura kullanma suçunun, gerçekte herhangi bir mal alım satımına dayanmayan fatura bilgilerinin kaydedildiği beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesiyle oluştuğu, bu itibarla sahte fatura kullanma suçları yönünden zincirleme suç hükmünün uygulanmasında kıstas olarak düzenlenen sahte fatura sayısının değil, farklı dönemlerde verilen beyanname sayısının dikkate alınmasının gerektiği ve genellikle kurumlar vergisi beyanının yılda bir kez tek bir beyanname ile vergi dairesine verildiği cihetle; sanığın yetkilisi olduğu...İletişim Temizlik Ürünleri Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Tanıtım San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında düzenlenen 09.10.2013 tarihli ve 81 sayılı vergi inceleme raporu ile eki tutanakta yer alan; mükellef kurumun sahte fatura düzenlediği tespit edilen ... (Güneş İletişim) isimli firmaya ait toplam 156.230 TL tutarındaki 2010 yılının Şubat ayında

sınırdan uzaklaşmak suretiyle hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi, yasaya aykırı", 11. CD, 19.12.2017, E. 2017/15670, K. 2017/9112.

⁹⁶ Yargıtay aynı anda olmak şartıyla farklı sahte belgelerin kullanılmasını tek fiil kabul etmekte, sahte belge sayısı ve çeşidini TCK m. 61 gereğince temel cezanın alt sınırdan uzaklaşılması için bir neden kabul etmektedir: 11. CD, 21.1.2021, E. 2020/563, K. 2021/523. Farklı tarihlerde kullanılan farklı belgelerde ise birden fazla fiilin ve birden fazla suçun oluştuğunu kabul etmektedir: "Katılın suçla konu dört senedi sanıktan iki farklı zamanda aldığını açıkça ifade etmesi, sahte olarak düzenlenen senetlerdeki keşide ve vade tarihlerinin de bu anlatımı doğrulaması karşısında sanık hakkında zincirleme suç kurallarının uygulanması gerekmektedir", CGK, 19.11.2013 gün ve 1376-458, s. 243-246.

düzenlenen 16 adet faturayı maliyetlerine intikal ettirerek vergi kaybına sebep olduğu yönündeki tespitler ile 01.09.2014 ve 15.06.2020 tarihli bilirkişi raporlarında bulunan; sanığın, toplam tutarı 156.230 TL olan 16 adet kontör satışına ilişkin faturayı Şirketin yasal defterlerine kaydedip kullandığı, kullanılan bu sahte faturalar nedeniyle 31.246 TL kurumlar vergisi kaybına neden olduğu şeklindeki tespitler göz önünde bulundurulup suçla konu faturaların tamamının 2010 yılının Şubat ayında düzenlendiği ve bu faturaların 2010 yılının kurumlar vergisi yönünden tek bir beyannameye konu edilerek kullanıldığı, belirtilen beyan dışında farklı bir beyana konu edildiğine dair dosya kapsamında herhangi bir delil de bulunmadığı hususları bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, dosya kapsamından sahte olduğu tespit edilen 16 adet faturanın 2010 yılının kurumlar vergisi beyannamesine konu edilerek bu beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesi ile kullanıldığı anlaşıldığından Özel Dairenin davaya konu olayda zincirleme suç hükmünün uygulanma şartları bulunmadığı şeklindeki kabulünün isabetli olduğu sonucuna varılmalıdır⁹⁷ şeklinde belirleme yapmıştır. 16 adet faturanın aynı beyannameye kullanılmasını tek fiil olarak kabul etmiştir.

Önceki uygulamada farklı vergilendirme döneminde işlenmişse hukuki kesintinin gerçekleştiği gerekçesiyle gerçek içtima, aynı takvim yılı veya vergilendirme döneminde işlenmişse bir suç işleme kararı bulunmak şartıyla zincirleme suç hükmü uygulanıyordu⁹⁸.

Yargıtay verdiği bir başka kararında farklı firmalara sahte fatura düzenleyen, farklı firmalardan aldığı sahte faturaları kullanan kişinin eylemini kendi düzenlediği belgeyi kullanıp kullanmamasına göre değerlendirmiş ve kendi düzenlemediği belgeyi kullanmışsa ayrıca kullanmadan sorumluluk tayin edilmesi gerektiğini belirtmiş, zincirleme suç yönünden değerlendirmenin yerel mahkemenin takdirinde olduğunu belirtmiştir⁹⁹.

⁹⁷ CGK, 4.10.2022, E. 2022/192, K. 2022/606.

⁹⁸ “Sahte fatura düzenleme suçlarında her takvim yılında işlenen suçların birbirinden ayrı ve bağımsız suçları oluşturduğu, ancak aynı takvim yılı içerisinde farklı aylarda/zamanlarda düzenlenen sahte fatura eylemlerinin bir bütün halinde zincirlenmesahte fatura düzenleme suçunu oluşturacağı, suç tarihinin de son faturanın düzenlendiği tarihe göre belirleneceği cihetle; somut olayda sanık hakkında, “2005, 2006, 2007, 2008 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme” suçlarından kamu davası açıldığı, her takvim yılındaki eylemlerin ayrı ayrı zincirleme biçimde işlenmiş suçları oluşturduğu gözlemlenmeden, yazılı şekilde zincirleme suç hükümleri de uygulanmadan 2005 yılından tek hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini”, 11. Ceza Dairesi, E. 2016/1815, K. 2017/1521.

⁹⁹ “19 Mayıs Vergi Dairesi Müdürlüğü mükellefi olan Tuvana Kömür Mobilya İnş. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Sti.nin müdürü sanık Süleyman Tiryaki'nin, Nazım Vural, Toramanlar Akaryakıt Kantariye Tic. San. Ltd. Sti. ve Akçaabatlı Gıda ve Tur. San. Tic. Ltd. Sti. ile sayılanlar gibi birçok firmaya 2010, 2011 ve 2012 yıllarında sahte fatura düzenlediğinin, yine belirtilen yıllarda Özbekiroğulları Hurdacılık Petr. Ürn. Ins. Nak. Tic. Ltd. Sti., Has Çoruk Akaryakıt Nak. Gıda Ins. Otom. San. Tic. Ltd. Sti. ve Tandoğan Ins. Ltd. Sti. ile sayılanlar gibi birçok firmadan aldığı sahte faturaları kullandığının iddia ve kabul olduğu olayda Sanık hakkında 2010, 2011 ve 2012 takvim yıllarında her bir takvim yılında birer kez olmak üzere üç kez sahte fatura

Doktrinde iddianame düzenlenmesinin veya hükmün bir suç işleme kararının ortadan kalkması sonucunu doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır. Uygulama iddianamenin düzenlenmiş olması durumunda hukuki kesintinin oluştuğunu ve iddianamenin düzenlenmesinden sonra tekrar suç işlenmesi halinde bu suçun zincirleme suç ilişkisi içinde değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir¹⁰⁰. Doktrinde aynı

düzenleme, üç kez de sahte fatura kullanma suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması talebiyle kamu davası açıldığı, Yerel Mahkemeye 15.10.2015 tarih ve 236-619 sayı ile sanığın, 213 sayılı Kanun'un 359/b-1, TCK'nın 62 ve 53. maddeleri uyarınca toplamda üç kez 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, hükümlerin sanık ve müdafisi ile katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Özel Dairece bozulduğu, Bozmaya uyan Yerel Mahkemeye 25.12.2018 tarih ve 543-746 sayı ile sanığın, 213 sayılı Kanun'un 359/b-1, TCK'nın 43, 62 ve 53. maddeleri uyarınca üçü sahte fatura düzenleme, üçü de sahte fatura kullanma suçlarına ilişkin olmak üzere toplamda altı kez 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına dair verilen mahkûmiyet hükümlerinin sanık müdafisi tarafından temyiz edildiği...Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca sanığın aynı takvim yılındaki sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma eylemlerinin bir bütün hâlinde tek bir suç oluşturduğu görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurulmuş ise de sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarında failin amaç ve eyleminin birbirinden farklı olması, bu farklı amaçlara ulaşmak için failin tamamen birbirinden ayrı eylemleri gerçekleştirilmesi, her iki suçun konusu da vergi kanunlarına göre düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgeler olsa bile, bizzat düzenlediği sahte belgeyi, kendi mükellefiyetinin vergi beyanında kullanması hâli hariç olmak üzere somut olayımızda olduğu gibi, tek bir failin her iki suçu işlediğinin iddia edilmesi durumunda, kullandığı belgelerin başka bir sahte fatura düzenleyicisi tarafından hazırlanan belgeler; düzenlediği belgelerin ise kendi mükellefiyetine ya da başka mükelleflere ait belgeleri gerçeğe aykırı olarak doldurmak suretiyle tanzim ettiği veya tamamen sahte oluşturduğu ve üçüncü şahısların kullanması için verdiği belgeler olması, böyle bir durumda da sanığın düzenlediği ve kullandığı belgelerin, yani suç konularının birbirinden farklılık arz etmesi hususları birlikte göz önünde bulundurulduğunda, somut olayda sanığın, sahte belge düzenleme ve sahte belge kullanma suçlarını birbirinden bağımsız şekilde işlediği, sanığın sahte fatura kullanma ve düzenleme suçundan ayrı ayrı cezalandırılmasının yerinde olduğu kabul edilmelidir...Öte yandan ulaşılan sonuç karşısında, 15.04.2022 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son fıkrası ile 213 sayılı Kanun'un 359. maddesine eklenen; 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde düzenlenen suçların, birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararı altında işlenmesi durumunda TCK'nın 43. maddesinin uygulanacağına dair hükmün, bu aşamada değerlendirilemeyeceği, bu hususun takdiri Yerel Mahkemeye ait olmak üzere yapılacak uyarılama yargulaması kapsamında değerlendirilebileceği mümkün görülmüştür”, CGK, 18.10.2022, E.2022/11-153, K. 2022/641.

¹⁰⁰ “Yapılmakta olan soruşturma sonucunda toplanan delillerin failin suçu işlediği yönünde yeterli şüphe oluşturması üzerine Cumhuriyet savcısınca şüpheli hakkında CMK'nın 170. maddesi uyarınca iddianamenin düzenlenmesiyle hukuki kesinti oluşmaktadır. İddianamenin düzenlenmesiyle olaylar arasında hukuki kesinti olduğundan iddianamenin düzenlenmesinden sonra devam eden eylemler ise başka bir ceza soruşturmasının konusunu oluşturacaktır. Başka bir anlatımla sanık hakkında iddianame düzenlendikten sonra, sanık tarafından aynı suçun tekrar işlenmesi durumunda, yeni ve ayrı bir suç söz konusu olacaktır. Buna karşın işlemiş olduğu suçtan dolayı henüz hakkında iddianame düzenlenmeden, sanığın aynı suç işleme kararıyla ve aynı mağdura karşı yeniden suç işlemesi durumunda, hukuki kesinti gerçekleşmeden aynı suçun işlenmesi söz konusu olduğundan sanık hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu ahvalde sanığın her suçtan ayrı ayrı cezalandırılması yoluna

belirlemeyi yapan yazarlar olduğu gibi¹⁰¹, kovuşturmanın başlamasının tek başına bir suç işleme kararının varlığını ortadan kaldırmadığını, ancak hüküm verilmiş olması halinde hükümden sonra işlenen fiilin hükümden önce işlenen fiillerle zincirleme suç ilişkisi içinde bulunamayacağını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır¹⁰².

Aynı takvim yılında veya vergilendirme döneminde olsa bile yetkili kişi tarafından temsilciliğini yaptığı farklı firmalara ilişkin sahte belge düzenlenmesi halinde bir suç işleme kararı olmayacaktır¹⁰³. Ya da farklı mükelleflere ilişkin sahte belge düzenlenmesi halinde aralarında bir suç işleme kararı ve zincirleme suç uygulaması olmayacaktır. Ancak her şirkete veya mükellefe düzenlenen belgeler arasında zincirleme suç uygulanabilecektir. Farklı firmaların düzenlediği, ancak aynı mükellef firmayla alış-veriş yapıldığına ilişkin sahte belgelerin temsilci tarafından aynı beyannamede kullanılmasında ise tek fiil oluşacaktır.

Zincirleme suç kapsamında işlenmesi mümkün olan m. 359/b'deki suçun iştirak halinde gerçekleştirilmesi de mümkündür. Suçlardan bazısını tek başına işleyen failin diğer suçları iştirak halinde işlemesi mümkündür. Kişinin iştirak halinde işlediği diğer suçlarda da fail olması durumunda zincirleme suçun şartlarının gerçekleşmesi şartıyla zincirleme suç kurallarının uygulanmasında bir sorun bulunmamaktadır. Ancak kişinin diğer suçlarda şerik olması durumunda, yani bazısında fail, bazısında şerik olması halinde zincirleme suçun uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir suç işleme kararı bulunmak ve diğer şartların gerçekleşmesi halinde zincirleme suç kurallarının

gidilmeyecek, sanığa bir suçtan ceza verildikten sonra hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle cezasından artırım yapılacaktır", CGK, 18.10.2018, E. 2018/11-216, K. 2018/456. Aynı yönde 15. CD, 19.06.2017, E. 2014/25751, K. 2017/15770; 11. CD, 19.02.2019, E. 2018/6129, K. 2019/1609.

¹⁰¹ Bkz.: Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 608.

¹⁰² Kayıhan İçel, Suçların İçtimai, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1972, s. 144; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 393.

¹⁰³ Yargıtay, “*aynı suç işleme kararından' yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu islemeden önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, bu plan çerçevesinde hareket etmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm bu hareketleri arasında sübjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması, aynı suç işleme kararının varlığı, olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenmesi gerektiği*” şeklinde değerlendirme yapmaktadır.

uygulanacağını düşünürüz. Yargıtay da zincirleme suçun gerçekleşebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁴.

Tek fiille birden fazla vergi kaçakçılığı suçu işlenmişse fikri içtima kuralları gereğince sorumluluk tayin edilecektir. Örneğin hem m. 359/b hem de m. 359/a hükmü ihlal edilmişse en ağırı üzerinden ceza belirlenecektir (TCK m. 44)¹⁰⁵.

VUK m. 359/b'de farklı suçlar seçimlik hareketli olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla failin m. 359/b'de yer alan ve inceleme konumuz dışındaki hareketleri gerçekleştirilmesi halinde konu aynı olmak şartıyla tek suç oluşacaktır. Ancak farklı belgeler üzerinde işlenmişse tek suç değil birden fazla suç işlenmiş olacaktır. Farklı belgelerle ilgili olarak farklı zamanlarda fiil gerçekleştirilmişse (hareket teklifi söz konusu değilse) tek suç oluşmayacak, suçun birden fazla gerçekleştirilmesinden bahsedilecektir. Zincirleme suçun şartları gerçekleşmişse zincirleme suç kuralları uygulanabilecektir. Bir suç işleme kararıyla olmak şartıyla zincirleme suç kuralları uygulanabilecektir. Kullanma açısından farklı belgeler aynı beyannameye kullanılıp vergi dairesine veriliyorsa tek suç söz konusu olacaktır.

VUK m. 359/b de yer alan suçu işleyenler hakkında ceza uygulanması 344. maddede yazılı vergi ziyayı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmemektedir (VUK m. 359/7). Aynı şekilde m. 367/son gereğince 359. maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyayı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel olmamaktadır. Dolayısıyla m. 359/b'den ceza alan biri, vergi ziyayı cezası veya usulsüzlük cezalarına (kabahatten ceza uygulamasına) maruz kalabilecektir. Bu düzenlemeler gereğince suçlar ile kabahatler arasındaki içtima ilişkisini düzenleyen KK m. 15/3 hükmü,

¹⁰⁴ Yargıtay göre, "Suçlardan bazılarını tek başına işleyen failin diğer suçlara yardım eden şerik olarak iştirak etmesi, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması için başlı başına bir neden kabul edilmemek gerekir. Aynı şekilde, suça iştirak şekillerinin farklı olması, tek başına suç işleme kararının değiştiğini göstermez. Aynı kişiye karşı birden fazla dolandırıcılık suçu işlenmesi olayında birinci seferde suçun işlenmesi için sadece yol gösteren veya teşvik eden kişi, ikinci seferde bu kişinin aldatılmasında bilfiil rol oynayarak müşterek fail olarak katılırsa, aynı suç işleme kararının değiştiğini gösteren bir durum olmadıkça, en ağır iştirak şeklinden zincirleme suç hükümlerine göre sorumlu olabilir.

Suçta iştirak şekillerinin değişmesi, ancak, aynı suçu işleme kararının değiştiğine karine sayılabilir. Bu konuda önemli olan, zincirleme suç şartlarının, özellikle aynı suç işleme kararı şeklindeki sübjektif şartın her bir yardım eden şerik açısından gerçekleşmiş olmasıdır. Bu durum, somut olayda her bir şerik açısından ayrı ayrı araştırılmalıdır. Tekrarlanan yardım hareketlerini aynı suç işleme kararı ile yapmayan yardım eden şerikler varsa, bunlar hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanamaz", CGK, 19.12.2019, E. 2017/170, K. 2019/709. Aynı yönde CGK, 19.12.2019, E. 2015/874, K. 2019/710. Faillerin farklı olduğu suçlara şerik olarak katılan kişinin bir suç işleme kararı varsa zincirleme suç kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir. İştirak halinde işlenen suçlarda zincirleme suç kurallarının uygulanmasına ilişkin olarak bkz.: İçel, s. 140, 141.

¹⁰⁵ Vergi kaçakçılığı suçlarının seçimlik hareketli suç olduğuna ilişkin olarak bkz.: Karakoç, s. 297, 298.

suç olan VUK m. 359 ile kabahat olan vergi ziyai ile vergi vergi usulsüzlüğünde uygulanmamaktadır. VUK m. 359/b'de yer alan sahte belge düzenleme veya kullanma suçu ile 344. maddede yer alan vergi ziyai veya vergi usulsüzlüğü kabahati gerçekleştiğinde aralarında fikri içtima kuralları uygulanmayacak, ayrı ayrı yaptırım tayin edilecektir. Üstelik vergi ziyana 359. maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde vergi ziyai cezası üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanmaktadır. Ayrıca VUK m. 340'da VUK'da yazılı vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima bakımından birleştirilemeyeceği ifade edilmektedir.

V. ETKİN PİŞMANLIK

VUK m. 359'un 2. ve 3. fıkralarında etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir. Bu fıkralara göre , “371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.

(Ek fıkra:8/4/2022-7394/4 md.) Bu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilir.”.

VUK m. 359/2 gereğince, “Pişmanlık ve Islah” başlılığını taşıyan VUK m. 371'de yer alan pişmanlık hükmü inceleme konumuz olan suç açısından da uygulanma niteliği taşımaktadır. Bunun için VUK m. 371'deki pişmanlık şartlarına uygun olarak m. 359/b'de yer alan fiili işleyen kişiler ile bunların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin kanuna aykırı hareketlerinin ilgili makamlara bildirilmesi gerekmektedir. Bu halde bildirimde bulunanlar hakkında 359/b gereğince cezalandırma uygulanmayacaktır. Cezalandırmanın uygulanmaması için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir:

1. Mükellefin keyfiyeti haber verdiği tarihten önce bir muhbir tarafından her hangi resmi bir makama dilekçe ile veya şifahi beyanı tutanakla tevsik edilmek suretiyle haber verilen husus hakkında ihbarda bulunulmamış olması (Dilekçe veya tutanağın resmi kayıtlara geçirilmiş olması şarttır).

2. Haber verme dilekçesinin yetkili memurlar tarafından mükellef nezdinde haber verilen olayın ilgili olduğu vergi türüne ilişkin bir vergi incelemesine başlandığı veya olayın ve ilgili olduğu vergi türünün takdir komisyonuna intikal ettirildiği günden evvel (Kaçakçılık suçu teşkil eden fiillerin işlendiğinin tespitinden önce) verilmiş ve resmi kayıtlara geçirilmiş olması.⁽²⁾

3. Hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin mükellefin haber verme dilekçesinin verildiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde tevdi olunması.

4. Eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının mükellefin keyfiyeti haber verme tarihinden başlayarak onbeş gün içinde tamamlanması veya düzeltilmesi.

5. Mükellefçe haber verilen ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanunun 51. maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranında bir zamla birlikte haber verme tarihinden başlayarak onbeş gün içinde ödenmesi.

Yukarıda belirtilen düzenlemenin soruşturma veya kovuşturma evresinde uygulanmaması kanun koyucunun VUK m. 359'da değişiklik yapmasına neden olmuş ve 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile 213 sayılı Kanunun 359. maddesine 3. fıkra eklenmiştir. Bu husus gerekçede, "213 sayılı Kanunun 371. maddesinde etkin pişmanlık müessesesine yer verilmiş olduğu, 359. maddede 371. maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükümlerinin uygulanmayacağına açıkça düzenlendiği, bununla birlikte etkin pişmanlığın, suç soruşturmasına başlanmadan önceki dönem için kabul edilmesi nedeniyle soruşturma ve kovuşturma evresinde fail tarafından bu yola başvurulmadığı" belirtilmiş, "maddede yapılan düzenlemelerle, bu maddede yer alan suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma evresinde de etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesine imkân sağlandığı" şeklinde ifade edilmiştir.

Getirilen 3. fıkra hükmüne göre, VUK m. 359/b'de yer alan fiille verginin ziyaa uğratıldığına tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilmektedir. Ancak ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır (VUK m. 359/5). Dava açılmaması, kanun yollarına başvurulmaması ve başvurulmuşsa vazgeçilmesi düzenlemesinin Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasına, mükelleflerin mahkemeye erişim hakkına ciddi bir şekilde sınırlama getireceğinden, adil/dürüst yargılanma hakkının düzenlendiği Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğu, böyle bir şartın getirilmesinin mükelleflerin indirimden faydalanmak için yargı yoluna gitmemesine yol açacağından, usule ve/veya esasa aykırı olarak yapılan vergi incelemelerinin, hatalı işlemlerin veya tarhiyatların, yargı denetiminden geçmeden olduğu gibi kabul edilmesi sonucuna yol açabileceği, sırf Devlet, idare, vergi ve faiz ve ceza baskısından kurtulmak isteyen mükellefin, adaletsiz ve hukuka aykırı olduğunu düşündüğü bir durumu sırf uğraşmama ve kamu otoritesi ile olumsuzluk yaşamamak için, Anayasanın kendisine tanıdığı hak arama hürriyetinden vazgeçebilmesi sonucunu doğuracağı, sırf etkin pişmanlıktan yararlanmak amacıyla kişinin vergi borcunu ödemek zorunda kalabileceği, ancak vergi kaybının önlenmesi amacıyla böyle bir ceza indirimi sağlayan düzenlemenin VUK m. 359 hükmüne

eklenmesinin isabetli görülebileceği belirtilmektedir¹⁰⁶. Nitekim hükmün Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuşsa da 5. fıkra hükmünün itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından başvurunun yetkisizlik nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda ise verilecek ceza yarı oranında indirilmektedir(VUK m. 359/4). Kanun koyucu kesilen cezanı bulunduğu, ancak soruşturma ve kovuşturma evresinde ödenmesi halinde ceza indiriminden yararlandırırken, kesilen cezanın bulunmadığı durumda ceza indiriminin bulunmamasını doğru bulmamış ve ceza indirimi kabul etmiştir. Örneğin sahte belge incelemesi sırasında mükellefin kullanmış olduğu sahte belgelere istinaden 500.000 TL indirim reddiyatı yaptığı, aynı ay veya vergilendirme döneminde 500.000 TL'den fazla bir devreden KDV'sinin olduğu bir durumda, tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen vergi ziyai cezası bulunmayacak, ancak ceza indiriminden yararlanacaktır. Yine yapılandırmadan yararlanan ve vergi affi kapsamında olan mükellefler bu hükümde belirtilen yarı orandaki ceza indiriminden yararlanabileceklerdir¹⁰⁷. Bu hükümden yararlanabilmek için de vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır (VUK m. 359/5). Ancak idarenin denetimi sonucunda vergi kaybı bulunmadığı sonucuna varılması hâlinde bu fıkra gereğince herhangi bir şarta bağlı olmaksızın ceza yarı oranında uygulanacaktır. Bununla birlikte idarenin hatalı olarak vergi kaybı bulunduğunu sonucuna varması hâlinde ancak yukarıda belirtilen şartların yerine getirilmesiyle ceza indiriminden yararlanılabilecektir. Buna göre uygulanacak kuralın belirlenmesinde gerekli bir unsur olarak öngörülen vergi kaybının varlığına veya yokluğuna ilişkin idare işleminde hata bulunması ihtimaline karşı yargı denetimine tabi tutulması gereklidir¹⁰⁸. Ancak bu denetim engellenmiştir.

8.4.2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanununun 6. maddesiyle VUK'na Geçici 34. madde eklenmiş ve kanunun yürürlüğe girdiği tarihte infaz aşamasında¹⁰⁹ veya kanunun yayımı tarihinde soruşturma ve kovuşturma aşamasında olan uyumsuzluklar için de uygulanması kabul edilmiştir. 34. maddeye göre, haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar, 359. maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa

¹⁰⁶ Ersan Şen/Cem Serdar, "7394 sayılı Kanunla Yapılan Vergi Usul Kanunu Değişiklikleri", <https://sen.av.tr/tr/makale/7394-sayili-kanunla-yapilan-vergi-usul-kanunu-degisiklikleri>.

¹⁰⁷ Şen/Serdar, <https://sen.av.tr/tr/makale/7394-sayili-kanunla-yapilan-vergi-usul-kanunu-degisiklikleri>.

¹⁰⁸ AYM, 28.09.2022, E. 2022/59, K. 2022/111.

¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi düzenlemenin infaz aşaması açısından özel af niteliğinde olduğunu kabul etmektedir: AYM, 28.09.2022, E. 2022/59, K. 2022/111.

uğrattığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammını, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Hazineye ödedikleri takdirde 359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla soruşturma evresi için yapılan etkin pişmanlık düzenlemesinden faydalanabilir. Bu fıkrada belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi gerekmektedir.

Birinci fıkra hükümleri bu maddeyi ihdas eden Kanunun yayımı tarihinde soruşturma ve kovuşturma evresinde bulunan dosyalar hakkında da uygulanır. Bu takdirde, ödemenin hüküm verilinceye kadar yapılması gerekmektedir.

Geçici 34. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi 28/9/2022 tarihli ve E. 2022/59, K. 2022/111 sayılı Kararı ile Geçici 34. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin; birinci fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...infaz..." ibaresi yönünden ve ikinci cümlesinin ikinci fıkrada yer alan "...kovuşturma..." ibaresi yönünden iptaline karar vermiştir. Dolayısıyla ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şartı infaz ve kovuşturma aşamalarında olan dosyalar açısından uygulanamayacaktır. Mahkemeye göre, *"dava konusu kuralı da içeren geçici 34. madde ve etkin pişmanlıkla ilgili esas düzenlemeyi yapan 359. maddede muhatabın katlanmak durumunda kaldığı aşırı külfeti azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik idari ve/veya yargısal başvuru yolu biçiminde bir telafi mekanizmasının öngörülmediği anlaşılmaktadır."*

52. Öte yandan dava konusu kuralın içinde yer aldığı geçici 34. madde ödemelerin kaynağını vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin fiillere bağladığından bu suçla ilişkin yargılamada ceza mahkemesinin yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması gerekmesiyle verdiği beraat kararının kamu makamları tarafından şüphesiz dikkate alınması gerekmektedir. Aksi durum Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesi ile çelişecektir. Zira bir suçun işlenmediğinin kesinleşmiş ceza mahkemesi kararıyla sabit bulunmasına rağmen bu tespitin kamu makamlarınca vergi ile ilgili meselelerde dikkate alınmayıp geçici 34. maddede ödemenin kaynağı olarak belirtilen "359 uncu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğrattığı"nın sabit görülmesi Anayasa'nın 38. maddesinin "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." hükmüyle bağdaşmaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında "Disiplin suçuna ve ceza yargılamasına konu eylemlerin aynı olduğu hallerde disiplin soruşturmasıyla ilgili uyumsuzluklara bakan idari mahkemelerin fiilin sübutuyla ilgili olarak ceza mahkemesinin ulaştığı kanaate saygı göstermesi, bunu sorgulayacak ifadeler kullanmaması beklenir. Aksi takdirde kişinin ceza mahkemesinde beraat etmiş olmasının bir anlamı kalmaz. Bu bakımdan idari mahkemeler dâhil devletin diğer otoritelerinin beraat kararından şüphe duyulmasına yol açacak biçimde

hareket etmekten kaçınmaları gerekir” değerlendirmesiyle bu hususa işaret edilmiştir.

53. Açıklanan nedenlerle kural, kovuşturma ve infaz ibareleri yönünden Anayasa'nın 13., 35. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir”¹¹⁰.

VI. YAPTIRIM VE MUHAKEME

A. Yaptırım

VUK m. 359/b hükmünde düzenlenen sahte belge düzenlemek ile bu belgeleri kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçunun cezası üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır.

359. Maddenin (b) fıkrasında yer alan sahte belge düzenlemek veya bu sahte belgeyi kullanmak fiilinin cezası 7394 sayılı Kanunun 4. maddesiyle değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle alt sınırdaki herhangi bir oynama yapılmamış, ancak üst sınır beş yıldan 8 yıla çıkarılmıştır.

7394 sayılı Kanunla 359. maddede yalnızca ceza miktarıyla ilgili değişiklik yapılmamış, aynı zamanda lehe uygulanması söz konusu olan hükümler de bulunmaktadır. Dolayısıyla fiilin işlendiği zaman düzenlemeleri ile 7394 sayılı Kanun hükümleri olaya ayrı ayrı uygulanacak hangisi lehe ise onun sanığa uygulanması gerekecektir. Ayrıca ceza değişikliğinin yalnızca üst sınırla ilgili olduğuna dikkat edilmelidir. Yani alt sınırdaki bir değişiklik bulunmamaktadır. Dolayısıyla lehe kanunun belirlenmesinde 2022 yılında getirilen cezada indirim yapılması imkânını doğuran hükümler ve zincirleme suç hükmü de önem taşımaktadır. Tüm hukuki durumun kontrol edilerek lehe kanunun belirlenmesi için önceki ve sonraki kanunun ilgili hükümlerinin olaya bir bütün olarak uygulanması ve sonuçlarının karşılaştırılması gerekir. Hangisinin hukuki sonucu fail için daha lehe ise onun uygulanması gerekir. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddesinin 3. fıkrası “*lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir*” şeklindeki düzenlemesiyle bu hususu açıkça ifade etmiştir¹¹¹. Dolayısıyla yalnızca yaptırım değil, içtima, etkin pişmanlık, teşebbüs gibi somut olayla ilgisi olmak şartıyla tüm hususlar göz önüne alınacaktır¹¹².

¹¹⁰ AYM, 28.09.2022, E. 2022/59, K. 2022/111.

¹¹¹ Tüm kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği Alman doktrininde ve uygulamasında da kabul edilmektedir. Kısmen eskisinden kısmen yenisinden alınarak yeni bir kanun yapılması benimsenmemektedir. Bkz.: Schönke/Schröder-Eser, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 27., neubearbeitete Auflage von Lenckner, Theodor/Eser, Albin/Stree, Walter/Eisele, Jörg/Heine, Günter/Perron, Walter/ Sternberg-Lieben, Detlev-Schittenhelm, Ulrike, C.H.Beck, München 2006, § 2, kn. 30, 34.

¹¹² Bkz.: Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s. 75; Özgenç, s. 142 vd.

VUK geçici m. 34 düzenlemesinde 7394 sayılı Kanunun yayımı tarihinde 359. madde kapsamına giren suçlardan dolayı temyiz veya istinaf kanun yolu incelemesinde bulunan dosyalardan, 359. maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemeler nedeniyle lehe değerlendirme yapılması gereken dosyalar hakkında bozma kararı verileceği yer almaktadır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan dosyalar ise gelişlerindeki usule uygun olarak ilk derece mahkemelerine gönderilecektir.

359. maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemelerde yer alan zincirleme suça ilişkin koşulların belirlenmesi, duruşma açılmak suretiyle yapılacaktır¹¹³.

B. Muhakeme

Vergi Usul Kanununun 367. maddesinde bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul başlığıyla muhakemeye ilişkin hüküm

¹¹³ "15.04.2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7394 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi ile 213 sayılı Kanun'un 359 uncu maddesinin son fıkrasından önce gelmek üzere; "Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç isleme kararının icrası kapsamında islenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır." cümlesinin eklendiği ve 7394 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi ile 213 sayılı Kanun'a eklenen geçici 34 üncü maddesinde; "359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemelerde yer alan zincirleme suça ilişkin koşulların belirlenmesi, duruşma açılmak suretiyle yapılır." hükmünün yer aldığı anlaşılmıştır. 4. Cumhuriyet Başsavcılığının, yukarıda belirtilen değişiklik doğrultusunda bir karar verilmesini talep etmesi üzerine, Bakırköy 11. Asliye Ceza Mahkemesinin, 18.04.2022 tarihli ve 2017/311 Esas, 2018/307 Karar sayılı ek kararı ile "...zincirleme suç hükümlerinin sanık lehine uygulanmasına hukuki imkan bulunmadığı..." gerekçesiyle dosya üzerinden inceleme yapılarak talebin reddine karar verilmistir. 5. Bakırköy 16. Ağır Ceza Mahkemesinin 09.05.2022 tarihli ve 2022/454 Değişik iş sayılı kararı ile Bakırköy 11. Asliye Ceza Mahkemesinin, 18.04.2022 tarihli ve 2017/311 Esas, 2018/307 Karar sayılı ek kararına yönelik itirazın reddine karar verilmistir. 6. Bu kapsamda inceleme konusu dava dosyası değerlendirildiğinde; 7394 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi ve aynı Kanun'un 6 ncı maddesi ile yapılan değişiklikler göz önüne alınarak, duruşma açılmak suretiyle karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, dosya üzerinden yapılan inceleme ile karar verilmesi Kanun'a aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerinde görülmemiştir", 11. CD, 06.03.2023, E. 2023/815, K. 2023/1216; "Bu kapsamda inceleme konusu dava dosyası değerlendirildiğinde; uyarılama yargılaması yapılarak 7394 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi ve aynı Kanun'un 6 ncı maddesi ile yapılan ve sanık lehine hükümler içeren değişikliklerin değerlendirilmesi, zincirleme suç yönünden de duruşma açılmak suretiyle gereğinin takdir ve ifası yoluna gidilmesi gerektiği gözetilmeden, dosya üzerinden yapılan inceleme ile talebin reddine karar verilmesi karşısında; itirazın bu yönlerden kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi Kanun'a aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerinde görülmemiştir", 11.CD, 24.04.2023, E. 2023/1074, K. 2023/3058.

düzenlenmiş ve vergi kaçakçılığı suçu hakkında kovuşturma yapılması mütalaa şartına bağlanmıştır¹¹⁴.

Ne şekilde tespit edildiği veya öğrenildiği önem taşımaksızın kaçakçılık suçunun takibatı vergi incelemesinin yapılmasını gerektirmektedir. Vergi incelemesi sonucunda vergi kaçakçılığı suçunun işlendiği kanaatine varılmışsa idare tarafından düzenlenen vergi suçu raporu ve mütalaa Cumhuriyet başsavcılığına iletilir. 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin üçüncü fıkrasına göre vergi kaçakçılığı suçunda mütalaa alınması kovuşturma şartı olduğundan Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açılabilmesi için vergi idaresinden mütalaa alınması gerekmektedir. Mütalaa Cumhuriyet savcısı için bağlayıcı olmayıp soruşturma neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilebileceği gibi iddianame de düzenlenebilir¹¹⁵.

367. maddeye göre, yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaaıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaaıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. Dolayısıyla VUK m. 359/b açısından da bu hüküm uygulanacaktır.

359. maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle öğrenen Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sahte belge düzenlendiğini veya sahte belgenin kullanıldığını öğrenen Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesinden inceleme yapılmasını talep edecektir.

Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine kadar ertelenir.

VUK m. 367 maddede suçun iştirak halinde işlenmesi halinde mütalaa alınmasıyla ilgili düzeleme de bulunmaktadır. Bu düzenleme 367. maddeye 7394 sayılı Kanunla 5. fıkra olarak ilave edilmiştir. 5. fıkraya göre, 359. maddede yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaaaya konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartı aranmamaktadır. Fiilin başka bir kişi tarafından işlendiği ortaya çıktığında daha önce alınmış mütalaa yeterli sayılmakta, ayrıca bu kişi hakkında rapor düzenlenmesi ve mütalaa alınması gerekmemektedir. Yine sahte belge düzenleme suçunun başka bir kişiyle birlikte işlendiğinin ortaya çıkması halinde, bu kişi

¹¹⁴ Mütalaa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Şenyüz, Doğan, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2016, C. 81, S. 2, ss.13-50, s. 17 vd.; Güngör, s. 276 vd.

¹¹⁵ AYM, 04.11.2021, E. 2019/4, K. 2021/78.

hakkında da dava açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa alınması gerekmekte daha önce alınan rapor ve mütalaa gereğince iddianame düzenlenecektir.

Mütalaa şartı gerçekleşmeden iddianame düzenlenmesi halinde iddianamenin iade edilmesi gerekir. Her nasılsa kovuşturma evresi başlamışsa mahkemenin CMK m. 223/8 gereğince durma kararı vermesi ve mütalaaı beklemesi gerekir. Şart gerçekleşmezse de düşme kararı vermelidir (CMK m. 223/8). Mahkeme de mütalaa ile bağlı olmayıp sanık hakkında beraat kararı verebileceği gibi mahkumiyet de hükmedebilir.

VUK m. 367/5 hükmü ceza muhakemesi hükmü olduğundan getirilen değişiklik lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın derhal uygulama ilkesi gereğince yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanacaktır.

Görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

VUK m. 142-147. maddeler arasında, arama başlığını taşıyan üçüncü bölümde CMK (m. 116 vd.) hükümlerinden ayrılmış kaçakçılık suçlarına ilişkin ayrıca arama hükümlerine yer verilmiştir.

VUK m. 142'ye göre, ihbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilecektir. Aramanın yapılabilmesi için, birinci şart olarak vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum görmesi ve gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh ceza hakiminden bunu istemesi, ikinci olarak sulh ceza hakiminin istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi gerekmektedir. Bağlantıları sebebiyle muhtelif şahıslar nezdinde ve mahallerde arama yapılmasına lüzum görülen hallerde, aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh ceza hakimi, diğer sulh ceza hakimlerinin yetkilerine dahil bulunanlar hakkında da karar vermeye yetkilidir. İhbar üzerine de arama yapılabilmektedir. Bu halde yapılan aramada ihbar sabit olmazsa nezdinde arama yapılan kimse muhbirin adının bildirilmesini isteyebilmektedir. Bu takdirde, vergi dairesi muhbirin ismini bildirmeye mecburdur.

VUK m. 143'e göre, aramada bulunan ve incelemesine lüzum görülen defter ve vesikalar müfredatlı olarak bir tutanakla tespit edilmelidir. Vesikaların dosya ve dosya içinde sayı itibariyle tespit edilmesi müfredatlı tespit anlamına gelmektedir. Arama yapıldığı sırada zaman yetersizliği ve sair sebeplerle bu tutanağın tanzimi mümkün olmazsa, bulunan ve incelemesine lüzum görülen defter ve vesikalar, mükellef nezdinde emin bir yere konmakta veya kaplar içinde daireye nakledilmektedir. Bu defter ve vesikaların konulduğu yerlerin veya kapların aramayı yapan tarafından mühürlenmesi ve mümkün olan halde mükellefin mührünün de bulunması şarttır. Daha sora mükellefin huzuruyla birlikte kaplar ve yerler açılarak müfredatlı tutanaklar düzenlenmektedir. Mühürleme ve mührün fekki halleri de birer tutanakla tespit edilmekte ve müfredatlı tutanağın bir nüshası da defter ve vesikaların sahibine veya adamına verilmektedir.

Bu işler:

a) Mükellefin, aramada hazır bulunmakta veya mühür basmaktan imtinaı hallerinde aramada hazır bulunanlar marifetiyle;

b) Mükellefin, mührün fekki veya tutanağın tanzimi sırasında hazır bulunmaktan imtinaı hallerinde de aramayı yapan tarafından iki memurla birlikte tamamlanmaktadır.

Aramada bulunup mükellef nezdinde emin bir yere konulmuş veya kaplar içinde daireye nakledilmiş olan ve incelemesine lüzum görülen defter ve vesikalar, arama kararında açıkça yazılmamış olsa bile, inceleme yapanın çalıştığı yere sevk veya celp edilebilir. Belirtilen şekle göre alınan defter ve vesikaların iyi saklanması şarttır. Bunların iyi saklanmamasından doğacak zararı idare tazmine mecburdur.

VUK m. 144'e göre, arama yapılan hallerde inceleme çabukça ve her işten önce yapılmalıdır. İnceleme sırasında vergi ile ilgisi olmayan şahsi ve özel mektup ve diğer evrak makbuz karşılığında sahiplerine geri verilmelidir. Mükellef, ilgili memurun huzuruyla, bu defterler ve vesikalar üzerinde incelemeler yapmaya ve bunlardan suret ve kayıtlar çıkarmaya yetkilidir. Defter ve vesikaların muhafaza altına alınmış olması, süresi gelen vergi beyannamelerinin verilmesi ödevini kaldırmaz. Mükellef beyannamesini tanzim için gerekli bilgileri defter ve vesikalardan yukarıdaki fıkra hükmü dairesinde çıkarabilir. Mükellefin bu husustaki yazılı isteği yetkililerce derhal yerine getirilir. Şu kadar ki, defter ve vesikaların muhafaza altına alındığı tarihten vergi beyannamesinin verileceği tarihe kadar olan süre bir aydan az ise beyanname verme süresi kendiliğinden bir ay uzar ve ek süre bu müddetin sonundan başlar (m. 13/3. fıkra ve m. 17 hükümleri saklıdır.)

VUK m. 145'e göre, arama neticesinde alınan defter ve vesikalar üzerindeki incelemeler en geç üç ay içinde bitirilerek sahibine bir tutanakla geri verilmelidir. İncelemelerin haklı sebeplere üç ay içinde bitirilmesine imkan olmayan hallerde sulh ceza hakiminin vereceği karar üzerine bu süre uzatılabilir. Defter ve vesikaların incelenmesi sırasında kanuna aykırı görülen olaylar ve hesap durumları tutanakla tespit olunmalıdır. Mükellef bu tutanakları imzadan çekindiği takdirde, bahis mevzu olayları ve hesap durumlarını ihtiva eden defter veya vesikalar aramanın mevzuu ile ilgili vergi ve cezalar kesinleşinceye kadar kendisine geri verilmez. İlgililer tutanaklara diledikleri itiraz ve görüşlerini kaydedebilirler. İlgililer bu tutanakları her zaman imzalayarak defter ve vesikalarını geri alabilirler. Ancak, alabilmeleri için bu defter ve vesikaların suç delili teşkil etmemesi şarttır.

VUK m. 146'ya göre, arama neticesinde bulunan defter ve vesikaların muhafaza altına alınması sebebiyle 219. madde gereğince yapılamayan kayıtlar defterlerin geri verilmesinden sonra idare ile mükellef arasında kararlaştırılan münasip bir süre içinde tamamlanır. Bu süre bir aydan az olamaz. Mükellef dilerse defterlerinin muhafaza altına alındığında işlemlerini yeniden tasdik ettireceği defterlere kayıt ve iadesi halinde iade edilen defterlere intikal ettirebilir.

VUK m. 147'e göre, yukarıda açıkça yazılı olmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanununun arama ile ilgili bulunan hükümleri uygulanacaktır (CMK Yürürlük Kanunu m. 3).

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşıldığı gibi bölüm başlığı arama olmakla beraber, elkoyma yetkisinin de verildiği anlaşılmaktadır. Yetki VUK'da sadece sulh ceza hakimine verilmiş, Cumhuriyet savcısına veya kolluk amirine arama ve elkoyma yetkisi verilmemiştir. Ancak VUK m. 147 gereğince VUK m. 143 vd. maddelerinde hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanununun arama ile ilgili hükümleri uygulanacağından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile de arama yapılabilir. Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, kolluk amirinin yazılı emri ile yapılamamaktadır. VUK m. 143 vd. maddeleri gereğince arama işleminin vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar tarafından yapılacağı düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Ancak CMK hükümleri gereğince hareket edilen hallerde kolluk da yetkili olacaktır. Arama ve elkoyma işleminde öncelik VUK m.143 vd. maddelerinde olacak, şartlar gerçekleşmişse bu hükümler uygulanacak, hüküm bulunmayan hallerde CMK m. 116 vd. maddeleri uygulanacaktır¹¹⁶.

SONUÇ

VUK m. 359/b hükmünde düzenlenen sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçu vergi kayıp ve kaçığına sebebiyet verilmesindeki oranın yüksekliği nedeniyle TCK'daki belgede sahtecilik suçundan ayrılmış ve ayrıca hükme bağlanmıştır. Düzenleme yapılırken farklı nitelikteki suçlara aynı maddede ve aynı fıkra da yer verilmesi doktrinde ve uygulamada problem yaratmış ve farklı tartışmalar yaşanması sonucunu doğurmuştur. Bunlardan biri de sahte belge düzenleme ile kullanmanın ayrı suçlar oluşturup oluşturmadığıdır. Ayrıca sahteciliğin aynı zamanda TCK'da suç olarak düzenlenmesi ve farklı unsurlar içermesi, m. 359/b düzenlemesindeki suçun unsurlarının belirlenmesinde sorun yaşanması sonucunu doğurmuştur. Yine zincirleme suç TCK m. 43'de düzenlenmekle beraber, uygulamada m. 359'da yer alan suçlarda zincirleme suç ilişkisinin belirlenmesinde sorun yaşanmıştır. Hükümlerde zaman zaman bu farklı uygulamaları ve tartışmaları önlemek amaçlı değişiklikler yapılmışsa da sorunların tamamen ortadan kaldırıldığı söylenemez. En son değişiklik 7394 sayılı Kanunla yapılmış, ancak getirilen düzenleme de eleştirilere uğramıştır. Sorunlardan bir tanesi Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş ve Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermiştir. Tüm bunların ortadan kalkması, yaşanmaması için m. 359'da yer alan suçların niteliği de dikkate alınarak ayrı ayrı maddelerde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

¹¹⁶ Bkz.: Aslaner, s. 113 vd.

KAYNAKÇA

Ağar S, “Sahte Veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları”, TBB Dergisi, Sayı 58, 2005, s. 273-301.

Akbulut B, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Aslaner H, Vergi Kabahat ve Suçlarının Unsurları, Ekim Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.

Batı M, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Vergi Tekniği-Vergi Yargısı-Kamu İcra, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Batun M, “Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür”, Yaklaşım Dergisi, Yıl 18, Sayı 213, Ankara, 2010, <http://www.yaklasim.com>, s. 132-138.

Bayraklı H H, “Vergi kaçakçılık Suçlarında Birleşme (içtima)”, TAAD, Yıl 7, S. 30, Nisan 2017, s. 1-18.

Biyan Ö, “Türk Vergi Hukukunda Belge Düzeni ve İspat: Eleştiriler ve Öneriler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 12, Özel S., 2010, s. 27-55 (Basım Yılı 2012), s. 42.

Bülbül D/Özay N, “Vergi Kaçakçılığı ve Boyutunun Türkiye ve AB Ekseninde Değerlendirilmesi”, Gümrük & Ticaret Dergisi, S. 7, Y. 2016, s. 52-62.

Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017.

Çavuş A, Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul ,2016.

Gökçen A, Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.lı TCK. m. 204-212), 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Görkemli B, “Ceza Hukukundaki Sahtecilik Suçları ile Vergi Ceza Hukukundaki Sahte Belge Düzenleme-Kullanma Suçları”, TAAD, Yıl 12, S. 47, Temmuz 2021, s. 407-434.

Güngör M, “Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü”, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 44 (Ekim 2020), s. 269-299.

Hakeri H, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

İçel K, Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.

“Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür”, <https://www.ozdogrular.com.tr/v1/fla-haberler-gizli-245/13314>.

Kahya Y, “Suç Teorileri Işığında Türkiye’de Kaçakçılık Olgusu: Toplumsal Nedenleri, Boyutları ve Algısı”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/147563>, s. 159-178.

Karaarslan M, “Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkileri”, TBB Dergisi, Sayı 64, 2006, s. 115-150.

Karakoç Y, Vergi Ceza Hukuku, Genel Kısım, Vergi Kabahatleri, Vergi Suçları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3., neu bearbeitete Auflage, C.H.Beck, München, 2006 (KKOWiG).

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Oğuzman M K/Öz M. T, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Onat E B, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda İştirak”, TBB Dergisi, 2018 (137), s. 311-335.

Özcan O, Vergi Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Önder A, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Öztan B, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

Öztürk B/Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Schönke A/Schröder H/Cramer P, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27., neubearbeitete Auflage von Lenckner, Theodor/Eser, Albin/Stree, Walter/Eisele, Jörg/Heine, Günter/Perron, Walter/ Sternberg-Lieben, Detlev-Schittenhelm, Ulrike, C.H.Beck, München, 2006.

Şen E/Serdar C, “7394 sayılı Kanunla Yapılan Vergi Usul Kanunu Değişiklikleri”, <https://sen.av.tr/tr/makale/7394-sayili-kanunla-yapilan-vergi-usul-kanunu-degisiklikleri>.

Şenyüz D, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2016, C. 81, S. 2, s.13-50.

Şenyüz D, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.

Şenyüz D/Yüce M/Gerçek A, Vergi Hukuku, Genel Hükümler, 13. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022.

Taştan M, Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Taştan M, Sahte Fatura Düzenleme ve Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Tezcan D/Erdem M R/Önok R M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Toroslu N, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2014.

Türkal H/Ekici M S/İnan M, “Vergi Suç ve Kabahati Kavramı, 4369 Sayılı Yasa Öncesinden Günümüze Yürürlükteki Vergi Suçları – Kabahatleri ve Cezaları”, SÜHFD, 2010, C. 18, S. 1, s. 45-83.

Uğur H/Elibol M, Vergi Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Ümit C, “Vergi Ceza Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Sahte Belge Kullanma Suçlarına İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, Hacettepe HFD, 11(1), 2021, s. 357-393.

Ünal E, “Vergi Usul Kanununun 359’uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”, MÜHF-HAD, C. 27, S. 2, 2021, s. 1260-1297.

Yıldız F, “Belgede Sahtecilik İle VUK’da Düzenlenen Sahte Belge Düzenleme Suçlarının Aldatma Kabiliyeti Yönünden Karşılaştırılması”, TAAD Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 12, S. 48, Ekim 2021, s. 547-582.

**ELEKTRİK PİYASASI KANUNU'NDAKİ
DEĞİŞİKLİKLERİN DERDEST DAVALARA UYGULANMASI
HAKKINDAKİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI VE HAKLI
BEKLENTİLERİN KORUNMASI İLKESİ**

*The Constitutional Court Decision on the Implementation of the Changes in the
Electricity Market Law to the Pending Adjudication and the Principle of
Protection of Legitimate Expectations*

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN*
Arş. Gör. Mustafa Fatih SARI**

Öz: Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisidir. Bu ilke ile kazanılmış haklara saygı ilkesi arasında açık bir bağ vardır. Ancak kazanılmış hak olmayan bazı durumlarda kanunların geriye yürümesi hakkaniyet ilkesine aykırı olacağından haklı beklentilerin korunması ilkesine dikkat edilmeye başlanmıştır.

Elektrik faturalarındaki kayıp-kaçak, iletim, dağıtım vs. bedellerin tüketicilerden tahsil edilmesi konusunda Yargıtay ile Danıştay arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Yasa koyucu, bunun üzerine 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda bazı değişiklikler yapmıştır. Bunlardan birisi ilgili bedellerin tahsil edilmesinin kanuni dayanağını oluşturmaktayken, bir diğeri de bu değişikliklerin derdest davalara uygulanmasını öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi değişikliklerin derdest davalara uygulanmasını öngören düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesine sonuç itibarıyla katılmak mümkün olsa da gerekçelendirmenin ve izlenen mantık silsilesinin yeterli doyuruculukta olmadığı söylenmelidir. Mahkeme, haklı beklentilerin korunması ilkesinin soyut düzlemde somut düzleme aktarılma sürecinde içerik, kapsam ve şartlar bakımından çerçeveyi sarıh bir şekilde çizemediği için bu ilkeye dair Mahkeme'nin yaklaşımının açıklanması ve tartışmaya açılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kazanılmış haklara saygı ilkesi, kanunların geriye yürümezliği ilkesi, haklı beklentilerin korunması ilkesi, kayıp-kaçak bedeli, Elektrik Piyasası Kanunu.

Abstract: Non-retroactivity is one of the general principles of law. There is an open relationship between this principle and the principle of respect for vested rights. However, in some cases where there isn't any vested rights, the retrospectivity of laws are against the principle of equity. Hence special attention has been given to the principle of protection of legitimate expectations.

There have been dissenting opinions between the High Court of Appeal and the Council of State on the matter of collecting the costs of illegal usage, dissipation, transmission, distribution, etc. in electricity bills from consumers. Thereupon, the legislator has made some amendments in the Electricity Market Law No. 6446. One of them constitutes the legal basis for the collection of the relevant fees and the other foresees the application of these amendments to pending cases. The Constitutional Court has judged that the regulation on apply these amendments to pending cases isn't unconstitutional. As a result, even though it is possible to agree with the judgement of the Constitutional Court, it should be added that the justification and the logical sequence followed are not satisfactory enough. Since the Court, in the process of transferring the principle of protection of legitimate expectations from the abstract level to the concrete level, could not clearly draw the framework in terms of scope and conditions, the Court's approach to this principle needs to be further explained and discussed.

Keywords: The principle of respect for vested rights, non-retroactivity, the principle of protection of legitimate expectations, the cost of illegal usage, Electricity Market Law.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, bfdogan@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3683-7171.

** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, mustafafatihsari@hacettepe.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-6803-669X.

Makale Geliş Tarihi: 06.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 27.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1382086



GİRİŞ

Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisidir. Bu özelliğinden ötürü, pozitif hukukta doğrudan yer almıyor olsa dahi yargı organlarınca başka birtakım ilkelerden türetilerek hukuk düzenlerine dahil edilmektedir. Bununla beraber, söz konusu ilkenin her koşulda tatbik edilecek mutlak bir niteliğe sahip olmadığı da vurgulanmalıdır. Bu bağlamda bazı istisnai durumlarda ilkenin uygulanmayabileceği kabul edilmektedir.

Türk pozitif hukukunda “kanunların geriye yürümezliği” ilkesi doğrudan yer almamakla beraber, Anayasa Mahkemesi (AYM), Anayasa’nın 2. maddesindeki “hukuk devleti” ilkesinden türetmek suretiyle bu ilkeyi bir Anayasal ilke olarak kararlarında kullanmaktadır. İlkenin somut uyuşmazlıklar bağlamında “kazanılmış haklara saygı” ilkesi ve “haklı/meşru beklentilerin korunması” ilkesi üzerinden tartışıldığı da söylenmelidir.

Anayasa Mahkemesi’nin 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nda değişiklik öngören kanuni düzenlemeleri ele aldığı (E. 2016/150, K. 2017/179, K. T. 28/12/2017) kararının da en tartışmalı hususlarından birisi kanunların geriye yürümezliği ilkesini somut uyuşmazlığa uygulamasına dair yorumlama ameliyesi bağlamında olmuştur. Bu karardan kısa bir süre sonra ise aynı konuyla ilgili bir bireysel başvuru kararı (*Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. LTD. ŞTİ.*, B. 2017/36736, K.T. 19/9/2018) verilmiştir. Konu ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) önüne de gelmiştir (*Dabanlı/Türkiye*, B. 22789/19, 30/03/2021).

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen konuya dair kararlarında sergilediği yaklaşım, önceki kararları ve ilgili AİHM kararı da dikkate alınmak suretiyle tartışılmaya çalışılacaktır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Hukuk güvenliği ilkesi bağlamında ilgili kişiler bakımından etkin bir hukukî korumanın sağlanabilmesi için uyuşmazlıkların hususî durumlarına göre farklı somut mekanizmalar söz konusudur. Bunlar, geriye yürümezlik ilkesi, usulî önlemler, yetki ve sorumluluk gibi denetim ölçütleri, kazanılmış haklara saygı ve haklı beklentilerin korunması ilkesidir. *Oğurlu*, kazanılmış hak kavramını “doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince korunması gereken hak” olarak tanımlamaktadır. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukuk güvenliği ilkesinin vazgeçilmez bir şartıdır. Bu ilke sayesinde kişiler hukuk düzeninin devamına dair taşıdıkları güven ile geleceğine dair

planlamalar yapabilmektedir.¹ Öte yandan, kazanılmış haklara saygı ilkesi ile kanunların geriye yürümezliği ilkesinin aynı hukukî değeri korumaya odaklandığını, birbirleriyle yakın bir ilişkiye sahip olduklarını söylemek mümkündür.

Kanunların zaman bakımından uygulanması hakkında üç ilke vardır. Bunlar, derhal uygulanma ilkesi, bir süre daha etkiyi sürdürme ilkesi ve geriye yürümezlik ilkesidir. Kanunların derhal uygulanması ilkesi gereği kural olarak kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki ilişkili olduğu tüm durumlara uygulanırlar. Bununla beraber, hukukî güvenlik ilkesi mucibince yeni kanunî düzenleme önce doğmuş bazı hukukî durumlara eski kanunun uygulanması da öngörülebilmektedir. Bu iki ilke arasında tercih yapmada kanun koyucunun bir serbestiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Geriye yürümezlik ilkesi gereği, hukuk kuralları yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren etki ve sonuçlarını doğurabilmektedir. Bu ilke sayesinde öngörülebilen bir hukukî ortam oluşturularak kamu düzeni ile hukukî güvenlik korunmaktadır. Öte yandan, kanunların geriye yürümezliği, her koşulda uygulanması gereken bir katı kural değil, bir ilkedir. Dolayısıyla ilkenin çeşitli durumlarda uygulama alanı bulup bulamayacağı başka birtakım ilkelerle beraber değerlendirildikten sonra belirlenebilecektir.² Yapılan düzenlemelerin zaman bakımından geleceğe dönük olmasının gerekliliği *Balkar* tarafından ise şu şekilde ifade edilmektedir: “*İnsanların cemiyet içinde hangi yoldan yürümelemleri gerektiğini gösteren kaideler ister teşri uzvunun, ister idare teşkilâtının eseri olsun, prensip itibariyle ileriye, geleceğe ait bulunmalıdır, çünkü yolun yürünmüş kısmı hangi şekilde arkada bırakılmış olursa olsun onun hesabı sonradan ortaya konan kaidelerle görülemez.*”³

Haklı beklentilerin korunması ilkesi hukuk dünyasında görece yakın bir geçmişe sahiptir. Mukayeseli hukukta haklı beklentilerin korunması ilkesi, 1960’lı yıllardan itibaren görülmeye başlanmıştır. İlke Birleşik Krallıkta ilk kez 1969 yılındaki *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* kararında görülmüştür. Söz konusu kararda ülkeye belli bir süre dahilinde giriş hakkı tanınan yabancıların bu izni süre bitiminden önce geri alınırsa İçişleri Bakanlığına başvurabileceği, dolayısıyla izin süresi içinde ülkede kalmasına müsaade edileceği haklı beklentisi içinde olacağı ifade edilmiştir. İlkenin bu ilk ortaya çıkışında daha ziyade yürütmenin geçmiş uygulamalarının devam etmesi yönünde muhataplarında oluşan haklı beklentiler kapsam dahilindedir. Ve bir usulî güvence niteliğindedir.⁴ Federal Alman Mahkemesi ise bu ilkeye “bireylerin bir

¹ Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 28-29.

² D. Çiğdem Sever, “Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, 2006, s. 81, 85-86.

³ Kemal Galip Balkar, “İdari Kararlarda Makable Şumul Meselesi”, C. 25, S. 2, 1960, AÜSBFD, s. 210.

⁴ C. F. Forsyth, “Haklı Beklenti’lerin Doğuşu ve Korunması”, çev. Esin Örucü, C. 7, S. 1-3, 1986, *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, s. 121-122.

kimseye ya da idareye duydukları güvenin dikkate alınması” olarak tanımlanan *vertrauensschutz* kavramı adı altında 1965’ten bu yana başvurmaktadır. 1970’li yıllardan beri de ilkenin Avrupa Adalet Divanı kararlarında yansıma bulduğu görülmektedir. İngiliz hukukunda usulî bir güvence olarak kabul edilen haklı beklentilerin korunması ilkesi, Avrupa Adalet Divanı’nca bir maddî hukuk ilkesi olarak telakki edilmiştir. İlkenin kapsama alanı bağlamında ortaya çıkan söz konusu tartışma son derece önemlidir. Zira usulî yönüyle sınırlı olarak çerçevesi çizildiğinde yalnızca savunma hakkı yahut dinlenme hakkına bir dayanak teşkil edebilecektir. Oysa pek çok uyuşmazlık konusu beklenti, savunma hakkı tanınmak suretiyle karşılanamamakta ve bu tip durumlarda esasa dönük bir karar alınma gereği ortaya çıkmaktadır. Bu esasa dönük kararlar bazen ilgili düzenleme yahut işlemin yürütmesinin durdurulması, iptalî gibi kararlar olabildiği gibi; bazen de tazminata dönük olabilmektedir.⁵ Öte yandan bugün artık ilkenin hem usulî hem de maddî hukuk ilkesi olduğu yönünde genel bir kabul oluştuğu söylenebilir.

Haklı beklentilerin korunması ilkesi şöyle tanımlanmaktadır:

Haklı beklentilerin korunması ilkesi, bir hakkı elde etme konusunda, idarenin hem takdir hakkı kapsamında gerçekleştirdiği birel işlemlerde, ilgililerin idare tarafından verilen hukuka uygun “söz”lerden, yerleşmiş hukuka uygun uygulamalardan veya hizmetin olağan işleyişinden kaynaklanan beklentilerinin; hem de kanun koyucunun veya idarenin düzenleyici işlemleri değiştirmesi veya kaldırması sırasında, ilgililerin eski düzenlemeye güvenden kaynaklanan hukuka uygun beklentilerinin, baskın bir kamu yararı olmadığı sürece, hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleri çerçevesinde, özellikle hakkaniyet gereği korunmasıdır.⁶

Haklı beklentinin oluşması farklı sebeplere dayanıyor olabilir. Örneğin, idarenin istikrar kazanmış bir uygulamasının yahut bir yasal düzenlemenin devam edeceğine dair bir beklenti içerisine girilmiş olabilir. Nitekim Hollanda’nın hukuk düzeninde ilkeye yalnızca idarenin birel ve düzenleyici işlemleri karşısında başvurma imkânı tanınırken; ilkenin anayasal statüde görüldüğü Almanya’da kanuni düzenlemeler karşısında da bu imkân tanınmaktadır.⁷ Türk hukukunda da Almanya’yla benzer bir durum söz konusudur. Yine içtihatların da haklı beklentiye kaynaklık teşkil edebileceği söylenmelidir.⁸

⁵ Halil Altındağ, “Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 7-8; Oğurlu, s. 292, 294.

⁶ Derya Deviner Erguvan, “Türk İdare Hukuku’nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi”, C. 21, Özel Sayı, 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, s. 1760.

⁷ Altındağ, s. 5, 10.

⁸ İchtihatlar konusunda ortak hukuk sisteminin (*common law*) uygulandığı ülkelerle diğer ülkeler arasında ayırım yapılabilmektedir. Bu bağlamda ortak hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde mahkemelerin önceki kararlarla bağlayıcı

İçtihat hukuku kaynaklı olan haklı beklentilerin korunması ilkesinin içeriği yargı kararlarıyla somutlaşmıştır. Bu ilkenin somut uyuşmazlıklara uygulanması sırasında yasal yahut idarî değişimi gerektiren kamu yararı ile yasal/idarî durumun istikrarı ve öngörülebilirliği yönündeki yarar arasında bir denge gözetilmeye çalışılmaktadır. Söz konusu durumlardan ötürü somut uyuşmazlığın özellikleri karar verilirken belirleyici olmaktadır. Nitekim ilkedeki bu fonksiyonel nitelik, net bir tanım yapmayı da güçleştirmektedir. Bir diğer ifadeyle her somut olayın hususî özellikleri dikkate alınmak suretiyle yargısal makamlar tarafından ilkenin içeriğinin doldurulduğu ortadadır. Bu yüzden ki, neredeyse çok benzer iki olaydan birinde ilkenin korunması lehinde karar verilebilirken, diğerinde aleyhinde karar verilebilmektedir.⁹ Aslında -yukarıda referans gösterilen tanımda da olduğu üzere- bir beklentinin haklı olarak nitelenmesini sağlayıp hukuk düzenince korunmasını sağlayan temel bağlamın *hakkaniyet* ilkesi¹⁰ olması da bu tespiti pekiştirmektedir.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi ile haklı beklentilerin korunması ilkesi, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile yakın irtibatlarından ötürü bazen birbirine karıştırılabilmektedir. İki ilkenin benzer özellikleri olmakla beraber çok temel farklılıkları da vardır. Bu iki ilkenin benzer özellikleri kabaca şöyledir: Birincisi, ikisi de hukuki güvenliği sağlamak üzere öngörülmüştür. İkincisi, ikisi de fonksiyondur. Yani hâkim her bir somut uyuşmazlık için ayrı bir değerlendirme yapmak durumundadır. İlkeler arasındaki farklılıklar ise kabaca şöyledir: Birincisi, haklı beklenti durumlarında -kazanılmış hakkın aksine- henüz tamamlanmış bir hukukî işlem ya da durum olmadığı için ortada doğmuş bir hak yoktur. İkincisi, haklı beklenti kavramının kullanım alanı ile kapsadığı işlem ve eylem türü daha geniştir.¹¹

Kanunların geriye yürümezliği ilkesi konu bağlamında tartışılırken ikili bir ayrıma gidilmektedir: Gerçek anlamda geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme. Gerçek olmayan geriye yürüme, “*yasa veya idarî düzenleyici işlemin, yürürlüğe girmesinden önce başlayan, ancak henüz tüm sonuçlarıyla tamamlanmamış olaylara uygulanması*” durumuna karşılık gelmektedir. Gerçek olmayan geriye yürüme, daha ziyade haklı

olduğu durumlarda haklı beklentinin doğabileceği; oysa Türk hukuk düzeninde yalnızca içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı nitelik taşımasından ötürü, haklı beklentinin de ancak bu türdeki kararlar söz konusu olduğunda kabul görebileceği söylenebilmektedir. Bununla beraber, idare açısından herhangi bir bağlayıcılık taşımayan “politika kuralları” ve “rehber kurallar”ın dahi haklı beklenti kaynağı olabileceğinin doktrinde kabul edildiği ortadayken; içtihatların evleviyetle haklı beklenti kaynağı olabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi yönde bir yaklaşım için bkz. Altındağ, s. 15-16.

⁹ Altındağ, s. 4-5, 36; Oğurlu, s. 280.

¹⁰ Hakkaniyet, “*hâkimin takdir hakkını somut olayın özelliklerine uygun olarak ve adalet ilkelerini gözetenerek kullanması*” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Erguvan, s. 1730-1731.

¹¹ Oğurlu, s. 227-229.

beklentilerin korunması ilkesi bağlamında ehemmiyet arz etmektedir.¹² Gerçek olmayan geriye yürümenin hukukîliği saptanırken terazinin iki ucundan hangisinin dağa ağır bastığına bakılmalıdır: Bir tarafta “düzenlemenin ve dolayısıyla hukukî durumunun süreceğine olan güven” bulunurken; diğer tarafta “yeni ve erteleyici olan düzenlemeyle öngörülen kamu yararı” bulunmaktadır. Eğer güven daha ağır basmaktaysa geçmişe yürüme hukukî sınırların dışına taşmış olacaktır.¹³

Her ne kadar haklı beklentinin fonksiyonel niteliğinden ötürü, somut uyuşmazlıkların hususiyetlerine göre uygulanması söz konusuysa da kavramın/ilkenin çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda bir uyuşmazlıkta haklı beklentilerin korunması ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağına saptanmasında üç aşamalı bir değerlendirme yapılmalıdır. Birinci aşamada ortada bir beklentinin mevcut bulunup bulunmadığı saptanmalıdır. Burada ilgili kişinin bir yasa, düzenleyici işlem vs.’a güvenerek kendisine bu doğrultuda muamele edileceği beklentisine girmesi söz konusudur. Örneğin, yeni düzenleme ilgililer bakımından aleyhe bir durum ortaya çıkartıyorsa bir beklenti mevcut demektir. İkinci aşamada bu beklentinin haklı, yani hukuken korunmaya değer olup olmadığı saptanmalıdır. Beklentinin haklılığı ise objektif bir niteliğe sahip olmasına (benzer koşullar altında farklı kişilerin de aynı beklenti içerisinde bulunabilecek olmaları), düzenlemeye dönük güvenin zarar doğurucu bir etkisinin olmasına ve yeni düzenlemenin öngörülemez olmasına bağlıdır. Örneğin, öngörülebilirlikle alakalı Alman Anayasa Mahkemesi, kamuoyunda birtakım tartışmaların başlamış olması yahut söz konusu alanda geçmişe dönük bir düzenleme yapılmasını gerektirecek düzeyde bir boşluk ya da belirsizlik durumunun bulunmasını bir gösterge olarak kabul etmektedir. Eğer beklentinin haklılığı saptandıysa, üçüncü aşamaya geçilecektir. Üçüncü aşamada ise haklı olduğuna hükmedilen beklentinin karşısında, bu beklentinin korunmamasına sebep olabilecek baskın bir kamu yararının bulunup bulunmadığı saptanmalıdır. Eğer yeni düzenlemenin derhal yürürlüğe girmesinden ötürü sağlanacak kamu yararı, aksi durumda sağlanacak özel yarardan baskınsa bir başka ifadeyle hukukî güvenlik ilkesinin ihlali karşısındaki kamu yararı baskınsa haklı beklentinin ihlal edildiği söylenemeyecektir. Belirtmek gerekir ki, ortada baskın bir kamu yararının bulunup bulunmadığını saptarken düzenlemenin kendisinin sahip olduğu kamu yararına, bir diğer ifadeyle düzenlemede değişiklik yapmayı gerektiren kamu yararına bakılmayacaktır. Bakılacak olan, yeni düzenlemenin etkilerini derhal göstermesindeki kamu yararındır. Diğer bir deyişle değişikliğin gerekçesi değil, beklentiye korumamanın gerekçesidir. Burada ölçülülük kavramı standart alınarak değerlendirme yapılacaktır.¹⁴

¹² Altındağ, s. 45-46.

¹³ Oğurlu, s. 53.

¹⁴ Ercan Sarıcaoğlu/ Abdullah Arıkan, “Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme V.S. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme”, C. 29, S. 2, 2021, SÜHFD, s. 1520-1525; Altındağ, s. 52, 57. Benzer şekilde AYM de bir beklentinin hukuken korunması gereken seviyeye,

Mukayeseli hukukta, bazı durumlarda hukuka aykırı idarî kararlara duyulan güvenin dahi korunabildiği örnekler görülebilmektedir. Bir başka ifadeyle hukukî güvenlik ilkesi, kimi zamanlarda hukuka aykırı durumlara dayalı güvenin dahi korunabilmesine sebep olabilecek güçte görülmektedir. Mesela Hollanda’da bu yönde kararlar mevcuttur. Burada hukuka aykırı olduğu için geri alınan bir idari işleme duyulan güvenin korunması gerektiği düşünülmekte, genellikle bu tip durumlarda bir tazminat ödenmesine hükmedilmektedir.¹⁵

II. İLGİLİ KARARLAR

Türkiye’de elektrik faturalarına dahil edilmek suretiyle tüketicilere yansıtılan dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri yoğun tartışmalara sahne olmuştur. Söz konusu bedellerin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle hem adli hem de idari yargıda tüketiciler tarafından davalar açılmıştır. Yargıtay ve Danıştay’ın vermiş olduğu çeşitli kararlar neticesinde adli yargıda tüketicilerin lehine, idari yargıda aleyhine kararlar çıkmıştır. Yargıtay, ilgili bedellerin tüketicilerden tahsil edilmesinin hukuka aykırı olduğuna hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamasını gerekçe göstererek karar vermiştir.¹⁶ Danıştay’a ise ilgili bedellerin tahsilinin dayanağı olan idari işlemin iptali için davalar açılmıştır. Danıştay ise bu bedellerin tahsil edilmesiyle elektrik piyasası faaliyetlerinin düzgün yürütülmesinin, kaliteli ve sürekli bir elektrik hizmetinin sağlanmasının temin edilmesinin amaçlandığını gerekçe göstermek suretiyle red kararları vermiştir.¹⁷

Bunun üzerine 4.6.2016 tarihli ve 6719 Sayılı Elektrik Piyasası ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la 14.3.2013 tarihli ve

yani haklı beklenti seviyesine ulaşabilmesinin koşullarını şu şekilde açıklamaktadır: “100. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından biri beklentinin haklı (meşru) beklenti seviyesine ulaşmasıdır. Haklı beklenti, bireyin kendisine güvenerek hareket ettiği, lehine olan bir kanunda öngörülemez bir değişiklik yapılması ve bu öngörülemez değişikliğin herkes yönünden objektif olarak beklenebilecek bir beklentiye sonuçsuz bırakması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gündeme gelmektedir. Ancak bir beklentinin hukuken korunabilmesi için anılan koşulların gerçekleşmesi yeterli olmayıp bu beklentinin korunmasına engel teşkil eden bir kamu yararının da bulunmaması gerekmektedir. Bu yönüyle anayasa yargısında kişi yararıyla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda ancak önemli bir kamu yararı bulunmadığında haklı beklentinin korunması kabul edilebilir. Aksi takdirde kanun koyucunun kamu yararını gerçekleştirmek üzere değişen koşullara göre yeni politikalar belirlemesi imkânı önemli ölçüde zedelenir.” Bkz. AYM, E. 2017/18, K. 2019/66, 25.7.2019.

¹⁵ Oğurlu, s. 279, 292.

¹⁶ İlgili kararlar için bkz. Yargıtay HGK, E. 2013/7-2454, K. 2014/679, 21.05.2014; Yargıtay 3. HD, E. 2015/1604, K. 2016/713, 26.01.2016; Yargıtay 3. HD, E. 2016/10358, K. 2018/3038, 27.03.2018; Yargıtay HGK, E. 2013/23-131, K. 2013/1681, 20.12.2013.

¹⁷ İlgili kararlar için bkz. Danıştay 13. D, E. 2011/692, K. 2015/1263, 31.03.2015; Danıştay 13. D, E. 2012/2166, K. 2016/1757, 17.05.2016.

6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan birisi de 6719 Sayılı Kanun'un 21. maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'un 17. maddesinde değişiklik öngören düzenlemedir. Bu değişiklik neticesinde dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri yasa koyucunun iradesiyle yasal hale getirilmiştir. Söz konusu düzenlemenin tartışmalı olan maddelerinden birisi de 6446 Sayılı Kanun'a eklenen Geçici m. 20/1 ile 17. maddede yapılan değişikliğin derdest davalara da uygulanacağını öngörülmüş olmasıdır. Bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi'nin de önüne getirilmiş olup Mahkeme ilgili düzenlemeleri Anayasa'ya uygun bulmak suretiyle iptal taleplerini reddetmiştir.

A. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN NORM DENETİMİ KARARININ ÖZETİ

AYM, ilgili kararında pek çok maddenin Anayasa'ya uygunluğunu tartışmış olup burada sadece çalışmayla ilgili olan kısım ele alınacaktır.

Öncelikle 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yapılan değişiklikler neticesinde tüketicilerden tahsil edilen -yukarıda bahsedilen- bedellerin yasal hale getirilmesi hakkında Mahkeme Anayasa'ya uygunluk kararı vermiştir. Mahkeme'ye göre kamu yararı amacı gütmekte olan bu düzenlemeler elektrik enerjisi piyasasının sağlıklı bir şekilde işlenmesini sağlamaya yönelik tedbirler kapsamında ihdas edilmiş olup bu düzenlemelerde eşitlik ilkesine aykırı bir durum da bulunmamaktadır.¹⁸ Bu çalışmada tartışılacak olan husus, söz konusu bedellerin tüketicilerden tahsil edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı değil, söz konusu değişikliğin derdest davalara da uygulanacak olmasının hukuka uygunluğu olduğundan bu kısa açıklamayla iktifa edilmiştir.

6446 Sayılı Kanun'daki Geçici 20. madde şöyledir: *“(1) Kurul kararlarına uygun şekilde tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 17 nci madde hükümleri uygulanır.”* Burada tartışmalı olan husus, bu değişikliğin derdest davalara uygulanacak olmasının kanunların geriye yürümezliği ilkesi karşısında Anayasa'ya uygun olup olmayacağı noktasında düğümlenmektedir.

AYM, kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kanunların “ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere” çıkarılabileceğini ifade etmiştir. Ancak bu ilke, ayrıkçı durumlar ihtiva etmeyen şekilde mutlak bir niteliğe sahip değildir. Mahkeme ilkeye dair ayrıkçı durumlara örnek olarak “kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi”ni göstermiştir. Devamında ilkeyle ilgili geçmiş kararlarda yapılan bir ayrıma atıf yapılmıştır: Gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme ayrımını Mahkeme, şu şekilde açıklamaktadır¹⁹:

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. 248-283.

¹⁹ 310. paragraf.

Gerçek geriye yürüme, yeni getirilen kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir.

Bir sonraki paragrafta ise yukarıda yapılan ayrımla bağlantılı olarak “kazanılmış haklara saygı ilkesi” açıklanmaktadır²⁰:

311. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden biri olup hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yeni kanundan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.

Mahkeme’ye göre ilgili bedellerin birer maliyet kalemi olarak tüketicilere yansıtılmasında bir kamu yararı vardır. Zira elektrik enerjisinin “*kaliteli, sürekli, kesintisiz bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulabilmesi için elektriğin üretiminden tüketicilere sunulması aşamasına kadar oluşan maliyetlerin karşılanması gerekmektedir*”. Kararda vurgulanan en önemli noktalardan birisi, derdest davalara uygulanacak olan ilgili düzenlemenin “*mevcut kanun hükmünün farklı yorumlanmasından kaynaklanan ihtilafları gidermek amacıyla*” yapıldığıdır.²¹ Kararın ana dayanak noktalarından birisi de “ *taraflar arasında eski kural döneminde tamamlanmış, sona ermiş bir hukuksal durum*”un mevcut bulunmayışı olmuştur. Zira hal böyleyken ortada kazanılmış bir hakkın varlığından da bahsedilemeyecektir.²² Mahkeme sonuç olarak, ortada hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir geriye yürüme olmadığına, yargı bağımsızlığını yahut eşitlik ilkesini ihlal eden bir durum olmadığına hükmetmiştir.²³

B. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARININ ÖZETİ²⁴

Başvurucu, kayıp kaçak ve sair bedellerin kendisinden tahsil edilmesinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla adli yargıda istirdat davası açmış, ilk derece mahkemesi de başvurucu lehine bir karar vermiştir.

²⁰ 311. paragraf.

²¹ 316-317. paragraf.

²² 318. paragraf.

²³ 323-324. paragraf.

²⁴ Bu başlık altında Mahkeme’nin *Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. LTD. ŞTİ.* (B. 2017/36736, 19/9/2018) kararı incelenecek olup, daha sonra konuyla ilgili vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında söz konusu karardan ayrıldığı söylenebilecek dikkate değer bir farklılığa rastlanmamıştır.

Yargıtay ise ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı daha sonra yürürlüğe girmiş bulunan mevzuat hükümlerini gerekçe göstermek suretiyle bozmuştur. Akabinde ilk derece mahkemesi davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermiş ve Yargıtay da bu karar onanmıştır. Bunun üzerine de başvuru, “*yargılama aşamasında yürürlüğe giren kanun hükmünün aleyhe sonuç doğuracak şekilde uygulanması nedeniyle*” mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.²⁵

AYM, mülkiyet hakkına dönük söz konusu müdahalenin kanunilik şartını taşıdığını söylemektedir. Devamında ise kayıp kaçak ve sair bedellerin tahsiline ilişkin kanuni düzenlemenin iki meşru amacından bahsetmektedir. Birincisi, elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilere sunulmasını sağlayacak bir elektrik piyasasının oluşmasındaki kamu yararadır. İkincisi ise yargı kolları arasındaki farklılıkların giderilerek hukuki güvenliğin sağlanması bakımından meşru bir amacın olmasıdır.²⁶ Mahkeme'nin üzerinde asıl durduğu nokta, mülkiyet hakkına dönük müdahalenin ölçülülük şartını sağlayıp sağlamadığı hususu olmuştur.

Başvuru, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı bağlamında tüketiciler lehine sonuçlanacağı açık olan davaların yapılan kanuni düzenleme neticesinde lehe sonuçlanmasının önüne geçildiğini ileri sürmektedir. AYM ise Yargıtay'ın tüketiciler lehine karar verdiğinin açık olduğunu kabul etmekle beraber Danıştay'ın kayıp kaçak ve sair bedellerin tahsilinin dayanağı olan idari işlemlerin iptali için açılan davalar hakkında red kararı verdiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda varılan sonuç şu şekilde olmaktadır: “*Bu itibarla kayıp kaçak bedelinin tahsilinin usulsüz olduğu ve bu bedelin istirdadı talebiyle açılan davaların tüketiciler lehine kesin olarak sonuçlanacağına hukuk düzeni içinde hiçbir duraksamaya yer olmadan kabul edildiğinden söz etmek mümkün değildir.*”²⁷ Nitekim kanun koyucunun amacı da yargı kolları arasındaki bahsedilen farklılığı gidermek suretiyle hukuki güvenliği sağlamak olarak yorumlanmaktadır.²⁸

Konunun düğümlendiği temel nokta, tüketiciler bakımından bir “haklı beklenti”nin varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceğidir. AYM, haklı beklenti şartlarının oluşmadığını şu şekilde izah etmektedir:

74. İdare tarafından tahsil edilen kayıp kaçak bedelinin tüketicilere iadesi hususunda uygulamada bir belirsizlik bulunduğu ve farklı yargı kolları arasında açık ve istikrarlı bir uygulama bulunmadığından adli yargı yerinde açılan davaların mutlak surette lehe sonuçlanması yönünde haklı bir beklentiden söz etmek mümkün değildir. Bu hâlde, uygulamada birliği sağlamayı amaçlayan kanuni düzenlemenin, yürürlüğe girdiği

²⁵ Başvuru ayrıca “lehe nispi vekâlet ücreti yerine maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi nedeniyle” mahkemeye erişim hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiş olmakla beraber, çalışmanın ana bağlamıyla ilgili olmaması sebebiyle başvurunun bu kısmına değinilmeyecektir.

²⁶ 58-68. paragraf.

²⁷ 72. paragraf.

²⁸ 73. paragraf.

tarihte mevcut uyumsuzlıklara uygulanmasının haklı ve makul bir nedeni olduğunun kabulü gereklidir.

Mahkeme, sonuç olarak, mülkiyet hakkına dönük müdahalenin başvuruca aşırı bir külfet yüklediğine, amaçlanan kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki adil dengenin bozulmadığına hükmetmiştir.²⁹

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne çalışmanın konusu bağlamında bir başvuru yapılmıştır. Buna göre başvuru elektrik faturasına yansıtılarak kendisinden tahsil edilen kayıp kaçak ve sair bedellerin iadesine ilişkin açmış olduğu dava devam ederken yapılan kanuni müdahale neticesinde davasının reddedildiğini, bundan ötürü de kazanılmış haklarının ve hukuki kesinlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Diğer iddialar ise yine bu kanuni düzenleme ile mahkemelerin bağımsızlığının, ayrımcılık yasağının ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine dairdir.³⁰ AİHM, konuyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesi kapsamında incelemiştir.³¹

AİHM, adil yargılamanın ihlal edilmediğine ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir. Kararda vurgulanan temel nokta, adli ve idari yargı kolları arasındaki yaklaşım farklılığı olmuştur. Buna göre kanuni düzenlemenin/müdahalenin temel amacı bahsedilen derin ihtilafı ortadan kaldırmaktır. Bir başka ifadeyle söz konusu kanuni düzenleme kamu yararının açık ve zorlayıcı bir gerekçesine dayanmaktadır. Mahkeme, başvuruca kanun koyucunun müdahalesini öngörmesi gerektiğini ve hatta bu müdahaleyi beklemesi gerektiğini de ifade etmiştir. Kararda ayrıca, başvuruca Yargıtay'ın 21 Mayıs 2014 tarihli kararından sonra Ocak 2015'te dava açmış olmasının da altı çizilmektedir. Bu bağlamda başvuruca amacı hakkında bir değerlendirme yapılmış ve "bir tür *forum shopping*" (davayı en lehe kararı vereceği düşünülen mahkemede açmak) yapıldığı tespiti yapılmıştır.³²

²⁹ 75. paragraf.

³⁰ 44-47. paragraf.

³¹ Maddenin kararda da zikredilen ilgili bölümü şöyledir: "1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."

³² 54-64. paragraf.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN HAKLI BEKLENTİLERİN KORUNMASI İLKESİ KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMI

A. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN HAKLI BEKLENTİ HAKKINDAKİ KARARLARININ TARİHSEL SÜRECİ

Anayasa Mahkemesi, 2008 yılına kadar vermiş olduğu kararlarında kanunların geriye yürümezliği ilkesini yalnızca “kazanılmış hak” bağlamında ele almıştır. Eğer ortada geriye yürürlü bir kanunî düzenleme varsa bunun başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere Anayasa'ya uygun olup olmadığını değerlendirirken ilgili kişiler lehine bir kazanılmış hak durumu ortaya çıkıp çıkmadığına bakmıştır. Bir diğer ifadeyle, “gerçek olmayan geriye yürüme” durumlarını Anayasa'ya aykırı görmemiştir.³³ Bununla beraber Mahkeme'nin 2008 yılı itibarıyla konuya dair yaklaşımında bir yeniliğe gittiği görülmektedir. Mahkeme, “haklı beklenti”/ “beklenen hak” kavramına -lafzî olarak olmasa da içerik itibarıyla- ilk kez 2008 yılında vermiş olduğu bir kararda³⁴ atıf yapmıştır. Sonrasında 16.07.2010 ve 17.03.2011 tarihlerinde verdiği kararlarında³⁵ ise “gerçek olmayan geriye yürüme” durumu teşkil eden yasa hükümlerini, bu kavrama -lafzî olarak da- atıf yapmak suretiyle iptal etmiştir. Söz konusu kararlarda haklı beklentilerin korunması ilkesinin içeriği, şartları ve kapsamıyla ilgili detaylı açıklamalarda bulunulmadığı söylenebilir. Söz konusu “eksiklik” sonraki kararlarda telafi edilmiştir.³⁶

2011'deki bir başka kararda³⁷ ilgili düzenleme hukuk güvenliği ilkesine aykırı olması üzerinden Anayasa m. 2'ye aykırı görülerek iptale hükmedilmiştir. İlgili düzenleme, henüz tahsil edilmemiş kamu alacaklarının tahsilinde sorumluluk hükümlerini genişleten (ilgili bireylerin sorumluluklarını arttıran ve müteselsil sorumluluk getiren) bir

³³ Mahkeme, 2008'den önce vermiş olduğu kararlarında açık bir şekilde hukuk devleti ilkesi ile kazanılmış haklara saygı ilkesi arasında bir rabıta kurmayla yetinmiştir. Örneğin, bir kararında (E. 1999/50, K. 2001/67, 3.4.2001) şöyle söylemektedir: “*Ote yandan, “kazanılmış hak”, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Bu nedenle, dava konusu 1. madde kazanılmış hakları ihlâl etmediğinden hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturmamaktadır.*” Yine başka bir kararında da (E. 2003/36, K. 2003/91, 15.10.2003) benzer bir yaklaşım sergilemiştir: “*Kazanılmış hakkın ihlâl edildiğinin kabul edilebilmesi için öncelikle kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş bir hakkın bulunması gerekir. Dava dilekçesinde de böyle bir haktan değil bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen hakların ihlâlinden söz edilmektedir. Henüz kişisel bir hak haline dönüşmemiş ileriye dönük beklenen haklar, kazanılmış hak olarak kabul edilemeyeceğinden Geçici 2. maddesinin ikinci fıkrası hukuk devleti ilkesine aykırı görülmemiştir.*”

³⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2005/38, K. 2008/53, 07.02.2008.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2010/29, K. 2010/90, 16.7.2010; Anayasa Mahkemesi, E.2010/106, K.2011/55, 17.03.2011.

³⁶ Erguvan, s. 1726-1728; Sarıcaoğlu/ Arıkan, s. 1525, 1527.

³⁷ E. 2009/39, K. 2011/68, 28.4.2011.

içeriğe sahiptir. Oysa kamu alacağını doğuran olay, henüz tahsilat yapılmış olmasa dahi gerçekleşmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla ortada geriye yürütülen bir kanun vardır. Oysa kanunların geriye yürümezliği ilkesi bağlamında sonradan çıkan bir kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmayacağı açıktır. Mahkeme, ilgili düzenlemeden beklenen kamu yararının, kamu alacaklarında daha hızlı ve daha yüksek oranda tahsilat yapılmasının sağlanması olduğuna kabul etmekle beraber; ilgili kişilerin geçmişe dönük sorumluluklarının arttırılmasının bireylerin hukuka olan güven duygusunu zedeleyeceğini ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Bu kararda vurgulanması gereken noktalardan birisi, başka bazı kararlarda görülecek olan “gerçek geriye yürüme” ve “gerçek olmayan geriye yürüme” ayrımı üzerinden bir değerlendirme yapılmamış olmasıdır. Bu bağlamda Mahkeme’nin hangi koşullarda bu ayrım üzerinden değerlendirme yapıp, hangi koşullarda yapmadığının da Mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

AYM, 2012’deki bir kararında³⁸ ortaöğretim başarı puanının hesaplanmasında mezun olunan okulun ağırlık puanının da hesaba dâhil edilmesini öngören sistemin değiştirilmesine dair kanunî düzenlemenin Anayasa’ya uygunluğunu tartışmıştır. Buradaki iddia, Seviye Belirleme Sınavında (SBS) başarılı olup Anadolu, Fen ve Sosyal Bilimler Liselerini kazanarak yükseköğretime girişte ek puan almaya hak kazanan öğrencilerin kazanılmış haklarının ihlal edildiği, zor koşullara ve ağır müfredata sahip bu liselerde okuyan öğrencilerle diğer liselerde okuyan öğrencilerin durumlarının eşitlenmesi suretiyle hukukî güvenlik ilkesinin ihlal edildiğidir. Kararda öncelikle ortada bir kazanılmış hakkın bulunmadığı ifade edilmiştir.³⁹ Bununla beraber hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından biri olan hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği olarak kişilerin haklı beklenti seviyesine ulaşan beklentilerinin korunması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁰ Beklentinin haklı beklenti seviyesine ulaşp

³⁸ E. 2012/65, K. 2012/128, 20.9.2012.

³⁹ “Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımadığından, 6287 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce ortaöğretimde okuyan kişilerin, yükseköğretime giriş sınavında dikkate alınması gereken ortaöğretim başarı puanının hesaplama yöntemi yönünden kazanılmış haklarından söz edilebilmesi olanaklı değildir.”

⁴⁰ “Diğer taraftan, hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği 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. Kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere giren bireyin, bu kanunların uygulanacağı yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması gerekmektedir. Ancak, hukuki güvenlik ilkesi, her türlü beklentinin korunmasını zorunlu kılmaz.”

ulaşmadığını saptarken kullanılacak ölçüt ise “hakkaniyet” olmaktadır.⁴¹ Somut uyuşmazlık bağlamında tartışmanın odak meselesi, “*dava konusu kuralın yürürlüğe girdiği tarihte lisede okuyanların, önceki sistemin uygulanacağı yolundaki beklentilerini korumamış olmasının hakkaniyet ölçütüyle bağdaşıp bağdaşmadığının tespiti*” olmaktadır. Nitekim AYM, yapmış olduğu değerlendirmede söz konusu beklentinin karşısında baskın bir kamu yararının varlığını saptamak suretiyle iptal istemini reddetmiştir.⁴²

Yine 2012 yılında, yukarıda atfı yapılan karardan yaklaşık bir ay sonra verilen başka bir kararda⁴³, Anayasa m. 2 bağlamında hukuk güvenliği ilkesine referans yapılmak suretiyle ilgili düzenlemenin iptaline hükmedilmiştir. Davanın konusunu teşkil eden 17.6.2010 günlü, 5998 sayılı Belediye Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un geçici 1. maddesi şu şekildedir: “*Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yargı mercilerinde açılmış ve henüz kesin hükme bağlanmamış davalarda bu Kanun hükümleri uygulanır. Ancak bu Kanunla getirilen değişik hükümlerin uygulanması nedeniyle haksız çıkan tarafa harç, yargılama gideri ve avukatlık ücreti yükletilemez.*” Mahkeme’ye göre dava konusu kural ile kişilerin aleyhine olabilecek durumlar ayırt edilmeksizin, yani subjektif hakları olumsuz yönde etkilenenler ayırık tutulmaksızın ilgili düzenlemenin geçmişe etkili olarak uygulanması ve haksız çıkan tarafa ilgili masrafların yükletilemeyeceğinin kabul edilmesi subjektif hakları ihlal etme niteliğine sahip olduğundan ötürü hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmektedir.

2013’teki bir kararda⁴⁴ haklı beklenti kavramı lafzi olarak kullanılmasa da hukuk güvenliği ilkesi üzerinden iptale hükmedilmiştir. Yapılan itirazda “*önceki kurala göre 10 yıl hizmet süresini tamamladıktan sonra istifa eden ve yaş koşulunu sağlayacağı tarihi bekleyerek emeklilik hakkını kazanacağını düşünen ve bu düşünceyle memuriyete girenlerin bir kısmının itiraz konusu kural nedeniyle, emekli olma olanağını kaybettiği*” iddia edilmiştir. AYM ise önceki düzenlemeye güvenen bazı kişilerin, emeklilik hakkı

⁴¹ “*Hakkaniyet, Medeni Kanun’da düzenlenmiş olup, hâkime takdir hakkı tanınan durumlarda, hâkimin bu takdir hakkını somut olayın özelliklerine uygun olarak ve adalet ilkelerini gözeterek kullanması anlamına gelmektedir. Her ne kadar hakkaniyet kavramı daha çok medeni hukuk alanında işlense de aynı zamanda hukukun genel bir ilkesi olduğundan, anayasa yargısında da dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu da tıpkı mahkemeler gibi takdir yetkisi kullanırken hakkaniyeti gözetmekle yükümlüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuk devleti ilkesini tanımlarken ‘hakkaniyet ölçütünün gözetilmesini’ hukuk devletinin unsuru olarak saymaktadır.*”

⁴² “*Kanun koyucu tarafından, meslek liselerine yönelimi azalttığı ve adaletsiz sonuçlar doğurduğu değerlendirilen katsayı uygulamasına son verilmesi amacıyla dava konusu kuralın ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Kuralın, adil olmadığı düşünülen önceki yükseköğretime giriş sınav sisteminin değiştirilmesi amacıyla ihdas edildiği gözetildiğinde, 6287 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 11.4.2012 tarihinde lisede okuyan öğrencilerin, önceki sistemin uygulanacağı yolundaki beklentilerinin korunmamasının hakkaniyete aykırı düşmediği ve bu beklentinin meşru beklenti seviyesine ulaşmadığı sonucuna varılmıştır.*”

⁴³ E. 2010/82, K. 2012/159, 18.10.2012.

⁴⁴ E. 2012/147, 2013/78, 18.6.2013.

ortadan kalkmış olmasa bile bu hakkın kullanımının oldukça güçleşmiş olmasından ötürü hukuk güvenliği ilkesi bağlamında Anayasa m. 2'ye aykırılık oluştuğu gerekçesiyle iptal kararı vermiştir.

Mahkeme, 2014'teki bir kararında⁴⁵ ise bu defa haklı beklentilerin korunması ilkesi bağlamında uyuşmazlık konusu düzenlemeyi iptal etmiştir. Uyuşmazlık konusu kurallar marifetiyle “*kuralların yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyelerinin, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirmeleri, bu süre içinde faaliyetlerini sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişkilerinin kesileceği ve istifa etmiş sayılacakları*” hüküm altına alınmıştır. Somut uyuşmazlık bağlamında kararda yürütülecek olan tartışmanın odak noktası ise ilgili öğretim üyelerinin önceki sistemin uygulanacağı yönündeki beklentilerinin korunmamış olmasının hakkaniyet ölçütüyle bağdaşıp bağdaşmadığının tespit edilmesi olmuştur. Nitekim Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede ilgili öğretim üyelerinin önceki sistemin devamı hususunda oluşan beklenti üzerine planladıkları faaliyet ve çalışmalarını ilgili düzenlemeler gereği sona erdirmek zorunda bırakılmalarının, sona erdirmedikleri takdirde de istifa etmiş sayılacakları yahut ilişkilerinin kesileceklerinin öngörülmesinin hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa m. 2'ye aykırılık dolayısıyla iptal kararı vermiştir.⁴⁶

2019'daki bir kararda⁴⁷ ise harp okulları, fakülte ve yüksekokullar ile astsubay meslek yüksekokullarında öğrenimine devam etmekte olan öğrencilerin YÖK tarafından durumlarına uygun fakülte ve yüksekokullara naklen kaydedilmesini öngören kural tartışılmıştır. Mahkeme'ye göre bu okullarda öğrenimine devam eden öğrencilerin muvazzaf subay veya astsubay olarak atanmalarına yönelik ileriye dönük bir beklenti içerisinde olduğunda şüphe yoktur. Ancak bu yöndeki

⁴⁵ E. 2014/61, K. 2014/166, 7.11.2014.

⁴⁶ “Yargı kararları sonrası tam zamanlı çalışan öğretim üyeleri, mesai saatleri sonrası serbest olarak çalışabilecekleri yönünde oluşan kanaat ve beklenti nedeniyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planlamış, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirlemişlerdir. Öğretim üyelerinin var olan durumun devam edeceğine dair oluşan beklenti ve kanaat nedeniyle planladıkları faaliyet ve çalışmaları ile bunlar gereğince yaratılan hukuki durumlarını dava konusu kurallar gereğince sona erdirmek zorunda olması, aksi hâlde haklarında insan hayatında çok önemli bir hukuki sonuç doğuran istifa etmiş sayılma veya ilişik kesme işlemlerinin uygulanması hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle söz konusu öğretim üyeleri için yargı kararlarına güvenerek mesai sonrası çalışma ve faaliyette bulunmaları bu statünün kazanılmış hak olarak değerlendirilmesini olanaklı kılmaya da bu statülerin belli bir süre devam edeceğine ilişkin meşru bir beklenti oluşturduğu ve bu beklentinin hukuki güvenlik ilkesi gereğince korunması gerektiğinin kabulü gerekir. Ayrıca kanun koyucunun aynı konuyla ilgili pek çok kanun çıkarmış olması da söz konusu öğretim üyelerinin hukuki durumları bakımından belirsiz bir durum yaratmış ve duraksamalara neden olmuştur. Dolayısıyla dava konusu kurallar hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerine aykırıdır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.”

⁴⁷ E. 2017/18, K. 2019/66, 25.7.2019.

beklentilerin askerî eğitim ve personel hazırlama sisteminde değişiklik yapılmasına engel teşkil edeceği de söylenemeyecektir. Nitekim bahsedilen değişiklik de 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra millî güvenlik, demokratik anayasal düzen ve kamu güvenliğinin sağlanması ve korunmasını sağlamak amacıyla yapılmıştır. AYM'nin burada dikkat ettiği husus, ilgili kişilerin kanunun yürürlükte kalmaya devam edeceği yönündeki güvene dayalı beklentileri ile bu güvene dayalı olarak ortaya çıkabilecek zararların mümkün olduğunca dengeleyecek güvencelere yer verilip verilmediği olmuştur. Bu bağlamda YÖK'ün ilgili öğrenciler için nakil işlemi yapacağına öngörülmesini bahsedilen durumu dengeleyecek bir güvence olarak telakki etmiştir. Yine demokratik anayasal düzenin korunmasına dair güdülen amacın bireylerin geleceğe dönük bireysel beklentileri karşısında baskın bir kamu yararına karşılık geldiği de vurgulanmıştır. Neticede de haklı beklentilerin korunması ilkesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁴⁸

AYM, bazı bireysel başvuru kararlarında da haklı beklenti kavramını tartışmıştır. Bu yöndeki kararlar daha ziyade mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına ilişkindir. Mülkiyet hakkı, kural olarak halihazırda mevcut bulunan mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvence olmasına; bir başka ifadeyle gelecekte elde edileceği iddia edilen kazançları korumamasına rağmen haklı beklenti teşkil eden durumlar bu genel kuralın bir istisnası olarak kabul edilmiştir. Nitekim böyle bir bireysel başvuru kararında mahkemece haklı beklenti kavramı şöyle tanımlanmıştır:

37. Yukarıdaki hususun istisnası olarak belli durumlarda, bir “ekonomik değer” veya icrası mümkün bir “alacak” iddiasını elde etmeye yönelik “meşru bir beklenti”, Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir. Meşru beklenti, makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir iddianın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklentidir. Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece ulusal hukukta mülkiyet hakkı kapsamında savunulabilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir. (Bu konudaki AIHM kararları için bkz. *Kopecky/Slovakya*, B. No: 44912/98, 28/9/2004, § 52; *Saghinadze/Gürcistan*, B. No: 18768/05, § 103, 27/5/2010; *SA Dangeville/Fransa*, B. No: 36677/97, 16/4/2002, §§ 44-45).⁴⁹

Erguvan'ın AYM kararlarından mülhem, haklı beklenti kavramına dair yaptığı tanım şu şekildedir:

Buna göre, haklı beklentiler, kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren bireylerin, gerek içinde buldukları statünün kurallarının belirli bir süre devam edeceği, gerekse bir hakka veya statüye ulaşabilecekleri konusunda, somut olayın özellikleri

⁴⁸ Bkz. 101-106. paragraf.

⁴⁹ AYM Birinci Bölüm, Kemal Yeler ve Ali Çelebi Başvurusu, B. 2012/636, 15.04.2014.

çerçevesinde adaleti sağlamak üzere (yani hakkaniyeti sağlamak üzere), üstün bir kamu yararı aksini gerektirmediği sürece hukuken korunması gereken beklentileridir. Bu tanım, bizim AYM kararlarından çıkardığımız bir tanımdır. Buna göre, mahkeme aslında hakkaniyet gereği yeni yasanın derhal uygulanmasının yumuşatılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. O halde bu tanıma göre, hem kazanılmış hakların devam edeceği beklentisi hem de bir hakka ulaşma beklentisi, haklı beklenti kavramı içine kanımızca dahil olmaktadır ya da olabilmektedir.⁵⁰

Mahkeme'nin haklı beklentilerin korunması ilkesiyle ilgili yaklaşımının yıllar içerisindeki değişimi/gelişimi aktarılmaya çalışıldı. Aşağıda ise bu konuya dair yaklaşımının genel bir çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN HAKLI BEKLENTİYE DAİR YAKLAŞIMI KONUSUNDA KARARLARINDAN ÇIKAN GENEL SONUÇ

Türk pozitif hukukunda doğrudan yer almayan haklı beklentilerin korunması ilkesi, mukayeseli hukuktaki örneklerde de görüldüğü şekliyle, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa m. 2'de yer alan hukuk devleti ilkesi bağlamında ele alınmaktadır. Hukuk devleti-hukuk güvenliği-haklı beklenti kavramları arasındaki ilişki Anayasa Mahkemesi tarafından şöyle açıklanmaktadır:

98. Hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelere biri hukuk güvenliği ilkesidir. Hukuk güvenliği 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. Kanunlara güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere giren bireyin bu kanunların uygulanmasına devam edileceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir.

99. Ancak bu husus, mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında değerlendirilmemelidir. Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hâle getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun çağın gerisinde kalmasına neden olabilir. Bu nedenle kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen kurallar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevine giriş koşullarıyla ilgili olarak da kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir ve bu değişiklikler kişilerin beklentilerini etkileyebilir.⁵¹

Yine aynı kararında Mahkeme'nin bir beklentinin "haklı beklenti" seviyesine ulaşmasının ön şartları şu şekilde izah edilmektedir:

⁵⁰ Erguvan, s. 1733.

⁵¹ E. 2017/18, K. 2019/66, 25.7.2019.

100. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından biri beklentinin haklı (meşru) beklenti seviyesine ulaşmasıdır. Haklı beklenti, bireyin kendisine güvenerek hareket ettiği, lehine olan bir kanunda öngörülemez bir değişiklik yapılması ve bu öngörülemez değişikliğin herkes yönünden objektif olarak beklenebilecek bir beklentiye sonuçsuz bırakması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gündeme gelmektedir. Ancak bir beklentinin hukuken korunabilmesi için anılan koşulların gerçekleşmesi yeterli olmayıp bu beklentinin korunmasına engel teşkil eden bir kamu yararının da bulunmaması gerekmektedir. Bu yönüyle anayasa yargısında kişi yararıyla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda ancak önemli bir kamu yararı bulunmadığında haklı beklentinin korunması kabul edilebilir. Aksi takdirde kanun koyucunun kamu yararını gerçekleştirmek üzere değişen koşullara göre yeni politikalar belirlemesi imkânı önemli ölçüde zedelenebilir.⁵²

AYM'ye göre haklı beklentinin kaynağı yalnızca kanun hükmü olmayıp, yargısal içtihatlar da bu yönde kaynaklık teşkil edebilecektir:

Haklı beklenti; makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir iddianın doğurduğu, mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklentidir.⁵³

Hukuk güvenliği ilkesi bağlamında tartışılan kazanılmış haklara saygı ilkesi ile haklı beklentilerin korunması ilkesi arasındaki farklılıkların belirlenmesi oldukça önemlidir. Mahkeme'ye göre:

95. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri, kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kamu görevlilerinin kazanılmış hakları, istihdam türüne bağlı olarak tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardır. Objektif ve genel hukuksal durumun şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya kanuna aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır. Bu nedenle bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar kazanılmış hak kapsamında değerlendirilmez.

96. Kişilere belirli haklar sağlayan hukuk kurallarının muhataplarında bir beklentiye yol açması mümkündür. Hak beklentisi, bir kişinin mevcut kurallar uyarınca bir hakkı elde etme beklentisini ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen koşulları taşıyan kişilerin o kuralın ilişkin olduğu hakkı hukuken ve fiilen elde etmeleri, kendileri yönünden kazanılmış hak oluşturmakla birlikte henüz bu hakkı kazanmamış kişilerin de söz konusu hakkı elde etme noktasında bir beklenti içinde

⁵² E. 2017/18, K. 2019/66, 25.7.2019.

⁵³ E. 2020/13, K. 2020/68, 12.11.2020.

olmaları olağandır. Kişilerin hukuka güveni, hukuk devleti yönünden önemli olup kişilerin bu güveninin yine hukuk tarafından korunması asıdır ve bu koruma, hukukî güvenlik ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Hukuk güvenliği 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.

97. Kişilerin mevcut kurallar çerçevesindeki tüm beklentilerinin mutlak suretle hukuken korunması ise kuralların değişmezliğine yol açabileceği gibi kuralların değiştirilmesini anlamsız kılacak sonuçlara da yol açabilecektir. Oysa hukuk, toplumun değişimine ve gelişimine koşut olarak değişime açık ve yaşayan bir varlıktır. Bu nedenle her değişiklikte olduğu gibi kişilerin değişen kurallardan etkilenmesi söz konusu olabilir. Bir kuralda yapılan değişikliğin kişilerin elde etmeyi bekledikleri haklara etkisinin saptanmasında, söz konusu kuralın değiştirilme gerekçelerinin de gözetilmesi zorunludur. Bu anlamda değiştirilen kuralın, beklenen hakların yanı sıra kazanılmış haklar yönünden dahi etkili olabileceği de belirtilmelidir. Kamu düzeni, genel sağlık gibi haklı nedenlerle daha önce elde edilmiş bir hakkın kullanımını yönünden getirilen ek koşulların mevcut hak sahipleri yönünden gözetilebilmesi de mümkündür.

98. O hâlde her beklentinin hukuken korunmasının söz konusu olmadığı öncelikle belirtilmesi zorunludur. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından birini haklı beklenti seviyesine ulaşması oluşturmaktadır. Haklı beklentinin tespitinde ise kişilerin bu hakkı elde etmeye ne kadar yakın olduklarının ve kural değişikliğinin bu hakkın elde edilmesine etkilerinin, kural değişikliğine neden olan gerekçelerin gözetilmesi gerekir. Bu kapsamda kuralda gerçekleşen değişiklik sonucu ilgililerin bu haktan mahrum kalıp kalmadıkları ya da söz konusu değişikliğin bu hakkı elde etmeleri yönünden zorlaştırıcı bir etkisi olup olmadığı da dikkate alınır. Haklı beklentinin var olup olmadığı, yapılan bu inceleme sonucunda tespit edilir. Bazen de kişinin haklı beklentisi, kişiye mutlak olarak eski kuralın bir hak kazandırmasını değil ancak yeni kurala geçiş sürecinde özellikli konumunun gözetilerek farklı ve geçici bir düzenleme yapılmasını gerekli kılabilir.⁵⁴

Haklı beklenti kavramının fonksiyonel niteliği, kavramın soyut düzlemde somut düzleme aktarılma aşamasında somut uyumsuzlukların hususî karakterlerinin de dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. AYM'nin bir beklentinin haklı olup olmadığını belirlemek için "*hakkaniyet*" ölçütünü kullanması da bu yönde düşünülmelidir:

Diğer taraftan, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan hukuk güvenliği 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. Kanunlara güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların

⁵⁴ E. 2016/133, K. 2017/155, 15.11.2017.

uygulanmasına devam edileceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir. 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.

Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesi için, meşru (haklı) beklenti seviyesine ulaşması gerekmektedir. Beklentinin meşru olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ölçüt, "*hakkaniyet*"tir. Hakkaniyet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olup hâkime takdir yetkisi tanınan durumlarda, hâkimin bu takdir yetkisini somut olayın özelliklerine uygun olarak ve adalet ilkelerini gözeterek kullanması anlamına gelmektedir. Hakkaniyet kavramı, hukukun genel bir ilkesi olduğundan, anayasa yargısında da dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu da tıpkı mahkemeler gibi takdir yetkisi kullanırken hakkaniyeti gözetmekle yükümlüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuk devleti ilkesini tanımlarken "*hakkaniyet ölçütünün gözetilmesini*" hukuk devletinin unsuru olarak saymaktadır.⁵⁵

Hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği olan kanunların geriye yürümezliği ilkesi ve bu ilkenin istisnaları Mahkeme'ce şöyle izah edilmektedir:

Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kamu yararı ve kamu düzeni, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında kanunlar, *ilke olarak* yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Ancak, kanun koyucunun kişilerin lehine yeni haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olarak yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğunda kuşku yoktur.⁵⁶

Mahkeme, kanunların geriye yürümezliği ilkesi bağlamında "gerçek geriye yürüme" ve "gerçek olmayan geriye yürüme" ayrımını yapmakta, bu ayrım üzerinden kazanılmış haklara saygı ilkesi ve kanunların geriye yürümezliği ilkesindeki ilişkiyi şöyle açıklamaktadır:

Gerçek geriye yürüme, yeni getirilen kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir. (...) Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği

⁵⁵ E. 2014/61, K. 2014/166, 7.11.2014.

⁵⁶ E. 2010/82, K. 2012/159, 18.10.2012.

ve *hukuk güvenliğini zedelediği sürece* bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.⁵⁷

Mahkeme'nin kanunların geriye yürümezliği, kazanılmış haklara saygı, haklı beklentilerin korunması, kanunların derhal uygulanması ilkeleri arasındaki ilişkiyi açıklığa kavuşturma konusunda birtakım sorunlar yaşadığını söylemek mümkündür. Öyle ki AYM, bazı kararlarında kanunların geçmişe yürümezliği, hukuki güvenlik vs. ilkelerini sadece kazanılmış hak bağlamında ele alıyor gibi gözükmektedir. Bir diğer ifadeyle, ortada kazanılmış bir hak mevcut değilse kanunların geriye yürüyebileceği varsayımı üzerinden hareket ettiği yönünde bir intiba uyanmaktadır. Bu tip kararlarda haklı beklentilerin korunması ilkesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı da tabiatıyla tartışma konusu yapılmamaktadır. Oysa bir önceki paragrafta atıf yapılan kararda altı çizilmiş olan "*hukuk güvenliğini zedelediği sürece*" şerhi son derece önemlidir. Bu bağlamda Mahkeme'nin konuyla alakalı yaklaşımı şu şekilde özetlenebilir: (I) Eğer ortada bir kazanılmış hak varsa kanunlar geçmişe yürüyemeyecektir. (II) Kazanılmış hak durumu yoksa kanunlar geçmişe yürüyebilecektir, ki bu aslında "gerçek olmayan geriye yürüme" anlamına gelmektedir. Burada işleyecek olan, kanunların derhal uygulanma ilkesidir.⁵⁸ (III) Ancak bazı durumlar vardır ki, bu durumlar ortaya çıktığında kanunların derhal uygulanması ilkesi uygulanmayacaktır. İşte bunlar haklı beklenti durumlarıdır. (IV) Dolayısıyla kazanılmış hak olmadığı, yani gerçek olmayan geçmişe yürüme olan durumlarda *asıl* ilke haklı beklentilerin korunması ilkesi değil, kanunların derhal uygulanma ilkesi olmaktadır. Yani çizilen bu tabloda yukarıda atıf yapılan kararın son cümlesindeki "*hukuk güvenliğini zedelediği sürece*" şerhi anlamını yitirmiş olmaktadır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İLGİLİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi, kanunların geriye yürümezliği ilkesini değerlendirirken 2008 yılı öncesinde sadece kazanılmış haklara saygı ilkesi bağlamında bir tartışma yürütürken, 2008 yılı sonrasında bakış açısını genişletmiş, mukayeseli hukuktan ve AIHM içtihatlarından da faydalanmak suretiyle haklı beklentilerin korunması ilkesini de tartışma bağlamına dahil etmiştir. Bununla beraber Mahkeme'nin haklı beklenti kavramının kapsamını, içeriğini ve şartlarını sarıhleştirme anlamında kat etmesi gereken yollar olduğu da ortadadır. Nitekim bazı kararlarında haklı beklenti kavramını konu bağlamında tartışmaya dahil ederken, bazı kararlarında dahil etmemektedir. Yani bazı kararlarında, ortada kazanılmış bir hak mevcut değilse kanunların geriye yürüyebileceği

⁵⁷ E. 2016/150, K. 2017/179, 310-311. paragraf.

⁵⁸ *Kanunların derhal uygulanması ilkesi*, aslında yeni kanunun yalnızca yeni vakalar hakkında uygulanacağını imlemektedir. Ancak biz burada AYM'nin ilkeyi dolaylı yoldan farklı şekilde içeriklendirdiğini iddia etmekteyiz. Yani ilke adeta yeni kanunun bitmiş olmayan bütün olay, işlemlere vs. uygulanacağı şeklinde yorumlanmaktadır.

şeklinde kabaca tarif edilebilecek bir yaklaşım sergilemekte; kazanılmış hak olmamakla birlikte hukukî güvenlik ilkesi bağlamında korunması gereken bir haklı beklentinin mevcut bulunup bulunmadığı tartışma konusu yapılmamaktadır. Bu tip kararlarından birisi de bu çalışmanın odak noktasını oluşturan ilgili norm denetimi kararıdır. İlgili kararda ortada kazanılmış bir hak mevcut bulunmadığından ötürü hukukî güvenlik ilkesini ihlal eden bir geriye yürüme olmadığını söyleyerek iptal talebini reddetmiştir. Oysa kazanılmış hak olmaması açık olmakla birlikte korunması gereken bir haklı beklenti olup olmadığı tartışma konusu yapılması gerekirdi. Nitekim karşıoy yazısında *Hasan Tahsin Gökcan* ve *Celal Mümtaz Akıncı* da haklı beklenti kavramı üzerinden konuyu ele almıştır. Kararda en azından haklı beklenti kavramının neden tartışılmadığı açıklanması gerekirdi.

Bu başlık altında ilgili uyuşmazlıkta korunması gereken bir haklı beklentinin mevcut olup olmadığı tartışılırken, AYM'nin diğer kararlarındaki yaklaşım biçimleri de tabiatıyla bir referans noktası olarak alınacaktır. Ancak peşinen belirtmek gerekir ki, aynı konuyla ilgili görülen diğer kararlar bir yere kadar yol gösterici niteliğe sahip görülmektedir. Bunun sebebi, ilkenin/kavramın doğasında bulunan müphemlik halidir. Bir başka ifadeyle kavrama/ilkeye dair tanım yapmayı zorlaştıran *fonksiyonel nitelik*, benzer kararları mutlak yol göstericilikten uzaklaştırmaktadır. Zira her somut uyuşmazlığın sahip olduğu birtakım hususiyetler, kavramın soyut düzlemden somut düzleme indirilmesinde farklılıklara yol açabilmektedir. Nitekim AYM de kavramın/ilkenin doğasındaki bu özelliklerden ötürü değerlendirmelerini yaparken bir standart olarak *hakkaniyet* kavramını kullanmayı tercih etmektedir. Dolayısıyla bu başlık altında yapılan değerlendirmede Mahkeme'nin diğer kararları hem bir referans noktası olarak ele alınacak hem de ilgili karara konu somut uyuşmazlığın hususî özellikleri dikkate alınacaktır.

Elektrik faturalarına yansıtılan kayıp-kaçak, iletim, dağıtım vs. bedellerin tüketicilerden tahsil edilmesinin hukukî dayanağı olarak yapılan düzenlemenin derdest davalara da uygulanmasını öngören geçici 20. maddenin bir geriye yürüme durumu oluşturduğu açıktır. Zira kanunî düzenlemeler, kendilerinin yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşen olay, durum vs.'lara uygulanabilirler. Bununla beraber söz konusu geriye yürümenin ortada kazanılmış bir hak mevcut bulunmadığı için gerçek anlamda bir geriye yürüme olmadığı da açıktır. Bu durumda bakılacak olan -AYM'nin tabiriyle- gerçek olmayan geriye yürüme durumunun hukuk düzenince korunması gereken bir haklı beklenti durumu oluşturup oluşturmadığı sorunsalıdır.

Somut uyuşmazlıkta haklı beklentilerin korunması ilkesinin uygulanması gerekip gerekmediği saptanırken üç aşamalı bir değerlendirme yapılacaktır. *Birinci aşama* bağlamında yapılan değerlendirmede, ortada bir beklentinin mevcut bulunduğu açıktır. Burada beklentiye doğuran bir kanunî düzenleme yahut idarenin bir düzenleyici işlemi değil, Yargıtay içtihatlarıdır. İlgili düzenlemeden önceki kararlarında Yargıtay, tüketicilerden tahsil edilen kayıp-kaçak, iletim, dağıtım ve sair bedellerin hukuka aykırı olduğuna hükmetmekteydi. Dolayısıyla tüketicilerin bu içtihatlara güvenerek

kendilerine bu doğrultuda muamele edileceği beklentisine girmeleri söz konusu olup yeni düzenleme bu kişiler bakımından aleyhe bir durum ortaya çıkarmıştır. Zira düzenleme sonrası Yargıtay'ın önceki içtihatlarının aksine olacak şekilde adli yargıda tüketicilerin aleyhine kararlar çıkmıştır.

İkinci aşamada bu beklentinin haklı, yani hukuken korunmaya değer olup olmadığı saptanacaktır. Beklentinin haklılığı ise objektif bir niteliğe sahip olmasına, düzenlemeye dönük güvenin zarar doğurucu bir etkisinin olmasına ve yeni düzenlemenin öngörülemez olmasına bağlıdır. Somut uyuşmazlıkta tüketicilerin sahip olduğu beklentilerin objektif bir niteliğe sahip olduğu söylenmelidir. Zira benzer koşullar altında olan farklı kişilerin de aynı beklenti içerisinde bulunabilecek olmaları rahatlıkla söylenebilir. Yargısal içtihatlarla duyulan güvenin zarar doğurucu bir etkisinin olup olmadığı ise kanaatimizce tartışmalıdır. Bu soruya “evet” cevabını veren yaklaşımın dayanakları şöyledir: Ortada elektrik faturaları vasıtasıyla haksız tahsil edilen bir bedel olup bu da tüketicilerin malvarlığında bir eksilmeye yol açmaktadır; eğer derdest davalara etki eden ilgili düzenleme yapılmıyorsa -içtihatlarca da açık olduğu üzere- yargıda tüketicilerin lehine karar çıkacaktı ve fakat düzenleme yapıldığı için kararlar aleyhe çıkıyor olup bu da zarar doğurucu etki anlamına gelmektedir. Nitekim *Burak Gemalmaz*'ın yaklaşımı da bu şekildedir. Bununla beraber, kanaatimizce bu soruya kolaylıkla “evet” cevabını vermek mümkün görünmemektedir. Her ne kadar ortada bir zarar olduğu açık olsa da bu zararın yargısal içtihatlarla duyulan güvenden kaynaklandığını söylemek zordur. Bir başka ifadeyle, tüketiciler, mevcut hukukî durumun devam edeceğine dair beklenti içerisinde girdikleri için zarara uğramış değillerdir. Bunu, AYM'nin tıp doktoru akademisyenlerin özel muayenehanelerinin kapatılmasıyla ilgili kanunî düzenleme hakkında haklı beklenti kavramını dayanak alarak verdiği kararlarla kıyaslamak suretiyle daha iyi anlatabiliriz. O karara konu somut durumda ilgili kişiler mevcut hukukî durumun devam edeceğine güvenerek muayenehane açmış olup bu durumu değiştiren düzenleme neticesinde de muayenehanelerini kapatmak zorunda bırakılmışlardır. Duydukları güven üzerinden bir karar almışlar yahut eylemde bulunmuşlar ve fakat bu güvenden dolayı da zarara uğramışlardır. Oysa bu çalışmanın konusunu oluşturan somut durum biraz farklıdır. Tüketicilerin duydukları güven neticesinde aldıkları karar/giriştikleri eylem adli yargıda dava açmak olup; tüketicileri zarara uğratan ise şirketlerin yaptıkları tahsilat ya da ilgili kanundaki geçici 20. maddedir. Tartışmayı şöyle bir soru üzerinden biraz daha açabiliriz: Diğer karara konu uyuşmazlıkta hukukî durumun devam edeceğine dair güven duyulmasaydı muayenehane açılmayacaktı ve böylelikle de ilgili kişiler zarara uğramayacaktı diyebiliyorken; aynı şeyi bu çalışmanın konusunu oluşturan somut uyuşmazlık bağlamında söyleyebilir miyiz? Yani tüketicilerin hukukî durumun devam edeceğine dair güven duymasalardı adli yargıda dava açmayacaklarını ve böylelikle bir zarara da uğramış olmayacaklarını ifade edebilir miyiz? İşte bu sebeple yargısal içtihatlarla duyulan güvenden dolayı tüketicilerin zarara uğradığını söylemek kolay görünmemektedir. İkinci aşamanın üçüncü alt kriteri olarak ele alınacak olan “öngörülebilirlik” başlığı da yine tartışmalı gözükmektedir. Zira -

yukarıda bu başlıkla ilgili Alman Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı bağlamında düşünüldüğünde- bu konuda kamuoyunda birtakım tartışmaların başlamış olduğu ya da bu alanda geçmişe dönük bir düzenleme yapılmasını gerektirecek düzeyde bir boşluk veya belirsizlik durumu ortaya çıktığı ifade edilebilir.

İkinci aşamayla ilgili tüm bu ihtilaflı hususların çözüldüğü, yani beklentinin haklılığının saptandığı varsayımı üzerinden *üçüncü aşamaya* geçildiği takdirde, söz konusu beklentinin korunmamasına sebep olabilecek baskın bir kamu yararının bulunup bulunmadığını bakılmamalıdır. Burada tartışılacak olan, yeni düzenlemenin derhal yürürlüğe girmesinden ötürü sağlanacak kamu yararının aksi durumda sağlanacak özel yarardan baskın olup olmadığıdır. Altını çizmek gerekir ki, değerlendirilecek olan husus, tüketicilerden kayıp-kaçak, iletim, dağıtım ve sair bedellerin tahsil edilmesindeki kamu yararının aksi yöndeki özel yarara baskın olup olmadığı değil; bu düzenlemenin derdest davalara uygulanmasını, yani etkilerini derhal göstermesini gerektiren kamu yararının baskınlığıdır. Bu değerlendirme "ölçülülük" standardı üzerinden yapıldığında, kamu yararı-özel yarar arasındaki dengenin ölçüsüzce bozulduğunu söylemek pek de kolay gözükmemektedir. Zira AYM'nin haklı beklenti kavramı üzerinden iptal/ihlal kararı verdiği uyuşmazlıklarla kıyaslandığında önümüzdeki somut uyuşmazlığın dikkate değer bir hususiyete sahip olduğu söylenmelidir. Şöyle ki, AYM'nin daha önceki ilgili kararlarının hiçbirinde bir kuralın nasıl uygulanması gerektiği yönünde bir belirsizlik hâli mevcut değildir. Örneğin, özel muayenehanelerin açılıp açılmayacağıyla ilgili kanun değişikliğinden önce bir belirsizlik hâli yahut yorum farklılığı söz konusu değildir. Oysa bizim tartışma konusu yaptığımız somut uyuşmazlıkta böyle bir hususiyet vardır. Tüketicilerden tahsil edilen ilgili bedellerin hukukî olup olmadığıyla alakalı adli yargı/Yargıtay başka idarî yargı/Danıştay ise başka yönde kararlar/içtihatlar ortaya koymaktadır. Bundan mütevellit, kanun koyucunun asıl amacı diğer kararlara konu durumlarda daha önce hukuk sınırları içinde düzenlenen bir konunun hukuk sınırları dışına çıkarılması yönünde bir bağlama sahipken; buradaki durumda asıl amaç adli ve idarî yargı kolları arasında ihtilaflara sebebiyet veren tartışmalı bir hususun açıklığa kavuşturulmasıdır. Bir diğer ifadeyle, burada olan, yasa koyucunun daha önce hukuka aykırı bulduğu ilgili bedellerin tüketicilerden tahsil edilmesi hususunun yeni düzenleme marifetiyle hukuka uygun bulunması değildir.⁵⁹ Nitekim daha önce bu yönde bir kanunî dayanak mevcut bulunmadığından ötürü, tüketicilerin lehine bir içtihat geliştiren Yargıtay da dayanak olarak hukukun daha soyut ve genel ilkelerini kullanmaktaydı. Özetle, burada bahsedilen hususiyet çok önemli olup, bir geçici madde marifetiyle ilgili düzenlemenin etkisini derhal göstermesine sebep olan kamu yararını

⁵⁹ AYM'nin *Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. LTD. ŞTİ.* kararındaki kanunî düzenleme öncesindeki "kayıp-kaçak bedelinin tahsilinin usulsüz olduğundan söz etmek mümkün değildir" ifadeleri de (bkz. 72. paragraf) aslında bu hususu teyit/tespit etmektedir. Zira idarî yargı, söz konusu bedellerin tahsil edilmesini hukuka uygun bulmaktadır.

baskın kılmaktadır. Nitekim gerek AYM gerekse AİHM'nin konuya dair kararlarındaki temel dayanak noktasını da bu hususî durum oluşturmaktadır.

Daha teknik/formel bir dille söylenecek olursa, referans aldığımız diğer AYM kararlarındaki hiçbir durumda düzenlemeden önce hukukî belirlilik ilkesinin sağlanması bakımından bir tartışma mevcut değildir. Oysa bütün bu tartışmalar, Anayasa'nın 2. maddesinde zikredilen "hukuk devleti" ilkesi ana başlığı altında yürütülmekte olup, bu ilkenin alt başlıklarından birisi de "hukukî belirlilik"tir. Dolayısıyla her ne kadar kanunların geriye yürümesi bağlamında "hukukî güvenliğin" zarar gördüğü tartışması yapılması makul olsa da değerlendirmemizi etkileyen bir diğer bağlam olan "hukukî belirlilik" ilkesinin sağlanmasını da dikkate almak durumundayız. Sonuç olarak, AYM'nin hukukî belirliliğin sağlanamadığı durumlarda hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi adına hukukî güvenlik ilkesinden belli ölçüde taviz verilebileceği yönünde bir yaklaşıma sahip olduğu söylenebilir. Bu çıkarılan sonuç, AYM'nin ilgili kararında geçen bir ifade olmayıp bu çalışma bağlamında çıkarılmış olan bir sonuçtur.⁶⁰

Tartıştığımız somut uyuşmazlığın diğer AYM kararlarındaki durumlardan bir diğer farkı da uğranılan zararın/katlanılması gereken külfetin boyutu hakkındadır. Yine aynı karar üzerinden örneklendirecek olursak, tıp alanında çalışmalarını yürüten bir akademisyen doktorun mevcut kanunî düzenlemelerin izin vermesine güvenerek açtığı bir özel muayenehaneyi yapılan yeni kanunî düzenleme neticesinde -hiçbir geçiş hükmü öngörülmeden- derhal kapatmak zorunda bırakılmasında uğradığı zararın boyutu ile bir tüketicinin kayıp-kaçak, iletim, dağıtım ve sair bedelleri ödemek zorunda bırakılmasıyla uğradığı zararın boyutu arasında dikkate değer bir fark söz konusudur.⁶¹ İlk örnekte, muayenehanenin kiralanması/satın alınması, personel çalıştırılması, oldukça pahalı olduğu tahmin edilebilecek birtakım tıbbi cihazların satın alınması gibi oldukça yüksek sayılabilecek meblağlar bahis konusuyken; kararlara konu olaylarda uğranılan zarar mesken tüketicileri bakımından elektrik faturasının bir kısmına karşılık gelen bazı tahsilat kalemleridir.

⁶⁰ Not edilmelidir ki, AYM burada tartışılan mesele bağlamında ilgili bireysel başvuru kararında hukukî belirlilik değil, hukukî güvenlik ifadesini kullanmaktadır. Hukukî güvenlik kavramını baz alarak tartışmayı yürüttüğümüz takdirde diyebiliriz ki, kıyaslama yaptığımız diğer kararların hiçbirinde kanunî düzenleme öncesinde hukukî güvenliğin sağlanması bakımından bir eksiklik bulunmamaktadır. Oysa önümüzdeki uyuşmazlıkta düzenleme öncesi hukukî güvenliğin sağlanamadığı görülmektedir. Kaldı ki düzenlemenin çıkarılma ve derdest davalara uygulanma amacı da hukukî güvenliğin sağlanmasına dönüktür. Yani derdest davalara etki eden geçici madde hukukî güvenliği ihlal etmemekte, hatta tam tersine hukukî güvenliği sağlamaya çalışmaktadır.

⁶¹ Yine yukarıda da zikredilmiş olan bir başka AYM kararına konu olayda ilgili kişiler polis amiri olma düşüncesiyle, mevcut hukuki kuralların devam edeceği inancıyla yıllardır devam ettikleri bir eğitim sürecine girmişler ve sonrasında ilgili kurallarda değişiklik yapılmıştır. Burada da uğranılan zararın boyutu daha büyük görünmektedir.

Dolayısıyla bahsedilen hususiyetin de somut uyuşmazlık bağlamında haklı beklentilerin korunması ilkesinin uygulanması gerektiğini iddia etmeyi zorlaştırdığını söylemek mümkündür. Her ne kadar ticarethane ve sanayi tüketicileri bakımından durumun farklı olduğu, zira özellikle sanayi tüketicilerinin yüksek miktarlarda kayıp-kaçak bedeli ödemek durumunda kaldıkları bir karşı argüman olarak iddia edilebilir olsa da; burada dikkat edilmesi gereken nokta, ilgili işletmenin genel iktisadî faaliyetleri içerisinde söz konusu gider kaleminin nasıl orana tekabül ettiği olmalıdır.

Özetle, burada yasa koyucu tarafından hukukî sınırlar dahilinde görülen bir konunun yapılan yeni düzenleme neticesinde bu sınırların dışına çıkarılması gibi bir durumun değil, ihtilaf konusu olan alanın çözüme kavuşturulması şeklinde bir amacın söz konusu olması, adli ve idarî yargı kolları arasında bir görüş ayrılığının olması, baskın kamu yararının niteliği, uğranılan zararın derecesi, mevcut hukukî kural/içtihatlarla duyulan güven ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağı gibi hususlar bakımından AYM'nin haklı beklentilerin korunması ilkesine dayandığı diğer kararlara kıyasla dikkate değer farklılıklar mevcuttur. İşte bütün bu farklılıklar/hususiyetler dikkate alındığında, AYM'nin bu çalışmanın konusunu teşkil eden ilgili kararının -hukukî gerekçelendirilmedeki zayıflığa dair şerh düşüldükten sonra- sonuç bakımından bir yanlışlık içermediği söylenebilir.

Burada ilgili karara karşı oy yazan *Celal Mümtaz Akıncı* ve *Hasan Tahsin Gökcan*'ın yaklaşımları da tartışılmayı hak etmektedir. Üyelerin konuya dair temel yaklaşımları, görüşlerini gerekçelendirirken izledikleri mantık silsilesi kabaca şöyledir: (I) İlgili kanun maddesi geriye yürümektedir. (II) Kanunların geriye yürümezliği ilkesinin istisnaları hem doktrinde hem de AYM'nin önceki kararlarında açıklığa kavuşturulmuştur. (III) Burada söz konusu istisnai durumlardan hiçbirisi bulunmamaktadır. (IV) Sonuç olarak, hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilmektedir. Nitekim daha önceki pek çok kararda böyle bir yorum mantığı izlenmiştir. Öncelikle üyelere göre kanunların geriye yürümezliği ilkesinin istisnaları kazanılmış hakların korunması, kamu düzeni gerekliliği ve genel ahlakın korunması olup; kamu yararının tek başına geçmişe yürütmenin haklı nedenini oluşturamayacaktır. Oysa hâkim çoğunluğu oluşturan diğer üyeler, söz konusu ayrıksı durumlara kamu yararını da dahil etmektedir. Kanaatimizce kamu yararının bu ayrıksı durumlara dahil edilmemesi, çok daha temel bir sorun ortaya çıkaracaktır. Zira karara muhalif kalan üyelerin yaklaşımı kabul edildiği takdirde, haklı beklentilerin korunması ilkesinin adeta altındaki zemin çekilmiş olmaktadır. Zira haklı beklentilerin korunması ilkesinde özel yararın karşısına konumlandırılan değer kamu yararıdır. Eğer kamu yararının hukuki güvenlik ve kanunların geriye yürümezliği ilkeleri bağlamında böyle bir anlamı olmasaydı zaten haklı beklentilerin korunması ilkesine de hem doktrinde hem de yargı kararlarında atfı yapılmaya ihtiyacı kalmayacaktı.⁶² Nitekim söz konusu karşıoy gerekçesinin

⁶² Aslında *Gökcan*'ın *Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. LTD. ŞTİ.* kararına yazdığı karşıoy yazısındaki bir ifadesi de bu görüşümüzü dolaylı yoldan/istmeden

mantığı böyle kurulunca kararın temel dayanağı olan adli ve idari yargı kolları arasında mevcut bulunan ihtilafın yasama organınca giderilmeye dönük amacının somut uyumsuzluk bağlamında tartışılmaya da ihtiyacı kalmamaktadır. Diğer taraftan, meseleye böyle yaklaşıldığında, daha önce dava açmış olsun veya olmasın bütün tüketicilerin ilgili kanunî düzenleme yürürlüğe girmeden önce haklarında tahakkuk etmiş bulunan elektrik faturalarındaki ilgili bedellerin tazmin edilmesi konusunda bir hakları olduğunu da kabul etmek gerekecektir. Oysa ilgili üyeler böyle bir tartışma yürütmemişlerdir. Öte yandan *Gökcan'ın Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. LTD. ŞTİ.* kararına yazdığı karşıoy yazısında da sorunlu görünen kısımlar vardır. Örneğin, mülkiyet hakkı bağlamında yaptığı değerlendirmede ölçülülük kıstası üzerinden bir ihlal olduğu kanaatine ulaşmakta, bununla beraber ölçülülük şartının neden sağlanamadığı konusunda doyurucu bir açıklama yapmamaktadır. Yine çoğunluk görüşünün temel dayanağının üye tarafından eksik değerlendirildiği söylenebilir. Zira bu konudaki değerlendirmesinde “*hukuki sorumluluk doğuran kuralın dava sürecinde değiştirilmesi*”nden bahsetmektedir.⁶³ Oysa daha önce de defaatle söylendiği üzere, yasa koyucunun burada yaptığı, bir kuralın değiştirilmesi değil, bir konu hakkında uygulanacak hukuk kurallarına dair adli ve idari yargı kolları arasındaki çelişkilerin giderilmesidir. Son olarak belirtmek gerekir ki, eğer karşıoy gerekçesinde belirtildiği üzere somut uyumsuzluğa “*hukuk devleti bakımından kanunların yürürlüğe girdikten sonraki olaylara uygulanmasının kural olduğu*” tespiti üzerinden yaklaşılabilecekse adli yargıda dava açmamış tüketicilerin önceki döneme ait elektrik faturalarındaki ilgili bedellerin tahsil edilmesine dönük neden bir haklı beklentiye sahip olmadığı açıklanmak durumundadır. Dolayısıyla önceki dönemde dava açmamış tüketicilerin bir haklı beklentiye sahip olmadığını söylemek kurulan mantıkta bir çelişki durumu ortaya çıkarmakta ve bir yandan da zımnî olarak ortada bir haklı beklenti durumu olmadığını kabul etmek anlamına gelmektedir. Yine mesela yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihte idari yargıda davası

desteklemiş olmaktadır. İlgili kısım şöyledir: “*Görüldüğü üzere hukuki güvenlik ilkesi ve hukuki istikrar için kanunların geçmişe yürümemesi esastır. Geçmişte kazanılan hakkın korunması için gerekiyorsa, istisnaen kuralın geçmişe yürütülmesi kanun koyucunun ödevidir. Böyle bir durum yoksa esasen, yeni kanun geçmişe yürütülemediğinde, önceki kanuna göre kazanılmış hak veya meşru beklenti zaten korunmaktadır.*” (bkz. Karşıoy yazısı, 12. paragraf). Oysa norm denetimi kararındaki karşıoy yazısıyla bireysel başvuru kararı arasında büyük oranda bir benzerlik/aynılık bulunmaktayken burada vurguladığımız kısım norm denetimi kararındaki karşıoy yazısında bulunmamaktadır: “*...Böyle bir durum yoksa esasen, yeni kanun geçmişe yürütülemediğinde, önceki kanuna göre kazanılmış hak zaten muhafaza edilmektedir.*” Dolayısıyla tekraren söylenecek olursa, *Gökcan'ın* yaklaşımı üzerinden kanunların geriye yürümezliği ilkesinin teorik düzlemi kurgulandığında zaten haklı beklenti kavramına ihtiyaç kalmamaktadır.

⁶³ Bkz. 13. paragraf. *Burak Gemalmaz'ın* da çalışmasında kullandığı şu ifade benzer gerekçelerle eleştirilebilir: “*AYM, gerçek-gerçek olmayan geriye yürüme ayırımıyla hareketle, henüz kesinleşmemiş uyumsuzluklara yeni düzenlemelerin uygulanmasında bir sakınca görmemiştir.*”

devam etmekte olan bir tüketicinin hukuk düzenince korunması gereken bir haklı beklentiye sahip olup olmadığı sorusunun da cevaplanması gerekmektedir.

Tekrar söylemek gerekir ki, AYM hükmünü kurarken sağlıklı bir gerekçelendirme, makul bir mantık silsilesi izlenmiş gibi görünmemektedir. Bunun görünümlerinden birisi de -dolaylı yoldan ulaşılmış olduğu görülen- ortada kazanılmış bir hak yoksa kanunların geçmişe yürüyebileceği şeklindeki çıkarımdır. Zira kararda varılan sonuç cümlesi şöyledir: “... taraflar arasında eski kural döneminde tamamlanmış, sona ermiş bir hukuksal durum söz konusu değildir. Dolayısıyla taraflar arasında devam eden bir hukuki ilişki bulunduğundan kazanılmış haktan ya da kesinleşmiş işlemlerden söz edilemez.” Bu cümleden sonra kazanılmış hak olmamasına rağmen, hukuken korunması gereken bir haklı beklenti olup olmadığının tartışılması gerekmektedir böyle bir çabaya girilmemiştir. Dolayısıyla bu yaklaşımın sonucunda zımnî olarak kazanılmış hak olmayan durumlarda kanunların geçmişe yürüyebileceği şeklinde (ki bunlar zaten gerçek olmayan geçmişe yürümedir) bir varsayıma ulaşılmış olmaktadır. Nitekim karşıoy yazısında da bunu tespit eder şekilde, “geçmiş kanun hükmüne göre kazanılmış bir hakkın yokluğu geçmişe yürür kanun çıkarılmasını meşru kılmamakta, aksine hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilmektedir” ifadelerine yer verilmiştir.

AYM'nin *Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. LTD. ŞTİ. Başvurusu* hakkında verdiği kararda yapmış olduğu gerekçelendirmede de tartışmalı hususlar bulunmaktadır. Özellikle yargı kolları arasındaki görüş ayrılığından ötürü, adli yargı yerinde açılan davaların mutlak surette lehe sonuçlanacağına dönük haklı bir beklentiden söz edilemeyeceği yönündeki görüşü bu meyandadır.⁶⁴ Oysa aynı kararın iki paragraf öncesinde, davanın açıldığı tarih itibarıyla Yargıtay'ın tüketiciler lehine karar verdiğinin açık olduğu da ifade edilmektedir.⁶⁵ Dolayısıyla izlenen mantık silsilesinde birbiriyle çelişkili noktalar olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Burada Yargıtay'ın tüketiciler lehine karar verdiği açık olduğu, bu sebeple açılan davaların lehe sonuçlanacağı yönünde bir beklenti oluşmasının doğal olduğu kabul edilmekle beraber; bu beklentinin hukuken korunması gereken seviyeye, yani haklı beklenti seviyesine ulaşmasını gerektiren şartları tam anlamıyla taşımadığı, örneğin karşısında yargı kolları arasındaki çelişkileri giderme gereği gibi baskın bir kamu yararı bulunduğu şeklinde bir gerekçelendirme yapılması daha makul olabilirdi. Yahut illa adli yargıda açılan davaların mutlak surette lehe sonuçlanacağına dönük bir haklı beklentiden söz edilemeyeceği şeklinde bir varsayımdan hareket edilmek isteniyorsa, burada da gerekçe derdest davalara etkiyi içeren geçici madde düzenlenmiş olmasaydı dahi artık tüketicilerden ilgili bedellerin tahsil edilmesinin kanunî dayanağı oluşturulmuş olduğundan adli yargıda eski içtihatların mutlak surette devam edeceğinin iddia edilemeyeceği söylenebilirdi. Zira aynı kararda “kanun değişikliklerinin yürürlüğe girdiği

⁶⁴ Bkz. 74. paragraf.

⁶⁵ Bkz. 72. paragraf.

tarikh itibarıyla derdest olan davalara etkisinin değerdendirilmesi derece mahkemelerinin takdirinde” olduğu da⁶⁶ başka bir bağlamda ifade edilmiştir.

AYM, *Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. LTD. ŞTİ. Başvurusu*’nu temelde mülkiyet hakkı bağlamında ele almıştır. Adil yargılanma hakkı bağlamında ise açıkça dayanaktan yoksunluk yönünde hüküm kurulmuştur. Konunun mülkiyet hakkıyla bağlantısı kabul edilmekle beraber bir kanunî düzenlemenin derdest davaları etkilemesi meselesinin adil yargılanma hakkıyla daha önemli bir ilişkisi olduğu söylenebilir. Ancak başvuru, yalnızca nispi yerine maktu vekalet ücretine hükmedilmesini Mahkeme’nin önüne adil yargılanma hakkı bağlamında getirdiği için, Mahkeme de bununla sınırlı olarak bir değerdendirme yapmıştır. Nitekim aynı konuda bireysel başvuru yoluna giden diğer tüketicilerin adil yargılanma hakkı bağlamındaki iddiaları aynı içeriğe sahip olmuş; bu sebeple de AYM aynı yönde hüküm kurmuştur. AİHM de ilgili kararında konuyu adil yargılanma hakkı bağlamında ele almıştır.⁶⁷

Gemalmaz, yapmış olduğu değerdendirmelerde daha çok AYM’nin konuyla ilgili bireysel başvuru kararındaki yaklaşımını tartışmaya açmıştır. Burada da bakılan tabiatıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin somut uyuşmazlığa uygulanma biçiminin hukuka uygunluğu olmaktadır. AYM, konuyu mülkiyet hakkı bağlamında ele almıştır. *Gemalmaz*, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik şartını sağladığını kabul etmektedir. Bununla beraber geriye yürürlü düzenlemede kamu yararı amacını (meşru amaç) gerçekten taşıyıp taşımadığı konusunda ciddi eleştiriler getirmektedir. Yazara göre yeni düzenlemede gerçek anlamda bir kamu yararı bulunmamakta, elektrik dağıtım şirketlerini zarardan korumaya dönük çıkar hedeflenmekte olduğundan tüketicilerin mülkiyet hakkıyla adil bir denge kurulduğu söylenemeyecektir. Oysa yeni düzenleme kayıp-kaçak ve sair bedellerin mali külfetini tüketicilere ve elektrik dağıtım şirketlerine eşit şekilde dağıtmış olsaydı çıkarlar dengesinin korunmuş olabileceğinden bahsedilebilecekti. Aslında görüldüğü üzere, burada tartışma konusu yapılan husus, tüketicilerden ilgili bedellerin tahsil edilmesinin kanunî dayanağını teşkil eden yeni düzenlemenin içeriğidir. Bir diğer ifadeyle, bu düzenlemenin derdest davalara uygulanmasını içeren geçici maddenin içeriği “haklı beklenti” kavramı etrafında tartışma konusu yapılmamaktadır. Yazar, ilk derece mahkemesinde lehine karar çıkan başvuruçunun haklı beklentiye sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini söylemekte ve fakat haklı beklenti kavramının somut uyuşmazlık bağlamında uygulanıp uygulanamayacağıyla ilgili derinlemesine bir tahlil yapmamaktadır. AYM’nin kararındaki temel dayanak olan adli ve idarî yargı kolları arasındaki görüş ayrılığından

⁶⁶ Bkz. 65. paragraf.

⁶⁷ AYM’nin derdest olan davalara yeni kanunî düzenlemenin etki etmesi yönündeki düzenlemenin adil yargılanma hakkı bağlamında tartışıldığı örnek kararı için bkz. *Yasemin Mutlu Başvurusu*. Bu kararda bir kanunî düzenlemenin devam etmekte olan davalara uygulanmasının adil yargılanma hakkı bağlamında tartışılmasında üç şarttan bahsedilmektedir.

dolayı adli yargıda açılan istirdat davalarının mutlak şekilde tüketicilerin lehine sonuçlanacağı söylenemeyeceği, dolayısıyla bir haklı beklenti durumu da oluşmayacağı şeklindeki görüş de yine yazar tarafından eleştirilmektedir. Yazara göre AYM'nin temel hareket noktası hatalıdır. Zira idarî yargıda açılan davaların tarafları, konuları ve hukuka uygunluk/aykırılık esasları adli yargıdan tamamıyla farklıdır. Adli ve idarî yargı kollarının yapmış olduğu hukukilik denetimi birbirinden farklıdır. Dolayısıyla eğer yasama müdahalesi olmasaydı tüketicilerin adli yargıda açtıkları istirdat davasını kazanacakları -Yargıtay içtihatlarıyla açık olduğu üzere- kuşkusuzdu. Bu eleştiri konusunda yazarın haklı olduğu söylenebilir. Zira adli ve idarî yargı kolları arasındaki görüş ayrılığının hukukî belirsizliğe sebebiyet vermesinden ötürü ilgili kanunî düzenlemenin yapıldığı görüşüne katılmak mümkün olsa da; bundan ötürü adli yargıda tüketicilerin açmış oldukları davaları kesin olarak kazanacaklarını söylemenin mümkün olmadığı şeklindeki yorum makul gözükmemektedir. Yazar, haklı beklentinin varlığını hakkaniyet ölçütünü kullanmak suretiyle değerlendirirken, hiçbir geçiş hükmü öngörülmemiş olması ve elektrik dağıtım şirketleri lehine mevzuatın dengesizce değiştirilmiş olmasına vurgu yapmaktadır. Oysa korunması gereken asıl kişi tüketicilerdir. Yine kanunlarda değişiklik yapılırken önceki hukukî duruma güvenerek hukukî işlem başlatanların bu güvenlerinin boşa çıkartılmamasının hakkaniyetli tasarruf yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir. Düzenlemelerin yürürlükte kalmaya devam edeceği düşüncesiyle planlanan ekonomik ve toplumsal ilişki ve işlemlerin mevzuatın sık sık ve ani değiştirilmesi neticesinde olumsuz etkilendiğini hatırlatmaktadır. Buradaki yaklaşımın makul olmadığını söyleyebiliriz. Öncelikle, ortada geçiş hükmü öngörülmesini gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Bu ancak bir statünün içeriğini değiştiren bir kanunî düzenleme ile muhatap olsaydık tartışma konusu yapılabilirdi; örneğin, tıp doktoru akademisyenlerin statüsünün içeriğinde yapılan değişiklikte olduğu gibi. Oysa burada böyle bir durum söz konusu değildir. Nitekim bir geçiş hükmü öngörülmesi bir yana, geçici madde koyularak derdest davalara yeni düzenlemenin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla arada bir nitelik farkı olduğu açıktır. İkincisi, burada yasa koyucunun amacı, elektrik dağıtım şirketlerinin lehine mevzuatı dengesizce değiştirmek değildir. Zira daha önceki pozitif hukuk düzeninde tüketicilerden ilgili bedellerin tahsil edilmesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktaydı. Dolayısıyla, burada yasa koyucunun yaptığını iddia ettiği şey, bir konunun hukuk sınırları dışındayken içerisine dahil edilmesi değil, daha önce mevcut bulunan hukukî belirsizliği ortadan kaldırılmasıdır. Yazarın devamında yaptığı eleştiriler de makuliyetten uzaktır. Zira ortada mevcut hukukî düzenin devam edeceği düşüncesiyle kurulan ekonomik ve toplumsal ilişki ve işlemler yoktur. Olan, kendilerinden elektrik faturaları üzerinden tahsil edilen kimi bedellerin hukuka aykırı olduğu düşüncesiyle tazmininin yargı marifetiyle talep edilmesidir. *Gemalmaz*'ın konuya dair detaylı değerlendirmesi bireysel başvuru kararı hakkındadır. Bu değerlendirmesini yaparken de daha ziyade tüketicilerden kayıp-kaçak ve sair bedellerin tahsil edilmesinin kanunî dayanağını teşkil eden düzenlemeye odaklanmaktadır. Yani ilgili düzenlemenin derdest davalara da etki etmesini içeren geçici madde

biraz geri planda kalmaktadır. Bununla ilintili olarak da kamu yararı hakkında yaptığı değerlendirme de tüketicilerden ilgili bedellerin tahsil edilmesinin bir kamu yararına karşılık gelip gelmediğiyle sınırlı görünmektedir. Yani ilgili düzenlemenin derdest davalara etki etmesindeki kamu yararı tartışma konusu yapılmamaktadır. Öte yandan, haklı beklenti kavramının şartlarının detaylı bir açıklaması yapılarak somut uyuşmazlıklar bağlamında nasıl uygulanacağını da yeterli düzeyde tartışılmadığını söylemek mümkündür. Bununla bağlantılı olarak, uğranılan zararın boyutu konusu da teğet geçilmektedir. Zira haklı beklenti gerekçesiyle ihlal kararı verilen uyuşmazlıkların somut durumlarıyla önümüzdeki uyuşmazlık arasında kayda değer farklılıklar olduğu ortadadır. Burada tüketicilerin katlanmak durumunda kaldığı mali külfetin boyutlarının neler olduğu, bir benzerlik kuruluyorsa hangi açılardan kurulduğunun da açıklanması gerektiği söylenebilir.⁶⁸

Son olarak vurgulamak gerekirse, kanunların zaman bakımından uygulanmasındaki kural, derhal uygulanma ilkesinin uygulanmasıdır. Bu bakımdan haklı beklentilerin korunması ilkesinin uygulanması gerekliliğinin tartışıldığı durumlarda aslında derhal uygulanma ilkesinin belli bir süre için uygulanmamasının (yahut diğer bir ifadeyle bir süre daha etkiyi sürdürme ilkesinin uygulanmasının) hakkaniyet gereği olduğu iddia edilmektedir. Zira her ne kadar bir kazanılmış hak durumu mevcut değilse de ortada hukuk düzenince korunması gereken bir haklı beklenti durumu vardır. Bu bağlamda ilgili kanunun bir süre daha etkisini sürdürebilmesi için bir geçiş hükmü öngörülecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin haklı beklentilerin korunması ilkesinin uygulanması gerektiğine dair vermiş olduğu kararlardaki ana şablon da bu mantığa oturmaktadır. Oysa bu makalenin konusunu teşkil eden uyuşmazlıkta ilgili kanunî düzenlemede nasıl bir geçiş hükmü formüle edilebileceği sorusu kanaatimizce cevapsız kalmaktadır. Zira eski durumda ortada hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesinin sağlanmış olduğu bir kanunî düzenleme alanı mevcut değildir.

SONUÇ

Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olarak kabul görmektedir. Bu ilkeyle yakından ilişkili bir başka ilke ise kazanılmış haklara saygı ilkesidir. Bu bağlamda eğer ortada bir kazanılmış hak mevcutsa kanunların geriye yürüyemeyeceği söylenecektir. Bununla beraber, 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra Batı

⁶⁸ Daha detaylı bir açıklama sunması bakımından ilgili metinler için bkz. Burak Gemalmaz, “Kayıp Kaçak Bedelleri Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararı (E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28/12/2017) ve Bireysel Başvuru Yolu”, Lexpera Blog, 21 Şubat 2018, (<https://blog.lexpera.com.tr/kayip-kacak-bedelleri-hakkinda-anayasa-mahkemesi-karari-e-2016-150-k-2017-179-t-28-12-2017-ve-bireysel-basvuru-yolu/>), (s.e.t. 25 Haziran 2023); Burak Gemalmaz, “Kayıp-Kaçak Bedeli ve Bireysel Başvuru Yolu”, Lexpera Blog, 5 Aralık 2018, (<https://blog.lexpera.com.tr/kayip-kacak-bedeli-ve-bireysel-basvuru-yolu/>), (s.e.t. 25 Haziran 2023).

hukukunda kanunların geriye yürümezliği ilkesinin yalnızca kazanılmış haklara saygı ilkesi üzerinden ele alınması yönündeki eski yaklaşımdan dikkate değer bir sapma görülmüştür. Bu bağlamda bazı durumlarda ortada bir kazanılmış hak mevcut bulunmama ile beraber, hukuk düzenince korunması gereken bir beklentinin (haklı/meşru beklenti) varlığı söz konusuysa bu durumun da dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, haklı beklentilerin korunması ilkesine yakın tarihlere kadar kararlarında atıfta bulunmamıştır. 2008 yılına değin vermiş olduğu kararlarda kanunların geriye yürümezliği ilkesi bağlamında yapmış olduğu tartışmalarda yalnızca kazanılmış haklara saygı ilkesinin mevcut bulunup bulunmadığına odaklanmıştır. 2008 yılından sonra haklı beklentilerin korunması ilkesini ilgilendiren konularda vermiş olduğu kararlarda ise ilkeye dair net bir standart geliştirilemediği söylenmelidir. Burada hem ilkenin somut uyuşmazlıklar bağlamında hangi kapsam, şartlar ve içerikte uygulanacağı noktasındaki birtakım belirsizlikler -ki bunda ilkenin bizatihi kendi bünyesine mündemiç olan *fonksiyonel niteliğin* bir dereceye kadar payı olduğu kabul edilebilir- hem de ilkenin hangi durumlarda tartışma konusu yapıлып yapılmayacağına dair belirsizlikler kastedilmektedir. Öyle ki, kanunların geriye yürümezliği ilkesinin odak noktası olduğu bazı kararlarda, neden haklı beklentilerin korunması ilkesinin tartışma konusu yapılmadığı anlaşılamamaktadır. Bu tarz kararlarda kanunların geriye yürümezliği ilkesi yalnızca kazanılmış hak bağlamında ele alınmaktadır. Kısaca ifade edilecek olursa, eğer ortada bir kazanılmış hak mevcut değilse kanunların geriye yürümebileceğine dair bir yaklaşım sergilenmektedir. Bununla beraber, kazanılmış hak bulunmadığı durumlarda hukukî güvenlik ilkesi bağlamında korunması gereken bir haklı beklentinin mevcut bulunup bulunmadığı tartışma konusu yapılmamalıdır. Sonuç olarak, Mahkeme'nin bu yönlerden haklı beklentilerin korunması ilkesine dair daha net bir standart getirmesi gerektiği söylenmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin elektrik faturalarındaki kayıp-kaçak, iletim, dağıtım ve sair bedellerin tahsil edilmesinin hukukî dayanağını oluşturan kanunî düzenlemenin derdest davalara da uygulanmasını öngören geçici 20. maddenin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine dair vermiş olduğu norm denetimi kararına ve yine konuyla ilgili vermiş olduğu bireysel başvuru kararına katılmaktayız. Bununla beraber, Mahkeme'nin kararlarında vermiş olduğu hükme ulaşırken yaptığı muhakemeyi yeterli doyuruculukta gerekçelendirmemiş olduğu ve izlenen mantık silsilesinin isabetli kurgulanmadığı da eklenmelidir. Nitekim hem ilgili kararlardaki karşıoy yazılarının hem de doktrindeki aksi yöndeki görüşlerin kısmen bu yöndeki eksiklikten kaynaklandığını söylemek mümkündür.

Her ne kadar Mahkeme kararlarında bu şekilde formüle etmiş olmama ile beraber, doktrinde haklı beklentilerin korunması ilkesinin hangi durumlarda uygulanabileceğini tespit etmede üç aşamalı bir değerlendirme kriteri kabul edilmektedir. Buna göre ilk aşamada ortada bir beklentinin mevcut bulunup bulunmadığı saptanmaktadır. İkinci aşamada varlığı saptanan beklentinin haklı (hukuken korunmaya değer) olup olmadığına bakılmaktadır. Bu aşamanın alt başlıkları objektiflik,

güvenin zarar doğurucu niteliği ve öngörülemezliğidir. Üçüncü aşamada ise haklı olduğu saptanan beklentinin karşısında baskın bir kamu yararı olup olmadığı değerlendirilmektedir. Makalenin odaklandığı somut uyuşmazlık bağlamında ortada bir beklenti olduğu açıktır. Zira ilgili düzenlemeden önceki dönemde Yargıtay'ın yaklaşımı tüketicilerin lehine olacak şekildeydi. Yine somut uyuşmazlıkta tüketicilerin beklentileri objektif niteliğe sahiptir. Bununla beraber yargısal içtihatlarla duyulan güvenin zarar doğurucu bir niteliğe sahip olduğu hususu ziyadesiyle tartışmalıdır. Burada tüketicilerin malvarlıklarında ortaya çıkan eksilmenin bir zarar anlamına geldiği ortadadır. Tartışmalı olan husus, ortaya çıkan zararın yargısal içtihatlarla duyulan güvenden kaynaklandığı hususundadır. Zira tüketiciler, mevcut bir hukukî durumun devam edeceğine dair beklenti içerisine girmeleri sebebiyle zarara uğramakta değillerdir. Öte yandan, tüketicilerin yasa koyucunun bu yönde bir düzenleme yapacağını öngöremeyeceklerini söylemek de kolay gözükmemektedir. Zira konu hakkında kamuoyunda çeşitli tartışmalar yürütülmekte ve daha da önemlisi adli ve idarî yargı arasında bariz bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. Nitekim -AİHM'in de kararında vurguladığı üzere- tüketicilerin davalarını daha ziyade adli yargıda açmaları da bu yöndeki görüş ayrılığının farkında olduklarına bir işaret olarak kabul edilebilir. Bütün bu açıklamalara ek olarak, tüketicilerin özel yararı karşısında, yeni düzenlemenin -derdest davalara da etki edecek şekilde- derhal yürürlüğe girmesine sebep olan baskın bir kamu yararının mevcut bulunduğu da ifade edilmelidir. Daha doğru bir ifadeyle, kamu yararı ve özel yarar arasındaki dengenin ölçüsüzce bozulduğu söylenemeyecektir. Zira -bu konu hakkında açık bir kanunî düzenleme bulunmamasının da etkisiyle- Yargıtay tüketicilerin lehine, Danıştay ise aleyhine bir yaklaşım sergilemektedir. Dolayısıyla kanunî düzenleme öncesinde ortada çözüme kavuşturulması gereken bir hukukî belirsizlik hali mevcuttur. İşte bundan ötürü burada kanun koyucu daha önce kanunî sınırlar içinde olduğu hususunda tartışma olmayan bir konuyu yapmış olduğu yeni düzenleme neticesinde bu sınırın dışına çıkarma amacını gütmekte değildir. Bu düzenlemenin amacı, adli ve idarî yargı kolları arasında açık bir ihtilafa sebebiyet veren bir hususun açıklığa kavuşturulmasıdır. Somut uyuşmazlık bağlamında haklı beklentilerin korunması ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağına saptanmasında nirengi noktası tam da burasıdır. Öyle ki, bu nokta, AYM'nin haklı beklentilerin korunması ilkesini referans alarak daha önce vermiş olduğu iptal/ihlal kararlarından bu çalışmanın konusunu teşkil eden somut uyuşmazlığı ayıran hususiyeti teşkil etmektedir. AİHM de ilgili kararında bu noktaya özellikle dikkat çekmiştir. Bir diğer ifadeyle, AYM'nin konuya dair önceki kararlarının hiçbirinde kanunî düzenleme öncesinde hukukî belirlilik ilkesinin sağlanması bakımından bir tartışma söz konusu değildir. Sonuç olarak, AYM'nin hukukî belirliliğin sağlanamadığı durumlarda hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi adına hukukî güvenlik ilkesinden belli ölçüde taviz verilebileceği yönünde bir yaklaşım geliştirdiği şeklinde genel bir tespit yapmak mümkündür. Makalede konu edinilen somut uyuşmazlığın diğer AYM kararlarına konu somut uyuşmazlıklardan bir diğer önemli farkı da uğranılan zararın/katlanılması gereken külfetin boyutu hakkındadır. Akademisyen bir tıp doktorunun muayenehane açması

örneğindeki katlanılan külfetin boyutu ile bir tüketicinin ödeyeceği elektrik faturalarına kayıp-kaçak ve sair bedeller yansıtılmış olmasından ötürü katlanması gereken külfetin boyutu arasında bariz bir fark olduğu ortadadır.

Özetle, düzenleme öncesinde adli ve idarî yargı kolları arasında bir görüş ayrılığının mevcut olması, dolayısıyla burada yasa koyucunun daha önce kanunî sınırlar dahiline soktuğu bir konuyu yapmış olduğu yeni düzenleme marifetiyle bu sınırların dışına çıkarması gibi bir amacın değil, ihtilaf konusu olan alanın çözüme kavuşturulması şeklinde bir amacın söz konusu olması, baskın kamu yararının niteliği, uğranılan zararın derecesi, mevcut hukukî kural/içtihatlarla duyulan güven ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağı gibi hususlar bakımından AYM'nin haklı beklentilerin korunması ilkesine dayandığı diğer kararlara kıyasla dikkate değer farklılıklar mevcuttur. İşte bütün bu farklılıklar dikkate alındığında, AYM'nin bu çalışmanın konusunu teşkil eden ilgili kararının -hukukî gerekçelendirmedeki zayıflığa dair şerh düşüldükten sonra- sonuç bakımından bir yanlışlık içermediği söylenebilir.

KAYNAKÇA

Altındağ H, “Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

Balkar K G, “İdari Kararlarda Makale Şumul Meselesi”, C. 25, S. 2, 1960, AÜSBFD, ss. 210-212.

Erguvan D D, “Türk İdare Hukuku’nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi”, C. 21, Özel Sayı, 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, ss. 1711-1765.

Forsyth C F, “Haklı Beklenti’lerin Doğuşu ve Korunması”, çev. Esin Örucü, C. 7, S. 1-3, 1986, İdare Hukuku İlimleri Dergisi, ss. 121-139.

Gemalmaz B, “Kayıp Kaçak Bedelleri Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararı (E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28/12/2017) ve Bireysel Başvuru Yolu”, Lexpera Blog, 21 Şubat 2018, (<https://blog.lexpera.com.tr/kayip-kacak-bedelleri-hakkinda-anayasa-mahkemesi-karari-e-2016-150-k-2017-179-t-28-12-2017-ve-bireysel-basvuru-yolu/>), (s.e.t. 25 Haziran 2023).

Gemalmaz B, “Kayıp-Kaçak Bedeli ve Bireysel Başvuru Yolu”, Lexpera Blog, 5 Aralık 2018, (<https://blog.lexpera.com.tr/kayip-kacak-bedeli-ve-bireysel-basvuru-yolu/>), (s.e.t. 25 Haziran 2023).

Oğurlu Y, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Sarıcaoğlu E /Arıkan A, “Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme V.S. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme”, C. 29, S. 2, 2021, SÜHFD, ss. 1501-1540.

Sever D Ç, “Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, 2006.

SES VE GÖRÜNTÜ NAKLİ YOLU İLE DURUŞMAVE UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Hearing through Audio and Visual Transfer and Evaluation of Implementation

Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN*

Öz: Çağımızda yaşanan dijital gelişmeler yargılama hukuku alanında duruşmaların yapılma yöntemine ilişkin olarak e-Duruşma şeklinde farklı bir seçenek ortaya çıkarmıştır. Bu yöntemle ilişkin ülkemizdeki ilk yasal düzenleme, günümüz teknolojisinin yargılama alanında kullanılması, hız ve etkinlik sağlanması amacıyla kanun koyucu tarafından 04.02.2011 tarihinde 27836 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu 149 maddesi ile kaleme alınmıştır. "Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma ıcrası" madde başlığı altında, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine ayrıca mahkemenin resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Medeni yargılama hukukunda temel dayanağını Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.149 ile bulan alan e-Duruşma yöntemi, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten pandemi'nin başladığı 2020 yılına kadar pratikte sık uygulanmayan bir yöntem olarak kalmıştır. Ancak aniden ortaya çıkan pandemi koşullarının da etkisiyle özellikle salgının yayılma hızının önlenmesi amacıyla her alanda alınan tedbirler kapsamında HMK m.149 hükmünde değişikliğe gidilerek taraflarca e-Duruşma yöntemine başvuru kolaylaştırılmış, mahkemelerde e-Duruşma yönteminin gereksinimlerinden olan teknolojik altyapının tamamlanmasına önem verilmiş ve e-Duruşma uygulanmasına ilişkin daha detaylı usul ve esasları içeren, HMK'nın 149. maddesinin beşinci fıkrasına dayanılarak hazırlanan "Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik" 30 Haziran 2021 tarihli 31527 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Uluslararası zeminde kabul gören, ulusal strateji belgelerinde ve mevzuatımızda da yer alan, çağımızın gerekleri ile uyumlu olduğu hususunda kuşku bulunmayan 'e-Duruşma' sisteminin yaklaşık üç yıllık uygulamasında teknik altyapı çalışmaları sayesinde sistem neredeyse ülkemizdeki tüm mahkemelerde kullanılmaya başlanılmış, özellikle taraflar açısından daha hızlı, ucuz ve basit olması gibi avantajları nedeniyle üzere sıklıkla başvuru bir duruşma yöntemi haline gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ses ve Görüntü Nakli, E-Duruşma, Dijitalleşme, Medeni Usul Hukuku, Teknoloji

Abstract: The digital developments in our age have revealed a different feature in the form of e-trial regarding the method of adjudication in the field of judicial law. The first legal regulation regarding this method was written by the legislator with 149 articles of the Law No. 6100 on Civil Procedure, published in the Official Gazette No. 27836 on 04.02. Under the article titled "execution of execution by means of audio and video transmission or elsewhere", upon the request of the parties, upon the request of the party or the case of one of the parties; It is regulated that the witness, the expert or the expert will decide that they can be heard at the place where they are, by transmitting the sound and the image at the same time.

The e-Hearing method, which found its basis in civil evaluations with Article 149 of the Code of Civil Procedure, remained a method that was not used as often in practice until 2020, when the pandemic broke out in the country where HMK entered. However, the application to the e-Hearing method was facilitated, the technological infrastructure, which is one of the costs of the e-Hearing method, was given importance to the end of the e-trial method, and the scope of the pandemic conditions, which suddenly emerged, was divided into all areas in order to eliminate the effects of the special generation for the users. Based on the fifth paragraph of Article 149 of the HMK, which contains more detailed procedures and principles regarding the procedure, the small "Regulation on the Execution of the Hearing by Transmission of Audio and Video in Civil Procedures" was published in the Official Gazette dated 30 June 2021, 31527 and seized.

The 'e-trial' system, which is internationally accepted, included in national strategy documents and our legislation, and which has no doubt that it is compatible with the requirements of our age, has started to be used in almost all courts in our country, especially thanks to the technical infrastructure works, in the approximate three-year implementation of the system. It has become a frequently used trial method due to its advantages such as being cheap and simple.

Keywords: Audio and Video Transmission, E-Hearing, Digitization, Civil Procedure Law, Technology

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, azizserkanarslan@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7703-3044.

Makale Geliş Tarihi: 02.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 18.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391746

GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinde düzenlenen, hukuk yargılamalarında dosya taraf veya vekillerinin aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usûl işlemleri yapabilmelerine, ayrıca tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine imkân sağlayan 'e-Duruşma' uygulaması ülkemizde 15 Eylül 2020 tarihinde hayata geçirilerek uygulanmaya başlanmıştır.

E-Duruşma yönteminin ve uygulamasının değerlendirildiği bu çalışmada öncelikle e-Duruşma yönteminin özellikleri irdelenerek klasik (fiziki) duruşma yönteminden farkları ortaya konulmuştur. Daha sonra e-Duruşma yöntemine ilişkin başvuru usulü ve icra edilmesi aşaması, yargı kararları ve uygulamadaki sorunlarla birlikte ele alınmıştır.

I. E-DURUŞMA KAVRAMI

Ses ve görüntü nakli yolu ile duruşma yapılması yönteminden mevzuatta bahsedilirken ceza hukuku alanında SEGBİS, medeni yargılama hukukunda ise e-Duruşma şeklinde kısaltmalar kullanılmaktadır¹. Uluslararası hukukta ise bu yöntem videokonferans yöntemi olarak adlandırılmaktadır².

¹ Süha Tanrıver, Medeni Usûl Hukuku, Cilt 1, Ankara-2021, s.774; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, Medeni Usûl Hukuku, 8. Baskı, Ankara-2022, s.368 vd.; Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özkes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul-2017, s.1347; Baki Kuru/ Burak Aydın, Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Cilt 1, Ankara-2021, s.564; Yavuz Alangoya/ Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usûl Hukuku Esasları, B.7, İstanbul-2009, s.189; Abdurrahim Karlı, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3.Baskı, İstanbul-2012, s.544; Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, Medeni Usûl Hukuku, 4. B, Ankara-2021, s.440; L. Şanal Görgün, / Levent Börü/ Mehmet Kodakoglu, Medeni Usûl Hukuku, 11. Baskı, Ankara-2022, s.366.

² Ses ve görüntü nakli ile duruşma yapılması yönteminde başı çeken Anglosakson hukukunda bu yöntem "Videoconferencing", Alman hukukunda ise "Videokonferenz" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Wolfgang Krüger/ Thomas Rauscher/ Jörn Fritsche, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, B.1, 6. Auflage, 2020, s.1136 vd.; Friedrich Stein/ Martin Jonas/ Dieter Leipold: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3, § 128-252, 22. Auflage, 2011, s.156; Heinz Thomas/ Hans Putzo/ Christian Seiler: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 42.Auflage, München-2021, s. 376; Hans-Joachim Musielak/ Wolfgang Voit/ Max Stadler: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 19. Neubearbeitete Auflage, München-2022, s. 665; Monica Anders/ Burkhard Gehle: Zivilprozeßordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, 80. Auflage, 2022, s.646; Hanns Prütting/ Markus Gehrlein: Zivilprozessordnung Kommentar, 13. Auflage, Köln-2021, s.599; Federal Court of Australia: Videoconferencing, <http://www.fedcourt.gov.au/services/videoconferencing-guide>; The Civil Procedure Rules of England and Wales This Practice Direction supplements CPR Part 29/1.

E-Duruşma kavramı kanun koyucu tarafından e-Duruşma Yönetmeliğinin 3. maddesinde hukuk yargılamalarında aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden, tarafın veya vekilinin duruşmaya katılmalarını ve usûl işlemleri yapabilmelerini; tanığın, bilirkişinin, uzmanın ve diğer ilgililerin dinlenilmelerini sağlayan yöntem olarak tanımlanmıştır. Esasen E-Duruşma yöntemi, ses ve görüntü nakli yoluyla gerçekleşen duruşmalar da dahil olmak üzere mümkün olan tüm yargılama işlemlerinin bu yolla gerçekleşmesini amaçlayan videokonferans yönteminin bir kesitidir. Bu bağlamda videokonferans yöntemi, kanunda belirlenen ve özel bir yargılama kesitini kapsayan duruşmaların e-Duruşma ile yapılmasını da kapsayan hatta mümkün olan tüm yargılama işlemlerinin bu yolla gerçekleşmesini amaçlayan yöntemin genel bir ifade biçimidir.

II. E-DURUŞMA YÖNTEMİNİN UYGULAMAYA GİRMESİ

E-Duruşma yönteminin hukuk yargılamasında kullanımına ilişkin ilk düzenlemeler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer almıştır. HMK m.149 hükmü ile ses ve görüntü nakli yöntemi ile taraf, tanık ve bilirkişi dinlenebileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde isticvap ve yemin delillerine başvuru hallerinde de bu işlemler hüküm verici mahkeme önünde gerçekleştirilemiyorsa, mümkün mertebe videokonferans yönteminden yararlanılması, bunun için gerekli imkânlar yoksa, istinabe yoluna başvurulması gerekliliği de ilk kez HMK m.172 ile yasal düzenleme altına alınmıştır³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 01.10. 2011 tarihinde yürürlüğe girdiği halde; Kanunun ses ve görüntü nakli ile duruşmaya ilişkin hükümleri ancak pandemi sürecinde 15 Eylül 2020 tarihinde hayata geçirilerek uygulanmaya başlanmıştır. Bu bağlamda 2020 yılı Mart ayından itibaren dünyayı ve ülkemizi etkisi altına alan COVID-19 salgınının da etkisiyle kanun koyucu hukuk yargılamasında da videokonferans yönteminin yaygın olarak kullanımının artması amacıyla 2020 yılı Temmuz ayında HMK m.149 hükmünde önemli bir değişikliğe gitmiştir. Madde hükmünde yapılan değişikliğe göre önceden her iki tarafın rızası ile başvurulabilen videokonferans yöntemine artık taraflardan birinin talebi üzerine de mahkemece karar verilebileceği düzenlenmiştir. Buna müteakip hukuk mahkemelerinde hızla gerekli altyapı hazırlıklarına başlanarak kısaca e-Duruşma adı verilen sistem ile özellikle taraf vekillerinin buldukları yerlerden online olarak taraf oldukları hukuk mahkemesi duruşmalarına katılmaları mümkün hale gelmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu haricinde ülkemizde e-Duruşma yönteminin yaygınlaşma sürecine paralel olarak yöntemin

³ Almanya'da Medeni Usûl Kanununda 2001 yılında yapılan reformla, videokonferans yöntemi ile tanıkların bilirkişilerinin ve tarafların dinlenmesi mümkün hale gelmiştir (ZPO § 128a); Bkz. Prütting/ Gehrlein, s.600; Ulf Andreas Nissen, Die Online-Videokonferenz im Zivilprozeß, Frankfurt am Main-2004, s.26.

uygulanmasına ilişkin daha detaylı usûl ve esasları içeren, HMK'nın 149. maddesinin beşinci fıkrasına dayanılarak hazırlanan "Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik" 30 Haziran 2021 tarihli 31527 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Tüm dünyayı ve ülkemizi etkisi altına alan COVID salgını ses ve görüntü nakli ile iletişimin hayatın her alanında vazgeçilmez olduğunu ortaya çıkarmıştır. Bu doğrultuda özellikle dijitalleşmenin gelişimine paralel olarak e-Duruşmanın yargılamada tam anlamıyla yaygınlaşmasıyla birlikte, en başta HMK m.149 düzenlemesi ve bununla ilgili maddelerin önemi daha da artacaktır.

III. E-DURUŞMA YÖNTEMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Dijitalleşmede yaşanan gelişmelere paralel olarak hayatın her alanında gözlenen değişim ve ortaya çıkan yeni fırsatlar, yargılama hukukuna alanında da tezahür etmiştir. Bu bağlamda daha adil bir yargılamaya için fiziki duruşmalar yanında dijitalleşmenin nimetlerinden faydalanılarak e-Duruşma yöntemi de alternatif olarak kullanılmaya başlanılmıştır. E-duruşmanın temel özelliklerinden birisi hüküm verici mahkemede tarafların, tanığın, bilirkişinin, uzmanın ve diğer ilgililerin hâkim huzurunda fiziken doğrudanlık ilkesine uygun şekilde dinlenilmesi yerine, buldukları yerden dinlenilmesine fırsat sağlamasıdır. Bunun temelinde doğrudanlık ilkenin katı biçimde uygulanmasının usûl ekonomisi bakımından yaratacağı olumsuzlukları önleme düşüncesi yatmaktadır⁴.

E-Duruşma yönteminin kullanılmaması halinde usûl ekonomisine riayet adına tarafların ve delillerin hâkim huzurunda doğrudan dinlenmesine istisna kabul edilecek diğer usûlî yöntemler arasında istinabe yoluna başvurulması (HMK m.172), naip üye vasıtasıyla delillerin toplanması (HMK m.354), tanığın yazılı ifadelerinin kabulü (HMK m.246) sayılabilir. Ancak e-Duruşma yönteminin avantajları ile sayılan vasıtalı veya uzaktan gerçekleştirilen diğer usuli işlem ve yöntemler karşılaştırıldığında mahkeme için öncelik taraflardan birinin HMK m.149 gereği talep etmesi veya mahkemenin resen gerekli görmesi halinde e-Duruşma yönteminin kullanılması olmalıdır. Eğer ki E-Duruşma yönteminin kullanılması teknik veya hukukî sebeplerle mümkün değil ise ve şartları oluşmuşsa hüküm verici mahkemenin bir üyesi olan naip hâkim görevlendirilmesi yoluna başvurulabilir. Bu seçenek de hukuken mümkün değil ise istinabe yöntemine başvurulmalı, son tercih olarak ise gerekli görülen durumlarda yazılı tanık ifadesi alma yöntemi ile delil toplanması ve değerlendirilmesi işlemi gerçekleştirilmelidir.

E-Duruşmanın diğer bir özelliği ise E-Duruşma Yönetmeliğinin m.13/1 fıkrasında belirtildiği üzere e-Duruşmanın, mahkeme huzurunda

⁴ Walter Rechberger/ Daphne Ariane Simotta, Grundriss des Österreichischen Zivilprozeßrechts: Erkenntnisverfahren, Wien-2003, s.177; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s.516; Pekcanitez/ Erdönmez Usûl, s.839

yapılan duruşma ile aynı hukukî sonuçları doğurmasıdır. Buna göre tarafların duruşmaya gelmemesi, sonuçları ve davanın açılmamış sayılması, duruşma düzeni, soru yöneltme, kayıt ve yayın yasağı, tutanak düzenlenmesi, zabıt katibinin bulundurulması zorunluluğu gibi duruşma icrasını ilgilendiren hükümler e-Duruşma içinde aynen geçerlidir. Yine e-Duruşma Yönetmeliği m.14/1 de yer alan '*e-Duruşma düzeni, mahkeme huzurunda yapılan duruşma düzeniyle aynı usûl ve esaslara tabidir.*' hükmü gereği e-Duruşma esnasında duruşma düzenini bozacak seslerin, görüntülerin, davranışların ortaya çıkması halinde hâkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 151 hükmü gereği duruşmanın düzenini bozan kimseyi, bunu yapmaktan men edebilecek ve gerekirse, avukatlar hariç, derhâl e-Duruşmaya son verebilecektir⁵.

E-Duruşmanın en önemli özelliklerinden birisi de hukuk usûlünde yargılamaya hâkim olan tüm ilkelerin, ses ve görüntü nakli ile gerçekleşen e-Duruşma için de geçerli olmasıdır⁶. Ses ve görüntü nakli ile gerçekleşen duruşmaların ilkeler bakımından tereddütler doğurması veya bu ilkelerin alt unsurlarının farklılaşması söz konusu olsa da e-Duruşma yönteminin yaygınlaşması kişilere daha kolay ulaşılmasını, engellerin ortadan kaldırılmasını, yargılamada yer alıp düşüncelerini ifade etmelerini kolaylaştıracaktır. Bunun sonucunda ise tarafların yargılamadaki etkinliği ve katılımı artacak, onlara kendisi ile ilgili yargılamada doğrudan bulunma, söz söyleme, etki etme imkânı sağlanmış olacaktır⁷.

Son olarak günümüzde tüm dünyada yargılamada ses ve görüntü naklinin kullanımının yaygınlaştırılması konusunda devletler ve Avrupa Birliği tarafından stratejik programlar hazırlanmakta, buna ilişkin altyapı yatırımları için büyük bütçeler ayrılmaktadır. Bu bakımdan e-Duruşma yönteminin artık yargılamanın vazgeçilmez bir parçası haline geldiği ve gelecekte öneminin giderek daha da artacağı konusunda usul doktrininde genel bir kabul olduğu söylenebilir.

IV. E-DURUŞMA TALEBİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.149/1 hükmüne göre taraflardan birinin bulunduğu yerden e-Duruşmaya katılabilmesi ve usûl işlemlerini yapabilmesi için açıkça bir talep şartı aranmaktadır. Mahkeme resen, tarafların sonradan rızası ile olsa dâhi e-Duruşma yapılmasına kural olarak karar veremez⁸. E-Duruşma yapılmasına başvuru hakkı olan

⁵ Alman hukukunda da benzer uygulama için bkz. Richard Zöllner/ Reinhard Greger, Zivilprozessordnung, 33. Auflage, 2020, s.557; Tanriver, s.768.

⁶ Monica Anders/ Burkhard Gehle: Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, 80. Auflage, 2022, s.648.

⁷ Muhammet Özekes, Dijital Çağda Yargılama, Adalet Erişim ve Yargılama İlkelerine Genel Bakış, Dijital Çağda Medeni Yargı, Ankara-2022, s.13-55, s.46.

⁸ Mehaz Alman Usûl Kanunu ZPO m.128a/1 hükmünde HMK'dan farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre mahkeme, tarafların, yasal temsilcilerinin ve vekillerinin duruşma süresince başka bir yerde kalmalarına ve usûlî işlemleri buradan yapmalarına, başvuru üzerine veya resen karar

taraf ve onların vekilleridir. Hatta vekil, taraf için ve taraf da tersine vekil için e-Duruşma başvurusunda bulunabilir. Kanun maddesi gereğince taraf veya vekilin kanunla kendilerine tanınan bu hakkı kullanırken mahkemeye gerekçe sunmasına, neden e-Duruşma talep ettiği konusunda mahkemeyi ikna etmesine gerek yoktur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 73 uyarınca vekil, vekil edenin iznine bağlı olmaksızın e-Duruşma talebini davaya vekaletin yasal kapsamı içerisinde kaldığı için ayrıca özel yetkiye gerek kalmaksızın, genel vekaletname ile müvekkili adına yapabilecektir⁹. Birden fazla vekil ile takip edilen dosyalarda e-Duruşmaya, ancak talepte bulunan ve talebi kabul edilen vekiller katılabilecektir (Yönetmelik m.13/2)¹⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.149/1 hükmünde açıkça belirtilmesi dahi HMK m.58 ve m.60 gereği taraflar arasında ihtiyari veya mecburi dava arkadaşlığı bulunan durumlarda e-Duruşma talebi usul hukukunda sonuçları olan bir usul işlemi olmadığından her bir dava arkadaşı birbirinden bağımsız olarak kendisi adına e-Duruşma yapılmasını ve kendisinin e-Duruşma vasıtasıyla dinlenmesini mahkemeden talep edebilecektir¹¹. Aynı şekilde davaya müdahil olan kişiler de yanında katıldığı tarafın onayına ihtiyaç duymaksızın kendisinin e-Duruşma ile davaya katılmasını ve dinlenmesini mahkemeden talep edebilecektir (HMK m.68). Bunun için karşı tarafın onayı da gerekli değildir¹².

verebilmektedir. Bkz. Nissen, s.33. Ancak tarafın duruşmaya videokonferans yoluyla katılma zorunluluğu yoktur. Yasa izin vermekten bahseder ve bu nedenle taraf, mahkeme huzurundaki sözlü duruşmaya şahsen katılmakta özgürdür. Bkz. Krüger/ Rauscher/ Fritsche, s.1137; Hal böyle olmakla birlikte HMK m.149/3'te düzenlenen istisna gereği mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.

⁹ Anders/ Gehle, s.648.

¹⁰ 'Av. İ.nin 28.03.2022 Tarihinde UYAP'a kaydedildiği, vekilin 14.04.2022 Tarihli celse için usulüne uygun olarak e-duruşma talebinde bulunduğu, ilk derece Mahkemesi hakimi tarafından da e-Duruşma talebinin UYAP üzerinden onaylanarak kabul edildiği anlaşılmalıdır; ilk derece Mahkemesi hakimince davalı vekilinin e-duruşma talebi kabul edildiği halde daha sonra talebin reddedilmesinin savunma hakkını kısıtlar nitelikte olduğu düşünülmektedir.' İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, Esas No: 2022/2209, Karar No: 2022/1973, K.T: 04.10.2022. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>

¹¹ Nedim Meriç/ Tuğçe Arslanpınar Tat: Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası, Dijital Çağda Medeni Yargı, Ankara-2022, s.189-243, s.210 vd.

¹² Krüger/ Rauscher/ Fritsche, s.1137. Meriç/Arslanpınar Tat'a göre fer'i müdahilin elektronik ortamda duruşmaya katılmasına hâkim kendiliğinden karar vermemelidir. Feri müdahilin elektronik ortamda duruşmaya katılma konusunda taraf ve vekile ilişkin esaslara tâbi olduğu düşünülmeli; tanık veya bilirkişi gibi delillerin incelenmesinde kabul edilecek esaslar fer'i müdahil bakımından uygulama alanı bulmamalıdır. Fer'i müdahilin elektronik ortamda duruşmaya katılmasını, yanında katıldığı taraf talep etmemelidir. Ancak fer'i

Buna karşın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kamusal yönü ağır basan babalık davası, evlenmenin butlanı, nüfus kayıt düzeltme davası, küçüğün korunması gibi dava ve işlerde HMK m.149/3 hükmü ile taraflardan birinin talepte bulunma zorunluluğuna bir istisna getirilmiş, taraflar talepte bulunmasa bile ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine mahkemenin resen karar verebileceği düzenlenmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.149/2 hükmü gereğince tanığın, bilirkişinin veya uzmanın e-Duruşma yolu ile buldukları yerden dinlenilmesi için tarafın talepte bulunması zorunlu değildir. Hâkim, tanığın, bilirkişinin veya uzmanın e-Duruşma yolu ile buldukları yerden dinlenilmesine tarafın talebi üzerine karar verebileceği gibi taraf talepte bulunmamış olsa bile resen karar verebilecektir. Mahkeme bu kararı verirken keyfi davranmamalı, geçerli bir sebep yok ise bu kişilerin bizzat duruşmaya katılmalarını sağlamalıdır.

E-Duruşma talebi tek taraflı bir usûl işlemidir. Taraf usûl işlemleri davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar yargılamanın ilerlemesi amacıyla, tarafların aralarında yaptıkları ya da tarafla mahkeme arasında yapılan işlemlerdir¹³. Bu işlemler, yargılamanın yürütülmesine yarayan ve bu şekilde davanın sonucuna etkili olan irade ve bilgi açıklamalarıdır. Taraf usûl işlemleri, medenî hukuk hükümlerine tâbi olmadığından, kural olarak irade fesadı sebebiyle iptal edilemezler, şarta bağlanamazlar. Ancak usûl işlemlerinin maddî bir hatadan kaynaklandığı hallerde geçersiz sayılmaları mümkündür¹⁴. Bu bağlamda e-Duruşma talebi karşılıklı şarta bağlı yapılamayacağı gibi irade sakatlığı halleri dışında geri alınamaz. Ancak pratikte talep sahibinin e-Duruşmaya katılmasına izin verilse dahi yargılamayla ilgili hakları korunarak mahkeme salonuna gelip duruşmada hazır bulunma hakkı vardır¹⁵. Bu bakımdan e-Duruşma başvurusu üzerine verilen kabul kararı, bir emir değil talep eden taraf için sadece mahkemenin buna ilişkin rızasını içeren bir ara karardır.

müdahilin elektronik ortamda duruşmaya katılmaya ilişkin geçerli bir sebebi olabilir ve fer'i müdahil istemesine rağmen yanında katıldığı taraf bu yönde bir talepte bulunmaktan kaçınabilir. Böyle bir durumda fer'i müdahile de bizzat elektronik ortamda duruşmaya katılmayı talep etme hakkı tanınmalıdır. Bkz. Meriç/ Arslanpınar Tat, s.209; Kanımızca taraf yardımcısı olarak yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasını amaçlayan fer'i müdahil, mahkemenin müdahale talebini kabul etmesinden sonra nasıl ki fiziki ortamda duruşmaya katılırken yanında katıldığı taraftan izin almıyor ise; esasen kendi menfaatini korumak için yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürerken de teknolojinin imkanlarından faydalanarak onun iznine gerek kalmadan e-Duruşma talep edebilmeli ve katılabilmelidir.

¹³ Pekcanitez/ Erdönmez Usûl, s.436.

¹⁴ Abdurrahim Karşlı, Medeni Usûl Hukukunda Usûlü İşlemler, İstanbul-2001, s.104, Pekcanitez/ Erdönmez Usûl, s.438.

¹⁵ Nissen, s.37, 105; Meriç/ Arslanpınar Tat, s.211.

Tek taraflı bir usûl işlemi olan e-Duruşma başvurusuna ilişkin talep usûlü Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre e-Duruşma, UYAP mobil uygulamaları, avukat veya vatandaş portalı üzerinden duruşma gününden en az iki iş günü önce mahkemesinden talep edilecektir. Maddede kastedilen talebin yapılacağı mahkeme, davanın görüldüğü mahkemedir. Her ne kadar madde metninde e-Duruşma talebi için özel bir şekil şartı belirtilmiş olmakla birlikte başvurunun, sözlü olarak mahkeme tutanağına geçirilmek suretiyle veya duruşma gününden en az iki iş günü öncesinden mahkemeye sunulacak yazılı bir dilekçe ile de yapılabilmesi mümkün kılınmalıdır¹⁶.

V. E-DURUŞMA KARARI

Tarafların ve ilgililerin e-Duruşmaya katılabilmek ve usûl işlemlerini yapabilmek için yapacağı talep üzerine mahkemenin e-Duruşmaya ilişkin e-Duruşma Yönetmeliği m.9/2'de yer alan ön şartların mevcut olup olmadığı ve yöneme izin verip vermeyeceği konusunda takdir yetkisi vardır. Bu bağlamda mahkeme tarafların talebine rağmen gerekçesini göstermek suretiyle e-Duruşma talebini reddedebilir. Kanun koyucunun hukuk yargılamasında videokonferanslara izin verme adımı her ne kadar teknolojik gelişmeler bunu gerektirse de cesur bir adımdır. Bu nedenle kanun koyucu iletişim teknolojisinin yeni imkânlarından yararlanmayı bariz bir şekilde taraflar açısından gönüllülük esasına dayandırmış, karar verici mahkeme açısından da bu konuda takdir yetkisi bırakarak çekingen bir şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanununda tanzim etmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun madde ile e-Duruşmaya “izin verme” konusunda tarafın talep şartının bulunmasına karşılık mahkemeye de izin konusunda mecburiyet yüklememesinin, bu talebi kabul veya ret konusunda takdir hakkı tanınmasının temeli bu şekilde yorumlanabilir¹⁷.

Mahkemenin, tarafların veya ilgililerin e-Duruşma talebi üzerine takdir yetkisini kullanarak vereceği kararın türü Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası

¹⁶ '6100 sayılı HMK'nın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası başlıklı 149. maddesi uyarınca Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usûl işlemleri yapabilmelerine karar verebilir. Davalı tarafça bu husustaki talebin usûlüne uygun ve süresi zarfında yapılmadığı gözetildiğinde ve ilk derece mahkemesince bu yönde bir ara karar da kurulmadığından ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma yapılmamasının hatalı olduğu yönündeki davalının istinaf itirazı da yerinde bulunmamıştır.' Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi, Dosya No: 2022/640, Karar No: 2023/40, K.T: 12/01/2023. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>. Kanımızca e-Duruşma talebi süresi içerisinde yapılmamış olsa bile mahkemeye talebin süre nedeniyle reddine ilişkin ara karar kurulmaması usûlî bir eksiklik teşkil etmektedir.

¹⁷ Nissen, s.70.

Hakkında Yönetmeliğin m.9/1 fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Buna göre e-Duruşma talebi hakkında hâkim, duruşma gününden en az bir iş günü önce kabul veya ret kararı verebilecektir. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmeliğin m. 9/2 fıkrasında fıkrada sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde mahkemeye e-Duruşma talebini gerekçesini göstermek suretiyle reddetme yetkisi tanınmıştır. Bu sebepler talebin süresinde yapılmaması¹⁸, talebin hakkın kötüye kullanılması veya yargılamayı sürüncemede bırakma amacı taşınması¹⁹ ve e-Duruşma yapılmasını zorlaştıran hukuki, fiilî veya teknik engellerin bulunması şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır.

Hüküm ile mahkemenin redde ilişkin takdir yetkisini kullanırken dikkate alacağı kriterler açıkça normlaştırılmıştır. Öyle ki bunlar HMK m.149 hükmünün düzenlenme amacından da çıkarılabilecek nedenlerdir. Mahkeme Yönetmelik hükmünde sayılan sebeplere binaen takdir yetkisini kullanırken kendisine takdir yetkisi tanınmasında yatan hukukî düşüncenin peşinden gitmeli, somut olayın şartlarını dikkate alarak Yönetmelik hükmü tarafından gösterilen istikamette karar vermeye gayret etmelidir²⁰.

¹⁸ 'Somut olayda; davalı vekili Av. N., 16/01/2023 tarihinde UYAP üzerinden gönderdiği dilekçesi ile başka yer adliyelerindeki duruşmaları nedeniyle 17/01/2023 tarihli duruşma için e-duruşma talebinde bulunduğunu, olası teknik aksaklıklar durumunda tüm gün mazeretli sayılmasını, yokluğunda davanın reddine karar verilmesini istediğini bildirmiş, mahkemece e-duruşma talebi, süresinde yapılmadığı gerekçesiyle aynı gün reddedilmiştir. Davalı vekilinin e-Duruşma talebi, duruşma gününden en az iki iş günü önce yapılmadığından süre yönünden talebin reddine karar verilmesinde usul ve yasaya aykırılık yoktur. Basit yargılama usulüne tabi davada, yargılamaya devamla tanıklar dinlenmek suretiyle karar verilmiş olması, savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul edilemez.' İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi, Dosya No: 2023/520, Karar No: 2023/938, K.T: 23/05/2023. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>

¹⁹ 'Tarafların e-duruşma talebinin yanında duruşmaya bağlanamaması halinde mazeretli sayılmasına ilişkin talebi üzerine, mahkemece dört sefer tarafların bağlanamadığı gerekçesiyle her seferinde duruşmanın ertelenmesi, ön inceleme duruşmasının dahil yapılamaması halinde, mahkemece bu durum gerekçede belirtilerek taraf vekilinin e-duruşmaya teknik aksaklık nedeniyle katılamaması şeklindeki mazeret talebinin hakkın kötüye kullanılması veya yargılamayı sürüncemede bırakma amacı taşınması gayesi güdüldüğü için (Yön. 9/2-b) reddine, taraflarca takip edilmeyen dava dosyasının HMK 150/1 ve 320/4 maddeleri gereğince davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi kanaatimizce de usul ekonomisi ilkesine ve dürüstlük ilkesine uygundur.' Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesi, Dosya No: 2023/1248, Karar No: 2023/1385 K.T: 06/04/2023. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>

²⁰ 'Somut olayda; davacı vekilince 04.10.2022 tarihli e-Duruşma talepli dilekçe ile 05.10.2022 tarihli duruşmaya İstanbul Anadolu Adliyesindeki yoğun duruşmalar nedeniyle e duruşma yapılması talebi gönderilmiş ise de; duruşma günü (05.10.2022 saat 10.21'de) saat 11.05 de yapılacak olan duruşmaya aynı gün 11.10 da İstanbul Anadolu 27. İş Mahkemesinde görülen 2019 /554 Esas sayılı dosyaların duruşması olması sebebiyle katılamayacağına dair mazeret dilekçesi gönderildiği; Mahkemece "Davacı vekilinin mazeret dilekçesinde İstanbul Anadolu 27. İş mahkemesine görülen 2019/554 esas sayılı dosyasında duruşmasının olduğunu beyan ettiği ve mazeretli sayılmasını

Mahkemenin e-Duruşma talebinin kabul veya reddine ilişkin vereceği karara karşı tarafa kanun yollarına başvurma imkânı tanınmamıştır. Mahkemece verilen kabul veya ret kararı kesindir (Yön. m.9/1). Mahkemenin takdirine rağmen, verilen kararın hukuka aykırılığı ancak nihai karara karşı yapılan kanun yolu başvurusunda ileri sürülebilir. Örneğin e-Duruşma talebinin reddi nedeniyle başka türlü elde edilemeyecek olan delillerin tüketilmediği şekilde karara itiraz edilebilir. Yine e-Duruşma esnasındaki teknik arızalar nedeniyle iletişimin yeterince sağlanamadığı bununda sözlülük, hukukî dinlenilme ve adil yargılanma hakkını kısıtlayarak esasa etkili usûl hatası olduğu şeklinde nihai karara itiraz edilebilir²¹.

VI. E-DURUŞMA YÖNTEMİNİN İCRASINA İLİŞKİN SORUNLAR VE DEĞERLENDİRMELER

E-Duruşma yönteminin özellikle usul ekonomisi yönünden sunduğu avantajlarla birlikte e-Duruşma icrası esnasında çeşitli yasal ve pratik sorunlarda ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda e-Duruşma esnasında ilkel hukuki korumaların nasıl sağlanacağı veya teknik aksaklık ortaya çıkması halinde oluşabilecek usuli sorunlar bunlardan belli başlılarıdır.

A- İLKESEL BAKIMDAN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan biri olan aleniyet ilkesi, yargılamanın yapıldığı yere yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin serbestçe girip yargılamayı izleyebilme imkânını ve hükümlerin,

talep ettiği, aynı zamanda e duruşma talebi gönderdiği, e duruşma talebinin kabul edildiği, Hakim UYAP sistemi üzerinden yapılan kontrolde İstanbul Anadolu 27. İş mahkemesinin 2019/554 esas sayılı dosyasının kontrol edildiği ancak sistemin aranılan kayıt bulunamadı şeklinde uyarı verdiği, bu hususun ekran görüntüsü alınarak ilgili evrakın dosya arasına eklendiği, bunun üzerine duruşma katibi tarafından davacı vekilinin telefonla iki kez arandığı ancak davacı vekilinin telefonu meşgule aldığından anlaşıldığı, davacı vekilinin mazeretinin reddi ile taraflarca takip edilmeyen dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verildiği ve süresinde yenilenmeyen davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmış olup; Mahkemece, davacı vekilinin e-duruşma talebi üzerine e-duruşma yolu ile arandığı; mazeretinde belirtilen dosyanın sistemde kaydının bulunmadığı, ekran görüntüsünün alındığı, davacı vekilince de istinaf dilekçesinde bu hususlar doğrulandığı ve istinaf aşamasında dahi mazeret dilekçesinde belirttiği İstanbul Anadolu Adliyesindeki duruşmaya dair mazeretini belgeleyen her hangi bir evrak sunmadığı görülmüş olup; Mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinde isabetsizlik yoktur. Bu itibarla usûl ve kanuna uygun bulunan karara karşı, davacı vekilinin ileri sürdüğü istinaf itirazları yerinde görülmemiştir. Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, Dosya No: 2023/584, Karar No: 2023/534, K.T: 29/03/2023; <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm> Seyfullah Edis, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 30 (1973), s.169-196, s.181. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/631763> E.T:03.04.2023.

²¹ Stein/ Jonas/ Leopold; Rn.36.ff; Schultzky NJW 2003, 318; Zöllner/ Greger, s.558.

yargılamanın tarafı olmayanlarca öğrenilmesini sağlayacak şekilde açıklanması gereğini ifade eder²². Yargılama sırasında halkın duruşma salonuna girerek duruşmaları izleyebilmesi aleniyet ilkesinin esası ve temel bir hak olarak kabul edilmekle birlikte kişilik haklarının gelişmesi, özel hayatın gizliliğinin korunması, pandemi gibi salgın hastalık durumlarında veya fiziken biriken kalabalık nedeniyle duruşma salonunun yetersiz kalması gibi hallerde hem duruşma düzen ve disiplinin korunması hem de aleniyetin sağlanması zor olabilir. Burada örnekleri verilen hallerde olduğu gibi fiziki zorluk ve imkânsızlık durumlarında aleniyet ilkesinin korunması için duruşmanın canlı olarak ses ve görüntü nakli yolu ile halka açık hale getirilmesi günümüz teknolojik imkânları ile mümkün hale gelmiştir. Dijital aleniyet olarak adlandırabileceğimiz yöntem sayesinde kamuyu ilgilendiren TBMM oturumları, belediye meclis toplantıları nasıl ki ses ve görüntü nakli ile halka açık ve şeffaf bir şekilde gerçekleştiriliyorsa halk duruşma salonundaki yargılamaya da tek taraflı olarak bağlanabilecek ve kendisi adına yapılan yargılamayı izleyebilecektir²³. Bununla birlikte e-Duruşmanın dijital aleniyet uygulanarak halka açık olması kararı kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması, tasarruf ilkesi kapsamında tarafların iradelerine bırakılmalıdır. Bu bağlamda taraflardan birinin talebi halinde dijital aleniyet ilkesinden vazgeçilerek sadece taraflara ve ilgililere açık bir e-Duruşma gerçekleştirilmelidir.

E-Duruşma esnasında doğrudanlık ilkesinin nasıl uygulanacağı sorusu da değinilmesi gereken hususlardan birisidir. Doğrudanlık ilkesi, davanın açılmasından hüküm verilinceye kadar ki bütün delil toplama evrelerinin, kararı verecek olan hâkim veya hâkimlerin denetiminde ve gözetiminde gerçekleşmesinden sonra bu şekilde elde edilen delillerin araya fazla zaman girmeden değerlendirilerek, içlerinden adil bir hüküm tesisine doğrudan doğruya katkı sağlayacak olanların mahkeme tarafından seçilmesini konu alan bir usûl hukuku ilkesidir²⁴. Doğrudanlık ilkesi şekli anlamda doğrudanlık ve maddî anlamda doğrudanlık olmak üzere ikiye ayrılır. Şekli anlamda doğrudanlık ilkesine göre mahkeme

²² Kiper'e göre aleniyet ilkesinin diğer ismi "delil ikâmesinin taraflara açıklığı ilkesi"dir. Bkz. Osman Kiper, Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara-1995, s.36; Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara-2005, s.19; Nesibe Kurt Konca, Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara-2009, s.12.

²³ Ülkemizin de üyesi bulunduğu Avrupa Konseyi bünyesinde faaliyet gösteren Avrupa Yargının Etkinliği Komisyonunca hazırlanan (CEPEJ) 30 Haziran 2020 tarihli yönergede elektronik duruşmalarda aleniyetin ve kamusalığın sağlanabilmesi için vatandaşların eş zamanlı olarak duruşmalara katılmalarına izin verilebileceği ya da kayıtların mahkemelerin web sitelerine yüklenebileceği, katılmak isteyen halka da sistemle ilgili bilgilendirme videoları hazırlanarak gerekirse özel hazırlık oturumları düzenlenmesi, mahkemede uyulması gereken kurallar hakkında bilgi verilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. (CEPEJ- Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings- m.12, 35-38-39).

²⁴ Aziz Serkan Arslan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara-2012, s.7.

tarafları, müdahilleri ve yargılamanın diğer ilgililerini kendi hakları ile bağlantılı olarak dinlemeden, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili hususları huzurunda aydınlatmadan ve kanunda belirtilen istisnai haller dışında delilleri huzurunda incelemeyen hüküm vermemelidir. Maddi anlamda doğrudanlık ise şekli doğrudanlık uygulanarak elde edilen deliller arasında olayın çözümüne katkı sağlayacak en uygun delilin kullanılmasıdır. Ses ve görüntü nakli şeklinde gerçekleşen e-Duruşma yöntemi doğrudanlık ilkesi türlerinden şekli anlamda doğrudanlık ilkesi ile daha yakın ilişki içerisindedir.

E-Duruşma yöntemiyle hâkimi taraflarla ve delillerle ekran karşısında da olsa bir araya getirmek tam anlamıyla klasik duruşma seyrinden farklılık arz etse ve ilgilinin duruşmada bulunması sonucu ifadelerinin doğruluğu açısından hâkimde oluşacak kanaatte nispi bir azalmaya neden olsa da usul ekonomisi açısından diğer dolaylı dinleme usûllerine göre tercihe şayandır²⁵. Dijital doğrudanlık olarak adlandırabileceğimiz bu yöntem sayesinde e-duruşma esnasında katılım suretiyle de olsa tarafların, vekillerin, tanığın, bilirkişinin ya da uzmanın beyanlarını doğrudan hükmü verecek olan hâkim dinleyeceği için sözlülük ve doğrudanlık ilkesinden vazgeçilmemiş olacaktır²⁶. Ayrıca dijital ortamda gerçekleşecek bir duruşmada, özellikle güçlü tarafın lehine olan psikolojik üstünlük ve baskının daha az olacağı söylenebilir.

B- MEVZUATA İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

E-Duruşma yönteminin uygulanmaya başlanmasıyla birlikte mevzuata ilişkin olarak bazı konuların yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Tarafların e-Duruşma başvurusu yaparken gerekçe

²⁵ Benjamin Glunz, Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik, 2012, s.71 vd.; Nesibe Kurt; Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruluk İlkesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 619; Pınar Çiftçi: "Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medeni Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler", 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/>, E.T.: 23.11.2021).

²⁶ Doktrinde bir görüş e-Duruşma ile aslında doğrudanlık ilkesinden vazgeçilmediğini sadece görünümünün değiştiğini bu nedenle e-Duruşmadaki doğrudanlığın sanal doğrudanlık şeklinde adlandırılacağını belirtmektedir. Sanal doğrudanlık, doğrudanlık ilkesinin istisnalarını ortadan kaldıracak niteliktedir. Klasik anlamda doğrudanlık ilkesinin istisnalarına başvurmak yerine elektronik ortamda duruşmaya katılma olanağının sunulmasıyla istinabe yapılmak suretiyle bir tarafın, tanığın, bilirkişinin veya uzmanın dinlenmesi yerine elektronik ortamda duruşmaya katılma olanağı kullanılacaktır. Böylelikle doğrudanlık ve sözlülük ilkesi, istisnaya uğramadan sanal da olsa uygulanmış olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Meriç/ Arslanpınar Tat, s.202 vd. Kanımızca 'sanal' kelimesi gerçekte olmayan, zihinde tasarlanan imgeleri çağrıştırdığı için çalışmamızda dijital doğrudanlık ifadesi kullanılmıştır.

sunma mecburiyetinin olup olmadığı uygulamada ortaya çıkan sorunlardan biridir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.149/1 hükmü taraflara ve vekillere duruşma salonundan başka bir yerde bulunabilmek ve orada yargısal işlemler yapabilmek için başvurma hakkı tanımıştır. Kanun maddesi gereğince taraf veya vekilin kanunla kendilerine tanınan bu hakkı kullanırken mahkemeye gerekçe sunmasına, neden e-Duruşma talep ettiği konusunda mahkemeyi ikna etmesine gerek yoktur²⁷. Hal böyle olmakla birlikte e-Duruşma Yönetmeliğinin 'e-Duruşma Talep ve Usûlü' başlıklı 8.maddesi 'Taraflardan biri veya vekili, duruşmaya e-Duruşma Sistemi yoluyla katılmayı, usûl işlemleri yapmayı ya da tanığın, bilirkişinin veya uzmanın e-Duruşma Sistemi yoluyla dinlenilmesini gerekçesiyle birlikte mahkemeden talep edebilir.' şeklinde gerekçe zorunluluğunu içerecek şekilde kaleme alınmıştır. Kanun maddesi tarafından tarafların mahkemeye kolayca ulaşım ve hak arama imkânını

²⁷ 'Somut olayda; Gaziantep 2. Tüketici mahkemesi nezdinde açılıp görevsizlik ve yetkisizlik kararları ile Bakırköy 11. AHM sine gönderilen dava dosyasının Gaziantep Barosuna kayıtlı davacı vekilce takip edildiği, davacı vekilinin mazeretlerinin aynı tarih ve saatlerde Gaziantep ilinde duruşmaları olduğunu belgeler ilgili mahkeme duruşma zabıtları ekli olarak gönderilip, aynı dilekçelerde e-duruşma talebinde de bulunduğu, mahkemesince e-duruşma talebine yönelik olumlu olumsuz herhangi bir hüküm kurulmadan ve belgelendirilmesine karşın geçersiz kabul edilen mazeret dilekçelerinin usûlüne uygun olduğu, mazeretlerin kabulü ile yargulamaya devam edilmesi gerekir iken aksi kanaat ile dosyanın işlemden kaldırılması ve davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi isabetli değildir.' İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 46. Hukuk Dairesi, Dosya No: 2021/2345, Karar No: 2021/2362, Karar Tarihi: 09/12/2021.
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>

Araalan'da e-Duruşmaların, avukatlar tarafından UYAP üzerinden gönderilen taleplerde herhangi bir yazılı gerekçe koşuluna bağlı kılınarak e-Duruşmanın icrasının mahkeme ve ilgili hâkimin rızasına bağlı kılınmasını, uygun bir yaklaşım olarak değerlendirmemiştir. Zira avukatların, e-Duruşma konusunda gösterecekleri yazılı gerekçeler ve bu durumun hâkimlerin takdirine bırakılması uygulamanın sübjektif birtakım değerlendirmeler ile bertaraf edilmesinin önünü açmaktadır. Örnek vermek gerekirse, avukatların e-Duruşma taleplerinde kendilerinde olmadığı halde Covid-19 riskini ileri sürerek bu taleplerin hâkimlerce kabul edilebilmesine rağmen, bir avukatın mekân olarak başka uzak bir yerdeki duruşma saatinin bir öncekine yakın bir zamanda görülecek olması sebebiyle bunu gerekçe göstererek talepte bulunduğu durumlarda, bu talebin reddedilebilmesi imkân dahilinde olacaktır. Araalan'a göre tüm bu olgulardan bağımsız olarak, teknolojik bir yöntemin kullanılmasının herhangi bir yazılı gerekçeye bağlanması ve bu durumun hâkimlerin takdirine bağlı kılınması, bu olguya sıcağın bakmayan ve kuşku ile bakan yargı mensupları açısından bu uygulamanın yaygın şekilde uygulanmasını kısıtlayacaktır. Ülkemizde UYAP örneğinden de hatırlanacağı üzere, UYAP'ın ilk uygulandığı dönemlerde elbette ki, birtakım altyapı sorunları nedeniyle bu hususta bazı sıkıntılar yaşanmaktaydı. Ancak, görülen odur ki, teknolojik gelişmeler başta tepki ile karşılanmasına rağmen büyük ölçüde zaman ve masraf yönünden tasarruf sağlamakta ve UYAP örneğinde de görüldüğü üzere yargı mensuplarının işlemlerini gündelik hayatta ve özellikle Covid-19 döneminde oldukça kolaylaştırmıştır. Bkz. Cemal Araalan, <https://www.hukukvebilisimdergisi.com/yargida-e-durusma-donemi/> Yargıda e-Duruşma dönemi (Erişim: 13.06.2022). (Araalan-Bilişim, E-makale)

kolaylaştıran bir normun yönetmelik hükmü ile sınırlandırılması normlar hiyerarşisine ve kanun koyucunun amacına aykırılık teşkil edecektir. Anayasa'nın 138. maddesinde de yer alan, "Normlar hiyerarşisi" ilkesi uyarınca, hukuk kuralları yukarıdan aşağıya doğru "Anayasa", "Kanun", "Kanun Hükmünde Kararname", "Tüzük", "Yönetmelik" ve "Diğer alt düzenleyici işlemler (Yönerge, Genelge vb.)" şeklinde sıralanmakta olup, alt kademe yer alan bir normun üst kademedeki norma aykırı olması ya da onun kapsamını aşan düzenlemeler içermesi mümkün bulunmamaktadır. Bu durum, "Genel kurallar, usûlü dairesinde değiştirilinceye veya kaldırılıncaya kadar, düzenleyici işlem tesis etme yetkisi olan makam ve kurumları da bağlar" şeklinde ifade edilen "Tu patere legem quam facisti" prensibi ile izah olunmaktadır. Bu ilkenin doğal sonucu olarak, normlar hiyerarşisinde üst kademe yer alan yasal kurallara aykırı düzenleyici tasarrufların idare tarafından yürürlüğe konulmasının hukuka aykırı olacağı şüphesizdir.

Mevcut e-Duruşma Yönetmeliği, HMK m.149/5 hükmüne dayalı olarak hazırlanmakla birlikte kanun hükümlerine açıklık getirmesi temel amaçtır. Bu açıdan kanunu tamamlayıcı olarak idare tarafından hazırlanan yönetmelik ile kanun tarafından tanınan bir hakkın sınırlandırılması normlar hiyerarşisi ve kanunun amacı ile bağdaşmaz. Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde, kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi gereklidir²⁸. Bu bağlamda mahkemelerin tarafların e-Duruşma

²⁸ 'Kamu kurum ve kuruluşlarınca kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yapılan düzenleyici kurallara "Yönetmelik" denilmektedir... Yürürlükte bulunan 1982 tarihli Anayasa'nın 124. maddesinde ise, kamu kurum ve kuruluşlarının yönetmelik çıkarabilecekleri hükmüne yer verilmiş, yönetmeliklerin tümünün Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğu kaldırılmıştır... Yürütme organının yönetmelik çıkarma yetkisi kanunların yürütülmesi görevinin idareye ait olmasından kaynaklanmaktadır. Kanunları yürütmekle yetkili kılınan idare bu işlevini açıklayıcı ve ayrıntılı düzenlemeler yaparak yerine getirebilecektir. 1961 ve 1982 Anayasalarında idarenin yönetmelik çıkarmaya yetkili olduğunun belirtilmesi de bunu doğrulamaktadır. Bu itibarla, idarenin kanunların uygulanması yönünden yönetmelik çıkarması için yasada ayrıca yetki verilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak, bazı kanunlarda idarenin yönetmelikle düzenleme yapması öngörülmektedir. Bu gibi durumlarda idare yönetmelikle düzenleme yapmak zorundadır. Kanunlarda yönetmeliğe ilişkin hüküm bulunmaması halinde yönetmelik çıkarıp çıkarmamak idarenin takdir hakkı kapsamına girmektedir. İdare takdir hakkına dayanarak kanunlarda açık hüküm olmasa dahi yönetmelik çıkarabilir. Bu husus yürütme görevinin doğası gereğidir... Yazılı normlar, Anayasa, Milletlerarası Andlaşmalar, Kanun, Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük ve Yönetmeliklerdir. Normlar hiyerarşisinin zirvesini Anayasa, alt basamağını ise Yönetmelik oluşturmaktadır. Bu nedenlerle çıkarılan yönetmeliklerin üstün normlarla çatışmaması gerekir. İçtihat uyumsuzluğuna neden olan yönetmeliğin üstün normlarla çatışıp çatışmadığının saptanması zorunlu görülmüştür. Buna karşılık yönetmelik, kanunu açıklayan, kanunun uygulanmasını sağlayan ve kanunu tamamlayan bir idari tasarruftur. Yönetmelikle kanun arasında organik bağ mevcut olup, yönetmelik kanuna bağımlıdır... Bu sebeple öncelikle üstün norm olan kanunun, kanuna aykırı olmayan hallerde ise yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekir. Bir başka anlatımla; kanunla yönetmeliğin çatışması halinde üstün norm durumunda bulunan kanuna değer verilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi zorunludur... Yargıtay'ın süregelen uygulamalarında

taleplerinde Yönetmeliği dayanak yaparak gerekçe araması hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Kanun hükmünün yönetmelik ile daraltılmasına ilişkin bir diğer sorun e-Duruşma Yönetmeliği m.11/4 ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.172/2 hükmü arasında da sözkonusudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.172/2 hükmü gereğince isticvap olunacak kişi hastalık, engellilik veya benzeri sebeplerle mahkemeye bizzat gelemeyecek durumda ise bulunduğu yerde isticvap olunur. Maddeye göre isticvap olunacak kişi mahkemenin bulunduğu ilde oturmasına rağmen şahsen mahkemeye gelerek hazır bulunmasının önünde önemli bir engeli var ise kişi mahkemeye bulunduğu yerdeki mesken veya kurumdan katılarak isticvap olunmak için bir talepte bulunabilir. Mahkemede bu durumda e-Duruşma ile isticvap yapılmasına izin verebilir²⁹. HMK m.172/2'de yer alan hastalık, engellilik veya benzeri sebepler şeklinde ifade edilen istisnai haller e-Duruşma Yönetmeliği m.11/4 hükmü ile daraltılmış ve sadece hastalık, yaşlılık veya engellilik sebebine hasredilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye kanun ile tanınan takdir yetkisi yönetmelik ile sınırlandırılmıştır. Normlar hiyerarşisi gereği yönetmelikler kanuna aykırı olamayacağı gibi öncelik kanunundur. Mevcut yönetmelik HMK m.149/5 hükmüne dayalı olarak hazırlanmakla birlikte kanun hükümlerine açıklık getirmesi temel amaçtır. Bu bağlamda kanunu tamamlayıcı olarak idare tarafından hazırlanan yönetmelik ile kanun tarafından tanınan bir hakkın sınırlandırılması normlar hiyerarşisi ve kanunun amacı ile bağdaşmaz. Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde, kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi gereklidir³⁰.

ayırım yapılmaksızın yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde, kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Yönetmeliğin kanuna bağımlı olması açıklanan şekilde yorum ve uygulama yapılmasını gerektirmektedir'. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 22.03.1996 tarihli 1993/5 E, 1996/1 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

²⁹ İbrahim Özbay, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? 1. Baskı, Ankara 2012, s.194; Uğur Yağcı, İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2 (2012), s.285-308, s.299.

³⁰ *'Normlar hiyerarşisinin zirvesini Anayasa, alt basamağını ise Yönetmelik oluşturmaktadır. Bu nedenlerle çıkarılan yönetmeliklerin üstün normlarla çatışmaması gerekir. Öğretide türevsel bir yetki olarak kabul edilen idarelerin yasa kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisinin yasama organının çizdiği sınırlar içinde ve üst hukuk normlarına aykırı olmamak kayıt ve şartına bağlı olarak gerçekleşebileceği belirtilmektedir. Bkz. İsmet Giritli/ Pertev Bilgen/ Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul, 2006. Somut olayda ; kanundan daha alt düzeyde olan ve kanunun çizdiği sınırları daraltamayacak nitelikte hükümlere sahip olması zorunlu olan 2009/139 sayılı Genelge ile; Kanunun ilgililere tanıdığı imkânın daraltıldığı anlaşılmakta olup, davacının prime esas kazancı eksik bildirmiş olmasının söz konusu prim indiriminden yararlanmasına engel teşkil edeceğine ilişkin bir hükmün Kanunda yer almadığının; ayrıca 2009/31 sayılı Genelge'de yer alan daraltıcı hükmün daha sonraki tarihli 2011/45 sayılı Genelge ile yayımı tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış olduğunun anlaşılması karşısında, prime esas kazancın eksik bildirilmesinin*

Ön inceleme safhasında e-Duruşma yönteminin kullanılmayacağına dair HMK'da ve e-Duruşma yönetmeliğinde özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususta sadece Adalet Bakanlığının hazırladığı soru cevap kılavuzunda kısaca 'Ön İnceleme duruşmaları gibi imza zorunluluğu olan duruşmalarda e-Duruşma yapılabilir mi?' sorusuna cevaben 'Ön İnceleme gibi imza zorunluluğu gereken duruşmalarda şu an için e-Duruşma yapılamamaktadır.' şeklinde bir bilgi notu bulunmaktadır³¹. Ancak katalogta yer alan sorunun cevabının gerekçesi yetersiz ve e-Duruşma yönteminin amacına aykırıdır. Zira HMK m.140 gereği ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp alamadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu ilişkin tutulan ve altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanan tutanak için katalogta gerekçe gösterilen imza zorunluluğu; yargılama sürecinde yer alan isticvaptı, yeminde, tanık dinlenmesi safhalarında da vardır. Ancak bu işlemlerin imza zorunluluğu nedeniyle e-Duruşma ile yapılamayacağına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Ayrıca Elektronik İmza Kanunu m.5'te 'Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur.' hükmü yer almaktadır. Uygulamada e-Duruşmaya ilgililerin zaten elektronik imza ile katılabildiği de göz önüne alındığında 'imza zorunluluğunun yerine getirilememesi nedeniyle' öninceleme safhasında e-Duruşmaya kabul edilmeme gerekçesinden vazgeçilerek e-Duruşma yönteminden ve sağladığı faydalardan ön inceleme safhasında da yararlanılmasında tereddüt edilmemelidir³².

C- USULE İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

E-Duruşma öncesinde veya e-Duruşma sırasında taraf veya vekilin kusuru olmaksızın teknik sebeplerden dolayı bağlantının sağlanamaması veya bağlantı sağlanmış olsa bile görüntü ya da seste kopmalar yaşanması, hatta bir katılımcı tarafından kasıtlı olarak kesilmesi durumu da usûlî sorunlara neden olan bir konudur.

Öncelikle E-Duruşma öncesinde veya e-Duruşma sırasında taraf veya vekilin kusuru olmaksızın teknik sebeplerden dolayı bağlantının sağlanamaması veya bağlantı sağlanmış olsa bile görüntü ya da seste kopmalar yaşanması gibi nedenlerle e-Duruşmanın yapılamaması hâlinde, ilgili taraf veya vekil yönünden HMK'nın 150. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen taraf veya vekilinin duruşmaya katılmamasına ilişkin dosyanın işlemiden kaldırılması yaptırımını uygulanmaz. Aksi halde taraf veya vekili kendilerinden kaynaklanmayan bir sorun nedeniyle önemli hak kayıplarına uğrayabilecektir. Bu durumda teknik aksaklık giderilinceye kadar duruşmaya ara verilmesi ve bu hususun mutlaka

söz konusu maddeden yararlanılmasına engel teşkil etmeyeceği yönündeki Mahkeme kabulü yerindedir. Yargıtay 10.HD. 2011/2500 E., 2021/9052 K., 17.05.2012 T. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>

³¹ <https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/kullanım-kilavuzu>

³² Aynı yönde diğer bir görüş için Bkz. Meriç/ Arslanpınar Tat, s.232.

tutanak altına alınması gerekliliği Türkiye'nin de imzaladığı CEPEJ Videokonferans Yönergesi m.9'da ve e-Duruşma Yönetmeliği m.13/8,9'da açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık mahkemede teknik imkanların hazır edildiği, insicamlı şekilde e-Duruşmaların yapıldığı bir ortamda tarafın kendi teknik imkanlarının yetersizliğinden dolayı e-Duruşmaya zamanında katılamaması, ses ve görüntü bağlantısını kuramaması halinde teknik sorunun kaynağı kendisi olacağı için, kişinin kendi kusuruna dayanarak kendi lehine haklar doğuramayacağı yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşecektir.

O halde burada önemli olan husus e-Duruşmanın yapılamamasına neden olan teknik sorunun kaynağıdır. Bu bağlamda teknik sorunun kaynağı taraf veya vekilin kusuru ise bu durumda HMK'nın 150. maddesi hükmü gereğince taraf veya vekili duruşmaya katılmamış sayılacak ve buna ilişkin davanın açılmamış sayılması gibi sonuçlara katlanmak zorunda kalacaktır. Bu konuda Yargıtay, e-Duruşmaya teknik aksaklık nedeniyle katılamamakta kusursuz olduğunu ispatlama yükünün e-Duruşmaya katılmayan tarafın üzerinde olduğu görüşündedir³³.

Bu konuda Yargıtay'ın görüşüne katılmamaktayız. Zira mahkeme, e-Duruşmanın yapılamamasına neden olan teknik sorunun taraf veya vekilin kusurundan mı yoksa onların kusuru olmaksızın teknik sebeplerden mi kaynaklandığı konusunda tereddüt içerisinde ise kanun koyucu bu durumun tespiti için mahkemeye Adalet Bakanlığından

³³ 'Davacının 23.06.2022 tarihli celseye mazeretsiz katılmayarak davayı ikinci kez takipsiz bırakması nedeniyle İlk Derece Mahkemesince 6100 sayılı Kanun'un 150. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığı, davacı vekili duruşmaya e-Duruşma sisteminden kaynaklı arıza nedeniyle katılmadığını ileri sürmüştü ise de duruşma saatinde davacıdan kaynaklanmayan sistemsel arıza yaşandığına dair davacının soyut iddiası dışında hiçbir delil bulunmadığı, bu itibarla usul ve kanuna uygun bulunan karara karşı davacı vekilinin ileri sürdüğü istinaf itirazlarının yerinde görülmediği gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir... Temyizen incelenen karar, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, uyumsuzluğa uygulanması gereken hukuk kuralları ile hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile kararda belirtilen gerekçelere göre usul ve kanuna uygun olup davacı vekili tarafından temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir. Yargıtay 9. HD; Esas No: 2022/17747, Karar No: 2023/1672; K.T.08.02.2023.; Yargıtay 9.HD; Esas No: 2022/17746, Karar No: 2023/1671; K.T.08.02.2023; 'Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararıyla; davacının 24.11.2022 tarihli celseye mazeretsiz katılmayarak davayı ikinci kez takipsiz bırakması nedeniyle İlk Derece Mahkemesince 6100 sayılı Kanun'un 150 nci maddesinin altıncı fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığı, davacı vekili duruşmaya e-duruşma sisteminden kaynaklı arıza nedeniyle katılmadığını ileri sürmüştü ise de duruşma saatinde davacıdan kaynaklanmayan sistemsel arıza yaşandığına dair davacının soyut iddiası dışında hiçbir delil bulunmadığı, bu itibarla usul ve kanuna uygun bulunan karara karşı davacı vekilinin ileri sürdüğü istinaf başvurusunun yerinde görülmediğinden davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.' Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2023/704, Karar No: 2023/747, K.T: 13/04/2023. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>

istemde bulunma imkânı tanımıştır (e-Duruşma Yönetmeliği m.10). Bakanlık mahkemenin bu istemi üzerine derhal teknik inceleme yapmalı ve araştırma sonucunu mahkemeye bildirerek mahkemeyi bu konuda aydınlatmalıdır³⁴.

Kanun koyucu tarafından mahkemeye madde hükmüyle bu konuda özellikle istemde bulunma imkânı tanındığı halde mahkemece araştırma yapılmadan HMK'nın 150 maddesi hükmü gereğince taraf veya vekilinin duruşmaya katılmamış sayılmasına veya buna ilişkin davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi; tarafların en başta hukukî dinlenilme hakkının ihlali sayılacağı gibi onları ağır sonuçlara katlanmak durumunda bırakacaktır³⁵. Bu bakımdan Yargıtay'ın tarafların bu

³⁴ 'Dosya incelendiğinde; yargılama sırasında davacı tarafın 13/02/2013 tarihli duruşmaya katılmadığı, dosyanın bu nedenle işlemde kaldırıldığı, dosyanın yenilenerek yargılamaya devam edildiği, yine davacı tarafın 10/04/2018 tarihli duruşmaya katılmadığı, dosyanın yeniden işlemde kaldırıldığı, dosyanın yenilenerek yargılamaya devam edildiği, bu kez 09/11/2022 tarihli duruşmaya davacı taraf katılmadığından dosya işlemde kaldırılmış ise de, davacı tarafın yenileme dilekçesi üzerine 25/12/2022 tarihli duruşmada "09/11/2022 tarihi itibari ile davanın açılmamış sayılmasına" karar verildiği, aynı duruşmada davacı tarafın " kaleme bağlanamadığını E duruşmaya katılmaya bir kaç kez çalıştığını ancak bağlanamadığını, davanın devamını ve log kayıtlarının istenilmesini" talep ettiği, mahkemece log kayıtları istenmeden ve incelenmeden davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinin yanlış olduğu anlaşılmalıdır; davacı vekilinin istinaf talebinin kabulüne, ilk derece mahkemesinin kararının tamamının kaldırılmasına, yargılamanın geçirdiği safahat da dikkate alınarak Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yolu ile Duruşma İcrası Hakkındaki Yönetmelik titizlikle incelenerek, davacı tarafın 09/11/2022 tarihli duruşmaya e-duruşma talebi gönderip göndermediği, UYAP sisteminden kaynaklanan bağlantı sorunu olup olmadığı, davacı tarafın davayı takip etme iradesinin olup olmadığı, UYAP kayıtları ve log kayıtları üzerinden tereddütte mahal vermeyecek şekilde ivedilikle araştırıldıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi için dosyanın HMK'nın 353/1-a-6 maddesi uyarınca ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.' Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, Dosya No: 2023/149, Karar No: 2023/1108. K.T: 26/05/2023. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>

³⁵ 'Somut olayda, ilk kez 23/06/2022 tarihinde işlemde kaldırılan dosyanın davacı vekili tarafından yenilendiği, bu kez duruşmanın 26/09/2022 tarihinde saat 10:00' a bırakıldığı, davacı vekilinin atılı bulunan duruşma için dilekçe ile e-duruşma talebinde bulunduğu, irtibat numarasını da dilekçede yazdığı, 26/09/2022 tarihinde davalı vekilinin katılımı ile yapılan iş duruşmada davacı vekili e-duruşma ile bağlanılmaya çalışıldığı, ancak hazır olmadığı ve mazerette bildirmediği şeklinde zabıt tutularak ikinci kez takipsiz bırakılan davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği, zaptın saat 10:15:44'de kapatıldığı anlaşılmıştır. Ancak davacı vekili aynı gün saat 10:26'da hazır olmaları ve bağlantı yapımlarına karşın ses ve görüntüleri iletilemediği için teknik aksaklıkla duruşmaya bağlanamadıklarını belirtmiş, mazeret dilekçesi göndermiştir. E-duruşma işlemlerinde teknik sebeplerle arıza yaşanabilmesi mümkündür. İlk derece mahkemesinin bu yönde bir arıza bulunup bulunmadığını değerlendirmede, davacı vekiline irtibat numarasından ulaşıldığı, davacı mazeretinin de hemen duruşma sonrası gönderildiği hususları birlikte değerlendirildiğinde, davacı vekilinin ilgili duruşmada mazeretli sayılarak yargılamaya devam edilmesi yerine, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi hatalıdır. Davacı vekilinin istinaf sebepleri yerindedir.' İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 50. Hukuk Dairesi, Esas No: 2022/2774, Karar No: 2022/1846, K.T: 23/11/2022.

iddialarının soyut olduğu ve buna ilişkin hiçbir delil bulunmadığı belirtilerek ispat yükünü taraflara yüklemesinin Yönetmelik hükmü ile ve hukukî dinlenilme hakkı ile bağdaşmadığı düşünülmektedir.

Kanaatimizce e-Duruşma öncesinde veya e-Duruşma sırasında taraf veya vekili ile teknik sebeplerden dolayı bağlantının sağlanamaması veya bağlantı sağlanmış olsa bile görüntü ya da seste kopmalar yaşanması durumunda, mahkeme sorunun kaynağı ve kusur konusunda tereddüt içerisinde ise öncelikle Yönetmeliğin m. 13/8 fıkrası gereğince e-Duruşmayı kapatıp yeniden açmalı, buna rağmen sorun devam ediyorsa duruşmaya katılan tarafın dosyanın işlemde kaldırılması istemi halinde gerekçesinde yaşananları belirterek katılmayan tarafa bir haftalık itiraz süresi vermeli, verilen süre içerisinde itiraz edilmemesi veya itirazın haksız olduğunun anlaşılması halinde dosyanın işlemde kaldırılacağına ilişkin ara karar vermelidir. Verilen ara karar üzerine e-Duruşmaya katılmayan taraf veya vekilinin bir haftalık süre içerisinde kusurlarının bulunmadığına dair itiraz sebeplerini ve itirazının dayanağına ilişkin tüm delillerini sunması üzerine mahkemenin Adalet Bakanlığında teknik inceleme istemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Adalet Bakanlığında gelen inceleme neticesinde tarafın veya vekilinin kusursuz olduğunun tespiti halinde mahkeme davaya kaldığı yerden devam etmelidir. Tarafın kusurlu olduğunun ortaya çıkması halinde ise ara kararın sonuçları aynen uygulanmalıdır³⁶.

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>. Kanaatimizce dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararı yerinde olmakla birlikte burada yapılması gereken ilk derece mahkemesince aksaklığın kaynağını araştırmak ve bunun neticesine göre işlem yapmak olmalıdır. Ayrıca Bölge Adliye Mahkemesinin kaldırma kararında gerekçelendirdiği üzere e-Duruşmaya katılmayan davacı vekiline irtibat numarasından ulaşmak şeklinde usulî bir zorunluluk yoktur.

³⁶ Yargıtay'ın görüşüne karşılık Adana Bölge Adliye Mahkemesinin vermiş olduğu karar oldukça yerindedir. Buna göre *'Davacı vekili istinaf dilekçesinde özetle: 22.11.2022 tarihinde Yerel Mahkeme tarafından verilen kararda "E duruşma talebinde bulunan davacı vekilinin 2 - 3 defa bağlantı talebinde bulunulmasına rağmen hazır olmadığı görüldü."* şeklinde HMK 150 maddesi uyarınca davanın açılmaması sayılmasına karar verildiğini, duruşma saati olan 10.00 da e-duruşma ekranının açıldığını, katılım sağlandığını ancak tarafları dışında yerel mahkemece veya başka bir kimsenin e-duruşma ekranına bağlanmadığını, duruşma saatinden mesai bitimine kadar e-duruşmaya bağlı bulduklarını, buna rağmen yerel mahkemece duruşma zaptına iki - üç defa bağlantı talebinde bulunulduğunun ifade edildiğini, 4,5-5 saat boyunca sanal ortamda hazır beklediklerini, buna rağmen yerel mahkemenin bağlantıda hazır görünmediğini ve bu durumun müvekkili hakkında hak kaybına sebep olmaması için taraflarınca ekran görüntülerinin alındığını, taraflarınca duruşmanın yapıldığı gün dilekçe sunulurken bu hususların belirtildiğini, talepte bulunulmasına rağmen yerel mahkeme tarafından işlem yapılmaması nedeniyle veri kaybı oluşması nedeniyle müvekkilinin mağduriyetine sebep olacak şekilde dosyanın karara bağlandığını, duruşma saatinden mesai bitimine kadar taraflarınca UYAP ekranı başında hazır beklediklerini, e-duruşma oturumuna defalarca bağlandıklarını ve duruşma saatinden mesai bitimine kadar saatlerce bağlı kaldıkları halde bağlantının sağlanmadığını, duruşma sırasında mahkeme katibine ulaşılmasının imkansız olduğunu, gerektiğinde mahkemenin kolayca taraflarına kolayca ulaşabiliyor olduklarını, oturum sürecinde

Öte yandan burada diğer bir hukuki çare olarak HMK m.95 ve devamında düzenlenen eski hâle getirme kurumuna da başvurulabilmelidir. Buna göre elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde e-Duruşmaya katılmayan kimse, eski hâle getirme talebinde bulunabilmelidir. Bu talep işlemin süresinde yapılamamasına sebep olan engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde en geç nihai karar verilmeye kadar yazılı bir dilekçe ile yapılmalıdır. Ancak, nihai karar e-Duruşmaya elde olmayan sebeple katılmayan bir tarafın yokluğunda verilmişse, kararın verilmesinden sonra da eski hâle getirme talebinde

yaşanmış teknik aksaklık nedeniyle kendileri ile iletişime geçilmediğini, yokluklarında duruşma yapıldığını, gerekli teknik imkan ve hazır bulunmuşluğun sağlanmasına rağmen adil bir yargılamanın gereklerinin yerine getirilmediğini, dosyaya sunulan ekran görüntülerinden de anlaşılacağı üzere e-duruşmaya bağlandıklarını, ekranlarında başka bir bağlantının mevcut olmadığını, hata olduğu düşünülerek giriş çıkış yapıldığını, bu sırada UYAP üzerinden alınan duruşmaların sırasının takip edildiğini, duruşmanın alındığının UYAP üzerinden anlaşılması üzerine ekran görüntülerinin alındığını, verilen kararın hukuka aykırı olduğunu beyanla yerel mahkeme kararının bozulmasını talep etmiştir.

Mahkemece 01.04.2022 tarihli celsede 2 nolu ara karar uyarınca davacı vekilinin mazeretinin kabulüne, duruşma günü ve saatinin UYAP'tan öğrenilmesine, 3 nolu ara kararı ile de ön inceleme duruşmasının bir sonraki celse yapılmasına, duruşmanın 21.06.2022 tarihine bırakılmasına karar verildiği, 21.06.2022 tarihli celsede davacı asil ve vekilinin hazır olmaması nedeniyle takip edilmeyen dava dosyasının HMK'nın 150/1 maddesi gereğince işlemde kaldırılmasına karar verildiği, davacı vekili tarafından 05.07.2022 tarihinde yenileme dilekçesi verildiği, Mahkemece 07.07.2022 tarihinde yenileme tensip zaptı düzenlenerek duruşmanın 22.11.2022 günü saat 10.00 a bırakıldığı, davacı vekilinin UYAP üzerinden 02.09.2022 tarihinde e duruşma talebinde bulunduğu, 22.11.2022 tarihli celsede Mahkemece "E duruşma talebinde bulunan davacı vekilinin 2 - 3 defa bağlantı talebinde bulunulmasına rağmen hazır olmadığı görüldü." şeklinde tutanağa yazıldığı ve davalı vekilinin de davayı takip etmeyeceğini bildirmesi üzerine mahkemece aynı celse, üst üste takip edilmeyen davanın HMK'nın 150 ve devamı maddeleri gereğince açılmamış sayılmasına, istinaf yolu açık olmak üzere karar verildiği görülmüştür.

Hukuk Mahkemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmeliğin, duruşmanın icrasını düzenleyen 13.maddesinde... (8)e-Duruşma esnasında ses ve görüntü naklinin aynı anda sağlanamaması veya yaşanan kesintinin beyanların anlaşılmasını güçleştirilmesi durumunda e-Duruşma yeniden açılır. Söz konusu aksaklığın devam etmesi halinde gerekçesi belirtilerek e-Duruşma sonlandırılır ve bu husus tutanağa geçirilir. (9) Taraf veya vekilinin kusur olmaksızın teknik sebeplerden dolayı e-Duruşmanın yapılamaması halinde ilgili taraf ve vekil yönünden Kanunun 150. maddesinin birinci fıkrası uygulanmaz. (10) e-Duruşma öncesinde veya e-Duruşma sırasında ortaya çıkan teknik sorunlar ve bu sorunların kaynağı, istem halinde Bakanlık tarafından mahkemeye bildirilir. Düzenlemesinin mevcut olduğu, davacı vekilince duruşmada hazır bulunduğuyla ilişkin ekran görüntülerinin sunulduğu ve ekran başında hazır olduğunun belirtildiğini, mahkemece Yönetmeliğin (8)e- bendinde belirtilen şekilde işlem yapılmadığı anlaşılacakla HMK'nın 150.maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi hatalı olmuştur.' Adana Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi Dosya No: 2023/126, Karar No: 2023/268, K.T: 07.04.2023. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm>.

bulunulabilmelidir. Dilekçede, e-Duruşmaya katılmamanın dayandığı sebepler ile bunların delil veya emareleri de gösterilmelidir. Katılmayan e-Duruşma için eski hâle getirme talebi hangi mahkemede e-Duruşma yapılacak idi ise o mahkemeye yapılmalıdır.

Mahkemece, katılmayan e-Duruşmaya ilişkin eski hâle getirme talebinin kabulü hâlinde, katılmayan e-Duruşmadaki hangi işlemlerin geçersiz hâle geldiği kararda belirtilmelidir. Ancak ıslahla geçersiz kılınamayan ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi rapor ve beyanları, keşif ve isticvap tutanakları, yerine getirilmiş olan veya henüz yerine getirilmemiş olmakla beraber, karşı tarafın yerine getireceğini ıslahtan önce bildirmiş olması koşuluyla, yeminin teklifi, reddi veya iadesi işlemleri e-Duruşmaya ilişkin eski hâle getirme talebinden de etkilenmemelidir.

E-Duruşmaya katılacak olan yerin fiziksel koşulları e-Duruşma Yönetmeliğinin 5. maddesinin 2. fıkrasında tarif edilmiştir. Buna göre e-Duruşmaya katılımın sağlanacağı yerin, her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye imkân sağlayacak nitelikte olması gerekir. Fıkra da belirtilen koşullar e-Duruşmaya katılan taraflar, vekiller, bilirkişi ve uzmanlar için aynen geçerlidir. Hatta hâkimin e-Duruşmaya katılacağı mahkeme salonunun da hâkimin ve salonda bulunanların yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye imkân sağlayacak nitelikte teknik altyapıyı barındırması gereklidir³⁷.

E-Duruşmaya katılacak taraf vekilleri açısından, e-Duruşmaya katılacak yerin fiziksel koşullarına ilişkin olarak kanun koyucu 1. fıkra lafzında önce sayma yöntemine giderek taraf vekillerinin avukatlık bürosundan, baro tarafından bu amaç için belirlenen bölümden, adliyede bu amaca tahsis edilen yerden katılım sağlayabileceğini belirtmiş ancak fıkranın devamında ise torba bir ifade kullanarak her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye imkân sağlayacak başkaca uygun bir yerden de duruşmaya katılabilceğini düzenlemiştir.

Fıkra da belirtilen uygun bir yerden kasıt, vekilin bulunduğu yerin duruşma düzenin bozmayacak, gerekli teknik imkânlarla sahip, vekilin vücut hareketlerinin net bir şekilde gözlemlenebileceği, sessiz ve güvenli bir ortamdır. Bu şartlara haiz olmak kaydı ile vekilin meskeninden, yazlığından, ofisinden, atölyeden, depodan veya açık havada bir ortamdan dahi e-Duruşmaya katılması mümkündür. Bununla birlikte bulunulan yere ilişkin temel şartları taşımayan bir yerden duruşmaya katılımı mahkeme kabul etmemelidir. Bu bağlamda mehz hukukta

³⁷ Glunz, s.106 vd.

yüzme havuzundan, spor alanından, vücut veya yatar pozisyonda elektronik ortamda duruşmaya katılım talebine izin verilmemektedir³⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.149 ve e-Duruşma Yönetmeliği m.14/1 hükümleri gereğince e-Duruşma ile mahkeme huzurunda fiziken yapılan duruşma arasında, duruşmanın düzeni, usûlü, esasları ve sonuçları bakımından bir farklılık yoktur. Bu bağlamda yargılama düzeninin gerektirdiği şekilde taraf vekillerinin e-Duruşma esnasında da cüppe giymeleri hem HMK m. 151 hükmü ve e-Duruşma Yönetmeliği m.14/1 hem de Avukatlık Kanunu m.49/1 gereğidir. Avukatlık Kanunu m.49/1 ile avukatlara, mahkemelere Türkiye Barolar Birliği tarafından şekli belirlenen cübbeyle çıkmak zorunluluğu yüklenmiştir³⁹. Kanun koyucu Avukatlık Kanunu 49/1 maddesinde, fiziki olarak yahut ses ve görüntü nakli vasıtasıyla mahkemelere katılmak konusunda bir ayırım yapmamıştır⁴⁰. Yasal düzenlemelerde yer alan cübbeyle çıkma

³⁸ LAG Düsseldorf 12SA 453/20 (BeckRS 2021/3353 kn. 27 ff). Alman hukukunda hareket halindeki bir trenden, bir arabadan veya bir uçaktan ses ve görüntülü duruşmaya katılım uygulamada mümkün değildir. Zira e-Duruşma talebinde katılacak yerin önceden mahkemeye bildirilmiş belirli bir yer olması ve mahkemenin de bu yeri onaylaması ve duruşma tutanağına yazması gerekecektir. Bkz. *Anders/ Gehle*, s.648; *Windau*, s. 2756. Türk Hukukunda *Meriç/Arslanpınar Tat'a* göre de duruşmaya elektronik yolla katılmanın mümkün olduğu yerler yargılama faaliyetinin ciddiyetini zedelememelidir. Bu nedenle duruşmaya elektronik yolla katılma talebinde bulunan kişi elektronik yolla duruşmaya katılacağı yerle ilgili bilgi vermelidir ve hâkim de verilen bilgiyi değerlendirerek talep hakkında karar vermelidir. Talepte gösterilen 'bulunulacak yer' dışında başka yerden duruşmaya katılma durumunda temel şarta uygunluk varsa, bu durum dosyanın işlemden kaldırılmasına yol açmamalıdır. Bkz. *Meriç/ Arslanpınar Tat*, s.216. Kanımızca bazen katılacak yerin ilgililerde de kesin olarak tespitin zorluğu ve e-Duruşmanın amacı gözetilerek e-Duruşma düzenini ve yargılama akışını bozmamak kaydı ile katılacak yerin önceden mahkemeye bildirilmesi zorunluluğuna gerek olmadığını düşünüyoruz. Ancak ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye müsait olmayan bir taşıt içerisinde E-Duruşmaya katılımın yerinde olmayacağı düşüncesindeyiz.

³⁹ Türkiye Barolar Birliğinin 17- 18 Aralık 2022 tarihinde 37. Olağan Genel Kurulu'nda Kabul Edilen meslek kuralları metnine göre '*Avukatlar ve avukat stajyerleri, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle mahkemelerde görev yaparlar. Duruşmalara, Türkiye Barolar Birliği'nce şekli saptanmış cübbe ile çıkarlar*'. Yenilenen düzenleme ile daha önceden yürürlükte olan '*Avukatlar ve avukat stajyerleri duruşmalara, Türkiye Barolar Birliği'nce şekli saptanmış cübbe ile ve temiz bir kıyafetle çıkarlar. Erkek avukatlar, iklim ve mevsim koşullarının elverdiği ölçüde kravat takarlar*.' ifadesi meslek kuralı olmaktan çıkarılmıştır.

⁴⁰ Ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenen vekil de duruşmaya mutlaka cübbeyle katılmak durumundadır. Her ne kadar fiziki olarak mahkeme salonunda bulunulmasa da bu hükmü geniş olarak yorumlamak ve ses ve görüntü nakli vasıtasıyla yürütülen duruşmaları da buna dâhil etmek yerindedir. Duruşmaların ciddiyeti bunu gerektirir. Bkz. Gökçe Varol Karaosmanoğlu, *Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi*, *AndHD*, Cilt: 8 | Sayı: 1 | Ocak 2022 | s. 71-92, s.86; Aziz

zorunluluğuna ilişkin emredici hükümlerin yanı sıra adaletin kutsiyetine olan saygı ve mahkemelerin de adalet dağıtılan yerler olması nedeniyle; e-Duruşma esnasında yargıya, yani mahkemeye saygı göstermek, adalet talep eden herkes için bir görev niteliğindedir. Zira cübbe sıradan bir kıyafet değil, vicdanın ve tarafsızlığın sembol d r⁴¹. Cübbe, savunma makamını iddia ve yargılama makamından ayırmak, savunma yapacak avukatların eşitliğini göstermek ve meslek tekelinin baroya kayıtlı avukatlarda olduğunu göstermek gibi amaçlara hizmet eder ve resmiyeti korur⁴².

D- E-DURUŞMA PORTALINA İŐİŐKİN SORUNLAR VE ÖNERİLER

E-Duruşma talebinin mahkeme tarafından kabulünden sonra mahkemece belirlenen günde e-Duruşma anının gelip gelmediğini veya aynen fiziki ortamdaki duruşma listesinde olduğu gibi e-Duruşmaya kaç duruşma kaldığını avukatlar Avukat Portal/CELSE üzerinden takip edebilmektedir. E-Duruşma için belirlenen an geldiğinde mahkemenin davet istemi  zerine Avukat Portal/CELSE  zerinde Duruşma Sorgulama menüsünde ilgili duruşma kaydında ‘Duruşmaya Katıl’ butonu aktif olmaktadır. Bu durumda e-Duruşma talebi önceden onaylanmış avukatlar duruşmaya dahil olabilmektedir. Ancak bu usûl Türkiye Barolar Birliği tarafından e-Duruşmaya ilişkin yapılan araştırma raporlarında, duruşmaya katılan taraf vekilleri açısından uygulamada en zorluk yaşanılan hususlar arasında g sterilmiřtir⁴³. Zira vekiller, ekran başında e-duruşmanın başlayacağı ‘Duruşmaya Katıl’ butonunun aktif olacağı zamanı beklemenin başlı başına stres kaynağı olduğunu, üstelikte duruşma takip sayfası ve ‘‘Duruşmaya Katıl’’ butonunun ara yüzlerinin ayrı sayfalarda olmasının duruşma takibini zorlaştırdığını, sayfalar

Serkan Arslan, Hukuk Yargılamasında Videokonferans Yöntemi (*E-Duruşma*) (HMK m. 149), Ankara-2023, s.185.

⁴¹ Sembolik olarak cübbe farklı değerleri temsil etmektedir. Yargı kimseden emir almadığı, bağımsız olduğu için, kimsenin önünde iliklenmesin diye düğmesi yoktur. Yargı, kamu hizmeti olduğu için c bbenin cebi de yoktur. Türkiye’de ve dünyada tek tip cübbe zorunluluğu olan  lkelerde asıl amaç; yargının bağımsız ve adalet odağında gerçekleştiğini görsellikte de belirtmektir. Bkz. <https://lawtudent.com/kategori-disi/avukatlik-cubbesinin-tarihi/> E.T: 03.04.2023.

⁴² Cübbe görevin gerektirdiği vakarı somutlaştırır. Giysi orta çağın meslek loncasına mensup olmanın işareti gibi bir Şey sayılmamalıdır. Giyside meslek ahlakına bağlılık taahhüdünden gayrı eşitliği kabul anlamı da vardır. Çünkü eşitlik, meslek dışı değerlerin fark yaratamayacağı iddiasını taşır. Hâkim, savcı, avukat c bbelerinin ortak rengi siyahtır. Giysiler, her üç makamın, kanunlara ve meslek kurallarına bağlılık içinde görevli tutulduklarının alametidir. Bu itibarla avukatlık cübbesinin ardındaki anlam tüm meslek törelerine bağlılık ve bunun sonucu olan sorumluluktur. Bkz. Faruk Erem, Meslek Kuralları, 3.B., Ankara-1977, s.87.

⁴³ https://d.barobirlik.org.tr/komisyon/bilisim/raporlar/e-durusma_raporu.pdf s.2 vd.

arasında sürekli gezinmek durumunda kalınmasına neden olduğunu belirterek, duruşmanın saatinde alınmadığı durumlarda bu durumun hak kayıplarına da neden olduğunu ifade etmişlerdir.

Yine aynı raporda uygulamada bazı durumlarda ise ‘Duruşmaya Katıl’ butonunun kendiliğinden aktif olmadığı, avukatların sürekli sayfayı yenilemek zorunda kaldığı, bu duruma çare olarak düşünülen sesli duruşma bildiriminin kendiliğinden tetiklenmediği ve pratik olarak bir faydasının olmadığını belirtilmiştir. Bu duruma başka bir çare olarak katılım butonun aktif olmadığı durumlarda bazı mahkeme mübaşirlerinin avukatı cep telefonu ile aradığı, sayfayı yenilemesini istediği ve duruşmaya bu şekilde katılım sağlandığı bildirilmiştir. Ancak bazı mahkemelerde ise avukat aranmadan “bağlanan olmadı” şeklinde tutanak tutulduğu belirtilmiştir.

Bakanlık tarafından bu sorunun çözümüne ilişkin olarak katılım butonunun aktif olduğu anda vekilin UYAP bildirim sistemine gönderilen ‘e-Duruşma başlamıştır’ mesajı şikayetleri çözmeye yönelik önemli bir adımdır.

Buna ilave olarak e-Duruşma katılım işlemine ilişkin yazılımdan kaynaklı bu sorunların çözümü için öncelikle e-duruşma ara yüzüne LOBİ sistemi getirilmesi düşünülebilir. Lobi sistemi Google Meet, Microsoft Teams gibi yabancı yazılımlar ve Aselsan iştiraki bir şirket tarafından geliştirilen Bizbize gibi yerli konferans programlarında yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda raporda da belirtilen e-Duruşmaya katılım istemi şu şekilde tasarlanabilir: Avukat, belirlenen duruşma saatinden 5 dakika önce butonu tıklayarak sanal lobide bekleme konumuna geçebilmeli böylelikle duruşma hâkimi avukatın e-duruşmaya katılmak için hazır olduğunu kendi ekranından görebilmelidir. Hâkim duruşmayı başlattığında ise ekran başındaki avukatın bilgisayarı ya da mobil cihazında sesli uyarı yapılarak, bekleme konumundaki avukat otomatik olarak e-duruşma ortamına alınabilmelidir. Lobide bekleyen avukatların duruşma için hazır olduklarının mahkeme tarafından da görülmesi sayesinde hazır olunmayan dosyalar için zaman harcanmadan hazır olanlara başlanması mümkün olabilecek, avukatlar da zamanında alınmayan duruşmalarda sürekli duruşmanın başlamasını takip etmek zorunda kalmayacaktır. Hatta vekilin o anda başka bir e-Duruşması var ise mahkeme hâkimi avukatın o anda başka bir mahkemede e-duruşmaya katıldığını UYAP’tan görebilmeli, duruşmayı başlatmadan bir sonraki duruşmasına geçebilmelidir. Mahkeme avukatın diğer e-Duruşmasının bittiğini gördüğünde kendi mahkemesinin e-duruşmasını başlatabilmelidir.

Türkiye Barolar Birliği raporunda ayrıca E-duruşma ekranına mahkeme ile avukatın mesajlaşabileceği bir mesaj modülünün eklenmesi tavsiye edilerek bu sayede, avukatların duruşma sırasında yaşanabilecek bir teknik sorun anında mahkemeye yazılı olarak beyanda bulunulabilmesi, ses ve görüntü sorunu yaşandığı durumlarda mesaj modülü üzerinden haberleşilebilmesi önerilmiştir.

Mesaj modülünün diğer bir katkısı duruşma saatinin aşırı derecede sarkması (özellikle de öğle arası verilen durumlar) halinde avukatların durumdan haberdar edilmesine ilişkin olacaktır. Zira portalda yer alan

duruşma takip listesinden bu hususta bilgi edinilememektedir. Avukatlar bu durumlarda mahkeme kalemini telefonla aramakta ve bilgi almak durumunda kalmaktadır. Portal'a eklenecek mesaj modülü sayesinde mahkemece avukata bu durum bildirilebilecek, gerek mübaşirlerin avukatları araması, gerekse avukatların mahkeme kalemini aramalarının önüne geçilebilecektir.

E-Duruşma portalına ilişkin diğer bir sorun ise duruşma takip ekranı ile e-Duruşmaya katılma butonunun aktif olduğu sayfaların farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Buna ilişkin sayfalar arasındaki gezintiyi ortadan kaldırmak için duruşma takip listesi ile e-Duruşma arayüzünün aynı ekranda olması sorunu çözebilecektir. Ayrıca ekranda duruşma listesinin insicamlı bir şekilde ilerlemesi ve bekleyen kişilerin buna göre hazırlık yapabilmesi için duruşma listesinin güncelleme tetikleyicisi duruşma zaptının açılması olmamalıdır. Kâtipler, kendi ekranlarındaki duruşma listesinden duruşmayı başlatmak zorunda olmalı, avukatların listesine bu durum yansımalıdır. Zabıt kaydedildiğinde de "duruşma bitti" durumu avukatların duruşma takip listesine yansımalıdır.

SONUÇ

Teknolojik gelişmeler ve bunun neticesinde ortaya çıkan yenilikler, sayısı her geçen gün daha da artan ve giderek daha karmaşık hale gelen uyuşmazlıkların yargı merci önlerinde usul ekonomisine uygun şekilde sonuçlandırılabilmesi için e-Duruşma yönteminin kullanılması günümüzde kaçınılmaz hale gelmiştir. Bu amaçla hukuk yargılamalarında dosya taraf veya vekillerinin aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine, ayrıca tanışın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine imkân sağlayan 'e-Duruşma' uygulaması ülkemizde 15 Eylül 2020 tarihinde hayata geçirilerek uygulanmaya başlanmıştır. Hal böyle olmakla birlikte geçen süreçte e-Duruşma icrası esnasında çeşitli yasal ve pratik sorunlarda ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda dinamik bir yapıya sahip olan hukuk sistemlerinin bu sorunların üstesinden gelmesi ve değişen şartlara uyum sağlaması tabiatı gereğidir.

Adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın asgari gereksinimleri aynı zamanda medeni usûlün temel ilkeleriyle özdeştir. Bu gereksinimler hukukî dinlenilme hakkı, usul ekonomisi ilkesi, tarafların mahkemece doğrudan dinlenmesi, karar veren makamın tarafsızlığı gibi ilkelerin özünde yer almaktadır. E-Duruşma yönteminin yaygınlaşması en başta yargılamanın usul ekonomisi ilkesine uygun şekilde gerçekleşmesine katkı sağlayacağı gibi, yargılama makamının deliller hakkında kişisel izlenim elde etmesini kolaylaştıracak, bu yolla gerçeğe daha kolay ulaşılabilir. Öte yandan her iki tarafın ortaya koyduğu delilleri, iddia ve savunmalarını, uyuşmazlığı çözecek mahkeme salonunda bulunan teknolojik imkânları kullanarak ses ve görüntü nakli yolu ile hâkime aracı olmaksızın anlatabilmesi, tarafların adalete ve yargıya duyduğu güveni artıracaktır.

Teknolojinin gelişimine paralel olarak her geçen gün önemi daha fazla artan ve neredeyse tüm duruşma salonlarında kullanılmaya başlanan e-Duruşma yöntemine ilişkin usl ve esasların, HMK m.149 düzenlemesinin yapmış olduğu atfa binaen Yönetmelik hükümleri ile düzenlenmesi özellikle e-Duruşmanın icrası aşamasında, (yasada bulunmamasına rağmen Yönetmelik m.8 hükmü ile e-duruşma taleplerinde gerekçe belirtilmesi şartının getirilmesi, HMK m.172/2'de yer alan hastalık, engellilik veya benzeri sebepler şeklinde ifade edilen istisnai hallerin e-Duruşma Yönetmeliği m.11/4 hükmü ile daraltılarak ve sadece hastalık, yaşlılık veya engellilik sebebine hasredilmiş olması, e-Duruşmada yapılan feragat, kabul ve sulhe ilişkin beyanların Yönetmelik ile yeni bir duruşma günü tayin edilerek huzurda tekrarlanması şartının getirilmesi gibi) normlar hiyerarşisinden kaynaklı sorunlara neden olabilecektir. Bu bağlamda ilerleyen zamanda e-Duruşma yönteminin yargılama usûlündeki gelişimine paralel olarak bu yöntemin usûl ve esaslarının da HMK çerçevesinde ele alınması düşünülmelidir.

Mahkemenin e-Duruşma talebine ilişkin kararı ara karar niteliğindedir. Kanun koyucu mevzuatta e-Duruşma talebine ilişkin kararın her ne kadar kesin olduğunu belirtse bile verilen kararın hukuka aykırılığı nihai karara karşı yapılan kanun yolu başvurusunda ileri sürülebilmelidir. Bu minvalde e-Duruşma talebinin reddi nedeniyle başka türlü elde edilemeyecek olan delillerin tüketilmediği, e-Duruşma esnasındaki teknik arızalar nedeniyle iletişimin yeterince sağlanamadığı bunun da sözlülük, hukukî dinlenilme ve adil yargılanma hakkını kısıtlayarak esasa etkili usûl hatası olduğu şeklinde sebeplerle nihai karara itiraz edilebilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda ve e-Duruşma Yönetmeliğinde istinaf aşamasında veya temyiz aşamasında e-Duruşmanın yönteminin kullanımına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Bölge adliye mahkemelerinde HMK 353. maddede belirtilen hâller dışında asıl olan duruşma yapılmasıdır. Bölge adliye mahkemelerinin kendi yargı çevresine bağlı birden fazla şehirden gelen çok sayıdaki dosyayı incelemek zorunda kaldığı ve bunlarla ilgili yapılacak duruşmaların usul ekonomisi açısından zorluğu düşünüldüğünde bölge adliye mahkemelerinde de E-Duruşma yönteminin kullanılması HMK m.356/1'de ifade edilen, istinaf incelemesinin kural olarak duruşmalı olacağına yönelik kurala işlevsellik kazandırarak sözlülük, doğrudanlık, adil yargılanma, hukukî dinlenilme gibi birçok temel hak ve ilkenin daha etkin şekilde korunmasına yardımcı olacaktır. Kaldı ki HMK m.360'da tahkikatın yürütülmesi ve duruşmaların yapılması konusunda istinafa ilişkin hükümlerde farklı bir düzenleme yoksa ilk derece mahkemesindeki yargılama usûlüne göre işlem yapılacağı, ilk derecedeki duruşmalara ilişkin hükümler istinafın niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede bölge adliye mahkemesinde uygulanacak yargılama usûlü bakımından ilk derece mahkemesine ilişkin hükümlere atıf yapıldığı için yasal olarak da bölge adliye mahkemesinde ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Temyiz aşamasında e-Duruşma yönteminin kullanımına ilişkin olarak ise; kural olarak Yargıtay tarafından gerçekleştirilen temyiz incelemesi dosya üzerinden gerçekleştirilir. Ancak HMK m.369'da belirtilen istisnai durumlarda temyiz aşamasında da duruşma yapılır ve Yargıtay, tarafları veya gelen tarafı dinledikten sonra, taraflardan hiçbiri gelmemiş ise dosya üzerinde inceleme yaparak kararını verir. Bu noktada kararların hukuka uygunluğunu denetlemek için yapılacak olan temyiz duruşması, tarafların talep etmesi halinde, ses ve görüntü naklinin sunduğu imkândan yararlanılarak e-Duruşma şeklinde yapılabilir. Nitekim temyiz aşamasındaki duruşmanın sadece Yargıtay'ın bulunduğu Ankara'da gerçekleştiriliyor olması, Türkiye'nin farklı yargı çevrelerinde görülen davaların taraflarının ve vekillerinin duruşma için Ankara'ya gelme mecburiyetini doğurmaktadır. Bunun neticesinde taraflar ve vekiller için zaman, emek ve masraf külfeti ortaya çıkmaktadır. İşbu noktada teknolojik imkânlar kullanılarak Yargıtay'da duruşma safhasında tarafların talebi üzerine kullanılacak e-Duruşma yöntemi tarafları ve vekilleri zaman, emek ve masraf külfetinden kurtaracak bir çözüm yolu olarak değerlendirilebilir. Ayrıca bu imkân HMK m.369/5 de ifade edilen, tarafların duruşmaya gelememesi durumunda dosya üzerinden karar verme riskini de azaltarak sözlülük, doğrudanlık, adil yargılanma, hukukî dinlenilme gibi birçok temel hak ve ilkenin daha etkin şekilde korunmasına hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

Alangoya Y/ Yıldırım K/ Yıldırım N D, Medeni Usûl Hukuku Esasları, B.7, İstanbul-2009.

Anders M/ Gehle B, Zivilprozeßordnung mit GVG und anderen nebensetzen, 80. Auflage, 2022.

Anders M/ Gehle B, Zivilprozeßordnung mit GVG und anderen nebensetzen, 80. Auflage, 2022.

Araalan C, <https://www.hukukvebilisimdergisi.com/yargida-e-durusma-donemi/> Yargıda e-Duruşma dönemi (Erişim: 13.06.2022). (Araalan-Bilişim, E-makale)

Arslan A S, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara-2012.

Arslan A S, Hukuk Yargılamasında Videokonferans Yöntemi (*E-Duruşma*) (HMK m. 149), Ankara-2023.

Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, Medeni Usûl Hukuku, 8. Baskı, Ankara-2022.

Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, Medeni Usûl Hukuku, 4. B, Ankara-2021.

Çiftçi P, “Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medeni Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/>, E.T.: 23.11.2021).

Edis S, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 30 (1973), s.169-196.

Erem F, Meslek Kuralları, 3.B., Ankara-1977.

Giritli İ/ Bilgen P/ Akgüner T, İdare Hukuku, İstanbul, 2006.

Glunz B, Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik, 2012.

Gökçe V K, Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi, AndHD, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 71-92.

Görgün L Ş/Börü L/Kodakoğlu M, Medeni Usûl Hukuku, 11. Baskı, Ankara-2022.

Karslı A, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3.Baskı, İstanbul-2012.

Karslı A, Medeni Usûl Hukukunda Usûlü İşlemler, İstanbul-2001.

Kiper O, Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara-1995.

Krüger W/ Rauscher T/ Fritsche J, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, B.1, 6. Auflage, 2020.

Kurt N, Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Kurt Konca N, Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara-2009.

Kuru B/ Aydın B, Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Cilt 1, Ankara-2021.

Meriç N/ Arslanpınar Tat T, Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası, Dijital Çağda Medeni Yargı, Ankara-2022, s.189-243.

Musielak H J/ Voit W/ Stadler M, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 19. Neubearbeitete Auflage, München-2022.

Nissen U A, Die Online-Videokonferenz im Zivilprozeß, Frankfurt am Main-2004.

Özbay İ, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? 1. Baskı, Ankara 2012.

Özekes M, Dijital Çağda Yargılama, Adalet Erişim ve Yargılama İlkelerine Genel Bakış, Dijital Çağda Medeni Yargı, Ankara-2022, s.13-55.

Pekcanitez H/ Özekes M/ Akkan M/ Taş Korkmaz H, Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul-2017.

Prütting H/ Gehrlein M, Zivillprozessordnung Kommentar, 13. Auflage, Köln-2021.

Rechberger W/ Simotta D A, Grundriss des Österreichischen Zivilprozeßrechts: Erkenntnisverfahren, Wien-2003.

Stein F/ Jonas M/ Leipold D, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 3, § 128-252, 22. Auflage, 2011.

Tanrıver S, Medeni Usûl Hukuku, Cilt 1, Ankara-2021.

Thomas H/ Putzo H/ Seiler C, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 42.Auflage, München-2021.

Yağcı U, İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2 (2012), s.285-308.

Yılmaz E, Hukuk Sözlüğü, Ankara-2005.

Zöllner R/ Greger R, Zivilprozessordnung, 33. Auflage, 2020.

FELSEFİ AÇIDAN HUKUKİ BİLGİNİN KRİTİĞİ

A Philosophical Critique of Legal Knowledge

Doç. Dr. Emir KAYA*

Öz: Hukuka giriş kitaplarından profesörlük takdim tezlerine, mevzuattan idari işlemlere ve yargı kararlarına, özel hukuk sözleşmelerinden devletlerarası antlaşmalara kadar hukuk daima bilgi içerir, bilgi üretir, bilgi tartışması ve bilgi arayışı sergiler. Mutlak anlamda bilgiyle iç içe olan hukuk sahasının, bilginin mahiyetini ve geçerliliğini konu edinen epistemoloji ile irtibatının kurulmaması ciddi bir eksiklik olagelmıştır. Bu eksiklik yüzünden hukuk bilgisi ve öğretisi, epistemolojinin genel ilkelerinden ve sorgulamalarından muaf, muaf olduğu ölçüde de -felsefi ve bilimsel açıdan- temelsiz ve tutarsız bir alan haline gelmiştir. Gayet dar, layıkıyla irdelenmemiş ve gerekçelendirilmemiş bir boyuta sıkışmış bulunan hukuki bilgi olgusu, hukuka atfedilen adalet, düzen, fayda gibi amaçların gerçekleşmesine elverişli değildir. Zira hukukun amacının ne olduğu, hangi yöntemlerle ve hangi derinlikte araştırılacağı yine epistemolojik, hatta ontolojik, her halükârda felsefi bir problemdir. Şu hâlde hukuki bilginin niteliğinin doğrudan hukukun niteliğine ve kalitesine dönüştüğü söylenebilir. Hukuk kalitesinin artırılabilmesi için hukuki bilginin epistemolojik kalitesini artırmanın zorunlu olması bu nedenledir. Bunun yolu da hukuki bilginin eleştirel yaklaşımlara tabi tutulması, boyutlarının artırılması, genel bilgi ve varlık olgularıyla ilişkisinin sağlıklı bir şekilde kurulması, kısacası hukukun felsefi açıdan nitelikli bir altyapıya kavuşturulmasıdır. Ancak sağlam bir felsefe altyapısı sayesinde bilimsel hüviyet kazanabilecek olan hukukun, başta epistemoloji olmak üzere felsefenin dallarından uzaklaşması, onu kendi kendini onaylama safhasına düşürür, mekanik işleyişin bilim zannedilmesi tehlikesiyle karşı karşıya bırakır. Makalede çok yönlü bir felsefi tartışma bağlamında hukukun nitelikli hale gelmesinin imkanları araştırılmakta, hukuk bilgisinin daha derinlikli, kapsamlı, isabetli ve yararlı olması için çareler önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: bilgi, felsefe, hukuk, öğreti, epistemoloji, ontoloji, pozitivism, hikmet

Abstract: From basic texts to sophisticated academic works, from legislation to administrative procedures and judicial decisions, from private law contracts to international treaties law is always about knowledge. It contains and produces knowledge. It involves debates on and pursuits for knowledge. Despite its absolute interconnectedness with knowledge, the legal discipline is not addressed from the perspective of epistemology—the branch of philosophy that questions the nature and validity of any knowledge. The fact that law is exempted from the general principles and inquiries of epistemology has made it unsubstantial and inconsistent in terms of philosophy and science. Legal knowledge today is crammed into a narrow, poorly analyzed and justified dimension, thus is not conducive to any purpose attributed to law, be it justice, order or utility. That is so because the question of the purpose of law is itself a question of philosophy, mainly of epistemology and ontology. One can easily claim that the philosophical quality of legal knowledge manifests itself as the quality of law. To increase legal quality, it is necessary to increase the epistemological quality of legal discipline. The way to this end is to subject legal knowledge to criticisms, to expand its dimensions, and to link it with the larger phenomena of knowledge and existence, in short, to set a competent philosophical basis for law. Alienating law from philosophy leads it towards circular thinking and the fallacy of self-approval, which then supports the illusion that legal technicalities amounts to science. This article examines the ways in which a philosophical outlook can improve the quality of law, and proposes remedies to make legal knowledge deeper, broader, more accurate and beneficial.

Keywords: knowledge, philosophy, law, doctrine, epistemology, ontology, positivism, wisdom

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, emir.kaya@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7382-3575.

Makale Geliş Tarihi: 28.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 02.11.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391749

Giriş

Bir yandan adalet ve vicdan gibi son derece soyut kavramlarla ilişkili olan hukuk, diğer yandan kural, düzen, yaptırım gibi sert ve somut olgularla iç içedir. Hukukun anlam evreninin bu denli geniş olması, hukuki bilgiyi dikkat çekici bir konu haline getirmektedir. Hukukta bilgi kaynakları nelerdir? Hukuki bilgi nerede, hangi kapsamda, hangi yöntemlerle aranmalıdır? Hukuki kavramların tanımları hangi ölçütlerle yapılmalıdır? Hukukta önemli tartışmaların -örneğin meşruiyet tartışmasının- yürütülmesinde hangi biliş, bilinç ve bilgi kulvarının parametreleri esas alınmalıdır?

Tüm bu sorular özünde hukukun tanımıyla ilgili olup hukuk teorisinde ve pratiğinde önemli problemlere işaret eder. Bu sorular o kadar hayatidir ki bu sorulara açıkça cevap vermeyen hukuk ekolleri bile zımnen cevap verir, vermiştir. Sorgulanan hususlarla ilgili tercihlerde bulunmuştur. Bazen de tercihlerini kemikleştirmiş, kendince kesinleştirmiş, böylece bir bilgi ideolojisi ortaya koymuştur. Bu açıdan bakıldığında görülecektir ki her hukuk doktrininin özünde bir bilgi felsefesi saklıdır. Bilginin ne olduğuna, nerede bulunacağına, güvenilirlik ölçütlerine dair birtakım kabuller mevcuttur.

Bu hakikate rağmen hukukun bilgi felsefesiyle irtibatı neredeyse hiç kurulmamıştır. Oxford¹ ve Cambridge² üniversiteleri yayınevlerinden çıkmış “*legal epistemology*” (hukuk epistemolojisi) konulu iki yayın başta olmak üzere konuyla ilgili literatür, hukuk ve epistemoloji ilişkisinin ‘hukuk pratiğinin hizmetinde bir epistemolojik uğraş’ olarak algılandığını göstermektedir. Bu algıya göre, ‘kesinlik’ gibi epistemolojik sorgulamalardan, örneğin, ceza muhakemesinde suçun sübutuna yönelik yararlanılabilir.

Bizim bu makaledeki çabamız ise bizatihi hukuk doktrininin her açıdan ve en temelden epistemolojik kritiğe tabi tutulması yönündedir. Çıkış noktamız şu sorudur: Çağımızda sorgulanmamış ve layığıyla temellendirilmemiş bir bilgi ideolojisinin hukuku kuşatması söz konusu olabilir mi? Bu tehlikenin bertaraf edilebilmesi için hukuka bilgi felsefesi (epistemoloji) perspektifinin kazandırılması, hatta egemen olması gerekmektedir. Aksi halde hukuk, kavramın kökeni olan hakkın (ontolojik gerçekliğin) ve hakikatin (epistemolojik gerçekliğin) değil, dar görüşlü bir varlık okumasının ve indirgemeci bir bilgi kavramsallaştırmasının hizmetinde demektir.

Bu makalede bilgi felsefesinin başlıca tartışmaları genel felsefe zemininde tanıtılmakta, sonrasında bilginin mahiyetine ve niteliğine ilişkin sorgulamalar yapılmakta ve doğru bilgiye erişme yolu araştırılmakta, son aşamada da hukuki bilginin sağlıklı bir bilgi felsefesi içinde yeniden üretilmesinin altyapısı sunulmaktadır.

¹ Georgi Gardiner, “Legal Epistemology”, Oxford Bibliographies: Philosophy, Duncan Pritchard (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2019.

² Bartosz Brozek, The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

Türkçe Literatür Kritiği

Bir bilgi olgusu olan hukukun bilgiyle ilişkisine dair en temel bilgileri Hukuka Giriş, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları, Temel Hukuk Bilgisi gibi adlarla anılan kitaplarda bulabilmemiz gerekir. Bu adlarla anılan düzinelerce kitap vardır. Bunların yaklaşık otuz tanesini taradığımızda hukuki bilginin niteliğine (mahiyetine ve geçerliliğine) dair pek fazla şey bulamadık. Hukuk bilgisi hangi kapsamda, hangi gerekçeyle, neden ve ne kadar doğru ve geçerli bir bilgidir? Hukuki bilginin geçerliliğinin pozitif hukukun kaynağı olan iktidar olgusundan öte bir dayanağı var mıdır? İktidardan bağımsız hakikati araştıran bilim ve felsefe boyutlarındaki karşılığı ne düzeydedir? Bu sorular cevaplanmadan hukuk bilgisi üretmenin veya öğretmenin hukuku fazlasıyla kırılğan bir zemine yerleştirmek anlamına geleceği izahtan varestedir.

Türkçe literatürde hukuk ve bilgi ilişkilendirmesini çok kısa da olsa yapan bir çalışma olarak Cansel ve Özel'i örnek gösterebiliriz.³ Anılan eserde bizim aradığımız anlamda bir bilgi tartışması bulunmamaktadır. Bir sayfadan ibaret olan 'Hukuk ve Bilgi' başlığı altında yazarlar, "[Y]aşadığımız bu gün çok çeşitli bilgilerle ve bilgi kaynakları ile karşılaşmaktayız. Bir diğer gerçek ise bu günün insanının çok hızlı bir biçimde hareket eden bu bilgi akışına yetişememekte olduğudur" cümleleriyle hukuku günümüzde her alanda artan bilgi hacmi açısından sorunsallaştırmaktadır.⁴ Bu yaklaşımda genelde bilginin, özelde hukuk bilgisinin mahiyetine ve felsefi kalitesine ilişkin merak yoktur.

Yine felsefi derinlik içermeyen fakat günümüzde hukuk bilgisinin niteliğine dair net fikir veren bir örnek ise Gözler'e aittir.⁵ Gözler'in kitabının ilk bölümünü "Hukukun Bilgi Kaynakları" şeklinde başlıklandırması, hukuku en temelde bir bilgi olgusu olarak gördüğünü ortaya koymaktadır ki bu görüş tamamıyla isabetlidir. Öte yandan, Gözler'in hukukun bilgi kaynaklarını mevzuat, yargı kararları ve bilimsel eserlerden ibaret görmesi hukuk algısının, dolayısıyla hukuk bilincinin ve bilgisinin niteliğine ilişkin büyük bir hayal kırıklığı yaratmaktadır. Gözler'e göre "Mevzuata ulaşmanın en sağlam kaynağı *Resmî Gazetedir*".⁶ Yargı kararları bahsinde de sadece ulusal yüksek yargı mercileri sıralanmıştır.⁷ Bilimsel eserler ise İngilizce '*doctrine*' (öğreti) ve '*books of authority*' (otorite kitapları) olarak açıklanmıştır.⁸ Esasında Gözler'in yaklaşımına göre bilimsel bilginin üç kaynağının ortak özelliği otoriter olmalarıdır. Gözler'e göre hukuk bilgisi, otoritelerin ürettiği ve öğrettiği bilgidir. Peki otoritelerin otoritesi neye dayanmaktadır? Bu dayanağın bilimsel karşılığı nedir? Otoritenin kapsamı, niteliği ve meşruiyeti ne

³ Erol Cansel / Çağlar Özel, Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavramları ve Kurumları, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

⁴ Cansel/Özel, s. 23

⁵ Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 12. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.

⁶ Gözler, s. 11

⁷ Gözler, s. 12

⁸ Gözler, s. 13

kadardır? Otoritenin son kertede siyasi bir olgu olması karşısında hukukun siyasetten ari hiçbir noktasının olmadığı, dolayısıyla hukuk bilgisinin mutlak olarak politik bir olgu olduğu söylenebilir mi? Gözler bu boyutlara ilgi duymaz. Bu hususlarda hiçbir bilgi vermez. Otoritenin statüsünü verili kabul etmemizi ve hukuk bilgisini bu sakıncalı kabulde edinmemizi zorunlu sayar.

Gözler'in kısmen faş ettiği bu yaklaşım, diğer hukuk kitaplarının hemen hepsinde zımnen mevcuttur. Tuhaf olan, bu yaklaşımın hukuk felsefecilerini bile ele geçirmiş olmasıdır. Örneğin, hukuki bilginin iki unsurunun bağlayıcılık (zorlayıcılık) ve adalet değerine yönelme olduğunu öne süren Işıktaç⁹ hukuki bilgiyi norma indirgemiş, normun epistemolojik dayanağına bağlı olarak geçerliliğini tartışmaya açmamıştır. Işıktaç'a göre "hukuki bilginin sadece kanun koyucunun iradesi olarak nitelendirilmesi" sonucunda karşılaşılabilecek problemler yorumlamayla ve hukukun teknik düzeye indirgenmesiyle ilgilidir.¹⁰ Işıktaç'ın konuyu ele alırken attığı "Hukuk Epistemolojisi: Hukuksal Bilginin Niteliği"¹¹ başlığının altında herhangi bir serbest epistemolojik sorgulamanın olmaması pozitivist bilgi ideolojisinin gücünü göstermektedir.

Hukuk dogmatizminin bilimsel niteliğini sorgulayan Yücel ise hukuk olarak nitelendirilen şeyin geçerli (ontoloji), etkili (fenomenoloji) ve değerli (aksiyoloji) olup olmadığını gündeme getirirken epistemolojik köken ve geçerlilik sorusuna özel olarak temas etmemiştir.¹²

"Hukuk, hayatımızda, bizden ayrı bir gerçeklik olarak karşımıza çıkar"¹³ görüşünü savunan ve hukuk felsefesinin temel sorunları arasında hukuki bilginin epistemolojik niteliğine yer vermeyen Güriz, "hukuk öğretiminde pozitif hukuk bilgisi hemen her yerde önceliğe sahip bulunmaktadır ve bu önceliğin inkâr edilmesi de söz konusu değildir"¹⁴ demekle hukukta pozitivist bilgi ideolojisinin doğal ve kaçınılmaz olduğunu belirtmiş, hukukta felsefeyi, özelde epistemolojiyi etkisizliğe mahkum kılmıştır. "Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları" başlıklı eserinde son derece yararlı sorgulamalara yer veren Aral da hukuki bilginin epistemolojik karşılığını konu edinmemiştir.¹⁵

Günümüzün pozitivist atmosferi içinde hukuk bilgisi, otoriteye, daha geniş bir kavramla güce, güçlünün tercihlerine dayalı bir dünyanın pratik bilgisidir. Bu türden bir bilginin yine güce endeksli işlerliği olacaktır. İşlerliğin etkililik, geçerlilik, hatta değerlilik gibi algılanımları da olabilecektir. Bununla beraber, bir bilginin pratikte az çok karşılığının

⁹ Yasemin Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 56

¹⁰ Işıktaç, s. 59

¹¹ Işıktaç, s. 51

¹² Mustafa Tören Yücel, Hukuk Felsefesi, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2014, s. 39

¹³ Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007, s. 1

¹⁴ Güriz, s. 4

¹⁵ Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, 3. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

olması, onun felsefi ve ahlaki geçerliliğinin olduğunu, bilimsel ve mantıksal açılardan isabetli olduğunu kanıtı olamaz. Zira hırsızların hırsızlık bilgisi de onlar açısından işe yarar bir bilgidir. Çocukların tekerlemeleri de eğlendirici, dolayısıyla yararlı görülebilir. Bilginin entelektüel niteliği, işlevselliğinden farklıdır. Elbette bu farklılık tam bir ayrılık anlamına gelmez. Aksine, bilginin entelektüel kalitesi göz ardı edildiğinde pratikteki çıktıları da olgun ve sağlıklı olmayacaktır.

Günümüzde hukuk alanında bilgi 'otoriteye bağlı olarak geçerli kabul edilen pratik veriler' olarak algılanmaktadır ki bu algı mantıkta 'otoriteye başvurma' (*appeal to authority*) şeklinde ifade edilen safsataya karşılık gelir. Diğer bir deyişle, hukukta bilgi otoriteye dayalı tanımlanırken mantıkta bilgiyi otoriteye dayandırmak safsata olarak tanımlanır. Şu halde hukuk bilgisi, ne kadar etkili olursa olsun, mantık dışı zeminde üretilmiş formüllerden ötesi olamamaktadır.

İki Hukuk Algısı

Hukukun ne olduğuna ve olması gerektiğine dair algıları iki ana yaklaşıma indirgemek mümkündür. Bunlardan birincisi, dogmatik hukuk algısıdır. Bu algıya göre hukuk kendi içine dönük, kendi mantığı olan ve sadece kendi mantığından etkilenen veya etkilenmesi gereken, diğer her şeyle ilişkisi etkilenmemek fakat etkilemek üzere kurulu olan, mütehakkim bir disiplindir. Bu algıya göre hukuk dominant yani baskın karaktere sahiptir. Kapalı, korunaklı, katıksız, saf ve steril bir iştir.¹⁶ Bu algı uyarınca, hukuku araştırma ve eleştirme nesnesi gibi ele alan felsefe, psikoloji, sosyoloji, siyaset bilimi gibi disiplinler kapsamında hukuka dair söylenebilecek şeylerin hukuki (bilgi) değeri yoktur. Örneğin, hukuk felsefesi hukuka yukarıdan bakan, hukuk sistematiğinin ötesine geçen bir felsefe dalı olamaz. Mevcut hukuk ideolojisinin güdümünde, felsefi içerikli egzersizler şeklinde olabilir. Dogmaya tabi, dolayısıyla pek de gerekli olmayan, etkili olması mümkün olmayan bir uğraş statüsünde kalmaya mahkumdur.

Dogmatik algının alternatifi, realist hukuk algısıdır. Realist hukuk algısına göre hukuk, hukukla başlamaz. Hukuk bir çıktıdır, eserdir. En başta siyasetçilerin, düşünürlerin, uzmanların ve uygulayıcıların eseridir. Birtakım aktörlerin elinden çıkmıştır. Yine birtakım aktörlerin elinde hayatiyet kazanır, yorumlanır, uygulanır veya uygulanmaz. İnsan düşüncesini yansıtır. Objektif değildir. Etkileyici konumda olduğu kadar da etkilenen konumdadır. Hayatı kuşatmamış, hayat tarafından kuşatılmıştır.

Bu iki hukuk algısından ilkinde bilim dışı, romantik, ütöpk, kurgusal hukuk algısı da diyebiliriz.¹⁷ Mamafih algının sorunlu olması etkili

¹⁶ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Lawbook Exchange, Clark N.J., 2009.

¹⁷ Dogmatik hukukçuluktaki dogmatizmin bilimin tanımını iğfal edecek düzeye vardığı ve 'dogmatik hukuk bilimi' gibi absürt bir terminolojinin dolaşımında olduğu notunu düşelim. Bir uğraşın hem dogmatik hem bilim olması imkansızsa da hukuka yüklenen çarpık anlam söz konusu imkansızlığın göz

olmasına engel değildir. Aksine, algının fazlasıyla yaygın olması hukuk realitesine de etki etmektedir. Hukukun steril algılanmasındaki yanlışlık, reel sonuçları olan yani etkili bir yanlışlıktır. Hukuk olgularındaki çarpıklıklar, hukuk algısındaki bu gibi çarpıklıkların neticesidir.

İkinci hukuk algısına ise bilimsel hukuk algısı diyebiliriz. Bilimsel hukuk algısı, hukukun birtakım felsefelerin çıktısı olduğu realitesini kabullendiği için hukukta felsefi kritiklere sahici alan açar.

Doğmatik hukuk algısında insanın varoluşsal anlamı tartışma konusu edilmez, dolayısıyla varlık felsefesi yoktur. Daha doğrusu, varlık felsefesi örtük ve dolaylı olarak vardır. İnsana yüklenen anlam doğmatik hukukun içine gömülüdür. O anlamı günışığına çıkarıp kritik etmek hukuki bir uğraş olarak görülmez. Lakin bilimsel ve realist hukuk algısı kapsamında hukukta varlıklara yüklenen anlamın bir varlık felsefesi (ontoloji) kapsamında geliştiği kabul ve itiraf edilir. Varlık felsefesiyle uğraşmak hukukun altyapısıyla uğraşmak, hukukla uğraşmak addedilir. Varlık felsefesini geliştirmek hukuku geliştirmek sayılır. Bilgi felsefesini geliştirmek hukuku geliştirmek, siyaset felsefesi konuşmak hukuk konuşmak, psikolojik farkındalık hukuki farkındalık sayılır. Kısacası, realist hukuk algısında hukuk hayatın içindedir. Her şeyle etkileşim halindedir. Her açıdan yorumlanmaya elverişlidir. Doğmatik hukuk algısında ise hukuk hiçbir disiplin açısından yorumlanmaya elverişli değildir. Dolayısıyla hukuki bilgi de felsefi, sosyolojik, psikolojik vs. analize muhtaç ve elverişli değildir.

Doğmatik hukuk algısı aşılmadıkça bu makalede ortaya konulan ve benzeri çabaların hedefini bulması mümkün değildir. Hukukun derinleşmesi, bilimselleşmesi, üst düzey memnuniyet doğurması mümkün değildir. Hukukun amacı her ne ise o amaca hizmet etmesi çok zor olacak, hukuk hamaset seviyesinde kalacaktır.

Hukukun, Bilginin, Hayatın Amacı Nedir?

Hukuk bir araçtır. Hukukun hangi amacın aracı olduğu veya olması gerektiği ayrı bir konudur. Vakıa, hukukun bir araç olduğudur. Bilgi de bir araçtır. Bilginin neye yaradığı ayrı bir konudur. Esasında hayatta amaç olarak öne sürülen her şey daha büyük amaçların aracıdır. Öyleyse tüm amaçlar en büyük amaca -hayatın amacına- nispetle araçtan ibarettir ve asıl çözülmesi gereken problem, hayatın amacının ne olduğudur. Hukuk da bilgi de hayattaki nihai amacın araçları olsa gerektir. Bu bağlamda diyebiliriz ki hukuk felsefesi ancak ve ancak bir hayat felsefesi kapsamında var olabilir. Hukuk felsefesinin/ideolojisinin temelinde açıktan veya zımnen bir hayat felsefesi mevcuttur.

Hayatın amacının ne olduğu, insanlık tarihi boyunca en çok irdelenen konuların başında gelmektedir. İnsanı bu konuyu irdelemeye

ardı edilmesini gerektirebilmektedir. Bu durum bile modern hukukun epistemolojik dayanağının hayali olduğunu ortaya koymaktadır. Absürt terminolojiyi kullanan bir kitap örneği için bakınız: Ülker Gürkan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013.

götüren şey, hayata dair bir anlam arayışı içinde olması, arayışını neticelendirerek tatmin olmak istemesidir. Basitçe ifade etmek gerekirse, bizatihi hayatın anlamını ve amacını araştırmada da görüldüğü üzere, hayat bir tatmin arayışıdır. Hayatın amacı tatmin olma duygusudur. Maddi, manevi, duygusal, bedensel, zihinsel ve diğer arayışların tatminle sonuçlanması en geniş anlamda ‘mutluluk’ kelimesiyle ifade edilir. Hayatın amacı mutluluktur. Bu düşüncenin en net örneklerinden birini, iyi olan ile mutluluğu özdeşleştiren Aristo’da görüyoruz. Aristo “[m]utluluğun zenginlik gibi bir araç olmadığını, onun kendinden dolayı iyi olan, istenilen ve sevilen bir unsur olduğunu belirtir. Bu açıdan rasyonel bireyin nihai amacının mutluluk olduğunu savunur”.¹⁸

Gerçekten de mutluluk, hayattaki tüm araçların yöneldiği nihai amaçtır. İnsanların irili ufaklı sayısız amacı olabilir. Tüm bu amaçlar mutluluğa nispetle araçtır. Mutluluk ise daha ötedeki bir amacın aracı değildir. Mutluluk insanın aradığına kavuşması, tatmin olması, doymun ve tam hissetmesidir. Mutluluğa erince arayış biter. Arayış devam ediyorsa mutluluk eksik demektir.

Mutluluk; razı ve tatmin olma, varoluşun anlam ve gayesine erişme, tamamlanma, kemal ve huzur bulma hallerini ifade eder. Elbette bu hallerin siyah-beyaz şeklinde ya hiç yok ya da hep var olması gerekmez. Mutluluk azalabilen ve artabilen bir histir.

Şu hâlde hukukun amacı adaletse de düzense de güvenlikse de özgürlükse de nihai amaç hep aynıdır: Mutluluğu çoğaltmak. Hukuk, insanların daha mutmain ve mutlu olması içindir. Peki insanlar nasıl daha mutlu olurlar? Hangi şartlarda, hangi ilkelerin ışığında, hangi yöntemlerle daha fazla mutluluğa erişirler? İşte bu noktada devreye hayat felsefesi, varlık felsefesi, bilgi felsefesi girer. Zira mutluluğun ne olduğu, hangi boyutlarda ve nasıl araştırılacağı, nasıl anlaşılacağı gibi konular aynı zamanda epistemolojik problemlerdir. Dahası, mutluluk mutluluğa ilişkin bilgiye tabi olduğu gibi bilgi de mutluluk arayışına tabi şekillendiğinden ötürü bilgi ile mutluluk arasında mutlak bir ilişki vardır. Denilebilir ki insanın bilgi arayışı mutluluğa yönelişinin bir tezahürüdür. Bilgi de bilgi kurumları da mutluluk yolunun araçları olarak vardır. Hukuk da bir mutluluk aracı olduğuna göre hukuki bilgi daima bir mutluluk algısının, bir varlık ve hayat felsefesinin, bunlarla iç içe bir bilgi felsefesinin hizmetinde demektir.

Burada bilgiden kasıt doğru bilgi değildir. Henüz bilginin doğruluğu ve yanlışlığı üzerine yorum yapmadık. Kastımız, insanın zihninde tuttuğu, doğru da olsa yanlış da olsa ona yol gösteren bilgisidir. Bu bakımdan bilgi, mutluluğun sınırlarını çizen bir kuvvettir. Daha fazla mutlu olabilmek; daha farklı bir edininim, deneyim, düşünüş, biliş ve bilgi olayıdır. Mutluluğu çoğaltmak bir süreçse bu sürecin en önemli ayağı yine bilgilenmedir. İnsan; anlamak, keşfetmek, gelişip geliştirmek, farklı

¹⁸ Ahmet Yavuz Çamlı, “Aristo’nun Referansıyla Geliştirilen Pratik-Rasyonellik Dinamiği”, C. 38, S. 2, 2019, Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 5

boyutlarda zenginleşmek ve mutluluğunu çoğaltmak için bilgi peşinde koşar. Bu ister ticari bir yeteneğin bilgisi isterse metafizik boyutların bilgisi olsun. Bilgi bir tür varlıktır. Bilgilenme de varlık kazanmadır. Mutluluk potansiyelini belirleyen bir ilişkilendirme olgusudur.

Haddizatında insan bilgiyi aramasa bile doğumdan ölüme kadar bilgi denizinde yaşamaya mahkumdur. İnsanın doğru bilgi ile itminana erişeceğini, yanlış bilgi ile bedbaht olacağını iddia edebiliriz. Çünkü doğruluk ve yanlışlık dahi tanımını bir şeyin mutluluk getirip getirmemesinden alır. Elbette burada yine “Hangi mutluluk?” sorusu gündeme gelir. Mutluluğu hangi derinlikte, hangi vadede, hangi özdeşleştirmelerle düşünüyoruz ya da düşünmeliyiz?

İnsanın en derinindeki amaç bilgilenmek değil mutlu olmak olduğu için insanlar yeri gelir kolay ve geçici mutluluklar uğruna yanlış bilgileri (anlayışları) rasyonalize eder, normalleştirir, benimser. Hatta doğru bilgilere sırf kısa ve orta vadede zorluk (mutluluk azalması) getiriyor diye dünyasını kapatır. Sonuç olarak insanın mutluluğa dair görgüsü ve bilgisi, genel olarak bilgiye yaklaşımını, bilgilenme(me) tutumlarını etkiler.

Hukuk bilgisini/öğretisini de bu psikolojik çerçeve içinde değerlendirmek gerekir. Hukuk öğretisi, manevi hakikatler şöyle dursun, objektif bilimsel gerçekliklere göre bile değil, şu veya bu sübjektif amaca (mutluluk vizyonuna) göre kurgulanır. Hatırlanmalıdır ki insanların tabi oldukları veya ürettikleri tüm bilgilerden -ve dolayısıyla kurallardan-muradı, bireysel veya toplumsal mutluluğa erişmektir.¹⁹ Mutluluğa dair algımız, hukuka yaklaşımımızın derinliğini, genişliğini, sebebini ve mahiyetini tayin eder. Mesela mutluluk kodlamaları materyalistçe olan bir toplumda hukuk algısı da maneviyattan uzaklaşır, maddileşir, teknikleşir. Ruhsal doyum farkındalığı yüksek olan toplumlarda ise hukuk (algısı ve bilgisi) daha empatik ve duyarlı olacaktır. Her halükarda hukuk, ama sığ ama derin, ama cahilce ama arifçe bir mutluluk vizyonunun hizmetinde olacaktır.

Bilgi-mutluluk ilişkisi konusunda birbirine zıt iki eğilimden bahsedebiliriz: 1) En kapsamlı bilginin, hakikatlerin insanı mutluluğa eriştireceğini kabul eden, hakikati ve iyiliği birbiri ile özdeşleştiren, ilme içkin değer atfeden hakperest eğilim ki bu yorumlamaya göre bilgi, iyilik, erdem, mutluluk ya hep bir arada vardır ya da bunların hepsi aynı anda eksiktir. 2) Önce dar bir mutluluk algısı geliştirip sonrasında bilgiyle ilişkiyi o algıya göre kısıtlayan, bilgiye daha aceleci yaklaşarak basit araçsallık atfeden, zihinsel konforu önemseyen, serbest hakikatten uzak düşmüş, ego güdümlü eğilim. Gerek hakperest eğilimde gerekse egoist eğilimde bilgilenme, bilgi üretme ve hayatı şekillendirme söz konusudur. Lakin iki eğilimin ortaya çıkartacağı fert ve toplum profili aynı olmayacaktır. Hukukun hakikatlere dayalı kurulmasıyla hırs menşeli ideolojilere dayalı kurulması elbette aynı sonuçları doğurmayacaktır.

¹⁹ Hukuk ile mutluluk ilişkisine dair şu iki kitaba başvurulabilir: Eric A. Posner / Cass R. Sunstein, *Law and Happiness*, University of Chicago Press, Chicago, 2010; John Bronsteen / Christopher Buccafusco / Jonathan S. Masur, *Happiness and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2015.

Günümüzde dünya, tek yönlü bir insan algısı ve akılcılık hırsıyla malul pozitivist Batı ile derin mefhumların arasında bocalayıp tekinsizleşen Doğu kültürlerinin sakat bilgi nosyonlarının didişmesine sahne olmaktadır. Bilime inanç ile dine inanç, akli önceleme ile hissi önceleme arasında gerilim yaşanmaktadır. Bütünlük ve birlik arz eden bilgi kuramlarının etkili olmayışı, insanlığı tam bir aydınlanma ve mutluluk imkanından mahrum bırakmaktadır.

Hukuk dahil her alanda ihtiyaç zahir ve batın bilgilerini uzlaştırmaktır. İnsan-bilgi ilişkisinin metodolojik prensiplerini geliştirmektir. Bu çabada başlıca kaygılardan biri, hangi bilginin kesin doğru olduğu konusu olacaktır.

Bilgi Nedir? Kesin Olabilir Mi?

Tanrılara saygısızlık ve gençlerin ahlakını bozmakla suçlanan Sokrates; zeki, kabiliyetli ve malları yağmalanmış bir yetim genç olan Teatetus ile konuşmaktadır.²⁰ Konu, bilgidir. Bilginin algı mı, yargı mı olduğunu ve diğer tanım seçeneklerini tartışırlar. Kendisini fikirlerin doğmasına yardımcı bir ebe olarak takdim eden Sokrates, metodunun gereği olarak kati bir hükme varmaz ve Atina mahkemesindeki savunmasını yapmak üzere meclisten ayrılır.

Sokrates'in genel yaklaşımına göre bilgi ile erdem bir nesnenin iki yüzü gibidir. Bilgisizliğimizi itiraf ederek benliğimizle yüzleşir, anlayışımızı isabetli ve derin kılarız. Gerçeğe uygun anlayışımız olursa faziletli davranırız. Doğu'dan Batı'ya dünyanın pek çok fikir geleneğinde bu ilkeye rastlamak mümkündür. Yunus Emre'nin "İlim kendin bilmektir" sözü derhal akla gelen bir örnektir.

Eflatun'un aktardığı yukarıdaki diyalogdan hareketle bilginin "gerekçeli doğru inanç" (*justified true belief*) şeklindeki tanımı Batı'da geniş kabul görmüştür.²¹ Gerekçe *logos* (mantık), doğru *orte*, inanç ise *doksa* kelimeleriyle ifade edilmektedir. *Doksa* 'kabul şeklinde inanç' olup, 'itimat şeklinde inanç'tan (*pistis*) farklıdır. Birincisi daha akli, ikincisi daha hissi telaki edilmektedir. Lakin çoğunlukla din bağlamında kullanılan 'ortodoks' kelimesinden de anlaşılabilen üzere iki inanç türü arasında net bir ayrım mümkün değildir. İnancın akli ve hissi taraflarını birbirinden ayıklamak zordur. İç içelik ve geçişkenlik söz konusudur.

Mevzubahis geçişkenliği Kuran'da şu ayette görmekteyiz: "Bedeviler 'İman ettik' dediler. De ki: 'İman etmediniz. Lakin 'Teslim olduk' deyin. 'Henüz iman kalplerinize girmedi'" (Hucurat, 14). Ayetten, teslim olma şeklindeki inancın zamanla emin olma şeklinde inanca götürebileceği anlaşılmaktadır. Acaba burada söz konusu olan şey, baştaki inancın mahiyetinin değişmesi midir, derinleşmesi midir? Kanaatimizce burada bir mahiyet değişikliği söz konusudur zira inancın

²⁰ Plato, Theaetetus, John McDowell (tr.), Oxford University Press, Oxford, 2014.

²¹ Frederick F. Schmitt, Knowledge and Belief, Taylor & Francis, London, 2006.

derinleşmesiyle ilgili olarak bir başka ayet vardır: “Ey iman edenler! İman edin” (Nisa, 136).

Özetle, bilgilerin geniş anlamda inanç olduğunu, inançların farklı türde ve derinlikte olabileceğini söyleyebiliriz. İnançların insanda farklı melekeler üzerinden işlemesi ve farklı görünümde olması bilgi ile inanç arasında bir zıtlık olduğu yanılgısını oluşturur. Halbuki bu zıtlık yüzeyseldir. Bilgiyle ilgili kati olan bir şey varsa o da bilginin daima inanç zemininde oluştuğudur. Basit bir örnek verelim: $2+2=4$ bilgisinin ilk dayanağı ilkokul öğretmenimize duyduğumuz güvendir, inançtır. Kesin dedğimiz bu bilgi bile 2'ye, +ya, =e, 4'e, aritmetiğe dair bizde oluşturulan, henüz bilmeksizin kabul etme, inanma temeline muhtaçtır. Tüm bilimlerin temelinde kabul etme, kanaat getirme, kısacası inanma olduğu buradan kıyas edilebilir.

Öyleyse inanmadan ari, saf bilgi yoktur. Varsa bile ifade edilemez, tartışılmaz. İfade ediş, birtakım dil ve bilinç kabullerini gerektirir. İfadeye dönüşen bilişler, birtakım muhakeme ve malzeme kabulleri iledir. En temelde mutlaka bir tür kabulleniş, itimat ediş, inanış vardır. *Tabula rasa* halinde olsun olmasın, insanın ilk şuur ipuçları akli bilgidir çok duygusal ilişki yani inanç nevindedir. Duygusal temellere istinaden bilinç dediğimiz irtibat ağını geliştirir ve bilgi dediğimiz çıkarımlara varırız. Hülâsa beşer bilgisi daima inançla karışık; mutlak, kesin, ön kabulsüz ve tam manasıyla objektif değildir.

Bu demek değildir ki bilgilerin hepsi şaibelidir, reddedilmelidir. Öklid'in 'iki nokta arasındaki en kısa yolun düz doğru ile çizileceği' aksiyomunu ele alım. Bu aksiyom koşulsuz kesinlik ifade etmez ancak gayet işlevsel bir kabul/inanç olarak geometrinin kuruluş bilgilerindedir. '0' yani 'yokluk' ifade eden bir sembolün kabulü ve yine 'X' yani 'bilinmezlik' ifade eden bir sembolün kabulü pozitif bilimlerin vazgeçilmezi olan inançlardır. Böyle kurucu inançlar sayesinde bilimsel bilgi dediğimiz çıktılara ulaşabilmekteyiz. Dolayısıyla bilgilerin inanç kaynaklı olmasında hiçbir sorun yoktur çünkü hakikat budur. Lakin herhangi bir bilginin inanç kaynaklı olmadığının iddia edilmesi ciddi bir epistemolojik sorundur ve yanlışır.

Hukuk bağlamında konuşacak olursak, sorun, herhangi bir hukuk paradigmasının inançlar üstü olduğunun, objektif ve evrensel geçerlilikte olduğunun iddia edilmesi olacaktır. Gerçekte, hangi hukuk sistemini kurarsanız kurun temeliniz inançtır. Hangi hukuk öğretisini savunursanız savunun temeliniz yine inançtır. Hukuku hakikatten, değerden ve adil mutluluk doğurmaktan uzaklaştıran şey, hukukta kaçınılmaz olarak var olan inanç temelini yokmuş gibi sunulmasıdır, inkar edilmesidir.

İnanç denilince akla sadece dinlerin gelmesi sığ bir yorumlamadır. İnanmak beşerin ortak içgüdüdür. Hepimiz inanırız. Hepimiz inançlarla doluyuz. Hepimizin görüşleri inanç temelinde yükselir. Basit bir örnek verelim:

- Tanrı vardır.
- Tanrı yoktur.
- Tanrı konusu bilinemez.

Bu önermelerin sadece ilki değil, her üçü de kanaattir ve inançtır. Dinlerin karşısına konulan “Pozitif bilimler her şeye cevap bulacaktır” önermesi de bilimsel değildir, ispatlanmamış bir kanaattir, inançtır. “Akıl her şeyin ölçütüdür” sözü aklın teyit ettiği bir bilgi değildir, akla dair bir inançtır. Bunların aksi yani pozitif bilimlerden ve akıldan şüphe etmek de birer inanç işlemidir. İnsanlar yürüdükleri inanç yolları açısından farklıdır; inanç kökenli ve inanç işlemleri bakımından herkes aynıdır.

Şurası var ki bazı inançlar akli zindeleştiren bazıları tembelleştirir. Bunun sonucunda akıl ile duygu birbirinden bağımsız gelişebilen iki melekeymiş gibi algılanır. Halbuki insanın melekeleri birbirini şekillendirir. Nihai olarak etkileşim ve bütünlük içindedir. Gayet akılcı bir davranışın kökeninde hissediş, gayet duygusal bir davranışın derininde ise aklediş olabilir. Öyleyse bilgi, sayısız olasılığa gebe insan suurunun -izlediği duygu ve düşünüş çizgisine bağlı olarak- çıkarımıdır.

Toparlamak gerekirse; inançlar çeşitli nedenlerle ikna olduğumuz kanaatlerdir ve kanaat getirme psişik bir hadisedir. İnsan psikolojisinin sayısız etkene bağlı olduğu dikkate alınırsa geniş anlamda bilginin, geniş anlamda inancın bir türü olduğu, izafi bir kanaat olduğu sonucuna ulaşmamız tabiidir. Epistemolojideki temel problem de bu olagelmıştır: Psişik ve kognitif değişkenlerden bağımsız mutlak gerçeklik (*absolute truth*) var mıdır, bilinebilir mi?

İki Cevap: İman ve Şüphe

İnsan varlık aleminde küçük bir parçadır; varlığın bütününe vakıf değildir. Bütünü kuşatmayan insanın ürettiği tüm cevaplar nakıs olacaktır. Herkes için bu kusur söz konusu olduğuna göre mutlak bilgiye erişmemiz mümkün değildir. Bilgilerimiz sınırlı, eksik, hatalı veya geçicidir. Hakikat budur. Bilimsel bilgi de hukuki bilgi de mükemmel değildir.

Bu hakikatle birlikte insan bilgiyi, daha doğru ve kesin bilgiyi arar. Zira bilgi edinmeye mahkumdur. Bilgiyle ilişki kurmaya mecburdur. Bu ilişkiyi kurmanın zeminine de muhtaçtır. Bilgiyle ilişki kurmanın başlıca iki zemini vardır. Bunlar iman ve şüphe.

İman zeminini şöyle özetleyebiliriz: “Mutlak gerçekliği ifade eden kesin bilgiye sahip değilim. Kesin bilgiye sahip olduğumu söyleyen bir başka insana itimat ediyorum. Onun varlığın hakikatiyle, özüyle irtibatının olduğu iddiasına inanıyorum. Bilgiyi o insandan alıyorum”. Bu cevaptaki öz doğrudan inançtır. Dinler, dini bilgiler ve hukuk gelenekleri bu zeminde yükselir.

İmanın salt akıl çerçevesi içinde doğruluğunun ispatlanması mümkün değildir. Lehte ve aleyhte deliller getirilebilirse de tam ve kati sonuç alınmaz. Mesela “İtimat ettiğim şahıs ömrü boyunca hiç yalan söylememiş biri olarak hakikat iddiasında bulundu” denirse bu lehte bir karine olur fakat Humecu bir septisizmle “Güneş’in her gün doğmuş olması yarın doğacağına delili değildir” itirazı hala mümkündür. Kısacası imanın düşünce evreninden şüphe edilebilir.

Mamafih bilgiyle ilişkinin ikinci zemini şüphedir. Şüphe zemini şu şekilde kurulur: “İnsanın doğası karmaşık, kapasitesi sınırlı ve kanaatleri etki altındadır. İnsan, mutlak hakikati ortaya çıkaramaz, bilemez. Bu nedenle her gerçeklik iddiası şüphelidir. Her inanç ve bilgi şüphelidir. Sadece başkalarına değil, bizzat kendimize dair şeyler de şüphelidir. Her şey bir hayal, bir yanığı olabilir. Şüphe edemeyeceğim tek bir şey varsa o da şudur: ‘Düşünüyorum, o halde varım’ (*Cogito ergo sum*, Descartes). Düşünmenin ve varlığın mahiyetinden de emin olamam. Kesin olan tek şey; düşünüyordum, dolayısıyla var olduğumdur”.

Şüphe zemininde bilgi üretimi şöyle işler: “Mademki kesin bilgiye radikal şüphe (*doute radical*) yoluyla varıldı öyleyse şüphe bilgi üretme metodolojisinin temeli olmalıdır. Bilgiye şüpheyile varırım ve vardığım bilgiden şüphe ederek yeni bilgilere yol alırım. Her bilgimin şüpheli olduğunu bilirim fakat şüphesiz bilgi mevcut olmadığı için geçici bilgilerle yol almayı tabii sayarım. Şüphenin doğurduğu ve öldürdüğü bilgilerle, düşünmemin kaynağı olan akıl melekeyle yaşarım. Aklın kolektif bir meleke haline gelmesiyle uygarlık oluşur. Birey ve toplum faaliyetleri değişim raylarına oturur. Değişimlerin olumlu yönde gelişim anlamına gelip gelmediğini de sorgulamak gerekir. Bireyin ve toplumun dinamizminde ‘akletme cesareti’ (*Sapere aude*, Kant) esastır”.

Genel olarak bilgiyle ilişki kurma sistematığı ya iman ya da şüphe nüvesiyle oluşturulur. Bir bilgi olgusu olan hukuk da genel sistematığa tabi olmak durumundadır. Hukukun iman zeminine dayanmadığı bir yerde hukuk öğretisinin ve sisteminin şüphe etme, akletme, sorgulama zeminine dayanması beklenir. Şüphe temelli hukuk sistemlerinde dinlerden, tanrılardan, krallardan, kutsal kitaplardan, geleneksel değer ve öğretilerden, kısacası her şeyden şüphe etmek doğal karşılanır, temel hak ve özgürlük olarak görülür, kurucu mizaç sayılır. Bu tür hukuk sistemlerinin açmazı, şüphe nüvesinden doğan ilkelerin bir noktada birer iman şartı, birer akide halini almasıdır. Diğer bir ifadeyle, temelleri şüphelenme ve yapısöküm yoluyla atılmış olan hukuk sistemleri zamanla dogmatik hal alabilirler. Üstelik iman zeminindeki gibi bütüncül ve sistemli bir varlık felsefesi içermedikleri için temelleri imanla atılmış hukuk sistemlerine göre çok daha çelişkili ve sorunlu hukuk tablolarına vücut verebilirler. Daha somut ifade etmek gerekirse, esasında iman değil şüphe üzerine kurulu modern, seküler, Batılı hukuk -hukuktan da önce bilgi ve bilim- nosyonunun kendisinin Batı’da veya ötesinde bir iman meselesi haline getirilmesi yabana atılmayacak bir tehlikedir. Bu tehlikenin kaynağında, insanın inanma ihtiyacı vardır. İnsan ne kadar şüpheli bir yol tutarsa da o yoldan ne kadar fayda devşirse de bir noktada inanmaya, inancı iman haline getirmeye meyilli bir varlıktır. Bu açıdan bakıldığında doğrudan iman nüvesinden doğan bilgi ve hukuk felsefelerinin daha tutarlı olmaları mümkün görülebilir.

Diyebiliriz ki bir hukuk öğretisinin/sisteminin en belirleyici özelliği, nelerden şüphe etmemek üzerine kurulduğudur. Hukuki bilginin kalitesini belirleyen de budur. Açıkça veya gizlice şüphe edilmesi hoş karşılanmayan dogmatik kabuller söz konusu ise o hukuk sisteminin temeli imandır. O durumda iman edilen kabullerin kapsamı, bağlamı, geçerliliği, derinliği, kısacası kalitesi sorgulanmalıdır.

Modern hukuk sistemlerinin en derin çelişkisi, geleneksel/dini imana reaksiyonla ortaya çıkmış alternatif/seküler iman olguları olmaları, buna rağmen bilimsel oldukları iddiasıyla kamufle edilmiş olmalarıdır. Halbuki modern hukuktaki kuramsal ve yöntemsel unsurlar hukuku bilimsel kılmaya yetseydi aynı unsurları içeren dini hukuk geleneklerinin de bilimsel olduğunu kabul etmek gerekirdi. Geleneksel hukuka ayrı, modern hukuka ayrı felsefi standartların uygulanması, bilginin mahiyetinin derinlemesine anlaşılmasından kaynaklanmaktadır.

İmanın ve Şüphenin Kritiği

Buraya kadar anlaşıldı ki her tür bilgi inanç kökenlidir. İncanın zıddı ise şüphedir.²² Bireyler ve toplumlar yönlerini inanç ile şüphe karması zihniyetler içinde tayin ederler. Sayısız inanç ve şüphe mevzuunun varlığı, düşünme ve yaşama çeşitliliğini meydana getirir.

Her ne kadar bütün insanlık bu izah çerçevesine dahil görülebilirse de biz bahsi geçen iki uç cevabı iki medeniyette/uygarlıkta somutlaştırmaya çalışacağız. Bunlardan ilki İslam medeniyeti, ikincisi ise Batı uygarlığıdır.

İslam medeniyetinin nüvesi imandır: Peygamberin dürüst olduğuna itimattır. İslam'da Allah'a iman bile bu itimattan sonra anlam kazanır çünkü doğru Allah tasavvurunun ne olduğu sorusu, yine Peygambere inanma ile cevap bulmaktadır. Peygamberin bahsettiği melek, vahiy, kader, ahiret gibi inanmalar da ancak en temeldeki itimatla oluşur. Peygamberle doğrudan muhatap olmayan sonraki nesiller de bilgiyi ancak itimat kanalları ile alır ve işlerler. Özetle, Müslüman bilgisi inanç kaynaklıdır. İslam'da hukuk da inanç kaynaklıdır.

İslam'da inanca ulaşmak için şüphe etmek ve bilgiyi netleştirmek için akletmek vardır fakat belirleyicilik açısından ikincildir. Bilgi inanma ile başlar; inanmanın niteliğine bağlı olarak farklı yollar izler. Kah gelişir kah iman-şüphe dengesinin bozulması ile geriler.

İslam medeniyetinin gerilemesinin temel nedeni incanın varlığı değil, sorunlu rotalar izlemesidir. Şu iki cümle üzerinde düşünelim:

a) Peygamberin öğrettiği temel inanmalar başka inanmaları gerekli kılar.

b) Peygamberin öğrettiği temel inanmalar başka inanmaları şüpheli kılar.

Diğer bir ifadeyle soralım: Peygamberden sonra iman hacmi artmalı mıdır, artmamalı mıdır?

Müslümanlar iman özünü işleyerek pek çok bilim ve sanat dalına, devlete, keşfe, gelişime imza attılar. İnsanı tenvir, dünyayı mamur eden bu gelişmeler sırasında bir yandan imanın özü inkişaf ederken diğer yandan inanmaların hacmi büyüdü. Zamanla Müslümanın inanç konuları başlangıçtaki çok üstüne çıktı ve inanmayı tamamlayan şüphe etme

²² Şüpheden arınmış inançsızlık bir tür inançtır. Şüphe etme anlamındaki inançsızlık ise bilgisizlik anlamına gelir.

kabiliyeti köreldi. Akıl ötesine inanma anlamındaki iman duygusu, akıl dışı zihniyetleri kabullenme refleksine yerini bıraktı. Kısacası Müslümanlar ortaya koydukları medeniyet eserlerine aşırı tutunarak yani şişkin inanmaları sebebiyle akıl melekelerini zayıflattılar. Muhakeme silikleşti, tefekkür zayıfladı, kabuller arttıkça arttı, her tarafta tabular ve otoriteler peyda oldu, hür düşünmek zorlaştı, dindarlık mutaassıplık halini aldı.

Günümüz Müslüman toplumlarında özgür düşünceyi hangi yönde biraz fazla ilerletirseniz tayip ve tazyik mağduru olmanız kaçınılmazdır. Akademik, siyasi, ekonomik, sosyal ve sair politika alanlarında tarz ve muhteva eleştirisi yapmak, eylem ve söylem çözümlerinde bulunmak hadsizlik olarak addedilebilir. Zihinler inanma bataklığı olmuştur. Peygamberin tebliğ ettiğinin çok ötesinde inançlar ihdas edilmiştir.

Müslüman toplumlarda bazı kişilerin, kurum ve ekollerin iyi niyetine, isabetine, kıymetine koşulsuz ve tartışmasız itimat edilmesi beklenir. Zihnin açılım kanalları korku bariyerleriyle tıkanır. İnsanı küçülten kültür atmosferleri içinde menfaatçi ve riyakar insan tipi yaygınlaştırılır. Zira nesilden nesile aktarılan bir hastalık caridir: Peygamberin “İnan” emrinin çok ötesinde inançlar ihdas etmek. Kabullerle, varsayımlarla dolu akıllar yanlış bilgilere sarılıdır. Bazı bilgiler doğru bile olsa bilginin metodolojisinde hür düşünce yerine itaatin, şüphe yerine itimadın aşırı baskın olması değerli ve sürdürülebilir gelişmelere izin vermemektedir.

İmanın bu kadar şişirildiği Müslüman toplumlarda emniyet hissinin de yüksek olması gerekirdi. Halbuki Müslüman coğrafyanın ana problemlerinden birinin güvensizlik olduğunu söyleyebiliriz. İnanç refleksinin istismarı toplumsal inançsızlığa yol açmıştır. Güvenlerin boşa çıkması güvenmemeyi olağanlaştırmıştır. Güvenemeyen fakat güvenmesi beklenen kitleler siyah-beyaz arasında patolojik güvenler geliştirerek önder kültlerine sığınmaktadır. Kurtarıcı enflasyonu vardır. Başta siyasi ve dini olmak üzere farklı kulvarlardaki liderlere hastalıklı, muhakemesiz ve inceliksiz itimat göstermek Müslümanlar arasında yaygındır. Güvensizlik içinde kalmış kitlelere bir çeşit güven veren, korku duyanlara emniyet ve menfaat vaat eden kişilere akıl zaafıyla itimat edilmesi ve bilginin bu bozuk atmosfer içinde formüleleştirilip slogan formatında yaygınlaşması Müslüman toplumların bir arızasıdır.

Özetle şunu diyebiliriz: Bilgi temelini açıkça inançla atan Müslüman akılı temelde insan tabiatına uyumludur zira bilgi her halükarda inanç temelinde yükselir. Bu yükselişin açıkça ortaya konulmasında beis yoktur. Lakin gerek inanmanın getirdiği kafa konforundan gerekse inanma refleksinin istismar edilebilirliğinden ötürü Müslüman zihni inanç-şüphe dengesini -şüphelenerek akletme kabiliyetini- önemli oranda yitirmiş, pek çok düşünce kusurunu doğallaştırmıştır. Akılı gereği kadar ve cesurca kullanmayı zorlaştıran kültürel hava içinde makus bir gidişata kapılmıştır.

Müslüman toplumların bu zihniyet altyapısı içinde hukuk öğretisi ve sistemi kurması mümkün değildir. Çünkü inanma hacmi çok genişlemiştir. Herkes kendi mizacına göre bir iman genişlemesi takip

ettiğinden ötürü bizzat Müslümanlık çatısı altında inanma uzlaşısını sürdürmek zorlaşmıştır. Temel prensiplere ilave ettikleri dogmalara inanç bekleyen taraflar birbiriyle zihinsel bir sürtüşme ve uyuşmazlık halindedir. Mutlak ilkeleri belli, tercihe bağlı alanları belli, ikisi arasındaki geçişkenliği sağlayacak metodolojisi belli bir hukuk nosyonu ortaya konulamamaktadır. Sonuç olarak bilgiyle kurulan bozuk ilişki, hukukla kurulan bozuk ilişki şeklinde zuhur etmektedir.

Burada yüzümüzü Batı'ya çevirelim. Batı uygarlığının nüvesi şüphedir. Sokrates'ten Eflatun'a, Kopernik'ten Dekart'a, Nietzsche'den Freud'a Batı'da referans alınan düşünürlerin ortak noktası bilgiyi şüphe zemininde aramalarıdır. Modern Batılı düşüncenin karakteri; iddialardan şüphe etmek, bilgiyi ancak belli kabul ve kapsamlar içinde geçerli ve işlevsel görmektir. Bilgi kesin olmaması ile yararlıdır. Aklın arzuladığı kesinliktir fakat kesinlik iddiaları paradoksal şekilde akli durdurmaktadır. Öyleyse kesinliği aramak fakat iddia etmemek, mutlak doğruyu aramak fakat iddia etmemek gerekir. Bu doğrultuda Batı sürekli bilgi üretme-tüketme çarkı kurmayı başarmıştır. İnanç minimaldir ve akıl sınırları içinde izah edilebilecek kabuller düzeyindedir. Akıl ötesine inanç hususi bir tercih olarak görülür ve kamusal politiklardan uzak tutulur. Akıl ötesine inanmama yaygındır fakat kamusal söylemde o da çok bariz değildir. Batı'nın kamusal düşünme ve politika üretme mecrası agnostisizm yani bilinemezliği kabullenmiştir. Şüpheci nüve her sahaya sirayet eder.

Batı'da güven dahi bu nüveye yani şüphecilğe bağlı olarak sağlanmıştır. Ortak davranış kodlarının ve prensiplerin derininde şüpheci -bir bakıma rasyonalist ve realist- mizaç saklıdır. Hukuk da bu kapsamdadır. Şüpheci, rasyonalist (İnsanın akli esas aldığı ve kendi akıyla kendi menfaatini öncelediği düşüncesi), realist (İnsanın menfaatçi ve başkaları açısından bakıldığında kötü olduğu düşüncesi) bir devlet ve insan okumasına dayanır. Devlete ve insana inanmak değil, devletten şüphe etmek, insanın da iyiliksever olmayabileceğini, bencil olduğunu kabul etmek sağlamcı bir hukuk nosyonuna vücut vermiştir.

Günümüzde Batı'nın üretim ve cazibe merkezi olmasının nedeni liberal politikalarıdır. Liberalizmin temel fikri ise otorite müdahalesini azaltmaktır. Bu fikir, kaynağını her otoriteden şüphe etme eğiliminden alır. Batı'nın kurum ve kavramlarının kökeninde daima şüphe yatmaktadır. Şüphe, aklın işleyişini temin etmek ve hayatı tanzim etmek bakımından hayati bir kuvvet olarak görülür. Bir örnekle açıklayalım:

Dünyadaki tüm fiziki hareketlere ters yönde bir de sürtünme kuvveti vardır. Bu kuvvet sayesinde hareket başlar ve biter. Harekete muhalif gibi görünen sürtünme, hareketin varlığını temin eder ve vazgeçilmezdir. İşte akıl için şüphenin değeri de budur. Şüphe etmeyen akledemez. Düşünmeyi başlatamaz, sürdürmez ve durduramaz. Şüphe aklın işleme kanallarını açar. Peşin inanmalar çoğaldıkça aklın insana katkısı azalır. İnanmaları aşgari düzeyde tutan Batı aklın işlevini azami düzeye çıkarmıştır. Sürekli yapma, yıkma ve yeniden yapma çizgisi tutturmuştur. Bağlamsal olarak şüphenin ateşini kısıp birtakım işlere imza atmakta, bilahare tekrar şüphe kulvarına dönerek

tazelenebilmektedir. Daha doğrusu, bunu becerebildiği ölçüde tutarlı ve başarılı olmuştur.

Bununla birlikte, Batı'nın düşünce köklerine baktığımızda bir ikileme karşılıyoruz:

- Şüphe nüvesi sayesinde toplumsal baskıların azalması ve insanın özgürleşip salt birey olarak saygınlaşması daha kolay olmaktadır.

- Şüphe nüvesi yüzünden en derin eğilimi ve ihtiyacı inanmak (kabul etmek, itimat etmek, güvenmek, bağlanmak) olan insan mutmain ve mutlu olamamaktadır.²³

Her şeyi ve herkesi şüpheli gören Batı sosyal kurumları güvenilir kılmanın çarelerini ararken alttan alta insanlara ince bir karamsarlık yaymaktadır. İnsanın emin olabileceği, tam güvenebileceği hiçbir kişi ve merci yoktur. Her şey şüphelidir ve zararlı olabilir. İnsanın anlamı ve değeri meçhuldür. Belki de insan anlamsız, değersiz bir varlıktır. İnsanın güvenebileceği tek yer, sorgulamalarının merkezi olan kendisidir. Esasında insanın kendisi de şüphelidir fakat başka bir sığınak kalmamıştır. Batı'da insanlar son liman olarak kendilerine sığınmak durumundadır. Kendilerine dahi sığınamayanlar boşluğa düşerler. Çoklarında da kendine iman etme olgusu ortaya çıkmakta, bencil yaşam felsefeleri etkili olmaktadır. Asırlar önce Protagoras'ın ifade ettiği "İnsan her şeyin ölçüsüdür" sözü Batı'da yaygın yaşam felsefesi olmuştur. Genel bir gerçekliğin olmadığını kabullenince herkesin kendisini önceleyip benmerkezcili olması tabiidir. Her şeyi kendi mutluluğu ve mutsuzluğu açısından görüp davranışlarını bu kriterle şekillendirmesi makuldür. Batılı insan, hayatın anlamını bilmese ve manen doymasa da bu kabuller sayesinde gününü keyifli geçirmeye çalışır.

Böyle bir zeminde gelişen Batılı hukuk nosyonu, birbirine denk Batılı bireyler arasında bir tür bencillik ateşkesi, kurallara saygı sayesinde herkesin güvende olduğu kazançlı bir alış-veriş anlamına gelir. Fakat Batılı insanların ve toplumların kendileriyle aynı klasmanda görmedikleri diğer insanlarla bu türden bir sözleşmesi yoktur. Onlarla ilişkilerinde bencil ve duyarsız olmama yükümlülüğü de yoktur. Netice olarak Batılı hukuk nosyonunun işlerliğinin ilk şartı Batılı insan olmak, öyle kabul edilmektir. Batılı hukuk öğretisinin küresel düzlemde geçerliliği, Batı'nın insanlık ve uygarlık kalıplarına teslim olma şartına bağlıdır. Balı, bunu "Kurulan yeni toplumsal sistemlerin ayakta kalabilmesi, o toplum üyelerini belirli bir kalıba sokmakla mümkün olabileceği için, siyasal toplum, devlet ve vatandaşlık gibi kavramlar üretilmiş ve her siyasal toplum, ulus-devlet kurgusu çerçevesinde, kendi vatandaşını tanımlamıştır. Bu yeni insan tipi, belirli bir ideolojinin sadece sempatisini değil aynı zamanda destekçisi ve taşıyıcısı da olmak zorundadır" cümleleriyle ifade etmektedir.²⁴

²³ Andrew Norman Wilson, *God's Funeral: A Biography of Faith and Doubt in Western Civilization*, W. W. Norton & Company, New York, 1999.

²⁴ Ali Şafak Balı, "Hangi 'İnsan'ın Hakları?", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 23, Hayrettin Ökçesiz / Gülriz Uygur / Saim Üye (ed.), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s. 42

Batılı hukuk bilgisinin kendi algı ve olgu sınırları içinde verimli, kendi bağlamının dışında son derece tehlikeli olması bu nedenledir. Otantik Batılı olmayan toplumların Batılı hukuk nosyonuna adapte olması mümkün değildir. Onlar için mukadder olan; iman ile şüphenin, fedakarlık ile bencilliğin, ait olma ile sahip olmanın varyantları arasında bocalamaktır.

Bencil telkinlerle zihni şekillenen Batılı insan tıpkı Doğulu insan gibi eksiklik içindedir. Aşırı inanıp az akleden Doğulunun kişilik kıvamı nasıl bozuluyorsa yetersiz inanç desteği yüzünden aklını kullanmakta ölçüyü kaçıran Batılının da kişilik kıvamı bozulmaktadır. Birinde az, diğerinde aşırı sorgulama vardır. Birinde aşırı, diğerinde yetersiz duyu vardır. İki kulvarın da bilgisi ve görgüsü insanlığın itminana kavuşmasına yetmemektedir. İki kulvar da helezonlar halinde inanç-şüphe patolojilerine yol açmaktadır. İki kulvar da bütüncül, derinlikli, dengeli hukuk nosyonu üretiminde yetersiz kalmaktadır.

Günümüz dünyasında bilgi, yukarıda tasvir olunan iki kopuk ve eksik zihniyet içinde ele alınmaktadır. İki bilgi yolunun herhangi birinde ilerlemek insanlığı sağlam anlayışa, fazilete ve mutluluğa götürmemektedir. Bilgiyle doğru ilişki kurmak için iman ve şüphe becerilerinin birlikte kazanılması gerekmektedir.

Bilginin Parçalanması ve Zihnin Dengesizleşmesi

İnsan, içinde yaşadığı koşullara bağlı olarak ve düşünme ufku kadar bilgilenmek ihtiyacı hisseder. Yeryüzündeki ilk insanlar daha ziyade hayatta kalma mücadelesi vermişlerdir. Maslow'un ihtiyaçlar hiyerarşisiyle önerdiği üzere, maddi doyum/kanaat hissiyle birlikte manevi ihtiyaçlar daha belirgin hale gelmektedir.²⁵ Hukuk bilgisine duyulan ihtiyaç da bu genel çerçeveye tabidir: Maddi ihtiyaçlar tarafından güdülenen kişilerin ve toplumların hukuk bilgisi de maddi boyutta kalır. Hukuk teknik, pratik bir konuya indirgenir. Hukukun manevi boyutla olan ilişkisi ilgisiz addedilir, ilgili görülse bile etkili olacak şekilde işlenmez, geliştirilmez.

İnsanlık tarihinde maddi-manevi açılımların en erken öncülerinden biri olarak İdris Peygamber gösterilir. Eski Ahit'e göre Adem'in yedinci, Şit'in altıncı nesilden soyu olan İdris, Nuh'un da büyük dedesidir. İdris'in kalemi, yazıyı ve dikişi bulan ilk insan olduğu, astronomiyle ve doğa bilimleriyle ilgilendiği yönünde rivayetler vardır.

İdris'in antik Yunan'da tanrı olarak kabul edilen Trismegustus (üç kere yüce) Hermes olduğu yönünde yakıştırmalar olup, Müslüman eserlerinde de "Ebu'l-felasife" (Filozofların babası) ve "El-muselles binni'me" (Üç kere nimetlendirilmiş) lakaplarıyla anıldığını görmekteyiz. Hermes, Roma tanrısı Merkür (*Mercurius ter Maximus*) ve Mısır tanrısı Tot ile de kıyaslanmaktadır. Bu figürlerin tanrılaştırılmış tarihi şahsiyetler

²⁵ Abraham H. Maslow, "A Theory of Human Motivation", C.50, S. 4, 1943, Psychological Review, ss.370-396.

olup olmadığı şüphelidir. Farklı isimlerle aynı kişiye işaret edilip edilmediği de şüphelidir. Bununla beraber, İdris Peygamber ile ilk ve en büyük Hermes/Hermetik olduğu kabulüyle Hermes-Tot olarak da anılan Tot arasında önemli bir ortaklık söz konusudur: Maddi-manevi bilginin birliği fikri.

Bu anlayışa göre ilim bir bütündür. Bir ağacın köklerinin yerin altında olması gibi ilmin de kökü gizlidir. Gövdesi, dalları, yaprakları ve meyveleri ise meydandadır. Ağaç, gizli ve aşıkâr tüm unsurlarıyla bir bütündür. Hakiki ilim de zıtları içeren bir bütündür: Görünür olduğu kadar görünmez, dinamik olduğu kadar sakindir. Dış aleme uzandığı gibi iç aleme de uzanır. Teknik ve etik ayrımının bir tarafına sıkışmış değildir. Hem işleyişi hem ahlakı ıslah eder. Pratiği ve teoriyi, uygulamayı ve düşünceyi birlikte besler. Şehadet ve gayb alemleri arasında irtibat kurar. Yöntem olarak deneye, gözleme ve mantığa da açıktır; vahye, ilhama ve keşfe de.

Madde ile mananın bileşiminde ortaya çıkan hakiki ilim yolunda akıl, varlığın meratibinde seyir halindedir; her mertebede o mertebenin kurallarıyla işler. Akıl kıymetten düşürülmez. Lakin akıldan başka insani melekelerle bilgilenmek de imkansız görülmez. Çünkü bilgi sadece insanın akıl çabasıyla eriştiği bir sonuç değildir, aynı zamanda iç dinginliğine erişmiş insana nüzul eden anlamlardır. Aklın üstündeki bu tür bilgiler ruhen telezzüz edilir; çoğunlukla ifadeye gelmeyip bireysel anlayış olarak insan bünyesine karışır. Bünyeye karışan bu sözsüz bilgiye irfan (*gnosis*) denir. İrfan, bedensel bir zevki dilin ifade etmekten aciz kalmasına benzer şekilde, aklın kuşatmaktan aciz kaldığı ruhani tatlar yaşatır. Bu tadım tecrübesi bir ilim olarak insan ruhuna yerleşir. Daha üstün bir idrake erişen ruh sayesinde maddi ilimlerin manası ve işlevi de başkalaşır, derinleşir. Maddi ilimler maneviyata, insanların ve varlıkların birliği şuuruna, sevgiye ve hikmete hizmet eder hale gelir. Bu olgun anlayış çerçevesinde hukuk, maddi bir ilim olarak formüle edilirken vicdan ve adalet gibi manevi ideallere hizmet edecektir. Zira maddi ve manevi gayeler ortak bir idrakte kaynaştırılmıştır.

Akıl, belli bir bilinç aralığında çalışan bir alettir; bilincin çok yüksek ve çok düşük frekanslarında yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle akıl, mutlak bir değerlendirme aygıtı olmadığı gibi geçerli olduğu mantık ve maddiyat boyutlarında ihmal de edilmemelidir. Yeri geldiğinde mutlaka kullanılmalı, her durum ve koşulda bilginin tek kaynağıymış gibi obsesyona dönüştürülmemelidir. Zahiri dünya işleri akılla yürütülmelidir fakat aklın manevi kökten beslenmesi de gerekmektedir. Maneviyattan kopuk akılla ortaya konulan eserler yeterince kamil, sağlıklı ve besleyici olmayacaktır.

Aklı körelten şey nefsanî eğilimler olduğu için nefsin terbiyesini esas alan manevî eğitim de hayati önemdedir. Nefsanîyet insanda çok küçük sapmalarla çok uzak noktalarda zararlar doğurabilir. Tüm muhtemel zararlardan sakınıp tam bir mutluluğa erişmek için manevî ilim tahsil edilmelidir. Maneviyatı geliştirmek için uzlet, çile, erbain gibi içsel pratikler kadar dilbilgisi, hesap, zanaat, tarım, astronomi gibi dışsal uğraşlar da önemlidir. İnsanın olgunlaşması bütüncül görülür. Herhangi bir yönünün geri kalmamasına dikkat edilir. İnsanın ihtiyacı olan tecrübe,

bilgi ve hikmet; doğru bir yolda, doğru yöntemlerle kazanılır. Hikmet sayesinde kişi her bakımdan kemale erer, mutlu olur ve mutluluk verir.

Kadim medeniyetlerde tasvir ettiğimiz mahiyette bir birlik bilinci vardır. Din, felsefe, bilim, sanat gibi ayrımlar dışsaldır. Köklerde vahdet vardır. Faaliyetler ortak bir kozmolojik yorumdan doğar. Bilgi bütüncüdür, henüz parçalanmamıştır. Teorik ve pratik bilgilerin birbirine dönüşmesi tabii kabul edildiği için bilginin kağıtlara dökülmesinden eylemlere dökülmesi muteberdir. İnsanlığın bu erken dönemlerinde bilginin asli kaynaklarının yazıya dökülmemesi eğilimi gözlemlenmektedir. Vedalar gibi ilk Hint rivayetlerinin binlerce yıl boyunca doğru telaffuzla ve sözle aktarılıp yazıya geçirilmemesi, kadim Mısır'dan günümüze neredeyse hiç hikmet metninin ulaşmaması olması, bununla beraber sembolizmle iç içe bir bilim atmosferinin varlığının ispat edilmesi, Kuran'ın mushaf haline getirilmeden evvel saf kelimeler olarak korunması gibi benzerlikler tesadüfi değildir. Bilgiye dair günümüzde pek fazla izi kalmamış bir anlayışın tezahürleridir. Günümüzde bilgi pozitivist anlayışa sıkışmıştır. Hukuk bilgisi de öyledir. Halbuki kadim anlayışta bilgi, maddi-manevi bütünlüğe tabidir.

Mevzubahis anlayış dünyasında hakikate ve hikmete çok çetin içsel ve dışsal çabayla erişildiği için ve bu çabaya herkes istidatlı olmadığı için bir tür dışı kapanma hali zaruri görülmüştür. Bilgiler derhal kitaplara aktarılmamış, kamuya açılmamıştır. Bütüncül bilgi geleneğini korumak için yazı ve kalem gibi araçlardan çok yüz yüze görüşme ve örneklik tercih edilmiştir. Eğitimde kemiyetten çok keyfiyete önem verilmiştir. Büyük halk kitlelerinin hakikatin bilgisine erişip tam aydınlanması amaçlanmamıştır. Kitlelerin böyle bir talebi de olmamıştır. Bilge öğretmen ile istidatlı öğrenci arasındaki gönüllü aktarım ideal eğitimin şartı olarak kabul edilmiştir. Böylece kitleler geleneksel bilgi formülleriyle yaşarken ancak az sayıda insan varlığın mahiyetine dair tam bilgiye ulaşmıştır. Bu durum hikmet geleneklerinin elitist bir görüntü arz etmesine yol açmıştır. Gerçekte ezoterik olmayı hedeflemeyen hikmet gelenekleri beşeriyet gerçekleri karşısında doğal olarak mahrem ve gizemli bir hüviyet almış, bilhassa antik Yunan'a kadar seçkinlik anlayışı devam etmiştir. Nedir bu anlayış? Hakiki bilgi maddi-manevi bütündür, hafızaya atılan ezberler değildir. Hikmettir, orta malı değildir.

Kadim Mısır'dan ilhamla filizlenen Yunan uygarlığının insanlık tarihine çok büyük etkileri olmuştur. Bunların en başında geleni, bilginin fazlasıyla yazılı ve yaygın hale getirilmesidir. Bu nasıl bir gelişmedir: İyi mi, kötü mü? Cevap: Bakış açısına bağlı. Bir açıdan baktığımızda, antik Yunan felsefesiyle birlikte bilgi, insanın tabii olduğu hakikat olmaktan yavaş yavaş uzaklaşmış, insanın ürettiği spekülasyonları da içerir olmuştur. Diğer açıdan bakıldığında bilgi elitlerin tekelinden çıkarak herkesin paylaşımına açılmıştır. Herkesin iddia sahibi olabileceği bir alana dönüşmüştür.

Manevi boyutları olan bilgi her ne kadar daha kamil olsa da bütünüyle ifade edilemez, yazıya geçirilemez. Yukarıda belirttiğimiz üzere, antik Yunan öncesi kadim geleneklerde yazıya geçirme işlemi kısıtlıdır. Antik Yunan felsefesiyle birlikte bilginin yazıya geçirilmesi son

derece önemli bir kırılmaya yol açmıştır. Yazıya geçirilebilen bilgi akli bilgi olduğu için bilgi edinme süreçlerinde metinle ilişki kurmanın yoğunlaşması bilginin insanların zihnindeki tanımını değiştirmiştir. Bir bilgi kaynağı olarak ruhani, ezoterik melekeler aklın karşısında daha az rağbet görmeye başlamıştır. Akıl ötesinden istifade kanalları tıkanmaya başlamıştır. Bu süreçte akıl ötesine referans vermek zayıflarken akıl altı denilebilecek hurafelerin ve mitolojilerin elenmesi de kolaylaşmıştır. İnsan hem büyümüş hem küçülmüş, dünyaya karşı hem daha güçlü hem daha zayıf bir hal almıştır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu kırılmanın birbirine zıt etkileri olmuştur.

Günümüzde yaygın kanaate göre felsefe Yunan ile başlamıştır. Doğrudur zira felsefe (*filo* + *sofia* = hikmet sevgisi) Yunancadır. Lakin alternatif bir yoruma göre de bütüncül hikmet Yunan ile son bulmuştur çünkü hikmeti taşıyan hususi usta-çırak ilişkisi ve maddi-manevi bütüncül eğitim Yunan'da yok olmaya başlamıştır. Onun yerine herkesin hoca ve öğrenci olabildiği, her şeyin göreceli olabildiği, her şeyin akılda üretilip yazıya dökülebildiği daha sığ ve liberal bir ortam açılmıştır.

Bu sığ, liberal, bilahare salt akılla çerçevelenmiş yaklaşım, bugünkü bilimsel disiplinlerin altyapısını oluşturmuştur. Evvela akıl insan bilgisinin baskın, belki de tek ölçütü olarak kabul edilmiş, aklın felsefe ile serbestliği artırılmış, sonrasında ise bu serbestlik metotlar geliştirilmesi suretiyle regüle edilmiş ve bilim disiplinleri oluşturulmuştur. Günümüzde Batılı anlamda bilim, hür aklın metotla disipline edilmesine dayanır. Otorite tanımaz fakat metodolojik tutarlılık sergilemeye azmeder. Lakin aklın ötesindeki ilimler hakkında reddedici veya agnostik inançlar içerdiği için insanlığı maddiyat içinde tutar, dolayısıyla nakıs bırakır.

Modern dünyada Aydınlanma ile birlikte canlanan bilim anlayışı, antik Yunan'daki kopuşun devamıdır, o kopuşun bir tarafıdır. Bütünün diğer yarısı olan manevi bilgilenmeler bu gelenekte yoktur. Doğu ise -benzer bir kopuşla- akla arkası dönük soyutlamaların manevi bilgi zannedilmesi tüneline mahpustur. Akıl üstü hakikatlerin akıl altı nefsaniyetlere alet edilmesi Doğulu toplumların alamet-i farikasıdır. Bu ise örtük bir bencillik içinde dar akıllılık -bir bakıma akılsızlık- demektir. Doğulu toplumlar Batı'nın yarım bilgi anlayışına kısmen haklı olarak direnirken kendi muharref ve cansız hikmet formüllerinin elinde hür düşünemez, üretemez ve insanlığa katkı sunamaz hale gelmiştir. Doğu ve Batı arasındaki restleşmeler işte böylesi bir yarımliklar kavgası olup, insanlığın geleceği için maddi-manevi ilimlerin tekrar bütünleşmesinin zorunlu olduğunu ispatlamaktadır.

Bu tablonun hukuk açısından yorumlanması yararlı olacaktır. Hukuk, 'hak(k)' kelimesinin çoğulu olup Hakk, Allah'ın bir ismi olmanın yanı sıra hakikat anlamına da gelir. Hakikati maddi gerçekliğe indirgemek hukuku özsüz, değersiz, çelişkili hale getirir. Zira salt maddi gerçeklik içinde bir değer yargısı bulunmadığına göre, tabiat hali (*state of nature*) denilen herkesin herkese vahşice davranabildiği bir ortamın şu veya bu değerler temelinde oluşmuş hukuk düzeninden daha geri olduğunu söylemek, salt maddi gerçeklik çerçevesinde yani soyut/manevi bir konu olan değerlere başvurmaksızın mümkün değildir. Kuralların varlığı

değerlerin varlığına, değerlerin varlığı ahlak felsefesinin varlığına, ahlak felsefesinin varlığı da varlık ve bilgi felsefesinin varlığına mutlak anlamda delil teşkil eder. Öyleyse salt maddiyata bağlı pozitivist hukukun varlığı bir çelişkiden öte imkansızlığa işaret eder. Değerler yani geniş anlamda maneviyat hukukta mutlaka mevcut olduğuna göre hukuk bilgisinde maneviyatın yerinin tespit edilmesi, açıkça işlenmesi ve rasyonel formüllere dökülmesi kati bir zorunluluktur. Halbuki günümüzde hukuk bilgisi, din başta olmak üzere maneviyat referanslarına kapalı olma iddiasındadır. Bu çarpık iddia, genel anlamda pozitivist bilgi felsefesinin sonucudur. Aynı zamanda da manevi açıdan ham ve adaletsiz çıktılarının sebebidir.

Hukukta sorun tespitlerinin ve çözüm arayışlarının mevcut bilgi felsefesine tabi olarak gerçekleştirilmesinin esaslı neticeler doğurmayacağı, sorunun bizatihi hukuk algısıyla, bilgi algısıyla ilişkili olduğu fark edilmelidir. Hukuki bilgi maddi-manevi birlik hikmetinin potasında üretilmedikçe hukuk adı verilen uğraşla en fazla somut politik düzen yaratılabilir. Tek boyutlu bilgiye dayalı böyle bir düzenin tatmin üretme düzeyi, insanlığı kapsamlı mutluluğa ulaştırma kapasitesi düşük olacaktır.

Sonuç

Hayatta pek çok amaçlar vardır. Nihai amaç ise mutluluktur. Hukuk bu nihai amacın, mutluluğun araçlarından biridir. Bu itibarla, hukuk bilgisi, mutluluğa dair bilginin uzanımlarındandır. Mutluluğa dair bilgiler ise varlık felsefesiyle ve genel bilgi felsefesiyle doğrudan ilişkilidir. Aynı zamanda siyaset felsefesiyle, bireysel ve toplumsal psikolojiyle, tarihle, sosyolojiyle ve daha pek çok disiplinle iç içedir. Hukuk bilgisinin bu genişlikten uzak bir şekilde, içe dönük teknik bir dogma olarak ele alınması, onun bir mutluluk vizyonuna bağlı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Herkes mutluluğu arasa da mutluluğu aynı şeylerde görmez. Bu görüş farklılığı bizatihi bilgidir; insanın en derin ihtiyacına dair bilgisidir. Mutluluk hakkındaki bilgisine bağlı olarak insanların eğilimleri farklılaşır. Diğer hususlardaki bilgilerinin yönü, kapsamı ve mahiyeti oluşur. Böylelikle doğru ve değerli bilginin ne olduğu konusu sübjektif bir hal alır. Derinlemesine bakılırsa biliş ve bilgilerimizin izafi/sübjektif mahiyette olduğu ve her sübjektifliğin ispatlanamaz bir inanç (kabul, kanaat, itimat vs.) temelinde yükseldiği fark edilir.

Mutlak derecede objektif bilginin beşer için mümkün olmaması karşısında “Kesin bilgiye nasıl ulaşılabilir?” sorusuna verilecek iki ana tepkiden ilki iman tepkisidir. İman tepkisi sayesinde inanç yoluyla bilgilenme kulvarı baştan açılmış olur. Bu kulvarda insanın itimadı ve itminanı esastır. Lakin itminan bulmak için itimat etmeye fazlasıyla meylederek inanç hacmini şişirenler zamanla akıllarını gereğince kullanamazlar, bilgilerinin geçerliliğini artıramazlar. Sosyal kurumlarını çürüme tehlikesiyle karşı karşıya bırakırlar. İkinci tepki olan şüphe kulvarında ise her şeyi sorgulamak esas olduğundan sürekli değişim yolları açılır fakat değişimin iyiye mi kötüye mi olduğu meçhuldür.

İnanca saplanmak nasıl sorun ise şüpheye saplanmanın da sorun olduğu söylenebilir.

Objektif bilgiye nasıl erişilebileceği sorusuna verilen iki tepkinin (iman ve şüphe) yerinde ve dozunda istimal edilmesi, bilginin malumattan öte hikmet vasfını kazanması ve hakiki mutluluğa götürmesi için bir zorunluluktur. Aşırı inandırıcı toplumlar da aşırı kuşkulandırıcı toplumlar da huzur bulamaz. Günümüz dünyasında yaşanan budur: Dogmatik ekoller bir yandan, radikal septik ekoller diğer yandan insanlığı hem baskılamakta hem de kargaşa içinde bırakmaktadır. İnsanlığın yarısı araştıramaz fakat kabullenir durumdayken diğer yarısı üretir fakat bilgilerini olgun bir varlık felsefesi kapsamına alamaz durumdadır. İnsanlığın biliş dengesini tesis edecek yaklaşımlar mevcut ya da etkili değildir.

Günümüz hukuk bilgisini bu problemlili altyapıyla birlikte kritik etmek gerekmektedir. Çağın insanları olarak hukuk bilgimiz, kendisi şüphe zemininde yükselmiş olan Batı uygarlığına iman edilmesi bağlamında tahsil edilen, çoğu zaman bağlamından kopuk ve hatalı bir şekilde Batı'dan transfer edilen, sorgulanmayan, özgün ve özgür zihinlerce geliştirilmeyen dogmatik formüllerden ibarettir. Hukuk bilgisinin kaynağı olan hukuk doktrininin veya doktrin kaynağı olan hukuk ideolojisinin eleştirilmesi şöyle dursun -kemikleşmiş Batı'ya inanç refleksi nedeniyle- fark edilmesi bile büyük oranda imkan haricine çıkmıştır. Batı'nın hukuk bilgisinin kendi varlık felsefesinden doğduğu, Batı'nın varlık felsefesininse cevapsız sorulardan oluştuğu görülmektedir. Batı'nın bilgiyle ilişkisinin sürekli şüphe etme, yıkma ve kurma, deneme yanılma çizgisinde seyrettiği, maneviyata kapalı olduğu için salt entelektüel çıkarımların toplumsal düzene aktarılması deneylerinden ibaret olduğu da görülmektedir. Batı geçici öğretiler ve bilgiler üretmekte, Doğu o geçici üretilere geçici iman ederken üretimlerin kaynağı olan Batı'ya daimi iman etme refleksinden kopmamaktadır. Sonuç olarak ortaya olgun bir varlık felsefesi, maddi-manevi bütünlük arz eden bir bilgi felsefesi, köklü bir insanlık ve evrensel bir mutluluk felsefesi, nihayet tüm bunları taşıyacak bir adalet ve hukuk felsefesi çıkmamaktadır. Hukuk bilgisi pratikteki işlevselliğinin göz boyamasının ardında korkunç bir sığılık ve verimsizlik alanı olmakta, bununla beraber tasvir ettiğimiz zihinsel koşullarda bu durum bir sorun olarak da algılanmamaktadır.

Günümüzde otoriteye başvurma safsatası dışında epistemolojik dayanağı bulunmayan hukuk bilgisinin alemşümül bir felsefe kapsamında yeniden üretilebilmesi, tüm insanlığın hizmetine sunulabilmesi için zahir-batın, düzen-adalet, norm-değer gibi boyutları uzlaştıran bir hikmet atmosferinin var olması bir zorunluluktur. Sonuç olarak denilebilir ki mevcut pozitivist, dışa kapalı, teknik, dogmatik hukuk bilgisiyle bireysel, toplumsal ve küresel mutluluğa erişme imkanı yoktur. Hukuku ihya etmek isteyenlerin hikmeti ihya etmekten başka yolu da bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Aral V, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, 3. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Balı A Ş, “Hangi ‘İnsan’ın Hakları?”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 23, Hayrettin Ökçesiz / Gülriz Uygur / Saim Üye (ed.), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012.

Bronsteen J / Buccafusco C / Masur J S, Happiness and the Law, University of Chicago Press, Chicago, 2015.

Brozek B, The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

Cansel E / Özel Ç, Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavramları ve Kurumları, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Çamlı A Y, “Aristo’nun Referansı ile Geliştirilen Pratik-Rasyonellik Dinamiği”, C. 38, S. 2, 2019, Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss.1-28.

Gardiner G, “Legal Epistemology”, Oxford Bibliographies: Philosophy, Pritchard D (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2019.

Gözler K, Hukuka Giriş, 12. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.

Güriz A, Hukuk Felsefesi, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.

Gürkan Ü, Hukuk Sosyolojisine Giriş, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013.

Işıқтаç Y, Hukuk Başlangıcı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

Kelsen H, Pure Theory of Law, Lawbook Exchange, Clark N.J., 2009.

Maslow A H, “A Theory of Human Motivation”, C.50, S. 4, 1943, Psychological Review, ss.370-396.

Plato, Theaetetus, McDowell J (tr.), Oxford University Press, Oxford, 2014.

Posner E A / Sunstein C R, Law and Happiness, University of Chicago Press, Chicago, 2010.

Schmitt F F, Knowledge and Belief, Taylor & Francis, London, 2006.

Wilson A N, God's Funeral: A Biography of Faith and Doubt in Western Civilization, W. W. Norton & Company, New York, 1999.

Yücel M T, Hukuk Felsefesi, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2014.

ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNDE BEŞTE ÜÇ ÇOĞUNLUK KURALI

The Three-Fifths Majority Vote Rule in Constitutional Amendments in the Turkish Case

Doç. Dr. Taylan BARIN*
Dr. Öğr. Üyesi Hasan Sayim VURAL**

Öz: Anayasa değişikliklerinin yasama organında üçte iki çoğunluk oyuyla kabul şartı, katı anayasa yaklaşımının bir görünümü olarak, Türk anayasacılığında yerleşik bir kuraldır; buna bir alternatif olarak beşte üç çoğunluk kuralı 1987 anayasa değişikliğiyle getirilmiş ve ikisi başarılı olmak üzere üç defa uygulanmıştır. Katı anayasa olmakla birlikte 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bugüne dek on dokuz değişiklik yapılmış; bunların on yedisinde TBMM tarafından üçte iki çoğunlukla kabul edilen kanun, Cumhurbaşkanlığı takdiriyle, on beşinde yürürlüğe girmek üzere ve ikisinde halkoyuna sunulmak üzere, yayımlanmıştır.

Türev kuruculuk düzeninde Cumhurbaşkanına ve halkoyuna yetkiler tanınması 1982 Anayasasında getirilen önemli yeniliklerdir; Anayasanın değiştirilmesine ilişkin 175. maddede 1987’de yapılan değişiklikle getirilen yasamada beşte üç çoğunluk oyuyla kabul kuralı ise yeni bir anayasal değişim türüne imkân sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesinin 2007 tarihli kararında benimsediği yorum çerçevesinde, bu kural, yasamada beşte üç çoğunluk oyuyla kabulünden ardından zorunlu halkoyunda çoğunluk oyuyla kabul yolunu açmaktadır. Bu makalenin amacı, 2010’da ve 2017’de başarıyla uygulanan bu yoldan gerçekleşen anayasal değişimin işaret ettiği olabirliklere ve sınırlılıklara bakmaktır. Kuralın Türk anayasal düzenine getirisini tartışırken, yasamada iki ayrı düzeydeki nitelikli çoğunlukların her birinin imkânını ve siyasi kompozisyonunu dikkate alan bir açıklama önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasanın değiştirilmesi, türev kuruculuk, üçte iki çoğunluk oyu, beşte üç çoğunluk oyu, Anayasa m. 175.

Abstract: Legislative supermajority requirement as an entrenchment clause is an established rule governing amendments in Turkish constitutionalism, while a less demanding alternative qualified majority requirement, a legislative three-fifths majority combined with a majority vote in referendum, was introduced in 1987. The two-thirds supermajority rule applied seventeen times and the three-fifths qualified majority rule applied twice among the nineteen amendments promulgated since 1987.

The 1982 Constitution introduced institutional pluralism into the amending function, adding the executive and the popular elements after the legislative, and the 1987 amendment enabled a new type of constitutional change by further introducing an alternate legislative track involving an alternate level of legislative qualified majority. As interpreted by the Constitutional Court in a 2007 decision, the rule enables a legislative three-fifths majority adopt the amendment bill and also override a possible presidential veto. This article aims at the discussion of that alternate legislative track, as applied successfully in two of the recent amendments, in terms of the limits and the possibilities pertaining to each of the two alternate majority levels, referring to the question of the political composition of legislative qualified majorities.

Key Words: Constitutional amendment, three-fifths majority vote, legislative supermajority, 1982 Constitution Article 175.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
taylan.barin@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8227-642X.

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi
vural@politics.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5160-7414.

Makale Geliş Tarihi: 01.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 23.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391755

GİRİŞ

Katı bir kural koyarak zamanın değişen koşulları karşısında dayanıklı çıkmasını beklemek anayasacılığın bilinen bir çalışma ilkesidir. Kalıcılık ve değişim arasındaki ikili dengede adil nokta katılığa aranmalıdır; anayasa kendilerinden üstün sayıldığı kanunlar kadar kolay değiştirilememelidir. Anayasada yeni bir değişiklik getirmek için şu veya bu ölçülerde bir siyasi çoğunluk bulunduğunu ortaya koymaya yarayacak temsili veya yarı doğrudan demokratik araçlara başvurulması, demokratik anayasal düzenlerde yerleşik usûldendir. Bu araçların sayıca çokluğu ve her birinde karar yetersayısı için gerekli olan asgari çoğunluk oranının yüksekliği anayasaların katılığını sağlamaktadır. Anayasa düzeyinde kural koyma yetkisi için öngörülen usûl kuralları sıradan bir kanun için gerekenden fazlasını her gerektirdiğinde anayasanın katılığında söz ederiz. Demokratik siyasi düzende anayasanın katılığını sağlayan türev kuruculuk kurallarının özel muhatabı siyasi çoğunluklardır. Demokratik karar almanın öznesi eşit oydan çıkmış çoğunluktur, çoğunluk ilkesinin somut görünüşleri ise demokratik karar yetersayılarıdır. Katılık kuralları, gerekli nispi genişliğe henüz ulaşmış olmayan siyasi çoğunlukların anayasal düzeyde kural koyma iktidarına ulaşmasına mani olur. Yasamada nitelikli çoğunluk oyu ile kabul şartı, demokratik düzenlerde türev kuruculuk yetkisine ilişkin katılık kurallarının en yaygınıdır. Kural koyma sürecine ait her bir işlem için farklı organ veya makamların yetkilendirilmesi de bir diğer katılık unsurudur¹.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, hemen hemen bütün çağdaş anayasalar gibi katı bir anayasa olmakla birlikte, yürürlükte olduğu kırk yılda on dokuz defa değiştirilmiştir. Üstelik siyasi yelpazenin hemen her tarafından gelen Anayasada köklü ve kapsamlı değişiklik arayışları henüz doyuma ulaşmaktan uzak görünmektedir; anayasal değişim hedefleyen girişimler gerek yasamanın gerekse kamuoyunun gündeminde daima bulunmaktadır. Zengin örnekler sunan bu deneyim, bu çalışmada, türev kuruculuk yetkisinin anayasal kurumlar tarafından kullanımında şekli katılık tedbirlerinin temsili demokratik düzende işleyişi yönünden ele alınmaktadır. Özellikle, 1987 anayasa değişikliğiyle getirilen alternatif yetersayı düzenlemesi, gündem belirleyicilik iktidarının ortaya çıkışına getirilmiş olan iki alternatif usûle bağlı olarak iki farklı anayasal değişim türünün ortaya çıkmasının bir sebebi olarak tartışılmaktadır. Her ikisi de ulaşılması kolay olmayan nitelikli çoğunluk düzeylerini ifade etseler de üçte ikiden daha erişilebilir görünen beşte üç düzeyine² hangi çoğunlukların erişebileceğine bakılmakta ve sonuç yasama

¹ Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara, 1993, ss. 1-4; Cem Eroğul, Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Ankara, 1974, s. 19-21; Kenneth Clinton Wheare, Modern Constitutions, Oxford University Press, 1951, s. 22-32.

² Yasamada nitelikli çoğunlukla kabul şartı, anayasaların katılığını sağlamakta başvurulan en yaygın formüldür. Nitelikli çoğunluk şartında aranan çoğunluk düzeyini belirlemede üçte iki oran çok yaygındır, Türkiye, ABD, Hindistan ve Almanya gibi birçok örneği görülmektedir. Bir başka yaygın oran beşte üçtür,

organının siyasi kompozisyonunu belirleyen parti sistemi dinamiklerine bağlı olarak açıklanmaktadır. Anayasanın değiştirilmesine yönelik olarak bugüne dek bu usûl dairesinde ilki başarısız ve sonraki ikisi başarılı olmuş üç girişimin amacına ulaşmasında sırasıyla yasamanın, Cumhurbaşkanının ve halkoyunun işlevi ele alınmaktadır. Bu türe ait örneklerin ortak özellikleri incelenmekte ve bunlar yasamada üçte iki çoğunluk oyuyla kabul edilip Cumhurbaşkanınca yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan diğer türdeki on beş anayasa değişikliği ile kıyaslanmaktadır.

I. TÜREV KURUCULUK YETKİSİNİN ANAYASADA DÜZENLENMESİ

Türev kuruculuk, anayasanın kendi koyduğu yetki ve usûl kurallarına göre değiştirilmesini ifade etmektedir. Türev kurucu, anayasanın yetkilendirdiği anayasa koyucudur ve tipik işlemi anayasa değişikliği niteliğinde bir kanun koymaktır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında belirlenen türev kuruculuk düzeninin organik öğeleri yasama, yürütme ve halkoyudur. Teklif ve kabul yetkisi yasamadadır, en az üçte bir nisapta üyenin teklifi ve üçte iki çoğunluğun oyuyla kabulü Türk anayasa hukukunda yerleşik bir kuraldır. Bu konuda ilk olarak 1982 Anayasasıyla getirilen yenilikler ise Cumhurbaşkanının iade yetkisi ve halkoyuna sunma yetkisidir.³

Anayasanın değiştirilmesi konusu özel olarak Anayasanın “Son Hükümler” başlıklı Yedinci Kısımında, “Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma” kenar başlığı altında yer alan 175. maddede düzenlenmektedir. Türev kuruculuk yetkisinin mutlak sınırları değiştirilmesi teklif dahi edilemez hükümleri belirten 4. madde ile çizilmektedir. Anayasa yargısının norm denetimi işlevine ilişkin 148. ve 149. maddelerde yer alan hükümlerle çerçeve tamamlanmaktadır. Bu çerçeve içinde türev kuruculuk işlevinde, sırasıyla yasama, yürütme ve halkoyu tarafından gerçekleştirilebilecek işlemler bulunmaktadır: TBMM bir kanunla Anayasa’da değişiklik yapacak; kanunun kabul oyu sayısının izin vereceği şekilde Cumhurbaşkanı bununla ilgili ya [iade, yayımlama, halkoyuna sunulmak üzere yayımlama] seçeneklerine ya da [iade, halkoyuna sunulmak üzere yayımlama] seçeneklerine sahip olacaktır. İade sonrası TBMMde aynen kabul durumunda ise Cumhurbaşkanının

Türkiye’den başka örneğin Rusya’da, İtalya’da ve Fransa’da uygulanmaktadır. Bu konuda karşılaştırmalı bir inceleme için örneğin bkz. Cem Eroğul, Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Ankara, 1974; daha yakın tarihli incelemeler için örneğin bkz. Xenophon I. Kontiades, Engineering Constitutional Change: a comparative perspective on Europe, Canada, and the USA, Routledge, NY, 2013.

³ Cem Eroğul, a.g.e. s. 21-30; Yüksel Metin, Anayasal Değişim, Beta Yayınları, İstanbul, 2014; Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 177-213; Bakır Çağlar, Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 84-86.

seçenekleri kanunun Meclisteki kabul nisabına bağlı olacaktır: Üçte iki nitelikli çoğunluk oyuyla kabul edilmiş kanunların yürürlüğe konulmak üzere ya da halkoyuna sunulmak üzere yayımlanmasının takdir yetkisi Cumhurbaşkanındadır; beşte üç nitelikli çoğunluk oyuyla kabul edilmiş kanunları ise halkoyuna sunulmak üzere yayımlamak dışında seçeneği yoktur.

17.5.1987 tarihli ve 3361 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 175. maddede konu şu şekilde düzenlenmektedir:

Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.

Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir.

Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoymasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayımlanır.

Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoymasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoymasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.

(...)"

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında benimsenen türev kuruculuk rejiminin kurumsal unsurları yasama organı başta olmak üzere sırasıyla Cumhurbaşkanı ve halkoyudur⁴. 175. maddenin ilk halinde,

⁴ Anayasanın 148. ve 149. maddelerinde belirtilen norm denetimi görevi nedeniyle Anayasa Mahkemesi, türev kuruculuk rejiminin bir diğer kurumsal unsurudur. Mahkemenin iptal yetkisi, norm koymaya ilişkin bir negatif yetkidir.

yasamada teklif ve kabul yetersayıları üye tam sayısının en az üçte biri ve üçte ikisi olarak belirlenmiştir. Bu oranlar Osmanlı-Türk anayasacılığının başından beri muhafaza edilmiş sabit oranlardır: Anayasa değişikliği getiren kanunları kabul edebilmek için yasamada üçte iki çoğunluk oyuna gerek vardır. 2709 sayılı Anayasa'nın türev kuruculuk rejiminde Türk anayasacılığı bakımından yeni olan katılık kuralları ise Cumhurbaşkanına ve halkoyuna ilk kez tanınan yetkiler ile verilen işlevlerdir. Bu rejime daha fazla yenilik 1987'de yapılan ilk anayasa değişikliğiyle getirilerek, yasamada kabul yetersayısı üye tam sayısının en az beşte üçüne düşürülmüştür.

175. madde metninin lafzi yorumundan Mecliste beşte üç çoğunlukla kabul edilmiş olan bir anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi halinde Meclisçe aynen kabulü için üçte iki oy çokluğu aranacağı sonucu çıkmaktadır.⁵ Cumhurbaşkanının bu ihtimaldeki geri göndermesinin “geciktirici veto” niteliği taşımadığı; “güçleştirici veto” niteliği taşıdığı yolundaki doktrinde kabul görmüş bu yorumdan⁶ ayrı olarak Anayasa Mahkemesi 2007 yılında verdiği bir kararda anılan hükmü yorumlamış ve “*Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, teklifin kabulü için üçte iki çoğunluğun zorunlu görülmesi durumunda, 1987 yılında yapılan değişikliğin herhangi bir kolaylaştırma ve kriz çözücü boyutunun bulunmadığı ve anlamsız bir değişiklik olduğu sonucu doğacaktır.*” gerekçesi ile bunun geciktirici veto olduğu sonucuna ulaşmıştır⁷. TBMM’de beşte üç çoğunluk oyu ile kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca TBMM’ye geri gönderildiği durumlarda, TBMM’nin beşte üç çoğunluğu aynı değişikliği halkoymasına götürmek için yeterlidir.

Yasama sürecinde devlet başkanına geciktirici nitelikte veto yetkisi tanınması daha önce 1924 ve 1961 anayasalarında benimsenmiş olan bir uygulamadır; her iki anayasada da Cumhurbaşkanına kanunları geri gönderme yetkisi tanınmıştır; ancak, anayasa değişiklikleri açıkça belirtilerek bu yetkinin konusundan istisna edilmiştir. 1982 Anayasası bu konuda bir yenilik getirerek Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisinin konusuna anayasa değişikliklerini de dâhil etmiştir: “Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir.” Bununla bağlantılı bir diğer önemli yenilik, Cumhurbaşkanının takdirine bağlı olarak halkoyuna işlev tanınmasıdır: “Meclis, geri gönderilen Kanunu, (...) aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir.”

⁵ Aynı yönde yorum, ilk olarak, kanun teklifinin gerekçesinde mevcuttur, bkz. aşağıda Dipnot 13.

⁶ Örneğin bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 166.

⁷ AYM, E.2007/72, K.2007/68, 05/07/2007.

Kararın eleştirisi için bkz. Kemal, Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, 2021, Ekin Yay., Bursa, ss. 1422 – 1425.

Her iki yenilik de 2485 sayılı Kanunla kurulu Kurucu Meclis evresinde Milli Güvenlik Konseyi aşamasında getirilmiştir. Danışma Meclisinin kabul ettiği madde düzenlemesi⁸ anayasanın değiştirilmesi konusunda yerleşik uygulamayı takip ediyordu. Bu husus madde gerekçesinde de belirtilmişti.⁹ MGK ise Cumhurbaşkanına tanınmış olan geri gönderme ve halkoyuna sunma yetkilerini eklemiştir,¹⁰ bu hususu gerekçede açıklamıştır.¹¹ Kurucu Meclis'in kabul ettiği görece yalın düzenleme, 1987'de değiştirilerek, alternatif yetersayılar ve onlara bağlı olarak ortaya çıkabilen zorunlu veya takdire bağlı kurumsal adımlar içeren daha ayrıntılı bir düzenleme şeklindeki bugünkü halini almıştır. Ayrıca hatırlatmak gerekir ki Anayasanın Geçici 9. maddesi 6 yıllık bir süre için Cumhurbaşkanına TBMMde kabul edilen anayasa değişikliklerini geri gönderme yetkisini ayrıca tanımaktaydı; TBMMnin bu vetoyu aşabilmesi içinse üye tam sayısının dörtte üçü gibi yüksek bir oranda çoğunluk oyu gerekiyordu.

II. BEŞTE ÜÇ ÇOĞUNLUK KURALININ GETİRİLiŞİ

Anayasa değişikliklerinin TBMM'de kabul yetersayısını beşte üç çoğunluk olarak belirleyen kural 1987 anayasa değişikliği ile getirilmiştir. Anayasanın 175. maddesi, 17.5.1987 tarihli ve 3361 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yapılan değişiklikle son halini almıştır.

3361 sayılı Kanun 1982 Anayasasında değişiklik yapan ilk kanun olması bakımından da önemlidir. TBMM'de İstanbul milletvekili ve Başbakan Turgut Özal öncülüğünde 200 milletvekilinin imzasıyla teklif edilen anayasa değişikliği 17.5.1987'de kabul edilerek Cumhurbaşkanı

⁸ Danışma Meclisinin 191 madde numarasıyla kabul ettiği düzenleme şöyledir:

“Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclisin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, birinci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.”

⁹ “Esas teşkilat hukuku düzenimizde Anayasalarda yapılacak değişiklik yasama kuvvetinin üye tamsayısının 1/3'nün teklifi ve üye tamsayısının 2/3'nün kabulü temeline dayanıyordu. Uygulamalarında hiçbir mahzuru görülmeyen bu sistem değiştirilmemiştir.”

¹⁰ Milli Güvenlik Konseyinin 175 madde numarasıyla kabul ettiği düzenlemeye eklediği üçüncü fıkra şöyledir:

“Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerini Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderdikten sonra, Meclis geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu kanunu halkoyuna sunabilir.”

¹¹ “Bu düzenlemede Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliklerini yeniden görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebileceği, Meclisin geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunu aynen kabul etmesi halinde Cumhurbaşkanının bu kanunu halkoylamasına sunabileceği belirtilmiştir.”

Kenan Evren tarafından 18.5.1987 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır¹². 3361 sayılı Kanunla Anayasanın 67. maddesinde yapılan değişiklikle öncesinde 21 olan seçme hakkına ilişkin yaş sınırı 20’ye indirilmiş; 75. maddesinde yapılan değişiklikle öncesinde 400 olan TBMM üye tam sayısı 450 olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasanın kapatılan siyasi partilerin belirli kadrolarına beş ya da on yıl süreyle siyasi parti faaliyetini yasaklayan Geçici 4. maddesi yürürlükten kaldırılmış; bu maddenin yürürlüğe girmesi halkoylamasında kabul şartına bağlanmıştır. 175. maddede yapılan değişikliğin konusu ise anayasa değişikliklerinin yasamada kabul yetersayısının üye tamsayısının beşte üçü düzeyine indirilmesi ve Cumhurbaşkanının yayımlama, geri gönderme ve halkoyuna sunma yetkilerinin yasamadaki kabul nisabına göre farklı seçenekler içerecek şekilde yeniden düzenlenmesidir.

Turgut Özal ve 199 arkadaşı tarafından verilen teklifte 67., 75. ve 175. maddeleri ile 104. maddesinde değişiklik öngörülmekteydi. 175. maddede değişiklikle¹³, anayasa değişikliklerinin TBMM’de kabul yetersayısı üye tamsayısının beşte üçüne düşürülmüş, gizli oy kuralı getirilmiş, ayrıca anayasa değişikliklerinin halkoyunda kabul edilmesi kuralı getirilerek, kayıtlı seçmenlerin en az yüzde altmışının katıldığı halkoylamasında kullanılan oyların yarısından fazlasının evet olması şartına

¹² Sayı: 19464, Mükerrer.

¹³ İstanbul Milletvekili Turgut Özal ve 199 Arkadaşının Teklifinin ilgili maddesi şöyledir:

“MADDE 4. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 175. — Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yazı ile teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclisin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.

Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Bu takdirde Türkiye Büyük Millet Meclisinin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanunu, aynen kabul edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile mümkün olabilir.

Anayasa değişikliklerine ilişkin Kanunların yürürlüğe girebilmesi için halkoyuna sunulması zorunludur.

Anayasa değişikliklerine ilişkin Kanunlar Cumhurbaşkanınca Resmî Gazetede yayımlandıktan sonra halkoyuna sunulur.

Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ait Kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasına ilişkin oy verme kütüklerinde ve sandık listelerinde kayıtlı bulunan, oy verme hakkına sahip seçmenlerin en az yüzde altmışının halkoylamasına katılması ve katılanların yarısından çoğunun kabul oyu kullanmış olması gerekir.”

bağlanmıştı¹⁴. Anayasa Komisyonu, Teklifin ilk iki maddesini aynen benimsemiş, 104. maddeye ilişkin değişikliği çıkarmış ve 175. maddeye ilişkin değişikliği yeniden düzenlemiştir¹⁵. Bu kapsamda, teklifte anayasa

¹⁴ İstanbul Milletvekili Turgut Özal ve 199 Arkadaşının Teklifinin ilgili madde gerekçesi şöyledir:

“ ...

Getirilen teklif ile, Anayasanın değiştirilebilmesine ait teklifin eski şekilde kalmasına mukabil, değiştirme teklifinin kabulü Meclis üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile mümkün görülmüş ve ayrıca konunun önemi göz önüne alınarak bu oylamanın gizli yapılacağı hükmü getirilmiştir.

Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar T.B.M.M.'ne geri gönderildiği takdirde T.B.M.M.'nin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunu aynen kabul edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile mümkün olabilecektir.

Maddeye eklenen diğer hükümlere gelince: Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girebilmesi için halkoyuna sunulması zorunlu hale getirilmiştir.

Maddeyle Anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar Cumhurbaşkanınca Resmî Gazetede yayınlanmasından sonra halkoyuna sunulması esası getirilmiştir. (...)

¹⁵ Anayasa Komisyonunun Kabul Ettiği Metinde ilgili madde şöyledir:

“MADDE 3. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 175. — Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.

Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse, Cumhurbaşkanı bu kanunu halkoyuna sunabilir.

Meclisce, üye tamsayısının beşte üçünden fazla ve üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclisin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoyulmasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayımlanır.

Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoyulamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun «kabul» oyu olması ve bu kabul oylarının halkoyulamasına ilişkin oy verme kütüklerinde ve sandık listelerinde kayıtlı bulunan, oy verme hakkına sahip seçmenlerin üçte birinden az olmaması gerekir.

değişikliklerinin kabulü için zorunlu bir unsur olarak yer verilen halkoyunun işlevine daha ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Halkoyu zorunluluğu sadece yasamada üçte ikiden aşağı çoğunlukla kabul edilerek Cumhurbaşkanınca yayımlanan anayasa değişiklikleri bakımından muhafaza edilmiş; en az üçte iki çoğunlukla kabul edilenlerin halkoyuna sunulması konusu ise maddenin ilk halinde olduğu gibi Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmıştır. Cumhurbaşkanı kanunun tümünü veya maddelerini halkoyuna sunabilecektir; buna karşılık, TBMM kanunun kabulü sırasında halkoylamasında hangi maddelerin birlikte veya ayrı oylanacağını karara bağlayacaktır. Ayrıca teklifte yer alan halkoylamasına seçmenlerin asgari yüzde altmışının katılmış olması şartı yerine, kabul oylarının kayıtlı seçmenlerin üçte birinden aşağı olmaması şartı getirilmiştir¹⁶. Nihayet kanun teklifinin Anayasanın 175.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu kanunun halkoylamasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.”

¹⁶ Anayasa Komisyonunun Kabul Ettiği Metinde ilgili madde gerekçesi şöyledir: “Komisyonumuz, teklifin 4 üncü maddesini 3 üncü madde olarak ve kabul edilen önergeler doğrultusunda yeniden düzenleyerek kabul etmiştir.

Yapılan bu yeni düzenleme ile Cumhurbaşkanı, Anayasa, değişikliği ile ilgili kanunu bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderdikten sonra Meclis geri gönderilen kanunu üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ettiği takdirde bu Kanunu isterse halkoyuna sunabilecektir. Yeni düzenlemede, bir halde halkoyuna sunma mecburiyeti kabul edilmiştir. Bu hal, Anayasa değişikliğinin Meclisçe üye tam sayısının beşte üçünden fazla oyla kabul etmesine rağmen bu oy sayısının üçte iki ekseriyete ulaşmamasıdır. Cumhurbaşkanı bu Kanunu bir daha görüşülmek üzere Meclise geri göndermediği takdirde Anayasa değişikliğine ilişkin bu Kanun zorunlu olarak halkoyuna sunulacaktır.

İster ilk defa, isterse bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmesinden sonra Anayasa değişikliği üçte iki çoğunlukla kabul edilmiş ise Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilecektir. Burada getirilen en önemli yenilik, Cumhurbaşkanının Kanunu tümüyle halkoyuna sunabilmesinin yanı sıra sadece bazı maddelerini de sunabilmesidir. Halkoylaması sonunda Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girebilmesi için oylamada kullanılan geçerli oyların en az yarısından çoğunun kabul oyu olması ve bu kabul oylarının, oy verme kütüklerinde ve sandık listelerinde kayıtlı bulunan oy verme hakkına sahip seçmenlerin üçte birinden az olmaması gerekmektedir. Yapılan bu değişiklikte teklifteki yüzde altmış iştirak esası kaldırılmıştır.

Maddede yapılan diğer bir değişiklikle, Türkiye Büyük Millet Meclisinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, ileride halkoylamasına sunulması ihtimaline karşılık, Anayasanın değiştirilen hükümlerinin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı oylanacağı hususunun da kanuna ilave edilecek bir hükümle kararlaştırılması esası getirilmiştir. Halkoyuna sunulmasının Anayasanın değiştirilen her hükmü için ayrı ayrı yapılması kararlaştırıldığı takdirde, oylama sonunda bazı hükümlerin benimsenmesi, bazılarının ise reddi mümkün olabilecek, böylece halkoylamasının daha sağlıklı şekilde sonuçlanması ve bazı hükümler reddedilmiş olsa bile hiç olmazsa benimsenen değişikliklerin yürürlüğe girmesi sağlanmış olacaktır.”

maddesinde değişiklik öngören 3. maddesinin Genel Kuruldaki görüşmeleri aşamasında verilen bir değişiklik önergesinin kabulüyle son halini alan madde metninde¹⁷ Komisyonun benimsediği asgari katılım şartına yer verilmemiştir.

1987 anayasa değişikliğinin siyasi bağlamına bakıldığında ilk göze çarpan önemli siyasi mesele Kurucu Meclis'in yapmış olduğu Anayasa'ya ilk defa TBMM tarafından dokunuluyor olması idi. Milli Güvenlik Konseyi rejiminden anayasal rejime geçişin dördüncü yılıydı, siyasi parti rejimindeki kapsamlı yasaklar sebebiyle başta lider kadroları olmak üzere

¹⁷ Kanun teklifinin Anayasa'nın 175. maddesinde değişiklik öngören 3. maddesinin Genel Kuruldaki görüşmeleri sırasında aşağıdaki değişiklik önergesi verilmiştir:

"MADDE 3. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoymasına katılım.

Madde 175. — Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.

Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen kanunu üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse, Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir.

Meclisce, üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde, halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayınlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoymasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayınlanır.

Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoymasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu kanunun halkoymasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.

Halkoymasında, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahallî genel seçimlere iştiraki temin için, kanunla para cezası dahil gerekli her türlü tedbir alınır."

Önerge kabul edilmiştir. Yapılan oylama sonucunda madde, önergeyle değişik şekliyle birlikte kabul edilmiştir. Bkz. *Tutanak*, 17. Dönem, 40. Cilt, 103. Birleşim, Sayfa 374, 375.

siyasi parti sisteminin askeri darbe öncesindeki dönemde yerleşik unsurları hâlâ geri dönebilmiş değildi. Bunun yerine, her birinin gayriresmi olarak liderlik ettiği siyasi partiler kurulmuş ve örgütlenebilmiş durumdaydı. Bu şekilde, sağda üç yeni parti yükseliyordu: Doğru Yol Partisi, Refah Partisi, Milliyetçi Çalışma Partisi. Solda, Halkçı Parti'nin daha sonra kurulan Sosyal Demokrat Parti ile birleşerek oluşturduğu SHP'nin başında Erdal İnönü bulunuyordu. Ecevitler ise Demokratik Sol Parti'de örgütlenmişlerdi. Kapatılan partilerin yöneticilerine Anayasa'nın Geçici 4. maddesiyle¹⁸ getirilen siyasi partide örgütlenme yasaklarının bitmesine uzun yıllar vardı. Bu aşamada siyasi yasakların kaldırılması talebi ANAP haricindeki partilerin ortak gündemi haline gelmişti. Bir yasaklı liderin geri dönüşü özlemi olmayan SHP ise konuya ilke meselesi olarak yaklaşmakta; SHP lideri Erdal İnönü siyasi yasaklara karşı demokrasi savunusunun öncülüğünü yapmaktaydı. İnönü ve arkadaşları Geçici 4. maddenin kaldırılması için bir anayasa değişikliği teklif etmeye de muvaffak olmuşlar fakat daha ileri gidememişlerdi¹⁹.

¹⁸ Geçici Dördüncü Madde düzenlemesi şöyledir:

1) 16 Ekim 1981 tarih ve 2533 sayılı Kanunla feshedilmiş bulunan siyasi partilerden;

11 Eylül 1980'den sonra gerek parti tüzelsiğiliği, gerek bunların merkez yöneticilerinden veya Parlamento üyelerinden herhangi biri hakkında Türk Ceza Kanununun ikinci Kitabının birinci babında yer alan Devletin şahsiyetine karşı işlenmiş cürümlerden herhangi biri ile ilgili olarak kamu davası açılmış olanlarla, 11 Eylül 1980 tarihinde iktidar partisi ve anamuhalefet partisi durumunda bulunan siyasi partilerin;

a) 1 Ocak 1980 ve daha sonraki tarihlerde; genel başkan, genel başkan yardımcıları veya vekilleri, genel sekreterleri, bunların yardımcıları ve merkez yönetim kurulu veya benzeri organların üyeleri; Anayasanın halkoylaması sonucu kabulü tarihinden bağlayarak on yıl süre ile siyasî parti kuramazlar; Anayasa hükümlerine dayalı olarak kurulacak siyasi partilere üye olamazlar, bu partiler tarafından veya bağımsız olarak milletvekili genel ve ara seçimlerinde, mahallî seçimlerde aday gösterilemezler ve aday olamazlar Siyasi partilerle herhangi bir şekilde bağlantı kuramazlar ve siyasi partilerde fahrî olarak bile herhangi bir görev alamazlar.

b) 1 Ocak 1980 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde üye bulunan milletvekilleri ile senatörler, Anayasanın halkoylaması sonucu kabulü tarihinden başlamak üzere beş yıl süre ile siyasî parti kuramazlar, kurulacak siyasi partilerin merkez yönetim kurullarında veya benzeri organlarda görev alamazlar.

2) 1 Ocak 1980 tarihinde kontenjan senatörü veya Cumhuriyet Senatosunun tabii üyesi olanlar ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin bağımsız üyelerinden; haklarında Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının birinci babında yer alan Devletin şahsiyetine karşı işlenmiş cürümlerden herhangi biri ile kamu davası açılmış bulunanlar veya birinci fıkrada nitelendirilen siyasî partilerden birine girmiş olanlar birinci fıkranın (b) bendi hükümlerine tâbi olurlar.

¹⁹ İzmir Milletvekili Erdal İnönü ve arkadaşlarınınca 25 Kasım 1986 tarihinde T.B.M.M. Başkanlığına sunulan Anayasanın Geçici 4. maddesinin kaldırılmasına ilişkin Teklif. İnönü 3361 sayılı Kanunun Genel Kurul görüşmelerinde bu hususu vurgulamıştır.

Geçici 4. maddedeki yasağın kaldırılması bir anayasa değişikliği gerektiriyordu; bunun içinse 175. maddeye göre TBMM’de en az üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi, Cumhurbaşkanı geri gönderdiği takdirde yeniden bu kez Geçici 9. madde gereği en az dörtte üç çoğunlukla kabul edilmesi, Cumhurbaşkanı halkoyuna sunduğu takdirde ise kullanılan geçerli oyların yarısından fazlasıyla kabul edilmesi gerekecekti. Siyasi yasakların ve genel olarak Anayasa’nın mimarı olan Cumhurbaşkanı Kenan Evren’in bu partiler ve liderler hakkındaki fikri, MGK rejiminin Devlet Başkanı olduğu dönemden itibaren açıkladığı şekilde kamuoyunda iyi biliniyordu; ancak, Evren dayatmacı bir tutum izlemeye çalışmayacaktı. Evren, bu konuda son sözü halkın söylemesinden yana olduğunu, Meclisin konuyu halka götürmek yönündeki girişimi olursa mâni olmayacağını açıklamıştı²⁰. Yasakların temizlediği bir siyasi parti alanında kuruluşunun üzerinden bir yıl geçmeden 400 üyeli yasamada 211 sandalyeli çoğunluk ve parlamenter sistemde hükümet mevkilerini elde etmiş olan Anavatan Partisinin iktidardaki dördüncü yılıydı. ANAP Genel Başkanı ve Başbakan Turgut Özal “kavga” diye nitelediği eski usul siyasetten yeterince çektiğimiz düşüncesini işlemekteydi. Sağın eski köklü partileri yeni isimler altında örgütlenmişler ve eski lider kadrolarının siyasi örgütlenme hakkı konusunda solun yeni partileriyle benzer bir gündem geliştirmişlerdi. Bir anayasa değişikliği içinse Özal ve arkadaşlarının desteği şarttı.

Cumhurbaşkanı Evren’in müsamahakâr tutumuyla birlikte, yasakların devamı için Özal’ın direncinden başka mâni kalmamış gibiydi. Bu şartlar altında Özal ve arkadaşları TBMM’de Nisan 1987 sonunda altı maddelik bir kanun teklifi vererek Anayasa’nın başka (67., 75., 104. ve 175.) maddelerinde bazı değişiklikler önerdiler. Anayasa’nın Geçici 4. maddesini kaldıran hüküm ise teklife Anayasa Komisyonu aşamasında dahil edildi²¹. TBMM’de kabul edilen 3361 sayılı Kanun 6 Eylül 1987’de halkoylamasında kabul edildi. Oylamanın sonucu %50,2 oranıyla evet oldu. (Katılım oranı % 93,4 Toplam seçmen 25.924.682 Kullanılan oy 24.218.800 Geçerli oy 23.136.218 Evet 11.618.106 Hayır 11.519.393)

²⁰ Kenan Evren, Kenan Evren’in Anıları, Milliyet Yayınları, İstanbul 1991, Cilt: 5, s. 354 – 361; Cilt: 6, Milliyet Yayınları, s. 15 – 35.

²¹ Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metnin dördüncü maddesi şöyledir:
MADDE 4. — Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Geçici Dördüncü Maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hükmün onaylanarak yürürlüğe girebilmesi içi halkoyuna sunulması zorunlu olup halkoylamasında; kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması ve kabul oylarının halkoylamasına ilişkin oylama kutüklerinde ve sandık listelerinde kayıtlı bulunan oylama hakkına sahip seçmenlerin üçte birinden az olmaması gerekir.

III. BEŞTE ÜÇ ÇOĞUNLUK KURALININ UYGULAMASI VE HALKOYLAMASI

Halkoylaması usulüne Cumhuriyet tarihinde ilk defa 1961 Anayasasının yapımı sırasında sonuncu bir adım olarak başvurulmuştur.²² 1961 Anayasasının türev kuruculuk rejiminde ise halk oyuna yer verilmiş değildir. 1982 Anayasası ilk defa halkoyuna Cumhurbaşkanının takdirine bırakarak yer vermiş ve bu kural 1987'de yapılan ilk anayasa değişikliğinde uygulanarak kanunun bir maddesi Cumhurbaşkanınca halkoyuna sunulmuştur. Bu ilk değişiklikte halkoyuna sunulmayan maddelerde getirilen yenilikler arasında bu çalışmada ele alınan beşte üç çoğunluk kuralı da vardır. 1987 değişikliği sonrasında dört defa Anayasanın 175. maddesi uyarınca halkoylamasına gidilmiştir. Bunlardan birinde Cumhurbaşkanı takdiriyle üçünde ise beşte üç çoğunluk kuralının bir gereği olarak halkoyuna başvurulmuştur. Aşağıda Tablo 1'de bu kanunlara ilişkin TBMM ve halkoylaması sonuçları gösterilmektedir.

Tablo 1: Anayasa Değişikliği Oylama Sonuçları²³

TBMM		Halkoylaması				
Kanun	Kabul Oyu Sayısı	Tarih	Katılım	EVET	HAYIR	Sonuç
3467	283 / 450 ²⁴	25 Eylül 1988	%88,8	%35 8.034.933	%65 14.921.945	HAYIR
5678	370 / 550 ²⁵	21 Ekim 2007	%67,51	%68,95 19.422.714	%31,05 8.744.947	EVET
5982	336 / 550 ²⁶	12 Eylül 2010	%73,71	%57,88 21.789.180	%42,12 15.854.113	EVET
6771	339 / 550 ²⁷	16 Nisan 2017	% 85,43	%51,41 25.157.463	%48,59 23.779.141	EVET

²² T. C. Milli Birlik Komitesi Kararı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Halkoyuna sunulması ve Anayasanın halka tanıtılıp benimsenmesi faaliyetlerinin başlangıç tarihleri hakkında Karar No : 56, *Resmi Gazete*, 23 Haziran 1961, 10836.

²³ Kaynak: TBMM ve Yüksek Seçim Kurulu.

²⁴ Kerem Yavaşca, Anap İktidarında Sonun Başlangıcı: 25 Eylül 1988 Referandum, *Akademik Hassasiyetler*, c. 10, sayı. 22, ss. 518-540, s. 533.

²⁵ [https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y5/T1/KanunMetni/351d5fla-ca51-4afc-8168-59a12bd1ec3b.html?TSPD_101_R0=08ffcef486ab20003b8a8c83bd7fbb0ac10bbb87abefbeb06e8c2ac6d85dcf76344621d3748f296c08c346d88e143000fb8b957aaa277302a80475af52668254893041a42fecdd0de86fce7d74285f5411a804166b320ad50233e0a6e6012359b \(s.e.t. 23/8/2023\)](https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y5/T1/KanunMetni/351d5fla-ca51-4afc-8168-59a12bd1ec3b.html?TSPD_101_R0=08ffcef486ab20003b8a8c83bd7fbb0ac10bbb87abefbeb06e8c2ac6d85dcf76344621d3748f296c08c346d88e143000fb8b957aaa277302a80475af52668254893041a42fecdd0de86fce7d74285f5411a804166b320ad50233e0a6e6012359b (s.e.t. 23/8/2023))

²⁶ <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5982.html> (s.e.t. 23/8/2023)

²⁷ Vahap Coşkun, 16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2017; 22(36): ss. 3-30, s. 6.

A) 1988 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ GİRİŞİMİ: KURALIN İLK DEFA UYGULAMASI

3361 sayılı Kanunla değişik 175. maddede yer alan beşte üç çoğunluk kuralının ilk defa uygulaması 1988 yılında yapılmış ve mahalli seçimlerin tarihini erkene almaya yönelik olarak Anayasanın 127. maddesinde değişiklik getiren 3467 sayılı Kanun 450 üyeli Mecliste 283 oyla kabul edilmesi üzerine Cumhurbaşkanıca iade edilmeyerek halkoyuna sunulmak üzere yayımlanmıştır. 3467 sayılı Kanun % 65 düzeyinde hayır oyuyla halkoylamasında reddedilmiştir. Bu başarısız ilk girişimin ardından beşte üç çoğunluk kuralının açtığı yoldan anayasa değişikliğine yönelik bir sonraki girişim ancak yirmi iki yıl sonra gelecektir.

1988 anayasa değişikliği girişiminin gelişim sebebi 1987 anayasa değişikliğiyle kaldırılan siyasi yasaklarından kurtulmuş eski siyasilerin siyasete olabildiğince güçlü bir şekilde geri dönüş yapmaya çalıştığı bir siyasi konjonktürde avantajını korumakta zorlanacağı öngörülen iktidar partisinin seçim kaygısıdır. 3361 sayılı Kanunun Cumhurbaşkanıca halkoyuna sunulan 4. maddesinin 6 Eylül 1987 günlü halkoylamasında küçük bir çoğunlukla (%50,16) kabul edilmesinin üzerinden henüz 1 yıl yeni geçmişken 25 Eylül 1988'de halkoylaması için seçmenler sandık başına gitmiştir²⁸. Turgut Özal iki sebepten ötürü Mart 1989'da yapılacak yerel seçimleri erkene almak istiyordu. Bunlardan ilki enflasyondaki artış eğiliminin giderek artması neticesinde mahallî seçimlerin yapılacağı zamana kadar mevcut ekonomik durumun daha da kötüye gideceği beklentisidir. Bu sebeple bağlı diğer gerekçe ise mevcut Cumhurbaşkanı Kenan Evren'in görev süresinin 1989 Ekim ayında dolması dolayısıyla yerel seçimlerde kötü bir sonucun Cumhurbaşkanlığı seçim sürecinde Özal'ın şansını azaltması ihtimaliydi²⁹.

Yukarıdaki riskleri bertaraf edebilme adına mahallî seçimlerin erkene alınması ilkin kanun marifetiyle denenmiştir. Bu yönde 31/3/1988 tarih ve 3420 sayılı "298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun, 2820 Sayılı Siyasî Partiler Kanununun ve 2972 Sayılı Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun" çıkarılmıştır. Kanun'un 7. maddesi ile yerel yönetimler seçiminin beş yılda bir haziran ayının ilk pazar günü yapılacağını belirleyen 8. maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek, *yerel yönetimler seçiminin beş yılda bir yapılacağı, seçimin yapılacağı yılın haziran ayının otuzuncu gününün seçimin başlangıç târihi olup seçimlerin aynı yılın ekim ayında yapılacağı* şeklindedir. Kanun'un iptali için Anamuhalefet Partisi (Sosyaldemokrat Halkçı Parti) iptal davası açmış ve Anayasa Mahkemesi 13/6/1988 tarihinde *yerel yönetimler seçimin ekim ayında yapılp yapılamayacağı sorununu* incelemiş ve nihayetinde Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü

²⁸ Ergun, Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara s. 177.

²⁹ Kerem, Yavaşca, Anap İktidarında Sonun Başlangıcı: 25 Eylül 1988 Referandumu, Akademik Hassasiyetler, c. 10, sayı. 22, ss. 518-540, s. 530-531.

fıkrasında açıkça düzenlenmiş olan mahalli idare seçimlerinin 5 yılda bir yapılacağı kuralına açıkça aykırı olduğundan bahisle iptal etmiştir³⁰.

Mezkûr Kanun'un Anayasa Mahkemesince iptalinin ardından mahalli seçimlerin erkene alınması için bu defa Anayasa değişikliği gündeme gelmiştir. O dönem 450 üyeden oluşan TBMM'de 284 üyenin (beşte üçten fazla, üçte ikiden az bir oran) kabul oyuyla, Anayasa Mahkemesinin iptal kararında dayandığı Anayasa'nın 127. maddesinin değiştirilmesini içerir 6.8.1988 gün ve 3467 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Cumhurbaşkanı Evren ise TBMM'ye geri göndermemiş; halkoyuna sunulmak üzere yayımlamayla tercih etmiştir.

25 Eylül 1988'de yapılan halkoylamasına halk büyük ilgi göstermiş, katılım %88,8 olarak gerçekleşmiştir. Seçmenin %65'i Anayasa değişikliğine Hayır oyu kullanırken %35'i Evet demiş ve Cumhuriyet tarihinin Hayır ile sonuçlanan tek halkoylaması olarak tarihte yerini almıştır. Bu durum 1980 sonrasında seçmen düzeyinde iktidara karşı güçlerini birleştirebilen "olumsuz çoğunluklar"ın olduğuna dair bir varsayımın ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir³¹. Gerçekten bu halkoylaması sonrasında yirmi yıl bir daha halkoylaması da yapılmamıştır.

Aslında sonuçlar anayasa değişikliği girişiminin ardında bulunan iktidardaki Anavatan Partisinin seçmeninin halkoylamasında konsolide olması olarak da yorumlanmaya müsaittir. Nitekim, ANAP 1987 genel seçimlerinde geçerli oyların %36,31'ini almakla birlikte seçim sisteminin sonucu olarak 292 milletvekili ile TBMM'deki sandalyelerin %64,88'ine sahip olmuştur. ANAP'ın milletvekili sayısı Anayasa değişikliğini halkın önüne götürmeye yetmiş olsa da, seçmen anayasa değişikliğine ancak

³⁰ Kararın ilgili paragrafı şu şekildedir:

"Anayasa'nın geçici 10. maddesi uyarınca TBMM'nin ilk toplantısını izleyen bir yıl içinde yapılması öngörülen yerel yönetim seçimleri, ilk genel seçimler sonucu TBMM'nin ilk toplantı günü olan 7 Aralık 1983'den başlayan bir yıllık süre içinde herhangi bir zamanda (günde) yapılabileceğinden yasakoyucu, 2972 sayılı Yasanın geçici 7. maddesiyle oy verme gününü 25 Mart 1984 olarak belirlemiştir. Sözü edilen Yasanın 8. maddesi, sonraki seçimlerin haziran ayının ilk pazar günü yapılacağını bildirmekteyse de, bu kural Anayasaya uygunluk denetimine getirilmemiş ve şimdi denetlenen 3420 sayılı Yasa çıkarılıncaya kadar da uygulanmamıştır. Böylece 25 Mart 1984'e göre beş yılın bitimi 2 Mart 1989 tarihi olmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın bağlayıcılığı ilkesinin doğal sonucudur. Sorun, 1961 Anayasası'nın 116. maddesinin yerel seçimleri yasa düzenlemesine bırakmasına karşın, 1982 Anayasası'nın 127. maddesinin kendi belirlemesinden kaynaklanmaktadır. Bu açıklık karşısında, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü gereği, yerel yönetimler seçimi, Anayasa'nın sözü edilen kuralı değişmedikçe, ancak 25 Mart 1989'da ya da zorunlu nedenlerle bunu izleyen pazar günü yapılabilir. Anayasa'nın kuşkuya, duraksamaya yer vermeyecek kadar açık hükmü karşısında, yerel yönetim seçimlerinin ekimayında yapılacağına ilişkin yasa maddesi dayanaksız kalmaktadır, 127. maddeye aykırılığı çok açıktır."

AYM, E.1988/14, K.1988/18, 13/06/1988.

³¹ Kemal, Gözler, Halkoylamasının Değeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XL, 1988, S.1-4, ss.97-113. s. 103. Ayrıca bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, İstanbul, Beta, s. 37.

partie verdiği destek nispetinde destek vermiştir. 1988 anayasa değişikliği girişiminin halkoqlaması aşamasındaki başarisızlığının, sonraki TBMM çoğunluklarının halkoqlamasına bakışında tereddütlere mahal verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

B) 2007 ANAYASA DEĞIşIKLİĞİNDE CUMHURBAŞKANINCA BAŞVURULAN HALKOQLAMASI

2007'de baş gösteren Cumhurbaşkanı seçimi krizi bağlamında gidilen anayasa değişikliği, Mecliste üte ikiden fazla bir çoğunluk oyuyla kabul edilmiş olduğu hâlde, tartışmalı bir anayasa değişikliği olması sebebiyle, Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulmuştur.³²

10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresi, 16 Mayıs 2007'de sona eriyordu. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), cumhurbaşkanlığı adaylığı başvurularının son tarihini 25 Nisan gecesi olarak; ilk tur oylama gününü ise 27 Nisan olarak belirlemişti. Anılan dönem öne çıkan aday olan Abdullah Gül'ün eşinin başörtülü olması nedeniyle başörtüsü ve laiklik konularıyla ilgili yoğun tartışmalarla geçiyordu. Başta büyükşehirler olmak üzere pek çok yerde "Cumhuriyet Mitingleri" adı altında büyük katımlı gösteriler düzenleniyor ve TBMM'nin iktidar partisinin kendi siyasi çizgisinden bir adayı cumhurbaşkanı olarak seğmesi engellenmeye çalışılıyordu.

11. Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk turu 27 Nisan 2007'de 357 milletvekilinin katılımlıyla; 1. tur tekrarı ise 6 Mayıs 2007'de 358 milletvekilinin katılımlıyla gerçekleşmiştir. Anılan seçimlerde Abdullah Gül 11. Cumhurbaşkanı olarak seğilmekle birlikte soyut norm denetimi görevi kapsamında önüne getirilen konuyu Anayasa Mahkemesi eylemli içtüzük değişikliği olarak nitelendirmiş ve toplantı yeter sayısı bulunmadığı halde seçim yapıldığına karar vermiştir. Kamuoyunda "367 kararı" olarak bilinen kararıyla³³ TBMM'nin 11. Cumhurbaşkanının seçilmesine ilişkin kararını eylemli içtüzük değişikliği sayarak iptal etmiştir.³⁴

³² 2007 anayasa değişikliği, beşte üç çoğunluk kuralının bir uygulaması olmadığı halde, kuralın getirilişinden sonra gidilen ikinci halkoqlaması olması dikkate alınarak, burada değinilmemesinin bir eksiklik olacağı değerlendirilmiştir.

³³ AYM, E. 2007/45, K. 2007/54 sayılı ve 1/5/2007 tarihli kararı.

³⁴ Gerekeenin özü şu şekildedir: "Toplantı ve karar yetersayısının ilk oylamada TBMM üye tamsayısının üte iki çoğunluğu, bu bağlamda 367 olduğunu öngördüğu sonucuna varılan Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrası karşısında, bu çoğunluğun 184 olarak uygulanması sonucunu doğuran eylemli içtüzük değişikliği niteliğindeki dava konusu TBMM Kararı Anayasa'nın 102. maddesine aykırıdır."

Bu karar çok tartışılmış, hukukun siyasallaşmasına sebebiyet verdiği için eleştirilmiştir. Konuya ilişkin bizim de katıldığımız Uluşahin'in görüşü şu şekildedir: "Anayasa Mahkemesi'nin eylemli içtüzük değişikliğine dair bu içtihadının, yasama meclisinde hassas dengelerde ortaya çıkan siyasi iradeyi baltalayarak hukukun siyasallaşmasına zemin oluşturmakla kalmayıp iktidar muhalefet ilişkilerini de olumsuz anlamda dönüştürdüğünü söylemek yanlış olmayacaktır." Nur, Uluşahin, Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdüklere Cumhurbaşkanı Seçiminin

Anayasa Mahkemesinin iptal kararına karşılık TBMM tarafından milletvekili seçimlerinin 3 Mayıs 2007 gününde yenilenmesine karar verilmiş ve Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesine ilişkin Anayasa değişikliği teklifi yapılmıştır. TBMM’ce 2/3 çoğunluğun üzerinde, 370 milletvekilinin kabul oyuyla kabul edilen³⁵ Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmakla halkoyuna sunulmadan da yürürlüğe girmesi mümkündür. Ancak Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi fikrine mesafeli olduğu biliniyordu. Nitekim Cumhurbaşkanı Sezer, 10 Mayıs anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin hükümlerini Meclis’e geri göndermiş; TBMM’de aynen kabul edilmesi üzerine ise halkoylamasına sunulmak üzere yayımlamış ve ayrıca iptali için Anayasa Mahkemesi’ne de başvurmuştur³⁶. Seçimin ardından yeniden toplanan TBMM’de MHP’nin TBMM’deki toplantıya katılarak 367 sorununu bertaraf etmesi neticesinde Cumhurbaşkanı seçimi krizi çözülmüş ve II. Cumhurbaşkanı, TBMM tarafından seçilmiştir.

Diğer yandan başlayan halkoylaması süreci devam etmiş ve halkoyuna sunulan anayasa değişikliği 21 Ekim 2007 tarihinde % 68,9 oranda “evet” oyuyla kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Katılımın en düşük olduğu referandum açık ara 2007 referandumudur. Her ne kadar aşağıda incelediğimiz 2010 referandumuna da katılım yalnızca 6 puan fazla olarak gerçekleşmişse de bunun nedeni anılan referandumda boykot edenlerin varlığı olmuştur. 2007’deki seçmen katılımını bu kadar düşük yapan ise çözülmüş bir problemin çözümünden sonra halkoyuna gidilmesi olmuştur.

C) 2010: KURALIN İLK BAŞARILI UYGULAMASI

2007 anayasa değişikliğinin başarısı halkoylamasına ilişkin 1988’den kalma izlenimleri değiştirmiştir. Tek bir partinin Mecliste seçim sistemi

Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 65, S. 2, 2007, s. 22. Benzer bir değerlendirme için bkz. Kemal, Gözler, Hukukun Siyasetle İmtihani: Kim Sınıfta Kaldı? *Türkiye Günlüğü*, S. 89, 2007, ss. 5-16.

³⁵ Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine, Mecliste yeniden görüşülen Anayasa değişiklik teklifinin maddelerine geçilmesinin TBMM Genel Kurulunda 366 oyla kabul edilmiş olması, Anayasa’nın 175. maddesindeki Cumhurbaşkanınca geri gönderilen Anayasa değişikliğinin yeniden aynen kabulü için gereken yetersayı meselesinin Anayasa Mahkemesince ilk defa yorumlanmasına vesile olmuştur. Yeniden kabul için üçte iki çoğunluk gerekeceği yolundaki doktrindeki yerleşik kabulden farklı olarak beşte üç çoğunluk oyunun yeterli olacağı yorumunu benimseyen Mahkeme, E.2007/72, K.2007/68 sayılı 05/07/2007 tarihli kararında “Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi üzerine yapılan ikinci görüşmede, 5678 sayılı Yasanın 1. maddesinin 366 oyla kabul edildiği, böylece kabul için gerekli olan beşte üç oy çoğunluğunun sağlanmış olduğu anlaşıldığından maddenin iptali isteminin reddi gerekir.” sonucuna ulaşmıştır.

³⁶ Cem Eroğul, 2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 62, S. 3, ss.167-181. s. 173.

sayesinde elde ettiği nitelikli çoğunluğun gücüne dayanarak giriştiği bir değişiklik olması bakımından 1988'e benzer, fakat sonucu bakımından ondan farklıdır ve sonraki iki anayasa değişikliği halkoylamasında olduğu gibi evet oyu ile sonuçlanmıştır. Bunlardan ilki olan 2010 anayasa değişikliği ise yasamada beşte üç çoğunluk oyu kuralının uygulama bulduğu ilk başarılı örnektir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nca 7 Mayıs 2010 tarihinde kabul edildikten sonra Anayasa Mahkemesinin 7 Temmuz 2010 tarihli kısmi iptal kararı³⁷ sonrasında haliyle 12 Eylül 2010 tarihinde halkoyuna 5982 sayılı Kanun, Anayasa'da yirmi dört maddede değişiklik öngörüyor; iki de geçici madde ekliyordu. "Temel hak ve hürriyetler ve yargı denetimi alanını ilgilendirenler" ile "yargının oluşumu ve işleyişine ilişkin olanlar" olmak üzere iki ana başlık altında toplanabilecek bu değişiklikler³⁸ içinde, Anayasa Mahkemesinin ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeniden yapılandırılması, Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimine açılması, askeri yargının görev alanının yeniden belirlenmesi, kamu denetçiliği kurumunun (ombudsmanlık) ihdası, anayasa yargısına bireysel başvuru yolunun kabulü, özellikle öne çıkmaktaydı.

Yasama organının siyasi kompozisyonu, iktidardaki Adalet ve Kalkınma Partisine tek başına beşte üç çoğunluk oyunu örgütlenme imkanı vermekteydi. TBMM'de grubu bulunan dört siyasi partinin 2007 seçim sonuçlarına göre sandalye dağılımı şu şekildeydi: 341 milletvekili ile Adalet ve Kalkınma Partisi; 112 milletvekili ile CHP; 71 milletvekili ile MHP ve bağımsız olarak TBMM'ye giren ve sonradan grup kuran 26 milletvekili ile BDP. Bu şartlar altında teklif ve kabul edilen 5982 sayılı Kanun bütünüyle ve yalnızca Adalet ve Kalkınma Partisi grubuna mensup üyelerin oluşturduğu nitelikli çoğunluğun bir eseri idi. Diğer siyasi parti gruplarına mensup üyelerin yasama sürecindeki yoğun itirazları sonuca engel olmadı. Cumhuriyet Halk Partisi grubuna mensup üyelerin şekil yönünden Kanunun tamamının ve esas yönünden birçok maddesinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesinde açtığı iptal davasında ise yalnızca bazı ayrıntı hükümlerin iptaline karar verildi.³⁹

Referandum aşamasında AK Parti Evet'i desteklerken MHP ve CHP Hayır kampanyası yürütüyor, BDP ise referandumda sandık başına gitmeyi boykot ediyordu. İtirazlar oldukça güçlüydü ve 2007 seçim sonuçlarına göre Hayır kampanyasını yürüten CHP ile MHP'nin oyları toplamı yaklaşık %35 ediyordu. AK Partinin oyu ise %47ydi. Yasama

³⁷ AYM, E. 2010/49, K. 2010/87, KG. 7.7.2010.

³⁸ Yusuf Şevki Hakyemez, 2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, ss. 387-406, s. 389.

³⁹ AYM, E. 2010/49, K. 2010/87, KG. 7.7.2010. İptal isteminin gerekçesinde yer verilen olgular ve vargılar, yasama sürecindeki tartışmanın ne denli sert ve çekişmeli yürüdüğünü göz önüne sermektedir; bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/2010-87-nrmd.pdf> (Erişim: 19.10.2023).

meclisinde olduğu gibi siyasi kamuoyundaki tartışma da oldukça yoğun ve gerilimli olmakla birlikte, boykotun da etkisiyle halkoylamasına katılım oldukça düşük olmuş ve %73,71 olarak gerçekleşmiştir. Katılanların ise %57,88'i Evet oyu verirken; %42,12'si Hayır oyu vermiştir. Bu sonuç aslında bir sonraki Anayasa değişikliğini de bu şekilde yapmanın mümkün olabileceğine dair bir işaret niteliğindedir.

D) 2017: KURALIN İKİNCİ DEFA BAŞARILI UYGULAMASI⁴⁰

2010 yılında yapılan tartışmalı anayasa değişikliği tek bir siyasi partinin meclis grubunun beşte üç çoğunluk nisabına ulaşabilmiş olmasının bir eseri olmuştu. 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ise, iki siyasi partinin meclis gruplarının toplamda beşte üç çoğunluk nisabına ulaşabilmiş olmasının eseridir.

12. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından doğrudan seçilmiş olması Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinin de temel gerekçesini oluşturmuş⁴¹ ve Milliyetçi Hareket Partisi'nin (MHP) genel başkanı Devlet Bahçeli'nin *“Bir fiili durum var, ya fiili durumu Anayasa'ya uyduralım ya Anayasa'yı fiili duruma uyduralım”*⁴² ifadesi ile harekete geçirdiği bir süreç içerisinde, MHP ve Ak Parti gruplarına mensup milletvekillerince teklif edilen Anayasa değişikliğinin, TBMM ardından da halkoyunda kabulüyle hükümet sistemi değişikliği gerçekleştirilmiştir.

2017 Anayasa değişikliği teklifinin genel gerekçesinde Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından doğrudan seçilmesi şöyle tahlil edilmektedir: *“2007 yılında cumhurbaşkanının parlamentoda seçtirilmemesi sonrasında yapılan anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi esas benimsenmiştir. 1961'den günümüze uzanan çizgide, parlamentonun seçtiği sembolik yetkileri olan “bürokrat” cumhurbaşkanından, milletin doğrudan seçtiği geniş yetkileri bulunan “siyasetçi” cumhurbaşkanı profiline geçiş yaşanmıştır. Hükümet sistemini bütüncül bir yaklaşımla ele almayı engelleyen sosyal ve siyasi şartlar ve gelişmeler, sonuçta bir sistem karmaşasına yol açmıştır. Sistemin işleyişinde sorunlar doğurması kaçınılmaz olan bu*

⁴⁰ Daha ayrıntılı bir inceleme için bkz: Taylan Barın, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, 2020, Oniki Levha Yay., İstanbul, ss. 38-46. Bu başlıkta anılan kısımdan faydalanılmıştır.

⁴¹ Benzer bir değerlendirme Gözler tarafından şu şekilde yapılmıştır: *“İçinde bulunduğumuz ve şikayetçisi olduğumuz “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi”nin temel unsuru olan Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü, Türkiye'ye 2017 yılında değil, 2007 yılında, 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla girmiştir. 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla kurulan “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi”, 2007'de başlatılan bir sürecin devamıdır. Bu süreç 2007'de başlamasaydı, zannımca, 2017'de tamamlanamazdı.”* Kemal, Gözler, *“Hukukun Siyasetle İmtihanı-2”*, 2019, www.anayasa.gen.tr/ysk-imtihan.htm (s.e.t. 23/7/2023).

⁴² Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi 6'ncı Toplantı 26 Aralık 2016 Pazartesi https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1837 (s.e.t. 23/8/2023)

*karmaşanın aşılması hükümet sisteminde esaslı bir anayasa değişikliği zaruretini ortaya çıkartmıştır.*⁴³”

6771 sayılı Kanunla gerçekleştirilen 2017 anayasa değişikliğinin somut ilham kaynağı, 2011-2013 yılları arasında 24. Dönem TBMM bünyesinde kurulan “Anayasa Uzlaşma Komisyonu” çalışmaları sırasında Ak Parti tarafından sunulan başkanlık sistemi önerisidir. Bu süreçte başkanlık sistemi Ak Parti tarafından teklif edilmişse de TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonunda temsil edilen diğer siyasi partilerce (CHP, MHP ve BDP) benimsenmemiştir⁴⁴.

Ak Parti'nin 1 Kasım 2015'te gerçekleşen 26. Dönem Milletvekili Genel Seçimi sonuçlarına göre TBMM'de kazandığı sandalye sayısı 317 idi⁴⁵. Ak Parti'nin anayasa değişikliği için gereken asgari nisap olan TBMM üye tamsayısının beşte üçüne (330 milletvekili) ulaşabilmesi ancak bir destek ile mümkündür. Söz konusu destek Milliyetçi Hareket Partisi'nden (MHP) geldi. 15 Temmuz darbe girişimi sonrası, 7/8/2016 tarihinde Cumhurbaşkanlığı himayelerinde gerçekleştirilen “Demokrasi ve Şehitler Mitingi”⁴⁶ başlayan iki partinin yakınlaşması hükümet sisteminin yeniden inşası için gereken anayasa değişikliğinde de devam edecekti. MHP lideri Devlet Bahçeli'nin “*fiili durumun hukuki bünyeye kavuşması*” şeklinde özetlediği desteği, yeni bir anayasa değişikliğinin Ak Parti ve MHP ittifakı ile Meclisten geçmesine ve anayasa değişikliği teklifinin referandum ile halkın önüne gitmesini sağlayacaktı⁴⁷.

⁴³ <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf> (Erişim: 3/8/2023)

⁴⁴ Cumhuriyet Halk Partisi, AK Parti'nin farklı bir hükümet sistemi önermesi sebebiyle başkanlık sistemine ilişkin müzakerelere katılmamış ve ilgili maddelere şu şekilde not şerh ettirmiştir:

“Madde notu: (CHP) AK Parti'nin Başkanlık sistemine ilişkin önerisi farklı bir sistem öngörmesi nedeniyle müzakere edilmemiştir.” Anayasa Uzlaşma Komisyonu kararlarını oy birliğiyle aldığı için diğer partiler de müzakerelere katılmamış; AK Parti, kendi önerisini komisyon tutanağına yazdırmakla yetinmiştir. Bu nedenle başkanlık sistemi her ne kadar ilk kez 2012'de resmen önerildiyse de konu üzerinde siyaset kurumu yeteri miktarda tartışmamıştır.

⁴⁵ Seçim sonuçları için bkz.

<http://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/Kararlar/2015Pdf/2015-2310.pdf> (erişim 18/7/2023)

⁴⁶ *Cumhurbaşkanlığı himayesinde Yenikapı Miting Alanı'nda düzenlenen “Demokrasi ve Şehitler Mitingi”ne Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın yanı sıra TBMM Başkanı İsmail Kahraman, AK Parti Genel Başkanı ve Başbakan Binali Yıldırım, Genelkurmay Başkanı Orgeneral Hulusi Akar, CHP Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu ve MHP Genel Başkanı Devlet Bahçeli katılmıştır.*

<https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/49919/demokrasi-ve-sehitler-mitingi-basladi.html> (s.e.t. 21/7/2023)

⁴⁷ Devlet Bahçeli'nin 24 Aralık 2016 tarihli konuşması teklife neden sıcak baktığının ipucunu vermektedir.

https://www.mhp.org.tr/htmldocs/mhp/4190/mhp/Milliyetci_Hareket_Partisi_Genel_Baskani_Sayin_Devlet_BAHCELI_nin_Siyaset_ve_Liderlik_Okulu_nun_13_Donem_Sertifika_Torende_y.html. (s.e.t. 22/7/2023)

Anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifi Aralık 2016'da TBMM'ye sunuldu. Teklifin içeriğinde yargı ve parlamentoya ilişkin değişikliklere yer verilmiş olsa da⁴⁸ esas olarak yürütmeye yönelik olarak hükümet sistemi değişikliğine dair bir metin hazırlanmıştır. Metinde ayrıca yeni hükümet sistemi ile ortaya çıkacak hukukî müesseselere ilişkin olarak düzenlemeler de yapılmıştır.

Teklifin Anayasa Komisyonunda görüşülmesi sırasında içeriğe ilişkin yapılan tartışmalar genel siyasetin zıt kutuplarında bulunan siyasi partilerin karşılıklı suçlamaları çerçevesinde gerçekleşmiştir. Bu itibarla teknik bir anayasa hukuku bakışı ile ele alınmayan anayasa değişikliği teklifine yönelik muhalefetin en önemli eleştirisi, değişikliğin iktidarın otoriterleşmesine hizmet edeceği ve parlamentonun gücünün azaltılmasına yol açacağı yönünde olmuştur⁴⁹. Bunun yanı sıra değişikliğin bir hükümet sistemi değişikliği değil, rejim değişikliği olduğunu ileri süren ifadeler de görüşmelerde serdedilmiştir⁵⁰. Teklifi destekleyen Ak Parti tarafından ise rejim değişikliği gibi iddialar reddedilerek, yönetimin daha demokratik bir hal alması ve parlamentonun etkinliğinin artması için teklifin yapıldığı, böylelikle vesayet odakları ile mücadele edildiği ve yürütmenin demokratikleştirildiği yönünde gerekçeler ortaya konulmuştur.

Anayasa değişiklik teklifi TBMM Genel Kurulunda 9 Ocak 2017 tarihinde görüşülmeye başlanmıştır. Milletvekillerinin oylarını açık bir şekilde kullanmaları, bu durumun muhalif parti milletvekilleri tarafından görüntülenmesi, maddelerin aynı gün görüşülmesi gibi pek çok usul

⁴⁸ Teklifin içeriğinde yargıya ilişkin olarak önemli değişiklikler de bulunmaktadır. Hakimler bağımsızlığının yanı sıra tarafsızlığı da anayasal bir ilke olarak kabul edilmiş, Askeri Yargıtay ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmış, Anayasa Mahkemesinin yetkileri genişletilmiştir. Diğer taraftan 2010 yılında geniş çaplı bir değişikliğe uğrayan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hakimler ve Savcılar Kurulu adıyla tekrar düzenlenmiştir.

⁴⁹ En önemli eleştiriyi teklifin anayasa komisyonunda görüşülmeye başlandığı sırada "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa" başlıklı makalesini internet sitesinden yayımlayan Kemal Gözlerdir. Gözler, anayasa değişikliği ile anayasa hukukunun temel ilkelerinden birisi olan kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edildiğini ifade ederek teklife karşı çıkmıştır.

<http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v1.pdf> s. 5. (s.e.t. 23/7/2023)

⁵⁰ CHP milletvekilleri Özgür Özel, Sencer Ayata, İlhan Cihaner teklifi rejim değişikliği olarak niteleyip reddedilmesi gerektiği görüşünü savunmuştur. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 2. Yasama Yılı 63. Birleşim 20/Ocak /2017 Cuma.

Yine Metin Feyzioglu, Türkiye Barolar Birliği sitesinde yayımladığı yazısında "kuvvetler ayrılığı yerine kuvvetler birliği getirmeye elverişli düzenlemeleri ile partili Cumhurbaşkanına izin veren hükmünün Anayasamızın, değişmez ve değiştirilmesi teklif edilemez 2. ve 3. maddeleri açısından da incelenmesi" gerektiğini ifade etmiştir.

<http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/sunusyazisi2.pdf>
22/7/2023)

(s.e.t.

tartışması arasında teklifin oylaması tamamlanmıştır⁵¹. Son oylamada toplam 339 kabul 142 ret oyu ile kabul edilerek halkoyuna sunulan 6771 sayılı Kanun, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halkoylamasında %52 evet oyu ile kabul edilmiştir⁵².

Anayasa değişikliği tartışmasında ortaya çıkan karşıtlıkla birlikte gelişen siyasi kutuplaşma, siyasi alanda derin tesirler yaratmıştır. Ak Parti ve Milliyetçi Hareket Partisi ile Büyük Birlik Partisi'nin oluşturduğu kabul tarafı adım adım gelişmekte olan bir işbirliği hareket etmektedir. Bu işbirliği daha sonra Şubat 2018'de Cumhuriyet Halk Partisi ve İyi Parti ittifakı biçimini almış ve genişleyerek bugüne dek sürmüştür. Muhafız tarafta da buna mukabil siyasi işbirliği girişimleri gözlenmektedir: Teklife Mecliste hayır oyu veren partilerden Cumhuriyet Halk Partisi ve İyi Parti öncülüğünde gelişen siyasi işbirliği de Mayıs 2018'de Millet İttifakı adıyla bir seçim ittifakı biçimi kazanmıştır⁵⁴. 2023'e gelindiğinde siyasi parti sisteminde iki büyük karşıt ittifak biçiminde yeni bir biçimlenme egemen görünümde. 2023 yasama ve yürütme seçimleri karşıt ittifak arasında gerçekleşmiş; seçimin ardından Millet İttifakı resmen sona ermiş,⁵⁵ ancak işbirliği arayışları gündemden düşmemiştir.

6771 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğinin bütün hükümleriyle yürürlüğe girmesi için öngörülen geçiş takvimi birlikte yapılacak olan ilk yasama ve yürütme seçimlerinin ardından seçilen Cumhurbaşkanının göreve başlamasına dek uzanmakta idi. Yeni sistemin itici kuvveti olan Milliyetçi Hareket Partisi lideri Devlet Bahçeli, Türkiye'nin yeni hükümet sisteminin yürürlüğe girmesini Kasım 2019 yılında gerçekleşecek genel seçimlere dek bekleyemeyeceğini ifade etmiş; bu sebeple erken seçimin behemahal yapılmasını arzu ettiğini beyan

⁵¹ <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201701101026699836-gizli-oy-anayasa-teklifi-tbmm/> (s.e.t. 23/7/2023)

Bu hususa ilişkin geniş tartışmalar yapılmıştır.

Kanaatimizce gizli oy ihlalinin anayasa değişikliklerinde milletvekillerinin gizli oy kullanılması prensibini ihlal etmesi durumunda Anayasa Mahkemesinin konuyu denetleyebilme yetkisi bulunmaktadır. Konunun detaylı bir şekilde tartışıldığı bir çalışma için bkz. Taylan Barın ve Özcan Altay, Anayasa Değişikliklerinde "Gizli Oy" Kuralı ve Denetlenebilirliği, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 6, S. 12, 2018, ss. 195-226.

⁵² 25.157.463 Evet oyuna karşılık 23.779.141 Hayır oyu kullanılmıştır.

<https://www.ysk.gov.tr/tr/16-nisan-2017-anayasa-degisikligi-halkoylamasi/5002> (s.e.t. 23/7/2023)

⁵³ <https://www.aa.com.tr/tr/politika/cumhur-ittifaki-bir-yilini-doldurdu/1399199> (s.e.t. 25/7/2023)

⁵⁴ <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/iste-4-parti-liderinin-imzaladigi-protokol-40827029> (s.e.t. 25/7/2023)

⁵⁵ <https://yetkinreport.com/2023/06/02/millet-ittifaki-dagildi-28-mayis-soku-chpyi-sarsiyor/#:~:text=Millet%20%C4%B0ttifak%C4%B1%20da%C4%9F%C4%B1%C4%B1rken,se%C3%A7im%20sonras%C4%B1%20tekrarlanan%20bir%20formalite.> (s. e. t. 23.20.2023)

etmiştir⁵⁶. Açıklamanın ardından başlayan erken seçim tartışmaları 24 Haziran 2018 tarihinde milletvekili genel seçimleri ile cumhurbaşkanlığı seçimi yapılması ile sonuçlanmıştır. Recep Tayyip Erdoğan %52 oyla yeniden Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı olarak seçilirken, Ak Parti 295, CHP 146, MHP 49, HDP 67, İYİ Parti 43 milletvekili ile TBMM’de temsil hakkı kazanmıştır.

6771 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğine ilişkin süreçle birlikte gelişen siyasi işbirliği ve karşıtlıklar seçim ittifakları biçiminde 2018 seçimlerine de yansımıştır. Cumhurbaşkanı başkanlığında seçime giren Ak Parti meclis çoğunluğunu elde edememişse de Cumhur İttifakı partileri birlikte çoğunluğu oluşturmakta ve yasama çalışmalarında da işbirliği pratiğini geliştirmektedirler. 2023 yasama seçimlerinde de bu ittifakın partileri toplam 318 sandalye ederek Mecliste çoğunlukta bulunmayı sürdürmektedir; ancak beşte üç çoğunluk düzeyinin bir hayli altında bulunmaktadır. İttifakın Cumhurbaşkanı adayı olan R. T. Erdoğan ise seçimin ikinci turunda % 51,91 oranında oy alarak bir dönem daha görev almıştır.⁵⁷

2010 ve 2017 anayasa değişiklikleri, bu çalışmada konu edilen yeni tipte anayasal değişimin hedefine ulaşmış iki örneğini oluşturmaktadır. Her ikisi de TBMMde beşte üç çoğunluk oyuyla kabul edildikten sonra halkoylamasında çoğunluk oyuyla kabul edilen 2010 ve 2017 anayasa değişikliklerine ilişkin halkoylaması sonuçları birlikte değerlendirildiğinde, halkoyuna sunulan değişikliklere karşı itirazın yükselmiş olduğu saptanmaktadır: 2017 halkoylamasına katılım oranı, Tablo 1’de görüldüğü gibi, 2010 halkoylamasına kıyasla oldukça yükselmiştir. Aynı şekilde, hayır oylarının oranında da benzer büyüklükte bir artış görülmektedir. 2010’a kıyasla 2017’de seçmenin daha büyük kısmı teklif edilen değişikliğe hayır oyu vermek üzere sandığa gitmiştir.

IV. BEŞTE ÜÇ ÇOĞUNLUK KURALININ SONUÇLARI

2010’dan 2017’ye hem yasama hem de halkoyu nezdinde yükselen karşıtlığa rağmen gerçekleştirilebilmiş olan anayasal değişim beşte üç çoğunluk kuralının imkan verdiği sonuçlardır. 1988’deki olumsuz sonuçlanan girişimin ardından uzunca bir süre girişime konu olmayan beşte üç çoğunluk kuralına dayalı yoldan gelişen 2010 ve 2017 girişimlerinin başarısı, türev kuruculuk iktidarının dağılımına ilişkin önemli veriler sağlayan gelişmelerdir. Beşte üç çoğunluk kuralı uygulanarak gerçekleştirilmiş iki anayasa değişikliğinin getirdiği hükümler kuşkusuz bu kuralın öncelikle önemli tarihsel sonuçlarıdır:

⁵⁶ Devlet Bahçeli, 3 Kasım 2019 tarihini bekleme imkanının kalmadığını ve erken seçimin yapılması gerektiğine dair konuşmasını yapmış ve akabinde Haziran ayında seçimler gerçekleşmiştir.

http://www.mhp.org.tr/htmldocs/genel_baskan/konusma/4405/index.html
(s.e.t. 25/7/2023)

⁵⁷ https://www.ysk.gov.tr/doc____/karar/dosya/46610370/2023-1269.pdf (s.e.t. 25/7/2023)

devlet organlarının kuruluş ve görevlerinde önemli ve kapsamlı değişim gerçekleştirilmiştir. Kuralın kurumsal sonucu ise anayasada değişiklik yapma iktidarını yasamanın beşte üç çoğunluğuna tanırken Cumhurbaşkanına geçiktirici veto yetkisiyle sınırlı bir menfi iktidar tanımış olmasıdır. Öyle ki, Cumhurbaşkanı taraftar olmasa dahi yasamada beşte üç nisap ile kabul şartını yeniden sağlayabilen bir çoğunluk tarafından yürütülen türev kuruculuk girişimi behemehal halkoyu aşamasına ulaşacaktır. Halkoyunda ise çoğunluk yeterlidir; katılıma ilişkin daha önce belli şartlar gündeme gelmişse de kural olarak benimsenmemiştir; bu, yalnızca 3361 sayılı Kanununun 4. maddesi gereği gidilen halkoylamasında aranmış olan bir şarttır.

Hatırlamak gerekir ki, yasamada üçte iki çoğunlukla kabul kuralı bugüne dek gerçekleştirilen ondokuz anayasa değişikliğinin onyedisinde uygulanmıştır. Bunlardan birinde Cumhurbaşkanının takdiriyle halkoyuna gidilmiş (2007); diğerlerinde Cumhurbaşkanının tercihi yayımlama yönünde olmuştur. Bu ana gruptaki anayasa değişiklikleri, yasamada geniş çoğunluğun desteğiyle gerçekleştirilen ve Cumhurbaşkanınca da karşı çıkılmayan yayımlanarak yürürlüğe konulan değişikliklerdir. Bu şekildeki geniş uzlaşya dayalı anayasa değişikliklerinde, ilk örneği 1995 anayasa değişikliğinin hazırlıkları sırasında görülen ve sonraki uzlaşya üretme çabalarında da yeniden karşımıza çıkan partiler arası uzlaşma komisyonları özellikle etkindir. Anayasada gerçekleştirilen değişikliklerin büyük kısmı, bu tür komisyon çalışmalarında ulaşılan sonuçların bu anayasa değişikliğinde veya bir sonrakinde hayata geçirilmesi niteliğindedir. Bu tür değişikliklerle getirilen yeni anayasa kuralları, yasamada bir uzlaşya arayışına bağlı olarak siyasi partiler arasında müzakereler ve karşılıklı ödünleşmeler sonucudur. Tipik olarak bu tür anayasa değişikliklerinde, partiler arası uzlaşya ile ortaya konulan yeni kurallar yasamada kayda değer bir itirazla karşılaşmadığı gibi siyasi kamuoyunda da çekişmeli tartışma yaratması söz konusu değildir. Özellikle Cumhurbaşkanının da tasvibiyle halkoyuna sunulmadan yasalaşması, sadece yasama organında oylama yapılmakta olması, bu yöntemde siyasi gerilimi azaltıcı etki yapmaktadır⁵⁸. Buna mukabil 2010 ve 2017'de iki başarılı örneği görülen türden, yasamada beşte üç çoğunluk oyuyla ve halkoylamasında çoğunluk oyuyla kabul edilen değişiklikler, yapısı gereği hem yasama organında hem de siyasi kamuoyunda daha çekişmeli tartışmalara konu olmaktadır. Bu bakımdan, beşte üç çoğunluk kuralının kurumsal sonucu, türev kuruculukta farklı siyasi özellikler gösteren ikinci bir türün ortaya çıkmış olmasıdır. Bu türün özelliği, yasamada ve halkoyunda kabul için gerekli yetersayılara yalnızca siyasi yelpazenin bir kanadının – sağ kanadının – katılımıyla ulaşılabilmiş olmasına izin vermesidir. Aşağıda bu başlık üzerinde durulmaktadır.

⁵⁸ Ergun Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 86-87.

V. NİTELİKLİ ÇOĞUNLUKLARIN SİYASİ GÖRÜNÜMLERİ

Her ikisi de nitelikli çoğunluk düzeyinde olsalar da, kabul yetersayısının üçte ikiden beşte üçe indirilmiş olmasıyla ortaya çıkan farkı yorumlamak için öncelikle yasama çoğunluklarının oluşum imkanını belirleyen siyasi parti dinamiklerine bakmak gereklidir. Bu bağlamda sağ ve sol⁵⁹, Türk parti sisteminde kökleri çok partili hayatın başlangıcına dek gidebilen ve 1970lerde keskinleşerek belirginleşen bir siyasi ayırım olarak, 20. yüzyıl ve Soğuk Savaş şartlarında siyasi partileri bir ideolojik uzamda konumlandırmanın en önemli eksenine ait iki karşıt kutbu ifade etmektedir⁶⁰. Merkeze yaklaştıkça ılımlı ve uçlara gidildikçe aşırı niteliği ifade etmek üzere bu eksen üzerinde ideolojileri, hareketleri, örgütleri konumlandırmak öteden beri siyaset biliminde yerleşik bir yaklaşımdır. 12 Eylül 1980 askeri müdahalesini yapanların teşhisi her ne kadar sağ-sol kavgasının ülkeyi uçurumun kıyasına getirdiği yönünde olsa ve miras bıraktıkları siyasi parti rejimi başta olmak üzere siyaseti belirleyici temel kurallar parti karşıtı perspektiften bir bakışı yansıtsa da sağ ve sol 1980lerde ve sonrasında da Türk partilerinin siyasi konumlarını tarif eden başlıca ideolojik eksenin iki kutbu olagelmıştır. Bu ayırımın anlamı Soğuk Savaşın ardından tüm dünyada ve Türkiye’de azalmaya yüz tuttuğunda dahi siyasi yelpazeyi tanımlamakta başvurulmuş temel eksen olarak yerinde kalmıştır. Bu eksen üzerinde bakıldığında, Türk seçim siyasetinde sağın belirgin bir üstünlük sahibi olduğu görülmektedir. Türkiye’de yasama seçimlerinin olağan sonucu sağcı bir çoğunluk ve solcu bir muhalefettir. Her iki kanatta da mutlaka birden fazla parti olması da gözlenebilen bir diğer düzenliliklerdir. Beşte üç çoğunluk kuralının getirildiği 1987’den sonraki dönemde ender de olsa bir parti tek başına bu düzeyde temsil gücü elde edebilmiştir. Yine bu dönemde daima sağ kanat partiler yaşamada beşte üç ve üzeri oranlarda çoğunluktadır.

Sağın sol kanat karşısındaki belirgin üstünlüğüyle birlikte çok partili yapısını da hatırdâ tutmak gerekir⁶¹. Bu nedenle sağ kanat partilerin birlikte hareket etmesi makul ve mümkün olmakla birlikte, bunun aksi de aynı şekilde makul ve mümkün olabilmektedir. Bu bakımdan sağ partiler gerekli yasama çoğunluklarını oluşturabilmek amacıyla başka sağ partilerle olabildiği gibi sol partilerle de güçbirliği yapabilmişlerdir. Örneğin, yaşamada çoğunluk, Türkiye’de uzun süre uygulama bulmuş olan parlamenter hükümet sisteminde iktidar getirmektedir; Türkiye’de sağ parti iktidarı veya sağ koalisyon iktidarı örnekleri kadar çok olmasa da sağ-sol koalisyon iktidarı gibi yasama çoğunluğu örnekleri de yaşanmıştır. Özellikle 1990larda iktidarda bulunan sağ-sol koalisyonu örnekleri demokratik dönüşüme önderlik

⁵⁹ Norberto Bobbio, *Sol ve Sağ: Bir Politik Ayırımın Anlamı*, Çev. Zühal Yılmaz, Dost Yayınları Ankara, 1999.

⁶⁰ Tanel Demirel, “1946-1980 Döneminde Sol ve Sağ” *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce: Dönemler ve Zihniyetler*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009, s.413-450.

⁶¹ Ergun Özbudun, *Party Politics and Social Cleavages in Turkey*, Boulder, Colorado, 2013.

ederek kendi etraflarında yaşamada bir türev kurucu çoğunluk teşekkül etmesini ve uzun yıllar sürmüş bir geniş tabanlı uzlaşma arayışının ürünlerini izleyen on yıllara yayılmış olarak vermesini sağlayabilmiştir. Demokratikleşme başlıklı bu değişiklikler Türkiye'nin milli ve milletlerarası siyasi hedefleriyle uyumlu konjonktürde 1995'ten başlayarak 2001 ve 2004'te gerçekleştirilmiştir⁶². Bu çalışmalardan bir kısmı ise daha sonraki yıllarda gerçekleştirilen bazı değişikliklerde hayata geçirilmiştir; 2010 ve 2017 değişikliklerinin genellikle herkesin mutabık olduğu bazı kısımları da bu çabanın son ürünleri olarak görünmektedir.

Türk siyasi sisteminde yakın dönemde gözlenebilen yeni bir gelişme ise yaşamada tek kanatlı bir uzlaşmayı temsil eden bir nitelikli çoğunluğun türev kuruculuk iktidarına geçmesidir. 2007 ve 2008 anayasa değişikliklerinin gösterdiği gibi bu nitelikli çoğunluk üçte iki oranının dahi üstünde olabildiği gibi, 2010 ve 2017'de olduğu gibi sadece beşte üç oranının üstünde de olabilmektedir. Bu, 3361 sayılı Kanundaki teklif sahiplerinin istediği bir sonuçtur: daha ulaşılabilir çoğunluklarla anayasa değişikliği yapmak mümkün olmuştur.

Yaşamada nitelikli çoğunlukların siyasi kompozisyonunu çözümlerken siyasi yelpazenin sağ ve sol kanatlarını dikkate alarak hareket etmek mümkündür. Siyasetin sol ve sanat kanatlarının nispi genişliğini görebilmek için bunların yaşamadaki temsil gücüne ve genel oydaki karşılıklarına bakılabilir. Tablo 2'de gösterildiği gibi, ilgili dönemler boyunca TBMM'deki sandalyelerin siyasi partiler arasındaki dağılımını esas alarak sağın ve solun yaşamadaki temsil güçlerine işaret eden oranlara ulaşılabilir. Tablo2'de görülen nispi büyüklükler, beşte üç çoğunluk ile Anayasayı değiştirmeye dair getirilen düzenlemenin sağ siyasete Anayasa değişikliği yapma hususunda sağladığı avantajı izlemeye imkân vermektedir⁶³.

⁶² Ergun Ozbudun, Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.87.

⁶³ Tablo 2'de, Türkiye'de siyasi yelpazenin sağında veya solunda konumlanmış olduğu kabul edilen partilerin sandalye sayısından hareketle her iki kanada ait toplam sandalye sayısına ulaşılmıştır. Tabloda her veri satırında verilen toplam sandalye sayısı içinde hesaba katılan siyasi partiler ile onlara ait sandalye sayıları dipnotlarda gösterilmektedir. Siyasi partilerin sağ-sol yelpazesindeki konumu için şu çalışmadaki konum verileri esas alınmıştır: Mete Kaan Kaynar, Cumhuriyet Dönemi Siyasi Partileri, İmge, Ankara, 2007.

Tablo 2: Genel Seçim Sonuçlarına Göre TBMM’de Sandalye Dağılımında Sağ ve Sol⁶⁴

Seçim	Toplam Sayısı	MV	Sol Parti MV sayısı ve oranı	Sağ Parti MV sayısı ve oranı
1987	450		%22 99 ⁶⁵	%78 351 MV ⁶⁶
1991	450		%21,1 95 MV ⁶⁷	%78,9 355 MV ⁶⁸
1995	550		%22,7 125 MV ⁶⁹	%77,3 425 MV ⁷⁰
1999	550		%24,7 136 MV ⁷¹	%74,7 411 MV ⁷²
2002	550		%32,3 178 MV ⁷³	%66 363 MV ⁷⁴
2007	550		% 25 138 MV ⁷⁵	%75 412 MV ⁷⁶
2011	550		%31 170 MV ⁷⁷	%69 380 MV ⁷⁸
2015 Haziran	550		%38,5 212 MV ⁷⁹	%61,5 338 ⁸⁰

⁶⁴ Kaynak: Yüksek Seçim Kurulu. YSK seçim sonuçlarını siyasi partilerin resmî kısaltmalarını kullanarak ilan ettiği için takip eden dipnotlarda aynı usul benimsenmiştir.

⁶⁵ SHP

⁶⁶ ANAP 292; DYP 59

⁶⁷ SHP 88; DSP 7

⁶⁸ DYP 178; ANAP 115; RP 62

⁶⁹ DSP 76; CHP 49

⁷⁰ RP 158; DYP 135; ANAP 132

⁷¹ DSP

⁷² MHP 129; FP 111; ANAP 86; DYP 85

⁷³ CHP

⁷⁴ Ak Parti

⁷⁵ CHP 112; Bağımsız 26 listenin bu satırına kadar bağımsızlara ayrıca yer verilmemiştir. Ancak bu satır ve devamında bağımsızlar sol parti olarak tasnif edilebilecek bir parti adına birlikte hareket eden bir grup oluşturdukları tespiti nedeniyle ayrıca bu sütuna eklenmiştir.

⁷⁶ Ak Parti 341; MHP 71

⁷⁷ CHP 135; Bağımsız 35

⁷⁸ Ak Parti 327; MHP 53

⁷⁹ CHP 132; HDP 80

⁸⁰ Ak Parti 258; MHP 80

2015 Kasım	550	%35 193 MV ⁸¹	%65 357 MV ⁸²
2018	600	%35,5 213 MV ⁸³	%64,5 387 MV ⁸⁴
2023	600	%39 234 MV ⁸⁵	%61 366 MV ⁸⁶

Tablo 2’de görüldüğü gibi Türkiye’de siyasi parti sisteminin uzun dönemli eğilimleri siyasetin sol kanadının yasamadaki temsil gücünün dörtte birin altına düşmediğini ve yarıyı bulmadığını göstermektedir. Sağ siyasetin yasamadaki temsil gücü ise daima çoğunluk, sık sık beşte üç çoğunluk ve zaman zaman üçte iki çoğunluk düzeyine gelebilmektedir. 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde yasamada sağ siyasetin temsilcileri beşte üç çoğunluğa daima sahip olmuşlardır. 25. ila 28. Dönemlerde TBMM’de (2015 sonrasında) sağ temsil üçte ikinin altında ve beşte üçün üstünde oranlarda gerçekleşmektedir; öncesinde bu oran hep üçte ikinin de üzerinde seyretmiştir.

Kuşkusuz, sağın ve solun yekpare birer gövde olmadığını ve farklılıklarını mutlaka vurgulayacak olan çok sayıda siyasi partilerden müteşekkil bulunduğunu dikkate aldığımızda, her dönemde TBMMde anayasayı değiştirebilecek kudrette örgütlü bir sağ çoğunluk bulunduğunu ileri sürmek doğru olmaz. Ancak sağ siyasetin kendi içinde bu nispette bir çoğunluğu örgütleyebilmesi olanağının daima varlığını saptamak gerekir. Beşte üç çoğunluk kuralının getirildiği 1987’den sonraki dönemlerde TBMM’de sandalye dağılımı verileri, yalnızca iki dönemde bir partinin tek başına beşte üç yasama çoğunluğuna ulaştığını göstermektedir: 18. Dönemde ANAP ve 22. Dönemde Ak Parti. Her iki dönemde de diğer partilerin muhalefetine rağmen çoğunluktaki partiye mensup milletvekillerinin desteğiyle anayasa değişikliğine girilmiştir. 1988 anayasa değişikliği teşebbüsü yasamada kabul aşamasını başarıyla tamamladıktan sonra halkoylamasında reddedilmiştir; bu bakımdan Türkiye’de anayasa konusunda bugüne dek yapılmış olan altı halkoylaması içinde tek örnektir. 2010 anayasa değişikliği girişiminde ise yasamada ve halkoyunda kabul aşamaları başarıyla tamamlanabilmiştir. Bu farkın nedeni, öncelikle, ilgili partilerin seçmen tabanının nispi büyüklüğüne ve ardından halkoylamasına katılıma bakılarak incelenebilir. Bu bağlamda, halkoyunda kabul için gereken çoğunluk şartı değişikliği destekleyen siyasi örgütlerin halkoyu tabanına bakılarak yorumlanabilir.

⁸¹ CHP 134; HDP 59

⁸² Ak Parti 317; MHP 40

⁸³ CHP 146; HDP 67

⁸⁴ Ak Parti 295; MHP 49; İyi Parti 43

⁸⁵ CHP 169; Yeşiller ve Sol Gelecek 61; Türkiye İşçi Partisi 4

⁸⁶ Ak Parti 268; MHP 50; İyi Parti 43; Yeniden Refah Partisi 5

1988 anayasa değişikliği girişimi, genel seçimlerde yaklaşık üçte bir nispetinde oy almışken seçim sistemi sayesinde yasamada beşte üçü aşan çoğunluk düzeyinde temsil gücü elde eden bir siyasi partiye mensup TBMM üyelerinin diğer bütün partilerin muhalefetine rağmen beşte üç nisapla kabul oyu verdiği bir değişikliğin halkoylamasında reddedilmesi ihtimaline bir örnektir. Tablo 1’de görüldüğü gibi bu halkoylamasındaki kabul oyları yüzde otuzbeş düzeyinde kalmıştır ki bu oran, değişikliği destekleyen yegane partinin son genel seçimlerde aldığı toplam oyun oranına yaklaşık olarak tekabül etmektedir. Öte yandan 2010’daki girişimin ardındaki yegane siyasi parti olan Ak Partinin 2007 ve 2011 tarihli genel seçimlerdeki oy oranı yüzde elliye yakındır. Bir siyasi partinin halkoylamasını boykot çağrısı yapmasının etkisinde gerçekleşen katılım koşullarında böyle bir halkoyu tabanının oransal etkisi daha da artmış olmakta ve başarıyla sandığa mobilize edilmesi evet sonucunu elde etmeye yeterli olabilmektedir. Buna karşılık, genel seçimlerde aldıkları oy oranları toplamı yarıdan fazlaya ulaşabilen birden fazla partinin birlikte hareket ettiği bir teşebbüste halkoylamasında kabul sonucunun beklenmesi daha olağandır. Nitekim 2017’deki başarılı örnekte ise bu durum görülmektedir⁸⁷.

SONUÇ

Bu çalışmada, anayasa hukukumuzda ilk olarak 1982 Anayasasıyla getirilen yenilikleri, özellikle, 1987 anayasa değişikliğiyle getirilen alternatif yetersayı düzenlemesini, gündem belirleyicilik iktidarının ortaya çıkışına getirilmiş olan iki alternatif usüle bağlı olarak iki farklı anayasal değişim türünün ortaya çıkmasının bir sebebi olarak tartışmak amaçlanmıştır. Her ikisi de ulaşılması kolay olmayan nitelikli çoğunluk düzeylerini ifade etseler de üçte ikiden daha erişilebilir olan beşte üç çoğunluk oyunu, yasama organının siyasi kompozisyonunu belirleyen parti sistemi dinamiklerine bağlı olarak, sağ kanat siyasetin kendi içinde örgütlenme imkanının daima bulunduğu gözlemi yapılmıştır. Bu hususta başarılı olmuş 2010 ve 2017 tarihli örneklerin de gösterdiği gibi yasamada beşte üç çoğunlukla kabul kuralı, sağ kanadın kendi anayasal değişim gündemini dayatabilmesine izin vermektedir.

Anayasanın 175. maddesinde anayasa değişikliklerinin yasamada kabulü için öngörülmüş olan iki ayrı yetersayı ile birlikte iki ayrı anayasal değişim türünün oluşmakta olduğu gözlemi yapılabilir. Buna göre, yasamada üçte iki çoğunluk oyunu ile kabul ile şekillenen birinci türde, siyasi kurumlardan ve siyasi yelpazenin her iki kanadından güçlü destek

⁸⁷ Kasım 2015’teki genel seçimde Ak Parti ve MHP’nin aldığı toplam oy 30 milyon civarındadır; halkoylamasında ise yaklaşık 25 milyon evet oyu sayılmıştır. Değişikliğe muhalif olan partilerin Kasım 2015 genel seçimlerinde aldığı oyların toplamı ise 18 milyon civarındadır; halkoylamasında ise 24 milyona yakın hayır oyu sayılmıştır. Aradaki fark, öncelikle bu partilerin halkoyu tabanında gerçekleşmiş olan kaymalarla ilgili görünmektedir; nitekim her iki tarafın da izleyen genel seçimlerde (2018) elde ettiği toplam oy sayıları da 2017 halkoylamasındaki sayılarla yakın değerlerdedir.

bulmuş anayasa değişiklikleri tipiktir.⁸⁸ Genel olarak, 1995'te ve 2001'de olduğu gibi demokratikleşme yönündeki geniş kapsamlı ve uzun soluklu çalışmalar içinde şekillenen kısmi fikir birliği noktalarına ilişkin olarak hayata geçirilebilmiş değişikliklerdir; daha ender olarak ise belirli siyasi krizlere yönelik müdahaleler niteliğinde olabilmektedir – 2002'de ve 2016'da olduğu gibi. Krize yönelik müdahale niteliği, ikinci türdeki anayasa değişikliklerinde daha baskındır: yasamada beşte üç ila üçte iki arasında bir nitelikli çoğunluk, siyasi yelpazenin sağ kanadının birçok defa kendi içinde örgütleyebilmiş olduğu bir düzey olduğundan, siyasi krizlerde sağın kendi içinde varabildiği uzlaşısını tüm yelpazeye dayatmayı deneyebileceği bir koşul üretmektedir. Yasamada ve daha önemlisi halkoyunda kabul ve ret taraflarının ayrımı, sağ ve sol ikiliğinden doğan siyasi ayrım çizgisiyle üst üste çakıştığında sağın avantajı belirgin ve sürecin siyasi gerilimi görece yüksek olmakta; sağ kanat uzlaşmayı oluşturan partiler, kendi halkoyu tabanını sandıkta çoğunluğu sağlayacak şekilde mobilize edebildikleri takdirde, amaçladıkları anayasal değişimi karşı kanadın muhalefetine rağmen gerçekleştirebilmektedir.

⁸⁸ Üçte iki nisapla kabul edilmesine rağmen bu türün özelliklerini taşımayan iki örnekten biri 2008 anayasa değişikliğidir. Daha sonra Anayasa Mahkemesince iptal edilecek olan bu değişiklik, TBMM'de iki sağ partiye mensup milletvekillerinin desteğiyle üçte ikinin üzerinde bir nisapla kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanı'nca halkoyuna sunulmadan yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Diğer örnek ise 2007'deki anayasa değişikliğidir; TBMM'de sadece sağ partilerin uzlaşmasını yansıtırsa da üçte iki nisapla kabul edilmiş olan bu değişiklik Cumhurbaşkanı'nca sunulduğu halkoylamasında kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

Anayurt Ö, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

Barın T, Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, On İki Levha yay. İstanbul, 2014.

Barın T, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasalık Denetimi, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2020.

Barın T/Altay Ö, Anayasa Değişikliklerinde “Gizli Oy” Kuralı ve Denetlenebilirliği, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, S. 12, 2018, ss. 195-226.

Bobbio N, Sol ve Sağ: Bir Politik Ayrımın Anlamı, Çev. Zühal Yılmaz, Dost Yayınları Ankara, 1999.

Coşkun V, 16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2017, 22(36): ss. 3-30.

Çağlar B, Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.

Demirel, T. “1946-1980 Döneminde Sol ve Sağ” Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce: Dönemler ve Zihniyetler, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, ss. 413-450.

Eroğul, C. 2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 62, S. 3, 2007, ss.167-181.

Eroğul, C. Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Ankara, 1974.

Gözler K, Halkoylamasının Değeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XL,1988, S.1-4, ss. 97-113.

Gözler K, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 7, S. 66, 2012, ss. 36-50.

Gözler K, Hukukun Siyasetle İmtihanı: Kim Sınıfta Kaldı?, Türkiye Günlüğü, S. 89, 2007, ss. 5-16.

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2021.

Gül C, Türkiye’de Cumhurbaşkanının Görev Süresine İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme, <http://www.e-akademi.org/makaleler/cgul-2.htm> 2010.

Hakyemez Y Ş, 2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, ss. 387-406.

Kaynar M K, Cumhuriyet Dönemi Siyasi Partileri, İmge, Ankara, 2007.

Kontiades X I, Engineering Constitutional Change: a comparative perspective on Europe, Canada, and the USA, Routledge, NY, 2013.

Metin Y, Anayasal Değişim, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Onar E, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara, 1993.

Özbudun E, Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1993.

Özbudun E, Party Politics and Social Cleavages in Turkey, Boulder, Colorado, 2013.

Özbudun E, Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, İstanbul, Beta, 2021.

Uluşahin N, Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, S. 2, 2007, ss. 18-30.

Wheare K C, Modern Constitutions, Oxford University Press, 1951.

Yavaşca K, ANAP İktidarında Sonun Başlangıcı: 25 Eylül 1988 Referandumu, Akademik Hassasiyetler, c. 10, sayı. 22, 2023, ss. 518-540.

İnternet Kaynakları:

https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y5/T1/KanunMetni/351d5fla-ca51-4afc-8168-59a12bd1ec3b.html?TSPD_101_R0=08ffcef486ab20003b8a8c83bd7fbb0ac10bbb87abefbeb06e8c2ac6d85dcf76344621d3748f296c08c346d88e143000fb8b957aaa277302a80475af52668254893041a42fec0de86fce7d74285f5411a804166b320ad50233e0a6e6012359b (s.e.t. 23/8/2023)

<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5982.html> (s.e.t. 23/8/2023)

Gözler, K. (2019). “*Hukukun Siyasetle İmtihanı-2*”, www.anayasa.gen.tr/ysk-imtihan.htm (s.e.t. 23/7/2023).

<http://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/Kararlar/2015Pdf/2015-2310.pdf> (erişim 18/7/2023)

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1837 (s.e.t. 23/8/2023)

<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf> (Erişim: 3/8/2023)

<https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/49919/demokrasi-ve-sehitler-mitingi-basladi.html> (s.e.t. 21/7/2023)

https://www.mhp.org.tr/htmldocs/mhp/4190/mhp/Milliyetci_Hareket_Partisi_Genel_Baskani_Sayin_Devlet_BAHCELI_nin_Siyaset_ve_Liderlik_Okulu_nun_13_Donem_Sertifika_Torende_y.html (s.e.t. 22/7/2023)

<http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v1.pdf> s. 5. (s.e.t. 23/7/2023)

<https://www.ysk.gov.tr/tr/16-nisan-2017-anayasa-degisikligi-halkoylamasi/5002> (s.e.t. 23/7/2023)

<http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/sunusyazisi2.pdf>
(s.e.t. 22/7/2023)

<https://tr.sputniknews.com/turkiye/201701101026699836-gizli-oy-anayasa-teklifi-tbmm/> (s.e.t. 23/7/2023)

http://www.mhp.org.tr/htmldocs/genel_baskan/konusma/4405/index.html (s.e.t. 25/7/2023)

TÜRK VATANDAŞLIĞINA GEÇİŞTE YABANCILARIN BİRDEN FAZLA EVLİLİĞİNİN NÜFUS SİCİLİNE TESCİLİNİN TÜRK KAMU DÜZENİNE AYKIRILIĞI ÜZERİNE BİR İNCELEME (TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ)

An Investigation on the Violation of the Turkish Public Order of the Registration of more Than One Marriage of Foreigners in the Population Register During the Transition to Turkish Citizenship (Its Impact on Turkish Law)

Doç. Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ*
Arş. Gör. Oğuz ERSÖZ**

Öz: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu tek eşliliği esas almaktadır. Bu hususiyet Türk Medeni Kanunu'na tabi olanlar ile Türkiye'de evlenmek isteyenler için de geçerli bulunan kamu düzenine ilişkin önemi haiz bir kuraldır. Nitekim birden fazla evliliğe izin veren yabancı hukuk düzenlerine göre yapılan evliliğe ilişkin mahkeme kararlarının tanınması da kamu düzeni süzgecinde tabidir. Son yıllarda daha da yaygın olan Türk vatandaşlığına geçişin, sosyal, ekonomik ve kültürel yönlerden etkisi yanında hukuki etkisi de olmuştur. Özellikle yabancıların tabi oldukları hukuka göre yasal ve meşru olan birden fazla olan evlilikleri, bu kişilerin Türk vatandaşlığına geçişleri ile birlikte aile kayıt bilgileri doğrudan Türk nüfus kayıtlarına işlenmektedir. Ne var ki nüfus kayıtlarına işlenen bu kayıtlar Türk Medeni Kanunu'na açıkça aykırı olması sebebiyle kamu düzeni mülahazasıyla birden fazla evlilik kaydının iptali için dava açılmaktadır. Yabancıların tabi olduğu ülke hukukuna göre gerçekleşen evliliklerinin geçerliliği elbette başka bir ülke hukuku tarafından sorgulanamayacaktır. Zira yabancıların tabi olduğu hukuka göre gerçekleşen evlilik geçerli ve meşru bir hukuki ilişkidir. Dolayısıyla Türk mahkemelerinin evlilikleri iptal etmesi hukuken olanaklı değildir. Kaldı ki boşanma münhasıran eşlere tanınmış bir hak. Öyle ki şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından dolayı bir başkasına devri ya da üçüncü bir kişi tarafından kullanılması mümkün değildir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda tek eşlilik esas olduğundan, yabancıların birden fazla evlilik kaydının varlığının açıkça kamu düzenine aykırı olması, tarih itibarıyla birinci evliliğe hukuki geçerlilik tanınarak diğer evlilik kayıtlarının nüfus sicilinden iptal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ezcümle Türk vatandaşlığına geçen yabancıların birden fazla olan evliliklerinin mahkeme kararı ile iptali yoluna gidilmesi hukuken mümkün olmasa da tarih itibarıyla birinci evliliğe hukuki meşruiyet tanınarak nüfus kaydındaki sonraki evlilik kayıtlarının iptali söz konusu olmaktadır. Zira kişilerin tabi olduğu hukuka göre kazanmış oldukları evlilik statüsünün başka bir ülkenin mahkemesinin kararı ile iptali mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Evlilik, Kamu düzeni, Nüfus Kayıtları, Velayet, Miras, Milli Hukuk.

Abstract: Turkish Civil Code No. 4721 is based on single marriage and monogamy. This is a rule of public order that applies to those who are subject to the Turkish Civil Code and those who want to get married in Turkey. As a matter of fact, the recognition of court decisions regarding marriage made in accordance with foreign legal orders that allow more than one marriage is also subject to public order supervision. The transition to Turkish citizenship, which has become more widespread in recent years, has had a legal impact as well as a social, economic and cultural impact. In particular, according to the law to which foreigners are subject, the registration of more than one legitimate and legal marriage in the population register together with the transition to Turkish citizenship is clearly contrary to the Turkish Civil Code, and therefore a lawsuit has been filed for the cancellation of more than one registration. The validity of the marriages of foreigners performed according to the law of the country to which they are subject cannot be questioned by the law of another country. Because marriage, which takes place according to the law to which the foreigner is subject, is a valid and legitimate legal relationship. Therefore, it is not legally possible for Turkish courts to annul marriages. Moreover, divorce is a right recognized exclusively to spouses. Due to the fact that it is a strictly personal right, it is not possible to transfer it to someone else or use it by a third party. However, since monogamy is the basis of the Turkish Civil Code, the fact that the existence of more than one marriage registration of foreigners is clearly contrary to public order leads to the cancellation of other marriage registrations from the population register by giving legal validity to the first marriage as of the date. Although it is not legally possible for a foreigner who has acquired Turkish citizenship to go on the path of annulment of more than one marriage, it is possible to cancel subsequent marriage registrations in the population register by granting legal legitimacy to the first marriage as of the date. Because it is not possible to cancel the marriage status that people have gained according to the law to which they are subject by a decision of a court of another country.

Keywords: Marriage, Public Order, Registers Of Persons, Custody, Inheritance, National Law.

* Hâkim, aciyilikli@hotmail.com, ORCID 0000-0002-8858-2580.

** Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi, oersoz@nku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7698-3942.

Makale Geliş Tarihi: 01.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 11.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391762

GİRİŞ

Hukuki değeri haiz her vakıa bir dava sebebidir. Zira bir hak ancak doğumuna sebep olan vakıalar ile birlikte ileri sürülebilir. Her vakıa da bir hakka dayanmak zorundadır¹. Eldeki çalışmanın vücut sebebi de dava sebebi olan hayat olaylarından mülhemdir. Son yıllarda Türk vatandaşlığına geçiş için yoğun bir talep olmuştur. Bu durum sosyal, kültürel ve ekonomi gibi alanların yanı sıra hukuk sahasında da etkilerini göstermiştir. Nitekim hukuk sahasındaki etki bağlamında birden fazla evliliğe hukuken cevaz verildiği ülke vatandaşının da Türkiye Cumhuriyeti Devleti vatandaşlığına geçişi ailesiyle birlikte olduğu için nüfus kayıtlarına birden fazla eş kaydı tescil edilmiştir. Bu husus tek eşliliği esas alan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na² açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu vatandaşlığa geçişin hukuki sahadaki etkisi bağlamında nüfus kaydına işlenen birden fazla evlilik kayıtlarının Nüfus Müdürlüklerince Cumhuriyet Savcılıklarına ihbarı üzerine Cumhuriyet Savcılıkları tarafından davaname ile Asliye Hukuk Mahkemelerinde evliliklerin iptali için dava açıldığı tecrübe edilmektedir. Nitekim makaleye vücut veren somut olayda da kişi ülkesinde 3 (üç) ayrı evlilik yapmış olup Türk vatandaşlığına geçişi ile birlikte söz konusu 3 (üç) evlilik kaydı da nüfus kaydına işlenmiş, nüfus müdürlüğünün durumu tespit etmesi üzerine Cumhuriyet Savcılığına yapılan başvuru sonucunda Cumhuriyet Savcılığınca davaname marifeti ile Asliye Hukuk Mahkemesine evliliğin iptali için dava açılmıştır. Söz konusu davanın kabulü gerek maddi hukuk gerekse de şekli hukuk bakımından önemli neticeleri bulunduğundan gerek uyuşmazlığın çıkış sebebi gerek seyri ve gerekse de sonuçları bu makalede aşağıda alt başlıklar hâlinde inceleme konusu yapılmaktadır.

I. TÜRK HUKUKUNDA BİRDEN FAZLA EVLİLİKTE İKİNCİ EVLİLİĞİN HUKUKİ AKİBETİ

Evlendirme Yönetmeliği³ m.2/b.f hükmünde, evlenme, bir kadın ve bir erkeğin usulüne göre yetkilendirilmiş bir memur önünde bir aile kurmak amacıyla yapmış oldukları medeni hukuk sözleşmesi olarak

¹ Nitekim dava hakkı ancak doğumuna sebep olan vakıa ile birlikte ileri sürülebilir. Kaldı ki her vakıa dava hakkına vücut vermez. Ezcümle vakıa hakka dayanır ve hak ancak vakıa ile birlikte ileri sürülebilir. Örneğin bir trafik kazası şeklindeki vakıa durumunda ihlal edilen hak taşınır mülkiyeti ve/veya bir kişinin vücut bütünlüğü olabilmekte, aracın hasara uğraması, kişinin ölümü ya da yaralanması ve araçtaki değer kaybı gibi talepler bu vakıa ile birlikte ileri sürülebilir. Bir başka örnek olarak da önalım hakkını verebiliriz. Yasal önalım hakkı, her bir paydaşa, pay oranına bakılmaksızın bağımsız ve eşit oranda tanınan kurucu yenilik doğuran bir haktır. Ne var ki bu hak, hakkın kullanılabilmesine bağlı ve dayanak vakıaya yani paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda bir paydaşın hissesini paydaş olmayan üçüncü bir kişiye tapu sicilinde devretmesine bağlıdır.

² RG, 7.11.1985, S. 18921.

³ RG, 8.12.2001, S. 24607.

tanımlanmaktadır. Türk hukukunda tek eşlilik (monogami) ilkesi geçerlidir⁴. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu da bu ilkeyi esas almaktadır. Bunun herhangi bir istisnası da bulunmamaktadır. Hatta mevcut evlilik butlanla sakat olsa dahi mahkemece geçersizliğe karar verilmeden yeni bir evlilik gerçekleştirilemez⁵. Diğer bir deyişle ilk evlilik butlan (hatta mutlak butlan) ile batıl olsa ve ikinci evlilikte herhangi bir butlan sebebi bulunmasa dahi ilk evlilik nedeniyle yine bu ikinci evlilik batıl olur⁶. Tek eşliliğe esas alınan evlilik ise resmi evliliktir⁷. Dolayısıyla hukukumuzda bir kişinin aynı zamanda birden fazla kişi ile evlenebilmesine olanak yoktur. Evlilik devam ederken aynı zamanda ikinci bir evlilik yapılamaması kuralı hem erkek hem de kadın için aynı şekilde geçerlidir⁸. Bu yönüyle evli olan bir kişinin bu evliliği kesin biçimde sona erdirmesinin ikinci bir evlilik tarafı olabilmesine olanak bulunmamaktadır⁹. Türk hukukunun da dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminin temelini oluşturan Roma hukukunda da tek eşli (monogam) evlilikler aile anlayışının olmazsa olmaz kuralı olup, bunun aksi kınanmakta ve suç olarak kabul edilmekteydi¹⁰.

⁴ Bilge Öztan, “Medeni Kanun’un Kabulünün 70’nci Yılında Aile Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, 1995, s. 105; Metin İkizler, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 143.

⁵ Abdulkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2021, s. 31-32.

⁶ Şakir Berki, “Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, s. 204.

⁷ Resmi evlilik ifadesinden TMK hükümlerine uygun olarak ayrı cinsten iki kişinin yetkili evlendirme memuru önünde evlenme iradelerini aynı zamanda ve aynı yerde bizzat sözlü biçimde beyan etmeleri kastedilmektedir. Yetkili evlendirme memuru, TMK m.134/f.2 uyarınca, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m.22/f.2’ye göre, İçişleri Bakanlığı, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve dış temsilciliklere, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verebilir. İl ve ilçe müftülüklerine de evlendirme yetkisinin tanınması, 19.10.2017 kabul tarihli ve 03.11.2017 tarihli ve 30229 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7039 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 6. maddesi ile 5790 sayılı NHK m.22/f.2 hükmünde yapılan değişiklik ile gerçekleşmiştir. Müftülüklerin gerçekleştirecekleri evlilik işlemleri de yine TMK hükümlerine uygun olarak medeni nikah olacak olup dini esaslara ve şekle göre yapılmayacaktır. Oğuz Ersöz/ Gizem Şahika Önder, “Evlenmenin Yokluğu”, Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 3, Temmuz 2018, s. 1100. Ancak bundan sonra aile cüzdanının gösterilmesiyle dini tören yapılabilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Tüzüner, Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 10 vd.

⁸ Kemal Oğuzman, Aile Hukuku Dersleri I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 85.

⁹ Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, Aile Hukuku, İstanbul, 1985/1986, s. 75.

¹⁰ Özlem Söğütlü Erişgin, “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, s. 13; Sevil Yıldız, “Roma Hukukunda Evlenme Engelleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. 2, 2020, s. 899.

Türk hukukunda mevcut evlilik, kesin bir evlenme engelidir ve ikinci evlilik için bir mutlak butlan sebebi teşkil etmektedir¹¹. Zira TMK m. 130 uyarınca yeniden evlenmek isteyen kişinin önceki evliliğinin sona erdiğini ispat etmesi zorunludur. Böylece çok eşlilik (poligami) yasaklanmaktadır¹². TMK m.145 uyarınca da eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması durumunda evlenme mutlak butlan ile batıldır. Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun¹³ 230. maddesinde hem evli olmasına karşın başkasıyla evlenen kişi hem kendisi evli olmamakla beraber evli olduğunu bildiği birisi ile evlenen kişi hem de gerçek kimliğini gizlemek suretiyle bir başkasıyla evlenen kişi bakımından cezai sorumluluk öngörülmektedir¹⁴.

Dava konusu olmuş ve bu makalede incelenmekte olan somut olayda ülkesinde geçerli olarak 3 (üç) evlilik yapmış olan ve bunları da aynı zamanda sürdüren kişinin Türk vatandaşlığına geçmesiyle birlikte bu evliliklerin tamamı nüfus kaydına işlenmiş ve Nüfus Müdürlüğü tarafından durumun tespit edilerek Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi üzerine Savcılık tarafından davaname marifetiyle evliliğin iptali davası açılmıştır. Evlilik devam ederken ikinci evliliğin hukuki akıbetini ifade ettikten sonra şimdi de dava konusu olan somut olayın yargılama hukuku ve maddi hukuk bakımından özelliklerinin ve sonuçlarının incelenmesine geçmekteyiz.

¹¹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz 1, 4. Bası, İstanbul, 1960, s. 53; M. Argun Köteli, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul, 1991, s. 81; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 59. Mevcut bir evliliğin kesin bir evlenme engeli kabul edilmesi ve bu durumdaki ikinci evliliğin mutlak butlanla batıl sayılması 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninden tercüme edilerek iktibas edilen ve 17.02.1926 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülerek kabul edilip 04.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenis'i'nin aile hukuku alanındaki önemli yeniliklerinden birisidir. Cem Baygın, "Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Cilt I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, s. 457.

¹² Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı Başak, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 57.

¹³ RG, 12.10.2004, S. 25611.

¹⁴ Anılan düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Hakan Evik, "Birden Çok Evlilik ve Hileli Evlenme Suçları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2020, s. 3 vd.

II. DAVANIN YARGILAMA HUKUKU BAKIMINDAN ÖZELLİKLERİ VE SONUÇLARI

A. RES'EN HAREKETE GEÇME VE RES'EN ARAŞTIRMA İLKESİ BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

Somut olay, davaname marifeti ile açıldığı için taleple bağlılık ilkesi geçerli olmayacağı gibi tarafların kabul, feragat ve sulha dair usul işlemleri de geçerli olmayacaktır. Söz konusu dava çekişmesiz yargı¹⁵ işi olmamasına karşın somut davada hâkim tarafından re'sen harekete geçme ve re'sen araştırma ilkeleri uygulanacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁶ m. 382/f.1 hükmünde; çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemeler tarafından ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller ile hâkimin resen harekete geçtiği haller şeklindeki üç ölçütten birisine, ikisine ya da tamamına göre bu yargıya giren işlerin uygulanması olarak açıklanmaktadır. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise çekişmesiz yargı işlerinden sayılacak işler örnek kabildinden olmak üzere sayılmaktadır. Eldeki somut olaya ilişkin dava HMK m.382/2 hükmünde aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmamakla beraber HMK m.382/1 hükmünde belirtilen ölçütlerden hâkimin resen harekete geçtiği haller arasında yer almaktadır. Dolayısıyla çekişmesiz yargı işleri arasında zikredilmemekle beraber söz konusu ölçütü barındırması yönüyle res'en harekete geçme ve res'en araştırma ilkelerinin uygulanması söz konusu olmaktadır.

Res'en (kendiliğinden) araştırma ilkesi de ilke olarak çekişmesiz yargı işlerinde uygulansa da istisnai olarak çekişmeli yargıda da uygulanabilmektedir¹⁷. Babalık davası, butlan halinde evliliğin iptali davası, nüfus kayıtlarını düzeltme davası, soybağının reddi davası örnek olarak zikredilebilir¹⁸. İlke olarak ceza yargılaması ve çekişmez yargıda karşımıza çıkan res'en harekete geçmesi ilkesi¹⁹ eldeki davada da davanın başlangıcı yönünden uygulama alanı bulur. Ayrıca söz konusu dava kamu düzeni ve kamu yararının egemen olduğu bir dava türüdür. Gerçekten de

¹⁵ Çekişmesiz yargının niteliği hakkında yargısal faaliyet olduğu, idari faaliyet olduğu ve kısmen idari kısmen yargısal fonksiyona dahil olduğuna ilişkin görüşler hakkında bkz. Cenk Akil, "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 4, 2013, s. 927-930.

¹⁶ RG, 4.02.2011, S. 27836.

¹⁷ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 158.

¹⁸ Süleyman Topak, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 78.

¹⁹ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 176; Murat Yavaş, "Medeni Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakim Rolü", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007, s. 285.

tarafının dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları uyumsuzluklara ilişkin davalarda karşımıza çıkan res’en harekete geçme ve res’en araştırma ilkesi çoğunlukla kamu düzeni ve kamu yararını ilgilendiren önemi haiz bulunan ihtilaflarda uygulama alanı bulmaktadır²⁰. Kamu düzeni ve kamu yararını ilgilendiren hususların neler olduğu ve bu bağlamda da yukarıda zikrettiğimiz ilkelerin uygulanacağı davaların belirlenmesi ise bir hukuk politikası niteliğindedir²¹. Bu çerçevede Cumhuriyet Savcısının açtığı davalar da bu niteliktedir²². Nitekim Cumhuriyet Savcısının istisnai olarak hukuk mahkemelerinde ve hukuk davalarında üstlendiği görevler kamu yararı ve kamu düzenine ilişkin olup, kanunda öngörülen hallerde açabildikleri hukuk davaları ile de kanuna uygunluğun sağlanması hedeflenmektedir²³. Zikrettiğimiz somut olayı konu alan dava da buna dahildir. Zira evlenmenin mutlak butlan ile batıl olduğu hallerde evlenmenin iptali davasını Cumhuriyet Savcısı açabilmektedir. Böylece evlenme engellerine uyulmaksızın yapılan evlilik mahkeme kararına dayalı olarak ortadan kaldırılabilmektedir. Nitekim evlenmenin yokluğundan farklı olarak batıl bir evlilik ancak hâkim kararı ile ortadan kaldırılabilmektedir. Mutlak butlan halinde dahi hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün hukuki sonuçları doğar (TMK m.156). Cumhuriyet Savcısı tarafından açılan butlan ile batıl bir evliliğin iptaline ilişkin davada dava konusu üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemeyeceklerinden dolayı kendiliğinden araştırma ilkesi uygulama alanı bulmaktadır.

Birden fazla evliliğin iptalinin ve nüfus kayıtlarının düzeltilmesinin talep edildiği dava örneklerinde olduğu gibi Cumhuriyet Savcısının hukuk yargılamasında davada yer alması Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 70. maddesinde düzenleme altına alınmaktadır. Anılan hükmün ilk fıkrasına göre Cumhuriyet Savcısı kanunda açıkça öngörülen hâllerde hukuk davası açar veya açılmış olan hukuk davasında taraf olarak yer alır. Bu bağlamda TMK m. 146 uyarınca mutlak butlan durumunda Cumhuriyet Savcısı res’en dava açar. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu²⁴ m.36/f.1’e göre nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları Cumhuriyet Savcısı tarafından açılır. HMK m.70/f.2 uyarınca, Cumhuriyet Savcısı resmî idarenin bildirimine rağmen dava açmaz ise ihbar eden resmî daire Cumhuriyet Savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın kıdemli asliye hukuk mahkemesi hâkimine itiraz edebilir. HMK m.70/f.3’e göre de Cumhuriyet Savcısının yer aldığı bu tip dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf

²⁰ Seda Özmumcu, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Res’en Araştırma İlkesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, s. 146.

²¹ Abdurrahim Karslı, Medeni Yargılama Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul, 2014, s. 261.

²² Özmumcu, s. 150.

²³ Ejder Yılmaz, “Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 1972, s. 259-260.

²⁴ RG, 29.04.2006, S. 26153.

edemezler. Sonuç olarak davaname ile açılan davalarda davacı olmadan dava olmaz sözü işlerlik kazanmayıp re'sen harekete geçme ve re'sen araştırma ilkesi geçerli olur. Bu bağlamda mahkeme, tarafların kabul, sulh ve ikrarına bağlı olmadığı gibi hâkim de taleple bağlı olmayacak ve tüm delilleri re'sen kendisi araştıracaktır.

B. TASARRUF İLKESİ BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

Özel hukukun temel ilkelerinden olan irade serbestliğinin medeni yargılama hukukundaki görünümü olan tasarruf ilkesi, yargılamanın başlaması, konusunun belirlenmesi ve sonlandırılması konularında taraf iradelerinin egemen olması olarak tarif edilmektedir²⁵. Kısa bir deyişle tarafların dava ve dava konusu üzerinde etkide bulunabilme iktidarı tasarruf ilkesi olarak tanımlanmaktadır²⁶. Dolayısıyla tasarruf ilkesinin kapsamına yargılamanın başlatılması, dava konusunun belirlenmesi, davanın geri alınabilmesi, davadan feragat, davalının kabulü ve tarafların sulh olması, kanun yollarına başvurma ve yapılan başvuruları geri alma, kanun yolundan feragat ve kanun yolunda incelenmesinin talep edildiği sebebin gösterilmesi olgularının dahil bulunduğu ifade edilmektedir²⁷. Gerçekten de hâkim, tarafların talebi olmaksızın bir davayı inceleyemez ve karar veremez (HMK m. 24). Davanın açılması tamamen tarafın kendi iradesine bırakılmıştır. Tasarruf ilkesi aynı zamanda hiç kimsenin lehine dahi olsa bir davayı açmaya zorlanamayacağını da ifade etmektedir. Nitekim bir kimsenin lehine olan bir davayı ikame etmemesi hakkın kötüye kullanılması da teşkil etmeyecektir. Medeni yargılama hukukunda tasarruf ilkesi geçerli olsa da kamu düzeni ve kamu yararı düşüncesiyle bazı davaların re'sen ya da ihbar marifetiyle davaname ile açılması da mümkündür. Eldeki davanın da tasarruf ilkesinden ayrılarak Cumhuriyet Savcısı tarafından res'en açılması söz konusu olmaktadır.

C. HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

Söz konusu davada, re'sen harekete geçme ve re'sen araştırma ilkesi geçerli olsa bile tarafların duruşmaya çağrılıp savunmaları dinlenmeden ve gösterdikleri delilleri alınmadan karar verilmesi söz konusu olmayacaktır. Aksi halde hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının ihlali gündeme gelebilecektir. Her ne kadar söz konusu davada çekişmeli yargı işlerinde olduğu gibi mutlak surette davacı ve davalı taraflar söz konusu değil ise de davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer

²⁵ Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku (Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 350.

²⁶ H. Yavuz Alangoya/ M. Kâmil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 182-183.

²⁷ Yavaş, s. 285; Nedim Meriç, "Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, s. 29 vd.

ilgilileri kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler²⁸. Nitekim hukuki dinlenilme hakkı, açılmış ve görülmekte olan bir dava hakkında bilgilendirilme, taraflar ve ilgililerin dava hakkında görüşlerini açıklaması ve delillerini sunabilmesi, mahkemenin iddia ve savunmaları nazara alarak değerlendirmesi ve kararını gerekçelendirmesi gibi hususları kapsamına almaktadır²⁹. Bu hak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da düzenleme altına alınmaktadır (HMK m.27). Eldeki davada da bu hak, geçerliliğini diğer davalarda olduğu üzere muhafaza etmektedir.

D. HUKUKUN RES'EN UYGULANMASI BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

Hâkimin hukuku res'en uygulaması (*jura novit curia*) ilkesi³⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda müstakilen düzenlenmiştir. Nitekim HMK m.33 uyarınca hâkim, Türk hukukunu res'en uygular. Hem yargılama hem de maddi hukuka dair bu hükümde geçen Türk hukuku ifadesi, yürürlükteki kanunlar ve diğer mevzuatı, örf ve âdet hukukunu ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeleri kapsamına almaktadır³¹. Hukukun hâkim tarafından res'en uygulanması ilkesine göre taraflarca getirilen vakıanın dâhil olduğu hukuki kategoriye belirleyerek hukuki problemi çözmek hâkimin aslî işidir. Diğer bir deyişle bu ilke uyarınca maddi vakıaların hukuki nitelendirilmesini yapmak ve ilgili kanun maddesini bilip uygulamak hâkimin görevidir³². Dolayısıyla hâkimin hukuku res'en uygulaması ilkesi hem somut uyuşmazlığa tatbik edilecek hukuk kurallarının araştırılması ve saptanması hem de yargılama süreci neticesinde varılacak sonucu içermektedir³³. Bu bağlamda tarafın hukuki sebebi yanlış göstermesi, birden fazla hukuki sebebe dayanması ya da herhangi bir hukuki sebep dahi belirtmemesi herhangi bir farklılığa yol açmamaktadır³⁴. Davanın, Cumhuriyet Savcılığı tarafından davaname ile açılması da hâkimin hukuku res'en uygulaması (*jura novit curia*) ilkesinin geçerliliğine bir engel teşkil etmemektedir. Bu bağlamda hâkim talep ile bağlı olmadığı gibi hukuki sebebin taraflarca dikte edilmesi de hâkimi bağlamayacaktır. Davanamede evliliğin iptali talep edilse dahi

²⁸ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 1, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 699.

²⁹ Hakan Pekcanitez, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s. 769 vd.

³⁰ Anılan ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cenk Akil, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 1 vd.

³¹ L. Şanal Görgün/ Levent Börü/ Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 299-300.

³² Yılmaz, 2017, s. 902.

³³ Nur Bolayır, "Medeni Usul Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 14.

³⁴ Karşlı, s. 269.

hâkim somut olayda dava sonucunda verilecek kararın evliliğin iptali mi yoksa nüfus kaydının iptali mi olacağına hukukun res' en uygulanması ilkesi bağlamında kendiliğinden ve bizzat kendisi karar verecektir.

E. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Eldeki dava kişi varlığına ilişkin bir dava niteliğindedir. Bu itibarla kanunda bir istisna öngörülmediği takdirde eldeki söz konusu dava, genel görevli olan asliye hukuk mahkemesinde görülmelidir (HMK m.2/1). Görev kuralları dava şartıdır (HMK m.113/1-c). Yetkili mahkeme ise nüfus kaydının iptali istenen kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Söz konusu dava, çekişmesiz yargı işi olmayıp yazılı yargılama usulüne tabi çekişmeli bir yargı işidir. Gerçekten de eldeki dava HMK m.382 hükmündeki kriterlere tam olarak uymamakla beraber miras, velayet gibi hususları da barındırmaktadır. Ayrıca evlilik kaydının iptali çekişmeli yargı işleri arasında yer almaktadır. HMK m. 316 hükmünde basit yargılama usulüne tabi dava ve işler arasında sayılmamaktadır. Kaldı ki bu davanın çekişmeli yargı işi olarak asliye hukuk mahkemesinde görülecek olmasından dolayı yazılı yargılama usulünün uygulanması gerekecektir.

III. SORUNUN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN İNCELENMESİ

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³⁵ un 13. maddesi, evlilik ve genel hükümleri başlığı altında evlenmenin ehliyeti ve koşulları, şekli ve genel hükümleri konuları düzenleme altına almaktadır. Anılan maddenin ilk fıkrası uyarınca evlenme ehliyeti ve koşulları evlenecek tarafların her birinin evlenme zamanındaki milli hukukuna tabidir³⁶.

Evlenmenin geçerli olup olmadığı tarafların milli hukukuna göre saptanmaktadır. Bu bağlamda evlenmenin maddi koşulları, bunun özelinde evlenme engelleri ve bunlara uyulmamasının sonuçları, yokluk ve butlan gibi konular evlenecek olan tarafların her birinin kendi milli hukuklarına göre belirlenmektedir³⁷. Hangi hususların evlenmenin maddi koşulları arasında yer aldığı Türk hukukuna ait (lex fori nitelendirme) bir saptama yapmayı gerektirmektedir³⁸. Gerçekten de bir hukuki problemin evlenmenin koşullarına ve evlenme ehliyetine dahil olup olmadığı bir vasıflandırma konusu olup kuralın ilişkin olduğu hukuk sıfatıyla Türk

³⁵ RG, 12.12.2007, S. 26728.

³⁶ Yargıtay HGK, E: 1993/949, K: 1994/189, T: 30.03.1994; 2. HD. E: 2007/6488, K: 2008/3494, T: 17.03.2008, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (s.e.t. 23.04.2023).

³⁷ Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 239.

³⁸ Nomer, s. 240.

hukukuna tabii bulunmaktadır.³⁹ Evlenme engelleri Türk hukukunda evlenmenin maddi koşulları arasında yer almaktadır. Birden fazla kişiyle yapılan evliliklerin geçerli olup olmadığı da buraya dahildir. Dolayısıyla bu hususlar tarafların milli hukukuna göre çözüme kavuşturulacaktır. Bu noktada yabancı bir hukuk düzeninin hükümleri tatbik edilmektedir.

Yabancı bir hukuk düzeninin uygulanmasında karşımıza çıkabilecek müdahalelerden birisi olarak kamu düzenini görmekteyiz. MÖHUK m. 5 hükmünde yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hükmün tatbik edilmeyeceği, gerekli görülen hâllerde Türk hukukunun tatbik edileceği düzenlenerek kamu düzeni müdahalesi imkânı yasal düzlemde ortaya konulmaktadır. Böylece yabancı hukukunun uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırı olmaması koşuluyla benimsendiği söylenmelidir⁴⁰. Ancak bu noktada yabancı bir hukuk kuralının kendisinin değil, uygulandığı takdirde sonuçlarının Türk kamu düzenine aykırı olması halinde kamu düzeni müdahalesinin gerektiğini ifade etmek gerekir. Eldeki davada da kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmaktadır. Kamu düzeni kavramının zamana ve yere göre değişiklik göstermesi ve ilgili hukuk düzenlerine göre farklı biçimde algılanması gibi nedenlerle tanımlanması güçlük arz etmektedir. Kamu düzeni, en sade deyişle belirli bir zamanda belirli bir ülkede kabul edilen toplumun siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki yönler itibariyle temel yapısını ve kamusal menfaatlerini himaye eden kurallar bütünü olarak ifade edilebilir⁴¹. Kamu düzenini ilgilendiren kurallar kamu hukukunun yanı sıra özel hukukta da yer alabilmekte olup kesin olarak kamu yararını koruma amacı gütmektedirler⁴². Anayasa Mahkemesi tarafından da kamu düzeni kavramı, toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, diğer bir deyimle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kurallar olarak tanımlanmaktadır⁴³.

³⁹ Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 137.

⁴⁰ Tuğçe Nimet Yaşar, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 33, S. 2, 2013, s. 97-98.

⁴¹ Yılmaz Altuğ, “Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)”, Doç. Dr. Cem Sar’a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 1972, s. 385; Şeref Ertaş, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-4, 1987, s. 395; Süha Tanrıver, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 566; Ahmet Cemal Ruhi / Yavuz Kaplan, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 22, S. 2, 2002, s. 643.

⁴² Kemal Dayınarlı, *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, Ankara, 1994, s. 6-7.

⁴³ Anayasa Mahkemesi’nin 28.01.1964 tarihli, 1963/128 Esas ve 1964/8 Karar sayılı kararı, RG, 17.04.1964, S. 11685.

Yargıtay'a göre ise kamu düzeni; tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak açıklanmaktadır⁴⁴. Ancak milletlerarası özel hukuk alanına dahil olan uyumsuzluklarda kamu düzeni kavramının iç hukuka göre daha sınırlı ve dar biçimiyle uygulandığına vurgu yapılmaktadır⁴⁵. Zira kamu düzeni müdahalesi durumunda devreye sokulmalıdır⁴⁶. Bu bağlamda Yargıtay uygulamasına göre, kamu düzeni müdahalesinin devreye sokulması noktasında yabancı hukukun kuralının Türk hukukunda bir ya da birden fazla kanun hükmüne aykırılık ya da farklılık teşkil etmesinden ziyade, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakılması hususları nazara alınması gereken kıstaslar olarak kabul edilmelidir⁴⁷. Eldeki davada da böyle bir kamu düzeni müdahalesi uygulamasının gerçekleşmesi ihtimali karşımıza çıkmaktadır.

Türk hukukunda evlenecek olan kişinin halihazırda evli olması kesin bir evlenme engeli ve butlan sebebidir. Butlanın türü de mutlak butlandır⁴⁸. Türk hukukunda aynı anda geçerli olarak birden fazla kişi ile evlilik akdi yapılamaması kamu düzeni önemini haiz olan bir kural olarak kabul edilmektedir⁴⁹. Yabancı ülke hukuklarında ise dava konusu olayda olduğu üzere böyle bir kabulün ve kısıtlamanın bulunmadığı örneklerle karşılaşılabilmektedir. Bu durumda yabancı bir ülkede tarafların kendi milli hukuklarına uygun biçimde yaptıkları birden fazla / çok eşli evliliklerin ve bu evliliklerin sonuçlarının Türkiye'de tanınacağı, ancak bu kişilerin Türkiye'de kendi milli hukuklarına göre evlenmek istemeleri

⁴⁴ Yargıtay İBBGK, E: 2010/1, K: 2012/1, T:10.02.2012, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (s.e.t. 20.05.2023).

⁴⁵ Tanrıver, 1998, s. 547; Arda Atakan, "Kamu Düzeni Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 1, 2007, s. 64.

⁴⁶ Zeynep Derya Tarman, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Sıklıkla Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2023, s. 83.

⁴⁷ Yargıtay 9. HD, E: 2021/12547, K: 2021/16788; T: 22.12.2021, 2. HD, E: 2020/6076, K: 2021/411, T: 20.01.2021; 2. HD, E: 2016/18674, K: 2017/13800; T: 04.12.2017, 3. HD, E: 2014/7513, K: 2014/9261, T: 03.06.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (s.e.t. 20.05.2023).

⁴⁸ Sera Reyhani Yüksel, Aile Hukuku Meseleleri, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 41; Sinan Sami Akkurt, Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008, s. 67.

⁴⁹ Yılmaz Altuğ / Mustafa Yasan, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 144.

halinde Türk kamu düzenine aykırılığın gündeme geleceği vurgulanmaktadır⁵⁰. Diğer bir deyişle iki taraflı bir evlenme engeli niteliğinde olan mevcut evliliğin Türkiye’de kesin bir evlenme engeli olup, çok evliliğe olanak sağlayan yabancı hukuk uygulanmasından doğan sonuçların Türk kamu düzenine aykırı olduğu vurgulanmakla beraber yabancı ülkelerde tarafların kendi milli hukuklarına göre yaptıkları çok eşli evlilikler ve bu evliliklerin sonuçlarının ülkemizde tanınabileceği belirtilmektedir⁵¹. Nitekim kendi milli hukuklarına göre birden fazla evlilik gerçekleştirilmesi halinde bu evlilikten doğan hukuki sonuçlar hukukumuzda kabul edilecektir⁵². Bu yönüyle kendi milli hukuklarında birden fazla evliliğe izin verilmesi durumunda buna uygun olarak yapılan evliliklere Türk hukukunda müdahale edilmeyip geçerli sayılacağı ifade edilmektedir⁵³. Ancak çok eşliliğe olanak sağlayan hukuk düzenleri Türk kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmaktadır⁵⁴. Geçekten de mevcut bir evliliği bulunan bir kişinin kendi milli hukukuna göre yeni bir evlilik yapması olanaklı olsa dahi böyle bir olgunun Türk kamu düzenine aykırılık engeline takılabileceği belirtilmektedir.⁵⁵ Nitekim tek eşliliği temel alan ve evlenme hukukunun temel dinamiği olarak bu ilkeyi benimseyen Türk hukukunda yabancı hukuk düzeninde kendi milli hukuklarına uygun olarak yapılan birden fazla evliliğin nüfus kayıtlarına geçirilmesi kamu düzenine aykırılık sebebiyle mümkün olmayacaktır. Zira çok evliliğe izin verilmesi ve/veya nüfus kayıtlarına geçirilmesi gibi hususlarda Türk kamu düzenine açıkça aykırılık sebebiyle müdahale edilmesinin kabul edilebileceğini, ancak kendi milli hukuklarına uygun olarak birden fazla evlilik yapan kişinin bu evlilikleri ile evliliklerinden doğan ve bir sonraki başlık altında inceleyeceğimiz başlıca sonuçlarında ise böyle bir durumun kabul edilmeyeceği/edilmemesi gerektiği kanaatini taşımaktayız. Kaldı ki zaman ve yere göre değişiklik arz edebilen kamu düzeni müdahalesine de mümkün oldukça istisnai olarak başvurulması ve başvurulduğu takdirde de olabilecek en dar kapsamda ele alınması gerektiği kanaatini taşımaktayız⁵⁶.

Nitekim eldeki dava konusu somut olayda kendi milli hukukuna göre geçerli olarak üç evlilik yapmış olan kişi Türk vatandaşlığına

⁵⁰ Nazlı Hilal Çelik, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 88.

⁵¹ Aysel Çelikel / B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 229.

⁵² Hacı Can/Ali Gümrah Tokar, Milletlerarası Özel Hukuk Ders Notları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 172.

⁵³ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu / H. Cumhuri Özakman / M. Enis Sarıal, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 113.

⁵⁴ Nomer, s. 243.

⁵⁵ Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 136.

⁵⁶ Kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Cemal Ruhi, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 6 vd.

geçmiştir. Bu durumda söz konusu kişinin evliliklerinin butlanına karar verilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira kendi milli hukukuna göre evlilikler geçerli olarak yapılmıştır. Mevcut evlilik durumu evlenmenin maddi koşullarından olup, kişinin milli hukukuna göre bir evlenme engeli teşkil etmiyorsa yeni bir evlilik ya da birden fazla evlilik yapması ve böylece çok eşli olması herhangi bir geçersizlik hali teşkil etmemektedir. Boşanma kararı da verilmesi söz konusu olamaz. Zira boşanma davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir⁵⁷. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar da ancak hak sahibi tarafından kullanılabilir⁵⁸. Dolayısıyla bozucu yenilik doğurucu etkiyi haiz olan boşanma davalarının münhasıran eşlere tanınmış olması sebebiyle eşler dışında bir başkası tarafından ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır⁵⁹. Mahkemenin burada alması gereken karar, tarih itibariyle önde gelen evliliğe, yani birinci evliliğe hukuken geçerlilik tanıyarak sonraki evlilik kayıtlarının iptali olmalıdır. Diğer bir deyişle Türk hukukunda kamu düzeninin müdahalesi sebebiyle eldeki davada birinci evlilikten sonraki iki tane evliliğe ilişkin nüfus kayıtlarının iptal edilmesinin söz konusu olabilecek yegâne olanak olarak karşımıza çıktığını görmekteyiz. Ancak söz konusu karar sadece Türk nüfusundaki evlilik kaydının iptaline mahsus ve matuf olup, eşlerin kendi ülke hukuklarına göre yasal ve meşru olan evliliklerinin geçerliliğine herhangi bir olumsuz tesir göstermez. Kısa bir deyişle mahkemenin iki tane evliliğin nüfus kayıtlarını iptal etmesi, evliliklerin geçersiz olmalarını sağlama gücünden mahrumdur. Bu nedenle de eşlerin evlilikten ve aile hukukundan kaynaklanan hakları, yetkileri, yükümlülükleri ve sorumlulukları varlıklarını koruyacaktır. Nitekim yetkili yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle uygulanmasının bertaraf edilmesinin sağlanmasında hâkimin bu hukuku uygulayarak ulaştığı neticenin kendi ülkesinin kamu düzeni üzerindeki etkisini ve bu etkinin ağırlığını değerlendirmesini gerektirdiği vurgulanmaktadır⁶⁰. Birden fazla evlilik/çok eşlilikte kamu düzeninin müdahalesinin gerekebileceği söylenebilecekken, kendi milli hukuklarına göre geçerli olan bu evliliklerin sonuçlarına ilişkin hususlarda aynı şey söylenemeyecektir. Ayrıca eldeki bu davada eşin birinci evlilik dışındaki

⁵⁷ M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medeni Hukuk, 27. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 158; O. Gökhan Antalya / Murat Topuz, Medeni Hukuk, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 181; Hasan Erman, Medeni Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 99.

⁵⁸ Rona Serozan, Medeni Hukuk, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 230-231; Ekrem Kurt, "Türk Hukukunda Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları", Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan Cilt II, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 128-129.

⁵⁹ Ahmet Cahit İyilikli, "Kanuna Karşı Hile Kavramının Boşanma (Aile) Hukukundaki Görünümünün Suç Genel Teorisi Meseleleri Bağlamında İrdelenmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 12, Ocak 2013, s. 256, 273.

⁶⁰ Aynaz Uğur, "Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeni Müdahalesi", International Journal of Social & Humanities Sciences Research, C. 9, S. 82, 2022, s. 875.

diğer evlilik kayıtlarının hangisinin iptal edilmesine ilişkin bir tercih hakkı da bulunmayacak ve bu yöndeki (varsa) isteğine hukuken herhangi bir önem ve değer verilmeyecektir. Zira Türk Medeni Kanunu'na göre her halükârda birinci evliliğe geçerlilik tanınır, diğer evlilikler mutlak butlanla batıl olduğu için kendi milli hukukuna geçerli olan diğer iki evliliğe ilişkin kayıtların iptali yoluna gidilmesi gerekmektedir.

IV. DAVANIN MADDİ HUKUK BAKIMINDAN SONUÇLARI

A. VELAYET HAKKI BAKIMINDAN SONUÇLARI

Velayet, anne-babanın ya da evlat edinen kişilerin ergin olmayan küçüklerin veya istisnai hallerde kısıtlıların bakım ve gözetimi, temsili, kişi varlığı ve malvarlığı hak ve menfaatlerinin korunması gibi konulara ilişkin görev, yükümlülük, hak ve yetkilerin bütününe ifade etmektedir⁶¹. Velayet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikte mutlak bir hak olup üçüncü kişilere devri ya da kendisinden feragatine olanak bulunmamaktadır⁶². Eldeki olayda mahkemenin evlilik kayıtlarının iptal etmesi kişinin kendi ülke hukukuna göre geçerli bulunan evliliklerini ortadan kaldırmayacağı için bu kişinin ve eşlerinin evlilikten ve aile hukukundan doğan sorumluluk ve yükümlülükleri devam edecektir. Velayet de bu kapsamda yer almaktadır.

MÖHUK m.17/f.1 uyarınca soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tabidir. Ancak anne, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku varsa soybağının hükümlerine o hukuk, böyle bir hukuk yoksa müşterek mutad mesken⁶³ hukuku uygulanır. Soybağının hükümlerine; velayet hakkının kime ait olduğu, velayet hakkının kullanılması ve kapsamı, çocuğun temsili, çocuğun korunması, velayetin kaldırılması, çocuk ile ana-babanın kişisel ilişkileri, çocuğun kimin soyadını taşıyacağı gibi konular dahil bulunmaktadır⁶⁴. Milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla velayete ilişkin hususlar da MÖHUK m.17/f.1 bağlamında yer almaktadır. Dolayısıyla aile bireylerinin müşterek milli hukuku ya da

⁶¹ Hilal Karaca, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 23; Selma Çetiner, “Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Cilt I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 42; Ahmet Cahit İyilikli / Oğuz Ersöz, “Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Hukuki Sonuçları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 11, Haziran 2018, s. 171.

⁶² Dural / Ögüz / Gümüş, s. 360-361.

⁶³ Mutad mesken, kişinin hayat ilişkilerinin merkezini oluşturan yer olarak ifade edilmektedir. Türk hukukunda mutad mesken kavramı ve unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlyas Arslan, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 35 vd.

⁶⁴ Ziya Akıncı, Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 92; Sibel Özel / Mustafa Erkan / Hatice Selin Pürselim / Hüseyin Akif Karaca, Milletlerarası Özel Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 288; Merve Acun Mekengence / Cansu Yener Keskin, Şematik Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 62.

mutad meskene sahip bulunmamaları halinde soybağını kuran hukuk uygulama alanı bulmaktadır⁶⁵. Soybağını kuran hukuk ise MÖHUK m.16/1 hükmü uyarınca belirlenmektedir. Ayrıca ülkemizde 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girerek Türk mevzuatına dahil olan Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi, milletlerarası özel hukukta velayet sorumluluğu ile çocuğun şahsının ve mallarının korunmasına ilişkin konuları düzenlemekte ve MÖHUK m.17 hükmünün uygulama alanı ciddi ölçüde sınırlandırarak geniş bir uygulama alanına sahip durumdadır⁶⁶.

Birden çok eşi bulunan bir kişiye kendi milli hukukuna göre çocuğu üzerinde velayet hakkının tanınması olanaklıdır⁶⁷. Hatta böyle bir velayet hakkı çocuğun üstün yararı doğrultusunda ortak velayet olarak dahi bırakılabilir. Zira birden fazla evliliğe cevaz veren hukukun aynı zamanda anne, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku olduğu ya da böyle bir hukuk ve müşterek mutad meskenin olmadığı hallerde soybağını kuran hukuk olduğu hallerde bu hukukun ortak velayete olanak vermesi durumunda ortak velayetin kabulü MÖHUK m.17/1 hükmünün de gereğidir. Eldeki olay itibarıyla mevcut bir ortak velayet düzenlemesinin kabulü noktasında tarafların mutad mesken hukukunun Türk hukuku olması durumunda kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmayacaktır. Ayrıca bu konuda ilk kez mutad mesken hukukunun uygulanacak olması ihtimalinde de ortak velayetin tanınabileceği kanaatindeyiz. Hukukumuz itibarıyla boşanma halinde ortak velayetin olanaklı olup olmadığına ilişkin tartışmalar⁶⁸ bulunsa da eldeki olayın

⁶⁵ Velayete uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nebahat Aybike Seyhan, Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2018, s. 69 vd.

⁶⁶ Aysel Elif Ulusu Karataş, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, S. 2, 2017, s. 911 vd.

⁶⁷ Franz Kahn, "Kanun İhtilafı", (Çeviren: Hikmet Belbez), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 1952, s. 446.

⁶⁸ Hukukumuzda boşanma durumunda velayet hakkının anne ve babanın birlikte sürdürülmesini olanaklı kılan bir hüküm olmadığı, TMK m.336/3 gereğince velayetin boşanmada çocuğun kendisine bırakılan tarafa ait olduğuna ilişkin bkz. Arzu Genç Arıdemir, "Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu", Çocuk Hakları Çalışmaları I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 147. Hukukumuzda ortak velayetin olanaklı olup olmadığına ilişkin tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Azra Arkan Serim, "Boşanma Halinde Ortak Velayet", Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 167, 2016, s. 6080 vd.; Fulya Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 269 vd.; vd.; Eylem Apaydın, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, s. 450 vd.; H. Kübra Ercoşkun Şenol, "Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip

boşanma ile herhangi bir ilgisinin bulunmadığı açıktır. Çocuğun üstün yararının gerektirmesi ve birden fazla evlilikte birinci evlilik dışındaki evliliklerin de kendi milli hukukuna göre geçerli olması halinde iptal edilememeleri ve ancak evlilik kayıtlarının iptal edilmesinin söz konusu olabilmesi karşısında ortak velayet ihtimalinin kabulü yadırgatıcı ve şaşırtıcı görülmemelidir. Dolayısıyla eldeki olayda birden fazla kadınla evli olan erkek, velayet hakkına tek başına sahip olabileceği gibi kadının birinci evlilik tarafı olarak evliliğine nüfus kayıtlarında yer verilmiş olması ya da sonraki evlilik tarafı olması nedeniyle evlilik kaydının iptal edilmiş olması velayete ilişkin verilecek kararda herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Zira çok eşlilik Türk kamu düzenine aykırılık taşıyor olsa da bu evlilik taraflarının çocukları üzerindeki velayet hakkı kamu düzenine aykırılık taşıyan bir husus değildir. Hatta söz konusu hukuk düzeninin Türk hukukundaki velayet kuralları ve ilkeleri ile uyumlu olması halinde böyle bir hususu kabul etmemenin oldukça güç olacağı da vurgulanmalıdır. Çocuğun üstün yararı ilkesinin bu noktada belirleyici unsur olarak dikkate alınacağını ifade edelim. Zira bu ilke, velayet konusunda (ortak velayet de dahil) yabancı bir hukukun uygulanmasına kamu düzeni müdahalesini dahi gerektirebilecek ve kamu düzeni müdahalesinin kapsam ve sınırlarını tespit edebilecek bir ilke niteliğindedir⁶⁹.

B. EŞLERİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAKIMINDAN SONUÇLARI

Evlilikten kaynaklanan yükümlülüklerden en başta gelenlerinden birisi sadakat yükümlülüğüdür. Nitekim TMK m.185/3 hükmünde eşlerin birbirine sadık kalmak zorunda oldukları düzenlenmektedir. Doktrinde sadakat yükümlülüğü eşler arasındaki tam ve sarsılmaz bağlılık olarak tanımlanmaktadır⁷⁰. Sadakat yükümlülüğü evliliğin başlangıcından kesin biçimde sona ermesine kadar varlığını korumaktadır⁷¹. Sadakat yükümlülüğü, cinsel sadakat yükümlülüğünün yanı sıra duygusal sadakat yükümlülüğü, ekonomik sadakat yükümlülüğü, fiziksel sadakat yükümlülüğü ve sosyal sadakat yükümlülüğü olmak üzere çeşitli yönleri barındıran bir genişliğe sahiptir⁷².

Hükmedilemeyeceği Sorunu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, s. 758 vd.

⁶⁹ Zeynep Özgenç, “Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2018, s. 20.

⁷⁰ Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 12.

⁷¹ Cem Baygın, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016 II. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 731.

⁷² Oğuz Ersöz, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 40-41.

MÖHUK m.13/f.3 uyarınca evliliğin genel hükümleri eşlerin müşterek hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları durumunda müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde ise Türk hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukukun değişkenlik arz ettiği görülmektedir. Evliliğin genel hükümlerinden eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile evlilikten kaynaklanan kişisel ilişkiler anlaşılmaktadır⁷³. Sadakat yükümlülüğü de bu bağlamda evliliğin genel hükümleri kapsamında yer almakta olup öncelikle eşlerin müşterek hukukuna tabidir. Eşlerin ayrı vatandaşlıkları varsa müşterek mesken hukuku uygulanır. Bu dahi yoksa Türk hukuku uygulanır.

Eldeki davada kendi milli hukukuna göre üç evlilik yapmış kişi Türk vatandaşlığına geçmiştir. Ancak mahkeme tarafından evlilik kayıtlarının iptal edilmesi durumunda yalnızca ilk evliliği kayıtlarda yer alacaktır. Mahkemenin evlilik kayıtlarının iptali kişinin kendi ülke hukukuna göre geçerli bulunan evliliklerini ortadan kaldırmayacağı için bu kişinin ve eşlerinin evlilikten ve aile hukukundan doğan sorumluluk ve yükümlülükleri devam edecektir. Sadakat yükümlülüğü de bu bağlamda kişinin milli hukuku bağlamında ve kapsamında varlığını muhafaza edecektir. Elbette birden fazla evliliğe izin veren milli ülke hukuklarında cinsel sadakat yükümlülüğü (tek eşliliğe izin veren ülkelerdeki ağırlık düzeyinde olmasa da) var olmakla beraber, bu yükümlülüğün kapsamına giren duygusal, fiziksel, sosyal ve ekonomik sadakat yükümlülükleri de geçerliliklerini koruyabilecektir.

Evlenmenin genel hükümlerine yabancı hukukun uygulanması durumunda oluşacak sonucun Türk kamu düzenine açık biçimde aykırı olması durumunda ise yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçileceği ifade edilmektedir⁷⁴. Bu bağlamda evlilikte eşlerin sadakat yükümlülüğünü benimsemeyen bir yabancı hukukun yetkili hukuk olarak uygulanması Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirecektir⁷⁵.

C. MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI

MÖHUK m.20/f.1 uyarınca miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Mirasın açılması sebepleri, iktisabı ve taksimine ilişkin hükümlerin haricinde kalan miras hukuku konularına miras statüsü teşkil eden ölenin milli hukuku uygulanır. Bu bağlamda yasal mirasçılar, saklı paylı mirasçılar, saklı pay ve tasarruf nisabı, mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma gibi konular miras statüsü yani ölenin milli

⁷³ Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, s. 140.

⁷⁴ Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 341.

⁷⁵ Doğan, s. 341.

hukukuna tabidir⁷⁶. Bu yönüyle kendi milli hukukuna uygun olarak birden çok evlilik yapan ve çok eşli bulunan bir kişinin terekesine dahil olup ülkemizde bulunan bir malvarlığı değerini iktisap edebilmesi olanaklıdır⁷⁷. Ayrıca birden fazla evlilik ve çok eşlilik Türk kamu düzenine aykırılık taşıyor olsa da bu evlilik sonucunda söz konusu olabilecek mirasa ilişkin hususlar kamu düzenine aykırılık oluşturmayacaktır. Ancak sağ kalan eşin mal rejimleri ile tatmin edilememesi durumunda kendisine miras hakkı tanınmamasının kamu düzeni müdahalesi gerektirebileceği vurgulanmaktadır⁷⁸.

Bir yabancı gerçek kişinin Türk mahkemeleri önünde mirasçılık belgesi talebinde bulunabilmesi de gerekli şartların varlığı durumunda olanaklıdır⁷⁹. Ancak yabancılar tarafından mirasçılık belgesi yalnızca sulh hukuk mahkemelerinden talep edilebilir. Zira 1512 sayılı Noterlik Kanunu⁸⁰ m.71/B hükmünde noterlerin yabancılar tarafından talep edilmesi durumunda mirasçılık belgesi veremeyecekleri düzenlenmektedir. Yukarıda da vurguladığımız üzere MÖHUK m. 20/1 uyarınca miras ölenin milli hukukuna tabi olmakla beraber Türkiye’de bulunan taşınmazları hakkında ise Türk hukuku uygulanır⁸¹. Dolayısıyla

⁷⁶ Nomer, s. 298-299.

⁷⁷ Kahn, s. 446.

⁷⁸ Doğan, s. 380.

⁷⁹ Ahmet Cahit İyilikli, “Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 5, S. 9, Haziran 2017, s. 320. Yabancıların kendi ülkesinden aldığı mirasçılık belgesinin Türkiye’de tanınıp tanınmayacağına ilişkin tartışmalar ve kararlar için bkz. İyilikli, 2017, s. 335 vd.

⁸⁰ RG, 5.02.1972, S. 14090.

⁸¹ Bu arada vurgulamak gerekir ki taşınmazın mirasçılara intikali noktasında yabancıların Türkiye’de bir taşınmaz edinimleri için 2644 sayılı Tapu Kanunum.35 düzenlemesiyle aranan yabancıların ülke hukuku ile Türk hukuku arasındaki mütakabiliyet (karşılıklık) koşulu 03.05.2012 tarihli ve 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Söz konusu değişiklikle mütakabiliyet koşulu yerine Cumhurbaşkanı tarafından hazırlanacak liste esası getirilmiştir. Yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmesine ilişkin tarihsel gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi ve konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Şeref Ertaş / Gülseren Y. Öztürk, “Yabancıların Taşınmaz Edinmesindeki Gelişmeler ve Türkiye’deki Son Durum”, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 3, 2017, s. 442 vd.; Tuğçe Bilici, Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinme Hakkı Konusunda Diğer Kanunlarda Yer Alan Sınırlamalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 41 vd. Böylece bir yabancı Türkiye’de mal edinmesi vatandaşı olduğu ülkenin, Cumhurbaşkanı tarafından oluşturulan listede yer alıp almamasına göre belirlenecektir. Tapu Kanunu m.35 uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği haller dikkate alınarak bu ülkeler tespit edilecektir. Mirasbırakanın ölüm tarihinin belirtilen değişiklikten önceki bir tarih olduğu hallerde ise mütakabiliyet koşulu aranmaya devam edilecektir. Dursun Al, “Türk Hukukunda Mirasçılık Belgesi ve Uygulama Sorunları”, Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 10, Haziran 2020, s. 209.

mirasbırakanın yabancı bir gerçek kişi olması durumunda Türkiye'deki taşınmaz hakkında Türk hukuku, taşınmaz dışındaki terekeye dahil değerleri hakkında milli hukuku tatbik edilir. Aynı anda üç evlilik yapmış ve Türk vatandaşlığına geçmiş olan kişinin ölmesi ihtimalinde zaman itibariyle ilk evliliği gerçekleştirdiği ve Türkiye'de nüfus kaydına da işlenmiş olan bu eşi ve bu eşten olan çocukları Türk mahkemeleri önünde mirasçılık belgesi talebinde bulunabilirler. Ayrıca nüfus kayıtları iptal edilen eşlerinden olan çocukları da ilgili sıfatıyla dava açabilirler. Eldeki somut olay bağlamında asli müdahil ve/veya ferî müdahil olabilmeleri de olanaklıdır. Ancak nüfus kayıtları iptal edilen eşler ise dava açamamaktadır.

SONUÇ

Her dava bir hayat olayıdır sözünden ilham alarak sosyal zaruretler ve ihtiyaçlar kanunlara ve içtihatlar öncülük ettiği gibi, hukuk sahasında rastlanılan hadiseler de zaman zaman bilimsel içtihat ve çalışmalara kaynaklık eder. Eldeki çalışma da günümüzde sıkça rastlanan yabancıların Türk vatandaşlığına geçişi sırasında söz konusu vatandaşlık kazanımının hukuka olan etkilerinden husule gelmiştir. Kendi ülke hukukuna göre hukuken birden fazla evlilik yapmasına cevaz verilen ülke vatandaşının Türk vatandaşlığına geçişinde diğer eşlerinin de (evlilik kaydıyla) nüfus kaydına tescil edilmesi, başta tek eşliliği esas almakta olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na ve bu bağlamda Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturduğu her türlü izahtan varestedir. Nitekim nüfus kayıtlarında birden fazla evliliklerin tescil edilmesi üzerine Nüfus Müdürlükleri Cumhuriyet Savcılığına başvurmuş, Cumhuriyet Savcılığı da davaname marifeti ile evliliklerin iptali istemiyle Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Söz konusu dava, tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesinden ayrık olarak re'sen harekete geçme ve re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir dava türüdür. Bu bağlamda mahkeme, vakia ve delillere re'sen başvuracaktır. Ayrıca mahkeme tarafların ikrar, kabul ve feragati ile bağlı olmayacağı gibi taleple de bağlı kalmayacaktır. Bu davanın Türk yargılama hukuku ve maddi hukuku bakımından da birçok sonuçları bulunmaktadır. Ne var ki davanamede bahsedildiği gibi söz konusu davada Türk vatandaşlığına geçen yabancıların kendi ülke hukukuna göre hukuken geçerli ve meşru evliliğinin mahkeme kararıyla iptali mümkün olmayacaktır. Ayrıca boşanma davası açma hakkı da eşlere sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bunun bir başkası tarafından kullanılması mümkün olmayacaktır. Mahkemenin burada yapacağı iş tarih itibariyle birinci evliliğe hukuken geçerlilik tanıyarak sonraki evlilik kayıtlarının iptali olmalıdır. Ancak söz konusu karar sadece Türk nüfusundaki evlilik kaydının iptaline mahsus ve matuf olup eşlerin kendi ülke hukukuna göre geçerli olan evliliklerine bir zeval vermeyeceği için eşlerin evlilikten ve aile hukukundan doğan hakları, yetkileri, yükümlülükleri ve sorumlulukları devam edecektir. Ne var ki bu davada eşin birinci evlilik dışındaki diğer evlilik kayıtlarının hangisini iptal edilmesi isteği kabul görmeyecektir. Zira Türk Medeni Kanunu'na göre her halükârda birinci evliliğe geçerlilik tanınır, diğer evlilikler

mutlak butlanına batıl olduğu için evlilik kayıtlarının iptali yoluna gidilecektir.

KAYNAKÇA

Acun Mekengenç M/ Yener Keskin C, Şematik Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Akıncı Z, Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Akil C, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, ss. 1-32.

Akil C, “Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri “, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 4, 2013, ss. 923-970.

Akkurt S S, Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Butlanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008.

Al D, “Türk Hukukunda Mirasçılık Belgesi ve Uygulama Sorunları”, Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 10, Haziran 2020, ss. 192-212.

Alangoya H Y/ Yıldırım M. K/ Deren-Yıldırım N, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Altuğ Y, “Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)”, Doç. Dr. Cem Sar’a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 1972, ss. 371-385.

Altuğ Y/ Yasan M, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul, 2003, ss. 139-150.

Antalya O G/ Topuz M, Medeni Hukuk, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Apaydın E, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, ss. 445-476.

Arkan Serim A, “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 167, 2016, ss. 6075-6088.

Arslan İ, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, Medeni Usul Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Atakan A, “Kamu Düzeni Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 1, 2007, ss. 59-136.

Baygın C, “Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, ss. 453-462.

Baygın C, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu

1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016 II. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, ss. 731-752.

Berki Ş, "Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, ss. 201-231.

Bilici T, Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinme Hakkı Konusunda Diğer Kanunlarda Yer Alan Sınırlamalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Bolayır N, "Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Can H / Toker A G, Milletlerarası Özel Hukuk Ders Notları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Çelik N H, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Çelikel A/ Erdem B B, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Çetiner S, "Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Cilt I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, 2017, ss. 25-46.

Dayınlarlı K, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara, 1994.

Doğan V, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.

Dural M/ Öğüz T/ Gümüş M A, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Ercoşkun Şenol H K, "Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, ss. 754-765.

Erdem M/ Makaracı Başak A, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Erlüle F, Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Erman H, Medeni Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

Ersöz O, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Ersöz O/ Önder G Ş, "Evlenmenin Yokluğu", Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 3, Temmuz 2018, ss. 1059-1128.

Ertaş Ş, "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-4, 1987, ss. 365-438.

Ertaş Ş/ Öztürk G Y, "Yabancıların Taşınmaz Edinmesindeki Gelişmeler ve Türkiye'deki Son Durum", Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 3, 2017, ss. 441-484.

Evik A H, “Birden Çok Evlilik ve Hileli Evlenme Suçları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2020, ss. 3-53.

Feyzioğlu F N/ Özakman H C/ Sarıal M E, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.

Genç Arıdemir A, “Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu”, Çocuk Hakları Çalışmaları I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 139-154.

Görgün L Ş/ Börü L/ Kodakoğlu M, Medeni Usul Hukuku, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Gümüş M A, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008,

Güngör G, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

İkizler M, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

İyilikli A C, “Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 5, S. 9, Haziran 2017, ss. 281-382.

İyilikli A C, “Kanuna Karşı Hile Kavramının Boşanma (Aile) Hukukundaki Görünümünün Suç Genel Teorisi Meseleleri Bağlamında İrdelenmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 12, Ocak 2013, ss. 255-282.

İyilikli A C/ Ersöz O, “Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Hukuki Sonuçları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 11, Haziran 2018, ss. 169-215.

Kahn F, “Kanun İhtilafları”, (Çeviren: Hikmet Belbez), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 1952, ss. 347-451.

Karaca H, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Karlı A, Medeni Yargılama Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul, 2014.

Köprülü B/ Kaneti S, Aile Hukuku, İstanbul, 1985/1986.

Kötelü M A, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul, 1991.

Kurt E, “Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan Cilt II, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, ss. 121-187.

Meriç N, “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, ss. 23-63.

Nomer E, Devletler Hususi Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Oğuzman K, Aile Hukuku Dersleri I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

Oğuzman M K/ Barlas N, Medeni Hukuk, 27. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Özel S/ Erkan M/ Pürselim H/ Karaca H A, Milletlerarası Özel Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Özgenç Z, “Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2018, ss. 3-47.

Özmumcu S, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Res’en Araştırma İlkesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, ss. 145-171.

Öztan B, “Medeni Kanun’un Kabulünün 70’nci Yılında Aile Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, 1995, ss. 79-125.

Pecanitez H, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000, ss. 753-791.

Pecanitez H/ Atalay O/ Özekes M, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Reyhani Yüksel S, Aile Hukuku Meseleleri, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2023.

Ruhi A C, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Ruhi A C/ Kaplan Y, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, 2002, ss. 643-664.

Seyhan N A, Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2018.

Serozan R, Medeni Hukuk, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Söğütlü Erişgin Ö, “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, ss. 1-31.

Şanlı C/ Esen E/ Ataman-Figanmeşe İ, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku (Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Tanrıver S, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, ss. 565-578.

Tarman Z D, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Sıklıkla Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2023, ss. 73-86.

Topak S, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Tüzüner Ö, Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.

Uğur A, “Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeni Müdahalesi”, *International Journal of Social & Humanities Sciences Research*, C. 9, S. 82, 2022, ss. 874-881.

Ulusı Karataş A E, “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 37, S. 2, 2017, ss. 911-1003.

Velidedeoğlu H V, *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz 1*, 4. Bası, İstanbul, 1960.

Yaşar T N, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 33, S. 2, 2013, ss. 75-114.

Yavaş M, “Medeni Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimin Rolü”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007, ss. 283-335.

Yıldırım A, *Türk Aile Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı*, Monopol Yayınları, Ankara, 2021.

Yıldız S, “Roma Hukukunda Evlenme Engelleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 2, 2020, ss. 879-914.

Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 1*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Yılmaz E, “Savcılarının Hukuk Davalarındaki Görevleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1, 1972, ss. 255-287.

YARGI KARARLARINDA GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI

Security Investigation and Archival Research in Judicial Decisions

Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ*
Arş. Gör. Numan DOĞAN**

Öz: Kamu hizmetinin sunulabilmesi ve hukuka uygun bir şekilde yürütülebilmesi için bu görevi layığıyla yürütebilecek uygun kişilerin kamu görevliliğine seçilmesi gereklidir. Bunun sağlanmasının yollarından birisi de kamu görevine ilk defa veya yeniden girecek kişiler hakkında gerek güvenlik soruşturması gerekse de arşiv araştırmasının yapılmasıdır. Çalışmamızda hukukumuzda, özellikle kamu görevlileri bakımından, oldukça önemli hale gelen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kavramları üzerinde durulacaktır. Bu araştırmaların ceza muhakemesi sürecinde verilen kararlara değinmesi bir tarafa, kişilerin işledikleri suç teşkil eden fiillerinin de bu araştırmalara yansması dolayısıyla konu ceza hukuku cephesinden de ele alınmalıdır.

4045 sayılı Kanun'un birinci maddesine 2018 yılında yeni bir hüküm eklenerek¹; güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak makamlara diğer idari makamlardaki her türlü bilgi ve belge ile mahkeme kararlarına ve ceza soruşturma ve kovuşturmalarına konu olgulara erişim konusunda geniş bir yetki verilmiştir. Ancak AYM (Anayasa Mahkemesi) soyut norm denetimi yoluyla önüne gelen bu düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Kanunda güvenlik soruşturmalarında kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir hükmün bulunmaması Anayasa Mahkemesinin iptal kararları vermesindeki temel etken olmuştur. Mevcut hukuki boşluğu gidermek amacıyla AYM kararlarındaki gerekçeler de dikkate alınarak 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu hazırlanmıştır.

Anahtar kelimeler: Güvenlik Soruşturması, Arşiv Araştırması, Anayasa Mahkemesi, Kamu Görevi.

Abstract: In order for public service to be provided and to be carried out in accordance with the law, it is necessary to elect suitable persons to public office who are able to carry out this duty properly. One of the ways to ensure this is to conduct both a security investigation and an archive research on those who will enter public office for the first time or again. In our study, the concepts of security investigation and archive research, which have become very important in our law, especially for public officials, will be emphasized. Apart from the fact that these studies address the decisions made in the criminal procedure process, the issue should also be addressed from the perspective of criminal law, as the criminal acts committed by individuals are also reflected in these studies.

In 2018, a new provision was added to the first article of Law No. 4045, granting the authorities conducting security investigations and archive searches a broad authority to access all kinds of information and documents in other administrative authorities, court decisions and facts subject to criminal investigations and prosecutions. However, the Constitutional Court, through abstract review of norms, annulled these regulations as unconstitutional. The absence of a provision in the law on the protection of personal data in security investigations was the main factor in the Constitutional Court's annulment decisions. The Law No. 7315 on Security Investigation and Archival Research was prepared by taking into account the justifications in the Constitutional Court decisions in order to eliminate the existing legal gap.

Keywords: Security Investigation, Archival Research, Constitutional Court, Public Service.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0001-5217-5951, ahakkas@erciyes.edu.tr

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-8588-4997, numan.dogan@erciyes.edu.tr

¹ 15.08.2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 87 nci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "askeri, emniyet" ibaresi "Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, jandarma, emniyet, sahil güvenlik" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanunun 83 üncü maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Makale Geliş Tarihi: 27.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 24.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391757

I. GİRİŞ

Kamu hizmetinin sunulabilmesi ve hukuka uygun bir şekilde yürütülebilmesi için bu görevi layığıyla yürütebilecek uygun kişilerin kamu görevliliğine seçilmesi gereklidir. Bu ihtiyaç dünyadaki bütün demokratik ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de kamu görevine ilk defa veya yeniden girecek kişiler hakkında bir araştırmayı gerekli kılmaktadır ve bunun sağlanmasının yollarından birisi de söz konusu görevler bakımından farklılıklar arz etse de ilgili kişiler hakkında güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmasıdır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de belirteceğimiz üzere, bu gerekliliği karşılamak için başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na hüküm eklenmiş ise de bu hükümler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bunun üzerine Kanun Koyucu 7315 sayılı "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu"nu kabul etmiştir. Çalışmamızda esas olarak bu kanun çerçevesinde güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kavramları açıklandıktan sonra, söz konusu kanunda Anayasa Mahkemesinin belirtmiş olduğu eksikliklerin giderilip giderilmediği üzerinde durulacaktır.

II. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI KAVRAMLARI

A. GENEL OLARAK

7315 sayılı "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu" m. 4'e göre arşiv araştırması; "kişinin adli sicil kaydının, kolluk kuvvetleri tarafından hâlen aranıp aranmadığının, kişi hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının ve kesinleşmiş mahkeme kararları ve CMK m. 171'de düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve m. 231 gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilip verilmediğinin, kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olguların ve nihayetinde kişi hakkında kamu görevinden çıkarılma ya da kesinleşmiş memurluktan çıkarma cezası olup olmadığının mevcut kayıtlardan tespit edilmesidir." Kanunda "devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olgular" şeklinde kullanılan ifade dolayısıyla kişi hakkında yürütülen bir soruşturma ya da kovuşturmanın sırf bulunmasının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına tek başına neden olmayacağı vurgulanmıştır. Zira yapılan soruşturma sonucunda kişi hakkında CMK m. 172/1 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilebileceği gibi kovuşturma sonunda da kişi hakkında CMK m. 223 gereğince beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş olabilir. Örneğin CMK m. 223/2-b gereğince *yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması*, nedeniyle verilen beraat kararına rağmen, sırf hakkında bir kovuşturma yürütülüyor olması

nedeniyle kişi hakkında yürütülen güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması, bir hukuk devletinde kabul edilebilir bir husus değildir².

Güvenlik soruşturması ise bunlara ilave olarak “kişinin, görevin gerektirdiği niteliklerle ilgili kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerindeki olgusal verilerinin, yabancı devlet kurumları ve yabancılarla ilişkisinin, terör örgütleri veya suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerle eylem birliği, irtibat ve iltisak içinde olup olmadığının, mevcut kayıtlardan ve kişinin görevine yansıtacak hususların denetimine elverişli olacak yöntemlerle yerinden araştırılmak suretiyle tespit edilmesi” olarak tarif edilmiştir (m. 5). Kanundaki düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı üzere arşiv araştırması objektif kriterlere dayanırken; güvenlik soruşturması kişi hakkındaki sübjektif değerlendirilmelerin de toplanmasını içermektedir³. Kişi hakkındaki sadece sübjektif bilgilerden hareket edilmesi soruşturmayı yapan makamları doğru yola iletmeyebilir. Danıştay da sübjektif değerlendirmeler sonucunda hak ihlallerinin doğmasının önüne geçilmesi için güvenlik soruşturması sonucunda elde edilen bilgilerin başka hukuki bilgi ve belgelerle desteklenmesi gerektiği yönünde içtihadta bulunmaktadır⁴. Danıştay ayrıca kişinin mevcut durumunun da yapılan güvenlik soruşturmasında

² Nitekim Danıştay da vermiş olduğu bir kararında beraat kararının verilmiş olması nedeniyle hakkında yürütülen bir kovuşturmanın olduğu gerekçesi ile kişinin Polis Meslek Yüksek Okulu'ndan çıkarılması işleminin hatalı olduğuna hükmetmiştir. Kararın konumuzu ilgilendiren kısmı şu şekildedir: “Her ne kadar dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte davacı hakkında devam eden bir yargılama bulunmakta ise de, davacı hakkında isnat edilen suçlamaların yerinde olmadığını kesinleşen mahkeme kararı ile ortaya konulmuş olması karşısında, oluşan yeni durumun dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, davacının polis meslek yüksekokulu ile ilişkisinin kesilmesine sebep olan ceza yargılamasında beraat etmiş olması ve bu kararın da kesinleşmiş olması karşısında, davacının okul ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin dava konusu işleminde hukuka uyarlık bulunmamasına olup; aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir”, Danıştay 8.Daire, E:2011/7930, K:1988/704, T: 10.03.1988, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=3186#>, erişim tarihi, 28.04.2022.

³ Durmuş Kılınç, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, S.2, 2019, Ankara Barosu Dergisi, s. 8.

⁴ Danıştay’ın konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararının konumuzu ilgilendiren kısmı şu şekildedir: “Herşeyden önce, güvenlik soruşturmasına ilişkin raporlarda yer alan bilgiler istihbari nitelik taşıdıklarından hukuken geçerli başka bilgi ve belgelerle doğrulanmadıkça bu raporların tek başlarına hukuki delil gücünde kabul edilmeleri ve ilgililer aleyhine kullanılmaları hukuk devleti ilkesine aykırı düşer. Öte yandan hukuk devletinde idarenin ve kişilerin hak ve yükümlülükleri, demokratik esaslara uygun olarak, objektif kriterler halinde ayrı ayrı belirlenmiş olup idarenin kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen konularda “şüphe”ye dayanarak işlemler tesis etmesi uygun ve doğru görülmez. Memuriyete atanmada böyle bir kıstasın kabulü Anayasanın 70/2. maddesiyle de bağdaşmayacağı gibi 657 sayılı Yasanın 48. maddesiyle de bağdaşmaz”, Danıştay 5.Daire, E:1987/406, K:1988/704, T: 10.03.1988, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/5d-1987-406.htm>, erişim tarihi, 27.04.2022.

göz önünde bulundurulması gerektiği içtihadında bulunmuştur⁵. Kanun m. 7 gereğince, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen verilerin değerlendirilmesi amacıyla “Değerlendirme Komisyonu” kurulacaktır. Böylece güvenlik soruşturması sonucunda ortaya çıkacak subjektif kanının bir hak ihlaline sebebiyet vermesinin önüne geçilebilecektir⁶.

B. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI SÜRECİ

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması hukukumuzda kanuni olarak ilk defa 4045 sayılı “Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevlilerine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ile girmiş olsa da 80’li yıllardan itibaren gizlilik derecesi olan kamu görevlerine girişlerde söz konusu araştırmaların yapıldığı belirtilmektedir⁷. Bu kanun öncesinde de fiili olarak yapılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının dayanağının ILO’nun III sayılı ayrımcılık sözleşmesi olduğu söylenebilirdi. Söz konusu sözleşme m. 4 hükmüne göre “Devletin güvenliğine hanel getiren faaliyetlerden ötürü muhik sebeplerle zanlı bulunan veya bu faaliyetlere girişen bir şahıs hakkında alınan tedbirler, ilgili kişinin milli tatbikata uygun olarak kurulmuş olan yetkili bir makama başvurma hakkı saklı kalmak şartıyla, ayırım sayılmaz.”

4045 sayılı Kanun toplamda dört maddeden ve yedi geçici maddeden oluşmaktaydı. Kanunda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına ilişkin esaslar ve bu süreçteki kişisel verilerin durumuna ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. Güvenlik soruşturması ve arşiv

⁵ Danıştay’ın konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararının konumuzu ilgilendiren kısmı şu şekildedir: “...Davacının yaklaşık 11 yıl önce ve henüz 18 yaşında iken gerçekleştirdiği fiiller sebebiyle görevli memura mukavemet suçundan 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, 5 yıl süre ile denetime tâbi tutulmasına ve bu sürenin herhangi bir yasaklamada bulunulmadan veya yükümlülük yüklenilmeden geçirilmesine karar verilmesinin, söz konusu fiilin niteliği ve aradan geçen süre göz önüne alındığında hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına neden olduğundan söz edilemeyeceği sonucuna varılmıştır”, Danıştay 12.Daire, E:2015/2238, K:2015/4853, T: 17. 09. 2015, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/12d-2015-2238.htm>, erişim tarihi, 27.04.2022.

⁶ Kılınç, s. 8.

⁷ Kamile Türkoğlu Üstün, “Güvenlik Soruşturmalarında Kişisel Verilerin Korunması”, C. XXV, S.2, 2021, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 788; 07.04.2021 tarihli ve 7315 sayılı “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu” m. 13/8 hükmüyle yürürlükten kaldırılan 4045 sayılı Kanun Geçici m. 4/2 hükmünde güvenlik soruşturmalarının, söz konusu kanun yürürlüğe girmeden önce de gerçekleştirildiği dolaylı olarak belirtilmiştir. Söz konusu hüküm şu şekildeydi: “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış bulunan güvenlik soruşturması sonucunda ilgililerin dosyasına konulmuş olan ve mahkemelerce verilen cezalara ilişkin adli sicil kayıtları dışındaki kayıt ve fişler ilgilinin başvurusu aranmaksızın dosyadan çıkartılır”.

araştırmasını yapacak makamların, hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak personelin kimler olacağı, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında araştırılacak hususlar aslında kanunda düzenlenmesi gerekli iken ilk defa, kanuna dayalı olarak çıkarılan yönetmelikte belirtilmişti. Henüz 4045 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu bir dönemde 676 sayılı OHAL KHK⁸ m. 74 ile 657 sayılı "Devlet Memurları Kanunu" m. 48/1-A'ya eklenen 8 numaralı alt bendi; 680 sayılı OHAL KHK⁹ m. 69 hükmü ile 5188 sayılı "Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun" m. 10/1'e eklenen "h" bendini; yine 680 sayılı OHAL KHK m. 84 hükmü ile 399 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" m. 7 hükmüne "f" bendi eklenmek suretiyle söz konusu görevlere girebilmenin bir şartı da kişi hakkında yapılan güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırmasının olumlu sonuçlanmasıdır. Her ne kadar 657 sayılı Kanun'a ve 399 sayılı KHK'ya eklenen hükümler Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olsa da güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, sadece gizli yürütülmesi gereken görevler için yapılan bir işlem olmaktan çıkmıştır¹⁰.

Söz konusu kanunlarla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararları yakından incelemek gerektiği kanısındayız. Nitekim kanun koyucu, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararları da göz önünde bulundurarak 7315 sayılı "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu"nu çıkarmıştır. Kanunda, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında 4045 sayılı kanun ile ilgili belirtilen bütün hususların göz önünde bulundurup bulundurmadığı da bu sayede ortaya konabilecektir.

Anayasa Mahkemesi, 657 sayılı "Devlet Memurları Kanunu" m. 48/1-A'ya eklenen 8 numaralı alt bent ile de ilgili, 24.07.2019 tarih ve 2018/73 E. 2019/65 K. Sayılı kararında^{11,12} özetle; Anayasa m. 20/1'de, herkesin aile

⁸ 03.10.2016 tarihinde çıkarılan 676 sayılı KHK, 29.10.2016 tarih ve 29872 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu KHK, 01.02.2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanun ile aynen kabul edilmiştir. Bu Kanun da 08.03.2018 tarih ve 30354 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁹ 02.01.2017 tarihinde çıkarılan 680 sayılı KHK, 06. 01. 2017 tarih ve 29940 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu KHK 01.02.2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun ile aynen kabul edilmiştir. Bu Kanun da 08.03.2018 tarih ve 30354 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰ Türkoğlu Üstün, s. 791.

¹¹ 24.11.2019 tarih ve 30963 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹² Anayasa Mahkemesi söz konusu kararın öncesinde de yapılan bir bireysel başvuru sonucunda benzer gerekçelerle hak ihlalinin olduğuna karar vermişti (Fatih Saraman, BN. 2014/7256, Karar Tarihi 27.02.2019, 27.03.2019 tarih ve 30727 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır). Karara yansıyan olaylar özetle şu şekildedir: Başvurucu henüz on sekiz yaşından küçük olduğu dönemde işlemiş olduğu suç dolayısıyla Adana 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 13.03.2002 tarihli kararı ile 5 ay hapis cezasına mahkum olmuş, hapis cezası ağır para cezasına çevrilmiş ve ceza ertelenmiştir. Başvurucu daha sonra girmiş olduğu infaz koruma memurluğu sınavında başarılı olsa da söz konusu mahkumiyetin belirtilmesi nedeniyle başvurucu hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması

hayatına ve özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu, aile hayatının gizliliğine ve özel hayata dokunulamayacağını belirttiğini; üçüncü fıkrada da “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir” denilerek kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulduğunu; Anayasa m. 13'te de temel hak ve hürriyetlerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğinin ifade edildiğini (§163); Anayasa m. 128/2'de de “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır” hükmüne yer verilerek memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin hususların kanunla düzenleneceğinin belirtildiğini (§ 164); kanuni düzenleme ilkesinin, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade ettiğini, bu ilke uyarınca kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin kuralların kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerektiğini (§ 165); kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının, insan onurunun korunması ve bireyin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçladığını (§ 166); Anayasa m. 20 uyarınca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceğini, dolayısıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin açık, anlaşılabilir ve söz konusu hakkın kullanılabilmesine elverişli olmasının gerektiğini, ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmî makamların keyfî müdahalelerine karşı korunmasının mümkün hâle gelebildiğini (§ 167); güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen verilerin de kişisel veri niteliğinde olduğunu,

olumsuz sonuçlanmış ve CTE Genel Müdürlüğünün 16/12/2009 tarihli cevabında, başvurunun 10/7/2003 tarihli ve 25164 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin "Özel Şartlar" kenar başlıklı 6. maddesinin (5) numaralı bendinin (d) alt bendinde öngörülen "güvenlik soruşturması olumlu olmak" şartını taşımaması nedeniyle atamasının yapılmadığı bildirilmiştir. Bu karara karşı başvuru tarafından iptal davası açılmış olsa da Ankara 4. İdare Mahkemesi davayı reddetmiştir. Temyiz istemi Danıştay tarafından da reddedilince başvuru, bireysel başvuru yolunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi Anayasa m. 20 çerçevesinde yaptığı değerlendirme sonucunda özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca bkz. Turgut Duman, BN. 2014/15365, Karar Tarihi 29.05.2019.

(söz konusu) kuralla güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında kamu mercileri tarafından özel yaşamı ile ilgili sorular sorulması da dâhil olmak üzere bir bireyin özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınması, kaydedilmesi ve kullanılmasının özel hayata saygı hakkına sınırlama niteliğinde olduğunu (§ 169); kamu görevine atanmadan önce kişilerin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasını öngören kuralın kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğunu, ancak bu alanda düzenleme getiren kuralların kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde tedbirler uygulama ve özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak göstermesi ve olası kötüye kullanımlara karşı yeterli güvencelerin sağlaması gerektiğini (§ 170); kuralda güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılması memurluğa alımlarda genel şartlar arasında sayılmasına karşın güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğuna, bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığını (§ 171); güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda devlet memurluğuna atanmada esas alınacak kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına ve işlenmesine yönelik güvenceler ve temel ilkeler kanunla belirlenmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesinin Anayasa'nın m. 13, 20 ve 128 ile bağdaşmadığını belirterek söz konusu hükmün iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi benzer gerekçelerle, 680 sayılı OHAL KHK m. 84 hükmü ile 399 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname” m. 7 hükmüne eklenen “f” bendinin iptaline karar vermiştir¹³.

Yine Anayasa Mahkemesi, 4045 sayılı Kanun m. 1 hükmünün, Anayasa m. 13, 20 ve 128'e aykırılığı ileri sürülen ve somut norm denetimi yoluyla önüne gelen uyuşmazlıkta, her ne kadar karar tarihinde 4045 sayılı Kanun yürürlükten kalkmış olsa da, kuralların bakılmakta olan davalarda uyuşmazlığın çözümü için uygulanacak kural olma niteliğini sürdürdüğünü belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi 2018/73 E. 2019/65 K. Sayılı kararında belirttiği gerekçeler ile 4045 sayılı kanundaki kuralların Anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir¹⁴.

2. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI KANUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öğretideki bir görüş Anayasa Mahkemesinin 4045 sayılı kanuna yönelik verdiği iptal kararları sonrasında hazırlanan 7315 sayılı Kanun'da, mahkemenin eleştirilerinin göz önünde bulundurulduğunu ve bu

¹³ Anayasa Mahkemesi 19.02.2020 tarih ve E. 2018/91 K. 2020/10 sayılı kararı, 30.04.2020 tarih ve 31114 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi 03.06.2021 tarih ve E. 2020/24 K. 2021/39 sayılı kararı, 27.07.2021 tarih ve 31550 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

nedenle söz konusu kanunda herhangi bir sorunun bulunmadığını belirtmektedir¹⁵. Biz de çalışmamızda, durumu daha yakından ele alarak, belirlediğimiz hususlarda gerekli düzenlemelerin yapılıp yapılmadığını ortaya koymaya çalışacağız.

A. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI SONUCUNDA ELDE EDİLEN BİLGİLER YÖNÜNDEN

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde elde edilen bilgi ve belgeler doğrudan kişinin özel hayatını ilgilendirmektedir. Bu bilgi ve belgeler kişisel veri olarak nitelendirilmekte; bu verilerin korunmasını isteme hakkı, Anayasa m.20'de özel hayatın gizliliği hakkı olarak ifadesini bulmaktadır¹⁶. Özel hayatın korunmasındaki temel amaç, insanın kişiliğinin gelişmesine olanak tanımak ve kişiye müdahale edilmeyen serbest bir alan sağlamaktır¹⁷. Özel hayatına ilişkin kişisel verileri kaydedilen veya kaydedildiği düşüncesiyle yaşayan bir bireyin kendi özgür kişiliğinin gereği gibi değil; ondan istenilen kişi gibi davranacaktır. Dolayısıyla bu kişinin kendi kişiliğini özgürce geliştirmesi mümkün olmayacaktır¹⁸. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında kişisel verilerin elde edilmesi ile kişinin bu özgür alanı kısıtlanmaktadır. Bu nedenlerle özel hayatın gizliliği hakkında yapılacak müdahalenin Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında tüm bu hususlara dikkat çekilerek 4045 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik bağlamında değerlendirilmelerde bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 03/06/2021 tarih, E. 2020/24, K. 2021/39 sayılı kararında, 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. Maddesinin Anayasa'nın 13., 20. Ve 128. Maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, Anayasa'nın 20. Maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulduğu (§ 41), kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının, insan onurunun korunması ve bireyin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin

¹⁵ Mahmut Koca, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu, Editör: İzzet Özgeç, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022, s. 320.

¹⁶ Doğan Kılınç, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", C.61, S.3, 2012, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.1099.

¹⁷ Mehmet Kahraman ve Muhammet Şahin, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Güvenlik Soruşturması ve Özel Hayata Saygı Hakkı", C. 15, S. 2, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 420.

¹⁸ Kahraman ve Şahin, s.430.

hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçladığı (§ 42), güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen veriler kişisel veri niteliğinde olduğu, itiraz konusu kuralların, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler tarafından güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında kişilerin kişisel veri niteliğindeki özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınmasına ve bu kayıtların kullanılmasına imkân tanınması nedeniyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sınırlama getirdiği (§ 44), Anayasa'nın 13. Maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını sınırlamaya yönelik kanuni bir düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfilğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerektiği ifade edilmiştir (§ 45). Ayrıca kişisel veri niteliğindeki bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına, bu bilgilerin ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağına, ilgililerin söz konusu bilgilere itiraz etme imkânının olup olmadığına, bilgilerin bir müddet sonra silinip silinmeyeceğine, silinecekse bu sırada izlenecek usulün ne olduğuna, yetkinin kötüye kullanımını önlemeye yönelik nasıl bir denetim yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilerin kullanılmasına ilişkin keyfilğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir kanuni güvenceler belirlenmeksizin güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ile üst kademe yöneticilerinin tespitinin yönetmeliğe bırakıldığı vurgulanmıştır (§ 48).

Anayasa Mahkemesi'nin 24/07/2019 tarih, E. 2018/73, K. 2019/65 sayılı kararında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.48/1-A'da yer alan düzenlemede, güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmasının memurluğa alımlarda genel şartlar arasında sayılmasına karşın güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğuna, bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağını belirlenmediği, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilen kullanılmasına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin kuralla sadece güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması devlet memurluğuna alımlarda aranacak şartlar arasında sayıldığı (§ 171), güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda devlet memurluğuna atanmada esas alınacak kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına ve işlenmesine yönelik güvenceler ve temel ilkeler kanunla belirlenmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesi Anayasa'nın 13., 20. Ve 128. Maddeleriyle bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır (§ 172).

Anayasa Mahkemesi, kanunen verilmemesi gereken kişisel verinin idari makamlara açıklanması ve güvenlik soruşturmasına esas alınması nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına yönelik **Fatih**

Saraman başvurusuna ilişkin verdiği kararda¹⁹, 4045 sayılı Kanun'da güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda sadece bir maddeye yer verilerek hangi kamu görevleri bakımından güvenlik soruşturması yaptırılacağı düzenlendiği, bunun dışındaki tüm düzenlemelerin bir yönetmelikle yapılacağı belirtildiği (§ 75), 4045 sayılı Kanun'un güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu, bu bilgilerin nerelerden elde edileceği ve ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağı, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak mercilerin kimler olduğu ile ilgili hiçbir düzenleme içermediği, ayrıca Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nin de elde edilen bilgilerin saklanma süreleri, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı hususlarını düzenlemediği, bireylerin özel hayatına saygı hakkının güvencelerini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğu (§ 83), bu durumda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının objektif, öngörülebilir ve önceden belirlenebilir güvencelere ve usullere tabi kılınmış olmadığı, tamamen yetkili makamların talimatlarına bağlı olarak yapıldığı, bu hâliyle de keyfilğe açık bir durum yaratmakta olduğu (§ 89) ifade edilmiştir²⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarındaki eleştiriler, 4045 sayılı Kanun ve bu kanuna dayalı olarak çıkarılan yönetmelik hükümlerinin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen kişisel verilerin korunması bakımından yetersiz olduğu, ilgili düzenlemelerin kanunilik ilkesine uygun olmadığı, kişisel verilerin elde edilmesi, değerlendirilmesi, muhafazası ve silinmesi hususlarında yeterli güvenceyi sağlayamadığı konularında yoğunlaşmaktadır.

Bu eleştiriler çerçevesinde 7315 sayılı Kanun değerlendirildiğinde, Kanunun üçüncü bölümünde kişisel verilerin korunması başlığı ile bu konunun detaylı bir şekilde ele alındığı, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler ile değerlendirme komisyonlarının kişisel verilerin güvenliği ile ilgili önlemleri alacağı düzenlenmiştir. Kanun m.9/2'de işlemlerin her evresinde gizliliğe uyulması gerektiği, bilgi ve belgelerin yasal olarak bilmesi gerekenlerden başkasına verilemeyeceği ve kişisel verilerin amacı dışında işlenemeyeceği ifade edilmiştir. Böylelikle elde edilen verilerin muhafazası kanunla güvence altına alınmıştır. Ayrıca elde edilen kişisel verilerin işleme amacının ortadan kalkması halinde veya her durumda iki yılın sonunda

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, Fatih Saraman Başvurusu, Başvuru No: 2014/7256, T. 27.02.2019. Erişim Tarihi: 24.08.2023.

²⁰ Aynı yönde bkz. Turgut Duman Başvurusu, Başvuru No: 2014/15365, KT 29.05.2019; Abdurrahim Kaya ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2019/12271, KT. 03.12.2020; Mehmet Emin Karahan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2018/26461, KT. 17.11.2021.

değerlendirme komisyonları tarafından silineceğine dair düzenleme (m.10) ile hem kişisel veriye başkalarının erişimi engellenmiş hem de bu verilerin sürekli olarak kişi aleyhine kullanılması önlenmiş olacaktır²¹. 7315 sayılı Kanunda kişisel verilerin nasıl elde edileceği, korunacağı ve silineceği hususlarında yapılan detaylı düzenlemeler ile güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapan idarenin bu konuda keyfi davranışlarının önüne geçilmiştir.

B. HANGİ SUÇLARIN KAMU GÖREVİNE GİRMEYE ENGEL OLDUĞUNUN BELİRTİLMESİ YÖNÜNDEN

Anayasa Mahkemesi'nin Fatih Saraman Başvurusunda 4045 sayılı Kanuna yöneltilen eleştirilerden biri de hangi suçların kamu görevine girmeye engel olduğunun belirtilmediğidir. Mahkeme kararında “4045 sayılı Kanun'da kişilerin geçmiş ceza mahkûmiyetlerine ilişkin kayıtlar bakımından hangi suçların kamu görevine girmeye engel olduğu, kişilerin on sekiz yaşından önce işlediği suçlara dair kayıtların güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına sebep olup olmayacağı konusunda hiçbir belirleme, suçlar arasında herhangi bir ayırım ve derecelendirme yapılmamıştır.” (87) ifadelerine yer vermiştir. 7315 sayılı Kanun m.4/1-ç'de “kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesinin beşinci ve 231 inci maddesinin onüçüncü fıkraları kapsamında alınan kararlar ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olgular” ifadesinden hareketle arşiv araştırmasında hangi suçların kamu görevine girmeye engel olacağına dair bir belirliliğin olmadığı açıktır. Zira kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı herhangi bir suçtan verilebilir²². Güvenlik soruşturmasına ilişkin m.5/1-

²¹ Koca, s.344.

²² Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, Anayasa Mahkemesi'nin 01/06/2023 tarih, 2022/120 E, 2023/107 K, sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Söz konusu karar 01/08/2023 tarih ve 32266 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi ilgili kararda, “Anayasa Mahkemesi Atilla Yazar ve diğerleri kararında, sanıkların HAGB kararını kabule ilişkin irade beyanlarının alınması usulündeki güvence eksikliğine dikkat çekilmiştir. Anılan kararda, sanıktan henüz hüküm kurulmadan HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğine yönelik iradesini ortaya koymasını istemenin kendisini güvenceye almak isteyen sanığın henüz deliller ortaya konulup tartışılmadan bir tür ihtimal hesabına girişmesine ve bilinmezlik içinde iradesini açıklamasına neden olabileceği, bu durumun da sanıkların temel hak ve özgürlükleriyle ilgili konularda henüz duruşmanın başında haksız bir baskı oluşturabileceği ifade edilmiştir. Anılan kararda tespit edildiği üzere, henüz verilmemiş ve sanığa bildirilmemiş bir hükmün açıklanmasının ertelenmesini isteyip istemediği soruların sanık yargulamaya konu olayla ilgili tüm şüphelerin ortadan kaldırılmadığı bir aşamada, kendi yargılama sonucunu tahmin edip henüz aydınlatılmamış bir iradeyle beyanda bulunmak zorunda bırakılmaktadır. HAGB uygulanmasını yargılamanın henüz başında kabul eden sanıklar hakkında yargılamanın sonraki aşamalarında adil yargılanma hakkı güvencelerinin ilk derece mahkemesince sağlanıp sağlanmadığının denetimi ise istinaf kanun yolunda yapılamamakta ve bu durum hak ihallerine yol açabilmektedir (38), “Mevcut durumda sanığın HAGB'yi kabule ilişkin irade beyanının

c'de "Terör örgütleri veya suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerle eylem birliği, irtibat ve iltisak içinde olup olmadığının" araştırılması hususunda hangi suçların kamu görevine girmeye engel teşkil edebileceği hususunda fikir vermektedir. TCK m.220'de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma, m.314'de düzenlenen silahlı örgüt, Terörle Mücadele Kanunu m.3 ve m.4'te düzenlenen terör suçları ve terör amacı ile işlenen suçlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Fakat hükmün lafzından bu çıkarım yapılamaz. Zira bu hükümle hangi suçların kamu görevine girmeye engel teşkil ettiğinin belirlenmesinden ziyade, kişinin içinde bulunduğu duruma ilişkin bir değerlendirme amaçlanmaktadır. Bu nedenlerle 7315 sayılı Kanunda da hangi suçların kamu görevliliğine girmeye engel teşkil ettiğine ilişkin açık ve objektif bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir.

Ancak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.48/5'te devlet memurluğuna alınacak kişiler bakımından hangi suçların dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Buna göre, "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak" devlet memurluğuna alınacak kişiler için şart olarak

ne zaman sorulacağı konusunda yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, sanığa hakkında HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğinin yargılamanın sona ermesinden önce sorulması mümkündür. Bu durum ise henüz hakkında kurulmuş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan sanığı mahkûmiyet tehdidinin varlığı karşısında savunmasız duruma sokmakta ve henüz doğmamış olan istinaf kanun yoluna başvuru hakkından peşinen feragat etmeye zorlamaktadır. Bu itibarla sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğine yönelik sorunun mahkûmiyet hükmünün ardından sorulmasına yönelik bir usule ilişkin güvencenin bulunmaması nedeniyle kuralın kanunilik şartını sağlamadığı, ayrıca sanığa aşırı bir külfet yüklediği ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.(44)", "Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığının ileri sürülebileceği bir yol olarak öngörülen istinaf kanun yoluna başvuru imkânının askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte müsadere kararının infazına yol açabilecek şekilde infaz zamanında belirsizliğin olduğu ve yeterli güvencelerin sağlanmadığı dikkate alındığında kuralın maliklere aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla kural uyarınca müsadere yoluyla mülkiyet hakkına yapılan sınırlamanın -kuralın da yer aldığı fıkradaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiği biçimindeki düzenleme de göz önünde bulundurulduğunda- kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengeyi bozduğu ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.(48)" gerekçelerine yer vermiştir. Ayrıca kararın Resmî Gazete'de yayımlandıktan bir yıl sonra yürürlüğe gireceği belirtildiğinden 01/08/2024 tarihinden itibaren hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulamadan kalkmış olacaktır.

öngörülmüştür. 7315 sayılı Kanunun kabulünden sonra bir değişiklik veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilme durumu söz konusu olmadığı için düzenleme geçerliliğini korumaktadır. Öneme binaen vurgulamak gerekir ki, düzenlemede bulunan “affa uğramış olsa bile” ifadesi ile kastedilen özel af olup, genel af durumunda kişinin kamu görevliliği için aranan mahkum olmama şartının yerine getirdiğinin kabul edilmesi gerekir²³. Düzenlemede değinilmesi gereken bir diğer husus da, sayılan suçlar dışında bir suçtan dolayı hükmedilen kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesinin mevcut kamu görevliliğine veya kamu görevliliğine alımda bir engel teşkil etmeyeceğidir²⁴. Zira kanunda bir yıl veya daha fazla süreli hapis cezası şartı öngörülmüştür.

C. MAHKUMİYET DIŞINDAKİ HÜKÜMLERİN GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASINDA DEĞERLENDİRİLMESİ YÖNÜNDEN

7315 sayılı Kanun m.4/1-ç’de “Kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesinin beşinci ve 231 inci maddesinin onüçüncü fıkraları kapsamında alınan kararlar ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olgular” arşiv araştırması kapsamında tespit edilecek hususlar olarak düzenlenmiştir. Düzenlemede belirtilen kesinleşmiş mahkeme kararları mahkumiyet dışında verilmiş olan kararlardır. Zira mahkumiyet kararlarına ilişkin bilgilere m.4/1-a’da belirtilen adli sicil kaydından ulaşılabilecektir. Kanunun lafzından beraat, ceza verilmesine yer olmadığı ve düşme şeklindeki mahkumiyet dışındaki kararlara da arşiv araştırması kapsamında ulaşılabileceği sonucuna varılır. Öğretide bir görüşe göre, mahkumiyet dışındaki kararların arşiv araştırması kapsamında değerlendirilecek olmasının ölçülü olmadığı ve görevini yürütmekte olan bir kamu görevlisi hakkında verilen beraat veya düşme kararının bu kişi hakkında bir hak yoksunluğuna sebebiyet vermediği durumda, göreve yeni başlayacak kişi hakkında değerlendirmeye alınarak göreve başlamasına engel teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmektedir²⁵. Kanaatimizce, göreve yeni başlayacak kamu görevlisi hakkında yapılan arşiv araştırmasında mahkumiyet dışındaki kararların dikkate alınması, idarenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmelidir.

Anayasa Mahkemesi Fatih Saraman Başvurusunda 4045 sayılı Kanun bakımından “kesinleşmiş mahkûmiyet niteliğinde sayılmayan kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Haklar Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları), Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s.187.

²⁴ Mehmet Karaarslan, “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi”, C.58, S.1,2009, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.104.

²⁵ Koca, s.324.

birakılmasına ilişkin kararların da güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasının bir sebebi olup olmayacağı hususunda hiçbir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.” (§ 87) değerlendirmesinde bulunarak bu eksikliğe işaret etmiştir. 7315 sayılı Kanun m.4/1-ç’de kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları ile ilgili de arşiv araştırması yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu iki kurum dışında kanunda açıkça ifade edilmemiş olsa da kendine mahsus sicile kaydedilen soruşturmaya yer olmadığı kararı ve önödemedede bulunulması durumunda verilen kararlar da *“kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olgular”* ifadesinden hareketle arşiv araştırmasında değerlendirmeye alınabilecektir. Anayasa Mahkemesi kararında 4045 sayılı Kanuna yönelik yapılan eleştiri, söz konusu kurumların güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda doğuracağı etkinin ne olacağına yöneliktir. 7315 sayılı Kanunla bu kurumların arşiv araştırmasında mevcut kayıtlardan tespit edileceği düzenlenmiştir. Bu tespitin kamu görevliliğine etkisi açıkça ifade edilmemiştir. Kanun m.7’de güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen verilerin değerlendirme komisyonu aracılığıyla değerlendirileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarının kamu görevliliğine etkisi idare tarafından değerlendirilecektir. Bu değerlendirme idarenin takdir yetkisi olarak nitelendirilmelidir²⁶.

III. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASININ KAPSAMI

7315 sayılı Kanun m. 3/1’e göre, *“arşiv araştırması, statüsü veya çalışma şekline bağlı olmaksızın ilk defa veya yeniden memuriyete yahut kamu görevine atanacak herkes hakkında yapılacaktır.”* Böylece arşiv araştırması kamu görevliliğine girebilmek için bir kriter haline gelmiştir. Bazı görevlere girmek için kişi hakkında arşiv araştırmasının yapılmasının yanı sıra güvenlik soruşturmasının da yapılması gerekmektedir. Kanunda (m. 3/2) bu görevler şu şekilde zikredilmiştir:

“- Kurum ve kuruluşlarda, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları hâlinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler”²⁷,

- Milli Savunma Bakanlığı,
- Genelkurmay Başkanlığı,

²⁶ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yönünden, kanun koyucunun hukuki sonuç bağlamadığı bir karara 7315 sayılı Kanun ile arşiv araştırması sonucunda hukuki sonuç bağlanmasının, hukuk düzeninde teklik ilkesine aykırılık teşkil edeceği yönünde aksi görüş için bkz. Koca, s.927.

²⁷ “gizlilik dereceli birimler” ifadesi içerisine hangi birimlerin gireceğinin belirsiz olduğu eleştirisi için bkz. Asuman Çapar, “Kamu Personelinin Atanmasında Güvenlik Soruşturması Uygulaması”, C. XV, S. 2, 2020, ERÜHFD, s. 588.

- Jandarma, emniyet, sahil güvenlik ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli
- Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel,
- Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışacak öğretmenler, üst kademe kamu yöneticileri,
- Özel kanunları uyarınca güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi tutulan kişiler²⁸
- Milli güvenlik açısından stratejik önemi haiz birim, proje, tesis, hizmetlerde statüsü veya çalıştırma şekline bağlı olmaksızın istihdam edilenler.”

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının ilk defa veya yeniden memuriyete yahut kamu görevine atanacaklar hakkında yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim 7315 sayılı Kanun m. 3 hükmünden arşiv araştırmasının sadece memuriyete veya kamu görevine atanacaklar hakkında yapılacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde m. 4 hükmünde de m. 3'te belirtilen kişi hakkındaki arşiv araştırmasına ek yapılacak güvenlik soruşturmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla güvenlik soruşturması da sadece ilgili kişi hakkında yapılabilir. Özel kanunlarla bu hususa istisna getirilmesi ifa edilecek görevin durumu dolayısıyla kabul edilebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasından dolayı sözleşmeli er adaylığı statüsünün sonlandırılması nedeniyle suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin bireysel başvuru yoluyla gelen bir davada²⁹ “Somut olayda başvurucu hakkında

²⁸ Örneğin 5188 sayılı “Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun” m.10/1-h’de güvenlik soruşturmasının olumlu sonuçlanması özel güvenlik görevlisi olunabilmesinin şartı olarak öngörülmüştür. Aynı Kanun m.11 hükmüne göre de güvenlik görevlisine çalışma izni verilebilmesi için valilikçe yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının olumlu sonuçlanması gerekmektedir.

²⁹ Karara konu olan olayın özeti şu şekildedir: “Başvurucuya, eğitim süreci devam ederken kendisine, hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığı bildirilmiş ve idare ile yaptığı Sözleşmeli Er Ön Sözleşmesi 14/6/2013 tarihinde feshedilmiştir.

8. Başvurucu, fesih işlemine karşı 6/9/2013 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesinde (Mahkeme) iptal davası açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde; herhangi bir sabıkasının olmadığını, güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasını gerektirecek bir durumunun da bulunmadığını ileri sürerek fesih işleminin iptalini istemiştir.

9. Mahkemece yapılan değerlendirme sonucu 25/2/2014 tarihli karar ile davanın reddine hükmedilmiştir. Kararın gerekçesinde, yapılan güvenlik soruşturmasında başvurucunun annesi ile iki teyzesinin ve dayısının bölücü terör örgütüne mensup olduklarının tespit edildiğinin anlaşıldığı belirtilmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, ilgili mevzuat uyarınca sözleşmeli er olmak için gerekli nitelik ve şartlardan herhangi birini taşımadığı sonradan anlaşılan erbaş ve erlerin sözleşmelerinin feshedileceğinin öngörüldüğünü belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, güvenlik soruşturmasının olumlu sonuçlanmış olmasının da sözleşmeli erlik için aranan şartlardan olduğunu vurgulamıştır. Bu çerçevede Mahkeme; güvenlik soruşturması neticesinde annesi, iki teyzesi ve dayısının bölücü terör örgütü mensubu oldukları belirlenen, dolayısıyla Silahlı Kuvvetler İstihbarata Karşı Koyma, Koruyucu Güvenlik ve İşbirliği Yönergesi uyarınca “güvenlik soruşturması” olumlu sonuçlanmayan başvurucunun ön sözleşmesinin feshi

yapılan ve başvuruçunun ailesine ait bilgiler içeren güvenlik soruşturmasına istinaden sözleşmenin feshedilmesi işlemini Mahkemenin hukuka aykırı bulmadığı görülmektedir. Olayda başvuruçunun karşı karşıya kaldığı söz konusu işlem millî güvenliğin sağlanması görevini yerine getirmeyi amaçlayan Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev alacak personelde birtakım özel koşulların aranmasının gerekmesiyle ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda başvuruçunun aile bireylerinin eylemlerinin başvuruçunun kamu hizmetlerine girme hakkını etkileyecek biçimde değerlendirmeye alınmasının -ilgili kamu hizmetinin niteliği dikkate alındığında- hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı söylenemez” şeklindeki gerekçe ile hak ihlali olmadığına karar vermiştir.

Danıştay da infaz koruma adaylığına geçici olarak kabul edilen ve ancak güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması nedeniyle meslekle ilişkisi kesilen kişinin açmış olduğu bir davada, mesleğin niteliğini göz önünde bulundurarak işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir³⁰.

işleminin hukuka ve mevzuata aykırı olmadığını belirtmiştir.”, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru No: 2014/16941, Karar Tarihi: 24. 01. 2018, 13. 03. 2018 tarih ve 30359 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁰ Kararın konumuzu ilgilendiren kısmı şu şekildedir: “...infaz koruma öğrenci adaylığına geçici olarak kabul edilen davacı hakkında daha önce verilmiş olan 29/05/2013 tarih ve 89 sayılı infaz ve koruma memurluğu öğrenciliğine kesin kabulü işleminin iptaline ilişkin 10/07/2013 tarih ve 103 sayılı Siverek A**** *** İlk Derece Adalet Komisyonu kararının onaylanmasına ilişkin 19/07/2013 tarih ve 6863 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, davacı hakkında yürütülen güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına ve dolayısıyla dava konusu işlemin tesisine sebep olan suçla ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, bu haliyle suçla ilişkin olarak verilen hükmün davacı hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağı ve davacının herhangi bir ceza almış olduğundan bahsedilemeyeceğinden, söz konusu mahkumiyet hükmünün dava konusu işlemin tesisine gerekçe oluşturamayacak olması karşısında, dava konusu işlemde sebep unsuru yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir...Dosyanın incelenmesinden; Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne, Siverek A**** *** İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığına bağlı olan Siverek T tipi kapalı Ceza ve İnfaz Kurumuna, İnfaz ve Koruma Memuru Öğrencisi alımı için yapılan sınavda başarılı olan davacı hakkında yürütülen güvenlik soruşturmasının, Çermik Asliye Ceza Mahkemesinin 29/04/2010 tarihli E:2010/25 K:2010/66 sayılı kararıyla "ruhsatsız ateşli silahlarla mermileri satın alma veya taşıma veya bulundurma" suçundan 10 ay hapis ve 375.00 TL adli para cezası ile cezalandırıldığı, hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı ve 5 yıl denetim süresine tabi tutulduğu gerekçesiyle olumsuz sonuçlanması üzerine, dava konusu 19/07/2013 tarih ve 6863 sayılı işlemle "İnfaz Koruma memuru öğrenciliği ile ilişkisinin kesilmesi" üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır...Bu durumda; her ne kadar ruhsatsız ateşli silahlarla mermileri satın alma veya taşıma veya bulundurma" suçuna nedeniyle aldığı mahkumiyet hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa da, davacının infaz koruma memuru olarak görev alacak olması ve işlediği fiillerin niteliği göz önüne alındığında, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğu sonucuna ulaşıldığından, infaz koruma öğrenci adaylığına geçici olarak kabul edilen davacı hakkında daha önce verilmiş olan 29/05/2013 tarih ve 89 sayılı infaz ve koruma memurluğu öğrenciliğine kesin kabulü işleminin iptaline ilişkin 10/07/2013 tarih ve 103 sayılı Siverek A**** *** İlk Derece Adalet Komisyonu kararının onaylanmasına

7315 sayılı Kanunda arşiv araştırması kapsamında sadece adli sicil kaydından söz edilmiş; arşiv kayıtlarının incelenmesine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak birimlerin adli sicil arşiv kaydında yer alan bilgileri inceleme yetkisinin olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır³¹.

7315 sayılı Kanunda kişi hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararların da güvenlik soruşturması kapsamında görüleceği belirtilmiştir. Ancak kendilerine mahsus sisteme kaydedilen bilgiler bunlarla sınırlı değildir. Örneğin kişi hakkındaki soruşturmaya yer olmadığı kararları, önödeme kapsamındaki bir suç işleyen kişinin ön ödeme yapması durumuna ilişkin kayıtlar kanunlarda belirtildiği üzere özel bir arşive alınırlar. 7315 sayılı kanunda belirtilmediği için adı geçen kayıtlara güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında ulaşılması mümkün değildir³².

IV. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASININ YAPILMASI

A. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASINI YAPMAYA YETKİLİ MAKAMLAR

7315 sayılı Kanun m. 6/1 hükmüne göre “*güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmaya yetkili makamlar, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleridir. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler, kendilerine iletilen taleple sınırlı olarak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden gerekli bilgi ve belgeleri alabilirler.*” Ayrıca bu birimler CMK m. 171’de düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve m. 231 gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ulaşmaya yetkilidirler. CMK m. 171/5 hükmüne göre, “*kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.*” Benzer düzenleme hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili olarak CMK m. 231/13’te de yer almaktadır. Her ne kadar bir soruşturma veya bir kovuşturmayla ilgili olmasa da 7315 sayılı Kanun m. 6/1’de belirtilen birimler m. 6/2 gereğince hükmün açıklanmasının geri

ilişkin 19/07/2013 tarih ve 6863 sayılı davalı idare işleminde hukuka aykırılık, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır”, Danıştay 12.Daire E:2015/2379, K:2015/6028, T: 18.11.2015,

<https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/751936/danistay-12-daire-e-2015-2379-k-2015-6028/>, erişim tarihi 27.04.2022.

³¹ Koca, s. 322.

³² Koca, s. 326.

bırakılmasına veya kamu davasının açılmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlara ulaşmaya yetkili kılınmışlardır.

7315 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4045 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkartılan "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması" yönetmeliğinde güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapacak makamlar ve uygulanacak esaslar m. 7 ve devamında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişti. Bu yönetmeliğin dayanağı olan 4045 sayılı Kanun 7315 sayılı Kanun ile yürürlükten kalktığına göre söz konusu yönetmelik de otomatik olarak yürürlükten kalkmıştır. Dolayısıyla m. 6/2'de belirtilen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapmakla görevli birimlerin hangileri olduğu belirsizdir.

B. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASININ YAPILIŞ USULÜ

Güvenlik soruşturmasının yapılışına ilişkin bir düzenleme 7315 sayılı Kanun'da yer almamakta ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan bir yönetmelik de henüz bulunmadığı için güvenlik soruşturmasının nasıl yapılacağı konusunda kanaatimizce bir belirsizlik bulunmaktadır. Güvenlik soruşturmasının nasıl yapılacağı konusunda bir belirsizlik bulunsun da 7315 sayılı Kanun m. 6/2'de güvenlik soruşturmasını yapacak birimlerin yetkileri belirtilmiştir. Daha önce de vurgulandığı üzere, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler, kendilerine iletilen taleple sınırlı olarak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden gerekli bilgi ve belgeleri alabilirler. Bu birimler CMK m. 171'de düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve m. 231 gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ulaşmaya yetkilidirler. Kanunda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapacak birimlerin yapmasının yasak olduğu işlemler de zikredilmiştir. Buna göre, "*güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimlerde yetkilendirilmiş personel, hukuka aykırı olarak elektronik ortamda veya bilgisayar loglarında kişisel verilerle ilgili sorgulama yapamaz, log kayıtlarını değiştiremez veya silemez, bu şekilde elde edilen bilgileri paylaşamaz veya yayın yoluyla duyuramaz. Görevi gereği öğrendiği veya edindiği kişisel bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilerle paylaşamaz ya da basın ve yayın kuruluşlarına veya diğer iletişim kanallarına veremez*" (m. 6/3).

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen bilgilerin değerlendirme komisyonlarınca değerlendirilmesi gerekir ve değerlendirme komisyonları da edindikleri kanaati yetkili amire sunmaktadırlar. Dolayısıyla elde edilen bilgiler iki defa değerlendirilmiş olmaktadır. Birincisini değerlendirme komisyonu, ikincisini de değerlendirme komisyonunun raporu sunduğu yetkili amir yapmaktadır³³. Araştırmayı yapmaya yetkili kılınan birimler değerlendirme komisyonuna bilgileri iletirken, araştırma yaptıkları kişi hakkında herhangi bir kanaat veya yorumda bulunamazlar. Ayrıca

³³ Koca, s. 339.

araştırma da sadece memuriyet veya kamu görevliliğine uygunluğa ilişkin olgusal verilerle sınırlıdır. Böylece komisyonun objektif bir değerlendirme yapması amaçlanmıştır³⁴.

Yürürlükten kaldırılan 4045 sayılı Kanuna dayanılarak çıkartılan “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması” yönetmeliğinde ise güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılışına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yönetmeliğin on birinci ve devamı maddelerinde bulunmaktaydı. Söz konusu yönetmelik m. 11’de güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında araştırılacak hususlar şu şekilde belirtilmişti:

“Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında kişinin içinde bulunduğu ortam dikkate alınarak, kişinin kayıtlı ikamet adresi ile fiilen ikamet ettiği adres esas alınmak suretiyle;

a) Kimlik kontrolü, kimlik kayıtlarının doğruluk derecesi, uyrukluğu, geçmişte yabancı bir devletin uyrukluğuna girip girmediği,

b) Genel kolluk kuvvetlerinin ve istihbarat birimlerinin arşivlerinde bilgiler bulunup bulunmadığı, adli sicil kaydının ve hakkında arama kaydı veya herhangi bir tahdidin olup olmadığı,

c) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakının bulunup bulunmadığı ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna ve Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davranıp davranmadığı,

ç) Şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansıtacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığı,

d) Yabancılarla, özellikle hasım ve hasım olması muhtemel Devlet mensupları ve temsilcileriyle ilgili derecesinin iç yüzü ve nedeni,”

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında takip edilecek yöntem ise söz konusu yönetmelik m. 12’de belirtilmişti. Buna göre,

a) 9/ A (Kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımlarının hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst kademe yöneticilerinden bakan yardımcısı, kurum ve kuruluş başkanı, genel müdür, müstakil birim amirleri ile bunların yardımcıları, vali, büyükelçi ve bu birim ve kısımların çalışanları hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması) ve 9/ B (Milli güvenliği doğrudan etkileyen stratejik önemi haiz kurum ve kuruluşların üst yöneticileri ile bu kurum ve kuruluşlar vasıtasıyla yürütölen projelerde görev alan kritik önemi haiz personel hakkında ilgili kamu kurum ve kuruluşunun talebi doğrultusunda ilgili kişinin yazılı muvafakati alınmak kaydıyla Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı ve/veya Emniyet Genel Müdürlüğüne güvenlik soruşturması veya arşiv araştırması) maddeleri kapsamındaki talepler doğrudan Cumhurbaşkanlığına iletilir.

b) Emniyet Genel Müdürlüğü ve/veya mahalli mülki idare amirliklerince (a) bendi kapsamındaki talepler hariç yapılması öngörölen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması ilgili bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşlarının talebi üzerine gerçekleştirilir. İllerden gelen talepler valilikler aracılığı ile yapılır.

c) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması taleplerinin ilgili makama ulaşmasından itibaren arşiv araştırması sonuçları en geç 30 iş günü,

³⁴ Koca, s. 340.

güvenlik soruşturması sonuçları en geç 60 iş günü içinde cevaplandırılır. Soruşturma ve araştırma sonucunu içeren bilgi ve belgeler ilgilinin işlemi yapan makamlardaki dosyasında asgari “gizli” gizlilik derecesinde aidiyet konusuna göre fiziki ve/veya elektronik ortamda muhafaza edilir.

ç) Güvenlik soruşturmasını ve arşiv araştırmasını isteyen makama, kişi hakkında karar vermeye yeterli bilgiler aktarılır.

d) Güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının nasıl ve ne şekilde yapılacağı, soruşturma ve araştırma yapmaya yetkili makamların görev talimatları ile belirlenir.

e) Mahalli mülki idare amirliklerince yapılmış olan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında durumu saptananların evrakının bir örneği dosya açılmak üzere Emniyet Genel Müdürlüğüne gönderilir.

f) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması taleplerine, ilgili kişinin adı, soyadı ve kimlik numarası bilgilerini içeren liste dijital ortama kaydedilerek eklenir. Ancak Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığına iletmek üzere gönderilen güvenlik soruşturması talep yazılarına, söz konusu liste yerine bu Yönetmeliğin ekinde yer alan güvenlik soruşturması formu dijital ortama kaydedilerek eklenir.”

C. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASININ YAPILIŞ ZAMANI

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması esas itibariyle ilgili kamu görevliliğine veya kanunlarda belirtilen özel mesleklere veya öğrenciliklere girişte yapılmalıdır. Güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması durumunda ilgilinin kamu görevliliği veya öğrencilik statüsü sona ereceği için herhangi bir mağduriyete yol açmaması için kişilerin söz konusu statülere girebilip giremeyeceğinin önceden belirli olmasının hukuki güvenlik ilkesi gereğince şart olduğu savunulmaktadır³⁵. 7315 sayılı Kanun’da ise arşiv araştırmasının ilk defa veya memuriyete veya kamu görevine atanacak kişiler hakkında yapılacağı belirtilirken; güvenlik soruşturmasının yapılacağı zamana ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına ilişkin konular durağan nitelikte degillerdir. Bu nedenle ilgili kamu görevliliğine veya öğrenciliğe kabul edilen kimseler hakkında zamanın şartlarına göre yeniden güvenlik soruşturması veya arşiv araştırmasının yaptırılmasında kanaatimizce bir mahsur bulunmamaktadır³⁶. Örneğin arşiv araştırmasında kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığı araştırılacaktır. Söz konusu arama işlemi kişi kamu görevliliğine geçişten sonra da başlamış olabilir. Ya da kişi hakkında işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olabilir. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 98/1-b gereğince, “bir devlet memurunun, memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan

³⁵ Kılınç, s. 28.

³⁶ Güvenlik soruşturmasının kamu görevliliğine ilk girişte mi yoksa görevin yenilenmesi durumunda da yapılıp yapılmayacağının belirsiz olduğu eleştirisi için bkz. Çapar, s. 588.

anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmesi; durumunda memurluğu sona erecektir.”

V. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Kanunlarda yalnızca özel bir sicile yazılan hususların güvenlik soruşturması kapsamında görülebilmesi mümkün olsa da burada yer alan bilgilerin en azından kişilerin aleyhine kullanılamaması gerekir³⁷. Aksi durumda belli bir kanunda hakkında hüküm ve sonuç doğurmayacağı belirtilen bir hususun güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yoluyla kişinin hakkında hüküm ve sonuç doğurması kabul edilmiş olur ki bu da hukuk düzeninin birliği ilkesine aykırılık teşkil eder³⁸.

B. İSTİHBARİ BİLGİLERİN GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASINA ETKİSİ

İstihbari bilgi, istihbarat faaliyeti sonrasında ulaşılan bilgi demektir. İstihbarat ise sözlükte 1. Yeni öğrenilen bilgiler, haberler duyular veya 2. Bilgi toplama, haber alma anlamlarına gelmektedir³⁹. 4045 sayılı Kanuna dayanılarak çıkartılan “*Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği*” m. 4/1-j hükmüne göre istihbarat “*Çeşitli kaynak ve araçlardan elde edilen haberlerin sınıflandırılması, kaydı, kıymetlendirilmesi ve yorumlanmasından çıkarılan sonuç*” anlamına gelmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 2/1-e hükmüne göre “*soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*” ifade etmektedir. Dolayısıyla kişi hakkında güvenlik soruşturmasının veya arşiv araştırmasının yapılabilmesi için kişinin mutlaka bir suç işlemiş olmasına gerek yoktur. Hatta şunu söylemek gerekir ki, özellikle güvenlik soruşturmasını yapan birim bu kapsamda bir suçun işlendiğini öğrendiği zaman bunu yetkili makamlara bildirmelidir. Aksi takdirde bu kişinin kamu görevlisinin suçu bildirmemesinden sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Diğer taraftan birer istihbari faaliyet olan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde elde edilen deliller, diğer deliller ile desteklenmeden kişi hakkında hüküm ve sonuç doğuramaz, bu sonuç cezai bir sorumluluk⁴⁰ olabileceği gibi idari bir sorumluluk da olabilir⁴¹.

³⁷ Koca, s. 327.

³⁸ Koca, s. 327.

³⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 31.01.2023.

⁴⁰ “*Sanığım, ilk olaydan önce 2014 yılının Nisan ayında 50 fişek halinde uyuşturucu madde satın aldığına, bunun bir miktarını kimliğini gizleyen kolluk görevlilerine para karşılığında verdiği, bir miktarını kullandığına, kalanın ise daha sonra evinde ele geçirildiğine ilişkin savunmasını aksine, evinde ele geçirilen 20 fişek halindeki uyuşturucu maddeyi sonradan temin ettiği konusunda, istihbarî bilgi dışında, şüpheyi*

C. CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ KARŞISINDA GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASININ YAPILABİLİRLİĞİ

Hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak kişinin değil de, bu kişinin belli bir dereceye kadar yakınlarını içerecek şekilde araştırma yapılabilip yapılamayacağı sorusu akla gelebilir. 4045 sayılı Kanuna dayanan “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği” m.11/1’de güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında “kişinin içinde bulunduğu ortam” dikkate alınması ifadesinden yola çıkılarak kişinin yakın akrabalarının da bu kapsamda değerlendirmeye alınıp alınamayacağı sorunu ortaya çıkmaktaydı. Bu hususa ilişkin olarak 7315 sayılı “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu” teklifi m. 5/1 son cümlesinde “Güvenlik soruşturmasına görevin gerektirdiği niteliklere etkisi yönüyle kişinin eşi ile birinci derece kan ve sıhri hısımları da dahil edilir” hükmü yer almaktaydı. Teklifin gerekçesinde ise bu hükümle ilgili olarak bazı nitelikli kamu görevlerinin gerektirdiği özelliklere etki edebilecek olması nedeniyle güvenlik soruşturmasına tabi olan kamu görevlilerinin eşi ile birinci derecede kan ve sıhri hısımları ile sınırlı kalmak kaydıyla

aşan kesin delil bulunmadığı, sanığın eyleminin bütünüyle “uyuşturucu maddeyi satışı arz etme” suçunu oluşturduğu gözetilmeden; görevlilere verdiği uyuşturucu maddelerin bir suç ve evinde ele geçirilen uyuşturucu maddelerin ayrı bir suç olarak kabul edilerek iki ayrı suçtan mahkûmiyet hükmü kurulması,” Yargıtay 10. CD, 14.12.2015, E. 2015/5561 K. 2015/33285 sayılı kararı,

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/10cd-2015-5561.htm>, erişim tarihi 21.02.2023. Ayrıca bkz. Çetin Arslan, “İstihbaratın Ceza Muhakemesinde Kullanımı”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi (CAHAMER), Yıl 3, S. 22, 2011, Seçkin Yayınevi, s. 14.

⁴¹ *“Davacı hakkında yapılan güvenlik soruşturmasında Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından gönderilen bilgi notunda; davacının, devletin güvenliğini tehlikeye düşürebilecek yasa dışı ideolojik bir görüşü benimsediği veya kurumun güvenliğini ihlal edebilecek tutum ve davranışlar içerisinde bulunduğunu ortaya koyan hukuken kabul edilebilir somut bir tespite yer verilmediği görülmektedir.*

Öte yandan, bir istihbari bilgi notunun varlığının tek başına davacının memuriyete atanmamasını haklı kılacak hukuki bir neden olarak kabulü olanaksızdır. Anayasanın Türkiye Cumhuriyeti’nin “hukuk devleti” olduğunu vurgulayan 2. maddesi hükmü karşısında herşeyden önce, güvenlik soruşturmasına dair raporlarda ve bilgi notlarında yer alan bilgilerin istihbari nitelik taşıdıklarından hukuken geçerli başka bilgi ve belgelerle doğrulanmadıkça bu raporların (bilgi notlarının) tek başlarına hukuki delil gücünde kabul edilmeleri ve ilgililer aleyhine kullanılmaları hukuk devleti ilkesine aykırı düşer. Hukuk devletinde idarenin ve kişilerin hak ve yükümlülükleri, demokratik esaslara uygun olarak, objektif kriterler halinde ayrı ayrı belirlenmiş olup idarenin kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen konularda “şüphe”ye dayanarak işlemler tesis etmesi uygun ve doğru görülemez. Muvazaf astsubay atanmasında böyle bir kıstasın kabulü, Anayasanın “Hizmete girme” başlıklı 70. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” kuralına da uygun olmadığı açıktır.”, Danıştay 12. D, 23.05.2017 tarih ve E. 2016/5358 K. 2017/2675, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/12d-2016-5358.htm>, erişim tarihi 21.02.2023. Ayrıca Bkz. Danıştay 12. D, 16.09.2015 tarih ve E. 2015/440 K. 2015/4835, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, erişim tarihi 01.09.2023

araştırma yapılmasının uygun görüldüğü belirtilmekteydi⁴². Söz konusu son cümle Kanun metnine dahil edilmemiştir. Ancak kanaatimizce bu düzenleme yüksek güvenilirliği gerektiren görevler bakımından Kanun'a dahil edilmeliydi. Zira sadece kişi hakkında yapılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yetersiz kalabilmektedir. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılırken kişinin içinde bulunduğu sosyal ortamdan soyutlanması mümkün değildir⁴³. Örneğin; Kanun m.5/1-c'de *"hakkında güvenlik soruşturması yapılan kişinin terör örgütleri veya suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerle eylem birliği, irtibat ve iltisak içinde olup olmadığının yerinden araştırılmak suretiyle tespit edileceği düzenlenmiştir."* Bu araştırmanın sadece kişi hakkında yapılması, söz konusu örgütlerle ilişkisini yeterince ortaya koyamayacaktır. Araştırmanın en azından teklif metninde olduğu gibi eşi, birinci derece yakınları hakkında da yapılması gerekmektedir. Örneğin Alman Hukukunda güvenlik araştırmasına ilişkin uygulamalar ikiye ayrılmakta ve Federal Güvenlik İncelemesinin Şartları ve Usulü ile Gizli Belgelerin Korunmasına Dair Kanun m.2/2'de yüksek güvenilirliği gerektiren görevlerde güvenlik incelemesine eş ve yetişkin çocukların da dahil edilebileceği öngörülmüştür⁴⁴. Tüm bu değerlendirmeler, TCK m.20/1 ve Anayasa m.38'de ifadesini bulan cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle eleştirilebilir. Ancak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması cezalandırmaya değil idari işleyişe ilişkindir⁴⁵. Öte yandan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile kişinin gerçekleştirdiği fiilden bir başkasının sorumlu tutulmaması amaçlanmaktadır⁴⁶. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması teklif metninde belirtilen kişiler hakkında yapılacak araştırma ile bu kişilerin cezalarından başkasının sorumlu tutulması değil, idareye, kamu görevlisinin veya kamu görevliliğine alınacak kişinin güvenilirliği konusunda bilgi edinme yetkisi verilmektedir. Bu nedenle yapılacak araştırma cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir⁴⁷.

⁴² Kanunun genel gerekçesi ve teklifin kanunlaşmadan önceki hali için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2972.pdf>, erişim tarihi 26.01.2023.

⁴³ Kılınç, s.25.

⁴⁴ Osman İsfen, "Alman Hukukunda Kamu Görevi Üstlenilmesi Bağlamında Güvenlik İncelemesi", Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlükleri Sınırlanması Rejimleri Sempozyumu, Editör: İzzet Özgenç, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022, s.284.

⁴⁵ Kılınç, s.25.

⁴⁶ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022, s.742.

⁴⁷ Yürürlükten kaldırılan 4045 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde ise Danıştay, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının, kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birimleri ile askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde çalıştırılacak personelin yakınları ve birinci derece akrabalarını da kapsadığına, bu kişiler hakkında da güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılabileceğine karar vermiştir. Anılan kararın konumuzu ilgilendiren kısmı şu şekildedir: *"4045 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği hükümlerine göre yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının, kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birimleri ile askeri, emniyet ve istihbarat*

SONUÇ

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen bilgilerin kişisel veri olması ve bu nedenle özel hayatın gizliliğini koruma hakkını doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle güvence altına alınması gerekir. 7315 sayılı Kanunda, bahse konu elde edilen bilgilerin muhafazası, değerlendirilmesi, amacına uygun olarak kullanılması ve silinmesi konularında Anayasa Mahkemesi'nin 4045 sayılı Kanuna yönelik eleştirileri de dikkate alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler kişisel verilerin ve dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkının korunması bakımından olumlu bir gelişme olduğu söylenebilir.

Hangi suçların kamu görevlisi olmaya engel olacağına yönelik bir düzenleme 7315 sayılı Kanunda yapılmamıştır. Fakat konuya ilişkin halihazırda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.48/A-5 düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenlemede kamu görevliliğine alınacak kişiler için suçlarda belirli sınırlamalar yapılmıştır. Her ne kadar bu düzenlemenin eksik yönleri bulursa da mevcut düzenleme ihtiyacı karşılamaktadır. 7315 sayılı Kanunda bu şekilde bir düzenleme yapılmamış olması bir eksiklik olarak nitelendirilemez.

Mahkumiyet dışındaki kararların güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının sonucuna nasıl etki edeceğine dair belirsizlik Anayasa Mahkemesi kararlarında eleştirilmiştir. Bu konuda özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarının 7315 sayılı Kanunda arşiv araştırması kapsamında araştırılacağı düzenlenmiştir. Bu hususta aksi görüşler olsa da kanaatimizce bu kararların kamu görevliliğine etkisi idare tarafından değerlendirilecektir.

7315 sayılı Kanunda arşiv araştırması kapsamında adli sicil kaydının araştırılacağı belirtilmekle birlikte arşiv kayıtlarına konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle arşiv araştırması kapsamında arşiv kayıtları incelenemeyecektir.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kamu görevliliğine girişte mi yoksa görevin yenilenmesi durumlarında mı yapılacağı hususu belirsizdi. 7315 sayılı Kanunda da arşiv araştırması için zaman belirtilmiş olmakla birlikte güvenlik soruşturmasında bu şekilde bir düzenleme bulunmamaktadır. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına ilişkin konular durağan nitelikte olmadıkları için zamanın şartlarına göre yeniden güvenlik soruşturması yapılabileceği kanaatindeyiz.

İstihbari faaliyet sonucu elde edilen bilgilerin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucuna etki edebilmesi için diğer delillerle desteklenmesi gerekir. Aksi takdirde tek başına istihbari bilgi güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının olumsuz sonuçlanması için yeterli değildir.

Kişinin belli bir dereceye kadar yakınları hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapıp yapılamayacağı konusunda 7315 sayılı Kanunun teklif metninde düzenleme bulursa da ilgili düzenleme

teşkilatlarında ve ceza ve infaz kurumları ve tutukevlerinde çalıştırılacak personelin yakınları ve birinci derece akrabalarını da kapsadığı ve kişi hakkında karar vermeye yeterli her türlü istihbari bilginin talep makamlarına bildirilmesi gerektiği sonucuna varılarak, dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına", Danıştay 1. D, 25.03.2003 tarih ve E. 2003/15 K. 2003/40 sayılı kararı,

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2003-15.htm>, erişim tarihi 27.01.2023.

Kanuna dahil edilmemiştir. Kanaatimizce yüksek güvenilirliği gerektiren görevler bakımından kişinin eşi ile birinci derece kan ve sıhri hısımlarının da güvenlik soruşturmasına dahil edilmesi yerinde olacaktır. Bu şekilde yapılacak bir düzenleme güvenlik soruşturmasının idari işleyiše ilişkin olması nedeniyle cezaların şahsiliği ilkesine de aykırılık teşkil etmez.

KAYNAKÇA

Akkaş A H, Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Haklar Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları), Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Arslan Ç, İstihbaratın Ceza Muhakemesinde Kullanımı, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi (CAHAMER), Yıl 3, Sa. 22, Seçkin Yayınevi, 2011, 10-14.

Çapar A, “Kamu Personelinin Atanmasında Güvenlik Soruşturması Uygulaması”, ERÜHFD, C. XV, S. 2 (2020), 569-612.

İsfen O, “Alman Hukukunda Kamu Görevi Üstlenilmesi Bağlamında Güvenlik İncelemesi”, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu, Editör: İzzet Özgenç, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022, 283-292.

Kahraman M/Şahin M, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Güvenlik Soruşturması ve Özel Hayata Saygı Hakkı, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sa.2, 415-449.

Karaarslan M, Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sa:1, Yıl: 2009, 95-138.

Kılınç D, Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt:61, Sa:3, Yıl:2012, 1089-1169.

Kılınç D, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, Ankara Barosu Dergisi, 2019/2, 1-39.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Koca M, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırılması Rejimleri Sempozyumu, Editör: İzzet Özgenç, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022, 305-345.

Üstün T K, “Güvenlik Soruşturmalarında Kişisel Verilerin Korunması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Y. 2021, Sa. 2, 787-837.

TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN KURUM ARACILIĞI DIŞINDA EVLÂT EDİNİLMESİ

*The Adoption of Children without Applying a Competent Administrative Authority
under Turkish Law*

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nur KILINÇ*

Öz: Bu çalışma, öncelikle günümüzde Türk hukukunda kurum aracılığına başvurmaksızın bir çocuğun evlât edinilmesinin mümkün olup olmadığını, mümkünse bunun hâli hazırda nasıl gerçekleştirildiğini ortaya koymaktadır. Çalışmanın amacı ise, Türk aile hukuku ve çocuk hukuku perspektifinden hareketle bu konuya ilişkin mevcut uygulamanın yerindeliğinin değerlendirilmesidir. Çocuğun evlât edinilmesinde evlât edinme ilgilileri arasında asgari bir yıl sürecek bakım ve eğitim ilişkisi zorunluluğu, Türk hukukuna 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile getirilmiştir. Çocuğun kurum aracılığı dışında evlât edinilmesinde özel mevzuat hükmü bulunmadığından çocuğun velâyet sahibi ana babası, evlât edinecek kişi veya eşleri, herhangi bir yetkili kurum denetimi bulunmaksızın serbestçe belirleyebilmektedir. Dolayısıyla evlât edinme ilgilileri arasında gerçekleşmesi zorunlu bakım ilişkisi, ana babanın evlât edinecek kişi veya eşlerle yaptığı özel hukuk anlaşmasıyla başlamakta ve en az bir yıl sürmesi gerekli bakım süreci yine yetkili bir kurum veya makam denetimi ve izlemi olmaksızın yürütülmektedir. Taraflar arasındaki söz konusu anlaşmaların velâyet hakkının vazeçilmezliği ve devredilmezliği ile çocuk yararının önceliği ve çocuğun korunması (çocuk güvenliği) ilkeleri açısından değerlendirilmesi zorunludur. Bu çalışmada uygulamadan hareketle çocuğun kurum aracılığı dışında evlât edinilmesinde yaşanabilecek sorunlar ortaya konulmakta, ardından karşılaştırmalı hukuk ve doktrinden yararlanarak mevcut uygulamaya ilişkin iyileştirme önerileri tartışılmaktadır. **Anahtar Kelimeler:** Evlât Edinilen Çocuk, Evlât Edinen, Kurum Aracılığı Dışında Evlât Edinme, Çocuk Yararının Önceliği, Çocuk Güvenliği

Abstract: First of all, this study reveals whether it is possible to adopt a child without applying a competent administrative authority under Turkish law. Also, it clarifies that when and how this kind of adoption is realized. However, it is aimed at not only determining how it is carried out but also evaluating the appropriateness of this adoption period in terms of the principles of both Turkish family and child law. Article 305/I of the Turkish Civil Code no. 4721 is required that the adopted child has been in the care of the adopter at least one year before adoption in order to create a permanent child parent relationship among them. Since there is no specific provision or regulation on the issue analysed in this paper, in cases where a child adopted without applying a competent administrative authority, only child's biological family has power to choose the adoptive family without any control. Thus, placing the child for adoption is based on a private law contract and the adoption period is carried out without the inspection of any competent authority. This article aims to evaluate the issue in terms of the right to custody, the best interest of the child and the principles of child protection. Finally, the difficulties that may be encountered in this type of adoption are revealed and a few solutions are offered by using comparative law and legal doctrine.

Keywords: Adopted Child, Adopter, Adoption without Applying a Competent Administrative Authority, Child's Best Interest, the Principles of Child Protection

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ayse.kilinc@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8190-6557.

Makale Geliş Tarihi: 02.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 25.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391753

GİRİŞ

Batı Avrupa kodifikasyonlarında oldukça ayrıntılı şekilde düzenlenen evlât edinme Roma hukukunda temellerini bulan bir müesseseye iken¹; Türk hukukunda ise İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasî ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenisî'nde ilk kez yer almıştır. Zira Halifelîğin Osmanlı'ya geçmesiyle sünni İslâm'ın savunuculuğunu yapan Osmanlı Devleti İslâm hukukunu bazı açılardan etkilemiş olmakla birlikte², İslâm hukuku açısından soybağının evlât edinenlere bağlanması nesebin karışması sebebiyle geçersiz görüldüğünden, Türk hukukunda Medeni Kanun öncesinde çağdaş anlamda evlât edinme müessesine yer verilmemiştir.³

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda ise, evlât edinme müessesesi evlât edinen ile evlâtlık arasında soybağı kurulmasını sağlayan bir yoldur (m. 282/III). Ancak bu hâlde soybağı, ana baba ve çocuk arasındaki kan bağına (genetik kökene) değil, mahkeme kararına dayanmaktadır.⁴ Kanunda evlât

¹ Roma Hukuku'nda bir kimsenin hukukî işlem yoluyla başka bir aileye dahil olmasını ifade eden evat edinme ile aileye katılan yabancı bir kişi diğer aile evlatları gibi aile babasına tabi olmaktadır (Bengi Sermet Sayın Korkmaz, "Roma Aile Hukukunda Evlat Edinmenin Yeri ve Usulleri", C. 78, S. 3, 2020, Ankara Barosu Dergisi, s. 88; Özlem Söğütlü, Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 237; Kudret Güven, "Evlat Edinmeye İlişkin Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", C. 32, S. 4, 2006, Yargıtay Dergisi, s. 531-536).

² Ahmet Kılınç, "The Influence Of The Ottoman State On Islamic Law", C. 7, S. 2, 2022, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, s. 550-551.

³ Gerçekten de Osmanlı Devleti'nde, İslâm hukukunun etkisiyle kimsesiz veya korunmaya muhtaç çocukların korunup büyütülmesini esas alan günümüz koruyucu aile müessesine benzer uygulamalar (özellikle tebennî gibi) bulunmaktaydı (Ayrıntılı bilgi için bkz. Saliha Okur Gümrükçüoğlu, Osmanlı Devleti'nde Evlat Edinme ve Koruyucu Aile (Karşılaştırmalı Bir İnceleme), 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 18-19; 171-176). Eski Türk, İslâm ve Osmanlı hukukunda evlât edinme hakkında bilgi için bkz. Güven, s. 536-540; Esra Yakut/ Gözde Çağlayan Aygün, "Osmanlı Hukukundan Günümüze Evlât Edinmenin Miras Hukukuna Dayalı Sonuçları", C. 26, S. 1, 2018, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.25; Müge Vatansever Öztürk, "Türk Hukukunda Evlat Edinme Müessesesinin Tarihi Gelişimi", C. 8, S. 2, 2023, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s. 316.

⁴ Murat Aydoğdu, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlât Edinme, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3; Oğuz Sadık Aydos, "Yeni Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme", C. 4, S. 1-2, 2000, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.119; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ M. Alper Gümü, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, prg. 1515. Evlât edinmeden doğan soybağına yapay soybağı denilmektedir (Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 22. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 369; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 951; Mehmet Demir, "Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları", C. 52, S. 3, 2003, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 254; Herdem Belen, Yeni Medenî Kanun Hükümleri Uyarınca Evlât Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle), Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 2; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İkinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 219; Emine Akyüz, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve

edinmenin şartları ve kuruluşu evlât edinilene göre “küçüklerin evlât edinilmesi” ve “erginlerin ve kısıtluların evlât edinilmesi” şeklinde düzenlenmiştir. Bunun yanında aynı müessesese, doktrinde evlât edinenler bakımından birlikte evlât edinme, tek başına evlât edinme ve üvey evlât edinme şeklinde üçlü bir ayırımla da incelenmiştir.⁵ Evlâtlık ile biyolojik ana baba arasındaki kişisel ilişkinin evlât edinme sonrasında sürdürülüp sürdürülmemesine göre ise, doktrinde açık evlât edinme ve kapalı evlât edinme ayırımı mevcuttur. Açık evlât edinmeye uygulamada daha ziyade üvey çocukların ya da hısımlık çocukların evlât edinilmesinde rastlanmaktadır.⁶ Son olarak evlât edinmeye ilişkin yakın tarihli bir

Korunması, 7. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 138, 163). Evlât edinme ilişkisi genetik veya biyolojik kökene dayalı kan bağına dayanan nesepden ayırt etmek için, “sunî nesep” (Aydoğdu, s. 9) ya da “yapay nesep” (Şükran Şıpka, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlât Edinme"ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, C. 57, S. 1-2, 1999, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 301) terimi de tercih edilmiştir.

⁵ Bkz. Aydoğdu, s. 71-79; Gözde Çağlayan Aygün, Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 81-95. Doktrinde bir görüş üvey evlât edinmeyi tek başına evlât edinmenin (Belen, s. 8; Ayşe Karaca Öz, “Evlî Olmayan Kişinin Tek Başına Evlât Edinmesi”, C. 26, S. 3, 2022, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 255-256; Tuğba Kutoğlu, Üvey Ailede Hukuki İlişkiler (Hısımlık ve Özellikle Üvey Çocukların Üvey Ebeveynlerince Evlât Edinilmesi), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 167); diğer bir görüş ise eşlerin birlikte evlât edinmesinin bir alt türü olarak ele almıştır (Özcan, s.960; Cem Baygın, “Evlât Edinmenin Koşulları”, C. 7, S. 3-4, 2003, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 608-609; F. Ceren Sadioğlu, “Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Eşlerin Birlikte Evlât Edinmesi Kuralı”, C. 10, S. 2, 2020, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 740-741). Bize göre ise, her iki yaklaşım da savunulabilir (Aynı yönde bkz. Aydoğdu, s.75). Ancak “üvey evlat edinme (Bkz. Aydoğdu, s. 75 vd.; Çağlayan Aygün, 2021a, s. 93 vd.; Ayşe Fırat Şimşek, “Ergin Olmayan Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesi”, C. 19, S. 1, 2020, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.31 vd.)” olarak ifade edilen durum (TMK m. 306/III), “üvey çocuğun evlât edinilmesi” şeklinde isimlendirilmelidir. Zira üvey evlât edinme ifadesi, somut olayın içeriğini yeterince iyi anlatmamaktadır. Benzer terim için bkz. Dural/ Ögüz/ Gümüş, prg. 1532; Şıpka, s. 309; Baygın, 2003, s. 609; Kutoğlu, s. 176 vd.; Ayşe Nur Kılınç, “Üvey Çocukla Üvey Ana/Baba Arasındaki İlişkinin Hukukî Değerlendirilmesi”, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Fulya Erlüle (ed.), Asos Yayınevi, Elazığ, 2021, s. 90.

⁶ Aydoğdu, s. 104-105. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise evlât edinilecek çocukların yetkili kurum aracılığıyla ve kurum aracılığı olmaksızın evlatlık verilecek çocuğun biyolojik anası ile evlât edinecek kişiler arasındaki sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirildiği görülmektedir. Amerikan hukukunda federal model yasa ile evlât edinmenin bir yandan aracı kuruluşlar eliyle diğer yandan evlât edinecek aile ile çocuğunu evlâtlık verecek ana arasında (aracı kurum bulunmaksızın) evlât edinmeye yönelik bir sözleşme ile gerçekleştirebileceği düzenlenmiştir (Gözde Çağlayan Aygün, “Amerikan Hukukunda Evlat Edinmeye Bir Bakış: Vermont Eyaleti Örneği”, C. 27, S. 1, 2021, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 730). Bu hâllerden ikincisinde biyolojik annenin çocuğunu evlatlık vereceği kişiyi ya da aileyi seçme hakkına sahip olduğu açık evlât edinme sistemi benimsenmiştir. Biyolojik anne ile evlât edinecek kişi veya aile arasında hiçbir etkileşimin/iletişimin bulunmadığı kapalı evlât edinmede

monografide evlât edinmenin şekli ve usulü esas alınarak “ *tarafların anlaşması ile gerçekleşen evlât edinme*” ve “ *aracı kuruma başvuru yoluyla evlât edinme*” şeklinde bir sınıflandırma ile de karşılaşılmıştır.⁷ Kanaatimizce anılan çalışmada yapılan ayırım bu çalışma bakımından son derece önemlidir. Ancak yazar tarafından bu ayırmda şekil ve usule odaklanıldığından, çalışmada “ *tarafların anlaşması ile gerçekleşen evlât edinme*”ye ilişkin teorik tartışma yapılmamıştır. Çalışmamız ise, bu ayırımın “ *kurum aracılığıyla evlât edinme*” ve “ *kurum aracılığı dışında evlât edinme*” şeklinde yapılmasının daha yerinde olduğu düşüncesiyle kaleme alınmıştır. Nitekim Türk hukukunda evlât edinme her hâlde mahkeme kararıyla kurulmakta sadece somut olayda evlât edinmenin şartlarının gerçekleşmesi farklı şekillerde tezahür etmektedir.

Bilindiği üzere Türk hukukunda on sekiz yaşın altındakiler yani çocuklar evlenme (TMK m. 11/II) veya mahkeme kararıyla (TMK m. 12) ergin kılınmadığı sürece, “ *küçükler*” olarak ifade edilmektedir.⁸ Dolayısıyla çalışma kapsamı daha ziyade küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümlerle sınırlandırılmış ancak çalışma başlığı belirlenirken “ *küçüklerin evlât edinilmesi*” terimi değil; çocuk hukuku perspektifi esas alınarak “ *çocukların evlât edinilmesi*” ifadesi tercih edilmiştir. Nitekim uygulamada daha ziyade on sekiz yaş altındaki kişilerin yani çocukların⁹, özellikle de ayırt etme gücüne dahi sahip olmayan yaştaki çocukların evlât edinilmesi tercih edilmektedir.¹⁰

ise, çocuğu doğuran ana evlât edinme sürecini yönetemez; çocuğu üzerindeki tüm hakları kaybeder ve çocukla ilgili tüm süreç evlat edinmede yetkili kamu kuruluşu bünyesinde gerçekleştirilir (Çağlayan Aygün, 2021b, s. 731).

⁷ Çağlayan Aygün, 2021a, s. 96-112.

⁸ Öztan, s. 963. Nitekim belli bir yaşın altındaki kişileri ifade eden “ *çocuk*” terimi, hukukta daha çok “ *küçük*” kavramıyla eş anlamlı ve ergin olmanın karşıt kavramı olarak kullanılmaktadır (Aydoğdu, s. 81. Benzer yönde bkz. Serozan, s. 3; Hayrunnisa Özdemir/ A. Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 43).

⁹ Öztan, s. 951.

¹⁰ Bu durum küçük yaştaki çocukların evlât edinilecek aileye daha kolay uyum sağladığı düşüncesinden kaynaklanmaktadır (Aydoğdu, s. 80). Ancak küçüklerin evlât edinilmesinde en az bir yıl bakım ve eğitim şartı zorunlu olduğundan, çocukların bir yaşından önce evlât edinilmesi mümkün değildir (Aydoğdu, s. 80, 91). Bu yönde kararlar için bkz. Yargıtay 2. HD, E: 2004/14067, K: 2004/15687, T: 27.12.2004 ve E: 2004/12771, K: 2004/14510, T: 6.12.2004 (Cengiz Kaya, Türk Hukukunda Evlat Edinme, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 96-97, 101). Gerçekten de evlât edinilen çocukların evlat edinme sürecine uyumunun yaş gruplarına göre incelendiği bir bilimsel çalışmada çocukların erken çocukluk ve okul öncesi dönemde evlat edinildiği hâllerde ve özellikle de yedi yaş altındaki çocukların evlât edinilen kişi veya aileyi daha çabuk benimsedikleri ifade edilmektedir (Neşe Erol/ Zeynep Şimşek/ Nalan Güçlü, “Gelişimsel Dönemler ve Evlat Edinme”, Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, Prof. Dr. Mualla Öztürk Anısına XX. Sempozyum Sunumları, Neşe Erol (ed.), Ankara, 2008, s. 185-191). Diğer taraftan doktrinde Türkiye’de çok sayıda kanun dışı ve fiili evlât edinme olayına rastlandığı ifade edilmiştir. Özellikle kanunî şart ve şekillerin ağırlığı sebebiyle kırsalda nüfus kütüğünde bir çocuk evlât edinenin öz çocuğu gibi gösterilerek kaydedilmekte ve ne yazık ki bazen evlat edinenin ölümü üzerine mahkeme kararıyla böyle kayıtlar

Çalışmanın alt başlıkları belirlenirken ise, çalışmanın temel sorusunun dayanağını oluşturan Kanun'un "evlâtlık işlemlerinde aracılık" kenar başlıklı 320. maddesinden hareket edilmiştir. Bu bağlamda önce "çocukların kurum aracılığıyla evlât edinilmesine" ilişkin şartlar ortaya konulmakta, ardından ise Kanun'da çocukların evlât edinilmesinde zorunlu şart olarak öngörülen "aşgari bir yıllık bakım ve eğitim süresinin" evlât edinecek kişi veya eşler ile evlât edinilecek çocuğun ana babası arasında yapılan özel hukuk sözleşmesine konu olup olamayacağı değerlendirilmektedir. Özellikle taraflar arasında bu

hükümsüz sayılabilmektedir (K. Fikret Arık, "Evlât Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese", C. 13, S. 4, 1958, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 96). Günümüzde hâlen böyle olaylar söz konusu olmaktadır. "Davacı, eşi ile çocuklarının olmadığını 21.12.2002 tarihinde dünyaya gelen küçük ...'u evlât edinme olmaksızın kendi çocukları gibi nüfusa kaydettirmelerine davalıların izin verdiklerini, küçüğün 21.02.2012 tarihine kadar yanlarında kaldığını, kendisini annesi olarak bildiğini, davalıların nüfus kaydının iptali davası açmaları sonucunda, küçüğün davalıların hanesine kaydedildiğini, bu tarihten sonra davalıların küçük ile arasında kişisel ilişki kurulmasına izin vermediklerini belirterek küçük ... ile kişisel ilişki kurulmasını talep etmiştir..." (Yargıtay 2. HD, E: 2016/14238, K: 2016/13906, T: 20.10.2016).Yine yakın tarihli bir başka olayda da "Uyuşmazlık, davacılar vekili tarafından açılan nüfus kaydının düzeltilmesi davasında davalı ...'nin müteveffa ... ve ...'nin çocuğu olup olmadığı, Kanuna göre kurulmuş bir evlâtlik ilişkisi bulunmadığı halde nüfus kaydının düzeltilmesi şartlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında toplanmaktadır..." (Yargıtay 2. H.D. E: 2022/10263, K: 2023/1175, T: 21.02.2023 <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, s.e.t. 2.11.2023). Böyle hâllerde aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 231'de düzenlenen "çocuğun soybağını değiştirme suçu" da gündeme gelmektedir. Zira doktrinde ifade edildiği üzere bu suçun konusunu Medeni Kanun uyarınca doğumla kurulan soybağı oluşturmaktadır (F. Umay Genç, "Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu", Dr. Dr. H.C. Silvia Tellenbach'a Armağan, Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 166). Hukuk alanı dışındaki sosyal bilimler doktrininde ise, Türkiye'de bu ve benzeri uygulamaların akrabalar arasında çocuk dolaşımı şeklinde mevcut olduğuna ve bunun geleneksel evlât edinme yolu olduğuna işaret edilmiştir (Ayşe Yıldırım, "Geleneksel Bir Evlât Edinme Biçimi Olarak Kardeşler Arasındaki Çocuk Dolaşımı: "Sipariş Bebekler", S. 8, 2022, Korkut Ata Türkiyat Araştırmaları Dergisi, 8, s. 797). Akrabalar arasındaki çocuk dolaşımının bir alt türü, çoğunlukla bir kardeşin çocuğu olmadığına onun eşiyle birlikte yaşadığı çocuksuzluk özlemini telafi etmenin ve çocuksuz kardeşin tam bir aile olarak hayatına devam edebilmesinin yolu olarak görülmüş ve sıkça uygulanmıştır. Nitekim çocuksuz eşlerin kuruma başvurmak ya da bir başkasının çocuğunu evlât edinmek yerine kendisiyle aynı kanı taşıyan ve ana babasının kimliği belli olan bir çocuğu (hukuk dışı bir şekilde) kendi nüfusuna kaydettirmek suretiyle bir anlamda fiili evlât edinme yoluna başvurması, daha ziyade soybağına ilişkin geleneksel ve dini düşüncelerin etkisiyle açıklanmıştır (Yıldırım, s. 802, 812). TÜİK verilerine göre ise, Türkiye'de 2022 yılında kurum aracılığıyla evlât edindirilen çocuk sayısı 556'dır ("İstatistiklerle Çocuk, 2022",

<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Cocuk-2022-49674>, s.e.t. 20.09.2023). Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Yıl Sonu Kurumsal İstatistikleri 'ne göre ise, Türkiye'de 2022 yılı sonuna kadar kurum aracılığıyla evlât edindirilen çocuk sayısı "18.947" dir

(<https://www.aile.gov.tr/chgm/istatistikler/kurumsal-istatistiklerimiz/>, s.e.t. 20.09.2023).

minvalde yapılmış bir anlaşma var ise, bu anlaşmanın aile hukuku ve çocuk hukuku ilkeleri bakımından geçerliliği belirlenmelidir. Diğer taraftan böyle bir anlaşmaya dayanarak gerçekleşmiş asgari bir yıllık bakım süreci sonrasında evlât edinecek kişi veya eşler mahkemeye başvurabilirler. Bu hâlde hâkim, taraflar arasındaki anlaşmanın geçerliliğine ilişkin değerlendirmeden bağımsız olarak, somut olayda Kanun'da "*küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin aranan diğer şartlar*" gerçekleşmiş ve TMK m. 316 gereği yaptığı araştırmada evlât edinmeyi çocuğun yararına uygun görmekteyse evlât edinme kararı verebilmelidir. Ancak bu hâlde hâkim evlât edinmeye ilişkin gerekçeli kararında, evlât edinme başvurusunun çocuğun lehine olduğunu çocuk güvenliği ve çocuk yararının önceliği ilkelerini göz önünde bulundurarak ve uzman görüşleriyle destekleyerek temellendirmelidir. Özellikle bu hâlde çocuğun evlât edinecek kişi veya eşlerin yanında geçirmesi gereken bakım ve eğitim süreci yetkili kurum kontrol ve denetiminde gerçekleşmediğinden, hâkime TMK m. 316 ile verilen araştırma görevi bir kat daha önem arz etmektedir.

I. EVLÂT EDİNMENİN FAYDALARI VE SAKINCALARI

Evlât edinme bir yandan doğal yollarla ya da tıbbi uygulamalar sayesinde çocuk sahibi olamamış eşlerin evlât sahibi olma arzularını tatmin etmekte bir yandan da anasız babasız, ekonomik ve psikolojik açıdan bakımsız kalmış çocuklara sıcak bir aile yuvasında büyüme olanağı vermektedir.¹¹ Nitekim evlât edinmenin amaçları olarak çocuğu koruma, evlât edinenin yararı ve çocuk yararının sağlanması sayılmakta¹² ve evlât edinenin yararını temel alan yaklaşım, evlât edinmeyi biyolojik olarak çocuk sahibi olamayan eşler için tam bir aile olabilmenin alternatif yolu şeklinde betimlemektedir. Zira eşleri evlât edinmeye yönlendiren temel dürtü daha ziyade çocuksuzluğun zorluklarını bertaraf edip tam bir aile olabilmektir.¹³

Yürürlükteki Medenî Kanun'da ise, evlât edinmede çocuk yararının sağlanması ilkesi esas alınmıştır. Nitekim aile ortamında bir aile evladı olarak yaşayıp büyüyen çocukların kendisini güvende hissederek gelecekte daha

¹¹ Bkz. Hüseyin Altaş, "Evlâtlık Sözleşmesinde Amaç", Türk Hukuk Dünyası, C. 1, S. 1, 2000, s. 103, 104; Aydoğdu, s. 60-61; Baygın, 2003, s. 591. Bunlar yanında üvey çocuğa karşı zaten sosyal anlamda var olan ilişkiyi resmileştirme de evlât edinmenin olumlu işlevleri arasında gösterilebilir (Serozan, s. 221). Doktrinde Türk hukukunda malî mülkü olup yaşlı ve yalnız yaşayan kişilerin kendisine yaşlılığında bakacak bir akrabasını/yakınını evlât edindiği, bu hâlde ise esasen evlât edinme kurumunun amacından saptırılarak ölünceye kadar bakma sözleşmesi işlevi gördüğü ifade edilmiştir (Şıpka, s. 304).

¹² Aydoğdu, s. 56. Evlât edinme eski zamanlardan beri hep sosyal amaçlara hizmet etmiştir (Belen, s. 3).

¹³ Yıldırım, s. 795. Önceki Medeni Kanun dönemindeki bir Yargıtay kararının eleştirildiği akademik bir çalışmada, çocuk sahibi olma duygusunu tatmini amacının elbette evlât edinmenin bir amacı olduğu, ancak bu amacın günümüzde evlâtlık ilişkisi açısından ikinci plânda kalması gerektiği ifade edilmiştir (Altaş, s. 106).

güçlü bireyler olacağı kabul edilmektedir.¹⁴ Çocuk hukuku alanındaki gelişmeler de, günümüzde evlât edinmenin ancak çocuğun yararını ve güvenliğini sağlayacak şekilde olması hâlinde kabul edilebileceğini vurgulamaktadır.¹⁵ Esasen bu hâlde de bir yandan birey olarak çocuğun korunması diğer yandan dolaylı olarak toplumsal refahın artışı hedeflenmektedir. Özellikle ekonomik ve psikolojik açıdan kötü ortamlarda büyüyüp yetişmesi dolayısıyla suça sürüklenme olasılığı yüksek olan çocukların, evlât edinme kurumundan yararlanarak psikolojik, ekonomik ve sosyal açıdan daha elverişli ortamlarda yetişmesiyle toplumsal refah seviyesinde artış beklenmektedir.¹⁶

Evlât edinme kurumunun sakıncaları olarak ise, doktrinde kurumun kötüye kullanılarak yasal mirasçılarının saklı paylarının ihlali, ahlâk dışı ilişkiler için kurumun araç olarak kullanılması ve evlât edinilmek üzere alınan çocukların hizmetli gibi çalıştırılarak işgücünden ya da cinselliğinden yararlanılabilmesi tehlikesi gösterilmektedir.¹⁷ Bunların yanı sıra doktrinde evlât edinilecek çocukların organ ticaretine ve kaçırılarak insan ticaretine konu olabileceğine dikkat çekilmektedir.¹⁸ Nitekim çağdaş hukuk düzenlerine paralel şekilde Türk hukukunda da özellikle sayılan sakıncaların bertaraf edilebilmesi ve evlât edinilecek çocuğun yararının sağlanabilmesi amacıyla, küçüklerin evlât edinilmesinde emredici nitelikte ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.¹⁹

¹⁴ Bkz. Aydos, s.118; 103; Baygın, 2003, s. 591-592. Evlât edinme kurumu gelişen ve değişen süreçte Türk hukukunda da çocukların yararlarını ön planda tutan, onu koruyan bir kuruma dönüşmüştür (Çağlayan Aygün, 2021a, s. 22; Öztan, s. 951). Diğer taraftan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde de doktrinde evlâtlık ile evlât edinenlerin menfaatleri çatıştığında üstün tutulması gereken tarafın evlât edinilen çocuk olduğu, zira evlâtlık ilişkisinin kurulmasında asıl amacın çocuğun korunması olduğu ifade edilmiştir (Altaş, s. 103, 105).

¹⁵ Şıpka, s. 302. Gerçekten de bir çocuk ancak her bakımdan güvenliği sağlanmış ise evlât edinilebilir (Akyüz, s. 163, 166). Türk Medenî Kanunu m. 305/II'ye göre, "*Evlât edinmenin her hâlde küçüğün yararına bulunması (...) gerekir*". Bu şartın evlât edinme bakımından olmazsa olmaz (conductio sine qua non) olduğu madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu kapsamda evlât edinecek kişi veya eşlerin çocuğun hem ruhsal hem bedensel güvenliği için gerekli koşullara sahip olup olmadıkları, çocuğun gelişimine ve yeteneklerine uygun eğitim olanağı sunup sunamayacakları araştırılır. Hatta haklı olarak evlât edinmenin diğer tüm koşulları gerçekleşse bile hâkimin çocuk güvenliği gereği evlât edinmeyi uygun görmediği hâllerde, evlât edinme başvurusunu reddetmesi gereği vurgulanmıştır (Gamze Turan Başara, "Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Türk Medeni Hukuku Çerçevesine Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu, Yasemin Güllüoğlu Altun (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 70). Diğer bir deyişle evlât edinmeye ilişkin tüm şartlar tamam olsa bile hâkim, çocuğun yararına olmayacağına kanaat getirdiğinde evlât edinme kararı vermemelidir (Çağlayan Aygün, 2021a, s. 49)

¹⁶ Aydos, s.118; Aydoğdu, s. 60.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Aydoğdu, s. 61-63; Serozan, s. 222; Şıpka, s. 304-305; Akyüz, s. 163; Öztan, s. 952.

¹⁸ Aydos, s. 118; Aydoğdu, s. 61. Benzer yönde bkz. Serozan, s. 17.

¹⁹ Şıpka, s. 305; Demir, s. 255-256; Aydoğdu, s. 63.

II. EVLÂT EDİNMENİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nde evlât edinen ile evlâtlık arasındaki evlât edinme ilişkisi bir “*aile hukuku sözleşmesi*” olarak düzenlenmişken²⁰; 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'na göre evlât edinme somut olaydaki türüne göre Kanun'un aradığı şartların bulunması üzerine mahkeme kararı ile kurulan hukuki ilişkidir.²¹ Zira evlât edinme yoluyla kurulan yapay soybağı ancak aile mahkemesi tarafından verilen evlât edinme kararının kesinleşmesiyle kurulmuş olur.²² Evlâtlık ilişkisinin mahkeme kararıyla birlikte kurulacağı Kanun'da açıkça ifade edilmiştir (TMK m. 315/I son c.). Şu hâlde mahkeme kararı kurucu yenilik doğuran bir karardır.²³ Buna doktrinde karar sistemi denilmektedir. Karar sisteminde, evlât edinmenin kuruluşu için mahkemenin bu yönde karar vermesi gerekir. Bu esnada esasen mahkeme, somut olayda evlât edinme için kanunda öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini ve özellikle küçüklerin evlât edinilmesi hâlinde evlât edinmede çocuğun yararının bulunup bulunmadığını değerlendirir ve ancak olumlu bir sonuca vardığında evlât edinme kararı verir. Karar sistemiyle, Türk hukukunda evlât edinmede sözleşme esası terk edilmiştir.²⁴

²⁰ Evlât edinme, evlât edinenle evlâtlığın karşılıklı rızalarına, diğer bir deyişle sözleşmeye dayanan bir ilişkidir (S. Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 2 Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s. 357; Arık, s. 97; Akıntürk/ Ateş, s. 370; Aydoğdu, s. 4-5, 45; Aydos, s. 119; Belen, s. 5; Serozan, s. 223; Özdemir/Ruhi, s. 345; Çağlayan Aygün, 2021a, s. 22). Nitekim 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi m. 257'nin kenar başlığı “*Akdin Hükümü*” şeklindeydi. Bununla birlikte bu dönemde esasen evlâtlık ilişkisinin kurulabilmesi için iki kümülatif şartın birlikte gerçekleşmiş olması aranmaktaydı. Bunlardan birincisi, evlât edinenin yerleşim yerindeki hâkimin evlât edinme şartları gerçekleştirdiğinden hareketle evlât edinmeye izin vermesi iken; ikincisi, evlât edinen ile evlâtlık arasında noterde resmi şekilde düzenlenen evlât edinme sözleşmesinin imzalanmasıydı (TKM m. 256/I) (Tekinay, s. 367-369; Arık, s. 105-106).

²¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, prg. 1517, 1592; Şıpka, s. 316. Doktrinde evlât edinmedeki mahkeme kararı için yargısal tasarruf (Serozan, s. 223-224) ya da hâkimiyet tasarrufu (Öztan, s. 952) da denilmektedir. Evlât edinmenin yargısal yönü ağır basan bir işlem ve kendine özgü bir aile hukuku kurumu olduğu yönünde bkz. Demir, s. 254. Evlât edinmenin medeni hukuk işlemi olduğu yönünde bkz. (Akıntürk/ Ateş, s. 370; Belen, s. 5).

²² Ancak doktrinde bir görüşe göre evlât edinme hukukî sonuçlarını evlât edinmeye karar verilmiş olması şartıyla, evlât edinme için talepte bulunulduğu andan itibaren doğurmaktadır (Öztan, s. 984).

²³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, prg. 1592; Akıntürk/ Ateş, s. 382; Aydos, s. 131; Öztan, s. 982; Belen, s. 7; Çağlayan Aygün, s. 96; S. Gizem Özdemir, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Küçüklerin Evlat Edinilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan Anısına Çocuk Hukuku Armağanı, Yıldız Abik (ed.), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 309.

²⁴ Aydoğdu, s. 66-67; Çağlayan Aygün, s. 25-26.

III. EVLÂT EDİNME KARARI VERMEDE YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Evlâtlık ilişkisini kuran karar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 382/II b'de örnek kabilinden sayılan aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri arasında bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde özellikle ilgililer arasında uyuşmazlık (çekişme) bulunmaması ölçütünden hareketle, evlât edinme kararının çekişmesiz yargı işleri arasında olduğu sonucuna varılmaktadır.²⁵ Zira bir işin çekişmesiz yargı olarak nitelendirilebilmesi için HMK m. 382/I'deki şartlardan bir veya ikisinin bulunması yeterlidir.

Evlât edinme kararı vermeye yetkili mahkeme, evlât edinenin oturma yeri; birlikte evlât edinmede ise eşlerden birinin oturma yeri mahkemesidir (TMK m. 315/I c.1). Görevli mahkeme ise, evlât edinme müessesesi Türk Medenî Kanunu'nun aile hukuku kitabının ikinci kısmında düzenlendiğinden, aile mahkemeleridir (4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4).

IV. ÇOCUKLARIN EVLÂT EDİNİLMESİNDE BAKIM VE EĞİTİM İLİŞKİSİ

Doktrinde küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin şartlar genel şartlar ve ilgililere ilişkin şartlar olmak üzere ikili bir ayrımla; ilgililere ilişkin şartlar ise, evlât edinen ve evlâtlık açısından bir alt ayrımla incelenmektedir. Küçüğün evlât edinen tarafından en az bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması, evlât edinmenin küçüğün yararına olması ve evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmemesi genel şartlardır. Evli kişilerin evlât edinmesi, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlât edinmesi (üvey çocuğun evlât edinilmesi), evli kişilerin istisnaen tek başına evlât edinmesi ve evli olmayan kişinin tek başına evlât edinmesi ise, evlât edinmenin ilgililerinden evlât edinen bakımından aranan şartlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Evlâtlık açısından aranan şartlar ise; yaş, küçüğün rızası, vesayet dairelerinin izni, ana ve babanın rızası şeklinde ele alınmaktadır.²⁶

Bu çalışmada ise, Kanun'da çocukların evlât edinilebilmesi için aranan zorunlu şartlardan biri olan evlât edinecek kişi veya eşler tarafından küçüğün bir yıl süre ile bakılmış ve eğitilmiş olmasına odaklanılmıştır. Söz

²⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, prg. 1593; Aydos, s. 128; Öztan, s. 982. Benzer yönde bkz. Evren Koç, "HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına İlişkin Bazı Tespitler, C. 73, S. 1, 2015; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 374-375. Ancak uygulamada davalı olarak evlât edinilmek istenen çocuğun yasal temsilcisi gösterilmektedir (Özdemir, s. 309).

²⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, prg. 1518-1571; Aydos, s. 119-126. Küçüklerin evlât edinilmesi bakımından aranan şartlar hakkında bilgi için bkz. Akıntürk/ Ateş, s. 371-378; Öztan, s. 953-977; Demir, s. 256-270; Belen, s. 48-56; Akyüz, s. 165-178; Karaca Öz, s. 258-261. Evlâtlık ilişkisinin kurulmasına ilişkin şartlar, TMK m. 318 esas alınarak, Türk Kanunu Medenîsi dönemindekine paralel şekilde, esasa ve şekle ilişkin şartlar olarak da incelenmiştir (Aydoğdu, s. 108).

konusu şartın Türk hukukunda zorunlu hâle gelmesi, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğü ile birlikte dir.²⁷ Esasen Kanun evlât edinme ilgilileri arasında en az bir yıl süre ile ve sürekli bir bakım ve eğitim ilişkisinin yaşanmış olmasını bir yandan çocuğun diğer yandan evlât edinecek olanların yararına uygun bularak zorunlu tutmuştur. Hükmün gerekçesinden hareketle deneme süresi olarak da nitelendirilebilecek bu süre içinde evlât edinmek isteyenlerin bir anlamda evlât edinecekleri çocuk ile aralarında aile bağı kurup kuramayacaklarını öngörmeleri beklenmektedir. Bu değişiklik ile diğer taraftan daha ziyade evlât edinme kurumunun öncelikle çocuğun yararına ve çocuk güvenliğine hizmet etmesi amaçlanmıştır.²⁸ Bu sebeple anılan sürenin somut olayda daha uzun süreli gerçekleşmiş olması ya da mahkeme tarafından uzatılması mümkündür²⁹ ancak kısaltılması mümkün değildir.³⁰ Evlât edinme başvurusu üzerine ise hâkim, bu süreçte uzmanlar tarafından hazırlanan raporlardan yararlanarak evlât edinecek kişi veya eşler ile çocuk arasında gerçek ana baba çocuk ilişkisine benzer bir ilişkinin kurulup kurulmadığını ve bu ilişkinin çocuğun yararına olup olmadığını değerlendirir.³¹

Doktrinde evlât edinme ilgilileri arasındaki bakım ve eğitim şartına ilişkin özel düzenleme bulunmadığı hâllerde, koruyucu aile müessesesinde söz konusu olan bakım ilişkisine yönelik uygulamadan ve mevzuattan³² evlât edinmenin bünyesine uygun düştüğü ölçüde yararlanılabileceği sonucuna

²⁷ 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi döneminde ise, evlât edinmek isteyen kimsenin evlâtlığı önceden görüp gözetmiş olması haklı sebebin varlığına alternatif bir şart olarak sayılmaktaydı (Tekinay, s. 364). Ancak 3678 sayılı Kanunla (RG, 23.11.1990, S. 20704) yapılan değişiklikle bu düzenleme kaldırılmış, evlât edinme bakımından sadece "haklı sebep" koşulu bırakılmıştır. Fakat bu koşulun eksikliği bu dönemde birbirini tanımayan kişiler arasında sağlıksız ve bazen de çekilmez evlât edinme ilişkilerinin kurulmasına sebep olmuştur (Aydoğdu, s. 163). 743 sayılı Medeni Kanun'un son hâlinde bulunmayan bu koşulun Türk Medeni Kanunu'nda zorunlu şart olarak getirilmesinin amacı madde gerekçesinde açıklanmıştır. Gerekçeye göre, böylece bir kimsenin bakmadığı ve eğitimine hiçbir katkısı olmadığı hâllerde bir küçüğü evlât edinmesi engellenmekte ve bir çeşit deneme süresiyle, tarafların birbirlerini tanımalarına da olanak sağlanmaktadır (Madde 305 gerekçesi, Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 2002, s. 426).

²⁸ Şıpka, s. 307; Öztan, s. 959; Turan Başara, s. 69.

²⁹ Özellikle ilgililer arasında ana baba ilişkisinin kurulup kurulmadığının tespit edilemediği hâllerde asgari bakım süresi mahkeme kararıyla uzatılabilir (Aydoğdu, s. 180, 191). Sürenin uzatılabileceği yönde bkz. Belen, s. 49; Çağlayan Aygün 2021a, s. 55.

³⁰ Öztan, s. 956; Baygın, 2003, s. 598; Gençcan, s. 486 (Aktaran: Özdemir, s. 294).

³¹ Aydos, s. 120; Aydoğdu; s. 162; Turan Başara, s. 69.

³² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Recep Doğan, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği", C. 71, S. 2, 2013, Ankara Barosu Dergisi, s. 157-161; Ayşe Nur Kılınç, "Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi". C. 28, S. 3, 2020, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1221-1225.

varılmıştır.³³ Her ne kadar her iki hukuki müessese arasında oldukça önemli farklar bulunmaktaysa da³⁴; koruyucu aile ile evlât edinecek kişi veya eşler bakım ve eğitim açısından çocuk karşısında benzer görev ve statülere sahiptirler. Bu süreçte evlât edinmek isteyen kişi veya eşlerin, evlât edinilecek çocuğun fiziksel, ruhsal, düşünsel gelişimi ve yaşına uygun eğitimi için maddi harcama yapmaları gerektiği; ancak maddi harcamaların da yetmeyeceği ve manevi açıdan da çocukla yakından ilgilenmeleri ve özellikle ana baba şefkati ile yaklaşmaları gereği doktrinde vurgulanmıştır.³⁵ Zira zorunlu bakım ilişkisinin amacı çocuğun maddi ve manevi varlığının geliştirilmesine evlât edinecekler tarafından katkı sağlanması ve çocuğun korunması olduğundan, bu süreçte çocukla bağlantılı tüm kişi ve kuruluşların (bakıcı kişi, eşler, okul idaresi, aracı kurum) da uyum içinde çalışmaları beklenmektedir (TMK m. 312, 316).³⁶

Bakım; her şeyden önce çocuğun yemesi, uyuması, barınması, temizliği gibi günlük ihtiyaçlarının karşılanması anlamına gelir.³⁷ Hatta bu sebeple doktrinde bakım süresi boyunca kural olarak çocuğun evlât edinecek olanların yanında kalması gerektiğine, zira Kanun'da aranan anlamda bakım ilişkisinin ancak bu hâlde gerçekleşebileceğine işaret edilmiştir.³⁸ Gerçekten de bakım ve eğitim ilişkisinde aranması gerekli süreklilik ancak bu hâlde kurulabilir.³⁹ Diğer taraftan doktrinde bu şartın sürekliliği gerektirmediği de ifade edilmiştir.⁴⁰ Bu görüşe göre ise, süreklilik konusunda çok katı davranılmamalıdır. Özellikle çocuğun eğitim ya da başka sebeplerle başka yerde kalması gerektiği hâllerde çocuğun tatil günleri ve hafta sonlarında evlât edinecek kişi veya eşlerin yanında kalarak da bu şartın gerçekleşmesi

³³ Aydoğdu, s. 164; Şıpka, s. 307; Baygın, 2003, s. 595-596. Benzer yönde bkz. Demir, s. 257.

³⁴ Aydoğdu, s. 14-16; Usta Sayıta, s. 36-37; Kılınç, 2020, s. 1231-1232.

³⁵ Belen, s. 51; Baygın, 2003, s. 594-595; Çağlayan Aygün, 2021a, s. 53. Türk hukukunda bakım sürecinde evlât edinilecek çocuğun bakım ve eğitim masraflarına kimin katlanacağı hususunda açık düzenleme yoktur. Ancak İsviçre hukukunda olduğu gibi, bu dönemde yapılacak masrafları evlât edinecek ailenin üstlenmesi gerektiği kabul edilmektedir (Aydoğdu, s. 185; Öztan, s. 957). Diğer yandan çocuğun bakım ve eğitim masrafları elbette çocuğun yaşına ve bireysel farklılıklarına göre değişir. Özellikle engelli çocuklar için daha yüksek oranda masraf gerekir. Çocuğun spor kursuna kaydı ve spor kıyafetleri de bakım masraflarına dâhildir. Bu masrafların miktarının belirlenmesinde evlât edinecek ailenin ekonomik durumu da dikkate alınır (Aydoğdu, s. 186, dn. 392. Koruyucu aile ilişkisi yönünden bkz. Sevgi Usta Sayıta, Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s. 86-87).

³⁶ Aydoğdu, s. 170.

³⁷ Aydoğdu s. 186.

³⁸ Çocuğun sadece tatillerde evlât edinecek kişi veya eşlerin yanında kalması yeterli görülmez; aksine çocuğun evlât edinecek eşlerle birlikte aynı evde yaşayarak bakım ve eğitim ilişkisini kurması gerekir (Aydoğdu, 181). Bakım ve eğitim koşulu, evlât edinecek kişinin küçüğü kendi aile konutuna almasını ve ona bizzat bakmasını gerektirir (Öztan, s. 956; Baygın, 2003, s. 594-595).

³⁹ Özdemir/Ruhi, s. 346.

⁴⁰ Baygın, 2003, s. 595.

mümkün olmalıdır. Ancak azınlıkta kalan bu görüşe göre bile, ilgililer arasındaki bakım ilişkisinin uzun süre kesintiye uğraması, söz konusu zorunlu şartın gerçekleşmediği anlamına gelir.⁴¹

Üzerinde durulması gereken son husus ise, evlât edinecek kişi veya eşler ile evlât edinilecek çocuk arasındaki bakım ve eğitim ilişkisinin karşılıksız olması gerektiğidir. Özellikle bakım ve eğitim ilişkisinin ücret gibi maddi veya manevi bir yarar karşılığında gerçekleştiği hâllerde, evlât edinme kararı verilmemelidir.⁴² Bununla birlikte evlât edinecek kişi veya eşler ile evlâtlık arasındaki bakım ve eğitim ilişkisinin evlât edinmek amacıyla kurulmuş olması gerekmez.⁴³

A. ÇOCUKLARIN KURUM ARACILIĞIYLA EVLÂT EDİNİLMESİNDE BAKIM VE EĞİTİM İLİŞKİSİ

Elinizdeki çalışmada önce evlât edinme ilgilileri arasında en az bir yıl süreyle geçirilmiş olması gereken bakım ve eğitim sürecine ilişkin şartın kurum aracılığıyla evlât edinmede nasıl gerçekleştiği açıklanmaktadır. Esasen TMK m. 320/I gereği küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetleri, ancak Cumhurbaşkanınca yetki verilen kurum ve kuruluşlarca yapılır. Madde gerekçesinden bu hükümle Devletin çocukların evlât edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetlerini bizzat kendi kurumları aracılığı ile yerine getirmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.⁴⁴ Diğer bir deyişle Kanun bu hükmüyle özel kişilerin evlât edinmeye ilişkin süreçte aracılık faaliyetinde bulunmasına izin vermemektedir.⁴⁵ Kanun'da aracılık faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin hususların yönetmelik ile düzenleneceği öngörülmüştür (TMK m. 320/II). Ancak Kanun'un yürürlüğünden oldukça uzun bir süre sonra, bu hususta "*Küçüklerin Evlât Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük*" Resmi Gazete'de yayımlanarak

⁴¹ Bkz. Belen, s. 50; Çağlayan Aygün, 2021a, s. 54.

⁴² Baygın, 2003, s. 597-598. Ancak koruyucu ailenin talebi üzerine kendisine bakım parası ödendiğinde, kanaatimizce bu ödemenin ücret/ ivaz olarak değerlendirilmesi mümkün değildir (Kılınç, 2020, s. 1236, 1253, Usta Sayıta, 86-87). Dolayısıyla koruyucu aile, yanına yerleştirilen korunmaya ihtiyacı olan çocuğu daha sonra evlât edinmek isterse bu ödemenin sorun teşkil etmemesi gerekir.

⁴³ Doktrinde yanına koruyucu aile sözleşmesiyle yerleştirilen bir çocuğa en az bir yıl bakım ve eğitim verdikten sonra çocuğu evlât edinmek üzere mahkemeye başvuran koruyucu ailelere öncelik tanınması gerektiği yönünde bir görüş vardır. Aksi yöndeki Yargıtay kararı ise eleştirilmektedir (Aydoğdu, s. 171-172). Bize göre de evlât edinilecek çocuğun yanına yerleştirildiği koruyucu aile, bu süreçteki bakım ve eğitim ilişkisini evlât edinmenin şartı olarak yerine getirmiş sayılmalıdır. Ancak koruma altına alınan çocuk ile koruyucu aile arasındaki mevcut kısa süreli koruyucu aile ilişkisi, çocuğun evlât edinmeye daha uygun bir aile yanına geçici bakım sözleşmesiyle yerleştirilmesinin önünde engel teşkil etmemelidir. Zira koruyucu aile ilişkisi evlât edinme için bir basamak olarak kullanılmamalıdır (Kılınç, 2020, s. 1231, 1254; Krşz. Baygın, 2003, s. 596).

⁴⁴ Evlâtlık işlemlerinde aracılık, kolaylıkla istismar edilebilir. Kanun koyucu, bu sebeple aracılığı özel olarak düzenlemiştir. Böylece evlât edinilecek çocukların ticari alışveriş konusuna dönüştürülmesi önlenmek istenmiştir (Serozan, s. 230).

⁴⁵ Akıntürk/ Ateş, s. 390; Şıpka, s. 317-318.

yürürlüğe girmiştir.⁴⁶ Söz konusu Tüzük ile evlât edinmede aracılık faaliyetleri konusunda “*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu*” yetkilendirilmiştir. Ancak 2011 yılında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın kurulmasıyla “*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu*”nun görevleri ve yetkileri Bakanlığa devredilmiş olduğundan, bu tarihten itibaren bu görevi Bakanlık içinde teşkilatlanmış “*Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü*” yerine getirmektedir. Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, hâlihazırda “*Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı*” bünyesinde görevine devam etmektedir.⁴⁷

1. Evlât Edinecek Kişi veya Eşlerin Aracı Kuruma Evlât Edinmek Üzere Başvurması

Türkiye’de yerleşik olup kurum aracılığıyla evlât edinmek isteyen kişi veya eşler, yerleşim yerlerindeki Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüklerine bu hususta yazılı olarak şahsen başvurmak zorundadırlar. Bu konudaki ön başvuru e-devlet üzerinden de yapılabilmektedir.⁴⁸ Evli kişilerin birlikte evlât edinmesinde ise, her iki eşin de yazılı başvurusu gerekir. Başvuranlara, evlât edinilecek çocukların özellikleri ile evlât edinmenin sosyal ve hukuki sonuçları hakkında sosyal çalışmacı tarafından bilgi verilir ve ilk görüşme formu birlikte doldurulur. (Tüzük m. 5). Kuruma evlât edinmek üzere başvuran kişilerden hangi belgelerin isteneceği ise, Tüzüğün altıncı maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar; başvuranların nüfus kayıt örneği, başvuranlar ve birlikte yaşadığı aile fertlerinin 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu kapsamında yer alan silinmiş kayıtlar da dâhil sabıka kayıtları, başvuranların mal varlığını, gelir ve sosyal güvenlik durumunu gösterir belgeler, başvuranların yerleşim yeri belgesi, öğrenim durumlarını gösterir belge ile başvuranlara ilişkin fiziksel, zihinsel ve ruhsal bir engelinin, sürekli bakımı gerektiren, bulaşıcı veya süregen bir hastalığının bulunmadığını, ayrıca alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı olmadığını belirten sağlık kurulu raporu ile Türkiye’de yaşayan yabancı ülke vatandaşlarından veya yurt dışında yaşayan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarından oturma izin belgesi ve küçüğün kabul eden ülkeye girmesine ve orada sürekli ikametine izin verildiğine veya verileceğine dair belgeden oluşmaktadır.⁴⁹

Tüzüğün yedinci maddesinde evlât edinmek üzere başvuran kişi veya eşlerin, söz konusu belgeleri, başvuru tarihinden itibaren en geç iki ay içinde tamamlayıp sunmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Aksi takdirde evlât

⁴⁶ RG, 15.03.2009, S. 27170. Tüzüğün 27. maddesinde Türk Medeni Kanunu’nun 320. maddesine göre hazırlanıp Danıştay tarafından incelenmiş olan bu Tüzüğün Resmî Gazete’de yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Anılan Tüzük, bu çalışmanın devamında “Tüzük” şeklinde kısaltılmıştır.

⁴⁷ T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, “Kurum Hakkında”, <https://www.aile.gov.tr/chgm/teskilat-yapisi/kurum-hakkinda/>, s.e.t. 20.09.2023.

⁴⁸ “Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Evlat Edinme Hizmeti”, <https://www.turkiye.gov.tr/ashb-evlat-edinme-hizmeti>, s.e.t. 20.09.2023.

⁴⁹ Uygulamada ise, başvuruda bulunanlardan kendi el yazılarıyla yazılmış özgeçmişleri de istenmektedir (Çağlayan Aygün, 2021a, s. 104).

edinme başvuruları işleme konulmaz (Tüzük m. 8/III). Sosyal inceleme ve çocuğun yerleştirilmesi sıralamasında, söz konusu belgelerin sunulduğu tarih ve saat esas alınacağından, başvuru sonrasında belgelerin kısa süre içinde tamamlanıp teslim edilmesi başvuranların yararına olmaktadır. Yine Tüzüğün yedinci maddesinin ikinci fıkrasında başvuru sahiplerinin altıncı maddede sayılan belgeleri tesliminden itibaren en geç altı ay içinde yerleşim yerlerinde ziyaret edilerek haklarında sosyal inceleme başlatılması gerektiği; ancak başvuruların yoğun olduğu İl Müdürlüklerinde bu sürenin altı ay daha uzatılabileceği öngörülmektedir.

2. Aracı Kurumun Başvuruyu İncelemesi ve Sonuçlandırması

Başvuruyu alan kurum tarafından öncelikle aşağıdaki hususlar incelenir. Evlât edinmek üzere başvuran evli olmayıp tek başına evlât edinmek üzere başvurmuşsa başvuranın otuz yaşını doldurmuş olup olmadığı; eşler birlikte evlât edinmek üzere başvurmuşsa, eşlerin en az beş yıldan beri evli olup olmadıkları veya her ikisinin de otuz yaşını doldurmuş olup olmadığı tespit edilir. Başvuran üvey çocuğunu evlât edinmek için başvurmuş ise, başvuranın evlât edinilecek çocuğun ana/babasıyla en az iki yıldan beri evli olup olmadığı veya otuz yaşını doldurup doldurmadığı araştırılır. Evli kişilerden birinin tek başına evlât edinme başvurusunda ise, TMK m. 307/II'de aranan koşullardan birinin (otuz yaşını doldurmuş olan eşin, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması) gerçekleşmiş olması gerekir. Aksi takdirde evlât edinme başvuruları sosyal inceleme yapılmaksızın reddedilir (Tüzük m. 8/I).

Başvuranlar evlât edinme başvurusu yapma şartlarını haiz ise, Tüzüğün yedinci maddesi kapsamında hazırlanması gereken sosyal inceleme raporu hazırlanır. Anılan rapor oldukça kapsamlı bir değerlendirmeyi içerir. Tüzükte raporun başvuran kişi veya eşlerle en az beş görüşme sonucunda hazırlanması gerektiği vurgulanmıştır. Sosyal inceleme raporunda, evlât edinme kararı vermede etkili olacağı öngörülen yardımcı her türlü belge talep edilebilir. Rapor hazırlanırken başvuru sahiplerinin ve varsa birlikte yaşadıkları diğer kişilerin kişilik, eğitim, kültürel özellikleri, ekonomik güçleri⁵⁰, sağlık durumları, aile bireylerinin birbirleriyle ve çevreleriyle ilişkileri, evlât edinilecek küçükten beklentileri, evlât edinmeye bakış açıları, bakım, eğitime ve yetiştirme konularında yaklaşımları görevlendirilen uzmanlar tarafından araştırılır. Özellikle başvuru sahiplerinin evlât edinmek istedikleri çocuğun özellikleri, evlât edineceklerin veya varsa altsoylarının evlât edinmeye ilişkin tavır ve düşünceleri açıklığa kavuşturulur. Sosyal inceleme raporu sonucunda evlât edinme başvurusu uygun bulunanlara bu durum yazılı olarak bildirilir.

⁵⁰ Evlât edinmede evlât edinecek kişi/eşlerin evlâtlığa bakacak ekonomik gücünün bulunması son derece önemlidir. Burada koruyucu ailedeki bakım ödemesi talebine benzer veya kıyasen bir uygulama öngörülemez (Aydoğdu, s. 185).

3. Başvurunun Kabulü Üzerine Çocuğun Evlât Edineceklerin Yanına Yerleştirilmesi

Kuruma başvuru üzerine başvurusu kabul edilen kişi veya eşlerin başvurusu sıraya konulur. Tüzüğün onuncu maddesine göre başvuruların sıralamasında başvuran kişi veya eşlerin talep ettikleri çocukların özellikleri de dikkate alınır. Örneğin başvuranların evlât edinmek istediği çocuğun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, varsa kardeşi ile birlikte istenmesi gibi özellikler göz önünde bulundurulur. Ayrıca evlât edinilecek bir çocuğun, varsa kardeşi ile birlikte evlât edindirilmesine, bunun mümkün olmaması hâlinde birbirlerine yakın yerleşim yerlerinde bulunan ve çocukları birbirleriyle görüşebilecek kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmelerine özen gösterilir. Hatta kardeşi olan çocukları birlikte evlât edinmek isteyen başvuru olduğunda, sıralamaya bağlı kalınmayabilir.

Doktrinde kurum aracılığıyla evlât edinmede bakım ve eğitim ilişkisinin esasen iki dönemden oluştuğu; bunlardan birincisinin bakım ve eğitim ilişkisinin kurulmasından ve evlât edinilecek çocuğun yerleştirilmesinden önce gelen seçme dönemi, ikincisinin ise mahkemeye evlât edinme başvurusuyla başlayan araştırma dönemi olduğu ifade edilmektedir. Seçme döneminde öncelikle evlât edinecek kişi veya eşlerin evlât edinmeye ehil olup olmadıkları ve bu kişilerin evlât edinilecek çocuğa uyum sağlayıp sağlamayacakları evlât edinmeye aracılık yapan kurum tarafından belirlenir⁵¹. Bakım ve eğitim ilişkisi, seçme döneminin tamamlanmasından sonra çocuğun evlât edinecek kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesiyle başlar.⁵²

Gerçekten de sırası gelen başvuru sahibi kişi veya eşlere, Kurum önce kendilerinin istedikleri özelliklerde çocuk gösterir. Başvuru yapan kişi veya eşler kendilerine gösterilen çocuğu benimseyemez ve onunla sağlıklı iletişim kuramazlarsa bu çocuk sırası gelmiş olsa bile bu ailenin yanına yerleştirilemez. Ancak başvuru yapan kişi ve eşlere o an yasal durumu evlât edindirilmeye uygun başka çocuk varsa, bu çocuk da gösterilir. Bazen yasal durumu evlât edindirilmeye uygun başka bir çocuk bulunmayabilir. Bu hâlde başvuran/başvuranlar sırasını beklemeye devam eder.⁵³ Sırası gelen başvuru sahipleri söz konusu çocukla yaptığı görüşme sonrasında çocuğu evlât edinmek isterlerse, evlât edinecek kişi veya eşler ile Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü arasında “geçici bakım sözleşmesi” imzalanmakta ve evlât edinilecek çocuk en az bir yıl süre ile bakımı ve eğitimi için başvuranların yanına yerleştirilmektedir (Tüzük m. 11). Evlât edinilecek çocuğun bakım ve eğitim ilişkisi şartını yerine getirmek üzere evlât edinecek kişi veya eşler yanına yerleştirilmesi Tüzük m. 11’de geçen aile hukukuna özgü “bakım sözleşmesi” ile gerçekleşir. Kurum aracılığıyla evlât edinmede geçici bakım sözleşmesinin bir tarafında aracı kurum diğer tarafında ise

⁵¹ Aydoğdu, s. 168.

⁵² Aydoğdu, s. 174-175.

⁵³ Uygulamada ise, evlât edinmek isteyenler çoğunlukla kimsesiz çocukları evlât edinmek istediğinden, başvuranlara tek bir çocuk gösterilebilmektedir (Bkz. Çağlayan Aygün, 2021a, s. 106).

evlât edinecek aile yer alır.⁵⁴ Kurum aracılığıyla evlât edinmede bu sözleşme matbu bir sözleşme şeklinde karşımıza çıkar.⁵⁵

4. Evlât Edinme İlgilileri Arasındaki Bakım İlişkisinin Kurum Aracılığıyla İzlenmesi

Çocuğun evlât edinmek üzere kuruma başvuran kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesinden sonra Tüzük gereği “izleme süreci” başlar. Bu süreçte sosyal hizmet uzmanı; evlât edinecek kişi ya da eşleri küçüğü eğitime yeteneği, aile ilişkileri, sağlığı, küçükle olan ilişkilerindeki gelişmeler ile sosyal ve ekonomik koşullarındaki değişimler yönünden izler ve üçer aylık dönemler hâlinde rapor hazırlar. Bir yıllık izleme süresinin bitimini izleyen bir ay içinde ise, sosyal inceleme raporunu içeren bir dosya hazırlar. Bu raporda evlât edineceklerin altsoyu varsa, onların da evlât edinecek aile yanına yerleştirilen çocuk ile ilgili tavır ve düşünceleri değerlendirilir. İzleme ve raporlama sürecinde, evlât edinecek kişi veya eşlerin yanlarına yerleştirilen çocuğa karşı tutum ve davranışlarının Kurum tarafından denetlenmesi ve gerektiğinde evlât edinecek kişi veya eşlere danışmanlık ve rehberlik hizmeti verilmesi hedeflenmiştir (Tüzük m. 12).

İzleme süreci sonundaki sosyal inceleme raporunda evlât edinmeleri uygun görülen veya raporun olumsuz olması üzerine yaptıkları itiraz komisyon tarafından haklı görülen kişi veya eşlere, olumlu sonuç ve evlât edinme kararı almaya yönelik mahkemeye başvurmaları gerektiği hususu İl Müdürlüklerince yazılı olarak bildirilir. Bu bildirimden itibaren iki ay içerisinde, geçerli mazeretleri bulunmaksızın evlât edinmek üzere mahkemeye başvurmayan kişi veya eşlerden geçici bakım sözleşmesiyle yanlarına yerleştirilmiş çocuğun geri alınmasına İl Müdürlüğünce karar verilir. Diğer taraftan evlât edinme ilgilileri arasında evlât edinme amacıyla bakım ve eğitim ilişkisinin kurulmuş olması, evlât edinecek kişi veya eşler açısından evlât edinme başvurusu yapma zorunluluğu doğurmaz. Çünkü evlât edinme bir haktır; yükümlülük değildir.⁵⁶ Ancak doktrinde haklı olarak bu hâlde evlât edinilecek çocuğun, yanına evlât edinilmek üzere yerleştirildiği kişi veya eşlere manevi tazminat talepli dava açabileceği ifade edilmektedir. Kanaatimize göre somut olayda evlât edinecek eşler arasında bu arada boşanma, ayrılık ya da birlikte yaşamaya ara verilmesine yönelik bir davanın görülmekte olması manevi tazminat davasının reddini gerektirir.⁵⁷

Bazen evlât edinilecek çocuk, geçici bakım sözleşmesi ile evlât edinecek kişi veya eşlerin yanına yerleştirildikten sonraki bir yıllık süreç devam ederken de anılan kişilerin sorumluluğunu yerine getirmedikleri tespit edildiğinden, asgari bakım süresinin dolması beklenmeksizin geri alınabilir. Bazen de bir yıllık izleme süreci sonunda düzenlenen sosyal

⁵⁴ Aydoğdu, s. 182. Kılınc, s. 1231. Koruyucu aile sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. Usta Sayita, s. 72-73.

⁵⁵ Aydoğdu, 181-182;

⁵⁶ Aydoğdu, s. 191; Baygın, 2003, s. 595.

⁵⁷ Benzer yönde bkz. Aydoğdu, s. 191-192; Öztan, s. 957.

inceleme raporu üzerine, çocuğun yanına yerleştirildiği kişi veya eşlerin evlât edinmeleri uygun görülmeyle başvuruları reddedilir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere ret kararına yazılı bildirimden itibaren on beş gün içinde İl Müdürlüğü nezdinde itiraz edilebilir. İtiraz, komisyon tarafından görüşülerek en geç bir ay içinde kesin karara bağlanır. Komisyonun da evlât edinecek kişi veya eşleri evlât edinmeye uygun bulmaması hâlinde, çocuk yanına yerleştirildiği kişi veya eşlerden geri alınır (Tüzük m. 13). Dolayısıyla ilgililer arasındaki bakım ilişkisini, özellikle çocuğun yararı tehlikeye düştüğünde aile mahkemesi bir yıldan daha kısa bir süre geçmiş olsa bile sona erdirebilir. Yine evlât edinecek kişi veya eşlerin her ikisinin ya da yanlarına yerleştirilen çocuğun ölümü ya da ayırt etme gücünü kaybı da bu ilişkiyi daha kısa süre içinde sona erdirebilir. Son olarak bakım ilişkisi devam ederken evlât edinilecek çocuğun ana babasının evlât edinmeye ilişkin rızalarını usulüne uygun şekilde geri almaları hâlinde de bakım ilişkisi sona erdirilir.⁵⁸

5. Kurum Aracılığıyla Evlât Edinmede Mahkeme Tarafından Yapılması Gereken Araştırmanın Kapsamı

Mahkemeye evlât edinme başvurusu, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olup temsilci vasıtasıyla yapılamaz.⁵⁹ Bu sebeple evlât edinme kararı verilebilmesi için evlât edinen eşlerin şahsen talepte bulunmaları gerekir.⁶⁰ Gerçekten de kurum aracılığıyla evlât edinmek üzere başvuran kişi veya eşlerin bir yıllık bakım ve izleme sürecini olumlu şekilde tamamlamaları üzerine, tek başına evlât edinmede kendi yerleşim yeri/ birlikte evlât edinmede ise eşlerden birinin yerleşim yeri aile mahkemesinde evlât edinme kararı almak üzere başvurmaları gerekir (TMK m. 315/I). Anılan başvuru üzerine mahkeme önce somut olayda küçüklerin evlât edinilmesinde aranan zorunlu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceler. Bu inceleme, mahkemeye kanunun aradığı nitelikte bir başvurunun bulunup bulunmadığı, başvuruyu yapan kişilerin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, evlât edinmenin evlât edinilen çocuğun yararına olup olmadığı, evlât edinmenin evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarını hakkaniyete aykırı şekilde zedeleyip zedelediği, çocuğun evlât edinenler tarafından en az bir yıl süreyle bakılıp eğitilmiş olup olmadığı, evlât edinme ilgilileri arasında Kanunen aranan asgari on sekiz yaş farkının bulunup bulunmadığı ve evlât edinenler bakımından yaş şartının veya evli iseler asgari evlilik süresinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği hususlarının tespitine yöneliktir.⁶¹

⁵⁸ Aydoğdu, s. 187-189.

⁵⁹ Öztan, s. 983.

⁶⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, prg. 1593.

⁶¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, prg. 1596. Benzer yönde bkz. Çağlayan Aygün, s. 96-98; Akıntürk/ Ateş, s. 372. Küçüklerin evlât edinilmesinde evlât edinen ve edinilende aranan şartlar için bkz. Baygın 2003, s. 592- 619; Şıpka; 307-313; Özdemir/Ruhi, s. 345-353; Çağlayan Aygün, 2021a, s. 42-81.

Aile mahkemesi hâkimi, bunun ardından özellikle evlât edinmenin çocuğun yararına olup olmadığını TMK m. 316 gereği ayrıntılı olarak araştırır ve ancak olumlu sonuca vardığı takdirde ilgililer arasında evlâtlık ilişkisini kuran bir mahkeme kararı verir. Zira Medenî Kanununun “*Araştırma*” kenar başlıklı m. 316/I hükmünde hâkimin, evlât edinmeye ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmesinden ve gerektiğinde uzman görüşünün alınmasından sonra karar verebileceği ifade edilmiştir. Doktrinde zikredilen hükümlerle hâkime verilen araştırma görevinin oldukça ağır ve önemli olduğu; hâkimin evlât edinme başvurusu üzerine esaslı gördüğü her türlü durum ve şartı re’sen araştırmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.⁶² Elbette hangi hususun esaslı olduğuna, hâkim TMK m. 4’ten dayanağını alan takdir yetkisi çerçevesinde karar verir. Söz konusu araştırmanın örnek kabilinden içeriği ise, TMK m. 316/II ve III’te bulunmaktadır. Buna göre, araştırmada özellikle evlât edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinenin eğitime yeteneği ile onu evlât edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Ayrıca evlât edinenin alt soyu varsa, onların evlât edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de göz önünde bulundurulur. Şu hâlde hâkim araştırmasında her şeyden önce evlât edinmenin çocuğun yararına uygun olup olmadığını, evlât edinenlerin kişiliğinin evlât edinmeye uygunluğunu, evlât edinenleri evlât edinmeye yönelten iradenin oluşumunda sakatlık bulunup bulunmadığını, evlât edinenlerin yaşı, eğitimi ve sağlığının evlât edinilen çocuğu büyütme ve yetiştirmeye uygun olup olmadığını değerlendirmelidir.⁶³

Söz konusu araştırmada hâkimin, evlât edinecek kişi veya eşlerin bir yıllık bakım ve eğitim sürecinde çocukla ilişkileri hakkında Kurum aracılığıyla tutulan raporlar ve gözlemlerden yararlanılması gerekir. Dolayısıyla hâkimin TMK m. 316’da öngörülen araştırma yükümlülüğü bakımından ilgililer arasındaki deneme süresi son derece önemlidir.⁶⁴ Bu aşamada toplum tarafından hoş karşılanmayan, gayri ahlâki davranışları alışkanlık içinde yaşayan kişi veya eşlerin evlât edinmesi, evlât edinilecek çocuğun yararına aykırı görülerek reddedilmelidir. Özellikle sağlık bakımından sapkın eğilimleri bulunduğu hususunda en küçük bir şüphe ile dahi karşılaşan hâkim bu iddiayı çok büyük bir dikkatle incelemelidir. Benzer şekilde evlât edinecek kişi veya eşlerin tehlikeli ve bulaşıcı nitelikte

⁶² Öztan, s. 976.

⁶³ Bkz. Dural/ Ögüz/ Gümüş, prg. 1602; Akıntürk/ Ateş, s. 381; Öztan, s. 976; Şıpka, s. 316; Aydos, s. 129-130; Çağlayan Aygün, s. 98-99. Evlât edinme kararı verecek hâkim, öncelikle evlât edinilecek çocuğun ve evlât edinecek kişi/eşlerin varsa diğer çocuklarının yararlarını somut olay adaletine uygun olarak araştırıp değerlendirmelidir. Ancak bu hâlde hâkim TMK m.4’ten kaynağını alan takdir yetkisine dayanarak hukuka ve hakkaniyete uygun bir karar vermiş olur. Elbette hâkimin takdirine dayanan kararı her hâlde, kendisine bu hususta takdir yetkisi veren normun koruma amacına uygun olmalı ve bu normun uygulanma alanı sınırları içerisinde bulunmalıdır (Bkz. Demir, s. 258).

⁶⁴ Belen, s. 50.

hastalıkları varsa evlât edinmeye dikkatle yaklaşılmalıdır.⁶⁵ Hatta doktrinde evlât edinmenin diğer tüm koşulları gerçekleşse bile hâkim tarafından, somut olayda çocuk güvenliği için evlât edinmenin uygun bulunmadığı hâllerde, evlât edinme başvurusunun reddi gerektiği vurgulanmaktadır.⁶⁶

Son olarak mahkeme, evlât edinme başvurusuna ilişkin evlât edinme kararının kesinleşmesinden itibaren on gün içinde 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 29 ve TMK m. 42 gereğince o yerin Nüfus Müdürlüğü'ne bildirir. Evlât edinme kararı aile kütüklerine tescil edilir ve evlât edinilenin kaydı evlât edinenin aile kütüğüne taşınır. İl Müdürlüğü, Kimlik Paylaşımı Sisteminden veya nüfus idaresinden temin edeceği nüfus olayı kayıt örneğini evlât edinme dosyasına koyar ve evlât edinme işleminin tamamlanmasına ilişkin belgeyi en geç bir ay içerisinde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne gönderir (Tüzük m. 14). Evlât edinmenin nüfus siciline tescili kurucu değil bildirici bir etkiye sahiptir.⁶⁷

⁶⁵ Aydos, s.129; Öztan, s. 976-977. Zira evlât edinecek ana babanın kişiliğinde çocuğun yararı bakımından zararlı özellikler bulunmamalıdır (Akyüz, s. 166). Bununla birlikte son dönemde Avrupa'da evlilik dışı fiili birlikteliklerin ve tescil edilmiş hayat ortaklıklarının yasallaşmasıyla birlikte bu tür birliktelikler içinde yaşayan kişilerin evlât edinebilmelerinin önü açılmıştır. Hatta söz konusu yasal düzenlemelerde eşitlik ilkesi gereği evli eşlerle eşcinsel hayat ortaklıklarında evlât edinme şartları bakımından eşit şartlar öngörülmekte ve bu durum 27.11.2008 tarihli "Çocukların Evlat Edinilmesine İlişkin (Revize Edilmiş) Avrupa Konseyi Sözleşmesi" hükümlerinin de bir gereği olarak görülmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Canan Yılmaz, "Evlât Edinme Hukukunda Güncel Gelişmeler", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Aslı Makaracı Başak/ Seda Öktem Çevik/ Gülen Sinem Tek (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 128-131). Kanaatimize göre ise, Avrupa'da çocukların evlât edinme müessesesinde son dönemde yaşanan söz konusu gelişmelerin Türk iç hukukuna aktarılması ve benimsenmesi mümkün görünmemektedir. Esasen Avrupa ülkelerinde kabul gören bu tür eğilimler genel ahlâka uygun addedilerek eşitlik gerekçesiyle yasal dayanağa kavuşturulmuş olsa da bu türden evlât edinme taleplerinin, Avrupa'dan farklı olan Türk toplumunun genel ahlâk yapısı göz önünde bulundurulduğunda sosyal anlamda kabul görmesi oldukça güçtür. Dolayısıyla fiilen eşcinsel birliktelik yaşayan bir kişinin tek başına evlât edinmek üzere başvurusuyla karşılaşan hâkimin, Türkiye'de böyle bir evlât edinmenin çocuğun yararına uygun olduğu sonucuna varması oldukça güçtür. Nitekim doktrinde de özellikle İsviçre'de evlât edinme müessesesindeki son gelişmelerin (özellikle üvey çocuğu evlât edinme hakkının tescil edilmiş eşcinsel hayat ortaklığı ve fiili hayat ortaklığı içinde yaşayan çiftlere de tanınması yönündeki düzenlemelerin), çocuğa sosyal ve psikolojik etkileri açısından hassasiyetle tartışılması gerektiğine işaret edilmiştir (Bkz. Sadioğlu, s. 756).

⁶⁶ Turan Başara, s. 70.

⁶⁷ Aydoğdu, s. 481-482; Öztan, s. 986; Çağlayan Aygün, s. 101). Türk Kanunu Medenisi döneminde de evlât edinme sözleşmesinin nüfus kütüğüne kaydı bildirici nitelikteydi (Tekinay, s. 369).

B. BİYOLOJİK ANA BABALARI KURUM ARACILIĞI DIŞINDA EVLÂT EDİNMEYE YÖNLENDİREN PSİKOLOJİK, SOSYAL VE HUKUKİ SEBEPLER

Bir çocuğun biyolojik ana babası tarafından evlât edinmek üzere kuruma yerleştirilmesi oldukça zor bir karardır. Esasen çocuklarını terk eden ya da terk etmek zorunda kalan biyolojik ailelerin duygusal maliyeti akademik çalışmalarda henüz belirlenememiştir.⁶⁸ Gerçekten de Türk hukukuna göre, bu karar ile biyolojik ana babanın çeşitli sebeplerle kurum bakımına bıraktıkları ve evlât edinilenlerin adları belirtilmemiş veya evlât edinilenlerin henüz belirlenmemiş olduğu bir aşamada çocuklarının evlât edinilmesine rıza göstermiş olmaları (TMK m. 309/III) ihtimalinde çocuklarını ilanihaye görememe riskini göze almaları gerekir.

Yukarıda evlât edinmenin hüküm ve sonuçları bakımından doktrinde farklı açılardan sınıflandırıldığını ifade etmiş idik. Özellikle ana babanın evlât edinilmesine rıza gösterdikleri çocuklarıyla, evlât edinme kararı sonrasında kişisel ilişki kurup kuramayacakları yönünden yapılan ayrıma göre evlât edinme açık, yarı açık ve kapalı olmak üzere üçe ayrılmaktaydı.⁶⁹ Türk hukukunda, çocukların kurum aracılığıyla evlât edinilmesinde evlâtlık ile evlât edinme sonrasında biyolojik ana babası arasında kişisel ilişki bakımından daha ziyade kapalı evlât edinmeye yakın hukuki sonuçlar doğmaktadır. Kapalı evlât edinmede, evlâtlık ile biyolojik ana baba arasındaki kişisel ilişkinin kurulup kurulamayacağına karar verme yetkisi mahkemededir (TMK m. 323-324). Ancak ana baba çocuğunu, evlât edinilen eşleri tanımadan evlât edinmeye rıza göstermişse, evlât edinmede gizlilik ilkesi sebebiyle evlât edinilenler istemedikçe, evlât edinilenlerin adresi ve kimliği çocuklarının evlât edinilmesine rıza gösteren ana babaya açıklanamaz. Dolayısıyla bu ihtimalde evlât edinme sonrasındaki kişisel ilişki ne yazık ki evlât edinilenlerin insafına kalmaktadır.⁷⁰ Zira evlât edinme

⁶⁸ Bkz. Erol/ Şimşek/ Güçlü, s. 183-184. Evlât edinme müessesesi, yoksul kişinin sahip olduğu tek varlığı olan çocuğunun zengin ve güçlü kişiler tarafından alınması olarak ele alındığında ve her nasılsa çocuğun para karşılığında terk edildiği hâllerde önemli etik tartışmalara neden olmuştur. Doktrinde çocuğun ölüm, gaiplik gibi sebeplerle anasız babasız kaldığı istisnai hâllerde ise, evlât edinmenin öncelikle akrabalar tarafından yapılması gerektiği ve ancak somut olayda çocuk için güvenli aile ortamının akrabalık bağı olmayan bir aile olduğu tespit edildiği durumda çocuğun önce yurt içi evlât edinmeye; bu da mümkün olmadığında yurt dışı evlât edinmeye yönlendirilebileceği ifade edilmiştir (Erol/ Şimşek/ Güçlü, s. 184).

⁶⁹ Aydoğdu, s. 98. Açık evlât edinmede, kapalı evlât edinmeden farklı olarak, evlât edinen kişi veya eşler ile çocuklarını evlâtlık veren ana baba arasında evlât edinme sonrasında kişisel ilişki sürdürülmektedir. Yarı açık evlât edinmede ise, taraflar arasındaki kişisel ilişki evlât edinme işlemi sonrasında sadece evlât edinmeye aracılık yapan kurum vasıtasıyla sürdürülür. Bu tür evlât edinmede biyolojik ana baba öz çocuğunu evlât edinme sonrasında sadece belli aralıklarla evlât edinmeye aracılık yapan kuruluşa görüp kısa süreliğine ziyaret edebilmektedir (Aydoğdu, s. 104-105).

⁷⁰ Aydoğdu, s. 105, 543. Bununla birlikte ana babanın evlât edinilmesine rıza göstererek kuruma yerleştirdikleri çocuklarının evlât edinilip edilmediğini öğrenme hakkı evlât edinmenin gizliliği ilkesine aykırı değildir (Aydoğdu, s. 504).

işlemine ilişkin kayıtlar ve belgeler, evlât edinme kararı sonrasında TMK m. 314/VI gereği mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtlık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz.⁷¹ Anılan hüküm ile Türk hukukunda evlât edinmeye ilişkin kayıt ve belgelerde “gizlilik ilkesi”⁷² kabul edilmiştir. Nitekim İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün 29.01.2009 tarihli 32019 sayılı Genelgesi’nde mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtlık yazılı olarak talep etmedikçe nüfus kayıt örneklerine asıl ana babanın adlarının yazılmayacağı; evlât edinme işlemine dair herhangi bir açıklamada bulunulmayacağı; evlât edinme ile ilgili kayıtlar hakkında hiçbir şahsa, resmi ya da sözlü olarak bilgi verilemeyeceği ve evlât edinme ile ilgili bilgilerin uluslararası aile cüzdanlarına işlenmeyeceği açıkça vurgulanmıştır.⁷³ Esasen Kanun’da düzenlenen gizlilik hükmünün amacı doktrinde de ifade edildiği üzere evlâtlığın evlât edinen kişi veya eşlere sosyal uyumunun sağlanmasıdır.⁷⁴

⁷¹ RG, 09.05.2020, S. 31122. Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nde nüfus kayıt örneklerinde Türk Medeni Kanunu’nun 314. maddesi gereğince mahkeme kararı olmadıkça ya da evlâtlık istemedikçe evlât edinme ile ilgili açıklamalara yer verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m. 50/II (b)).

⁷² Bu yönde bkz. Serozan, s. 233; Aydoğdu, 494 vd.; Öztan, s. 971; Çağlayan Aygün, s. 101-102.

⁷³ Nüfus Kayıtlarındaki Açıklamalar (2009/2) Konulu Genelge için bkz. https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/Nufus_Kayıtlarındaki_Acıklamalar_20092.pdf. s.e.t. 20.09.2023.

⁷⁴ Evlât edinmenin gizliliği kapsamındaki bilgiler, evlât edinme kararına ilişkin dosya, evlâtlığın ana babasının isimleri, evlât edinen kişi veya eşlerin adı ve adresleridir (Aydoğdu, s. 495). Ancak Yargıtay ve doktrin aksi görüştür. Dolayısıyla evlât edinmede gizlilik ilkesinin nasıl gerçekleşeceği belirsizdir (Aydoğdu, s. 496). Yakın tarihli bir olayda ise, davacı kadın, “1999 yılında Elazığ Devlet Hastanesi’nde bir kız bebek dünyaya getirdiğini, bebeğinin babası tarafından götürüldüğünü, daha sonra bir daha çocuğuna ulaşamadığını, bu nedenle Elazığ Valiliği’ne başvurduğunu, o tarihlerde bulunan bebeğin evlatlık verildiği ancak bu işleme ilişkin bilgilerin mahkeme kararı olmaksızın açıklanamayacağı gerekçesiyle talebinin reddedildiğini ileri sürerek TMK m. 314 gereğince evlatlık verilen kızının nüfus bilgilerinin ve evlat edinen aile hakkında kendisine bilgi verilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir”. Yerel mahkeme ise davacının nüfus kaydında 1999 yılında doğan bir çocuk bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiş ve karar istinaf talebinin de reddi üzerine Yargıtay’ın önüne gelmiştir. Yargıtay ise, “Türk Medeni Kanunu’nun m. 314/6 gereğince evlat edinme ile ilgili kayıtlar, belgeler ve bilgiler mahkeme kararı olmadıkça veya evlatlık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz. O halde, davacının bu davayı açmakta hukuki yararı olduğu ve bu nedenle aktif dava ehliyeti olduğunun kabulüyle dava dilekçesinin ve eklerinin davalıya tebliğ edilerek taraf teşkilinin sağlanması, davacının iddiasını ispata yönelik bildirdiği delillerinin toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken duruşma dahi açmadan tensiple davanın reddi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir...” (Yargıtay 2 HD, E: 2021/5782, K: 2022/2513, T: 16.03.2022, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, s.e.t. 2.11.2023). İsviçre’de ise, 1 Ocak 2018’de yürürlüğe giren revizyon ile birlikte evlât edinmede gizlilik esnetilmiştir. Özellikle çocuklarını kendi rızalarıyla evlâtlık veren ve daha sonra onu arayıp hakkında bilgi edinmek isteyen biyolojik ana babalara, ileride evlât edinilen çocuğun kimliğiyle ilgili bilgiler verilebilmektedir. Ancak evlât edinilen çocuk ergin ise, buna rıza göstermiş olmalıdır. Eğer çocuk ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte henüz ergin değil

Diğer yandan bu sorun, biyolojik ana babaları çocuklarını evlât edinmek üzere kuruma bırakmaktan uzaklaştırmakta ve evlât edinmeyi kurum aracılığı olmaksızın gerçekleştirme yoluna sevk etmektedir. Gerçekten de biyolojik ana babalar geçici veya devamlı sebeplerle bakımını ve korumasını sağlayamadıkları çocuklarını (devlet korumasına bırakmak yerine) kuruma vermek yerine, bir hısmının ya da evlât edinecek kişi veya eşler ile yaptığı anlaşmaya dayanarak kimliğini ve adresini bildiği üçüncü kişilerin yanına yerleştirme düşüncesini daha makul görebilmektedirler. Zira kuruma bıraktıkları durumda, evlât edinmeye ilişkin açık rızalarına (TMK m. 309-310) dayanarak ya da mahkemenin ana babanın rızalarının aranmasına gerek olmadığı kararıyla (TMK m. 311-312), çocuklarının mahkeme kararıyla evlât edinilmesi mümkündür. Bu hâlde, ana babaların evlât edinme kararı sonrasında evlâtlık verdikleri çocuk ile kişisel ilişkiyi ancak özel bir mahkeme kararı ile sürdürmeleri mümkün olmaktadır. Diğer olasılıkta ise, kişisel ilişkiyi evlât edinme sürecinde ve sonrasında fiilen sürdürmeleri her hâlde mümkündür.⁷⁵ Yine bu ihtimalde çocuklarına ilişkin gizlilik ve bilinmezlik korkusu da ortadan kalktığından biyolojik ana baba tarafından yaşanan kayıp aynı değildir. Doktrinde evlât edinilen çocukta bu durumun kafa karışıklığı yaratacağı ve olumsuz etki oluşturacağı endişelerinden söz edilmekteyse de, son tahlilde bu ihtimalde çocuk ile evlât edinen ana babalar arasında güven ve açıklık ilişkisi olduğundan açık evlât

ise, hem kendi rızası hem de evlât edinen kişi/ kişilerin rızası aranır. Dolayısıyla hâlen biyolojik ana babanın evlâtlık verdiği çocuğa ilişkin bilgi edinme talebine tam anlamıyla çekingenlikle yaklaşılmaktadır (İMKG/ZGB m. 268b/II ve III) (Ayrıntılı bilgi için bkz Yılmaz, s. 186-187). Türk hukukunda, İsviçre'den farklı olarak, evlât edinmeyle birlikte evlâtlık ile biyolojik ana babası arasındaki aile bağlarının devam etmesi amacı bulunduğundan (TMK m. 314/V), biyolojik ana babaların çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakları evlat edinme sonrasında da vardır. Ancak biyolojik ana baba ile evlât edinilen çocuk arasındaki kişisel ilişki ancak mahkeme kararıyla kurulabilir (Aydoğdu, s. 544-545).

⁷⁵ Diğer taraftan açık ya da yarı açık evlât edinmenin söz konusu olduğu hâllerde evlât edinen kişi veya eşlerin öz ana baba ile evlâtlık arasındaki kişisel ilişkinin fiilen kurulmasına çeşitli sebeplerle imkân tanımadığı hâllerde de biyolojik ana babanın evlât edinilmesine razı oldukları çocuklarıyla kişisel ilişki kurmalarında çocuğun yararı söz konusu olduğu sürece, somut olayda gizlilik ilkesinden de söz edilemeyeceğinden, hâkim kararıyla kişisel ilişki kurulmasına karar verilebilir. “Küçüğün bir başka aile tarafından evlat edinilmiş olması, gerçek ana ve babanın çocuklarıyla kişisel ilişkisini keser ise de gerçek ailesi ile aralarındaki soybağın bir gereği olarak bu hakkı ilanihaye ortadan kaldırmaz. Koşullarının varlığı halinde ve küçüğün menfaatine uygun düştüğü ölçüde hakim kararıyla bu ilişki yeniden tesis edilebilir. (...) Davacı, davalılarca birlikte evlat edinilen 21.12.2002 doğumlu küçük ...'in öz annesidir. Aralarında birinci derecede “kan hısımlığı” (TMK. m. 17/2) ilişkisi vardır. Mahkemenin talebiyle uzmanlarca düzenlenen sosyal inceleme raporunda; çocuğun gerçek annesini bildiği, annesiyle ilişkisinin koparılmasının küçük üzerinde olumsuz etki doğuracağı, kişisel ilişki kurulmasının gelişimine katkı sağlayacağı bildirilmiştir. Dosyada, küçüğün öz annesiyle kişisel ilişkisinin, onun yüksek yararına aykırı düşeceğine ilişkin ciddi sebep ve olgu bulunmamaktadır. Davacı, çocuğunun davalılarca evlat edinildiğini, küçük de annesini bildiğine göre, davacı bakımından artık evlâtlıkla ilgili kayıtların gizliliğinden de söz edilemez...” (Yargıtay HGK, E: 2014/533, K: 2016/331, T: 16.03.2016, (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, s.e.t. 2.11.2023).

edinme daha faydalıdır.⁷⁶ Uygulamada ise, açık evlât edinmenin daha ziyade üvey ve hısım çocukların evlât edinilmesinde görüldüğüne işaret edilmiştir.⁷⁷ Son olarak esasen geleneğin hâkim olduğu toplumlarda, aile olabilmek için kan bağıının bulunması gerektiği düşüncesi de, bu sefer evlât edinecek kişi veya eşleri kurum korumasındaki kimsesiz bir çocuğu değil; yakın hısımlardan birinin çocuğunu evlât edinmeye yöneltmektedir.⁷⁸ Tüm bu gerekçelerle Türk hukukunda uygulamada çocukların kurum aracılığı dışında evlât edinilmesine başvurulmakta ve bu konudaki uygulamaya ilişkin sorunlar kanaatimizce çocuğun korunması ve güvenliği ilkeleri açısından ayrı bir başlık altında değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Özellikle çocukların kurum aracılığı dışında evlât edinilmesinde evlât edinecek kişi veya eşler ile evlât edinilecek çocuk arasındaki bakım ve eğitim sürecinin nasıl gerçekleştiği hususu, olan ve olması gereken hukuk bakımından detaylı olarak değerlendirilmeye muhtaçtır.

1. Çocukların Kurum Aracılığı Dışında Evlât Edinilmesinde Bakım ve Eğitim İlişkisi

Doktrinde ve uygulamada Türk hukukunda çocukların kurum aracılığı dışında evlât edinilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir.⁷⁹ Elbette bu hâlde de çocuk ile evlât edinecek kişi veya eşler arasında en az bir yıllık bakım ve eğitim ilişkisinin tamamlanması ve dolayısıyla çocuğun evlât edinecek kişilerin yanına bakım ve eğitim görmek üzere yerleştirilmesi gerekir.⁸⁰ Doktrinde bir kişinin ekonomik yarar elde etmeksizin kendi çocuğunu bir hısmına ya da bir tanıdığına ileride evlât edinmek üzere bırakması mümkün ve makul bulunmaktadır.⁸¹ Gerçekten de evlât edinecek

⁷⁶ Erol/ Şimşek/ Güçlü, s. 205.

⁷⁷ Aydoğdu, s. 104.

⁷⁸ Yıldırım, s. 801-802.

⁷⁹ Aydoğdu, s. 401; Seda Kurtuluş Karabulut, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Aracılığıyla Evlat Edinme ve Koruyucu Aile Kurumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, s.e.t. 20.09.2023. s. 33, 140; Gençcan, s. 648 (Aktaran: Özdemir, s. 307). Yargıtay kararlarında da bu durum açıkça ifade edilmektedir. “Aracı kurumun yetkili ve görevli olduğu hususlar korunmaya muhtaç olup kurum bakım ve gözetiminde bulunan çocuklar ile sınırlıdır. Küçüklerle ilgili tüm evlat edinme işlemlerinde aracı kurumun yetkili olduğuna ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır...”, Yargıtay 2. HD, E:2011/5203, K: 2012/12923, T: 14.05.2012 (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, s.e.t. 2.11.2023). “Evlat edinme, kişiler arası anlaşma yoluyla olabileceği gibi 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 22. maddesi kapsamında korunma kararı ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 5. maddesine göre verilen bakım tedbiri kararı ile devletin bakım ve gözetimi altında olan bir çocuğun evlat edinilmesi şeklinde de olabilmektedir...” Yargıtay HGK, E: 2017/2045, K: 2021/1154, T: 05.10.2021; Yargıtay HGK, E: 2017/1926, K: 2020/1057, T: 23.12.2020 (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, s.e.t. 2.11.2023).

⁸⁰ Aydoğdu, s. 401; Şıpka, s. 307; Baygın, 2003, s. 596.

⁸¹ Ancak bir gerçek ya da özel hukuk tüzel kişinin başkalarının çocuklarının evlât edinilmesine yönelik aracılık yapması yasaktır. Diğer bir deyişle evlât edinmeye

kişi veya eşlerin, kurum aracılığına başvurmaksızın, evlât edinmek istedikleri çocuğa bir yıl bakım ve eğitim sağlamış ve bu bakım sürecini evlât edinme başvurusu yaptıkları aile mahkemesinde tanık dahil her türlü delille ispatlamış olmaları mümkündür.⁸² Bu hâlde küçüklerin evlât edinilmesi bakımından aranan diğer şartlar da mevcutsa hâkim, TMK m. 316 gereği yaptığı araştırmada evlât edinmeyi çocuğun yararına gördüğünde, evlât edinme başvurusunu salt edinecek kişilerin başlangıçta kuruma başvurmamış olmaları dolayısıyla reddedemez. Nitekim kanun koyucu bir yandan küçüklerin evlât edinilmesinde aracılık faaliyetlerinin ancak Cumhurbaşkanınca yetki verilen kurum ve kuruluşlarca yapılabileceğini düzenlemiştir (TMK m. 320/I). Diğer yandan hem ana babanın rızasının aranmaması kararının düzenlendiği hükümde küçüğün aracı kurum dışında evlât edinilecek olması hâlinde “*Diğer hâllerde, bu konudaki karar evlât edinme işlemleri sırasında verilir.*” (TMK m. 312/II) ifadesiyle hem de üvey çocuğun evlât edinilmesine ilişkin özel düzenlemeyle (TMK m. 306/III) çocukların kurum aracılığı dışında evlât edinilmesinin mümkün olduğunu gösteren bir evlât edinme sistemi öngörmüştür.

Diğer taraftan bu hâlde bir yandan aile hukukunun ilkeleri bir yandan da çocuk hakları ve özellikle de çocuk güvenliği bakımından üzerinde önemle durulması gereken bazı sorunlar karşımıza çıkar. Bu sorunlardan ilki, bu hâlde evlât edinilecek çocuk ile evlât edinecek kişi veya eşler arasındaki bakım ve eğitim ilişkisinin nasıl başlatılacağı ve gerçekleştirileceği hususudur.⁸³ Öncelikle en az bir yıl sürmesi zorunlu olan bu bakım ve eğitim ilişkisinin evlât edinecek kişi veya eşler ile evlât edinilecek çocuğun ana babası ya da üçüncü bir kişi arasındaki bir anlaşmaya konu olmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Her şeyden önce bu anlaşmaya, çocuğun hakkın konusu olmaktan ziyade hakkın süjesi olduğunun kabul edildiği çocuk hukukundaki modern gelişmelere uygun şekilde, çocuk yararının önceliği esas alınarak yaklaşılmalıdır. Böyle bir anlaşmanın evlât edinilecek çocuğun ana babası dışında üçüncü bir kişi

aracılık Kurum tekelindedir (Aydoğdu, s. 401-402; Özdemir, s. 307). Zira sanayi toplumunda, çocuklar besleme, evlâtlık, uyuşturucu madde kuryesi, dilenci, kaçak işçi, cinsel mal, hatta canlı organ vericisi olarak ticarete konu edilmişlerdir (Serozan, s. 17). Bu hükümle amaçlanan bu ve benzeri durumların önüne geçilmesidir.

⁸² Bu yönde bkz. Kurtuluş Akbulut, s. 33; Özdemir, s. 295. Nitekim yakın tarihli bir olayda da evlât edinmek üzere mahkemeye başvuran eşler, 2018 yılında evlendikleri tarihten beri davalıların çocuklarına fiilen kendilerinin baktığını, çocuğun kendilerini ana baba olarak bildiğini iddia etmişler ve davalı biyolojik ana baba da ön inceleme duruşmasında üç sene önce boşandıklarını ve kendi çocuklarına davacıların doğduğu günden bu yana fiilen baktıklarını kabul etmişlerdir. Bunun üzerine mahkeme çocuğa fiilen bakan eşlerin çocuğu birlikte evlât edinmesinde çocuğun üstün yararı bulunduğu gerekçesiyle evlât edinme kararı vermiş ve yerel mahkemenin bu yöndeki kararı istinaf incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiştir (Karara ilişkin bilgi için bkz. Yargıtay 2. HD, E: 2022/10480, K: 2023/224, T: 17.01.2023, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, s.e.t. 02.11.2023).

⁸³ Bu sürecin bu hâlde kim veya hangi kurum tarafından denetleneceği sorusu önemlidir (Şıpka, s. 307).

tarafından yapılması ya da üçüncü kişinin böyle bir anlaşmaya aracılık etmesi ise, TMK m. 320/I'deki kamu düzeni gereği emredici nitelikte olduğu hususunda tartışma yapılamayacak hukuk kuralına aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla bu ihtimalde taraflar arasındaki bu türden anlaşmalar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 27 gereği başlangıçtan itibaren geçersiz, diğer bir deyişle kesin hükümsüz olduğundan, taraflar arasında hiçbir hak ve yükümlülük doğurmaz.

Yine somut olayda evlât edinmeye kurum dışında gerçek veya tüzel üçüncü kişilerin aracı olduğu bu hâllerde aracılık karşılığında evlât edinecek kişi veya eşlerden maddi bir karşılık (ivaz) talep edilmiş olması ve hatta bu ivazın yukarıda geçersiz olduğu tespit edilen sözleşmeye dayanarak yerine getirilmiş olması da mümkündür. Bu hâlde ise, bir çocuk adeta satış konusu hâline getirilerek evlât edinmenin şartları gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu durumda sözleşmenin hem hukuka hem ahlâka aykırı olduğundan geçersiz olacağı ise, izahtan varestedir. Kanaatimizce kesin hükümsüz olan böyle bir sözleşmenin ifası amacıyla yapılan bu türden ödemelerin bir yandan TBK m. 77/II gereği sebepsiz zenginleşme teşkil edeceği ve iadesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Diğer yandan, sebepsiz zenginleşmede hukuka ve genel ahlâka aykırı bir amacı elde etmek için verilen şeylerin iadesinin istenemeyeceğine ilişkin TBK m. 81'in, çocuğun bedel karşılığında evlât edinecek kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesi durumunda kural olarak uygulanmayacağı düşüncesindeyiz. Zira anılan hüküm daha ziyade para karşılığında suç teşkil eden bir fiili işlemeye veya genel ahlâk dışı birliktelikler yaşamaya yönelik yapılan sözleşmelerde uygulama alanı bulur.⁸⁴ Burada nihayetinde evlât edinecek kişi veya eşler esasen hukuka veya ahlâka aykırı bir amaca ulaşma değil; emredici hukuk kurallarına ve çocuğun satışa konu edilmesi gibi genel ahlâka aykırı bir yoldan hukuka uygun bir sonuca ulaşma gayesindedirler. Hatta somut olayda bu yolla kurulan bakım ilişkisi çocuğun yararına hizmet etmekteyse, evlât edinecek kişi veya eşler tam da hukukun teşvik ettiği bir sonuca ulaşma gayreti içine girmektedirler. Bununla birlikte somut olayda evlât edinecek kişi veya eşlerin bu yolla, örneğin çocuğun cinsel olarak veya işgücünün sömürülmesi ya da organ ticaretine veya insan ticaretine konu olması gibi hem hukuka hem de ahlâka aykırı bir sonuca ulaşma gayesinde oldukları da tespit edilebilir. Bu hâlde TBK m. 81 uygulama alanı bulur ve hâkim, böyle bir sözleşmeden yararlanarak çocukla aralarında bakım ilişkisi kuran kişi veya eşlerin iadesini talep ettikleri ivazın Devlete mal edilmesine karar verebilir.

⁸⁴ Fikret Eren/ Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C.II, m. 49-82, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, m. 81, prg. 9-11. TBK m. 81'e ilişkin olarak kelepçeleme sözleşmelerinde benzer yönde değerlendirme için bkz. Akın Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 234-235. Zira doktrinde TBK m. 81'in daha ziyade bir ceza kuralı olduğundan hareket eden görüş, hukukî işlemin herhangi bir sebeple geçersiz sayıldığı her hâlde değil, işlemin TBK m. 27 anlamında "konu unsuru" bakımından hukuka ve ahlâka aykırı olduğu ve özellikle de iadesi istenen bedeli verenin sözleşmenin hukuka ve ahlâka aykırı olduğu bilinciyle hareket ettiği sınırlı hâllerde uygulanması gerektiği değerlendirilmektedir (Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976, s.544, 591, 613-614).

Böyle bir anlaşmanın aracı üçüncü kişi bulunmaksızın evlât edinecek kişi veya eşler ile evlâtlığın ana babası arasında yapılmış olması hâlinde ise, yapılan anlaşmanın geçerliliği soybağının sonuçları ve velâyetin sağladığı yetki ve yüklediği görevler açısından değerlendirilmelidir. Kanaatimizce bu anlaşmalar bakımından şu sorulara yanıt verilmesi son derece önemlidir. Ana babanın bir yıl veya daha uzun süre ile süreklilik arz edecek şekilde kendi çocuğunun bakımını ve eğitimini ileride çocuğu evlât edinecek kişilere bırakması mümkün müdür? Ana babanın soybağından ya da velâyet hakkından kaynaklı böyle bir yetkisi bulunmakta mıdır? Bu anlaşmanın geçersiz olduğundan hareketle başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacağı söylenebilir mi? Evlât edinilecek çocuğu, geçersiz de olsa anlaşmaya dayanarak en az bir yıl süreyle bakıp yetiştiren kişi veya eşler bulunabilir. Bunlar çocuğu evlât edinmek üzere mahkemeye başvurduğunda söz konusu anlaşmanın geçersizliği hâkimin evlât edinme kararına etki eder mi? Aşağıda sırayla tespit edilen bu sorulara yanıt aranmaktadır.

2. Kurum Aracılığı Dışında Evlât Edinmede Bakım ve Eğitim İlişkisinde Seçme Dönemi

Kurum aracılığıyla evlât edinmede bakım ve eğitim ilişkisinin esasen iki dönemden oluştuğu; bunlardan birincisinin seçme, ikincisinin ise araştırma dönemi olduğu yukarıda ifade edilmişti. Seçme döneminde, evlât edinecek kişi veya eşlerin evlât edinmeye ehil olup olmadıkları ve bu kişilerin evlât edinilecek çocuğa uyum sağlayıp sağlamadıkları evlât edinmeye aracılık yapan kurum tarafından belirlenmekteydi. Ancak kurum aracılığı dışında evlât edinmede seçme döneminin nasıl gerçekleştirileceği aile hukuku ve çocuk hukuku ilkeleri bakımından dikkatle değerlendirilmelidir. Zira Kanun'da bu ihtimale ilişkin özel bir hüküm sevk edilmemiştir. Sadece Tüzük m. 7/I c. 4'te korunma ihtiyacı olmayan çocukların evlât edinilmesinde veya oluşmuş ana baba çocuk ilişkisinin bulunduğu hâllerde ve yine evlât edinme ilgilileri arasında hısımlığın söz konusu olduğu ya da koruyucu ailenin bakmakta olduğu çocuğu evlât edinmeye ilişkin talebinin Kurum tarafından uygun bulunduğu durumlarda evlât edinme sıralamasında başvuru evraklarının Kuruma teslim anının esas alınacağı ilkesine bağlı kalınmayacağı düzenlenmiştir. Esasen Tüzük'teki bu ifadeden hareketle, devlet koruması altında olmayan, dolayısıyla korunma ihtiyacı olmayan ya da hısımlık çocukların evlât edinecek kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesinde de Kurum'a başvurunun aranması gerekeceği sonucuna varılmalıdır. Ancak doktrinde ve uygulamada Türk hukukunda çocukların evlât edinilmesinde zorunlu bakım ve eğitim ilişkisinin kurum aracılığına başvurmaksızın gerçekleşmesinde bir sorun görülmemiştir.

Hatta doktrinde kurum aracılığı dışında evlât edinmede seçme döneminin özellikle hısımlık çocuğun evlât edinilmesinde söz konusu olmadığı, sadece hısımlık olmayan bir çocuğun kurum aracılığı dışında evlât edinilmesinde seçme döneminin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Zira hısımlık olmayan çocuğun kurum aracılığı dışında evlât edinilmesinde ise, seçme dönemi daha ziyade başvuru üzerine evlât edinme kararı vermeye yetkili olan mahkemeye ya da çocuk vesayet altındaysa vasiye ve vesayet

dairesine ait bir sorumluluk olarak değerlendirilmiştir.⁸⁵ Doktrinde mevcut bu yorumdan anlaşıldığı kadarıyla, esasen bir ana babanın soybağına veya velâyet hakkına dayanarak kendi çocuğunun bakım ve eğitimini hısımları dışında kendi seçtiği üçüncü bir kişiye veya aileye ileride evlât edinmek üzere bırakması makul görülmemiştir. Kanaatimize göre de, Türk hukukunda biyolojik ana babanın ne soybağına ne de velâyet hakkına dayanarak çocuğunun bakım ve eğitimini en az bir yıl sürecek ve süreklilik arz edecek şekilde ne kendi seçtiği bir hısmına ne de kendisine hısım olmayan üçüncü bir kişiye bırakması mümkün olmalıdır. Bir yandan Türk aile hukukundaki velâyet hakkının vazgeçilmezliği ve devredilmezliği⁸⁶ diğer yandan çocuk hukukunda çocuk yararının önceliği ve çocuk güvenliği ilkeleri, bizi ana babanın böyle bağımsız bir seçme yetkisi bulunmadığı sonucuna götürmektedir.

Esasen Türk hukukunda evlilik içinde doğmuş ise ana babaya (TMK. m. 335/I), evlilik dışında doğmuş ise (baba ile soybağı kurulmadığı sürece) sadece anaya ait olan (TMK m. 337/I) velâyet hakkı en başta çocuğun bakım ve eğitimini sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Velâyet, ana babaya tanınan sübjektif bir hak olmadığından, ana babanın bu hak üzerinde tasarrufta bulunması da mümkün değildir. Ayrıca esasen son dönemde özellikle çocuk hukukundaki gelişmeler sayesinde içeriği önemli ölçüde değişime uğrayan ve bu sebeple doktrinde daha ziyade yüküm hak olarak nitelendirilen⁸⁷ velâyet hakkına sahip ana baba, bu hakkı kullanmakla da yükümlüdür.⁸⁸ Diğer bir deyişle, ana babanın çocuk üzerinde velâyetten doğan hakları, çocuğun bakımı ve korunması ile eğitimine ilişkin yükümlüklerinin tamamlayıcısı olup, esasen bu yükümlülüklerin iyi ifasına hizmet etmektedir.⁸⁹ Gerçekten de TMK m. 339 vd. hükümleri gereği ana baba çocuğun bakım ve eğitimi konusunda her hâlde çocuğun yararını göz önünde tutmalıdır. Kanun koyucu, TMK m. 346 vd.'nda ise, ana babanın çocuğun bakım, eğitim ve korunmasına ilişkin görevini gereği gibi yerine getirmediği ya da getiremediği hâllerde, çocuğun kişiliğinin korunmasına yönelik tedbirler öngörmüştür.⁹⁰ Buna göre hâkim tarafından öncelikle

⁸⁵ Aydoğdu, s. 168.

⁸⁶ Dural/ Ögüz/Gümüş, prg. 1691; Akıntürk/ Ateş, s. 408; Öztan, s 1080; Yıldız Abik, "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 28.

⁸⁷ Dural/ Ögüz/Gümüş, prg. 1695, 1700-1701; Abik, s. 12-13; Ahu Ayanoglu, "Velayetin Ana Babaya Yüklediği Görev ve Yetkilerin Kullanılmasının Üçüncü Kişilere Bırakılması ve Sınırları", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 272.

⁸⁸ Öztan, s. 1074-1077; Ayanoglu, s. 276-277.

⁸⁹ H. Reyhan Demircioğlu, "Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler Bakımından Boşanma Sonrası Ortak Velayetin İşlevselliği", II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu C.II, Süheyla Suzan Gökalp Alica/ Necdet Basa (ed.), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 8-9 Mart 2019, s. 1455-1456.

⁹⁰ Alınan tedbir kararlarının hukuki niteliği hakkında bkz. Kılınç, 2020, s. 1228-1230; Vildan Peksöz, "Çocuk Koruma Tedbirlerinin Medenî Usul Hukuku Bakımından

çocuğun velâyet sahibi ana baba yanında korunmasına ilişkin önlemler alınmalı ancak bu önlemler yetmediğinde çocuk ana babadan alınarak koruyucu aile yanına ya da kuruma yerleştirilmeli, ancak son ihtimalde haklı sebepler varsa ana babanın velâyeti kaldırılarak çocuk vesayet altına alınmalıdır. Çocuğun kurum aracılığı dışından evlât edinilmesinde ise, evlât edinecek kişi veya eşlerin seçimi fiili olarak velâyet sahibi ana babaya kalmaktadır. Oysa hiçbir kurum tarafından uygunluk denetimi yapılmaksızın gerçekleşen seçim sonrasında bir çocuğun bakım ve eğitiminin üçüncü bir kişiye bırakılması bir yandan velâyet hakkından doğan yükümlülüklerle aykırılık teşkil ettiğinden, ana babanın hâkim tarafından re'sen alınabilecek velâyetin kaldırılmasına kadar gidecek ağır tedbirlerle karşılaşmasına sebep olur. Diğer yandan bu davranışları aile hukukundan doğan bakım ve eğitim yükümlülüğünün ihlâli anlamına geldiğinden, ana babanın Türk Ceza Kanunu m. 233/I gereği, şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis cezası ile karşılaşmaları mümkündür. Zira ana baba velâyet hakkını kısmen veya tamamen başkasına bir anlaşmaya dayanarak da devredemez.⁹¹

3. Kurum Aracılığı Dışında Evlât Edinmede Olan ve Olması Gereken Hukuk Bakımından Bakım ve Eğitim İlişkinin İzlenmesi ve Denetlenmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere evlât edinilecek çocuk ile evlât edinecek kişi veya eşler arasındaki bakım ve eğitim ilişkisi, çocuğun bu kişiler yanına yerleştirilmesiyle başlar. Kurum aracılığıyla evlât edinmede evlât edinilecek çocuk, kurum tarafından belirlenen kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesinden itibaren kurum tarafından izlenir (Tüzük m. 11-12). Ne yazık ki kurum aracılığı dışında evlât edinmede anılan hükümler doğrudan uygulanamaz. Ayrıca Kanun'da kurum aracılığı dışındaki evlât edinmede bu dönemde nasıl bir yol izleneceği açıklığa kavuşturulmamıştır. Tüzük m.7/I c.4 ise, devlet koruması altında bulunmayan ya da hısımlık çocukların evlât edinilmesinde Kurum'a başvuru zorunluluğu getirmemekte; sadece böyle bir durumda Kuruma başvurulması hâlinde bu tür evlât edinilmede evlât edinecek olanların başvuru sırasına tabi tutulmayacağı anlamına gelen bir ifadeye yer vermektedir. Ancak Tüzük hükmünden elbette şu sonuca

İncelenmesi”, Türk Hukukunda Çocuk, Ersin Erdoğan/ Belkıs Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel (ed.), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 636-641.

⁹¹ Ayanoğlu, s. 273-274. Bu çalışmada ana babanın velâyet hakkından doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesini üçüncü kişilere sınırları belirsiz şekilde devrettiği, özellikle müşterek çocuğun eğitim hayatına ilişkin karar alma yetkisinin üçüncü kişilere genel temsil yetkisi çerçevesinde bırakıldığı bir hukuki işlemin, velâyetin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması ve devredilmezliği sebebiyle kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılmıştır (Ayanoğlu, s. 277-279. Velâyet hakkının kullanılmasının kısmen veya tamamen üçüncü kişilere bırakılabileceği yönünde bkz. Abik, s. 18). Bununla birlikte ana baba, çocuğun yararı gerektirdiğinde sadece velâyetten kaynaklı görevlerin yerine getirilmesini sınırlı alanlarda ve geçici olmak şartıyla, geçerli şekilde üçüncü kişilere iradi olarak bırakabilir. Örneğin velâyet altındaki çocuğun yurt içinde veya yurt dışında yatılı bir okula yerleştirilmesi böyledir (Ayanoğlu, s.279-280).

varılabilmektedir. Devlet koruması altında bulunmayan korunma ihtiyacı olmayan bir çocuğu ya da kendi hısımlarından birinin çocuğunu evlât edinmek üzere Kurum'a başvurulması hâlinde bu kişi veya eşler, kurum aracılığıyla evlât edinmede uygulanacak hükümlere tabidir. Bununla birlikte bakım ve eğitim ilişkisi sürecinde Kurum'a hiç başvurulmadığı hâllerde evlât edinme ilgilileri arasındaki bakım sürecine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaz. Bu dönemin devletin denetimi ve izlemi altında geçirilmemesi, çocuk yararı ve güvenliği ilkeleri açısından birtakım riskleri barındırmaktadır.

Uygulamada kurum dışı evlât edinmede evlât edinilecek çocuğun evlât edinecek kişilerin yanına yerleştirilmesini konu alan geçici bakım sözleşmesinin tarafları evlât edinecek kişi veya eşler ile evlât edinilecek çocuğun yasal temsilcisi (ana baba veya vasi) olmaktadır.⁹² Bu ihtimaldeki geçici bakım sözleşmesinin, kurum aracılığıyla evlât edinmede olduğu gibi matbu bir şekli de bulunmadığından, doktrinde şekle bağlı olmayan kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.⁹³ Zira bakım ve eğitim ilişkisi kurulmasından sonra da evlât edinilecek çocuğun yasal temsilcisi, hukuken velâyet sahibi ana baba olmaya devam eder. Sadece ana babanın velâyet görevini yerine getiremediği tespit edildiğinde yerlerine vasi atanır.⁹⁴ Bu ihtimalde ise, vasi, evlâtlık ilişkisi kurulana kadar çocuğa karşı vasilik görevini devam ettirir ve evlât edinecek kişi veya eşlere bu dönemde vasilik görevi verilemez.⁹⁵ İsviçre'de evlât edinilecek çocuk hakkında alınacak kararlarda koruyucu aile ya da diğer bir yöntemle çocuğa bakım veren kişilerin görüşünün de alınması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır. Doktrinde Türk hukukunda benzer bir hüküm olmasa da çocuğa bakım veren kişilerin vasi olmadığı hâllerde görüşünün alınması gereği vurgulanmıştır (TMK m. 466-467).⁹⁶

Bu sebeple doktrinde kurum aracılığı dışında evlât edinmede evlât edinilecek çocuğun her hâlde evlât edinecek kişi veya eşler yanına hâkim kararıyla bu yerleştirmenin uygunluğu değerlendirildikten sonra yapılması gerektiği iddia edilmektedir. Bu sonuca ise bu yönde açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktaysa da, TMK m. 347'nin geniş yorumuyla ulaşılabileceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, birbirinden farklı amaçlara hizmet eden müesseseler olsa da, kurum aracılığı dışında evlât edinmedeki bakım ve eğitim sürecinde, koruyucu ailedeki bakım ve eğitim ilişkisine yönelik mevcut düzenlemelerden kıyasen yani somut olayın niteliğine uygun düştüğü ölçüde yararlanılmalıdır.⁹⁷ Esasen koruyucu aile müessesesinde ilgililer arasındaki bakım ilişkisinin başlatılmasını konu alan mahkeme kararı TMK m. 347'ye dayanmakta ve çocuk güvenliğinin korunmasını esas almaktadır. Kurum aracılığı dışındaki evlât edinmede ise,

⁹² Aydoğdu, s. 182. Koruyucu aile sözleşmesi bakımından benzer yönde bkz. Usta Sayita, s. 72-73.

⁹³ Aydoğdu, 181-182.

⁹⁴ Aydoğdu, s. 183.

⁹⁵ Koruyucu aile ilişkisi yönünden benzer şekilde bkz. Usta Sayita s. 89-90.

⁹⁶ Aydoğdu, s. 184.

⁹⁷ Aydoğdu, s. 164, 176; Baygın, 2003, s. 595-596; Şıpka, s.307; Turan Başara, s. 69.

TMK m. 347 geniş yorumlanmalı ve bu hüküm çocuğun evlât edinecek aile yanına yerleştirilmesinde de kıyasen uygulanmalıdır. Evlât edinmede ana babanın rızasının aranmayacağına ilişkin kararı konu alan TMK m. 312 ikinci fıkra hükmünde çocuğun kurum aracılığı dışında evlât edinildiği hâllerde evlât edinecek kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesinde mahkeme kararı gereğinden ayrıca söz edilmemektedir. Ancak kanun koyucu TMK m. 347'yi geniş yorumladığından TMK m. 312'de ayrıca yerleştirmeye yönelik bir mahkeme kararı gereğinden söz etmemiştir.⁹⁸ Şu hâlde bu görüşe göre evlât edinilecek çocuğun evlât edinecek kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesi bakımından Kuruma başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık çocuğun evlât edinecek kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesinden önce bu yerleştirmenin hukuken evlât edinmeye uygun olup olmadığının mahkeme kararıyla denetlenmesi de çocuğun yararının önceliği ve çocuk güvenliği ilkeleri gereği zorunludur. Zira mahkemenin bu koşulları kontrol etmesi ve somut olayda söz konusu koşullar bulunmaktaysa yerleştirme kararı vermesi çocuğun yararına uygundur. Gerçekten de yerleştirme kararının özü çocuk yararındır. Örneğin somut olayda evlât edinecek kişi veya eşler ile evlât edinilecek çocuk arasında on sekiz yaş farkı bulunmayabilir ya da evlât edinme için gerekli rıza koşullarından biri eksik olduğundan, gelecekte evlât edinme kararı verilemeyebilir. Bu ihtimallerde bu çocuğun bakım ve eğitimini sağlamak isteyen kişi veya eşlerin yanına evlât edinme amacıyla yerleştirilmemesi, hem evlât edinecek olanların menfaatine hem de çocuğun yararına uygun düşer.⁹⁹ Zira evlât edinecek kişi veya eşler ile evlât edinilecek çocuk arasında en az on sekiz yaş farkı bulunması zorunluluğu emredici nitelikte bir kuraldır (TMK m. 308/I).¹⁰⁰ Yine evlât edinecek kişi veya eşlerin

⁹⁸ Aydoğdu, s. 176-177.

⁹⁹ Aydoğdu, s. 179-180.

¹⁰⁰ Öztan, s. 962; Akıntürk/Ateş, s. 375. Kanunda bu emredici kurala çocuk yararına istisna getirilebileceği düzenlenmemiştir. Ancak evlât edinen ve evlatlık arasındaki yaş farkının olağan aile yaşantısını bozmayacak ölçüde olduğu ve üvey çocuğun evlât edinilmesi söz konusu olduğu hâllerde, çocuk yararına hükmün lafzının amacına göre daraltılarak yorumlanması mümkündür. Ya da somut olayın özel koşulları gereği hâkim tarafından TMK m. 2/II'ye dayanarak emredici olmasına rağmen bu hüküm uygulanmayarak, ortaya çıkan boşluk çocuk yararına İsviçre Medeni Kanunu'nun bu hususa ilişkin yeni düzenlemeleri esas alınarak doldurulmalıdır (Kılınç, 2021, s. 93). Nitekim üvey çocuğun evlât edinilmek istendiği bir olayda, TMK m. 308/I'nin emredici ifadesine rağmen evlât edinme ilgilileri arasında on altı yaş fark bulunan bir evlât edinme başvurusu, Balıkesir 2. Aile Mahkemesi tarafından 29/06/2023 tarihinde kabul edilmiş ve temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Ancak Cumhuriyet Başsavcılığınca evlât edinme ilgilileri arasında on sekiz yaş fark bulunmadığı gerekçesiyle, evlatlık ilişkisinin kaldırılması talep edilmiş ve bunun üzerine verilen kaldırma kararı istinaf ve Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir. Ancak başvuru evlâtlık ilişkisinin kaldırılması kararı kesinleşince, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş ve Anayasa Mahkemesi, evlât edinme ilgilileri arasında on sekiz yaş farkı bulunması zorunluluğuna Medeni Kanun'da istisna getirilmemiş olmasını, haklı olarak, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkının ihlali niteliğinde değerlendirmiştir (Yıldız Ceylan Var Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/10490, K.T. 25.07.2023,

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/10/20231017-14.pdf>, s.e.t. 2.11.2023).

çocuğa bakma hususunda yeterince ehil olup olmadığı araştırılmalıdır. Aksi takdirde mahkeme tarafından yerleştirme izni talebi reddedilmelidir. Yine bu konudaki İsviçre hukukundaki açık Tüzük hükmü Türk hukukuna alınmalıdır.¹⁰¹

Bununla birlikte Yargıtay evlât edinecek kişi veya eşler ile çocuk arasındaki bakım ilişkisinin tanık dahil her türlü delil ile ispatlanabileceğini kabul ettiğinden, evlât edinme ilgilileri arasındaki bakım ilişkisinin herhangi bir karar bulunmaksızın kurulup gerçekleştiğinin ispat edildiği hâllerde, diğer şartlar da mevcutsa evlât edinme kararı verilebilmelidir, düşüncesindedir.¹⁰² Özellikle deprem, sel gibi bir afette ya da bir trafik kazasında hem anasını hem babasını kaybetmiş bir çocuğu bir hismı ya da yakını fiilen bir yıl süreyle bakıp eğitmiş ve sonrasında da bu çocuğu evlât edinmek istemekteyse, aralarındaki bakım ilişkisini tanık dâhil her türlü delille ispatlayabilmelidir.¹⁰³ Böyle ihtimallerde ise, çocuğun bakım ve eğitim ilişkisi süresince ne Kurum tarafından ne de yerleştirme kararı veren mahkeme tarafından izlenmesi mümkün olmaktadır. Dolayısıyla bu durumda bakım ve eğitim ilişkisi sonrasında başvurulmuş ve evlât edinme kararı vermeye yetkili ve görevli olan mahkemenin TMK m. 316 gereği re'sen yapması gerekli araştırma ödevinin kapsamı genişlemekte ve hâkimin elinde başvurabileceği bakım ilişkisi devam ederken uzman tarafından tutulmuş izlem ya da denetim raporu da bulunmadığından zorlaşmaktadır.

SONUÇ

Bu çalışmada, Türk hukukunda çocukların kurum aracılığı olmaksızın evlât edinilmesinin mümkün olduğu ancak kurum aracılığı dışında evlât edinmede evlât edinme ilgilileri arasındaki bakım ve eğitim ilişkisinin her hâlde ancak mahkeme kararıyla kurulması gerektiği ya da çocuğun vesayet altında bulunduğu hâllerde vesayet makamından buna yönelik izin alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Esasen kurum aracılığıyla evlât edinmede evlât edinilecek çocuğun evlât edinecek kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesi esnasında buna ilişkin ayrıca bir mahkeme kararına gerek bulunmaz. Ancak kurum dışı evlât edinmede çocuk yararının önceliği ve çocuk güvenliği ilkeleri gereği, TMK m. 347'nin geniş yorumlanmasıyla yerleştirmenin her hâlde mahkeme kararıyla yapılması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bu durum ise, çocuğun hem hismı olan hem de hismı dışında üçüncü bir kişinin yanına bakım ve eğitim görmek üzere yerleştirilmesinde söz konusu olmalıdır. Hatta yerleştirme kararı esnasında evlât edinme ilgilileri arasındaki evlât edinme şartları da mahkeme tarafından incelenmeli ve şartlar mevcut ise evlât edinme amacıyla yerleştirme kararı verilmelidir. Yine çocuk yararının önceliği ve çocuk güvenliği ilkeleri gereği, her hâlde

¹⁰¹ Aydoğdu, s. 180.

¹⁰² Bkz. Baygın, 2003, s. 597. Ancak bu hâlde TMK m. 316'dan doğan araştırma görevinin kapsamlı bir incelemeyi gerektirdiği yönünde bkz. Yargıtay 2. HD, E: 2004/5460İ K: 2004/6389, T: 17.5.2004, (Kaya, s. 98-98).

¹⁰³ Aydoğdu, s. 177.

ilgililer arasındaki bakım ve eğitim süreci Tüzük m. 11 ve 12'ye kıyasen yetkili uzmanlar eliyle izlenmeli ve raporlanmalıdır.

Uygulamada ise, kurum aracılığı dışında evlât edinmede, bakım ve eğitim ilişkisinin tanık dahil her türlü delille ispatlanabileceği kabul edilmektedir. Türk hukukunda kurum aracılığı dışında evlât edinmeye ilişkin kanun ve Tüzük hükümleri oldukça yetersizdir. Dolayısıyla bu süreçte çocuğun bakım ve eğitimi sürekli şekilde evlât edinecek kişi veya eşlere çocuğun yasal temsilcisi tarafından şekle tabi olmayan özel hukuk sözleşmeleriyle devredilmektedir. Oysa velâyetin gereği olan çocuğun bakım ve eğitim yükümlülüğünün süreklilik arz edecek şekilde ana baba tarafından, yetkili kurum ve mahkeme denetimi olmaksızın, üçüncü kişilere devri velâyetin vazgeçilmezliği ve devredilmezliği gereği hukuka aykırıdır. Özellikle bu tür sözleşmelerin aracı gerçek veya tüzel özel hukuk kişileri tarafından yapılması ise mümkün değildir. Yine böyle bir sözleşmenin ivaz karşılığında yapılması hâlinde sözleşme hem hukuka hem ahlâka aykırı olduğundan başlangıçtan itibaren kesin hükümsüzdür. Ancak her nasılsa böyle geçersiz özel hukuk sözleşmelerine dayanılarak bir çocuğun bakım ve eğitimi asgari bir yıl süreyle evlât edinecek kişi veya eşler tarafından sağlanmış olabilir. Bunun üzerine evlât edinmek amacıyla mahkemeye başvurulduğunda, aile mahkemesi hâkimi diğer şartlar da mevcut ve evlât edinme çocuğun yararına ise, söz konusu sözleşmenin geçerliliği tartışmalarından bağımsız şekilde evlât edinme kararı verebilmelidir. Ancak böyle bir ihtimalde hâkimin TMK m. 316'dan kaynaklanan araştırma görevi, kurum aracılığıyla evlât edinmeye nazaran kapsam ve içerik bakımından daha da genişlemekte, zorlaşmakta ve önem kazanmaktadır.

KAYNAKÇA

Abik Y, “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, ss.1-73.

“Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Evlat Edinme Hizmeti”, <https://www.turkiye.gov.tr/ashb-evlat-edinme-hizmeti> , s.e.t. 20.09.2023.

Akıntürk T/ Ateş D, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 22. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

Akyüz E, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 7. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara, 2020.

Altaş H, “Evlatlık Sözleşmesinde Amaç”, Türk Hukuk Dünyası, C. 1, S. 1, 2000, ss. 103-110.

Arık K. F, “Evlât Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese”, C. 13, S. 4, 1958, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, ss. 95-114.

Ayanoğlu A, “Velayetin Ana Babaya Yüklediği Görev ve Yetkilerin Kullanılmasının Üçüncü Kişilere Bırakılması ve Sınırları”, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 269-283.

Aydoğdu M, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlât Edinme, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Aydos O. S, “Yeni Medenî Kanuna Göre Evlât Edinme”, C. 4, S. 1-2, 2000, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 117-141.

Baygın C, “Evlat Edinmenin Koşulları”, C. 7, S. 3-4, 2003, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 591- 626.

Belen H, Yeni Medenî Kanun Hükümleri Uyarınca Evlât Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle), Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

Çağlayan Aygün G, Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Çağlayan Aygün G, “Amerikan Hukukunda Evlat Edinmeye Bir Bakış: Vermont Eyaleti Örneği”, C, 27,S. 1, 2021, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 716- 740.

“Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Yıl Sonu Kurumsal İstatistikleri”, <https://www.aile.gov.tr/chgm/istatistikler/kurumsal-istatistiklerimiz/> , s.e.t. 20.09.2023.

Demir M, “Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları”, C. 52, S. 3, 2003, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 253-274.

Demircioğlu H. R, “Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler Bakımından Boşanma Sonrası Ortak Velayetin İşlevselliği”, II. Uluslararası

Kadın ve Hukuk Sempozyumu C.II, Süheyla Suzan Gökalp Alıca/ Necdet Basa (ed.),Türkiye Barolar Birliği, Ankara 8-9 Mart 2019, ss. 1449-1462.

Doğan R, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği”, C. 71, S. 2, 2013, Ankara Barosu Dergisi, ss.146-170.

Dural M/ Öğüz T/ Gümüş M. A, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

Eren F/ Dönmez Ü, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C.II, m. 49-82, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Erol N/ Şimşek Z/ Güçlü N, “Gelişimsel Dönemler ve Evlat Edinme”, Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, Prof. Dr. Mualla Öztürk Anısına XX. Sempozyum Sunumları, Neşe Erol (ed.), Ankara, 2008, ss. 181-212.

Fırat Şimşek, A, “Ergin Olmayan Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesi”, C. 19, S. 1, 2020, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. ss. 23-88.

Genç F. U, “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, Dr. Dr. H.C. Silvia Tellenbach’a Armağan, Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, ss. 159- 208.

Güven K, “Evlat Edinmeye İlişkin Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, C. 32, S. 4, 2006, Yargıtay Dergisi, ss. 529- 552.

Hatemi H, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976.

“İstatistiklerle Çocuk, 2022”, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Cocuk-2022-49674> , s.e.t. 20.09.2023.

Karaca Öz A, "Evli Olmayan Kişinin Tek Başına Evlat Edinmesi". C. 26, S. 3, 2022, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 253-274.

Kaya C, Türk Hukukunda Evlat Edinme, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Kılınç A, “The Influence of The Ottoman State on Islamic Law”, C. 7, S. 2, 2022, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, ss. 547-580.

Kılınç A. N, “Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi”. C. 28, S. 3, 2020, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1217-1261 .

Kılınç A. N, “Üvey Çocukla Üvey Ana/Baba Arasındaki İlişkinin Hukuken Değerlendirilmesi”, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Fulya Erlüle (ed.), Asos Yayınevi, Elazığ, 2021, ss. 83-96.

Koç E, “HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına İlişkin Bazı Tespitler, C. 73, S. 1, 2015; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 363-387.

Kurtuluş Karabulut S, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Aracılığıyla Evlat Edinme ve Koruyucu Aile Kurumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Medeni Hukuk Ana

Bilim Dalı, Ankara, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> , s.e.t. 20.09.2023.

Kutoğlu T, Üvey Ailede Hukuki İlişkiler (Hısımlık ve Özellikle Üvey Çocukların Üvey Ebeveynlerince Evlât Edinilmesi), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Nüfus Kayıtlarındaki Açıklamalar (2009/2) Konulu Genelge, https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/Nufus_Kayıtlarındaki_Açıklamalar_20092.pdf , s.e.t. 20.09.2023.

Okur Gümrükçüoğlu S, Osmanlı Devleti'nde Evlat Edinme ve Koruyucu Aile (Karşılaştırmalı Bir İnceleme), 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Özdemir H/ Ruhi A. C, Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Özdemir S. G, “Yargıtay kararları Çerçevesinde Küçüklerin Evlat Edinilmesi, Prof. Dr. Ali Naim İnan Anısına Çocuk Hukuku Armağanı, Yıldız Abik (ed.), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, ss. 287-325.

Öztan, B, Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Peksöz V, “Çocuk Koruma Tedbirlerinin Medenî Usul Hukuku Bakımından İncelenmesi”, Türk Hukukunda Çocuk, Ersin Erdoğan/ Belkis Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel (ed.), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, ss. 633-660.

Sadioğlu F. C, “Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Eşlerin Birlikte Evlât Edinmesi Kuralı”, C. 10, S. 2, 2020, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 730-759.

Sayın Korkmaz B. S, “Roma Aile Hukukunda Evlat Edinmenin Yeri ve Usulleri”, C. 78, S.3, 2020, Ankara Barosu Dergisi, ss. 50-98.

Serozan R, Çocuk Hukuku, İkinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Söğütlü Ö, Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Şıpka Ş, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlât Edinme"ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, C. 57, S. 1-2, 1999, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 301-322.

T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, “Kurum Hakkında”, <https://www.aile.gov.tr/chgm/teskilat-yapisi/kurum-hakkinda/> , s.e.t. 20.09.2023.

Tekinay S. S, Türk Aile Hukuku, 2 Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.

Turan Başara G, “Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türk Medeni Hukuku Çerçevesine Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu, Yasemin Güllüoğlu Altun (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 67-81.

Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 2002.

Usta Sayita, S, Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.

Ünal A, Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Vatansever Öztürk M, “Türk Hukukunda Evlat Edinme Müessesesinin Tarihi Gelişimi, C. 8, S. 2, 2023, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss. 313-355.

Yargıtay Kararları, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari> , s.e.t. 2.11.2023.

Yakut E/ Çağlayan Aygün G, “Osmanlı Hukukundan Günümüze Evlât Edinmenin Miras Hukukuna Dayalı Sonuçları”, C. 26, S. 1, 2018, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.11-46.

Yıldırım A, “Geleneksel Bir Evlat Edinme Biçimi Olarak Kardeşler Arasındaki Çocuk Dolaşımı: “Sipariş Bebekler”, S. 8, 2022, Korkut Ata Türkiyat Araştırmaları Dergisi, 8, ss. 794-814.

Yıldız Ceylan Var Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/10490, K.T. 25.07.2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/10/20231017-14.pdf>, s.e.t. 2.11.2023.

Yılmaz C, “Evlat Edinme Hukukunda Güncel Gelişmeler”, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Aslı Makaracı Başak/ Seda Öktem Çevik/ Gülen Sinem Tek (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 127-157.

İNTİFA HAKKININ SONA ERMESİ VE İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI İLERİ SÜRÜLMESİ

The Termination of the Right of Usufruct and Implementation of the Obligation of Return Against Third Parties

Dr. İpek B. ALDEMİR TOPRAK*

Öz: İntifa hakkı, sahibine konusu olan taşınır, taşınmaz, hak veya malvarlığı üzerinde tam yararlanma ve hakimiyet sağlayan bir irtifak hakkıdır. Bu sebeple, intifa hakkı, kurulduktan sonra sahibine konusu üzerinde dilediği gibi kullanma ve yararlanma yetkisi verir. Şahsa bağlı bir irtifak hakkı olduğu için üçüncü kişilere devredilemez ve miras yoluyla intikal edemez. Kanun koyucu bu özelliğine rağmen, hakkın kullanımının devrine imkân tanımaktadır (TMK m. 806). Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa veya durum ve koşullardan hak sahibinin intifa konusunu şahsen kullanması gerektiği anlaşılmıyorsa, hakkın kullanımı devredilebilir. İntifa hakkı sahibinin yapacağı bu devir, ivazlı veya ivazsız bir hukukî işleme dayanabilir.

Konusunun tamamen yok olması, sürenin dolması, hak sahibinin ölümü, mahkeme kararı ve terkin intifa hakkını sona erdirir. Sona ermeyle birlikte intifa hakkı sahibi ve mirasçıları intifa konusunu iade ile yükümlü olur. Ancak intifa hakkının kullanımı devredildiğinde bu kişiler malın zilyetliğini elinde bulunduramayabilir. Hak sahibinin intifa konusunu iade yükümlülüğünün, üçüncü kişiye karşı ileri sürülüp sürülmeyeceği ise belirlenmesi gereken bir hukukî sorundur. Bu çalışmada intifa hakkı sahibinin kullanım hakkını devretmesi, hakkın sona erme nedenleri ve sona ermeyle birlikte kullanım hakkı sahibi üçüncü kişinin de iade ile yükümlü olup olmadığı, kiracının korunmasına ilişkin özel hükümler dikkate alınarak incelenmektedir. Konunun ağırlığı dikkate alındığında, aksi belirtilmediği sürece taşınmazları konu alan intifa hakkına ilişkin açıklamalarda bulunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İntifa hakkı, kullanım hakkının devri, sona erme, kira sözleşmesi

Abstract:The right of usufruct is a right of easement that provides the owner with full benefit and dominion over the movable, immovable, right or property. For this reason, the right of usufruct gives the owner the authority to use and benefit from the subject as he wishes after it is established. Since it is a personal easement right, it cannot be transferred to third parties and cannot be inherited. Despite this feature, the legislator allows the transfer of the use of the right (TCC art. 806). Unless otherwise agreed by the parties or if it is not clear from the circumstances and conditions that the beneficiary should use the usufruct personally, the use of the right can be transferred. This transfer to be made by the usufruct owner may be based on a consideration or without gratuitous legal action.

The complete disappearance of the subject, the expiration of the period, the death of the right holder, the court decision and the cancelment end the usufruct right. Upon the expiration, the usufruct owner and his heirs are obliged to return the usufruct subject. However, when the use of the usufruct right is transferred, these persons may not hold the possession of the property. Whether or not the right holder's obligation to return the usufruct will be brought forward against the third party is a legal issue that needs to be determined. In this study, the transfer of the right of use by the usufruct, the reasons for the ending of the right and whether the third party is obliged to return are examined by taking into account the special provisions related to the protection of the renter. Considering the gravity of the subject, explanations are made regarding the usufruct right of immovables, unless otherwise stated.

Keywords: The right of usufruct, transfer of right of use, ending, rental agreement

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ipekbetulaldemir@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0721-3044.

Makale Geliş Tarihi: 07.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 07.11.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391721

GİRİŞ

Almanca *Nutzniessung* veya *Niessbrauch*¹ kavramları ile ifade edilen *intifa*, yararlanma ve faydalanma anlamına gelir.² İntifa hakkı ise sahibine (*Nutzniesser*), konusu üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisi sağlayan, başkasına devredilemeyen veya miras yoluyla intikal etmeyen bir irtifak hakkı olarak tanımlanmaktadır.³

¹ Hans Leemann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band IV Sachenrecht: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Sachenrecht 2. Abteilung Art. 730-918, Stämpfli Verlag, Bern, 1925, Art. 745 Rn. 1; Max Baumann, Nutzniessung und Wohnrecht, Art. 745-778 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten, ZK- Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2a, (Hrsg. Gauch P./ Schmid J.) Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1999, Art. 745 Rn. 1; C. Wieland, Ayni Haklar Kısım II, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın Müdürlüğü, Ankara, 1946, s. 425; Christoph Thurnherr, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 745 Rn. 1; Peter Tuor/ Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/ Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009, s. 1048.

² <https://sozluk.gov.tr> (e.t: 28.03.2023)

³ İntifa hakkının tanımı için bkz. Baumann, ZK-ZGB Art. 745 Rn. 1; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 745 Rn. 1; Martin Bichsel/ Kaspar Mauerhofer, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK- Orell Fussli Kommentar, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/ Marc Amstutz / Roland Fankhauser), 4. Aktualisierte Auflage, Orell Fussli Verlag AG, 2021, Art. 745 Rn. 1; Jürgen Baur/ Rolf Stürner, Sachenrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2009, s. 409; Leemann, Art. 745 Rn. 1; Suat Bertan, Ayni Haklar Medeni Kanunun 618-764 Maddelerinin Şerhi C. 2, Ankara, 1976, s. 1347; Ferit H. Saymen/ Halid K. Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963, s. 462; Wieland, s. 425; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 953; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 1048; Felix Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt, LBR- Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 123 (Hrsg. Jörg Schmid), Schulthess Juristische Medien AG, 2018, s. 52; Şakir Berki, Ayni Haklar, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1965, s. 105; Kemal T. Gürsoy/ Fikret Eren/ Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, AÜHFY, Ankara, 1984, s. 814; Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982 -1983, s. 95; Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, Beta Basım, 2009, İstanbul, s. 674; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 605; Arzu Genç Arıdemir, "Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sonra Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelemeyeceği Sorunu", C. 8, S. 95-96, 2012, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 125-158, s. 128; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 68; Mehmet Akçaal, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 622; Burak Özen, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 20. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK E: 2017/6-2641 K: 2021/411 T: 6.4.2021 (KBİBB, 818/m. 254) (e.t. 29.05.2023).

İntifa hakkının konusunu taşınır, taşınmaz, hak veya malvarlığı oluşturur (TMK m. 794/1). Ancak taşınmaz üzerinde intifa hakkının kurulması için geçerli bir kazanma sebebine ve tasarruf işlemine ihtiyaç vardır (TMK m. 705; m. 706). Zira taşınmaz üzerinde kurulacak olan intifa hakkı, taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere tabidir (TMK m. 795/2). Kazanma sebebi, ölüme bağlı tasarruf, sözleşme, kanun veya mahkeme kararı olabilir.⁴ Malik intifa hakkı sahibiyle yapacağı bir sözleşmeyle taşınmazı üzerinde intifa hakkı kurma borcu üstlenebilir. Bu sözleşme, intifa sözleşmesi olarak adlandırılır. Malik bu sözleşmeyi ivazlı veya ivazsız yapabilir.⁵ Taşınmaz üzerinde intifa hakkı kurulması borcu içeren bu sözleşmeler, resmî şekle tâbidir (TMK m. 795/II). Bu bağlamda, intifa sözleşmesi tapu sicil müdürlüğü tarafından düzenlenmelidir (TK m. 26/I). Taşınmazın tapu kütüğü sayfasına intifa hakkının tescil edilmesiyle birlikte ittifak hakkı kazanılır. Geçerli bir sözleşmesinin varlığına rağmen, malik tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, intifa hakkı sahibi tescile zorlama davası açabilir (TMK m. 716). Mahkemenin intifa hakkı sahibi lehine vereceği karar, yenilik doğuran bir karardır. Mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte intifa hakkı kurulmuş olur. İntifa hakkı konusu taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescil, açıklayıcı niteliktedir.⁶

İntifa hakkı, sağladığı yetkiler bakımından en kapsamlı sınırlı aynı hak türüdür.⁷ Zira intifa hakkının kurulmasıyla birlikte, hak sahibi intifa konusu üzerinde tam yararlanma yetkisini kazanır (TMK m. 794/II).⁸ Bu

⁴ Kazanma sebebine ilişkin olarak bkz. Christian Brückner/ Mathias Kuster, Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, 2. Erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2021, Rn. 1452; Baumann, ZK-ZGB Art. 746 Rn. 2; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 746 Rn. 4-10; Max Baumann, Sachenrecht, Dike, Zürich, 2008, s. 69-70; Leemann, Art. 746 Rn. 12; Richard Liebermann, Die Sachenrechtliche Nutzniessung, Zürich, 1933, s. 12 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 958; Rudolf von Erlach, Die Besteuerung von Nutzniessung und Wohnrecht in der Schweiz, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1981, s. 16-17; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 1053; Bertan, s. 1348, 1352; Köprülü/ Kaneti, s. 112 vd.; Saymen/ Elbir, s. 470-471; Sirmen, s. 611 vd.; Ayan, s. 73-74; Akçaal, s. 628-629; Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Auflage, Basel Genf München, 2003, Art. 746, Rn. 1f.

⁵ Baumann, ZK-ZGB Art. 746 Rn. 14; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 746 Rn. 8; Baumann, 2008, s. 70; Liebermann, s. 12; Köprülü/ Kaneti, s. 113; Sirmen, s. 611; Francesco Canonica, Die Bewertung von Baurecht, Nutzniessung und Wohnrecht, Stämpfli Verlag AG, 2016, s. 197.

⁶ Thurnherr, CHK-ZGB Art. 746 Rn. 3; Baumann, ZK-ZGB Art. 746 Rn. 38; Baumann, 2008, s. 71; Leemann, Art. 746 Rn. 14; Köprülü/ Kaneti, s. 116-117; Sirmen, s. 612; Ayan, s. 74, 77; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 852; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 746, Rn. 3.

⁷ Akıntürk, s. 674; Akçaal, s. 623.

⁸ Yargıtay 14. HD, E: 2006/1277 K: 2006/1861 T: 22.2.2006 (KBİBB, 4721/m.794, 683); Yargıtay 7. HD, E: 2021/24 K: 2021/1153 T: 27.9.2021 (KBİBB, 4721/m.794,804; 2004/m.67); Yargıtay 12. HD, E: 2016/5666 K: 2016/23796 T: 1.12.2016 (KBİBB, 2004/m.82; 4721/m.794); Yargıtay 13. HD, E: 2003/5183 K: 2003/9068 T: 3.7.2003 (KBİBB, 743/m.717,720; 4721/m.794,796); Yargıtay 14.

bağlamda, kanunda ve sözleşmede yer alan sınırlar içerisinde taşınmazı dilediği gibi kullanabilir ve ondan yararlanabilir. Bu kullanma ve yararlanmayı şahsen gerçekleştirebileceği gibi kanunda yer alan şartlara uyarak kullanım hakkını üçüncü kişilere de devredebilir (TMK m. 806).

İntifa hakkını sona erdiren nedenler esas itibarıyla kanunda düzenlenmektedir. Buna göre belirlenen sürenin dolması, hakkın konusunun yok olması, hak sahibinin ölümü ve kişiliğinin sona ermesi, kamulaştırma, terkin veya mahkeme kararı irtifak hakkını sona erdirir (TMK m. 796). Söz konusu nedenlerden birisinin gerçekleşmesiyle birlikte intifa konusunu iade yükümlülüğü doğar (TMK m. 799). Bu çalışmada intifa hakkını sona erdiren nedenler ve bu nedenlerden birinin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan iade yükümlülüğü, bu yükümlülüğün kapsamı ve sahibi, iade talebinin kime ait olduğu üzerinde durulmaktadır. Özellikle kullanım hakkını devralan üçüncü kişilerin iade yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı doktrin ve yargı kararları dikkate alınarak incelenmektedir.

I. İNTİFA HAKKI SAHİBİNİN TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ HAK VE YETKİLERİ

A. GENEL OLARAK

İntifa hakkı, bir yandan hak sahibine konusu üzerinde aynı hak tanır. Diğer yandan malik ile hak sahibi arasında borç ilişkisi kurar.⁹ Bu bağlamda, kanun koyucu malike ve intifa hakkı sahibine kanundan doğan bazı haklar tanır ve yükümlülükler yükler. Ayrıca belirli sınırlar içerisinde hak ve yükümlülüklerini diledikleri gibi belirlemelerine de imkân tanır (TBK m. 26). Bu sebeple, intifa hakkının kanunda yer alan hükümleri büyük ölçüde tamamlayıcı niteliktedir. İntifa hakkının özüne aykırı olmamak kaydıyla aksi kararlaştırılabilir.¹⁰ Tarafların bir belirleme yapmamaları halinde kanunda yer alan tamamlayıcı hükümler uygulanır. Kanunda bir hüküm bulunmaması ve taraflarca belirleme yapılmaması halinde ise Türk Borçlar Kanunu'nun kullandırma borcu içeren kira ve ödünç sözleşmelerine ilişkin hükümler intifa hakkına kıyasen uygulanabilir.¹¹ İvazsız bir intifa sözleşmesinin yapılması halinde ise bağışlama vaadine ilişkin hükümler de niteliğine uygun düştüğü ölçüde

HD, E: 2008/343 K: 2008/1656 T: 14.2.2008 (KBİBB, 4721/m. 794, 796) (e.t. 29.05.2023).

⁹ Leemann, Art. 745 Rn. 4; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 745 Rn. 4; Liebermann, s. 24; Erlach, s. 23; Horat, s. 52; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 745 Rn. 2.

¹⁰ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 745 Rn. 8; Baumann, ZK-ZGB Art. 745 Rn. 42; Baumann, 2008, s. 69; Leemann, Art. 745 Rn. 8; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 745 Rn. 2; Horat, s. 54.

¹¹ Baumann, ZK-ZGB Art. 745 Rn. 42; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 745 Rn. 9. Karş. Liebermann, s. 12; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 745 Rn. 2.

intifa sözleşmesine kıyasen uygulanabilir.¹² Öte yandan, sözleşmede veya kanunda herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde intifa hakkına eşyaya bağlı irtifak haklarına ilişkin hükümler de kıyasen uygulanabilir.¹³ Ancak bu durum, intifa hakkının eşyaya bağlı bir irtifak olmadığı gerçeğini değiştirmez.¹⁴ Malik veya intifa hakkı sahibinin kanun veya sözleşmeden doğan borç ilişkisine aykırı davranışları ise TBK m. 112 vd. uyarınca sorumluluklarına yol açar.¹⁵

Mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden kullanma ve yararlanma, intifa hakkı sahibine ait olduğu için intifa hakkı, en kapsamlı sınırlı aynı hak türüdür. Bu bağlamda, intifa hakkı sahibi, taşınmazı zilyetliğinde bulundurabilir, yönetebilir, kullanabilir ve ondan yararlanabilir (TMK m. 803). Söz konusu yetkilerin kullanılabilmesi için öncelikle zilyetliğin intifa hakkı sahibine devredilmesi gerekir. Bu devir ile intifa hakkı sahibi doğrudan fer'i zilyet olur.¹⁶ İntifa hakkı sahibi taşınmazın doğal ürünlerinden yararlanabilir. Ancak semere ve mahsulden olmayan bütünleyici parçalarından yararlanamaz (TMK m. 804). Örneğin, cevizi toplayabilirken yapraklarını koparamaz; fidanlarını alamaz; ağaçları sökemez. Bunlar malike aittir.¹⁷ Taşınmazın hukukî ürünlerinden de yararlanılabilir (TMK m. 805). İntifa hakkı süresince elde edilen kira bu anlamda hukukî ürün olarak intifa hakkı sahibine aittir.¹⁸ Öte yandan, malik, intifa hakkı sahibinin taşınmazı kullanmasına, ondan yararlanmasına engel olamaz veya bu yararlanmayı güçleştiremez. Ayrıca bu kullanma veya yararlanmanın sağlanması için taşınmazın önemli nitelikteki işlerini yapmalı ve korunması için önlem almalıdır (TMK m. 812).

İntifa hakkı sahibinin, taşınmazdan yararlanması olağan sınırlar içerisinde olmalıdır (TMK m. 816/I). Taşınmaz özüne zarar verilmeden,

¹² Baumann, 2008, s. 70; Köprülü/ Kaneti, s. 113; Sirmen, s. 611; Liebermann, s. 12.

¹³ Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 53; Leemann, Art. 748 Rn. 18.

¹⁴ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 745 Rn. 9; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 954.

¹⁵ Leemann, Art. 745 Rn. 7; Köprülü/ Kaneti, s. 97; Sirmen, s. 606.

¹⁶ Bkz. Baumann, ZK-ZGB Art. 745 Rn. 35, Art. 755 Rn. 6; Leemann, Art. 745 Rn. 5; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 745 Rn. 5; Liebermann, s. 18; Saymen/ Elbir, s. 465; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 1055; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu/ Galip Esmer, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, 2. Bası, İstanbul, 1956, s. 330; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 973; Köprülü/ Kaneti, s. 97; Sirmen, s. 618; Akıntürk, s. 678; Ayan, s. 78; Akçaal, s. 637. Bkz. Yargıtay 14. HD, E: 2008/1466 K: 2008/2074 T: 20.2.2008 (KBİBB, 4721/m.794, 796) (e.t. 29.05.2023).

¹⁷ Berki, s. 110; Sirmen, s. 609; Köprülü/ Kaneti, s. 100; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 866.

¹⁸ Baumann, ZK-ZGB Art. 757 Rn. 1; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 757 Rn. 1; Saymen/ Elbir, s. 478; Erlach, s. 24; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 976; Akıntürk, s. 676; Köprülü/ Kaneti, s. 136; Ayan, s. 81; Bertan, s. 1415; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 867; Sirmen, s. 620. Ayrıca bkz. Yargıtay 14. HD, E: 2008/1466 K: 2008/2074 T: 20.2.2008 (KBİBB, 4721/m.794, 796) (e.t. 29.05.2023).

fizikî bütünlüğü ve ekonomik amacı korunarak kullanılmalıdır.¹⁹ Bu sebeple, taşınmaz yeni bir şekle dönüştürülemez veya taşınmazda önemli bir değişiklik yapılamaz (TMK m. 817/I). Örneğin bir otel konuta çevrilemez²⁰ veya spor kompleksi olarak devralınan taşınmaz, üzerine baz istasyonu kurularak kiraya verilemez.²¹ Diğer yandan, intifa hakkı sahibi hukukî ve fiilî tasarrufta bulunamaz. Aksine tasarrufta bulunma yetkisi malikte kalmaya devam eder.²² Malik, taşınmazını üçüncü kişiye devredebilir veya borcu için taşınmazını rehin verebilir. İntifa konusu mal malikin borçları için haczedilebilir. Bu bağlamda, taşınmazı üzerinde bir başkası lehine intifa hakkı tanıyan malikin hakkı, sadece çıplak²³ veya kuru²⁴ mülkiyet olarak adlandırılır.

¹⁹ Leemann, Art. 769 Rn. 3, 6; Köprülü/ Kaneti, s. 98; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 973. Ayrıca bkz. Akıntürk, s. 687; Ayan, s. 79. Ayrıca bkz. Yargıtay 14. HD, E: 2008/1826 K: 2008/3216 T: 13.3.2008 (KBİBB, 4721/m. 794, 808, 810) (e.t. 29.05.2023).

²⁰ Örnekler için bkz. Leemann, Art. 769 Rn. 3; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 973; Ayan, s. 79; Köprülü/ Kaneti, s. 100; Sirmen, s. 609; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 826.

²¹ Yargıtay 7 HD, E: 2021/24 K: 2021/1153 T: 27.9.2021: “...Yapılan bu genel açıklamalardan sonra somut olaya gelince; davacı ... Genel Müdürlüğü ile davalı ... arasında 03.05.2011 tarihinde mülkiyeti davacıya ait bulunan 3 ada 33 parsel sayılı taşınmazdaki Seyrantepe Spor Kompleksinin (Türk Telekom Arena Stadı olarak tanıtılan spor kompleksi) 49 yıllığına intifa hakkının davalıya tanınması hususundaki 20.04.2007 tarihli ön sözleşmede düzenlenmemiş olan hususların düzenlenmesi konulu bir sözleşme akdedilmiştir. Davalı ..., sahip olduğu intifa hakkına dayanarak dava konusu Seyrantepe Spor Kompleksi üzerinde baz istasyonu kurulması amacıyla 28.07.2011 tarihinde 5 yıl 2 gün süre için Türkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ile 1.600.080,00 TL bedelli ve 18.08.2011 tarihinde 5 yıl süre için Vodafone Telekom A.Ş. ile 1.414.080,00 TL bedelli iki sözleşme imzalamıştır. Aksine düzenleme olmadıkça intifa hakkı sahibine konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlayan bir irtifak hakkıdır; ancak, TMK'nun yukarıda açıklanan 804. Maddesinde belirtildiği gibi, intifa sözleşmesine konu “malın doğal verimi veya ürünü” sayılmayan bütünlüğü parçalar” malike aittir. Bu nedenle; taraflar arasındaki sözleşme ile oluşturulan intifa hakkı, davalıya, taşınmaz üzerinde baz istasyonlarını kurma ve yararlanma hususunda kira sözleşmesi yapma hakkı vermeyeceğinden elde ettiği kira gelirlerinin davacıya ödenmesi gerekir. İş bu sebeple davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bozulması gerekmiştir.” (KBİBB, 4721/m.794,804; 2004/m.67) (e.t. 29.05.2023).

²² Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 746 Rn. 10; Leemann, Art. 745 Rn. 2; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 745 Rn. 5; Berki, s. 106; Saymen/ Elbir, s. 465, 482; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 956; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 816; Köprülü/ Kaneti, s. 96; Akçaal, s. 623.

²³ Baumann, ZK-ZGB Art. 745 Rn. 32; Leemann, Art. 745 Rn. 1; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 745 Rn. 13; Baumann, 2008, s. 71; Berki, s. 105; Horat, s. 54; Köprülü/ Kaneti, s. 98; Saymen/ Elbir, s. 475; Sirmen, s. 605; Ayan, s. 68; Akçaal, s. 623; Genç Arıdemir, s. 129. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK E: 2017/6-2641 K: 2021/411 T: 6.4.2021 (KBİBB, 818/m. 254); Yargıtay 3. HD, E: 2003/13930 K: 2003/13810 T: 1.12.2003 (legalbank.com) (e.t. 29.05.2023).

²⁴ Velidedeoğlu/ Esmer, s. 330; Bertan, s. 1347; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 816; Köprülü/ Kaneti, s. 98; Saymen/ Elbir, s. 475, 482.

B. İNTİFA HAKKININ KULLANILMASININ DEVRİ

1. Genel Olarak

İntifa hakkı, devredilemez ve mirasçılara geçemez nitelikte sınırlı bir ayni haktır. İntifa hakkının bu özelliği emredici niteliktedir²⁵ ve aksi taraflarca kararlaştırılamaz. Böylelikle, intifa hakkının sağladığı yetkilerin, sona erme halinde malike dönmesi ve mülkiyet hakkının yeniden tüm yönleri ile ortaya çıkması sağlanır.²⁶ Ancak intifa hakkı sahibi, kural olarak irtifak hakkının kendisine sağladığı yetkileri bizzat kullanmak zorunda değildir. İntifa hakkının kullanımını kanunda aranan şartlar altında başkasına devredilebilir (TMK m. 806). Buna göre ilk olarak hakkın kullanımının devredilebilmesi için durum ve koşullardan hak sahibinin, intifa konusunu şahsen kullanması gerektiği anlaşılmamalıdır. Öyle ki, intifa hakkı, hak sahibinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı ise kullanım hakkı devredilemez. Bu durum her somut olayda ayrıca incelenmelidir. Yapılacak incelemede intifa hakkını kuran işlemin içeriği, özü ve taraflar arasındaki ilişki önem arz etmektedir. Doktrinde kanundan doğan veya vasiyet yoluyla kazanılan bir intifa hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olmadığı ifade edilmektedir. Bunun aksine anne ve babanın çocuğun mallarından yararlanması, onların şahsına bağlıdır.²⁷ Bu sebeple, hakkın kullanımını devredilemez. Ancak Baumann'a göre intifa hakkının hak sahibinin kişiliğine bağlı olduğu sonucuna sadece taraflarca sözleşmede bu husus kararlaştırılmış ise ulaşılabilir. Aksine durum ve koşulların değerlendirilmesiyle belirleme yapılması mümkün değildir. İntifa hakkının kullanımının devrinin yasak olduğunu iddia eden ispatlamalıdır.²⁸ İntifa hakkının kullanımının devredilebilmesi için ikinci şart malik ve intifa hakkı sahibinin yapacakları sözleşmede hakkın kullanımının üçüncü kişiye devredilmesini yasaklamamış olmalarıdır.

İntifa hakkının kullanımının devrinde son sınırlamayı hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur. Öyle ki, belli bir süre öngörülen intifa hakkının son gününde malikin bilgisi ve rızası olmadan uzun süreli kira sözleşmesi yapan kimse, hakkını kötüye kullanmış sayılır. Böylece intifa hakkı sahibi, hakkını özenle kullanma borcuna aykırı hareket ederek bariz bir çıkar dengesizliği yaratmaktadır. Ayrıca intifa hakkını, herhangi bir menfaat olmaksızın amaca aykırı kullanmaktadır.²⁹

İntifa hakkı sahibi, iyi bir yönetici gibi özen göstermek kaydıyla hukuk düzeninin sınırları içinde taşınmazı dilediği gibi yönetebilir. Yönetim hakkını kendisi kullanabileceği gibi başka bir kimseye de devredebilir (TMK m. 803/II; m. 806). Bu bağlamda, intifa hakkı

²⁵ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 1; Leemann, Art. 758 Rn. 1; Bertan, s. 1347; Horat, s. 53; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 758 Rn. 1.

²⁶ Bertan, s. 1347.

²⁷ Leemann, Art. 758 Rn. 11; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 820; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 758 Rn. 2.

²⁸ Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 3-5.

²⁹ Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 9.

sahibinin taşınmaz üzerindeki kullanım hakkını üçüncü kişiye devredebilmesi malı yönetme yetkisinin bir sonucudur. Malikin rızasının alınmasına gerek yoktur.³⁰ Ancak intifa hakkı sahibi, şahsen kullanma gerekliliğine rağmen, taşınmazın kullanımını üçüncü kişiye devretmişse, malik bu duruma itiraz edebilir (TMK m. 807). Hakkının tehlikeye düştüğünü ispat ederek güvence gösterilmesini isteyebilir (TMK m. 818). Güvence gösterilmemesi ve malikin itirazına rağmen hukuka aykırı kullanıma devam edilmesi halinde, intifa hakkı sahibinin zilyetliği kaldırılabilir. Sulh hâkimi tarafından taşınmaza bir kayyım atanabilir (TMK m. 810).

Intifa hakkının kullanımının devri işlemi, intifa konusu taşınmazın tamamını veya bir kısmını kapsayabilir. Örneğin, bahçe ve evden yararlanmayı içeren intifa hakkında sadece bahçenin kullanımı üçüncü kişiye bırakılabilir. Taşınmaz üzerindeki yararlanma yetkisi, süreyle sınırlı olarak üçüncü kişiye devredilebilir. İntifa hakkı sahibinin bu süreyi, malik ile aralarındaki sözleşmeye uygun hareket ederek kendi yararlanma süresini dikkate alarak belirlemesi uygun olur. Lakin taraflarca bir süre kararlaştırılmaması da mümkündür.³¹ Öte yandan, intifa hakkı sahibinin yapacağı bu devir işlemi, ivazlı veya ivazsız olabilir.³² Doktrinde ileri sürülen bir görüşe³³ göre intifa hakkının kullanılmasının devri ile kiralanması birbirinden farklı kavramlardır. Bu sebeple, intifa hakkının kullanımının devri, kira veya kullanım ödünçü sözleşmesi gibi yasada düzenlenmiş kullandırma sözleşmelerinden farklı bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Zira intifa hakkı sahibinin üçüncü kişiye taşınmazı kiralaması, sahip olduğu yararlanma yetkisinin bir görünümüdür. Kullanım hakkını devir yetkisi ise yararlanma

³⁰ Leemann, Art. 758 Rn. 6; Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 5; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 755 Rn. 5; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 819; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 1049.

³¹ Thurnherr, CHK-ZGB Art. 758 Rn. 2; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 2; Leemann, Art. 758 Rn. 4; Özen, 2008, s. 297; Burak Özen, “İntifa Hakkının Kullanılmasının Devri Kavramı ve Bu Kavramın İntifa Hakkının Hacziyle İlişkisi”, 2009, Prof. Dr. Huseyin Hatemi’ye Armağan, s. 1269-1290, s. 1277.

³² Leemann, Art. 758 Rn. 4; Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 12; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 2; Liebermann, s. 34; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 818; Horat, s. 56; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 758 Rn. 2; Özen, 2008, s. 297; Canonica, s. 197; Özen, 2009, s. 1277.

³³ Baur/ Stürner, s. 413; Özen, 2008, s. 297; Mustafa Aksu, “Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi’nin İntifa Konusu Taşınmazın İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Kiraya Verilmesi Ve Daha Sonra İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Kira Sözleşmesinin Hukukî Akıbetine İlişkin 3.7.2003 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, S. 34, Aralık 2004, e-Akademi, prg. 22; Mustafa Aksu, “Taşınmazlarda İntifa Hakkı Kurulmadan Önce ya da İntifa Hakkı Süresince Yapılmış Kira Sözleşmelerinin İntifa Hakkının Sona Ermesiyle Birlikte Hukukî Durumu”, 2006, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, s. 41-81, s. 61; Özen, 2009, s. 1276.

yetkisinden ayrı bir yetkidir.³⁴ Ayrıca intifa hakkının kullanılmasının devrinde, kira sözleşmesinden farklı olarak taşınmaz bütün unsurlarıyla devrin konusunu oluşturur. Öte yandan, intifa hakkının kişiye sıkı bir biçimde bağlı olması durumunda, taşınmazın kullanılmasının devri mümkün değilken, kiraya verilmesi mümkündür.³⁵ Diğer bir görüş³⁶ ise intifa hakkının kullanımının borçlandırıcı işlem ile devredilebileceği ifade etmektedir. Buna göre intifa hakkının kullanımının devri, kira veya kullanım ödöncü sözleşmesi şeklinde gerçekleşebilir. Kanaatimizde de intifa hakkı sahibi, taşınmaz üzerindeki kullanma ve yararlanma hakkını üçüncü kişiye adı kira³⁷, konut ve çatılı işyeri kirası veya ürün kirası sözleşmesiyle ivazlı bir şekilde devredebilir. Yine intifa hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki kullanım hakkını, kullanım ödöncü sözleşmesinde olduğu gibi ivazsız şekilde devretmesi mümkündür. Bu şekilde gerçekleşen devir ile üçüncü kişi taşınmazı kullanma yetkisi veren şahsı bir hakka sahip olur.

2. İntifa Hakkı Sahibi ile Kullanım Hakkı Sahibi Arasındaki İlişki

Taşınmaz üzerindeki intifa hakkının kullanılmasının devri halinde intifa hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasında bir borç ilişkisi doğar.³⁸ Bu ilişki, esas itibarıyla taraflar arasında akdedilen sözleşmenin kurallarına örneğin, adı kira (TBK m. 299 vd.), konut ve çatılı işyeri kirası (TBK m. 339 vd.) veya ürün kirası (TBK m. 357 vd.) ya da kullanım ödöncü sözleşmesi (TBK m. 379 vd.) hükümlerine tabidir. Dolayısıyla, kullanım hakkını devralan üçüncü kişi, taşınmazın doğrudan doğruya zilyedir. Malik ve intifa hakkı sahibi ise dolaylı zilyetliğe sahiptir. Böylelikle, üçüncü kişi kiracı intifa hakkından doğan hakları kullanabilir.³⁹ Örneğin,

³⁴ Özen, 2008, s. 298. Yazar bu nitelemeden bağımsız olarak intifa hakkı sona erdiğinde kiracının kendisini koruyan özel düzenlemelerden faydalanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Özen, 2008, s. 298.

³⁵ Aksu, 2004, prg. 22; Aksu, 2006, s. 62.

³⁶ Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 8; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 2; Leemann, Art. 758 Rn. 4; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 758 Rn. 2; Genç Arıdemir, s. 131; Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 4. Auflage, 2008, Basel Genf München, Art. 758, Rn. 3. Kullanım ödöncü sözleşmesi için bkz. Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 359.

³⁷ Yargıtay HGK E: 2017/6-2641 K: 2021/411 T: 6.4.2021: “...Kira sözleşmesi de intifa hakkı sahibinin TMK'nın 806. maddesi çerçevesinde yaptığı intifa hakkının kullanılmasının devrine ilişkin hukuki işlemlerden birisidir. İntifa konusunu kullanma ve ondan yararlanma yetkisi de onun bu yetkilerinden birisi olduğu için intifa hakkı sahibi bu yetkilerin bir üçüncü kişi tarafından kullanılmasını kabul edebilir. Bu nedenle sözleşme, kira sözleşmesinin asli edimlerini içeriyorsa, sözleşmeye kira sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.” (KBİBB, 818/m. 254) (e.t. 29.05.2023).

³⁸ Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 12; Leemann, Art. 758 Rn. 7; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 954; Köprülü/ Kaneti, s. 139; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 819; Akıntürk, s. 686; Genç Arıdemir, s. 129; Ayan, s. 83; Akçaal, s. 624.

³⁹ Liebermann, s. 18; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 954; Leemann, Art. 758 Rn 7.

taşınmaz bir konut ise oturabilir; tarla ise ekip biçebilir, semerelerinden yararlanabilir. Ancak intifa hakkının kullanımının devredilmesi halinde üçüncü kişinin hukukî durumu intifa hakkı sahibine bağlıdır.⁴⁰ Hak sahibi herhangi bir nedenle intifa hakkına sahip olmamışsa, üçüncü kişi de yararlanma hakkını iyi niyetle kazandığını ileri süremez.⁴¹

Üçüncü kişi taşınmazı intifa hakkı sahibiyle yapmış olduğu sözleşmede kararlaştırılan şekilde, kullanım amacını ve niteliğini dikkate alarak kullanmak zorundadır. Örneğin, taşınmazın olağan bakım ve onarımını yapmalıdır (TBK m. 317; m. 365; m. 381). Bu durumda hem sözleşme tarafı olarak intifa hakkı sahibi hem de malik (TMK m. 806/2) üçüncü kişiden talepte bulunabilir. Belirtmek gerekir ki, intifa hakkı sahibi taşınmazın kullanımını devrettiği kişilerin davranışından da kendi fiili gibi sorumludur.⁴² Diğer bir deyişle, intifa hakkı sahibi, taşınmazın zilyetliğini bıraktığı kişinin kanuna ve intifa sözleşmesine uygun hareket etmesini sağlamakla görevlidir. İntifa hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki kullanım hakkının sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunda denetim yetkisi ve sorumluluğu bulunmaktadır.⁴³ Bu bağlamda, intifa hakkı sahibi, üçüncü kişiyi denetleyerek intifa konusu taşınmazın zarar görmemesi için gerekli önlemleri almalı, onarım ve yenilemeleri yapmalıdır (TMK m. 812/I). Taşınmazın korunmasının daha önemli işlerin yapılmasını veya önlemlerin alınmasını gerektirmesi halinde ise durumu malike bildirmelidir (TMK m. 812/II). İntifa hakkı sahibinin bu yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde malik ile arasındaki intifa ilişkisine aykırı davrandığı söylenebilir. Malik ise üçüncü kişinin bu davranışları nedeniyle TMK m. 807-811 yer alan haklarını kullanabilir.⁴⁴

3. Malik ile Kullanım Hakkı Sahibi Arasındaki İlişki

İntifa hakkı sahibinin taşınmazı kiralaması veya ödünç sözleşmesiyle kullanım hakkını devretmesi, üçüncü kişi ile malik arasında bir hukukî ilişki kurmaz.⁴⁵ Bu sebeple, kullanım hakkını devralan üçüncü

⁴⁰ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 4; Leemann, Art. 758 Rn. 8; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 955; Özen, 2008, s. 299; Akçaal, s. 624; Genç Arıdemir, s. 131; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 758 Rn. 4.

⁴¹ Leemann, Art. 758 Rn. 7; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 819.

⁴² Leemann, Art. 752 Rn. 9; Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 11; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 5; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 758 Rn. 4; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 758 Rn. 5; Bertan, s. 1423; Özen, 2008, s. 302; Özen, 2009, s. 1282.

⁴³ Yargıtay 4. HD, E: 2021/22795 K: 2022/8553 T: 9.6.2022 (KBİBB, 4721/m.794,795,803) (e.t. 29.05.2023).

⁴⁴ Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 11; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 5; Leemann, Art. 758 Rn. 9.

⁴⁵ Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 16; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 5; Köprülü/ Kaneti, s. 139; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 955; Bertan, s. 1424; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 870; Özen, 2008, s. 299; Akıntürk, s. 686; Ayan, s. 83; Akçaal, s. 624. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK E: 2017/6-2641 K: 2021/411 T:

kişinin malike karşı bir talepte bulunması mümkün değildir. Örneğin, kiralananın ayıplı hale gelmesi nedeniyle ayıpların giderilmesi veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılması ya da zararın giderilmesi malikten istenemez. Kullanım hakkını devralan kiracı, bu talepleri kiraya veren konumundaki intifa hakkı sahibine karşı ileri sürebilir (TBK m. 305). Kullanım hakkı sahibi, taşınmazı kullanmasına engel olması halinde de intifa hakkı sahibiyle yapmış olduğu sözleşmeyi malike ileri süremeyecekse de şartları oluşmuşsa, zilyetliğin korunması hükümlerinden yararlanabilir.⁴⁶ İntifa hakkının kullanımını devralan üçüncü kişinin, haklarını malike karşı ileri sürememesi, sözleşme tarafının yalnız intifa hakkı sahibi olması nedeniyledir. Lakin borç ilişkilerinin nisbiliği ilkesine rağmen, kanun koyucu malike, intifa hakkının kullanımını devralan üçüncü kişiye başvurma imkânı vermektedir (TMK m. 806/2). Buna göre malik sahip olduğu hakları, taşınmazın kullanımını devralan kişiye karşı ileri sürebilir. Şöyle ki, malik taşınmazın hukuka aykırı ve niteliğine uygun kullanılıp kullanılmadığını denetleyebilir ve bu kullanımı talep edebilir (TMK m. 807). Malike tanınan bu imkân doktrinde alt kira ilişkisine benzetilmektedir.⁴⁷

II. İNTİFA HAKKININ SONA ERMESİ

A. SONA ERME NEDENLERİ

1. Taşınmazın Yok Olması

İntifa hakkının konusunu oluşturan taşınmazın tamamen yok olması, hakkı sona erdiren nedenlerden ilkidir (TMK m. 796/I). Örneğin taşınmaz sürekli olarak suyun altında kalır veya yangın, heyelan ya da deprem nedeniyle yararlanılamayacak derecede harap olursa intifa hakkı sona erer. Eşyanın biçiminde önemli bir değişiklik olması veya kısmi yok olma ise intifa hakkını sona erdirmez. Üzerinde bina bulunan bir taşınmazda sadece binanın yıkılması veya yanması ihtimalinde intifa hakkının sona ermeyeceği kabul edilmektedir. Zira bu durumda taşınmazın tamamen yok olmasından bahsedilemez ve intifa hakkı ana taşınmaz üzerinden devam eder.⁴⁸ Ancak malik metruk olduğunu

6.4.2021 (KBİBB, 818/m. 254); Yargıtay 6. HD, E: 2014/2419 K: 2014/13301 T: 2.12.2014 (KBİBB) (e.t. 29.05.2023).

⁴⁶ Leemann, Art. 758 Rn. 7; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 4; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 870.

⁴⁷ Leemann, Art. 758 Rn. 9; Köprülü/ Kaneti, s. 139; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 819; Sirmen, s. 606-607; Wieland, s. 449; Özen, 2009, s. 1285. Aksi yönde bkz. Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 16. Bu hüküm, sadece intifa hakkının kullanılmasının devrinde uygulanabilir. Malikin kiracıya karşı TMK m. 806/2 uyarınca talepte bulunması mümkün değildir. Görüş için bkz. Aksu, 2006, s. 75.

⁴⁸ Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 22; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 750 Rn. 2; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 748-749 Rn. 2; Özen, 2008, s. 155. Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. HD, E: 2016/1542 K: 2017/5424 T: 21.6.2017: "...somut

düşündüğü taşınmazı, yasal prosedürü izlemeden kendisi yıkılmışsa, intifa hakkı yasaya uygun olmadan sona erdirilmiş olur. Bu durumda intifa hakkı sahibinin zararının giderilmesi gerekir.⁴⁹

Taşınmazın, malikin veya üçüncü kişinin kusuru ya da beklenmedik olay nedeniyle yok olması intifa hakkının sona ermesi bakımından önemli değildir.⁵⁰ Tüm bu ihtimallerde, yok olmayla intifa hakkı birlikte terkin öncesi sona erer. Yüklü taşınmaz maliki hukukî değerini kaybeden bu tescilin terkinini isteyebilir (TMK m. 1026). Tapu sicilinde yapılacak olan terkin açıklayıcı niteliktedir.⁵¹ Malik taşınmazın yok olması nedeniyle sigorta veya haksız fiil tazminatı elde etmiş olabilir. Bu durumda intifa hakkı, söz konusu karşılık üzerinden kanun gereği devam eder (TMK m. 798/2). Ancak intifa hakkının malikin kusuruyla yok olması başka sonuçları ortaya çıkarabilir. Şöyle ki, malik intifa hakkıyla doğrudan ilgisi olmayan davranışıyla herhangi bir üçüncü kişi gibi hak sahibine zarar verirse sorumluluğu doğar. Malikin intifa hakkı konusu evin camını kırmasında haksız fiil hükümlerine göre tazminat sorumluluğunun doğması buna örnek gösterilebilir (TBK m. 49). Malik, burada intifa hakkını kuran değil, üçüncü bir kişi konumunda olduğu için

olaya gelince; ... Bakanlığınca 24.03.1972 tarihinde tesis edildiğini, tesis edilirken sürenin kararlaştırılmadığı ve tesis tarihinden itibaren yüz yıl geçmediği, davaya konu taşınmaz üzerindeki ilkokulun kapatılmasının intifa sebebinin ortadan kalkması anlamına gelmeyeceği gözönünde bulundurularak davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulmasına karar verilmiştir.” (KBİBB) (e.t. 29.05.2023).

⁴⁹ Yargıtay 13. HD, E: 2003/5183 K: 2003/9068 T: 3.7.2003: “...Sınırlı ayın haklardan olan intifa hakkı Medeni Kanununun 717 eski (794 yeni) maddesine göre taşınır, taşınmazlar haklar veya bir mal varlığı üzerinde kurulabilir. Aksine düzenleme olmadıkça hak sahibine konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar. Aynı kanununun 720 (796 yeni) maddesine göre intifa hakkı konusunun tamamen yok olması taşınmazlardan tescilin terkinini yasal intifa hakkı sebebinin ortadan kalkması ile sona erer. Davalı (mülkiyet sahibi) taşınmazın metruk olduğundan yıkıldığını, savunmuştur. Belediyeden yıkım izni davalının baş vurusu ile alınmış, metruk olduğu belirtilmiş, ancak belediye tarafından bir yıkım kararı verilmemiştir. Öte yandan davacı tarafından açılan 5. asliye Hukuk mahkemesi 2000/242 esas, 2001/410 sayılı dosyada taşınmazdan yıkımdan önce yararlanıldığı kabul edilerek davacı lehine kira tazminatına hükmedilmiş, karar dairesimizce onanmıştır. Bu durumda taşınmazın davalı tarafından yıkımından önce kullanıldığının, intifa hakkının devam ettiğinin kabulü zorunludur. Yasaya uygun şekilde sona erdirilmeyen intifa hakkı dolayısı ile davacı talebinde haklıdır. Mahkemeye gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle davacı alacağı, hesaplanıp o miktara hükmedilmesi gerekirken yanlış değerlendirmeye sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” (KBİBB, 743/m.717,720; 4721/m.794,796) (e.t. 29.05.2023).

⁵⁰ Thurnherr, CHK-ZGB Art. 750 Rn. 1; Baumann, ZK-ZGB Art. 750 Rn. 3; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 750 Rn. 1; Köprülü/ Kaneti, s. 121.

⁵¹ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 963; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 748, Rn. 3; Gökçe Canarslan, İntifa Hakkının Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 34.

genel sorumluluk kurallarına göre belirleme yapılmaktadır.⁵² Malikin intifa sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyerek taşınmazın yok olmasına katkıda bulunduğu veya neden olduğu durumlar ise farklıdır. Bu durumda, malik intifa konusu taşınmazı korumak için üzerine düşen önlemleri almamışsa intifa hakkı sahibi, giderleri malike ait olmak üzere taşınmazı yeniden yapabilir (TMK m. 812/3).⁵³ Öte yandan, bu davranışı nedeniyle malikin sözleşmenin ihlali nedeniyle sorumluluğu doğar (TBK m. 112).⁵⁴

Taşınmazın yok olmasında malikin kusuru yoksa, intifa hakkı sahibi, TMK m. 801'e dayanarak tamamen veya kısmen yok olan eşyayı masrafları kendisine ait olmak üzere tamir edebilir. Bu durumda intifa hakkı sona erdiğinde yaptığı yenilemeler ve eklemeler için malikten vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca tazminat isteyebilir (TMK m. 801).⁵⁵

Taşınmazın kısmen veya tamamen yok olması halinde malikin onarma ve eski hale getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır (TMK m. 798). Herhangi bir yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, malikin intifa konusu taşınmazın eksi hale getirilmesinde menfaati olabilir. Bu durumda malik intifa konusu taşınmazı terkin öncesi tamir ettirirse intifa hakkı, yeniden tescile gerek kalmadan devam eder (TMK m. 798/1). Ancak intifa hakkının canlanabilmesi için söz konusu yenileme ve tamirlerin taşınmazı ikame etmek için yapılması gerekir.⁵⁶ İntifa hakkının terkini sonrasında malik, taşınmazı eski hale getirirse, intifa hakkı kendiliğinden doğmaz. Bu hakkın malik tarafından intifa hakkı sahibi lehine yeniden tescili gerekir.⁵⁷

2. Sürenin Dolması

İntifa hakkı daimî olarak kurulması mümkün olmayan bir irtifak hakkıdır. Dolayısıyla, taraflar yapacakları sözleşmede taşınmazdan intifa hakkı kapsamında yararlanmanın belirli bir süreye bağlı olacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda kararlaştırılan sürenin dolmasıyla birlikte intifa hakkı kendiliğinden sona erer (TMK m. 796/II). Malik, tapu sicil müdürlüğüne başvurarak hukukî değerini kaybetmiş intifa hakkının

⁵² Baumann, ZK-ZGB Art. 750 Rn. 5,6,7; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 750 Rn. 1. İntifa hakkının sona ermesinden malik sorumlu ise, intifa hakkı sahibi, hakkının kapital değeri tutarında tazminat talep edebilir. Bkz. Thurnherr, CHK-ZGB Art. 748-749 Rn. 2; Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 18.

⁵³ Baumann, ZK-ZGB Art. 750 Rn. 5,6,7; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 750 Rn. 1; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 750 Rn. 3; Leemann, Art. 750 Rn. 2; Köprülü/ Kaneti, s. 121; Canarslan, s. 38.

⁵⁴ Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 750 Rn. 1; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 750 Rn. 3.

⁵⁵ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 750 Rn. 4; Leemann, Art. 750 Rn. 2; Köprülü/ Kaneti, s. 121; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 750 Rn. 1.

⁵⁶ Baumann, ZK-ZGB Art. 750 Rn. 9; Leemann, Art. 750 Rn. 6.

⁵⁷ Berki, s. 115.

terkinini isteyebilir (TMK m. 756; m. 1026; TST m. 69/3). Yapılacak terkin açıklayıcı özelliğe sahiptir.⁵⁸

Taraflar bazen yaptıkları intifa sözleşmesinde bir süre kararlaştırmayabilirler. Bu durumda intifa hakkının süresiz tanındığı söylenemez. Zira intifa hakkının azami bir süreye bağlı olması gerekliliği, emredici niteliktedir.⁵⁹ Tarafların intifa hakkı için bir süre öngörmedikleri bu hallerde, kanunda yer alan azami süreler uygulanır. Böylelikle intifa hakkının, mülkiyet hakkını aşırı yüklerle kayıtlamaması sağlanır.⁶⁰ Tüzel kişiler lehine kurulan intifa hakkının azami süresi, en fazla yüz yıldır (TMK m. 797/II). Ayrıca yüz yıllık süre dolmadan tüzel kişilik sona erer veya diğer bir sona erme nedeni ortaya çıkarsa, intifa hakkı da son bulur. Tarafların daha uzun bir süre kararlaştırmış olmaları halinde ise fazla sürenin dikkate alınmaması, intifa hakkının yüz yıl için kurulduğunun kabul edilmesi gerekir.⁶¹ Ancak malik dilerse yüz yılın sonunda aynı tüzel kişi için yeniden intifa hakkı tesis edebilir.⁶² Gerçek kişiler bakımından ise azami bir süre öngörülmemektedir. Tüzel kişiler için konulan yüz yıllık süre, intifa hakkı sahibinin gerçek kişi olduğu hallerde kıyasen uygulanmaz.⁶³ Bir kimse yüz yıldan fazla yaşasa da intifa hakkı ölünceye veya diğer bir sona erme nedeni gerçekleşinceye kadar devam eder. Bu anlamda gerçek kişinin ölümü, azami süre olarak değerlendirilebilir.

3. Ölüm veya Kişiliğin Sona Ermesi

Ölüm, gerçek kişi lehine kurulan intifa hakkını sona erdiren doğal bir sebeptir. İntifa hakkının, hak sahibinin hayatıyla sınırlı olduğunu göstermektedir. İntifa hakkının, hak sahibinin kişiliğine bağlı olması ve mirasçılara geçmemesi de bu özelliğinin bir sonucudur.⁶⁴ Dolayısıyla, intifa hakkının daha uzun süre için kurulmuş olması önemli değildir. Birden fazla kişi yararına intifa hakkı kurulmuş olabilir. Bu halde elbirliği halinde hak sahipliği söz konusu ise tüm hak sahiplerinin ölümü ile intifa hakkı sona erer.⁶⁵ Paylı hak sahipliği söz konusu ise ölen paydaşın payının

⁵⁸ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 748 Rn. 7; Wieland, s. 435; Sirmen, s. 614; Özen, 2008, s. 153; Horat, s. 69; Brückner/ Kuster, Rn. 1484; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 748-749 Rn. 3.

⁵⁹ Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 749 Rn. 1; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 748-749 Rn. 6; Leemann, Art. 749 Rn. 10; Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 2; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 749 Rn. 1; Özen, 2008, s. 148; Horat, s. 69; Brückner/ Kuster, Rn. 1466a.

⁶⁰ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 749 Rn. 2; Leemann, Art. 749 Rn. 10; Özen, 2008, s. 148; Brückner/ Kuster, Rn. 1466a; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 749 Rn. 1.

⁶¹ Leemann, Art. 749 Rn. 8; Velidedeoğlu/ Esmer, s. 331; Berki, s. 114; Köprülü/ Kaneti, s. 121; Özen, 2008, s. 148.

⁶² Leemann, Art. 749 Rn. 8; Köprülü/ Kaneti, s. 121.

⁶³ Berki, s. 114.

⁶⁴ Saymen/ Elbir, s. 487.

⁶⁵ Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 8; Bertan, s.1375.

karşılığı olan kuru mülkiyet hakkı malike geçer.⁶⁶ Gerçek kişi intifa hakkı sahibinin gaipliği de intifa hakkını sona erdiren bir diğer nedendir.⁶⁷ Öyle ki, gaiplik halinde ölüm ile eş sonuçlar doğurmaktadır (TMK m. 35). Tüzel kişi lehine kurulan intifa hakkı ise kişiliğin sona ermesiyle ortadan kalkar. Malikin ölümü ise intifa hakkını sona erdiren bir neden değildir. Aynı şekilde kullanım hakkını devralan üçüncü kişinin ölmesi intifa hakkını sona erdiren bir neden olarak değerlendirilemez. Zira kullanım hakkı mirasçılara devredilebilir nitelikte bir haktır.⁶⁸

Intifa hakkının ölüm veya tüzel kişiliğin sona ermesiyle ortadan kalktığı durumlarda, malik intifa hakkının terkinini isteyebilir (TMK m. 796/II). Taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılacak olan bu terkin, açıklayıcı niteliktedir.⁶⁹

4. Terkin ve Mahkeme Kararı

Intifa hakkının kurulmasıyla birlikte hak sahibi yalnızca hak elde etmez; aksine bu hakkın korunması başta olmak üzere bir dizi yükümlülüğü de üstlenir. Intifa hakkı sahibi zaman içerisinde taşınmazdan dilediği yararlanmayı elde edemeyebilir ve bu yararlanma, yükümlülüklerini dahi karşılamayabilir. Bu durumda hak sahibi, intifa hakkı nedeniyle üstlendiği yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla hakkindan tek taraflı olarak vazgeçebilir ve tapu sicil müdürlüğüne yazılı terkin isteminde bulunabilir. Terkin ile intifa hakkı sona erer (TMK m. 796/I).⁷⁰ Dolayısıyla terkin kurucu niteliktedir.⁷¹ Intifa hakkının terkinini ile birlikte malik, taşınmazı üzerinde tam mülkiyet hakkına tekrar sahip olur. Belirtmek gerekir ki, intifa hakkı sahibinin taşınmazı kullanmaması (*non usus*), ondan yararlanmaması, roma hukukunun aksine hakkı sona erdiren bir neden değildir. Lakin bu davranış, kullanım sıklığı, kullanmamanın nedeni gibi unsurlarla birlikte somut olayda incelendiğinde intifa hakkı sahibinin hakkindan vazgeçtiği sonucunu ortaya çıkarabilir. Bu halde malik, vazgeçmeye dayalı olarak terkin isteyebilir (TMK m. 796/2).⁷² Zira intifa hakkı sahibinin hakkindan

⁶⁶ Bertan, s.1375.

⁶⁷ Thurnherr, CHK-ZGB Art. 748-749 Rn. 4; Leemann, Art. 749 Rn. 2; Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 8; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 748 Rn. 2; Özen, 2008, s. 149.

⁶⁸ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 4; Leemann, Art. 758 Rn. 8.

⁶⁹ Thurnherr, CHK-ZGB Art. 748-749 Rn. 3; Baumann, 2008, s. 72; Horat, s. 69; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 964; Brückner/ Kuster, Rn. 1484; Saymen/ Elbir, s. 490; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 854; Sirmen, s. 615; Ayan, s. 91.

⁷⁰ Terkin, kanunî intifa haklarını da sona erdiren bir sebeptir. Bkz. Liebermann, s. 31; Berki, s. 113.

⁷¹ Bertan, s. 1370. Hakkın maddi açıdan sona erebilmesi için terkin gerekli değildir görüşü için bkz. Özen, 2008, s. 164.

⁷² Thurnherr, CHK-ZGB Art. 748-749 Rn. 3; Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 31; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 748 Rn. 3; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 853; Horat, s. 70. Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. HD, E: 2016/8089 K: 2019/2153 T: 11.3.2019 “...somut olaya gelince; Milli Eğitim Bakanlığına ait intifa hakkının

vazgeçmesi örtülü bir iradeye de dayanabilir.⁷³ Hakkın kullanılmamasına rağmen, açık veya zımnî bir vazgeçme iradesi belirlenemezse, malik intifa hakkının sona ermesini talep edemez. Kullanmama nedeniyle malikin hakları tehlikeye giriyorsa, teminat ve teminatın gösterilmemesi durumunda kayyım atanması istenebilir (TBK m. 808; m. 810).⁷⁴ Yargıtay ise kullanılmayan intifa hakkının, hak sahibine bir yarar sağlamayıp malike külfet getirdiğini belirtmektedir. Bu nedenle kullanılmayan intifa hakkının, saptanan bedelin ödenmesi kaydıyla taşınmazın tapu kütüğünden terkin edilebileceğini ifade etmektedir.⁷⁵

Terkin talebi, intifa hakkı sahibinin tek taraflı irade beyanına değil, intifa hakkı sahibi ile malik arasındaki vazgeçme sözleşmesine de dayanabilir. Öyle ki, malik ile intifa hakkı sahibi, yapacakları bir sözleşme ile intifa hakkının sona ereceğini her zaman kararlaştırabilirler. Bu bağlamda, vazgeçme sözleşmesi, intifa hakkını sona erdirme yükümlülüğü içeren borçlandırıcı bir işlemdir. İntifa hakkı sahibinin

22.10.1987 tarihinde tesis edildiği, tesis edilirken sürenin kararlaştırılmadığı ve tesis tarihinden itibaren yüz yıl geçmediği, davaya konu taşınmazlarda davalı Milli Eğitim Bakanlığının fiili kullanımının bulunmaması intifa sebebinin ortadan kalkması anlamına gelmeyeceği gözönünde bulundurularak davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulmasına karar verilmiştir.” (KBİBB, 4721/m. 785, 794, 795, 796) (e.t. 29.05.2023). İsviçre Federal Mahkemesi ise oturma hakkına ilişkin olarak vermiş olduğu kararında, kullanılmamanın irtifak hakkından vazgeçme olarak değerlendirilmesini sıkı şartlara bağlamaktadır. Bkz. BGE 123 III 461.

⁷³ Bkz. Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 31-32; Özen, 2008, s.165.

⁷⁴ Bkz. Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 33.

⁷⁵ Yargıtay 14. HD, E: 2006/1277 K: 2006/1861 T: 22.2.2006: “...Şahıs ile eşya arasında bir bağlantı yoksa intifa hakkının da bir amacı kalmaz. Yasanın aradığı anlamda intifa ilişkisi ancak hak sahibi ile eşyanın bütünleşmesi sonucu kurulabilir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; intifa hakkı sahibi Ronnie Michael Tucker Amerikan vatandaşıdır. İzmir 4.Sulh Hukuk Mahkemesinin 2002/1301 esasında kayıtlı davada tüm aramalara rağmen bulunamamış ve adresi tespit edilemediğinden kendisine İzmir Defterdarlığı kayyım olarak tayin edilmiştir. Davacı ise dava konusu taşınmazları izale-i şüyu davası sonunda satın alan üçüncü kişidir. Türk Medeni Kanununun 683. maddesi gereğince malik hukuk düzeni sınırları içinde o şeyi dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Davacının maliki olduğu taşınmazlarda intifa şerhi bulunmasının mülkiyet hakkının kullanımına sınırlama getirdiği şüphesizdir. Diğer taraftan, yabancı uyruklu ve tüm aramalara rağmen bulunamayan hak sahibinin taşınmazlar üzerinde eylemlerini yaparlanması olmadığı gibi, bu kişinin intifa hakkı sebebiyle borçlarını da yerine getirmediği tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Açığını söylemek gerekirse, sadece kayıtlar üzerinde var olan intifa şerhinin hak sahibine sağladığı bir yarar ve intifa şerhinin kayıtlarda kalmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Tapu kayıt maliki olan davacı için külfet haline gelen bu hakkın saptanan intifa bedelinin hak sahibi adına milli bir bankada açılacak hesaba depo edilmesi koşuluyla davanın kabulü gerekirken, somut olayın değerlendirilmesinde hataya düşülerek istemin reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” (KBİBB, 4721/m.794,683) (e.t. 29.05.2023).

hakkından vazgeçmesi ivaz karşılığı veya ivazsız olabilir.⁷⁶ Doktrinde yer alan bir görüşe⁷⁷ göre vazgeçme sözleşmesinin şekle tabi olmaması gerekir. Zira intifa hakkı sahibi, tek taraflı irade beyanıyla hakkını terkin ettirebileceğinden şekle tabi olmadan yapılan bir vazgeçme sözleşmesine dayanarak da aynı imkânı kullanabilmelidir. Ancak her durumda hakkın sona erebilmesi için intifa hakkı sahibinin yazılı bir terkin talebinde bulunması gerekir. İntifa hakkı sahibi, geçerli bir hukukî sebebe rağmen, terkin yaptıktan kaçınırsa malik, TMK m. 716 uyarınca hakkın terkinini için dava açabilir.⁷⁸ Mahkeme kararı ile birlikte, intifa hakkı sona erer. Yapılan terkin açıklayıcı niteliktedir.⁷⁹

İntifa hakkı sahibi, hakkından kısmen vazgeçebilir. Ancak bunun için terkin istenen kısım, diğer kısımlardan zarar görmeksizin ayrılabilmesi, farklı yönetilebilmesi ve diğer kısımlara ekonomik olarak bağımlı olmamalıdır. Örneğin, birden fazla bağımsız bölüm üzerinde oturma ve yönetim amaçlı kurulan intifada, hak sahibi yönetiminden bunaldığını ileri sürerek içinde yaşadığı bağımsız bölüm üzerindeki hakkını kaybetmeden, diğerleri üzerindeki hakkının terkinini isteyebilir.⁸⁰ Belirtmek gerekir ki, intifa hakkı sahibinin hakkından her zaman serbestçe vazgeçmesi mümkün olmayabilir. Burada söz konusu yararlanmanın ivazlı veya ivazsız olup olmaması önem arz eder. Zira malik ile hak sahibi arasındaki ilişkide, malik sağladığı yararlanma nedeniyle bir karşı edim elde ediyorsa, intifa hakkı sahibinin yaptığı terkin, malikin onayı olmadan hakkı sona erdirir. Ancak malikin onayını almayarak temel hukukî ilişkiyi ihlâl eden intifa hakkı sahibinin tazminat ödeme borcu ortaya çıkabilir.⁸¹

⁷⁶ İvazsız vazgeçilmesi durumunda intifa hakkı sahibi, kullanmadığı döneme ilişkin bedelin iadesini talep edemez yönündeki karar için bkz. Yargıtay 19. HD, E: 2016/9287 K: 2017/7746 T: 5.12.2017: “...Davalı ... vekilinin temyizine gelince dosya içerisinde kazandırılan intifa hakkının terkinine dair akit tablosundaki istem kısmında; “Yukarıda özellikleri belirtilen taşınmaz üzerindeki lehtar olduğum/olduğumuz intifa hakkının tamamından bedelsiz olarak, çıplak mülkiyet malikleri lehine terkinini bilvekele talep ederim.” ibaresi uyarınca intifa hakkı bedelsiz olarak terkin edildiğinden davacı bakiye süreye dair intifa hakkı bedeli isteyemez. Mahkemece bu sebeple intifa hakkı bedeline dair istemin reddi gerekirken kabulü doğru görülmediğinden ayrıca kabule göre de taraflar arasında müteselsil sorumluluk hükmü uygulanamayacağından müteselsil sorumluluğa karar verilmesi de yerinde bulunmadığından mahkemece verilen hükmün bozulması gerekmiştir.” (KBİBB, 4721/m. 794). Benzer yönde bkz. Yargıtay 19. HD, E: 2018/3497 K: 2020/522 T: 18.2.2020 (KBİBB, 4721/m.796); Yargıtay 19. HD, E: 2016/19995 K: 2018/2720 T: 15.5.2018 (KBİBB, 4721/m. 796); İstanbul BAM 43. HD, E: 2020/147 K: 2021/116 T: 11.2.2021 (KBİBB, 4721/m.796) (e.t. 29.05.2023).

⁷⁷ Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 24; Özen, 2008, s. 159.

⁷⁸ Bertan, s. 1371; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 963; Sirmen, s. 616; Köprülü/ Kaneti, s. 123; Saymen/ Elbir, s. 490; Ayan, s. 91.

⁷⁹ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 963; Köprülü/ Kaneti, s. 123; Ayan, s. 91; Sirmen, s. 616.

⁸⁰ Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 26.

⁸¹ Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 29; Özen, 2008, s. 161-162.

Kanun koyucu kararlaştırılan sürenin dolması, vazgeçme veya hak sahibinin ölümü halinde malike intifa hakkının terkinini isteme hakkı tanımaktadır (TMK m. 796/2). Ancak bu terkin, intifa hakkı sahibinininkinden farklı olarak açıklayıcı niteliktedir.⁸²

5. Kamulaştırma

Intifa hakkının konusunu oluşturan taşınmazın kamulaştırılması halinde hak sahibi, taşınmaz üzerindeki yararlanma hakkını kaybeder. Ancak intifa hakkı sahibi, malikin kamulaştırma nedeniyle elde ettiği bedel üzerinden hakkını devam ettirir (TMK m. 798/2). Doktrinde ileri sürülen bir görüşe⁸³ göre kamulaştırmanın kapsamı geniş anlamda anlaşılmalıdır. Öyle ki, bitkilere âriz olan bir hastalığın önlenmesi için tarlanın ekilmemesi yüküne karşılık ödenen para da kamulaştırma kapsamında değerlendirilmelidir.

6. İntifa Sözleşmesinin Feshi

İntifa hakkının yalnızca kanunda yer alan nedenler ile sona erdirilebileceği esas itibariyle kabul edilmektedir.⁸⁴ Öyle ki, intifa hakkı sahibinin zarar verici davranışları bile malike intifa hakkını sona erdirmeye değil, güvence talep etme yetkisi verir (TMK m. 808 vd.). Ancak karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmeden doğan intifa hakkında malik, borçlunun temerrüdü hükümlerine dayanarak irtifak hakkını sona erdirmeye imkânına sahiptir (TBK m. 125).⁸⁵ Öte yandan, intifa hakkına ilişkin

⁸² Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 748 Rn. 7; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 748-749 Rn. 3; Baumann, 2008, s. 72; Horat, s. 69; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 964; Brückner/ Kuster, Rn. 1484; Saymen/ Elbir, s. 490; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 854; Sirmen, s. 614, 615; Ayan, s. 91; Wieland, s. 435; Özen, 2008, s. 153.

⁸³ Bertan, s. 1383.

⁸⁴ Yargıtay 14. HD, E: 2006/4742 K: 2006/6054 T: 29.5.2006 (KBİBB, 4721/m.794); Yargıtay 14. HD, E: 2007/572 K: 2007/3595 T: 3.4.2007 (KBİBB, 4721/m. 796, 797); Yargıtay 14. HD, E: 2008/343 K: 2008/1656 T: 14.2.2008 (KBİBB, 4721/m. 794, 796). Ancak Yargıtay vermiş olduğu bir kararında tarafların evlilik birliği içerisinde kurmuş olduğu intifa hakkının boşandıktan sonra intifa hakkı sebebinin ortadan kalktığı gerekçesiyle yapılan terkin talebini kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 14. HD, E: 2016/7046 K: 2019/1554 T: 21.2.2019: “...Şöyle ki; yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere intifa hakkı sebepten ari yararlanma aktidir. İntifa hakkı sözleşmesinde de her hangi bir sebebe bağlılık mevcut olmadığı gibi intifa hakkının hangi hallerde kaldırılacağı TMK'nin 796. maddesinde ve devamı maddelerde açıklanmıştır. Mahkemece mahallinde yapılan keşifte davacı lehine intifa hakkı kurulan taşınmazda bulunan evin davalıkarşı davacı ... tarafından kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu durumda mahkemece; davacı-karşı davalı ... 'nin elatmanın önlenmesi davasının kabulü ile, ecrimisil talebine yönelik intifadan men tarihinden itibaren birliktişlere ecrimisil bedeli hesaplatılarak intifa hakkı sahibi davacı lehine ecrimisile hükmedilmesi; davalı-karşı davalı ...'in intifa hakkının terkinine ilişkin davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hukum kurulması doğru görülmemiş, hukumün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.” (KBİBB) (e.t. 29.05.2023).

⁸⁵ Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 36.

hükümler büyük ölçüde tamamlayıcı nitelikte olduğu için hak sahibinin yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, malike irtifak hakkını sona erdirme yetkisi sözleşmesiyle tanınabilir.⁸⁶ Ancak sözleşmede böyle bir hüküm bulunmayabilir ve intifa ilişkisi süresince ortaya çıkan bazı olgular, maliki ağır külfet altında bırakabilir; sözleşmeye devamı kendisi için çekilmez hale getirebilir. Tüm bu şartlara rağmen, malikin sözleşme hükümlerine uymasını beklemek ise adaletsiz sonuçlar ortaya çıkarabilir. Bu durumda hak sahibinin intifa ilişkisi süresince taşınmazı kullanmasına ve ondan yararlanmasına katlanma borcu üstlenen malikin sözleşmeyi haklı sebeple sona erdirme hakkı bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Doktrinde ileri sürüldüğü üzere malikin kendisi için çekilmez hale gelen sürekli bir borç ilişkisi niteliğindeki intifayı haklı sebeple sona erdirmesi mümkün olmalıdır.⁸⁷ Yargıtay'a göre de uzun süreli sözleşmelerde zaman içerisinde edimler arasındaki dengeyi bozan durumlar ortaya çıkabilir. İntifa ilişkisi, taraflardan herhangi biri açısından çekilmez hale gelebilir. Böyle bir durumda ise tarafların sözleşme hükümlerine uymasını beklemek adaletsizliğe yol açabilir. Dolayısıyla çekilmez hale gelen intifa ilişkisinin sona erdirilmesi istenebilir.⁸⁸ Kanaatimizce de intifa ilişkisi süresince ortaya çıkan bazı olgular sözleşmeye devamı taraflar için çekilmez kılabilir. Bu durumda intifa hakkı sahibi, yazılı tescil talebinde bulunarak intifa ilişkisini tek tarafı olarak sona erdirebilir. Ancak malike böyle bir hak sözleşmeyle tanınmamışsa sözleşmeye devam etmesini beklemek adaletsizliğe yol açabilir. Bu sebeple de somut olayın şartları incelendiğinde sözleşme ilişkisine devamın malik için çekilmez olduğu durumlarda haklı sebeple sona erdirebilme hakkı tanınmalıdır. Bazı durumlarda da malik hakkın sağladığı bir yararın kalmamış olması nedeniyle intifa ilişkisine devam etmek istememektedir. Doktrin⁸⁹ ve Yargıtay⁹⁰ uygulamasına göre eşyaya bağlı irtifak haklarının mahkeme kararı ile sona erdirilmesini düzenleyen TMK m. 785 hükmü, şahsi irtifak haklarına da uygulanmalıdır. Bu bağlamda, intifa hakkının sağladığı hiçbir yarar kalmamışsa, malik hakkın terkinini mahkemeden isteyebilir (TMK m. 785/1). İntifa hakkının sağladığı yarar, yüküne oranla çok azsa, bu terkin bedel karşılığında kısmen veya tamamen gerçekleşebilir (TMK m. 785/2). Öyle ki, intifa hakkı yüklediği külfete göre sahibine çok az

⁸⁶ Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 36; Özen, 2008, s. 175 vd.

⁸⁷ Özen, 2008, s. 177.

⁸⁸ Yargıtay 14. HD, E: 2006/8036 K: 2006/10113 T: 29.9.2006 (KBİBB, 4721/m. 495, 785, 794, 795, 796); Yargıtay 14. HD, E: 2006/2418 K: 2006/3782 T: 31.3.2006 (KBİBB) (e.t. 29.05.2023).

⁸⁹ Leemann, Art. 748 Rn. 18; Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 53.

⁹⁰ Yargıtay 14. HD, E: 2016/16437 K: 2020/5013 T: 16.9.2020 (KBİBB); Yargıtay 14. HD, E: 2006/8036 K: 2006/10113 T: 29.9.2006 (KBİBB, 4721/m. 495, 785, 794, 795, 796); Yargıtay 14. HD, E: 2012/273 K: 2012/5520 T: 13.4.2012 (KBİBB); Yargıtay 14. HD, E: 2016/1542 K: 2017/5424 T: 21.6.2017 (KBİBB); Yargıtay 14. HD, E: 2016/7046 K: 2019/1554 T: 21.2.2019 (KBİBB); Yargıtay 14. HD, E: 2016/8089 K: 2019/2153 T: 11.3.2019 (KBİBB, 4721/m. 785, 794, 795, 796) (e.t. 29.05.2023).

yarar sağlamaktaysa, malik bozulan yararlar dengesini ileri sürerek hâkimden sözleşmeye müdahale edilmesini, intifa bedelinin artırılmasını ve kendisi için çekilmez hale gelen bu hakkın terkinini isteyebilir.⁹¹ Lakin intifa hakkının bedelsiz sona erebilmesi için hakkın intifa hakkı sahibine sağladığı bir yararın kalmadığı objektif bir bakış açısıyla tespit edilmelidir. Aksine intifa hakkından herhangi bir fayda elde edilmekteyse, bundan intifa hakkı sahibinin şahsen ve doğrudan yararlanıp yararlanmadığına bakılmaz. Zira intifa hakkı sahibinin hakkını kullanmaması veya yükümlülüklerini ihlâl etmesi hakkını sona erdirmez.⁹² Örneğin, intifa hakkının kullanımının ivazsız bir şekilde üçüncü kişiye devredilmiş olması, hak sahibinin yarar elde etmediği gerekçesi ile terkinini gerektirmez.

Bir görüşe⁹³ göre malikin haklı sebebe dayanarak intifa ilişkisini sona erdirmesiyle birlikte intifa hakkı sahibi, irtifak hakkını terkin ettirmelidir. Aksi halde malik terkine zorlama davası açabilir. Diğer bir görüşe⁹⁴ göre fesih ile birlikte intifa hakkı da sona erer. Zira taşınmazları konu alan tasarruf işlemleri sebebe bağlıdır. Fesih ile birlikte tescilin sebebi de ortadan kalkar.

B. SONA ERMENİN SONUÇLARI

I. İade Yükümlüsü

a. İntifa Hakkı Sahibi ve Mirasçuları

İntifa hakkının sona ermesiyle birlikte, intifa konusu malike geri verilmelidir (TMK m. 799). Bu bağlamda intifa hakkının sona ermesiyle birlikte kimin iade yükümlüsü olduğu belirlenmelidir. İsviçre Medeni Kanunu, halihazır zilyedin iade yükümlüsü olduğundan bahsetmektedir

⁹¹ Yargıtay 14. HD, E: 2006/8036 K: 2006/10113 T: 29.9.2006 (KBİBB, 4721/m. 495, 785, 794, 795, 796); Yargıtay 14. HD, E: 2012/273 K: 2012/5520 T: 13.4.2012 (KBİBB). Yargıtay 14. HD, E: 2006/2418 K: 2006/3782 T: 31.3.2006: "...Yasada açık bir hüküm olarak düzenlenmemiş olsa bile intifa hakkının konusu olan şeyin hak sahibi tarafından aşırı kullanılması, dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacağından uygulama ve doktrinde hakkı sona erdiren diğer bir neden olarak kabul edilmektedir. Eşyaya bağlı irtifak haklarında olduğu gibi Türk Medeni Kanununun 785 maddesine dayanılarak şahsi bir irtifak hakkı olan intifa hakkının mahkeme kararı ile terkininin malik tarafından istenilip istenilmeyeceği tartışmalı bir sorun olmakla beraber doktrinde 785 maddenin bu gibi durumlarda kıyasen uygulanacağı mahkeme kararı ile de şahsi irtifakın sona erdirilebileceğini kabul edilmektedir. Ancak bunun için lehine intifa hakkı bulunan kişiye göre malikin çok ağır külfete maruz kaldığının intifa hakkının devam etmesinin onun için çekilmez hal aldığıının kanıtlanmış olması gerekir. Bunların dışında malik sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) kuralı gereği sözleşme yapıldığı andaki gibi hükümlerine aynen uymak zorundadır." (KBİBB) (e.t. 29.05.2023).

⁹² Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 54.

⁹³ Özen, 2008, s. 177.

⁹⁴ Baumann, ZK-ZGB Art. 748-749 Rn. 36.

(ZGB Art. 751). 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi de İsviçre Medenî Kanunu'na paralel olarak intifa hakkının sona ermesi halinde malın iadesini, “*zilyedine*” bırakmaktaydı (eMK m. 753). Yürürlükte olan Türk Medenî Kanun'da ise iade yükümlülüğü TMK m. 799'a göre “*hak sahibine*” aittir. Kanun koyucu, bu iki ifade arasındaki farkı, sadece zilyet kavramı yerine hak sahibi kavramının kullanıldığını belirterek açıklamaktadır.⁹⁵ Böylelikle, esasında bir değişiklik yapmak istediğini ifade etmemektedir. Doktrinde *hak sahibi*, *zilyet* olarak kabul edilmektedir.⁹⁶ Zilyet ile kastedilen ise öncelikle intifa hakkı sahibidir.⁹⁷ İntifa hakkı sahibinin mirasçuları da intifa konusu taşınmazı iade ile yükümlü kişilerdendir.⁹⁸ Bu bağlamda iade ile yükümlü olan kişiler sona erme sebepleri dikkate alınarak incelenebilir. Kararlaştırılan sürenin dolması veya intifa sözleşmesinin feshi halinde intifa hakkı sahibi taşınmazın zilyetliğini malike iade etmek zorundadır. Yine intifa hakkı sahibinin hakkından vazgeçmesi, hakkı terkin ettirmesi veya mahkeme kararıyla terkin karar verilmesi halinde intifa hakkı sahibinin iade ile yükümlü olduğundan bahsedebiliriz. Hak sahibinin ölümü halinde ise mirasçuların intifa konusu taşınmazı iade etmeleri gerekir.

b. Taşınmazın Kullanım Hakkını Devralan Kişilerin İade Yükümlülüğü

aa. Genel Olarak

İntifa konusu taşınmazın zilyedi, her durumda hak sahibi veya mirasçuları olmayabilir. Öyle ki, hak sahibi, intifa hakkının kendisine vermiş olduğu tam yararlanma yetkisine dayanarak taşınmazın kullanımını üçüncü kişilere bırakabilir (TMK m. 806/1). Örneğin, taşınmaz kira veya kullanım ödöncü sözleşmesiyle devredilebilir. Bu durumda tespit edilmesi gereken husus, kullanım hakkını devralan kimsenin, TMK m. 799 anlamında taşınmazın zilyetliğini iade ile

⁹⁵ Bkz.
[https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_4.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekcileri_4.pdf) (e.t.14.02.2023).

⁹⁶ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 968.

⁹⁷ Leemann, Art. 751 Rn. 1; Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 1; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 1; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 1055; Bertan, s. 1387; Horat, s. 70; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 968; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s.856; Köprülü/ Kaneti, s. 127; Sirmen, s. 617; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 751 Rn. 1; Akçaal, s. 635; Özen, 2008, s. 195; Ayan, s. 92; Genç Arıdemir, s. 131; Canarlan, s. 173.

⁹⁸ Thurnherr, CHK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 5; Leemann, Art. 751 Rn. 1; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 1; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 1055; Horat, s. 70; Akıntürk, s. 689; Bertan, s. 1387; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 856; Köprülü/ Kaneti, s. 127; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 968; Sirmen, s. 617; Ayan, s. 92; Özen, 2008, s. 195; Akçaal, s. 635; Canarlan, s. 173; Genç Arıdemir, s. 131; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 751 Rn. 1.

yükümlü olup olmadığıdır. İsviçre Medenî Kanunu'nu dikkate alarak konuyu kapsamlı bir şekilde değerlendiren Baumann⁹⁹ intifa hakkı sahibi ve mirasçılarının dışında hakkın kullanımını devralan veya hak sahibinin yetkisini aşarak eşyanın kullanımının bırakıldığı kişileri ya da hukuka aykırı davranışla intifa konusu eşyayı elinde bulunduranları iadeyle yükümlü kabul etmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu son iki halde malik mülkiyet hakkına dayanarak zilyetliğin iadesini talep edebilir. İntifa hakkının sona ermesini beklemek zorunda değildir.¹⁰⁰

Kullanım hakkını devralan üçüncü kişinin hukukî durumu intifa hakkı sahibine bağlıdır.¹⁰¹ İntifa hakkı sahibi ölür veya hakkından vazgeçerse, üçüncü kişinin kullanım hakkı da sona erer.¹⁰² Malik, intifa hakkı sahibine karşı ileri sürebileceği talepleri, kullanımı devralan kimseye de yöneltebilir (TMK m. 806/2). Dolayısıyla, bu kimselerin sahip oldukları kullanma yetkisi de intifa hakkının son bulmasıyla birlikte ortadan kalkar.¹⁰³ Bu sebeple, intifa hakkının kullanımının bırakıldığı kişilerin de esas itibariyle taşınmazın zilyetliğini iade ile yükümlü olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁴ Bu görüş savunucularından bir kısmı¹⁰⁵, kullanım hakkı sahibinin intifa hakkının sona ermesiyle birlikte iade yükümlüsü olacağını kural olarak kabul etmekle birlikte kira sözleşmeleri için farklı bir yaklaşım benimsemektedir. Bu görüşe göre kullanım hakkı sahibinin özel kanunî hükümlerle korunduğu hallerde, kullanma hakkı, intifa hakkıyla birlikte kendiliğinden sona ermemelidir. Doktrin ve Yargıtay kararlarındaki incelemeler de esas itibariyle intifa hakkının sona ermesinin kullanım hakkını sona erdirip erdirmeyeceği üzerinde toplanmaktadır.

bb. Kiracının İade Yükümlülüğü

aaa. Doktrinde Yer Alan Görüşler

İntifa hakkının sona ermesiyle birlikte, taşınmazın kullanım hakkını devralan kiracının TMK m. 799 kapsamında zilyetliği iade ile

⁹⁹ Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 1.

¹⁰⁰ Özen, 2008, s. 195.

¹⁰¹ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 758 Rn. 4; Leemann, Art. 758 Rn. 8; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 955; Özen, 2008, s. 299; Akçaal, s. 624; Genç Arıdemir, s. 131.

¹⁰² Leemann, Art. 758 Rn. 8; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 955; Sirmen, s. 606; Velidedeoğlu/ Esmer, s. 333; Özen, 2008, s. 299; Akçaal, s. 624; Ayan, s. 83.

¹⁰³ Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 9; Genç Arıdemir, s. 131.

¹⁰⁴ Thurnherr, CHK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 9; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 1; Leemann, Art. 751 Rn. 2; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 751 Rn. 7; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 968; Özen, 2008, s. 195.

¹⁰⁵ Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 10, 12; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 6; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 751 Rn. 5; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 751 Rn. 7.

yükümlü olup olmadığı hususu, Alman Medenî Kanunu'ndan (BGB Art. 1056)¹⁰⁶ farklı olarak Türk ve İsviçre Hukukunda açıkça düzenlenmemektedir. Bu sebeple de doktrinde farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Doktrinde ileri sürülen ilk görüşe¹⁰⁷ göre intifa hakkı sahibi taşınmazı kiraya vermiş ve sürenin dolması, ölüm veya terkin gibi bir nedenle irtifak hakkı sona ermişse, malik, kiracıdan kiralananın kendisine verilmesini isteyebilir. Kira sözleşmesinin tapuya şerh verilmiş olmasının ise bir önemi bulunmamaktadır. Kiracı, sadece uğradığı zararı intifa hakkı sahibinden veya mirasçılarından talep edebilir.¹⁰⁸ Görüldüğü üzere bu görüşte kiracının korunmasını düzenleyen hükümler dikkate alınmadan, intifa konusu taşınmazın iade edilmesi borcunu düzenleyen TMK m. 799 hükmüne öncelik verilmektedir. Ancak bu görüş, söz konusu hükmün intifa hakkı sahibi ve onun külli haleflerinin iade borcunu düzenlediği, kiracının iade yükümlülüğünü ise genel hükümlere bıraktığı gerekçesi ile eleştirilmektedir.¹⁰⁹

Diğer bir görüşe¹¹⁰ göre, kiracının iade yükümlülüğü belirlenirken intifa hakkının sona erme nedenine göre ayırım yapılmalıdır. İntifa hakkı için belirlenen sürenin dolmasıyla, kira sözleşmesi de sona erer. Zira burada intifa hakkı sahibi yetkisini aşan bir tasarrufta bulunmaktadır. Aksinin kabulü halinde, kiracının korunması karşılığında malikin durumu ağırlaşır. Örneğin, tüzel kişi lehine intifa hakkının kurulmasından itibaren 98 yıl geçtikten sonra üç yıl süreyle kira sözleşmesi yapılmış ise iki yılın sonunda malik bakımından kira sözleşmesinin geçerli olmadığı kabul edilmelidir.¹¹¹ Ancak bir süre kararlaştırılmış ve bu süreden önce intifa hakkı sona ermişse, malik kira sözleşmesi ile bağlıdır. Bu bağlılık da intifa

¹⁰⁶ Alman Medenî Kanunu'na göre kiracının malike taşınmazı iadeyle yükümlü olup olmadığını tespit ederken intifa hakkının sona erme nedenlerine göre ayırım yapılmalıdır. Öyle ki, intifa hakkı sahibi kendi yararlanma süresini aşar şekilde taşınmazı kiraya vermiş ve intifa hakkı sona ermişse, taşınmazın başkasına devrini konu alan hükümler (BGB Art. 566, 566a, 566b, 566c, 566e, 567b) kıyasen uygulanmalıdır. Ancak intifa hakkı sahibi hakkından vazgeçtiği için hak sona ermişse, kira ilişkisi sona ermez. Aksine intifa hakkı sahibi hakkından vazgeçmemiş olsaydı, kira sözleşmesi hakkın normalde son bulacağı ana kadar devam eder. Ancak bundan sonra malik, kira sözleşmesini BGB Art. 566 vd. uyarınca sona erdirebilir.

¹⁰⁷ Velidedeoğlu/ Esmer, s. 336; Brückner/ Kuster, Rn. 1494; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 751 Rn. 5.

¹⁰⁸ Velidedeoğlu/ Esmer, s. 336. İntifa hakkının sona ermesiyle birlikte şerh verilmeyen kira sözleşmesinin son bulacağı görüşü için bkz. Brückner/ Kuster, Rn. 1488a.

¹⁰⁹ Aksu, 2006, s. 46.

¹¹⁰ Bertan, s. 1425; Sezer Çabri, "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin Veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi", C. 18, S. 3, 2012, MÜHFHAD, ss. 163-199, s. 180-181.

¹¹¹ Bertan, s. 1425. Bu halde intifa hakkı sahibinin, hakkını özenle kullanma borcuna aykırı hareket ettiği ve herhangi bir menfaat olmaksızın amaca aykırı kullandığı görüşü için bkz. Baumann, ZK-ZGB Art. 758 Rn. 9.

hakkı için belirlenen sürenin dolmasıyla sona erer.¹¹² Lakin kira sözleşmesinin intifa hakkıyla birlikte sona ereceğini destekleyen açık bir düzenleme bulunmadığı için bu görüş doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Zira kira sözleşmesi ve intifa sözleşmesi birbirinden bağımsız ve nisbî nitelikte sözleşmelerdir. Bu sebeple, intifa sözleşmesinin, kira sözleşmesini sona erdirmesi de söz konusu olamaz.¹¹³ Diğer yandan bu görüşe göre intifa hakkı, hak sahibinin kişiliğinin sona ermesine bağlı olarak, örneğin ölümle sona ermişse kiracının intifa hakkının varlığını bilip bilmediğine bakılmalıdır. Eğer ki, kiracı intifa hakkının varlığını biliyorsa, bu halde sözleşme bozucu şarta bağlı olarak yapılmış kabul edilmelidir. Dolayısıyla, intifa hakkı kira sözleşmesini de sona erdirir. Kiracıya süre vermeye ise gerek yoktur. Aksi halde yani kiracı intifa hakkının varlığını bilmiyorsa bu durum, intifa hakkı kurulduktan sonra taşınmazın devredilmesine benzer. Bu sebeple, TBK m. 310 hükümleri uygulanır ve kira sözleşmesi sona ermeyerek malik için bağlayıcı olur. Zira intifa hakkı sahibinin ölümünden kiracının sorumlu tutulması mümkün değildir.¹¹⁴ Burada kira sözleşmesinin intifa hakkıyla birlikte sona ermesi kiracının intifa hakkını bilmesine bağlanmaktadır. Ancak kiracının intifa hakkının varlığını bilmesi, kira sözleşmesinin bozucu şartla yapılmış hale getirmediği gerekçesi ile bu yaklaşım da eleştirilmektedir.¹¹⁵

Doktrinde ileri sürülen üçüncü ve son görüşe göre intifa hakkının sona ermesi kira sözleşmesini sona erdirmez.¹¹⁶ Zira kira sözleşmesi ile intifa sözleşmesi tarafları ve içerikleri farklı olan nisbî borç ilişkileridir. Bu sözleşmelerin birlikte sona ermemesi, borçlar hukukumuzun ana ilkeleri ile uyumludur.¹¹⁷ Öte yandan, intifa hakkı sahibiyle sözleşme yapan kiracı da kiracıyı koruyan hükümlerden yararlanabilir.¹¹⁸ Öyle ki, intifa konusu taşınmazın kiraya verilmesi halinde, hak sona ererse TBK m. 310 kıyasen uygulanır. Buna göre kiralananı edinen yeni malik kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı haline gelir. Böylelikle kiracının sözleşmesi malikle devam eder ve sırf intifa hakkının sona ermesi

¹¹² Çabri, s. 181.

¹¹³ Aksu, 2006, s. 48-50.

¹¹⁴ Bertan, s. 1425.

¹¹⁵ Aksu, 2006, s. 53.

¹¹⁶ Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 12; Özen, 2008, s. 201, 298-299; Aksu, 2004, prg. 13; Aksu, 2006, s. 74 vd.; Çabri, s. 179-180; Genç Arıdemir, s. 148. Yalnız süreye bağlı olmayan intifa hakkı, herhangi bir sebeple sona erdiğinde kira sözleşmesi de sona ermez. Bu durumda malik, kira sözleşmesiyle bağlıdır. Zira malik, belirsiz süreli intifa hakkını tanıırken bu tür ihtimalleri göze alır. Bkz. Çabri, s. 181. Intifa hakkının belirli veya belirsiz süreli yapılmasının bir önemi bulunmadığı yönünde bkz. Aksu, 2004, prg. 13; Aksu, 2006, s. 74 vd.

¹¹⁷ Aksu, 2004, prg. 13; Aksu, 2006, s. 74 vd.

¹¹⁸ Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 12; Özen, 2008, s. 201, 298-299.

nedeniyle iade yükümlülüğü doğmaz.¹¹⁹ Lakin, malik kira sözleşmesinin şartlarına göre kiracıdan iade talep edebilir.

bbb. Yargıtay Kararlarındaki Durum

Yargıtay'ın intifa hakkının kullanımının kira sözleşmesiyle devredildiği durumlarda, hakkın sona ermesiyle birlikte kiracının taşınmazın zilyetliğini iade ile yükümlü olup olmadığını değerlendirdiği farklı kararları bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'a göre intifa hakkı sahibi ile kiracı arasındaki kira sözleşmesi, intifa hakkının devamı süresince geçerlidir.¹²⁰ Ancak intifa hakkının sona ermesi, kira sözleşmesini dayanaksız hale getirir. Bu nedenle kira sözleşmesi, intifa hakkının sona ermesiyle birlikte kendiliğinden ortadan kalkar. Bu durumda kiracı sona erme nedeniyle uğradığı zararın tazminini kiraya veren konumundaki intifa hakkı sahibinden talep edebilir.¹²¹ Yargıtay malikin mülkiyet hakkına üstünlük tanıdığı bir kararında ise intifa hakkının sona ermesiyle kira sözleşmesinin de sona ereceğini kabul etmekle birlikte istisna öngörmektedir. Buna göre malikin katılımı ile düzenlenen kira sözleşmeleri, intifa hakkının sona ermesinden sonra da geçerlidir. Bu halde malik, intifa hakkı sona ermiş olmasına rağmen, kiracıdan tahliye talep edemez.¹²²

¹¹⁹ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 968 dn. 335; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 751 Rn. 5; Genç Arıdemir, s. 149. Aksi görüş için bkz. Peter Higi/ Christoph Wildisen, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, ZK - Zürcher Kommentar, 5., neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2019, Art. 261-261a Rn. 6-7. İntifa hakkının sona ermesi halinde TBK m. 310'un kıyasen uygulanması, uzun süreli sözleşme ilişkilerinde kimsenin sahip olduğu haklardan fazlasını devredemeyeceği şeklindeki hukuk ilkesini ihlâl eder görüşü için bkz. Brückner/ Kuster, Rn. 1494.

¹²⁰ Yargıtay 1. HD, E: 2001/10214 K: 2001/10746 T: 16.10.2001(KBİBB, 4721/m.796/2, 799; 743/m.720/2, 723) (e.t. 29.05.2023).

¹²¹ Yargıtay 6. HD, E: 2014/2419 K: 2014/13301 T: 2.12.2014: "...tahliye davası sonucu davalı şirketin kiracılık sıfatı sona erdiği gibi, intifa hakkının terkini ile de taşınmaza ilişkin tasarrufta bulunma hakkı da ortadan kalkmıştır. Diğer bir deyişle, davacı şirketin davalı şirketle akdettiği kira sözleşmeleri dayanaksız kalmıştır. Davalı şirketin kiracılık sıfatının sona ermesi ile alt kiracı durumunda bulunan davacının yapmış olduğu alt kira sözleşmesi de kendiliğinden sona ermiştir. Gelinek noktada davacının taşınmazlarda bulunmasının haklı, meşru ve hukuki bir gerekçesi kalmamıştır. Dolayısıyla taşınmazların maliki durumunda bulunan davalı belediyenin mülkiyet hakkının kendisine verdiği tüm yetkileri kullanarak taşınmazın tahliyesini istemesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır... davacı şirketin yapmış olduğu kira sözleşmeleri dolayısıyla uğramış olduğu bir zarar varsa bunu taşınmazları kendisine kiraya veren davalı şirketten talep edebilir. Ne var ki, bu durum davacı şirketin taşınmazlarda kiracı olduğu ve kiracılığını sürdürdüğü anlamına gelmez. Bu nedenle mahkemenin davanın reddine karar vermesi gerekirken, yazılı gerekçe ve hatalı nitelendirme ile hüküm kurması doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmektedir." (KBİBB) (e.t. 29.05.2023).

¹²² Yargıtay 1. HD E. 2001/10214 K: 2001/10746 T: 16.10.2001: "...Hemen belirtmelidir ki; sicile yansıyan 25 yıl süreli mülkiyetin gayri aynı hak niteliğindeki intifa hakkının hukuki varlığını sürdürdüğü evrede düzenlenen kira ve devir

Yargıtay diğer bir kararında doktrinde ileri sürülen ikinci görüşü benimseyerek intifa hakkıyla birlikte kira sözleşmesinin de sona ermesini kiracının intifa hakkını bilmesine bağlamaktadır.¹²³ Buna göre kiracının, intifa hakkının varlığını bilmesi, kira sözleşmesi bakımından bozucu şart niteliğindedir. Dolayısıyla, kiracı, intifa hakkının varlığını biliyorsa intifa hakkıyla birlikte kira sözleşmesi de sona erer. Ancak bu karar doktrinde intifa hakkını bilmenin, tek başına bozucu şart olarak değerlendirilmeyeceği gerekçesi ile eleştirilmektedir. Öyle ki, kira ilişkisinde kiraya veren, kira konusunu daha sonra devredeceğini kiracıya, açıkça belirtmiş olsa dahi bu durum kira sözleşmesinin bozucu şarta bağlandığını göstermez.¹²⁴ Örtülü şarttan bahsedebilmek için de somut olayın şartlarına bakılmalıdır.

Yargıtay'ın verdiği sonraki tarihli kararlarında farklı değerlendirmeler yaptığı söylenebilir. Zira intifa hakkıyla birlikte kira sözleşmesinin sona ermeyeceğini açıkça belirten kararlar verilmektedir.¹²⁵ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer verilen kararını¹²⁶ değerlendiren Hukuk Genel Kurulu, doktrindeki görüşleri de

sözleşmeleri geçerli kabul edilir. Ne var ki, Medeni Kanununun 720. maddesinin 2. fıkrasında intifa hakkının sona ermesi nedenleri arasında "müddetin hitamı" da öngörülmüş; 723 maddesinde ise aynen "..İntifa hakkı nihayet bulur bulmaz zilyet malı sahibine iadeye mecburdur." hükmüne yer verilmiştir. Anılan yasal düzenlemeler dikkate alındığında; sürenin sona ermesiyle intifa hakkının kendiliğinden ortadan kalkacağı kuşkusuzdur. Eldeki dava ise intifa hakkının sona ermesini takip eden 27.2.2001 tarihinde açılmıştır. Bir an için davalıların savunmalarında sözünü ettikleri kira sözleşmesinin varlığı kabul edilse dahi bu tür bir sözleşme intifa hakkının sona erdiği dönemden sonraki bir dönem için geçerli olarak kabul edilemez. Ancak, kayıt malikinin iştirakiyle düzenlenecek sözleşmeye geçerli bir nitelik verilebilecektir. Somut olayda, davacı kayıt malikinin katılımıyla düzenlenmiş ve intifa hakkının sona erdiği dönemden sonrayı kapsar bir içerik taşıyan sözleşme dosyaya ibraz edilmiş değildir." (KBİBB, 4721/m.796/2, 799; 743/m.720/2, 723) (e.t. 29.05.2023).

¹²³ Yargıtay 1. HD E. 2003/4902 K: 2003/8056 T. 3.7.2003 (KBİBB, 818/m. 254, 276; 4721/m. 806) (e.t. 29.05.2023).

¹²⁴ Aksu, 2004, prg. 15; Aksu, 2006, s. 56 vd.

¹²⁵ Yargıtay 1. HD, E: 2014/16487 K:2016/10667 T: 29.11.2016 (hukukturk.com) (e.T: 29.05.2023).

¹²⁶ Yargıtay 6. HD, E: 2014/2419 K:2014/13301 T: 2.12.2014: "...tahliye davası sonucu davalı şirketin kiracılık sıfatı sona erdiği gibi, intifa hakkının terkini ile de taşınmaza ilişkin tasarruflarda bulunma hakkı da ortadan kalkmıştır. Diğer bir deyişle, davacı şirketin davalı şirketle akdettiği kira sözleşmeleri dayanaksız kalmıştır. Davalı şirketin kiracılık sıfatının sona ermesi ile alt kiracı durumunda bulunan davacının yapmış olduğu alt kira sözleşmesi de kendiliğinden sona ermiştir. Gelinen noktada davacının taşınmazlarda bulunmasının haklı, meşru ve hukuki bir gerekçesi kalmamıştır. Dolayısıyla taşınmazların maliki durumunda bulunan davalı belediyenin mülkiyet hakkının kendisine verdiği tüm yetkileri kullanarak taşınmazın tahliyesini istemesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır... davacı şirketin yapmış olduğu kira sözleşmeleri dolayısıyla uğramış olduğu bir zarar varsa bunu taşınmazları kendisine kiraya veren davalı şirketten talep edebilir. Ne var ki, bu durum davacı şirketin taşınmazlarda kiracı olduğu ve kiracılığını sürdürdüğü anlamına gelmez. Bu nedenle mahkemenin davanın reddine karar vermesi gerekirken, yazılı gerekçe ve hatalı nitelendirme ile hüküm

dikkate alarak Özel Dairenden farklı bir sonuca varmış ve ilk derece mahkemesinin kira ilişkisinin sona ermediği gerekçesi ile direndiği kararını onanmıştır.¹²⁷ Hukuk Genel Kurulu'na göre intifa hakkı sahibinin TMK m. 806 uyarınca malı kiraya verme yetkisi bulunmaktadır. Malik ise intifa konusu malın kiracıya teslimine katlanmalıdır. Zira TMK m. 806/2 hükmü malike intifa hakkı sahibine karşı olan haklarını, kullanımı devralan kimseye ileri sürme hakkı tanır. Böylelikle, bu kimse ile intifa hakkı sahibinin, malik karşısında eşit konuma getirilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, intifa hakkının sona ermesi halinde de kiracının durumu, malik ile kira sözleşmesi yapan kiracı ile aynı olmalıdır. Tüm bu sebeplerle, intifa hakkının sona ermesi, kira sözleşmesini sona erdirmez. Kiralananın devri halinde yeni malikin sözleşme tarafı olacağını düzenleyen TBK m. 310 hükmü kıyasen uygulanır. Ancak kiracıya karşı şartları oluşmuşsa tahliye davası açılabilir.¹²⁸ Ayrıca Yargıtay'a göre kira sözleşmesinin süresi intifa hakkının sona ereceği tarihe göre açıkça belirlenmiş ve intifa hakkı süresinden önce sona ermişse, kiracının tahliyesine karar verilebilmesi için taşınmazın niteliğine bakmak gerekir. Zira taşınmazın konut veya çatılı işyeri olması ile adi kira sözleşmesine konu farklı değerlendirilmelidir.¹²⁹

kurması doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.” (KBİBB) (e.t. 29.05.2023).

¹²⁷ Yargıtay HGK E: 2017/6-2641 K:2021/411 T: 6.4.2021 (KBİBB, 818/m. 254) (e.t. 29.05.2023).

¹²⁸ Yargıtay 1. HD, E: 2004/7126 K:2004/7183 T: 14.06.2004: “*Dosya içeriği ve toplanan delillerden, çekişme konusu 346 parsel sayılı taşınmazdaki 8 nolu bağımsız bölümün öncesinin Sitti Z. 'e ait olduğu, Z. 'in intifa hakkını üzerinde tutmak suretiyle çıplak mülkiyetini 20.1.1997 tarihinde M Vakfına hibe ettiği, intifa hakkına dayanarak davalı M. ile ilki 1998, daha sonra 23.8.2001 tarihinde olan kira sözleşmeleri yaptığı, 7.12.2001 tarihinde ise bizzat müracaatı üzerine, intifa hakkının da, çıplak mülkiyet sahibi davacı lehine terkin edildiği böylece çekişmeli taşınmaz mülkiyetinin tamamının davacı vakfa geçtiği, anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalının intifa hakkının terkininden önce intifa hakkı sahibi ile yaptığı kira sözleşmesine dayanarak taşınmazda oturduğuna göre taşınmazı işgalinin haksız olarak değerlendirilmesine olanak yoktur. Koşulların oluşması halinde davacının 6570 Sayılı Yasa hükümlerine göre tahliye davası da açabileceği kuşkusuzdur.” (hukukturk.com) (e.t. 29.05.2023).*

¹²⁹ Yargıtay 6. HD, E: 2016/10174 K: 2016/7307 T: 7.12.2016: “*...Davada dayanılan ve hükme esas alınan 15.09.1988 başlangıç tarihli ve 15 yıl süreli kira sözleşmesi ile 16/12/2002 başlangıç tarihli 16 yıl süreli kira devir sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmede kiralanan “petrol istasyonu” olarak tanımlanmıştır. Rekabet Kurulunun 2003/3 Sayılı Dikey anlaşmalara dair Gurup Muaftiyeti Tebliğinin 5. Maddesinin (a) bendi hükmü uyarınca 5 yıldan uzun süreli veya belirsiz süreli bayilik sözleşmeleri geçersiz olduğundan intifa hakkı da 5 yıl süre ile geçerlidir. Dosyada mübrez davaya konu taşınmaza ait tapu kaydından davaya konu taşınmazda ...-... lehine 02/10/2006 tarihinde tesis edilen intifa hakkının 14.01.2013 tarihinde terkin edilmiş olduğu görülmüştür. Taraflar arasında uyumsuzluk konusu olmayan kira devir sözleşmesinin 2. Maddesinde “Kira süresi yeni sözleşme ile ... AŞ lehine son olarak verilen intifa süresi sonuna kadar aynı koşullarla uzatılmış ve kira süresi sonu intifa süresi sonu olarak belirlenmiştir.” şeklinde kararlaştırılmıştır. Dosya kapsamından kiralananın galiip vasfı anlaşılacaktır. Kiralanan hakkında*

ccc. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

İntifa hakkı, hak sahibinin şahsen kullanmak zorunda olmadığı bir irtifak hakkıdır. Ancak kullanımın üçüncü kişilere devredilmesi, sona erme anında intifa konusunu iadeyle yükümlü olan kişinin belirlenmesinde bazı sorunları ortaya çıkarmaktadır. TMK m. 799'un iade yükümlüsünü “*hak sahibi*” olarak belirlemesi de bu sorunları gidermemektedir. Doktrinde ifade edildiği üzere üçüncü kişilerin taşınmazın zilyetliğini iade ile yükümlü olup olmadıkları intifa hakkıyla birlikte kullanım hakkının devrini amaçlayan sözleşmenin de sona erip ermeyeceği dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu bakımdan ilk olarak intifa hakkı sahibi ile taşınmazın kullanımını devralan kimse arasındaki sözleşmede bir hükmün varlığı araştırılmalıdır. Öyle ki, intifa hakkı sahibi ile üçüncü kişi yapmış oldukları sözleşmenin süresini, intifa hakkına göre belirlemiş olabilir. Ayrıca kullanım hakkı sahibi, belirlenen süre dolmadan intifa hakkının sona ermesi halinde kendi hakkının da biteceğini ve taşınmazı iade edeceğini kabul etmiş olabilir. Bu durumda belirlenen sürenin dolmasıyla veya intifa hakkının sona ermesiyle birlikte taşınmaz malike iade edilmelidir. Diğer yandan, kullanım hakkını konu alan sözleşmelerin geçerli olmadığı durumlar ayrı değerlendirilmelidir. Şöyle ki, intifa hakkı sahibi ve kiracı irtifak hakkı sona erdiğinde taşınmazın zilyetliğini malike devretmemek, onu zor duruma düşürmek amacıyla sözleşme yapmışsa, kira sözleşmesi muvazaa nedeniyle zaten geçersizdir. Kiracı intifa hakkı sona erdiğinde taşınmazı iade edeceğini taahhüt etmese dahi malik, taşınmazın teslimini isteyebilmelidir.¹³⁰

uygulanacak yasa hükmünün belirlenmesi için öncelikle kiralananın galip vasfının belirlenmesi gerekir. Nitekim TBK'un 347. maddesi ancak taşınmazın konut ya da çatılı işyeri vasfında olması halinde uygulanabilirken kiralanan çatılı işyeri hükümlerine tabi ise süre bitimi sebebiyle tahliyesi istenemez. Kiralanan adı kira hükümlerine tabi çatısız işyeri niteliğinde ise 16.06.2014 ile 16.12.2014 tarihleri arasındaki ikinci altı aylık döneme nazaran ilk üç ay içerisinde 08/07/2014 tarihinde tebliğ edilen feshi ihbar ihtarnamesine istinaden 02/01/2015 tarihinde açılan davanın süresinde olduğunun kabulü gerekecektir. Bu durumda uyuşmazlığın çözümü için öncelikle mahallinde keşif yapılarak kiralananın galip vasfının belirlenmesi ve kiralananın 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine mi, yoksa Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralınmasına dair hükümlerine mi tabi olduğu konusunda uzman bilirkişiden denetime elverişli rapor alınarak, varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Hüküm bu sebeple bozulmalıdır.” (KBİBB) (e.t. 29.05.2023).

¹³⁰ İntifa hakkının muvazaalı bir şekilde kurulmasına ilişkin karar için bkz. Yargıtay 1. HD, E: 2001/7162, K: 2001/7453, T: 20.6.2001: “...davacı vakıflar idaresinin satış istediği dava dışı paydaş Hüseyin S.'ın kendi payı üzerine davalı oğlu yararına intifa hakkı tesis ettiği bunun davacı Vakıflar idaresinin eldeki davayı açtığı, getirilen tapu kayıtları ve tüm dosya içeriği ile sabittir. Hemen belirtmek gerekir ki, paylı mülkiyette paydaşlardan birinin payı üzerine intifa hakkı tesis etmesi o taşınmazın satışında taşınmazı alma isteyenlerin adetini azaltabileceği gibi, değerini de düşüreceği kuşkusuzdur. Uygulamada taşınmazın satışına mani olmak isteyen paydaşların bu yola başvurdukları muvazaalı olarak intifa hakkı tesis ettikleri sıkça rastlanan bir olgudur. Somut olayda, izale-i şüyu davası sonucunda satış aşamasına gelen taşınmazın payı üzerine baba tarafından oğul olan davalı, yararına intifa hakkı

Kanun koyucu intifa hakkı sahibine tam yararlanma yetkisi kapsamında kullanım hakkını devretme (TMK m. 806/1); malike de haklarını devralana karşı ileri sürebilme imkânı verir (TMK m. 806/2). Öte yandan, kullanım hakkı sahibinin hukukî durumu, hak sahibine bağlıdır. Bu sebeple, TMK m. 799'da yer alan “*hak sahibi*” kavramının ilk bakışta kullanım hakkını devralan kimseleri de kapsadığı söylenebilir. Ancak kanaatimizce intifa hakkının sona ermesi halinde hak sahibi ve onun mirasçlarıyla birlikte üçüncü kişilerin iade yükümlülüğü olup olmadığının tespit edilebilmesi için kullanım hakkının dayanağı önem arz etmektedir. Zira intifa hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasındaki devir ilişkisi adî kira, konut veya çatılı işyeri kirası, hasılat kirası ya da kullanım ödöncü sözleşmesine dayanabilir. Kullanım hakkı sahibinin intifa konusu taşınmazı iade ile yükümlü olup olmadığı ise söz konusu hukukî ilişki dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira kanunumuzda bu kimselerin bazıları için getirilmiş özel koruyucu düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bakımdan esas önem arz eden doktrinde de üzerinde durulduğu üzere kira sözleşmeleridir.

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 299). Kanun koyucu kira sözleşmelerini konularına ve uygulama alanlarına göre adî, konut ve çatılı işyeri veya hasılat kirası sözleşmesi olarak üçe ayırmaktadır. Konut ve çatılı işyeri kirası ile hasılat kirası sözleşmesi özel uygulama alanına sahiptir. Özel düzenleme bulunmadığı taktirde adî kira sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilir. Kira sözleşmeleri tarafları arasında sürekli borç ilişkisi doğurduğu için sona erme nedenleri de kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmektedir. Buna göre belirli süreli yapılan adî kira sözleşmeleri sürenin bitmesiyle (TBK m. 327); belirsiz süreli kira sözleşmeleri ise yasal fesih dönemlerine ve bildirim sürelerine uyarak sona erdirilebilir (TBK m. 328). Tarafların kira ilişkisine devamın çekilmez hale gelmesi nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakları da bulunmaktadır (TBK m. 333). Hasılat kirası ise kararlaştırılan sürenin bitmesi (TBK m. 367), fesih bildirim (TBK m. 368) ve olağanüstü fesih nedenlerinden birinin gerçekleşmesiyle (TBK m. 369-371) sona erer. Konut ve çatılı işyerini konu alan kira sözleşmelerini sona erdiren nedenler ise ayrıca düzenlenmektedir. Zira konut ve çatılı işyeri kiralarda kiracı, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturur. Dolayısıyla da onun korunması gerekliliği, bazı hükümlerde kendini göstermektedir. Öyle ki, belirli süreli kira sözleşmelerinde kiracıdan farklı olarak kiraya veren sözleşmeyi on yıllık uzama süresinin bitiminde sona erdirebilir (TBK m. 347). Ayrıca kiraya veren gereksinim, ihtiyaç veya yeni nedeniyle sona erdirmeye imkânına sahiptir (TBK m. 350). Konut veya çatılı işyerini edinen yeni malik ise ihtiyaç nedeniyle taşınmazın boşaltılmasını isteyebilir (TBK m. 351). Yeni malikin tahliye hakkını bazı şartlara bağlayan TBK m. 351

tesis edilmesinin bu amaca yönelik olduğunu ve muvazaalı bulunduğunu açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, davanın kabul edilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile reddi cihetine gidilmesi isabetsizdir.” (KBİBB, 4721/m.688, 693, 794; 743/m.623, 624/1, 717) (e.t. 29.05.2023).

hükmü, emredici niteliktedir.¹³¹ Kiracının tahliye taahhüdünde bulunması, kira bedelinin ödenmemesi, kiracının kendisinin veya eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde konutunun bulunması da kiraya verene kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı tanır (TBK m. 352). Kanun koyucu sona erme nedenlerini bu şekilde kanunda açıkça belirleyip bunların kullanılmasını bazı şartlara bağlayarak kiracının korunmasını amaçlamaktadır. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında dava yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümlerin kiracı aleyhine değiştirilememesi (TBK m. 354) de kiracının korunması amacıyla getirilen nisbî emredici nitelikte bir düzenlemedir.¹³² Buna göre TBK m. 350, m. 351, m. 352 ve m. 347/3 hükmü gereğince genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabilmesi haller dışında kiracı aleyhine düzenleme yapılamaz, yeni bir sona erme nedeni kararlaştırılmaz.¹³³ Öte yandan, kiralananın el değiştirmesi halinde yeni malikin sözleşmenin tarafı olacağını düzenleyen ve bütün kira sözleşmelerine uygulanabilir nitelikteki TBK m. 310 hükmü de kiracının menfaatini korumaktadır.¹³⁴ Buna göre kiralananın devri halinde kira sözleşmesi tüm hak ve borçlar ile kendiliğinden yeni malike geçer.¹³⁵ Zira bu hüküm ile kira süresi bitinceye kadar malikin malını devri yetkisini kullanamaması uygun görülmediği gibi devirde kiracının kusuru olmadığı için sözleşmenin bu sebeple sona erdirilmesi de doğru bulunmamaktadır. Ayrıca hükmün kapsamına sadece satış sözleşmeleri değil, kiralananın mülkiyetinin üçüncü kişiye devredilmesine olanak sağlayan tüm hukukî işlemler girmektedir.¹³⁶ Böylelikle, kiracının korunacağı alan genişletilmektedir. Bu korumanın sağlanabilmesi için TBK m. 310 hükmü emredici niteliktedir.¹³⁷ Taraflarca aksi kararlaştırılarak kiracı bu korumadan uzaklaştırılmaz. Kaldı ki, kiracının korunmasına ilişkin hükümlerin intifa ilişkisine uygulanmasını engelleyen bir hüküm de yoktur. Aksine kira sözleşmesi ister intifa hakkı sahibiyle ister malikle yapılmış olsun, kiracının korunması gerekliliği yine bulunmaktadır. Zira kiracının korunması gerekliliği, onun hangi aynı hak sahibiyle sözleşme yaptığından bağımsız olarak düzenlenmektedir. Bu sebeple, malik ile sözleşme yapan kiracının korunması; intifa hakkı sahibi ile kira sözleşmesi yapanın ise bu

¹³¹ Higi/ Wildisen, ZK-OR Art. 261-261a Rn. 3.

¹³² Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, İstanbul, 2014, s. 666.

¹³³ Yavuz, s. 666; Gümüş, s. 339.

¹³⁴ Çabri, s. 180; Genç Ardemir, s. 146.

¹³⁵ Gümüş, s. 276; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-OR Art. 261 Rn. 4; Higi/ Wildisen, ZK-OR Art. 261-261a Rn. 22; Yavuz, s. 434; Hayrunnisa Özdemir, "Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu", C.1, S. 62, 2013, AUHFD, s. 147-174, s. 156.

¹³⁶ Genç Ardemir, s. 132-133; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-OR Art. 261 Rn. 2; Gümüş, s. 275; Yavuz, s. 432; Özdemir, s. 159. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, E: 2017/6-2641 K: 2021/411 T: 6.4.2021 (KBİBB, 818/m. 254) (e.t. 29.05.2023).

¹³⁷ Higi/ Wildisen, ZK-OR Art. 261-261a Rn. 3; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-OR Art. 261 Rn. 1; Yavuz, s. 431.

korumadan mahrum bırakılması kanun koyucunun amacına aykırıdır. Dolayısıyla, kanun koyucunun, bir durum için kiracıyı korumaya yönelik getirdiği hükmün diğer durum içinde uygulanması, hukuka ve adalete uygun olmalıdır.¹³⁸ Bu sebeple, intifa hakkı sahibi ile kullanım hakkını devralan arasındaki hukukî ilişki bir kira akdine dayanıyorsa, TBK m. 310 hükmünün kıyasen uygulanacağı ve malikin intifa hakkı sahibinin yapmış olduğu kira sözleşmesi ile bağlı olması gerektiği söylenmelidir. Malik intifa hakkının sona erdiğini ileri sürerek kiracıdan TMK m. 799 kapsamında taşınmazın iadesini talep edemez. Burada kiracının korunması ilkesinin ve TBK m. 310 hükmünün, TMK m. 806/2'ye göre öncelikle uygulandığı söylenmelidir. Lakin intifa hakkının taşınmazın tamamen yok olması veya kamulaştırma nedeniyle sona erdiği durumlarda TBK m. 310 hükmünün uygulanması mümkün olmaz.¹³⁹

Kiracının korunması ilkesinin ve TBK m. 310 hükmünün öncelikle uygulanmasının yanında doktrinde ve yargı kararlarında ifade edildiği gibi, intifa hakkıyla birlikte kira sözleşmesinin de son bulacağını ifade etmek, bu iki sözleşmenin kaderini herhangi bir hukukî dayanak olmadan birbirine bağlamaktır. Ancak kira sözleşmesi ve intifa sözleşmesi, nitelikleri ve tarafları birbirinden farklı ve bağımsız sözleşmelerdir. Öyle ki, intifa sözleşmesi intifa hakkı sahibi ile malik arasında yapılır. Kira sözleşmesi ise kiraya veren konumundaki intifa hakkı sahibi ile kiracı arasında akdedilir. İntifa hakkı, sahibine taşınmaz üzerinde tam yararlanma hakkı tanırken; kira sözleşmesi taşınmazı kullanma hakkı verir. Ayrıca borç ilişkilerinin nisbiliği ilkesinin gereği olarak intifa hakkının sona ermesi, kira sözleşmesini sona erdirmemelidir. Bu sebeple intifa hakkıyla birlikte kira sözleşmesinin sona ereceğini söylemek mümkün olmamalıdır. Ancak kullanım hakkının devrini konu alan sözleşmenin kullanım ödöncü şeklinde yapılmış olması ayrıca değerlendirilmelidir. Zira kiralananın devri halinde yeni malikin sözleşmenin tarafı olacağına ilişkin düzenlemenin (TBK m. 310) bir benzeri kullanım ödöncü sözleşmesinde yer almamaktadır. Dolayısıyla malik, intifa hakkının sona ermesi halinde aksi kararlaştırılmamışsa ödöncü alandan iade isteyebilir (TMK m. 799) ve intifa hakkı sahibine karşı ileri sürebileceği talepleri ona da yöneltir (TMK m. 806/2). Bu halde intifa hakkıyla birlikte sona eren sözleşme nedeniyle, şartları oluşmuşsa ödöncü alan tazminat talebinde bulunulabilir (TBK m. 112 vd.).

Malikin intifa hakkının sona ermesiyle birlikte kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi, kira sözleşmesini sona erdiren nedenlere dayanmasına engel olmamalıdır. Bu sebeple, malik şartları oluşmuşsa söz konusu kira sözleşmesinin adı, konut ve çatılı iş yeri veya hasılat kirasına konu olmasına göre kanunda yer alan sona erme nedenlerine dayanarak sözleşmeyi sona erdirilebilmelidir. Bu bakımdan konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından malikin ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açıp açamayacağı da doktrinde ayrıca değerlendirilmektedir (TBK m. 351). Öncelikle belirtmek gerekir ki, intifa hakkının varlığı süresince malik

¹³⁸ Aksu, 2004, prg. 28; Genç Arıdemir, s. 149.

¹³⁹ Genç Arıdemir, s. 151.

kiralanan taşınmaz üzerinde çıplak mülkiyet hakkına sahiptir. Kiralananı kullanma hakkına sahip olmadığı için ihtiyaç sebebine dayanarak tahliye davası (TBK m. 350) açamaz.¹⁴⁰ İntifa hakkı sona erdiğinde malikin gereksinim nedeniyle tahliye davası açıp açamayacağı ise tartışmalıdır (TBK m. 351). Bir görüşe göre¹⁴¹, intifa hakkıyla yüklü taşınmazın mülkiyeti iktisap edildikten sonra intifa hakkı sona ererse, çıplak mülkiyet tam mülkiyete dönüşür. Kanunda aranan şartlar oluşmuşsa iktisap eden TBK m. 351'e göre tahliye davası açabilir. Diğer görüşe¹⁴² göre intifa hakkı tesis edilmiş kiralananın çıplak mülkiyeti bu hakla yüklü olarak iktisap edilmektedir. İntifa hakkı sona erdiğinde de malikin kira sözleşmesine katlanması gerekir. Dolayısıyla, TBK m. 351'e göre tahliye talep edilemez. Zira taşınmazın intifa hakkıyla yüklü olarak edinilmesi, iktisabın gerçek ve samimi olmadığını göstermektedir. Kanaatimizce intifa hakkının sona ermesine rağmen, kira sözleşmesiyle bağlı olan malik kanunda yer alan imkânlardan yararlanmalıdır. Bu sebeple, gerçek ve samimi bir ihtiyacı varsa kanunda aranan şartların gerçekleşmesi kaydıyla kiracıdan taşınmazın tahliyesini talep edebilmelidir (TBK m. 350; m. 351).

2. Talep Sahibi

İntifa hakkının sona ermesiyle birlikte taşınmazın iadesi talebini, hak sona erdiği anda malik olan kimse ileri sürebilir.¹⁴³ Bir görüşe¹⁴⁴ göre intifa hakkı sona erdikten sonra taşınmazın mülkiyetini edinen malik, intifa sözleşmesinden doğan iade davasını açamaz. Zira bu dava şahsî niteliktedir ve yeni malik intifa sözleşmesinin tarafı değildir. Taşınmazın mülkiyetini edinen yeni malikin yapması gereken istihkak davası ile

¹⁴⁰ Haluk Burcuoğlu, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 446; Mustafa Sonkurt, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin İhtiyaç Sebebiyle Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2018, s. 63; Merve Akgün Akay, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri, Ankara, 2017, s. 121; Murat Doğan, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 155; Yavuz, s. 678 dn. 311; Gümüş, s. 351. Ayrıca bkz. Yar. 6. HD. T. 14.11.1991, E. 1991/13547, K: 1991/14055. Karar için bkz. Burcuoğlu, s. 447.

¹⁴¹ Genç Arıdemir, s. 155; Burcuoğlu, s. 447-448; Sinem Karakaş, Konut Ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü / Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Erzincan, 2019, s. 119; Doğan, s. 155; Akgün Akay, s. 121.

¹⁴² Karakaş, s. 120; Sonkurt, s. 63.

¹⁴³ Leemann, Art. 751 Rn. 1; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 1; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 968; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 751 Rn. 1; Bertan, s. 1386; Köprülü/ Kaneti, s. 127; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 856; Akçaal, s. 635; Özen, 2008, s. 195.

¹⁴⁴ Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 3; Leemann, Art. 751 Rn. 1,2; Bertan, s. 1386; Köprülü/ Kaneti, s. 127; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 856- 857; Akıntürk, s. 689.

iadeyi talep etmektir. Diğer görüşe¹⁴⁵ göre yeni malik, şahsî nitelikteki iade davasını da açabilir. Zira intifa sözleşmesi, her ne kadar borç ilişkisinden doğan şahsî bir hak ise de eşyaya bağlı borç özelliği göstermektedir.¹⁴⁶ Ayrıca yeni malik, intifa hakkından doğan yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorunda olduğuna göre geri verme davası da açabilmelidir.¹⁴⁷ Kanaatimizce de taşınmazın mülkiyetini edinen malikin hem zilyetliğin iadesi hem de sona eren intifa hakkının terkinini için aynı ve şahsî talep haklarına sahip olduğu kabul edilmelidir. Zira intifa hakkı sadece sözleşmeye dayanarak oluşmamakta ve bir irtifak hakkı olması nedeniyle tarafları arasında kanundan doğan borç ilişkisi de kurmaktadır. Yeni malik intifa sözleşmesini kendisi imzalamasa dahi bundan doğan hakları elde eder; yükümlülüklerle de riayet etmek zorunda kalır.

3. İade Yükümlülüğünün Kapsamı

İntifa hakkı sahibi, iade borcu kapsamında öncelikle taşınmazın zilyetliğini malike teslim etmelidir (TMK m. 799). Bu bağlamda, taşınmaz boşaltılmalı ve giriş hakkı sağlayan anahtar veya kodlar dahil tüm eşyalar malike teslim edilmelidir.¹⁴⁸ İntifa hakkı taşınmazın tamamen yok olması nedeniyle sona ermişse, geri verme borcu enkazın malike iade edilmesiyle yerine getirilmelidir.¹⁴⁹ Öte yandan, geri verme borcu kapsamında intifa hakkı sahibi, esas itibarıyla sona eren irtifak hakkının tapu sicilinden terkinini talep etmelidir.¹⁵⁰ Ancak bu terkinin intifa hakkını sona erdirebilmesi için bir hukukî sebebe dayanması ve geçerli olması gerekir. Sürenin dolması, hak sahibinin vazgeçmesi veya ölümü halinde intifa hakkı sahibinin veya mirasçılarının terkin talebinde bulunmasına gerek yoktur. Zira bu halde hak terkin öncesi sona ermiştir ve malik irtifak hakkının terkinini isteyebilir (TMK m. 796/2). Yapılacak terkin açıklayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, intifa hakkı sahibinin veya mirasçılarının tek borcu, zilyetliğin malike iadesidir.

Sona ermeye rağmen iade yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde malik, intifa hakkı sahibine karşı iade davası açarak talepte bulunabilir. Malikin dava yoluyla ileri sürdüğü bu talep, şahsî niteliktedir.¹⁵¹ Malik bu davayla, intifa hakkı sahibi ile aralarındaki borç

¹⁴⁵ Özen, 2008, s. 195-196; Canarşlan, s. 167, 169; Ayan, s. 92 dn. 142.

¹⁴⁶ Canarşlan, s. 167; Ayan, s. 92 dn. 142.

¹⁴⁷ Ayan, s. 92 dn. 142.

¹⁴⁸ Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 47.

¹⁴⁹ Berki, s. 14-115.

¹⁵⁰ Leemann, Art. 751 Rn. 5; Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 47; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 968; Köprülü/ Kaneti, s. 127; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 857; Bertan, s. 1387.

¹⁵¹ Leemann, Art. 751 Rn. 1; Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 1; Wieland, s. 435; Horat, s. 70-71; Bertan, s. 1386; Nevzat Koç, "Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi

ilişkinde yani intifa sözleşmesine dayanarak taşınmazın zilyetliğini isteyebilir. Malik intifa hakkından doğan şahsî nitelikteki iade davası yerine mülkiyet hakkına dayanarak istihkak davası da açabilir (TMK m. 683/II).¹⁵² İntifa hakkına konu taşınmazın zilyetliğinin talep edilmesi halinde el atmanın önlenmesi davası açılması gerekir (TMK m. 683/II).¹⁵³ İntifa sözleşmesine dayanan iade davasında malik, intifa sözleşmesinin varlığını, taşınmazın zilyetliğini devrettiğini ve hakkın sona erdiğini ispat etmelidir. İstihkak veya el atmanın önlenmesi davası açıldığında ise mülkiyet hakkı ispat edilmelidir. Öte yandan, istihkak veya el atmanın önlenmesi davası zamanaşımına tabi değilken, iade davasının on yıl içinde açılması gerekir (TBK m. 125).¹⁵⁴ Bu nedenle zamanaşımı bakımından istihkak veya el atmanın önlenmesi; ispat bakımından ise intifa sözleşmesine dayanan geri verme davasının açılmasının malikin lehine olduğu söylenebilir.¹⁵⁵

İntifa hakkının sona ermesiyle birlikte kullanım hakkı sahibi ödünç alan, taşınmazı iade ile yükümlü olur. Ödünç alan taşınmazın zilyetliğini iade etmekten kaçınırsa, malik ona karşı el atmanın önlenmesi davası açabilir (TMK m. 683/2). Kullanım hakkının kira sözleşmesi ile devredilmesi halinde intifa hakkının sona ermesiyle birlikte malik kira sözleşmesinin tarafı olacağı için doğrudan bir iade borcundan bahsedilemez. Ancak malik kanunda yer alan tahliye sebeplerine dayanarak tarafı haline geldiği kira sözleşmesinin şartları kapsamında zilyetliği de talep edebilir. Kullanım hakkı sahibinin iade borcu, taşınmazın zilyetliğinin teslimi olmalıdır. Aksine aynı hakkın tapu sicilinden terkini, sona erme nedenine göre hak sahibi veya malik tarafından yerine getirilir.

İntifa hakkı sona erince hak sahibi taşınmazı aldığı şekliyle geri vermelidir (TMK m. 800/I). Taşınmaz intifa hakkı sahibi nedeniyle yok olmuş veya değeri azalmışsa geri verme borcunun yerini tazminat ödeme

Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi”, C. 2, S.1, Bahar 2015, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 111-132, s. 119 dn. 18; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 856; Akıntürk, s. 689; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 751 Rn. 3; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 969; Ayan, s. 92; Köprülü/ Kaneti, s. 127; Sirmen, s. 617; Canarlan, s. 166; Özen, 2008, s. 195; Akçaal, s. 635.

¹⁵² Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Leemann, Art. 751 Rn. 1; Horat, s. 70-71; Akıntürk, s. 689; Saymen/ Elbir, s. 490; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 751 Rn. 1; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 969; Köprülü/ Kaneti, s. 127; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 751 Rn. 4; Sirmen, s. 617; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 857; Canarlan, s. 166; Ayan, s. 92.

¹⁵³ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Ayan, s. 92. Yargıtay 1. HD E. 2001/10214 K: 2001/10746 T. 16.10.2001(KBİBB, 4721/m.796/2, 799; 743/m.720/2, 723); Yargıtay 1. HD E. 2003/4902 K: 2003/8056 T. 3.7.2003 (KBİBB, 818/m. 254, 276; 4721/m. 806) (e.t. 29.05.2023).

¹⁵⁴ Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 4; Leemann, Art. 751 Rn. 7; Horat, s. 71; Thurnherr, CHK-ZGB Art. 751 Rn. 2; Honsell/ Vogt/ Geiser, BSK-ZGB Art. 751 Rn. 3; Canarlan, s. 167.

¹⁵⁵ Bichsel/ Mauerhofer, OFK-ZGB Art. 751 Rn. 5; Akıntürk, s. 689.

borcu alır.¹⁵⁶ İntifa hakkı sahibi, zararın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. (TMK m. 800/1). Taşınmazın zarara uğramasına kullanım hakkı sahibi neden olmuşsa, intifa hakkı sahibi, bu davranışlardan da sorumludur.¹⁵⁷ Hak sahibi, olağan kullanmadan kaynaklanan ve özgüleme amacına uygun kullandığı sürece taşınmazda meydana gelen değer azalması, kötüleşme veya eskimeden sorumlu olmaz (TMK m. 800/3).

İade borcunun yerine getirilmesi için bir süre kararlaştırılmamışsa, intifa hakkının sona ermesi ile birlikte taşınmazın hemen iade edileceği kabul edilmelidir. Ancak intifa hakkının süreye bağlandığı haller ile hak sahibinin ölümünde olduğu gibi bir belirlemenin yapılmadığı durumları farklı değerlendirmek gerekir. Öyle ki, intifa hakkının sona ermesi için bir gün kararlaştırılmışsa, hakkın sona erdiği gün taşınmazın zilyetlik iade edilmeli ve hak tapu sicilinden terkin edilmelidir. İntifa hakkının sona ereceği tarihin önceden öngörülmediği durumlarda ise intifa hakkı sahibine veya mirasçılara taşınmazı boşaltmaları için uygun bir süre tanınmalıdır. Bu süre, intifa hakkını kendisinin kullanması halinde daha kısadır. Ancak intifa hakkının kullanımının üçüncü kişiye devredildiği durumlarda bu süre daha uzun olmalıdır.¹⁵⁸

SONUÇ

İntifa hakkı, devredilemez ve mirasçılara geçemez nitelikte bir sınırlı aynî haktır. Ancak intifa hakkı sahibi, hakkının kendisine sağladığı yetkileri bizzat kullanmak zorunda değildir. Öyle ki, intifa hakkı, hak sahibinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı değilse ve sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa kullanım hakkı devredilebilir (TMK m. 806). Söz konusu bu devir kira veya kullanım ödünü sözleşmesi şeklinde gerçekleşebilir. Taşınmaz üzerindeki intifa hakkının kullanılmasının devri halinde intifa hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasında bir borç ilişkisi doğar. Bu ilişki, esas itibariyle taraflar arasında akdedilen sözleşmenin kurallarına tabidir ve üçüncü kişinin hukukî durumu intifa hakkı sahibine bağlıdır. Ayrıca kullanım hakkının devredilmesiyle birlikte üçüncü kişi ile malik arasında bir hukukî ilişki kurulmaz. Kullanım hakkı sahibi, sadece kendi sözleşme tarafı olan intifa hakkı sahibinden sözleşmeye uymasını talep edebilir. Lakin borç ilişkilerinin nisbiligi ilkesine rağmen, kanun koyucu malike, intifa hakkının kullanımını devralan üçüncü kişiye başvurma imkânı vermektedir (TMK m. 806/2). Buna göre malik sahip olduğu hakları, taşınmazın kullanımını devralan kiracıya karşı ileri sürebilir.

¹⁵⁶ Baumann, ZK-ZGB Art. 752 Rn. 15; Leemann, Art. 751 Rn. 4; Berki, s. 115; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 969; Saymen/ Elbir, s. 491; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 857.

¹⁵⁷ Leemann, Art. 752 Rn. 4; Wieland, s. 449; Bertan, s. 1390; Köprülü/ Kaneti, s. 139; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 819.

¹⁵⁸ Baumann, ZK-ZGB Art. 751 Rn. 20, 22, 31.

İntifa hakkı, intifa konusunun tamamen yok olması, kararlaştırılan sürenin dolması, hak sahibinin ölümü, gaipliği veya tüzel kişiliğin sona ermesi hallerinde sona erer. Öte yandan, intifa hakkını sona erdiren diğer sebepler, terkin, mahkeme kararı veya taşınmazın kamulaştırılması ile intifa sözleşmesinin haklı sebeple feshidir. İntifa hakkının sona ermesi halinde malik intifa konusunun kendisine iadesini talep edebilir. Bu bakımdan iade yükümlülüğün kime ait olduğunun tespit edilmesi gerekir. Türk Medeni Kanunu intifa hakkının sona ermesi halinde hakkın konusunun iade edileceğini düzenlemekte ve bu yükümlülüğü de “hak sahibine” bırakmaktadır (TMK m. 799). Hak sahibi kavramı, intifa hakkı sahibi ve onun mirasçılarını ifade etmektedir. İntifa hakkı, esas itibariyle hak sahibinin şahsen kullanmak zorunda olmadığı bir irtifak hakkı olduğu için sona erme anında zilyetlik kullanım hakkı sahibinde olabilir (TMK m. 806). Kullanım hakkı sahibinin taşınmazın zilyetliğini iadeyle yükümlü olup olmadığı ise doktrinde farklı değerlendirmelere konu olmaktadır. Bu belirleme yapılmadan önce kullanım hakkı veren hukukî ilişki tespit edilmelidir. Bu devir adı kira, konut veya çatılı işyeri kirası, hasılat kirası ya da kullanım ödöncü sözleşmesiyle gerçekleşebilir. Kanun koyucunun kiracıları koruyan özel düzenlemeler getirdiği göz önünde bulundurulduğunda hepsi için ortak bir sonuca varmamak, bir ayırım yapmak daha isabetli olur. Şöyle ki, kanun koyucu kira sözleşmesinde sona erme nedenlerini açıkça belirleyip bunların kullanılmasını şarta bağlamakta, özellikle konut ve çatılı işyeri kiralarda dava yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümlerin kiracı aleyhine değiştirilemeyeceğini (TBK m. 354) ifade ederek kiracının korunmasına önem vermektedir. Öte yandan, bütün kira sözleşmelerinde kiralananın el değiştirmesi halinde yeni malikin sözleşmenin tarafı olacağını açıkça düzenlemektedir (TBK m. 310). Kiracının sözleşme tarafının malik veya intifa hakkı sahibi olması ise onun korunmaya olan ihtiyacını değiştirmemektedir. Aksine kira sözleşmesi, ister intifa hakkı sahibiyle ister malikle yapılmış olsun, kiracının korunması gerekliliği yine bulunmaktadır. Dolayısıyla, kullanım hakkını intifa hakkı sahibiyle yaptığı kira sözleşmesine dayanarak elde eden kiracı, TBK m. 310 korumasından yararlandırılmalı ve TBK m. 310 hükmünün, TMK m. 806/2’ye göre öncelikle uygulandığı söylenmelidir. Bu bakımdan malik, kira sözleşmesinin tarafı haline gelmeli ve sadece kira sözleşmesinde yer alan şartlarda iade isteyebilmeli, şartları gerçekleşmişse kanunda yer alan tahliye nedenlerine dayanabilmelidir. Ancak kullanım hakkının kullanım ödöncü sözleşmesiyle devredildiği durumlar farklı değerlendirilmelidir. Zira TBK m. 310 benzeri bir düzenleme kullanım ödöncü sözleşmeleri için bulunmamaktadır. Dolayısıyla, malik intifa hakkının sona ermesiyle sözleşmenin tarafı haline gelmez ve aksi kararlaştırılmamışsa ödöncü alandan taşınmazın iadesini isteyebilir (TMK m. 799). Malik intifa hakkı sahibine karşı ileri sürebileceği talepleri ödöncü alana da yöneltebilir (TMK m. 806/2).

İntifa hakkı sahibi iade borcu kapsamında taşınmazın zilyetliğini malike teslim etmeli ve sona eren irtifak hakkının tapu sicilinden terkinini talep etmelidir. Ancak terkinin açıklayıcı olduğu ve malikin terkin isteyebileceği hallerde intifa hakkı sahibinin veya mirasçılarının tek borcu, zilyetliğin malike iadesi olmalıdır. Yine iadeyle yükümlü olan

kişisel hak sahiplerinin borcu, taşınmazın zilyetliğinin tesliminden ibarettir. İade yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde malik, intifa hakkı sahibine karşı şahsî nitelikteki iade davasını açabilir (TMK m. 799) veya mülkiyet hakkına dayanarak talepte bulunabilir (TMK m. 683/2).

KAYNAKÇA

- Akçaal M, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Akıntürk T, Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009.
- Akgün Akay M, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Aksu M, “Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi’nin İntifa Konusu Taşınmazın İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Kiraya Verilmesi Ve Daha Sonra İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Kira Sözleşmesinin Hukukî Akıbetine İlişkin 3.7.2003 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, S. 34, Aralık 2004, e-Akademi.
- Aksu M, “Taşınmazlarda İntifa Hakkı Kurulmadan Önce ya da İntifa Hakkı Süresince Yapılmış Kira Sözleşmelerinin İntifa Hakkının Sona Ermesiyle Birlikte Hukukî Durumu”, 2006, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, ss. 41-81.
- Ayan M, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Baumann M, Nutzniessung und Wohnrecht, Art. 745-778 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2a, (Hrsg. Gauch P./ Schmid J.) Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1999.
- Baumann M, Sachenrecht, Dike, Zürich, 2008.
- Baur J/ Stürner R, Sachenrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2009.
- Bichsel M/ Mauerhofer K, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar, (Hrsg. Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./ Amstutz M./ Fankhauser R.), 4. Aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2021.
- Berki Ş, Ayni Haklar, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1965.
- Bertan S, Ayni Haklar Medeni Kanunun 618-764 Maddelerinin Şerhi C. 2, Ankara, 1976.
- Brückner C/ Kuster M, Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, 2. Erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2021.
- Burcuoğlu H, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa’ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Canarslan G, İntifa Hakkının Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Canonica F, Die Bewertung von Baurecht, Nutzniessung und Wohnrecht, Stämpfli Verlag AG, 2016.
- Çabri S, “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin Veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni

Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi”, C. 18, S. 3, 2012, MÜHFHAD, ss. 163-199.

Doğan M, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Erlach R, Die Besteuerung von Nutzniessung und Wohnrecht in der Schweiz, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1981.

Genç Arıdemir A, “Kiraya Verenın İntifa Hakkının Sonra Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelemeyeceği Sorunu”, C. 8, S. 95-96, 2012, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, ss. 125-158.

Gümüş M A, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Gürsoy K T/ Eren F/ Cansel E, Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, AÜHFY, Ankara, 1984.

Higi P/ Wildisen C, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, ZK - Zürcher Kommentar, 5., neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2019.

Honsell H/ Vogt N P/Geiser T, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Auflage, Basel Genf München, 2003.

Honsell H/ Vogt N P/Geiser T, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel Genf München, 2008.

Horat F, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt, LBR- Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 123 (Hrsg. Jörg Schmid), Schulthess Juristische Medien AG, 2018.

Karakaş S, “Konut Ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Verenın Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi”, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü / Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Erzincan, 2019.

Koç N, “Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi”, C. 2, S.1, Bahar 2015, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 111-132.

Köprülü B/ Kaneti S, Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982 -1983.

Leemann H, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band IV Sachenrecht: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Sachenrecht 2. Abteilung Art. 730-918, Stämpfli Verlag, Bern, 1925.

Liebermann R, Die Sachenrechtliche Nutzniessung, Zürich, 1933.

Oğuzman M K/ Seliçi Ö/ Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

Özdemir H, “Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu”, C.1, S. 62, 2013, AUHFD, ss. 147-174.

Özen B, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Özen B, “İntifa Hakkının Kullanılmasının Devri Kavramı ve Bu Kavramın İntifa Hakkının Hacziyle İlişkisi”, 2009, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, ss. 1269-1290.

Saymen F H/ Elbir H K, Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.

Sirmen L, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Sonkurt M, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin İhtiyaç Sebebiyle Sona Ermesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2018.

Thurnherr C, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

Tuor P/ Schnyder B/ Schmid J/ Rumo-Jungo A, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich, 2009.

Velidedeoğlu H V/ Esmer G, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, 2. Bası, İstanbul, 1956.

Yavuz C, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, İstanbul, 2014.

Wieland C, Ayni Haklar Kısım II, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın Müdürlüğü, Ankara, 1946.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ÇERÇEVESİNDE HACİZLİ MALIN ELEKTRONİK ORTAMDA PARAYA ÇEVİRİLMESİNE BAKIŞ

An Overview of the Electronic Liquidation of Seized Goods within the Framework of Comparative Law

Dr. Öğr. Üyesi S. Hilal ÜÇÜNCÜ*

Öz: Şekli bir hukuk dalı olan icra hukukunun dijitalleşmeden kaçınması mümkün değildir. Bununla birlikte, dijitalleşmenin icra hukukuna yansımaları, diğer hukuk dalları ile kıyaslandığında daha geç, ancak daha keskin bir şekilde olmaktadır. 24.11.2021 tarihinde kabul edilen 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun çerçevesinde İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesine eklenen elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış ise, bunun tipik bir örneğidir. Kanun koyucu bu düzenleme ile fiziki ortamda açık artırmaları tamamen geçmişte bırakmış ve açık artırma sürecinin tümünü internet ortamına taşımıştır. Bu kapsamda cebri açık artırmaların, bir tekel olarak Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre Elektronik Satış Portalı üzerinden yapılacağı kabul edilmiştir. Ancak karşılaştırmalı hukuk dikkate alındığında paraya çevirmenin özel platform aracılığıyla icra memuru ya da üçüncü bir kişi tarafından yapılabilirliği yönünde hem doktrin hem de uygulamada yoğun tartışmalar yaşandığı görülmektedir. Bu çalışmada, karşılaştırmalı hukukta mevcut olan tartışmalar, İcra ve İflas Kanunu'nda kabul edilen paraya çevirme usulleri çerçevesinde ele alınarak değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: Paraya çevirme, elektronik ortamda açık artırma, ihale, elektronik satış portalı, dijitalleşme

Abstract: As a formal branch of law, it is not possible for the enforcement law to avoid digitalization. However, the reflections of digitalization on enforcement law occur later but more sharply compared to other branches of law. Sale by auction in the electronic environment, which was added to Article 111/b of the Enforcement and Bankruptcy Code within the framework of the The Law No. 7343 on the Amendment to the Execution and Bankruptcy and Certain Laws adopted on 24.11.2021, is a typical example of this. With this regulation, the legislator has completely left auctions in physical environment in the past and moved the entire auction process to the internet environment. In this context, it has been accepted that forced auctions will be held through the Electronic Sales Portal integrated into the National Judicial Network Information System as a monopoly. However, considering the comparative law, it is seen that there are intense debates in both doctrine and practice on whether the liquidation can be carried out by the bailiff or a third party through a private platform. In this study, the current debates in comparative law are evaluated within the framework of the liquidation procedures adopted in the in the Code of Enforcement and Bankruptcy.

Keywords: Liquidation, electronic auction, forced tender, electronic sales portal, digitalization

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
hilal.ucuncu@hvb.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9969-5612
Makale Geliş Tarihi: 11.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 18.10.2023
DOI : 10.57083/adaletdergisi.1384404

GİRİŞ

Cebrî icra hukukuna hâkim olan temel ilkelerden biri, *paraya çevirme ilkesidir*. Bu ilke çerçevesinde, haczedilen, rehnedilen veya iflas masasına dahil olan *-para dışındaki-* mal ve haklar kanunla belirlenen usullere uygun olarak paraya çevrilir.¹ Paraya çevirme ilkesi, para alacağı olan alacaklının borçlunun malvarlığından doğrudan tatmin edilememesini, aksine, borçlunun haczedilen malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesi yoluyla tatmin edilebilmesini ifade eder. Alacaklı mevcut durumda para alacağının karşılığı olan parayı talep etmektedir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda bir dönüşüme ihtiyaç vardır. İcra ve İflas Kanunu'nda farklı paraya çevirme usulleri kabul edilmiştir.² Haczedilen veya iflas masasına giren mal ilke olarak açık artırma suretiyle paraya çevirmekle birlikte, pazarlık suretiyle satış³ ve alacakların, intifa haklarının ve hisse senetlerinin paraya çevrilmesi ayrı usuller olarak kanunda düzenlenmektedir.⁴ 7343 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan değişiklik ile İcra ve İflas Kanunu'nun 111/a maddesine eklenen borçluya

¹ Paraya çevirme ilkesi için bkz. Necmettin M. Berkin, İcra Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s.124 vd; Ramazan Arslan, İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 478, Ankara, 1984, s.39; Muhammet Özkes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.96 vd; Seda Özmumcu, Cebrî İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s.11; Uğur Bulut, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120), Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.24, 25; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan vd., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.31; Ramazan Arslan /Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz vd., İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.383; Mehmet Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.255 vd.

² Cebrî icra hukukunda paraya çevirme usulleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 277 vd; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan vd., s.218 vd; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukukunda; İhale ve İhalenin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.21.

³ Pazarlık suretiyle satış hakkında bkz. Özmumcu, s.20 vd; Muşul s. 86; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan vd., s.229; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz vd., s.403; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.294.

⁴ Paraya çevirme usulleri, malın niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Her türlü mal ve hak, açık artırma suretiyle paraya çevrilebilir. Bununla birlikte taşınırların satışı (İİK m. 112 vd.) ile taşınmazların satışı (İİK m. 123 vd.) usulü birbirinden farklılık arz eder. İcra hukukunda taşınırlar pazarlık suretiyle satılabilirken (İİK m. 119), taşınmazların bu yolla paraya çevrilmesi mümkün değildir. İflas hukukunda hem taşınır hem taşınmaz mallar pazarlık suretiyle satılabilir. Görüldüğü üzere, icra hukukundan geçerli olan taşınmazların pazarlık suretiyle satılamayacağı kuralı iflas hukukunda uygulanmamaktadır.

satış yetkisi verilmesi de ayrı bir paraya çevirme usulü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵

Cebrî icra hukukunda paraya çevirme, kendi içinde bir ikilem barındırır. Nitekim hemen hemen her paraya çevirme, değer kaybı yaratır.⁶ Öte yandan diğer takip aşamaları gibi takip ekonomisi ilkesine tâbi olan paraya çevirmenin amacı, neticede *mümkün olan en yüksek değere* ulaşmaktır.⁷ Kanun koyucu bu ikilemi bertaraf edebilmek için borçlunun haczedilen malvarlığının çok düşük bedellerle paraya çevrilmesini önleyen asgarî sınırlar belirlemiştir.⁸ Ancak söz konusu ikilemin bertaraf edilebilmesi için bu yeterli değildir. Bunun yanında, paraya çevirme neticesinde en yüksek değer in en az emek, zaman ve giderle elde edilebileceği bir yöntemin benimsenmesi gerekir.

7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde İcra ve İflas Kanunu'nda, her ne kadar açık artırma işlemleri elektronik ortamda teklif verme süreci ile başlasa da⁹, fiziki ortamda açık artırma suretiyle paraya çevirme yöntemi benimsenmiş idi. Fiziki ortamda açık artırma, teklif verenler arasındaki rekabet yoluyla mümkün olan en yüksek geliri elde etmeyi amaçlayan ve hukuk sistemlerinde uzunca süre uygulanagelen bir yöntem olmakla birlikte, teknolojik gelişmeler neticesinde başlayan yargının dijitalleşmesi süreci, bu yöntemin hâlâ tercih edilebilir olup olmadığının sorgulanmasına yol açmıştır. Bu durum, dikkatleri *elektronik ortamda açık artırma* yöntemine çevirmiştir.

⁵ Borçluya satış yetkisi verilmesi hakkında bkz. Hakan Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md. 111/a)", Sy. 1, 2022, GSÜHFD, s.820 vd; Burçin Yazıcı, "İcra Ve İflas Kanunu m.111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", C. 12, Sy. 2, 2022, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.1121 vd.

⁶ Felix Loth, Die Verwertung gepfändeter Sachen im Internet, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, s.13; Horst Freels, Andere Verwertungsarten in der Mobilierzwangsvollstreckung, Gardez, Sn Augustin, 1998, s.57; Hans Friedhelm Gaul, "Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts", Sy. 15/16, JZ, 1973, s.473; Hans Friedhelm Gaul/Eberhard Schilken/Ekkehard Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Bası, C.H.BECK, Münih, 2010, §3 Rn.55; Dominic Staible, "Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmaßnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht", ZPR - Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Ed. Stephen V. Berti/François Bohnet/Ulrich Haas vd., Sy. 6, Dike Verlag AG, Zürich, 2010, s.46.

⁷ Bernhard Wiczorek/Rolf A Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, C. 8, 4. Bası, De Gruyter, Berlin, 2013, §704 Rn.46; Özekes, 2009, s.82 vd; Loth, s.13.

⁸ Kanun koyucunun paraya çevirmede dikkate alınacak azamî sınırlar getirmeye gerek görmediğine ayrıca dikkat çekmek gerekir. Bunun sebebi, en yüksek değer de paraya çevirme bakımından alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin paralel olmasıdır. Nitekim paraya çevirme işlemi neticesinde elde edilen gelir yüksek olduğunda alacaklı alacağına daha hızlı bir şekilde kavuşmuş olur ve bu durum borçluyu icra takibinden daha çabuk kurtarır. Bu yönde ayrıca bkz. Loth, s.13.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kazmaz Tepe, Büşra; İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme, Ankara 2016, s.19 vd.

7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında, İcra ve İflas Kanunu'na "Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satış" başlıklı 111/b maddesi eklenmiştir.¹⁰ Söz konusu madde ile açık artırmanın fizikî ortamda tamamlanması uygulamasından vazgeçilmiş ve açık artırma sürecinin tümü elektronik ortama taşınmıştır. Anılan durum, cebri icra hukukunun dijitalleşmesi¹¹ sürecinin önemli ve ancak fizikî ortamda açık artırmanın tamamen terk edilmesi sebebiyle tartışılabilir bir adımdır. Bu çalışmada hacizli malın elektronik ortamda paraya çevrilmesi, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde farklı bir bakış açısıyla ele alınmaktadır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, hacizli malın icra memuru ya da başka bir kişi tarafından özel platform aracılığıyla paraya çevrilmesi konusunda yoğun tartışmalar vardır. Söz konusu kapsamda konu, dört ana başlık altında incelenmektedir. İlk olarak, elektronik ortamda paraya çevirme ile ilgili genel bilgi verilmektedir. Bu kapsamda öncelikle elektronik ortamda paraya çevirmeye ilişkin kavramsal çerçeve çizilmektedir. Akabinde elektronik ortamda paraya çevirme usullerinin hukukî niteliği belirlenmektedir. Son olarak, elektronik ortamda paraya çevirmenin avantaj ve dezavantajları tartışılmaktadır. Daha sonra sırasıyla, elektronik ortamda paraya çevirmenin icra memuru tarafından resmî platform aracılığıyla yapılması, elektronik ortamda paraya çevirmenin icra memuru tarafından özel platform aracılığıyla yapılması ve elektronik ortamda paraya çevirmenin üçüncü kişi tarafından özel platform aracılığıyla yapılması konuları incelenmektedir. Bu kapsamda mehz İsviçre İcra ve İflas Kanunu (SchKG), Alman Medenî Usul Kanunu (ZPO) ve Avusturya İcra Kanunu (EO) bakımından yapılan açıklamalar akabinde, İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde durum ele alınarak değerlendirilmektedir.

I. ELEKTRONİK ORTAMDA PARAYA ÇEVİRME İLE İLGİLİ GENEL BİLGİ

A. ELEKTRONİK ORTAMDA PARAYA ÇEVİRMEYE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Elektronik ortamda paraya çevirme konusunda üzerinde durulması gereken ilk kavram, elektronik ortamdır. Geniş anlamda elektronik ortam, sayısallaştırılmış verilerin üzerine aktarılarak kaydedilip

¹⁰ Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış hakkında bkz. Selçuk Öztekin, Cebri Satışlarda (Yeni Bir Açık Artırma Türü Olarak) Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satışa İlişkin Bazı Notlar, Platon Hukuk, İstanbul, 2022, s.32 vd; Serdar Kale, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", 2021, (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, s.e.t. 19.09.2023; Mustafa Okur, "Elektronik Açık Artırma Suretiyle Satışta Artırma Aşaması", C. 18, Sy. 1, 2023, ERÜHFD, s.48 vd.

¹¹ Jürgen Stamm, "Die Digitalisierung der Zwangsvollstreckung", 2021, NJW s.2563 vd.

saklandığı her türlü ortamı ifade eder.¹² Bu tanımdan hareketle, akıllı ev aletlerinin dahi elektronik ortam olarak nitelendirilmesi mümkündür. Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan, kamuya açık, internet bağlantısı aracılığı ile erişilebilen bütün alanları ifade eden internet ortamı ise, elektronik ortam türlerinden biridir.¹³

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, elektronik ortamda paraya çevirme, kural olarak açık artırma sureyle yapılır. Elektronik ortamda açık artırma, İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesinde *Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satış* adı altında düzenlenmiştir. Burada öncelikle vurgulamak gerekir ki, her ne kadar dar anlamda elektronik ortam kavramı internet ortamı için kullanılabilir olsa da,¹⁴ İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesinde elektronik ortam ifadesi yerine, daha *nokta atışı* bir tercih yapılarak *internet ortamı* ifadesinin kullanılması daha isabetli olurdu.¹⁵ Nitekim karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri dikkate alındığında, kurumun "*Versteigerung im Internet (internette artırma)*"¹⁶ ve "*Versteigerung über Online-Versteigerungsplattform (çevrimiçi artırma platformu üzerinden artırma)*"¹⁷ olarak anılmakta olduğu görülmektedir.

Elektronik ortamda paraya çevirme, bir platform aracılığıyla gerçekleştirilir. Ortam anlamına da gelen *Plattform* terimi, özel bir yazılım-genellikle açık artırma yazılımı- aracılığıyla birbirine bağlanan veya bunun tarafından kontrol edilen bir web sayfa grubunu ifade eder.¹⁸ Elektronik ortamda paraya çevirmenin yapılacağı platformun öncelikle, bir internet adresi üzerinden erişilebilir ve kullanım sözleşmesinde belirlenen genel işlem koşulları çerçevesinde ilke olarak fiil ehliyetini haiz herkesin (gerçek ve tüzel kişilerin) kullanımına açık olması gerekir. Platform işleticisinin elektronik ortamda paraya çevirmedeki rolü, bir aracı olarak gerekli altyapıyı sağlamakla sınırlıdır (*Plattform-Model*).¹⁹

¹² Habip Oğuz, "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum", Sy. 3, 2013, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s.3; Sinan Sami Akkurt, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", C. 60, Sy. 1, 2011, AÜHFHD, s.25.

¹³ Oğuz, s.3.

¹⁴ Oğuz, s.3; Akkurt, s.25; Ahmet Galip Kaplan, *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Hâlleri*, On İki Levhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.9 vd.

¹⁵ Çalışmamızda İcra ve İflas Kanunu'nun terminolojisine bağlı kalmak amacıyla internette/ internet ortamında paraya çevirme ifadesi yerine elektronik ortamda paraya çevirme ifadesi kullanılmıştır.

¹⁶ Almanya için bkz. §814 ZPO ve Avusturya için bkz. §274 Abs 1 EO.

¹⁷ İsviçre için bkz. Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus Art. 9, <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2020/234/20201013/de/docx/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-2020-234-20201013-de-docx.docx>, s.e.t. 08.08.2023.

¹⁸ Dominic Staible, "Online-Versteigerungen in Betreibungs- und Konkursverfahren", Sy. 54, 2021, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ), s.523.

¹⁹ Doktrinde, platform işleticisi ile satıcı arasındaki ilişkinin niteliği konusunda tartışma vardır. Bir görüş anılan ilişkinin hukukî niteliğinin genel bir aracılık

Örneğin elektronik ortamda açık artırmada platform işleticisi, ne açık artırmanın işleyişini kontrol etmektedir ne de teklifin ne zaman kabul edileceğine karar vermek kendi takdirine bağlıdır.²⁰ Tekliflerin kaydedilmesi ve işlenmesinden satışın en yüksek teklif verene yapılmasına kadar tüm süreç, açık artırma yazılımı üzerinden işlemektedir.²¹ Netice itibarıyla elektronik ortamda açık artırmalarda platform işleticisi, özel hukuk çerçevesinde satış sözleşmesinin kurulmasına, cebri icra hukuku çerçevesinde ise ihalenin yapılmasına sadece aracılık etmektedir.

Elektronik ortamda paraya çevirmeye ilişkin satış, artırma ve ihale kavramları farklı anlamlara sahiptir. Satış, icra takibinde hacizden sonra ve paraların paylaşılmasından önceki aşama olan ve kural olarak açık artırma ile yapılan paraya çevirme sürecidir.²² Özel hukuk²³ ve cebri icra hukuku bakımından şemsiye bir kavram olan artırma kelimesinin sözlük anlamı ise, “bir malın satışında alıcılar arasında fiyat artırma yarışına dayanan satış biçimi; müzayede” şeklindedir.²⁴ Artırmanın İsviçre, Alman ve Avusturya hukukunda ilgili kanunî düzenlemelerdeki karşılığı “*Versteigerung*” kavramıdır. Ancak doktrinde bazı çalışmalarda, “*Versteigerung*” kelimesinin yerine, Latince “*auctio*” kelimesinden gelen artırma anlamındaki “*Auktion*” kelimesinin de kullanılmakta olduğu görülmektedir.²⁵ Artırma temelde bir fiyat oluşturma sürecidir.²⁶ İhale (*Zuschlag*) ise, kanunda belirlenen asgarî şartları karşılama kaydıyla en yüksek teklif sahibine malın mülkiyetinin -herhangi bir tasarruf işlemi

ilişkisinden doğan tellallık sözleşmesine dayandığını kabul ederken, diğer görüş temsil ilişkisinden doğan vekalet sözleşmesine dayandığını savunmaktadır. Söz konusu tartışma, fiziki ortamda açık artırmada satıcının doğrudan veya dolaylı temsilcisi olan bir “*müzayede yöneticisi*” var iken, elektronik ortamda açık artırmada böyle bir “*yönetici*” olmamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, elektronik ortamda açık artırmada teklifin hangi şartlar altında kabul edileceği yazılım ile önceden belirlenmektedir. Bu durumda açık artırma başladıktan sonra ihalenin yapılabilmesi, katılımcıların teklif verme davranışına bağlıdır ve müzayedecinin herhangi bir işlem yapmasına gerek yoktur. Bu konuda bkz. Staible, 2010, s.84 vd; ayrıca Sadioğlu, s.327 vd.

²⁰ Staible, 2010, s.84.

²¹ Staible, 2010, s.84.

²² Muhammet Özkes, “İhale bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma)”, C. 5, Sy. 1, 2003, DEÜHFD, s.168.

²³ Özel hukuk çerçevesinde elektronik ortamda açık artırma, “internet teknolojisinin kullanıldığı sanal bir ortamda, birbiriyle rekabet içerisinde olan isteklilerin, önceden belirlenmiş süre içerisinde, fiyatı artırma suretiyle satış konusu mala teklif verdikleri ve belirlenen sürenin sonunda en yüksek fiyatı veren istekli ile satış sözleşmesinin kurulduğu bir fiyat oluşturma yöntemi” şeklinde açıklanmaktadır. Bu konuda bkz. Ceren Sadioğlu, Artırma Yoluyla Satış, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.11 vd; Stefan Gurman, Internet Auktionen, Springer, Viyana, 2005, s.5 vd.

²⁴ <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 10.02.2023.

²⁵ Örneğin, Staible, s.1 vd.

²⁶ Staible, s.3.

yapılmasına gerek olmaksızın- geçmesi aşamasını ve anını ifade eder.²⁷ Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde, kanunî bir tanımı olmayan elektronik ortamda cebri açık artırma suretiyle satış, bir cebri icra takibi kapsamında haczedilen mallarının icra memuru tarafından çevrimiçi bir artırma platformu aracılığıyla paraya çevrilmesi süreci şeklinde tanımlanabilir.

B. ELEKTRONİK ORTAMDA PARAYA ÇEVİRMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Elektronik ortamda paraya çevirme farklı usullerde gerçekleştirilebilir. Bu kapsamda paraya çevirme kural olarak açık artırma suretiyle yapılır. Bununla birlikte, pazarlık suretiyle satışın elektronik ortamda yapılmasının önünde herhangi bir kanunî engel bulunmamaktadır. Ayrıca borçluya satış yetkisi verildiği hâllerde de borçlunun satışı elektronik ortamda gerçekleştirmesi mümkündür. İcra ve İflas Kanunu'nun 121'inci maddesi çerçevesinde iştirak hâlinde mülkiyet hisselerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde elektronik ortamda paraya çevrilebilirliği hususunda da şüphe görmemek gerekir.²⁸ Elektronik ortamda paraya çevirmenin hukukî niteliği bu kapsamda ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, cebri açık artırmaların hukukî niteliği konusunda kanunî bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple, geçmiş dönemlerde doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.²⁹ 1900'lü yılların başında cebri artırmanın hukukî niteliğinin satış sözleşmesi olduğu ve bu sebeple özel hukuk karakterli satış sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğu görüşü (özel hukuk teorisi) hâkim iken³⁰, bu görüş, ilk olarak Alman hukukunda ileri sürülen cebri artırmanın kamu hukuku karakterli bir işlem olduğu görüşü (kamu hukuku teorisi) ile tamamen terk edilmiştir.³¹ Cebri açık artırmanın hukukî niteliği belirlenirken, bu süreçte devletin egemenlik yetkisine dayanarak icra dairesi aracılığıyla aktif bir şekilde oynadığı rol göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda, hukukumuzda da cebri açık artırmanın hukukî niteliği konusunda hâkim görüş, bunun takip

²⁷ Arslan, s.57; Özkes, 2003, s.169.

²⁸ Bu yönde bkz. Dominic Staible, "Verwertung von Vollstreckungssubstrat durch Betreibungs- und Konkursämter über private Auktionsplattformen im Internet", 2012, BLSchK s.91.

²⁹ Emil Huber, "Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach schweizerischem Betreibungsrechte", C. 24, 1905, ZSR, s.81 vd.

³⁰ Alman Reichsgericht tarafından 1913 yılına kadar, takibi yürüten icra memuru alacaklının temsilcisi, alacaklı da icra yetkisinin asıl sahibi olarak kabul edilmekte ve özel hukuk teorisi benimsenmekte idi. Bu yönde bkz. RGZ 60, 73; RGZ 61, 333.

³¹ Freels, s.66.

hukukundan kaynaklanan kamu hukuku karakterli bir işlem olduğu yönündedir.³²

Elektronik ortamda açık artırmanın temel amaç ve sonucu, fiziksel ortamda açık artırma ile özdeştir. Bu anlamda hukukî nitelik konusunda fizikî ortamda açık artırmadan bir farklılık arz etmemektedir. Netice olarak, fizikî ortamda cebri açık artırmada olduğu gibi, icra memuru aracılığıyla gerçekleştirilen elektronik ortamda cebri açık artırma takip hukukundan kaynaklanan kamu hukuku karakterli bir işlemdir. Ancak bu noktada, elektronik ortamda cebri açık artırmanın iki modeli üzerinde bir ayırım yapmak gerekir. Bunlardan ilki, internette açık artırmanın resmî platform üzerinden yapılması iken; ikincisi ise, özel platform üzerinden yapılmasıdır. Özel platform üzerinden yapılan artırmalar bakımından da sürecin icra organı tarafından mı yoksa başka bir kişi tarafından mı yürütüldüğüne ayrıca dikkat edilmelidir.

İcra takip işlemleri ve bu kapsamda paraya çevirme, devletin *cebiri tekeli* kapsamında yetkili organı icra dairesi tarafından yapılır. Cebri icra hukukunun karma bir hukuk dalı olması sebebiyle, devletin egemenlik yetkisinin bir yansıması olarak, icra memuru tarafından resmî platform aracılığıyla yapılan paraya çevirme işlemi kamu hukuku karakterli bir işlem niteliğindedir.

Karşılaştırmalı hukukta cebri açık artırmanın icra memuru tarafından özel platform aracılığıyla yapılması ise, bazı koşullar altında kabul edilmektedir.³³ İsviçre hukukunda, pazarlık suretiyle satış hükümlerine dayanılarak, icra ve iflas organları tarafından özel platformlar aracılığıyla açık artırmalar yapılmakta olduğu görülmektedir.³⁴ Ancak doktrinde azınlıkta kalan bir görüş, özel platforma kullanıcı kaydı yapılmasıyla birlikte akdedilen kullanım sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tâbi olduğunu, özel platformun genel işlem koşulları çerçevesinde açık artırma neticesinde en yüksek teklif veren kişiyle bir satış sözleşmesinin kurulduğunu ve bunun ihale olarak nitelendirilemeyeceğini, alıcı ile özel hukuk ilişkisinin kurulması nedeniyle herhangi bir anlaşmazlık durumunda bunun özel hukuk kuralları çerçevesinde çözülmesi gerektiğini ve bu durumun elektronik ortamda açık artırmanın icra memuru tarafından özel platformda yapıldığı hâllerde de geçerli olduğunu belirtmektedir.³⁵ Bu çerçevede, özel platformda hacizli malın satışının yapıldığının ve İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin uygulanacağını açıklanmasının dahi bu durumu değiştirmeyeceği, aksinin kabulünün hukukî güvenliğe aykırılık teşkil

³² Açık artırma yoluyla satışın hukukî niteliği konusunda bkz. Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 2004, s.243; Mine Erturgut, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.31 vd; Simon Müller, Die Ablieferung nach , §817 Abs.2 ZPO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s.9 vd; Arslan, s.54 vd; Sadioğlu, s.162; Rehn, s.76.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. III.

³⁴ Bkz. Aşa. III, A.

³⁵ Bu yönde bkz. Staible, 2021, s.531 vd.

edeceği kabul edilmektedir. Bu görüş gereğince, özel platform aracılığıyla yapılan artırmalarda icra memurunun işlemlerinin şikâyete konu olamayacağı ayrıca vurgulanmaktadır.³⁶ Alman hukukunda da doktrinde azınlıkta olan bazı yazarlar, özel platform aracılığıyla açık artırmaların, artırmanın üçüncü kişi tarafından yapılmasını düzenleyen §825 Abs.2 ZPO çerçevesinde yapılabileceğini savunmaktadır.³⁷ Buna göre, özel platformun uyulması gerekli genel işlem koşulları, §825 Abs.1 ZPO kapsamında egemenlik yetkisine dayanılarak sürdürülen resmî faaliyet ile çelişir ve bu sebeple artırmanın üçüncü kişi tarafından yapıldığı kabul edilerek §825 Abs.2 ZPO uygulanmalıdır.³⁸ Ancak bu görüş, özel platform aracılığıyla yapılan artırmalarda bu platformun üçüncü kişi değil, bir aracı konumunda olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir.³⁹ Nitekim bu paraya çevirme usulünde icra memuru bir icra takibi kapsamında haczedilen malı cebri icra gücünü kullanarak paraya çevirmektedir. Bu durumda, her ne kadar artırma özel platform aracılığıyla yapılsa da üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmemektedir. Özel platformun *satıcı*⁴⁰ bakımından genel işlem koşulları benimsemesi dahi, icra memuru yerine platformun merkezî aktör olarak görülmesi gerektiği anlamına gelmez.⁴¹ Bu sebeple doktrinde çoğu yazar, elektronik ortamda açık artırmanın icra memuru tarafından özel platform aracılığıyla yapılmasını, § 825 Abs.1 ZPO gereğince pazarlık suretiyle satışın özel bir türü olarak mümkün görmektedir.⁴² Pazarlık suretiyle satışın hukukî niteliği konusunda da doktrinde uzun süren tartışmalar yaşanmıştır.⁴³ Ancak günümüzde hâkim

³⁶ Staible, 2021, s.531 vd.

³⁷ Curt Wolfgang Hergenröder, “Mängelhaftung des Gerichtsvollziehers bei der Versteigerung gepfändeter Sachen im Zeichen moderner Verwertungsformen”, Sy. 10-11, 2017, DGVZ, s.190, 191; Sebastian Weber, “Gewährleistung bei Pfandveräußerung über eine Internetplattform”, Sy. 7, 2018, DGVZ, s.152.

³⁸ Bkz. Aşa. III, B.

³⁹ Rehn, s. 75; MüKoZPO/Gruber, ZPO § 825 Rn. 10.

⁴⁰ Bu noktada cebri paraya çevirme bakımından borçlar hukuku anlamında bir satıcıdan bahsedilemeyeceğini vurgulamak gerekir. Nitekim cebri artırmayı gerçekleştirecek icra organı satıcı sıfatıyla hareket etmemekte, kendisine ait olmayan bir malı görevi gereği paraya çevirmektedir. Bu yönde bkz. Özmumcu, s.53 vd.

⁴¹ Rehn, s.75; MüKoZPO/Gruber, ZPO §825 Rn.10.

⁴² Loth, s.68 vd; Urs Gruber, “ZPO §814 Öffentliche Versteigerung”, Münchener Kommentar zur ZPO, Ed. Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, C. 2, 6. Bası, C.H.BECK, Münih, 2020, ZPO §814 Rn.9; Caroline Meller-Hannich, “Der Gerichtsvollzieher bei „ebay & Co.“ – Rechtsfragen, Lösungsvorschläge und Gesetzesvorhaben zur Verwertung gepfändeter Sachen im Internet”, Sy. 2, 2009, DGVZ, s.24; Flockenhaus, ZPO §825 Rn.1.

⁴³ Pazarlık suretiyle satışın hukukî niteliği konusunda tartışmalar için bkz. Adrian Staehelin, “Freihandverkauf: Rechtsnatur und Anfechtung”, Festschrift für Karl Spühler, Ed. Hans Michael Riemer/Moritz W. Kuhn/Dominik Vock vd., 2005, s.397 vd; Erturgut, s.161 vd; Özmumcu, s.28 vd. Pazarlık suretiyle satışın TBK m. 207'ye göre olağan satış hükümlerine tâbi olduğu yönünde bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz vd., s.403. İcra ve İflas Kanunu'nda pazarlık

görüş, pazarlık suretiyle satışın da takip hukuku tasarrufu niteliğinde olan bir cebri icra satışı olduğunu haklı olarak kabul etmektedir.

Cebrî icra hukukunda belirli koşullar altında -kıymet takdiri için gerektiğinde bilirkişiye başvurulması gibi- bazı işlemlerin icra memuru dışında başka bir kişi tarafında yapılmasına cevaz verilebilmektedir. İsviçre⁴⁴, Alman (§ 825 Abs.2 ZPO)⁴⁵ ve Avusturya (§ 274 Abs.2 EO)⁴⁶ hukukunda paraya çevirme işleminin icra memuru yerine, -resmî ya da özel- üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine imkân tanıyan düzenlemeler bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda paraya çevirme işleminin hukukî niteliğinin ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Paraya çevirme işleminin üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde, üçüncü kişinin icra organının emrine dayanan faaliyetinin niteliğinin belirlenmesi hem dogmatik hem de pratik olarak önemlidir. Böyle bir durumda paraya çevirmeyi gerçekleştiren üçüncü kişi ya icra organının egemenlik alanına dahil edilerek resmî yetki ile donatılmış sayılır ya da bu yetki egemenlik alanından soyutlanarak geçerli hükümler çerçevesinde üçüncü kişiye devredilir. Söz konusu soruya yanıt verilebilmesi için, öncelikle başlangıçta var olan kamu hukuku karakterli işlem niteliğinin korunup korunmadığının tespiti gerekir.

Alman hukukunda, bu tartışma iki temel görüş çerçevesinde yaşanmıştır. İlk görüş, üçüncü kişiye kamu hukukundan doğan yetkilerin ancak kanuna dayanarak verilebileceği ilkesinden yola çıkarak bu soruya cevap aramıştır.⁴⁷ Anılan kapsamda, kanunî zemin olarak §825 ZPO'ya dayanarak egemenlik yetkilerinin özel bir kişiye devredildiği kabul edilmiştir.⁴⁸ Bu doğrultuda, hacizli malın üçüncü kişi tarafından özel platform aracılığıyla paraya çevrilmesi, cebri icra satışı olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla paraya çevirmenin icra memuru tarafından yapılmasında olduğu gibi, alıcı, iyi niyetli olup olmadığına bakılmaksızın mülkiyeti kazanır. İkinci ihtimalde, paraya çevirmenin özel

suretiyle satışa ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple, pazarlık suretiyle satışa Kanun'un paraya çevirme ile ilgili diğer hükümleri uygulanmalıdır. Erturgut, s.169. Ayrıca İcra ve İflas Kanunu'nda pazarlık suretiyle satışa ilişkin asgarî satış bedeli, ödeme şekli, mülkiyetin nakli gibi konuları içeren daha ayrıntılı bir düzenleme yapılması gerektiği hakkında bkz. Özümucu, s. 418 vd.

⁴⁴ İsviçre hukukunda bu yönde açık bir kanunî düzenleme olmamakla birlikte, doktrinde ve uygulamada, Art. 130 Abs.1 Ziff.1 SchKG, Art. 143b Abs.1 SchKG, Art. 256 Abs.1 SchKG, Art. 256, Abs.3 SchKG maddeleri yorumlanarak cebri artırmanın üçüncü bir kişi tarafından yapılabileceği tartışmalı olsa da kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Franco Lorandi, "Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privatpersonen", 2000, Aktuelle Juristische Praxis, s.846 vd; ayrıca bkz. Aşa. III, A ve IV, A.

⁴⁵ Bu yönde bkz. Aşa. III, B ve IV, B.

⁴⁶ Bu yönde bkz. Aşa. III, C ve IV, C.

⁴⁷ Gerhard Lüke, "Die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Zessionsvorschriften auf die Forderungsübertragung durch Hoheitsakt", Sy. 9, 1959, JZ, s.270 vd.

⁴⁸ Lüke, s.271.

hukuk çerçevesinde gerçekleştirilmesi söz konusu iken, ilk ihtimalde üçüncü kişinin işlemlerinden icra memuru gibi sorumlu olacağı vurgulanmaktadır.⁴⁹ Buna karşın doktrinde ağır basan görüş⁵⁰, üçüncü kişinin § 825 ZPO çerçevesindeki faaliyetini bir özel hukuk faaliyeti olarak nitelmiştir. Anılan görüşü savunan yazarların bir kısmı herhangi bir ayırım yapmaksızın, üçüncü kişinin faaliyetini kamu hukukuna dayanan bir yetkilendirme temelinde yerine getirilmek zorunda olan bir faaliyet olarak nitelendirmektedir.⁵¹ Bu görüşe göre, her ne kadar üçüncü kişi kamu hukukundan doğan bir yetkiye dayanarak hareket etse de icra memurunun bağımlı yardımcısı konumunda olmadığı için, § 825 Abs.2 ZPO çerçevesinde paraya çevirme maddî hukuk hükümlerine tâbidir. Bu görüşün odak noktası, üçüncü kişinin yetkileri ve bu yetkilerin devredilme şekli değil, üçüncü kişinin konumudur. Doktrinde başka bir görüş, icra organının üçüncü kişiye yetki devrinin dayanağını belirleyici faktör olarak kabul etmektedir.⁵² Bu görüşe göre, burada asıl sorun, üçüncü kişinin bilirkişi yahut kamu tarafından görevlendirilmiş müzayedeci gibi bağımlı yardımcı olup olmaması değildir. Burada sorun Alman hukukunda cebrî artırmanın üçüncü kişi tarafından yapılmasına imkân tanıyan § 825 ZPO hükmünde egemenlik yetkisinin üçüncü kişiye devredilmesi yönünde açık bir düzenleme bulunmamasıdır. Bu sebeple üçüncü kişi egemenlik yetkisi çerçevesinde değil, kamu denetimi altında olmak suretiyle, özel hukuk çerçevesinde bir iş görme sözleşmesine dayanarak faaliyetini sürdürür.

İcra ve İflas Kanunu'nu çerçevesinde hacedilen malın satışının üçüncü kişi tarafından yapılmasına imkân sağlayan düzenleme, 7343 sayılı Kanun ile kabul edilen borçluya satış yetkisi verilmesidir. Borçlunun satışı elektronik ortamda gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu kapsamda çalışmamız bakımından önem arz eden hususlar üzerinde aşağıda durulacak olmakla birlikte⁵³, burada sadece borçluya satış yetkisi verilmesi suretiyle satışın hukukî niteliği ile ilgili değerlendirme yapılacaktır. Doktrinde, borçluya satış yetkisi verilmesi suretiyle satış, bir cebrî icra satışı olarak değerlendirilmektedir.⁵⁴ Nitekim bu hâlde satış, bir icra takibinde; borçluya kıymet takdirinin tebliği üzerine; Kanunda öngörülen yedi günlük süre içinde borçlunun talepte bulunması hâlinde; borçlunun Kanunda öngörülen koşullarda ve sürede alıcı bulması ve en önemlisi satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılması yönünde icra mahkemesinin karar vermesi ile gerçekleşir. Kanaatimizce borçluya satış yetkisi verilmesini §825 Abs.2 ZPO hükmünden ayıran

⁴⁹ Lücke, s.271.

⁵⁰ Bu yönde bkz. Loth, s.55; Kindl, ZPO §825 Rn.10; MüKoZPO/Gruber ZPO §825 Rn.18.

⁵¹ Loth, s.55; Kindl, ZPO §825 Rn.10; MüKoZPO/Gruber ZPO §825 Rn.18.

⁵² Freels, s.239 vd.

⁵³ Bkz. Aşa. IV, D.

⁵⁴ Pekcanitez, s.840; Yazıcı, s.1126-1128. İİK m. 111/a hükmünde geçen rızaen satış ve rızai satış ifadeleri satışın hukukî niteliği konusunda yanıltıcı bir etki doğurmaktadır. Bu konuda eleştiriler için bkz. Pekcanitez, s.824; Yazıcı, s.1124.

temel özellik, satışın onayının mahkeme kararı ile olmasıdır. Nitekim § 825 Abs.2 ZPO'ya göre yapılan satış işlemi mahkeme onayına gerek kalmaksızın maddî hukuk çerçevesinde sonuç doğurmaktadır. Ancak borçluya satış yetkisi verilen hâllerde mahkemenin kabul kararı ile malın mülkiyeti alıcıya geçmektedir. Bu da işlemin kamu hukuku karakterini haiz olması neticesini doğurur ve satış cebrî icra satışı hâline getirir.

C. ELEKTRONİK ORTAMDA PARAYA ÇEVİRMENİN AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARI

Cebrî icra hukukunun bir yandan alacaklının alacağına kavuşmasına diğer yandan borçlunun aşırı müdahalelerden korunarak geçim düzeyinin güvence altına alınmasına yönelik zıt menfaatlerin dengelenmesine ilişkin çelişkili ve zor amacına ulaşılabilmesinin en önemli araçlarından biri, etkin bir paraya çevirme sürecidir. Etkin paraya çevirme ise, hacedilen maldan neticede mümkün olan en yüksek gelirin elde edilmesi ve yalın bir prosedür sayesinde yapılan düşük maliyetler ile gerçekleştirilebilir. Teknolojik gelişmelerle birlikte icra takibinde paraya çevirme sürecinin elektronik ortama taşınması düşüncesinin oluşmasının temel sebebi de budur. Bunun yansıması olarak kanunî düzenlemelerde yer almaya başlayan elektronik ortamda açık artırmanın fizikî ortamda açık artırma ile kıyaslandığında bazı avantajlarının olduğu görülmektedir.

İlk etapta, elektronik ortamda açık artırmanın maliyeti oldukça düşüktür ve tasarruf sağlar.⁵⁵ Mezat salonlarında gerçekleştirilen artırmaların seyahat, nakliye, katalog basımı, personel ve yer gibi masraflarından oluşan yüksek işlem maliyetleri vardır.⁵⁶ Oysa elektronik ortamda açık artırma yapılması hâlinde, tüm süreç internet platformu üzerinden gerçekleştirildiği için, bu maliyetlerin pek çoğu ortadan kalkar. Akabinde ve daha da önemlisi, elektronik ortamda açık artırmaya katılım imkânı, kişi sayısı, mekân ve zaman bakımından sınırsızdır.⁵⁷ Cebrî artırmaların kamuya açık *-aleni-* olması gerekliliği, elektronik ortamda yapılması konusunda bir çekince yaratmamalıdır. Aleniyet, açık artırmaların ilân edilmesini ve alacaklı ile borçlu dahil olmak üzere herkesin açık artırmaya katılma hakkının olmasını gerektirir. Bu anlamda, elektronik ortamda açık artırmadan doğan bir dezavantaj değil, avantaj vardır. Nitekim fizikî ortamda cebrî açık artırmalarda, artırma organizasyonunun toplumun geneline yeterince duyurulamaması, fizikî ortamın yetersizliği gibi sair sebeplerle, teklif verenlerin sayısının genellikle belirli insan gruplarıyla sınırlı olduğu gözlemlenebilir. Elektronik ortamda açık artırma ise, sınırlı bir izleyici kitlesine sahip değildir; dünya çapında sayısız ilgili tarafından erişilebilir durumdadır ve

⁵⁵ Staible, 2010, s.75.

⁵⁶ Staible, 2010, s.74.

⁵⁷ Jonas Rehn, "Leistungsstörungen bei fehlgeschlagenem Versand einer vom Gerichtsvollzieher im Internet versteigerten Sache", Sy. 4, 2022, DGVZ, s.73; Andreas Remmert, "Das Gesetz über die Internetversteigerung", 2009, NJW, s.2572.

toplumun her kesiminden teklif verenlere hitap eder. İnternet erişimi bulamayanların açık artırmaya katılımının sağlanabilmesi için ise, icra dairelerinde halka açık bilgisayarlar bulundurulması gibi imkânlara çözüm olarak başvurulabilir.⁵⁸ Ayrıca bir açık artırmaya başlangıç ve bitiş anı internet üzerinden her an kolaylıkla görülebilmekte ve teklif verilebilmektedir. Bu usulde, internete erişimi olan herkes, teklif verme süresi içindeki her günün 24 saati pey sürebilir durumdadır. Nihayetinde, fizikî ortamda açık artırmaya hâkim olan prensip, elektronik ortamda açık artırma için de geçerlidir: Bir artırmaya ne kadar çok teklif veren katılırsa, ihale bedeli o kadar yüksek olur.⁵⁹ Bu durum hem alacaklı hem de borçlu menfaatindedir. Zira yetersiz tahsilat riskinin azalması, öncelikle borçlunun daha az malının haczedilmesi ihtiyacını doğurur.⁶⁰ Neticede yüksek ihale bedeli elde edilmesi ise, alacaklının alacağına tamamına kavuşmasına ve borçlunun icra takibinden kurtulmasına daha kısa zamanda imkân sağlar.

Elektronik ortamda açık artırma bazı dezavantajlar da yaratabilir. Bu konuda akla gelen ilk dezavantaj, teknik aksaklıklar ve erişim sorunlarıdır. Bu durum gözetilerek İcra ve İflas Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik'in 24'üncü maddesinde teknik sebeplerle teklif verilememesi nedeni ile artırmaya uzamasına imkân verilmiştir. Ancak kanaatimizce, kısa vadede aşılamayacak teknik aksaklıklar ve erişim sorunları dikkate alınarak, bu gibi istisnâ hâllerde artırmaya fizikî ortamda yapılması konusunda icra memuruna takdir yetkisi tanınması yerinde olurdu.⁶¹

Hukumumuzda elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışın kabul edilmesinin temel sebeplerden biri, önceki uygulamalarda fizikî ortamda açık artırmalara katılan kötü niyetli kişiler nedeniyle yaşanan sorunlardır.⁶² Ancak bu dezavantajla elektronik ortamda açık artırmalarda farklı şekillerde karşılaşılması riski vardır.⁶³ Özellikle sahte web siteleri ile teklif verenlerin yanıltılması tehlikesini bertaraf etmek amacıyla hem İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesinin yedi ve sekizinci fıkralarında hem de Yönetmelik'in 24'üncü maddesinde düzenleme yapılmıştır.

⁵⁸ Staible, 2010, s.71.

⁵⁹ Preston R. McAfee/John McMillan, "Auctions and Bidding", C. 25, 1987, JEL, s.711; Loth, s.14; Staible, 2010, s.74.

⁶⁰ Andreas Viertelhausen, "Verwertung durch Versteigerung im Internet?", Sy. 1, 2003, DVGZ, s.2.

⁶¹ Karşılaştırmalı hukukta elektronik ortamda açık artırmaya fizikî ortamda açık artırmaya alternatif olarak kabul edildiği, somut olayın özelliklerine göre uygun yöntemin icra memurunun takdir yetkisi çerçevesinde belirlendiği görülmektedir. Ancak hukukumuzda böyle bir imkân yoktur. Bu yönde bkz. Aşa. II. D.

⁶² Öztekin, s.35; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.291.

⁶³ Kale, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", 2021, (https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/, s.e.t. 19.09.2023.

Elektronik ortamda açık artırmanın, fizikî ortamda açık artırmadan temelde farklılık arz etmeyen ve cebrî icra satışı ile sonuçlanmasından kaynaklanan bazı dezavantajlarından söz edilebilir. Örneğin, ihale anında malın mülkiyetinin alıcıya geçmesi nedeniyle, ihale edilen taşınır mal nakliye sırasında kaybolur veya hasar görürse, alıcı, ödediği ihale bedelini geri talep edemez.⁶⁴ Tekeffül hükümleri uygulanmamaktadır ve alıcının tüketici sıfatıyla cayma hakkını kullanması söz konusu değildir.⁶⁵ Ancak bu durumda ihale edilen maldaki kusur, malın yetersiz paketlenmesi gibi icra memuruna atfedilebilecek bir sebepten kaynaklanıyorsa, icra memurunun sorumluluğunun doğması makul görünmektedir.⁶⁶ Bu durumda alıcı, Türk Ticaret Kanunu'nun 875'inci maddesi çerçevesinde taşıyıcının sorumluluğuna da gidebilir. Bu bakımdan, fiyatı yüksek, ağırlığı düşük olan malları alan kişinin, icra memuru ile malın sigortalı nakliyesi konusunda anlaşması tavsiye edilebilir.⁶⁷ İcra memuru, ihale edilen malı sigortalı olarak göndermeyi kabul ederse, icra memuru tarafından temsil edilen devlet ile alıcı arasında kamu hukuku karakterli sözleşme benzeri borç ilişkisi doğar.⁶⁸ Bu ilişkiden doğan hak ve yükümlülüklerin aslen kamu hukukundan gelmediği doğrudur. Ancak nihai olarak, icra memurunun malı teslim etmesi, olgusal bağlantı nedeniyle kamu hukuku yükümlülüğünün bir uzantısıdır.

II. ELEKTRONİK ORTAMDA PARAYA ÇEVİRMENİN İCRA MEMURU TARAFINDAN RESMÎ PLATFORM ARACILIĞIYLA YAPILMASI

A. İSVİÇRE İCRA VE İFLAS KANUNU (SchKG) ÇERÇEVESİNDE DURUM

İsviçre İcra ve İflas Kanunu (SchKG)'nda elektronik ortamda açık artırma yapılmasına cevaz veren münferit bir düzenleme yoktur. Ancak 2000'li yılların başında doktrinde, icra dairesinin mümkün olan en iyi paraya çevirme neticesini elde etmekle yükümlü olduğu dogması gerekçesiyle cebrî artırmaların elektronik ortamda yapılıp yapılmayacağı tartışılmaya başlamıştır.⁶⁹ Konunun ele alındığı ilk çalışmalarda, hacizli taşınır malların elektronik ortamda paraya çevrilmesinin *temelde kabul edilemez görünmediğine* işaret edilmektedir.⁷⁰ Bu kapsamda, her ne kadar Art. 125 SchKG'de geçen "*Ort (yer)*" ifadesinden öncelikle fizikî bir ortam

⁶⁴ Rehn, s.76 ve 80.

⁶⁵ Rehn, s.79.

⁶⁶ Bu yönde bkz. Rehn, s.80.

⁶⁷ Rehn, s.81.

⁶⁸ Rehn, s.81.

⁶⁹ Bu yönde bkz. Staible, 2010, s.69.

⁷⁰ Öte yandan bu dönemde, *taşınmaz malların cebrî icra yoluyla satışında uyulması gereken formalitelerin elektronik ortamda açık artırma ile uyumlu olmadığı* belirtilmektedir, Weber/ Skripsky, s.97.

anlaşıyor olsa da, Art. 125 Abs.2 S.1 SchKG hükmünün artırma türünün ve yönteminin icra memuru tarafından *ilgililerin menfaatlerinin mümkün olan en iyi şekilde dikkate alınacağı* şekilde belirlenmesi, bunun gibi Art. 134 Abs.1 SchKG hükmünün artırma koşullarının *mümkün olan en elverişli sonucun beklenebileceği* şekilde belirlenmesini şart koşması nedeniyle *sanal bir artırmanın* kanun koyucu tarafından göz ardı edilmediği belirtilmektedir.⁷¹ Buna göre, fiziki ortamda açık artırma temel alınarak hazırlanan SchKG, elektronik ortamda açık artırma yapılmasına ilke olarak engel de değildir.⁷² Bilakis icra memuru tarafından elektronik ortamda açık artırmanın tercih edilmesi çoğu durumda daha iyi sonuçların elde edilmesini sağlar. İcra memurunun takdir yetkisini kullanarak verdiği elektronik ortamda açık artırma yapılması kararına karşı şikâyet yoluna başvurulabilir. Ayrıca 2018 yılından beri eGant⁷³ gibi resmî açık artırma platformları cebrî açık artırmalar için kullanılmaktadır.

İsviçre hukukunda 13 Mart 2020 tarihi itibarıyla ise, Covid-19 Pandemisi ile mücadele etmek için olağanüstü tedbirler alınmaya başlamıştır. Bu tedbirler kapsamında, 20 Nisan 2020 ile 31 Aralık 2021 tarihleri arasında yürürlükte olmak üzere⁷⁴, “*Coronavirüs Bağlamında Yargı ve Usul Hukukunda Tedbirlere Dair Yönetmelik (Covid-19-VJV)*” 16 Nisan 2020 tarihinde kabul edilmiştir ve böylece elektronik ortamda açık artırma yapılmasına imkân tanınmıştır. Covid-19-VJV’nin “*online (çevrimiçi) açık artırma platform(lar)u üzerinden açık artırma*” başlıklı 9’uncu maddesine göre, “(1) *Art. 125-129 ile 257-259 SchKG maddelerinin aksine, taşınır varlıkların paraya çevrilmesi, açık artırma ve pazarlık suretiyle satışa ek olarak, halka açık bir çevrimiçi platform aracılığıyla açık artırma yoluyla da gerçekleştirilebilir. (2) Çevrimiçi açık artırma usulü, icra memuru tarafından, katılanların menfaatleri mümkün olan en iyi şekilde dikkate alınarak belirlenir. İcra memuru, borçluyu, alacaklıyı ve müdahil olan üçüncü kişileri çevrimiçi açık artırma ve usulü hakkında önceden bilgilendirir. (3) Art. 127, 128 ve 129 SchKG maddeleri kıyasen uygulanır*”.

Covid-19-VJV’nin 9’uncu maddesi, çevrimiçi platformların cebrî açık artırmalarda kullanılmasına ilişkin hukukî belirsizliklerin giderilmesini ve bu yöntemin kullanılmaya devam edilmesini amaçlamaktadır.⁷⁵ Söz konusu düzenleme taşınır mallarla sınırlı olarak elektronik ortamda açık artırma yapılmasına imkân tanımaktadır. İlgili maddede, elektronik ortamda açık artırma için -pazarlık suretiyle satışta bütün alacaklıların açıkça kabul etmesi gibi- başkaca bir şart aranmamıştır. Elektronik ortamda açık artırmanın yapılması, icra

⁷¹ Staible, 2010, s.69 ve 72.

⁷² Staible, 2010, s.72.

⁷³ <https://www.bazuerich5.ch/egant/>, s.e.t. 08.08.2023.

⁷⁴ Anılan Yönetmelik kabul edildiğinde geçerlilik süresi 30 Eylül 2020 olarak belirlenmiş iken, bu tarih daha sonra 31 Aralık 2021 olarak değiştirilmiştir.

⁷⁵ Staible, 2021, s.520.

memurunun bu yöndeki kararı ve ilgililerin bu konuda bilgilendirilmesine⁷⁶ bağlıdır.

B. ALMAN MEDENÎ USUL KANUNU (ZPO) ÇERÇEVESİNDE DURUM

Alman hukukunda 1877 tarihli CPO (Civilprozeßordnung) ile kabul edilen ve söz konusu dönem için ilerici bir yöntem olarak nitelendirilen haczedilen malların fizikî ortamda açık artırma yoluyla paraya çevrilmesinin hâlâ tercih edilebilir olup olmadığı teknolojik gelişmelerle birlikte sorgulanmaya başlamıştır. E-Bay gibi özel platformlarda yapılan açık artırmalarda daha fazla sayıda kişinin daha yüksek fiyatlarda teklif verdiğinin farkına varılması, cebri artırmaların da elektronik ortamda yapılması düşüncesini doğurmuştur. Bu düşüncenin neticesi olarak, 2001 yılında bir pilot proje ile § 825 ZPO çerçevesinde elektronik ortamda açık artırma yapılmaya başlanmıştır.⁷⁷ Bu durum doktrinde, elektronik ortamda açık artırma yapılması için mevcut kanunî düzenlemelerin yeterli olup olmadığı tartışmasını yaratmıştır.⁷⁸ Akabinde 5 Ağustos 2009 tarihinde “*Gesetz über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung und zur Änderung anderer Gesetze (Cebri İcrada İnternet Üzerinden Artırma ve Diğer Kanunlarda Değişik Yapılmasına İlişkin Kanun)*” yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun ile elektronik ortamda açık artırma ZPO’ya entegre edilmiştir. Bu kapsamda, taşınırlara ilişkin⁷⁹ § 814 Abs.2 ZPO hükmü, “*Açık artırma, icra memurunun takdirine bağlı olarak, yerinde bir açık artırma veya bir açık artırma platformu aracılığıyla internet üzerinden genel olarak erişilebilir bir açık artırma şeklinde gerçekleştirilebilir*” şeklinde değiştirilmiştir.

Kanun koyucu, elektronik ortamda açık artırmaya ilişkin ayrıntılı düzenlemeleri (açık artırmının kabul edildiği tarih; açık artırma platformu; açık artırmaya katılım ve açık artırmadan çıkarılma şartları; açık artırmının başlaması, bitmesi ve iptali; açık artırma şartları ve diğer

⁷⁶ Bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması zorunlu değildir, e-posta ile yapılması mümkündür. Erläuterungen zur Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) vom 16. April 2020, s.9, <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-04-16/erlaeuterungen-covid19-justiz-d.pdf>, s.e.t.08.08.2023; Staible, s.529 vd.

⁷⁷ Johann Kindl, “§814 Öffentliche Versteigerung”, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, Ed. Johann Kindl/ Caroline Meller-Hannich, 4. Bası, Nomos, Baden-Baden, 2021, Rn.1, 2; Anja Uhl, “ZPO §814 Öffentliche Versteigerung”, BeckOK ZPO, Ed. Volkert Vorwerk/ Christian Wolf, Rn.5, 5.1; Viertelhausen, s.2.

⁷⁸ Viertelhausen, s.2.

⁷⁹ Alman hukukunda taşınmazlar bakımından cebri artırmalar, Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (ZVG) hükümlerine tâbidir (§869 ZPO). Bu sebeple çalışmamızda Alman hukuku çerçevesinde inceleme, taşınırlar, alacaklar ve diğer malvarlığı hakları bakımından yapılmaktadır. Taşınmazların paraya çevrilmesi hakkında bkz. Klaus Bartels, *Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung*, Giese King, Bielefeld, 2010, s.1 vd.

kanunî sonuçlar; borçlunun kişisel verilerinin yayımlanmadan önce anonimleştirilmesi ve teklif verenlere ait verilerin anonimleştirilme imkânı; ödeme şekli ve ihale edilen malın teslimi vb. hususlarda uyulması gereken diğer özel prosedür gibi) federal eyaletlere bırakmıştır. Bu kapsamda eyaletler tarafından hazırlanan yönetmeliklerin genel itibariyle aynı olduğunu söylemek mümkündür.⁸⁰ Tüm yönetmeliklerde, Kuzey Ren-Vestfalya Eyalet Adalet İdaresi kontrolünde olan Justiz Auktion⁸¹, resmî açık artırma platformu olarak kabul edilmiştir.

Elektronik ortamda açık artırmaya fiil ehliyetini haiz gerçek kişiler ve tüzel kişiler katılabilir. Sınırlı fiil ehliyetini haiz olanlar ise, ancak

⁸⁰ Baden-Württemberg (IntVerstVO, 3.5.2010, BWGBl. s. 412), <https://www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/gesetzblaetter/2010/GBL201008.pdf>, (s.e.t. 27.07.2023); Bayern (BayIntVerstVO, 25.11.2009, BayGVBl. s. 619), <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayIntVerstVO>true>, (s.e.t. 27.07.2023); Berlin (BlnInetVerstVO, 14.8.2012, BlnGVBl. s.261), <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-IntVerstVBERahmen>, (s.e.t. 27.07.2023); Brandenburg (BbgIntVerstVO, 8.2.2011, BbgGVBl. s.II, Nr. 1,1), https://bravors.brandenburg.de/verordnungen/intverstv_2011/2, (s.e.t. 27.07.2023); Bremen (BremInetVerstVO, 21.4.2010, BremGBl. s. 339) <https://www.transparenz.bremen.de/metainformationen/verordnung-ueber-die-versteigerung-im-internet-gemaess-814-absatz-3-zpo-und-979-absatz-lb-bgb-vom-21-april-2010>, (s.e.t. 27.07.2023); Hamburg (HmbInetVVO 6.4.2010, GVBl. S. 2540), <https://www.landesrecht-hamburg.de/bsha/document/jlr-IntVerstVHAp3/part/X>, (s.e.t. 27.07.2023); Hessen (ZVIVVO, 10.6.2010, GVBl. I s. 172), <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/VB-HE-AD-GVBll2010-11-172>, (s.e.t. 27.07.2023); Mecklenburg-Vorpommern (IntVerstVO, 6.10.2010, GVOBl. s. 603), <https://www.landesrecht-mv.de/bsmv/document/jlr-IntVerstVMVpP1/part/X>, (s.e.t. 27.07.2023); Niedersachsen (NIntVerstVO, 11.4.2013, Nds.GVBl. s.109), https://www.niedersachsen.de/politik_staat/gesetze_verordnungen_und_sonstige_vorschriften/verkundungsblätter_vorjahre/niedersaechsisches-gesetz--und-verordnungsblatt-2013-120896.html, (s.e.t. 27.07.2023); Nordrhein-Westfalen (NRWIVVO, 22.9.2009, GV.NRW. s. 508), https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=4220100504114142102, (s.e.t. 27.07.2023); Rheinland-Pfalz (RhPflntVerstLVO, 26.6.2010, RhPflGVBl. s.198), <https://www.landesrecht.rlp.de/bsrp/document/jlr-IntVerstVRPrahren/part/R>, (s.e.t. 27.07.2023); Saarland (SaarIntVerstVO, 17.1.2011, SaarLABl. I, s.16), https://www.amtsblatt.saarland.de/jportal/docs/anlage/sl/pdf/VerkBl/ABl/ads_4-2011_teil_I_signed.pdf;jsessionid=742BAA48A023EA6C3268581C6DCD4C45.jp19 (s.e.t. 27.07.2023); Sachsen-Anhalt (LSAInetVerstVO, 3.2.2010, GVBl. LSA s. 36), <https://www.revosax.sachsen.de/vorschrift/11336-Saechsische-Internetversteigerungsverordnung>, (s.e.t. 27.07.2023); Thüringen (ThürIntVerstVO, 22.9.2010, ThürGVBl. s.323), <https://landesrecht.thueringen.de/bsth/document/jlr-IntVerstVTHrahmen>, (s.e.t. 27.07.2023).

⁸¹ <https://www.justiz-auktion.de/>, (s.e.t. 26.07.2023).

kanunî temsilcilerinin izni ile artırmaya katılabilirler. Artırmaya katılmak isteyenler öncelikle kayıt yaptırmalıdır. Bunun için, kullanıcı adı, şifre, ad-soyad, adres, doğum tarihi ve elektronik posta bilgilerinin verilmesi gereklidir. Kayıtlı veriler, hukukî yükümlülüğün yerine getirilmesi için artık gerekli olmadığında veya kullanıcı iki yıl boyunca açık artırma platformuna hiç giriş yapmadığında, talep üzerine silinir. Ancak en yüksek teklif ile bağlı olma süresi, silme nedeniyle sona ermez.⁸²

Elektronik ortamda açık artırmanın yapılmasından haczi gerçekleştiren icra memuru sorumludur.⁸³ Açık artırmanın başlangıcı ve bitişi icra memuru tarafından tayin edilir. Söz konusu tarihler artırma ilânında yer almalıdır. Artırma ilânında ayrıca, açık artırma yoluyla satışı yapılacak ürünün kusurları bakımından incelenip incelenmediği ve ne ölçüde incelendiği belirtilmelidir. Katılımcılar ayrıca, § 806 ZPO gereğince tekeffülden mahrum olacakları ve § 312g Abs.1 BGB çerçevesinde cayma haklarının olmayacağı konularında bilgilendirilmelidir. Borçluya ilişkin kişisel veriler yayımlanmadan önce anonim hâle getirilmelidir. Teklif verenlerin kişisel verilerinin anonimleştirilmesi ise mümkün olmalıdır.⁸⁴

Elektronik ortamda açık artırma, genel itibariyle fizikî ortamda açık artırma ile aynı hükümlere tâbidir.⁸⁵ Elektronik ortamda açık artırmanın fizikî ortamda artırmadan ayrıldığı hususlar ise, temel olarak şu şekilde sıralanabilir:⁸⁶ § 816 Abs.5 ZPO gereğince, elektronik ortamda açık artırma bakımından artırmanın zamanı ve yerine ilişkin § 816 Abs.2 ZPO ve § 816 Abs.3 ZPO hükümleri uygulanmamaktadır. Ayrıca, § 817 Abs.1 ZPO çerçevesinde fizikî ortamda açık artırma için geçerli olan, en yüksek teklif verene ihale yapılmadan önce üç kez seslenilmesi kuralı, teklif verenler ve tellal fizikî olarak hazır bulunmadığı için elektronik ortamda açık artırmanın niteliğine uygun değildir.⁸⁷ Elektronik ortamda açık artırmada teklifler, yetkisiz otomatik veri işleme araçları vasıtasıyla sunulamaz. Aksi hâlde teklif sahibi açık artırmadan çıkarılabilir. Verilen teklifler, daha yüksek bir teklif verilmesiyle sona erer. Elektronik ortamda açık artırmada ihale, § 817a Abs.1 ZPO'da belirlenen asgarî şartları karşılaması kaydıyla açık artırma sonunda en yüksek teklifi verene yapılır ve bu kişi, elektronik posta yoluyla ihale hakkında bilgilendirilir.⁸⁸ Bu elektronik posta ile ihale bilgisinin yanı sıra, ödeme ve teslimat koşulları hakkında da bilgi verilir. İhale kendisine yapılan alıcı,

⁸² MüKoZPO/ Gruber, ZPO §814 Rn.14.

⁸³ Rainer Kemper, "ZPO §814 Öffentliche Versteigerung", Saenger ZPO, Ed. Ingo Saenger, 9. Bası, Nomos, Baden-Baden, 2021, Rn.5.

⁸⁴ MüKoZPO/ Gruber, ZPO §814 Rn.19.

⁸⁵ Jasmis Flockenhaus, "ZPO §814 Öffentliche Versteigerung", Zivilprozessordnung: ZPO, Ed. Hans-Joachim Musielak/ Wolfgang Voit, 20. Bası, Franz Vahlen, Münih, 2023, ZPO §814 Rn.5b.

⁸⁶ Loth, s.57.

⁸⁷ Flockenhaus, ZPO §814 Rn.5b.

⁸⁸ MüKoZPO/ Gruber, ZPO §814 Rn.17.

malın bedeli ile nakliye masraflarını bilgilendirilmesinden itibaren on gün içinde ödemelidir. Malın teslimi ancak ödemediği sonra yapılabilir.

Federal eyaletler tarafından hazırlanan yönetmeliklerde, açık artırmanın iptali için temel beş sebep sayılmıştır. Bunlar, icra takibinin sınırlandırılması, diğer açık artırmalar neticesinde elde edilen gelirin alacaklıyı tatmin etmeye ve takip masraflarını karşılamaya yetmesi, malın temlikinin hukukî nedenlerle mümkün olmaması, açık artırmanın başlamasının akabinde artırma ilânının malın nitelikleri ile uyuşmadığının anlaşılması ve teknik bir arıza nedeniyle açık artırma platformuna açık artırmanın bitiminden önceki 30 dakika içinde erişilememesi hâlleridir. Bu durumlarda açık artırmanın iptal edilmesiyle birlikte, kayıtlı teklifler düşer.⁸⁹

C. AVUSTURYA İCRA KANUNU (EO) ÇERÇEVESİNDE DURUM

Elektronik ortamda açık artırmaya ilişkin kanunî düzenleme konusunda Avusturya öncü bir rol oynamaktadır. 1 Mart 2008 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik (EO-Nov 2008)⁹⁰ ile taşınır mallar bakımından çevrimiçi açık artırma platformları üzerinden cebri açık artırma suretiyle paraya çevirme kanunî zemin kazanmıştır.⁹¹ Avusturya İcra Kanunu'nda elektronik ortamda açık artırmaya ilişkin hükümlerin ayrıntılı bir şekilde sevk edilmiş olduğu görülmektedir.

EO-Nov 2008 ile yapılan değişiklikler ile, artırma yerini düzenleyen § 274 Abs.1 EO hükmüne internet ortamı, fizikî ortam yanında bir alternatif olarak eklenmiştir. § 274 Abs.2 EO hükmüne göre, en yüksek gelirin elde edilmesini ve maliyet kriterlerini dikkate alarak artırma yerini icra dairesi belirler. Elektronik ortamda açık artırma yapılması kararı, § 272a EO çerçevesinde ilân edilmelidir. İlanda, açık artırmaya çıkarılan malın özelliklerinin yanında, artırmanın yapılacağı internet adresi, artırmanın başlangıç anı ve teklif sunmanın mümkün olduğu süre belirtilmelidir. § 274c EO hükmü gereğince, muhtemel alıcıların hacizli malı incelemelerine izin verilmesi imkânı, elektronik ortamda açık artırmalarda tanınmayabilir. Haczedilen mallar elektronik ortamda açık artırmaya icra memuru tarafından çıkarılabileceği gibi, bir müzayedeci tarafından da çıkarılabilir.⁹²

⁸⁹ MüKoZPO/ Gruber, ZPO §814 Rn.16.

⁹⁰ Gereke için bkz. Erläuterungen 295 der Beilagen 23, s.3, https://www.parlament.gv.at/dokument/XXIII/I/295/fname_090079.pdf, s.e.t. 09.08.2023.

⁹¹ Franz Mohr, "Die Internetversteigerung und sonstige Änderungen bei der Fahrnisexekution: Neuerungen durch die EO-Novelle 2008", Sy. 2, 2008, e-colex, s.117 vd; Axel Anderl, "Die EO-Novelle macht es möglich - bald Zwangsversteigerungen bei eBay & Co?", Sy. 7, 2008, ZaK, s.126 vd; Christian Krachler, "Zwangsversteigerungen im Internet", Yayınlanmamış doktora tezi, Karl-Franzens Üniversitesi, Graz, 2010, s.8.

⁹² Bkz. Aşa. III, C ve IV, C.

Teknik ekipman, değerli video ve ses donanımları, dergiler, kitaplar ve müzik aletleri elektronik ortamda Justiz-Auktion.at platformu aracılığıyla açık artırmaya çıkarılır. Çok yüksek değerli eşya, altın ve gümüş veya diğer kıymetli eşya, sanat eserleri, pullar, madenî paralar, yüksek değerde mobilya parçaları, koleksiyonlar ve benzerleri bir müzayedede evinde ya da elektronik ortamda paraya çevirmeye uygundur. Justice-Auktion.at platformu aracılığıyla yapılan artırmalarda, müzayedeci atanmaz; süreç icra memuru aracılığıyla yürütülür.

§ 274 Abs.3 EO gereğince, yanıcı ve patlayıcı ya da sağlığa zararlı radyasyon yayan nesnelere; öngörülen dezenfeksiyon yapılmadığı sürece, bulaşıcı hastalıkların olduğu konutlardan alınan mallar; temizlik yapılmadan önce kirli veya haşerat bulaşmış eşya; hızla bozulan şeyler; hayvanlar ve bitkiler; hurda, paçavra ve diğer atık materyaller; pornografik malzeme fizikî ortamda açık artırmaya konu olamadığı gibi Justiz-Auktion.at platformu üzerinden açık artırmaya alınamaz. Ayrıca, devir, depolama ve artırma masraflarının mahcuzun bedelini aştığı anlaşılırsa, malın açık artırmaya çıkarılmaması gerekir.

§ 277 EO ile elektronik ortamda açık artırmalar için özel hükümler sevk edilmiştir. Anılan madde çerçevesinde, hacizli mallar, ancak kıymet takdiri yapıldıktan ve muhafaza altına alındıktan veya alıcıya teslim edilebilmesi başka bir şekilde sağlandıktan sonra elektronik ortamda artırmaya çıkarılabilir. Birden fazla mal açık artırmaya çıkarılacak ise ve bunlardan bazılarında elde edilen gelirin tüm alacaklıların takibe konu olan alacakları ile tüm yan giderler ve icra masraflarını karşılamaya yeteceği tahmin ediliyorsa, sadece bu mallar açık artırmaya çıkarılır. Artırma ilânında, hacizli malın özellikleri belirtilmeli ve en az bir fotoğrafı ile mevcut olan yazılı kıymet takdiri raporu bulunmalıdır. Elektronik ortamda açık artırmalarda, bir teklif, başka teklifle aşılan kadar en yüksek teklif sayılır. Tekliflerin otomatik veri işleme programları aracılığıyla verilmesi mümkün değildir. *Sniper-Programm* olarak anılan bu tür uygulamaları kullanan kişiler tarafından verilen teklifler geçersizdir.⁹³

§ 277a EO hükmüyle, hemen satın alma mümkün hâle getirilmiştir. Buna göre, herhangi bir teklif verilmediği sürece, artırmaya çıkarılan mal muhammen kıymetinin dörtte birini aşan fiyata hemen satılabilir. Böylece, alıcıya ihale yapılır. Hemen satın alma, icra memuru tarafından devre dışı bırakılabilir. Bu durum artırma ilânında belirtilmelidir.

Takip durdurulur veya ertelenirse, teklif verilmediği sürece elektronik ortamda açık artırma da durdurulmalıdır. Ancak teklif verilmişse, sadece üçüncü kişinin itirazı nedeniyle durma veya erteleme hâlinde açık artırma durdurulmalıdır. Böyle hâllerde, müzayedeci, mahkemenin veya icra organının açık artırmayı durdurma talebine uymalıdır.

Açık artırma süresinin bitiminden sonra, en yüksek teklifi verene ihale yapılır. Alıcı, ihale ile ilgili bilgilendirilir. Alıcı, malın nakliye

⁹³ *Sniper-Programm* (keskin nişancı yazılım)'ların hukuka uygunluğu konusunda bkz. Kaplan, s. 109 vd.

masraflarını üstlenmek zorundadır. İnternette müzayedede satılan ürünün nakliye masraflarını alıcı üstlenmek zorundadır. Alıcı nakliye masrafları hakkında bilgilendirilmelidir; 14 gün içinde kargo ücreti dahil en yüksek teklifi ödemek zorundadır. Ödeme alındıktan sonra, ürün riski alıcıya ait olmak üzere sevk edilecektir. Aksi takdirde, malın yeniden açık artırmaya çıkarılması gerekir.

D. İCRA VE İFLAS KANUNU ÇERÇEVESİNDE DURUM VE DEĞERLENDİRME

Elektronik ortamda açık artırma, İcra ve İflas Kanunu'nun 111'inci maddesine, 30 Kasım 2021 tarihli ve 31675 sayılı Resmî Gazete⁹⁴'de yayımlanan 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesi ile eklenmiştir⁹⁵.

İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesi, *“Haczolunan malın satışı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre elektronik satış portalında açık artırma suretiyle yapılır. Açık artırmada teklif verme süresi yedi gündür. Açık artırma, ilanda belirtilen gün ve saat aralığında ve teklif verme yoluyla yapılır. Teklif verenlerin kişisel bilgileri, artırma süresi içinde bilişim sistemini işleten kamu görevlileri hariç hiç kimse tarafından görülemez ve bilişim sisteminde gösterilemez. Teklifler arasındaki fark, satışa çıkarılan malın muhammen kıymetinin binde birinden ve her hâlde yüz Türk lirasından az olamaz. Açık artırmada en yüksek teklifi veren, artırma süresi içinde kendisinden yüksek bir teklif verilmemişçe teklifini çekemez ve teminatını alamaz. Açık artırma süresinin son on dakikası içinde yeni bir teklifin verilmesi hâlinde açık artırma bir defaya mahsus olmak üzere on dakika uzatılır. Elektronik satış portalında satış işlemlerinin güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesini engelleyen veya elektronik satış sistemi ile ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine zarar veren internet siteleri hakkında, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanununun 8/A maddesi hükümleri uygulanır. Elektronik satış portalının işleyişini ya da güvenliğini tehlikeye sokan veya satış portalına erişimi engelleyen ya da zorlaştıran nitelikte eylemlerde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin, satış portalına girişi Adalet Bakanlığınca üç ay süreyle engellenir. Engelleme işlemi, derhâl uygulanmaya başlanır ve satış portalının ilgili kişilerin görebileceği bir bölümünde duyurulur. Bu işleme karşı, duyuru tarihinden itibaren on beş gün içinde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uyarınca sulh ceza hâkimliğine başvurulabilir. Hâkim, başvuruyu ivedi olarak karara bağlar. Başvurunun yapılmış olması ihalenin tamamlanmasını engellemez. Teklif verme süresi içinde bilişim sisteminin bakımı veya iyileştirilmesi için gerekli olan işlemler yapılabilir. Bu işlemler, ihalenin geçerliliğini etkilemez. Bu maddenin uygulanmasına ve mahcuzların elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışına ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.”* şeklindedir. Anılan düzenlemeye uygun olarak, İcra ve İflas

⁹⁴ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211130-1.htm>, e.t. 17.02.2023.

⁹⁵ Adalet Komisyonu Raporu Genel Gerekeşi için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss285.pdf>, e.t. 10.02.2023.

Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik, 8 Mart 2022 tarihli ve 31772 sayılı Resmî Gazete yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelik ile, basılı kağıtlar, muhtevası ve şekil, satışa hazırlık ve ilân işlemleri, teminat, teklif verme ve ihalenin yapılması, kayıt ve raporlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış, 15.03.2022 tarihinden itibaren Ankara, Kayseri ve Bursa illeri ile bu illere bağlı olan ilçelerde, 01.09.2022 tarihinden itibaren Antalya, Aydın, Gaziantep, Kocaeli, Konya, Mersin, Samsun ve Van illeri ile bu illere bağlı olan ilçelerde, 01.11.2022 tarihinden itibaren ise İstanbul ili ve ilçelerinde uygulanmaya başlamıştır. 02.01.2023 tarihi itibarıyla ise, ülke genelinde tüm il ve ilçelerde ilânı yapılacak artırmalar hakkında uygulanmaya başlamıştır.⁹⁶ İcra ve İflas Kanunu geçici 18'inci madde gereğince, geçiş tarihinden önce ilânı yapılmış açık artırmalar hakkında, değişikliklerden önceki hükümler ile ilga edilen hükümlerin uygulanmasına devam olunur.

İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesi, taşınır ve taşınmazlar bakımından elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa ilişkin ortak hükümler ihtiva etmektedir. Açık artırmaya hazırlık ve ihalenin yapılması ise, taşınır mallar (m. 114, 115) ve taşınmaz mallar (m. 124 vd, 129) bakımından ilgili kısımlarda ayrıca düzenlenmiştir. Ancak, elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış, sadece taşınır ve taşınmaz mallar bakımından değil, taşınır rehni ve ipotegün paraya çevrilmesi, iflas tasfiyesi ve ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılan satışlar bakımından da geçerlidir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesine göre, açık artırma suretiyle satış sadece elektronik ortamda yapılabilir. İsviçre, Alman ve Avusturya hukukunda ise, elektronik ortamda açık artırma, fizikî ortamın yanında bir alternatif olarak kabul edilmiş ve icra memuruna artırmanın hangi yolla yapılacağının belirlenmesi konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bu açıdan bakıldığında, İcra ve İflas Kanunu'nda sergilenen yaklaşımın fazlasıyla katı olduğu söylenebilir. Elektronik ortamda açık artırmanın avantajları ve teknolojik olarak günün gerekliliklerine uygunluğu çerçevesinde daha tercih edilebilir bir usul olarak nitelendirilmesi doğaldır. Ancak somut olayın özellikleri gereğince artırmanın fizikî ortamda yapılması ihtiyacı doğabilir. Mevcut durumda ise, icra memurunun önünde bir alternatif ve dolayısıyla ona tanınan bir takdir yetkisi yoktur. Kanaatimizce, İcra ve İflas Kanunu'nda elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa ilişkin münferit bir düzenleme yapılması olumlu bir adım olmakla birlikte, bunun bir zorunluluk olarak öngörülmesi ve fizikî ortamda açık artırmanın tamamen devre dışı

⁹⁶ 7343 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin zaman bakımından uygulanması konusunda bkz. Hakan Pekcanitez/ Mine Akkan, "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", Sy. 162, 2022, TBB Dergisi, s.261 vd.

bırakılması yerinde olmamıştır.⁹⁷ Olması gereken, elektronik ortamda açık artırmanın kural olarak kabul edilmesi, istisnâî hâllerde ise fizikî ortamda açık artırmaya imkân tanınmasıdır. Bu konuda icra memurunun takdir yetkisi olmalıdır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesinde sergilenen diğer bir katı yaklaşım artırmanın yapılacağı platform bakımındandır. Nitekim elektronik ortamda açık artırma UYAP sistemine entegre olarak kurulan resmî platform Elektronik Satış Portalı⁹⁸ aracılığıyla yapılmak zorundadır. Bunun amacı, paraya çevirme sürecinde yeknesaklık sağlanması ve böylece kamu itimadının kazanılmasıdır. Bu durumun ilk bakışta cebri icra hukukuna hâkim olan kanunilik, icra tedbirlerinin sınırlı ve belirli olması, şekle sıkı bağlılık gibi ilkelere hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Ayrıca, resmî platform dışında başka platformların paraya çevirme için kullanılması, teklif veren sayısını bölme ve diğer platformun kullanımı için ayrıca masraf doğurma riskleri bulunmaktadır. Ancak paraya çevirmenin en yüksek gelirle yapılabilmesi amacı dikkate alındığında, yeni kurulan ve itibar çalışması süren bir platforma alternatif olarak kullanıcı sayısı çok daha fazla özel platformların kanunda düzenlenen usuller kapsamında kullanılabilirliği tartışması gündeme gelmektedir.⁹⁹

Tipik bir *İngiliz tipi artan fiyatlı artırma modeli*¹⁰⁰ olarak benimsenen elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış, sürecin merkezi konumundaki Elektronik Satış Portalı üzerinden uzun süreli artırma¹⁰¹ şeklinde yapılmaktadır. Bu çerçevede hacizli mallar, Elektronik Satış Portalı'nda satışa sunulmakta ve artırmaya katılmak isteyenlere teklif verebilecekleri yedi günlük bir süre tanınmaktadır. Artırmaya fiil ehliyetini haiz -borçlu ve İcra ve İflas Kanunu'nun 11'inci maddesine göre akit yapma yasağı kapsamında bulunanlar dışındaki- herkes katılabilir.¹⁰² Teklif vermek isteyenler, <https://esatis.uyap.gov.tr/> adresi üzerinden e-Devlet şifreleri aracılığıyla Portala giriş yapmalıdır. Portala ilk girişte kullanım sözleşmesi onaylanmalıdır. Elektronik Satış Portalının ana sayfasında kategoriye ya da birime göre arama yapılabilmekte ve geçmiş ilânlar görülebilmektedir. Ana sayfada yer alan arama kriterleri ile ilânlar taşınır, taşınmaz ve taşıt olarak üç ana kategoride daraltılabilmekte, bunlara ilişkin alt kategoriler ve fotoğraflı ilânlar özel olarak seçilebilmektedir. Ana sayfada pazarlık suretiyle satışa tâbi olan mallar da

⁹⁷ Aynı yönde bkz. Cengiz Topel Çelikoğlu, "7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalelerin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim Ve İzahı", Sy. 68, 2022/1, Adalet Dergisi, s.424, 425.

⁹⁸ Yönetmelik'in 3'üncü maddesinin ç bendinde Elektronik Satış Portalı, "İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde açık artırma sureti ile satışların yapıldığı UYAP'a entegre elektronik ortamı ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

⁹⁹ Bu yönde bkz. Aşa. III.

¹⁰⁰ İhale teorisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sadioğlu, s.39 vd; Staible, 2010, s.6.

¹⁰¹ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sadioğlu, s.310.

¹⁰² Arslan, s.106; Ertugut, s.90; Okur, s.64; Özmumcu, s.92; Üstündağ, s.271.

ayrı bir sekme ile gösterilmektedir. Herhangi bir ilân üzerine tıklandığında, artırmanın bitimine kalan süre, artırma başlangıç bedeli, artırmada verilen en yüksek teklif, malın açıklamaları ve evrak listesi incelenebilmektedir. Elektronik ortamda teklif verebilmek için, teklif vermek isteyen katılımcının, Adalet Bakanlığı ile anlaşması bulunan bankalarda hesabı olması gerekir. Artırma süresi içinde birbirini takip eden teklifler neticesinde, Kanun'da öngörülen şartları karşılaması hâlinde en yüksek teklif sahibine malın satışı, mal sahibinin rızası aranmaksızın, icra organı tarafından gerçekleştirilmektedir.¹⁰³

III. ELEKTRONİK ORTAMDA PARAYA ÇEVİRMENİN İCRA MEMURU TARAFINDAN ÖZEL PLATFORM ARACILIĞIYLA YAPILMASI

A. İSVİÇRE İCRA KANUNU (SchKG) ÇERÇEVESİNDE DURUM

İsviçre hukukunda hacizli malın icra memuru tarafından E-bay ve Ricardo gibi özel platformlar aracılığıyla paraya çevrilip çevrilemeyeceği tartışması, elektronik ortamda özel açık artırmaya ilişkin tartışmalarla aynı dönemde başlamıştır.¹⁰⁴ Doktrinde, henüz bu yönde münferit bir kanunî düzenleme olmamasına rağmen, elektronik ortamda açık artırma ya da pazarlık suretiyle satış yapılabileceği belirtilmiştir.¹⁰⁵ Bu kapsamda taşınırın ve nitelikli borç senetlerinin bu usuller ile elektronik ortamda paraya çevrilebileceği açıkça kabul edilmiştir.¹⁰⁶ Uygulamada da “*Coronavirüs Bağlamında Yargı ve Usul Hukukunda Tedbirlere Dair Yönetmelik (Covid-19-VJV)*”¹⁰⁷ öncesi dönemde dahi, özel platformlar aracılığıyla cebri açık artırmalar yapılmakta olduğu görülmektedir. Söz konusu Yönetmelik akabinde ise, taşınırlarla sınırlı olmak üzere cebri açık artırmaların icra memuru tarafından özel platform aracılığıyla yapılabileceği açıkça kabul edilmiştir. Ancak Yönetmelik kapsamında taşınmazlar ile özel paraya çevirme usulünü düzenleyen Art. 132 SchKG çerçevesinde iştirak hâlinde mülkiyet, fikri mülkiyet hakları ve intifa hakkı, müşterek mülkiyet, alan adları, kripto varlıklar gibi diğer özel varlıkların elektronik ortamda açık artırma suretiyle paraya çevrilmesi mümkün değildir.¹⁰⁸

¹⁰³ Arslan, s.39.

¹⁰⁴ Rolf H. Weber/ Martin Skripsky, “Online-Auktionen – Neues Geschäftsmodell in schwierigem rechtlichem Umfeld”, Sy. 3, 2001, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, s.93 vd.

¹⁰⁵ Claude Aemisegger, “Qualifizierte Schuldurkunden als Gegenstand der Pfändung: Online-Verkaufsplattformen als Chance für Schuldner und Gläubiger bei der Verwertung”, 2018, BLSchK , s.139 vd.

¹⁰⁶ Lorandi, s.853 vd; Aemisegger, s.141 vd; Staible, 2021, s.523 vd.

¹⁰⁷ Bkz. Yuk. II, A.

¹⁰⁸ Yönetmelik öncesi dönemde, Art. 132 SchKG kapsamında değerlendirilen varlıkların elektronik ortamda paraya çevrilmesinin mümkün olduğu kabul edilmekteydi. Staible, 2012, s.91.

Covid-19-VJV'nin 9'uncu maddesinin gerekçesinde, elektronik ortamda açık artırmalar bakımından *ricardo.ch* veya *ebay.ch* gibi özel-ticarî platformların yanı sıra *eGant* gibi resmî bir platformun da tercih edilebileceği belirtilmiştir.¹⁰⁹ Söz konusu gerekçede, artırma usulü ve algoritmalarıyla ilgili herhangi bir açıklama yoktur. Açık artırmanın zamanı, süresi, malın icra dairesinden alınması yahut alıcıya gönderilmesi, ödemenin şekli gibi artırmanın usulüne ilişkin diğer konuları belirleme yetkisi de icra memuruna aittir. İcra memurunun açık artırma platformu seçimi ile söz konusu hususların birçoğuna da karar vermiş olacağını belirtmek gerekir. Nitekim özel platformun yazılımı ile açık artırma usulünün büyük kısmı önceden belirlenmektedir.¹¹⁰

İcra memuru tarafından hangi platform aracılığıyla açık artırmanın yapılacağına karar verdikten sonra, paraya çevrilecek kalemler elektronik olarak girilmelidir. Fizikî ortamda artırmalarda olduğu gibi, icra organı, paraya çevirme neticesini öngörerek bazı malların bir arada satılmasına karar verebilir. Platform işleticisi, bazı durumlarda, bir teklifin profesyonel açıklamasının nasıl oluşturulacağına ve malın nasıl doğru şekilde listeleneceğine ilişkin ipuçları sağlayabilir. İcra memuru tarafından özel platform aracılığıyla gerçekleştirilen paraya çevirme işlemi bir cebri icra satışı olarak nitelendirildiği için, Art. 234 Abs.1 OR kapsamında ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerinden muafır. Ancak yine de açık artırma yoluyla paraya çevrilecek malın bilinen bir kusuru varsa, bunun mala ilişkin bilgilere yazılması tavsiye edilmektedir.¹¹¹

Art. 128 SchKG, elektronik ortamda paraya çevirme bakımından da geçerli olduğu için, altın ve gümüş gibi değerli madenden yapılan ürünler, maden hâlindeki kıymetlerinden daha aşağı bir bedel ile satılamaz. Açık artırma suretiyle satılacak olan hacizli mal için bir başlangıç fiyatı belirlenmesi mümkündür.¹¹² Bunun yanında, özel platformlarda genellikle *uygun bir minimum teklif adımı (artırma adımı)* da belirlenmektedir.¹¹³ Başlangıç fiyatı ve artırma adımının belirlenmesi, artırma neticesinde Art. 126 Abs.1 SchKG ile belirlenen asgarî bedel şartını karşılayan bir sonuç elde edilmesini sağlar. Nitekim, böyle bir durumda satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacak miktarını aşan bir teklif şart koşulmaktadır. Netice itibariyle, belirlenen açık artırma süresinin sonunda en yüksek teklif sahibine ihale yapılır.

B. ALMAN MEDENİ USUL KANUNU (ZPO) ÇERÇEVESİNDE DURUM

Alman hukukunda § 814 Abs.2 ZPO çerçevesinde internet üzerinden açık artırmalar, mevcut özel platformlar yerine, Kuzey Ren-Vestfalya Eyalet Adalet İdaresi'nin denetiminde olan Justiz-Auktion isimli

¹⁰⁹ Erläuterungen, s.9.

¹¹⁰ Staible, 2021, s.526.

¹¹¹ Staible, 2021, s.527.

¹¹² Staible, 2021, s.527.

¹¹³ Staible, 2021, s.527.

platform üzerinden yapılmaktadır.¹¹⁴ Bu durum doktrinde, “*kanun koyucunun optimal olmayan bir açık artırma yöntemini bundan biraz daha az derecede optimal olmayan bir yöntemi içerecek şekilde genişletmesi*”¹¹⁵ şeklinde yorumlanmaktadır. Başka bir deyişle, fizikî ortamda açık artırmanın mekân, zaman ve kişi bakımından ihtiva ettiği sınırın aşılması için kabul edilen elektronik ortamda açık artırmanın Justiz-Auktion ile sınırlandırılması amaca elverişli görülmemektedir. Nitekim, özel platformların kullanıcı sayısı, Justiz-Auktion’un kullanıcı sayısından çok daha fazladır.¹¹⁶ Paraya çevirme aşamasının temel amacının *en yüksek paraya çevirme değerine ulaşmak* olduğu kabul edildiğinde, bu bir çelişkidir. Anılan nedenle son yıllarda Alman hukukunda haczedilen malın internet üzerinden özel platformlar aracılığıyla açık artırma suretiyle paraya çevrilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Doktrinde ve uygulamada genellikle, bunun § 825 ZPO çerçevesinde mümkün olabileceği kabul edilmektedir. § 814 Abs.2 ZPO’da elektronik ortamda açık artırmanın düzenlenmiş olmasının buna engel teşkil etmeyeceği ayrıca belirtilmektedir.¹¹⁷ Nitekim § 825 ZPO hükmü, daha iyi şartlarda paraya çevirme neticesi elde edilebilmesini amaçlamaktadır.¹¹⁸

“*Diğer Artırma Türleri*” başlıklı § 825 Abs.1 ZPO’ya göre, “*alacaklı veya borçlunun talebi üzerine icra memuru, haczedilen malı önceki paragraflar ile belirlenenden farklı bir şekilde veya başka bir yerde paraya çevirebilir. İcra memuru, uygulanacak paraya çevirme yöntemini karşı tarafa bildirmek zorundadır. Bildirimin ulaşmasından itibaren iki hafta geçmedikçe, karşı tarafın rızası olmaksızın mal paraya çevrilemez.*” Görüldüğü gibi söz konusu düzenleme paraya çevirmenin ne şekilde yapılacağına ilişkin bağlayıcı bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla, daha iyi şartlarda paraya çevirme amacına ulaşılabilmesi için, anılan hükme dayanılarak uygun görülen herhangi bir paraya çevirme yöntemine karar verilebilir. Bu doğrultuda mevcut takip kapsamında daha avantajlı görülüyorsa, haczedilen malın satışının elektronik ortamda icra memuru tarafından özel platform aracılığıyla yapılması mümkündür.

Hacizli malın satışının özel platform aracılığıyla internet üzerinden yapılması konusunda takdir yetkisi, haczi gerçekleştiren icra memurundadır.¹¹⁹ Ancak icra memuru bu konuda takdir yetkisini re’sen

¹¹⁴ Bkz. Yuk. II, B.

¹¹⁵ Loth, s.15.

¹¹⁶ E-Bay’ın 2023 yılında 133 milyon aktif kullanıcısı vardır (<https://www.ebayinc.com/company/>, s.e.t. 26.07.2023). Justiz Auktion’nun güncel kullanıcı sayısı yayımlanmamış olmakla birlikte, 2012 yılında Justiz Auktion’un 50.000’den fazla kullanıcısı varken (<https://www.justiz-auktion.de/news.php?ArtikelNr=34>, s.e.t. 26.07.2023), aynı yıl E-Bay’ın sadece Almanya’da 18 milyon civarı kullanıcısı olduğu görülmektedir (https://static.ebayinc.com/static/assets/Uploads/PressRoom/Local/Imported/4_daten_fakten_ebay_deutschland_und_weltweit.pdf, s.e.t. 26.07.2023); ayrıca bkz. MüKoZPO/Gruber, ZPO §814 Rn.11; Loth, s.15.

¹¹⁷ Loth, s.70.

¹¹⁸ Flockenhaus, ZPO §825 Rn.1; Kindl, ZPO §825 Rn.1.

¹¹⁹ Freels, s.156 vd.

kullanamaz. Bunun için, taraflardan birinin talebi gereklidir. Bununla birlikte icra memuru, satışın bu yolla yapılmasının daha avantajlı olduğu konusunda tarafları bilgilendirebilir.¹²⁰ Üçüncü kişilerin -ilgili olsalar dahi- satışın bu yolla yapılmasını talep etme hakkı ise yoktur.¹²¹

İcra memurunun takdir yetkisini kullanırken dikkat etmesi gereken husus, somut olayda hacizli malın § 825 ZPO çerçevesinde paraya çevrilmesinin hükmün anlam ve amacına uygun olup olmayacağıdır. § 814 ZPO çerçevesinde yapılan ve ihale ile neticelenmeyen bir açık artırmanı varlığı, § 825 Abs.1 ZPO çerçevesinde paraya çevirmeyi haklı kılacak bir gösterge sayılabilir.¹²² İcra memurunun takdir yetkisini kullanması, teknik anlamda bir karar değil, icra tedbiri olarak nitelendirilmektedir.¹²³

Taraflardan birinin paraya çevirmenin § 825 Abs.1 ZPO çerçevesinde yapılmasını talep etmesi hâlinde, hukukî dinlenilme hakkının güvence altına alınabilmesi için, icra memurunun bu talebi tebligat yoluyla yazılı olarak karşı tarafa bildirmesi gerekir.¹²⁴ § 825 Abs.1 ZPO'da tebliğden itibaren iki haftalık bir *bekleme süresi* öngörülmüştür. İcra memuru, hacizli malı öngörülen yöntem ile paraya çevirmeden önce, bu sürenin geçmesini beklemelidir. İki haftalık bekleme süresi sayesinde, karşı tarafa paraya çevirmenin bu yolla yapılmasına karşı koyma imkânı tanınmaktadır. Karşı tarafın iki haftalık süre dolmadan kabul beyanında bulunması hâlinde ise, icra memurunun paraya çevirme için sürenin dolmasını beklemesine gerek yoktur.¹²⁵ Taraflardan her ikisinin de § 825 Abs.1 ZPO'nun uygulanmasını talep etmesi hâlinde ise, paraya çevirme bu yolla yapılmalıdır.¹²⁶

İcra memurunun takdir yetkisini paraya çevirmenin § 825 Abs.1 ZPO çerçevesinde yapılması yönünde kullanması hâlinde, § 814 ZPO ve devamı hükümlerinde düzenlenen emredici olmayan hükümlerden (artırma zamanı ve süresi, ihale bedelinin ödenmesi, mülkiyetin muhafazası gibi¹²⁷) sapılması mümkündür. Ancak ihalenin en yüksek

¹²⁰ Loth, s.52; Flockenhaus, ZPO §825 Rn.2; Kindl, ZPO §825 Rn.3.

¹²¹ MüKoZPO/Gruber, ZPO §825 Rn.5; Flockenhaus, ZPO §825 Rn.2; LG Berlin DGVZ 1978, 114; Wiczorek/Schütze/Lüke, ZPO §825 Rn.5; Kindl, ZPO §825 Rn.3.

¹²² Kindl, ZPO §825 Rn.2; Loth, s.52; MüKoZPO/Gruber, ZPO §825 Rn.4; Wiczorek/Schütze/Lüke, §825 Rn.10.

¹²³ Flockenhaus, ZPO §825 Rn.2.

¹²⁴ Freels, s.152-156; Doktrinde icra memurunun takdir yetkisini §825 ZPO'nun uygulanması yönünde kullanmak istemesi hâlinde bu bildirim yapması gerektiği belirtilmektedir. İcra memurunun talebi reddetmesi hâlinde ise, bunun gerekçesini talep sahibine tebliğ etmesi gerekir. MüKoZPO/Gruber, ZPO §825 Rn.6.

¹²⁵ MüKoZPO/Gruber, ZPO §825 Rn.7.

¹²⁶ Kindl, ZPO §825 Rn.3; Stein/Jonas/Würdinger § 825 Rn. 4.

¹²⁷ Kindl, ZPO §825 Rn.5.

teklif sahibine yapılması ve asgarî ihale bedeli şartları gibi emredici hükümlere uyulmalıdır.¹²⁸

Açık artırmanın internet üzerinden özel platformlar aracılığıyla gerçekleştirildiği hâllerde de artırma, bir cebri artırma olarak nitelendirilmektedir.¹²⁹ Buna uygun olarak, ihale edilen mal için kurulan sözleşme, takip hukuku tasarrufundan kaynaklanan kamu hukuku karakterli bir sözleşmedir.¹³⁰ Bu kapsamda mülkiyetin devrinin, kamu hukuku karakterli sözleşmenin yapılması ve malın teslimi ile gerçekleştiği kabul edilmektedir.¹³¹ Aksi kararlaştırılmadıkça, ihale bedeli peşin olarak ödenmelidir. Mülkiyetin alıcıya geçmesi ile üçüncü kişilerin her türlü hakkı mal üzerinde sona erer, ancak bedel üzerinden devam eder.¹³² İhale neticesinde elde edilen gelir, § 819 ZPO çerçevesinde haczedilen maldan elde edilen gelirler gibi muamele görür. Diğer cebri icra satışlarında olduğu gibi, burada da ihale neticesinde alıcının satılan malda bulunan herhangi bir kusur sebebiyle ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerine başvurma imkânı yoktur.¹³³

C. AVUSTURYA İCRA KANUNU (EO) ÇERÇEVESİNDE DURUM

Avusturya hukukunda elektronik ortamda açık artırmaların özel platform aracılığıyla yapılabileceği açıkça kabul edilmiştir. § 274 Abs.2 EO hükmüne göre, başka bir platformda yapılacak açık artırmalar için bir müzayedeci görevlendirilebilir. Anılan hüküm gereğince elektronik ortamda açık artırma, yalnızca genel işlem koşulları Avusturya İcra Kanunu'na uyum sağlayan özel platformlar aracılığıyla yapılabilir.¹³⁴ Bu sebeple, cebri artırma gerçekleştirmek isteyen özel platformların genel işlem şartlarını kanuna uygun hâle getirmesi zorunludur. Artırmanın hangi platform aracılığıyla yapılacağı hususunda takdir yetkisi, icra memurundadır.¹³⁵ İcra memuru takdir yetkisinin kullanırken gelir ve

¹²⁸ Flockenhaus, ZPO §825 Rn.3; Kindl, ZPO §825 Rn.5.

¹²⁹ Loth, s.53; MüKoZPO/Gruber, ZPO §825 Rn.9; Freels, s.228; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, §53 Rn.42; Wiczorek/Schütze/ Lüke, §825 Rn.18.

¹³⁰ Bu yönde bkz. Yuk. I, B.

¹³¹ MüKoZPO/Gruber, ZPO §825 Rn.9. Hukukumuzda taşınır için İİK m. 115/ II ve taşınmazlar için İİK m. 134/I ile mülkiyetin ihale ile alıcıya geçtiği kabul edilmektedir.

¹³² MüKoZPO/Gruber, ZPO §825 Rn.9

¹³³ Ancak doktrinde, alıcının, satışın icra memuru aracılığıyla gerçekleştirilen cebri bir satış olduğunun farkında olmaması hâlinde, §806 ZPO hükmünün uygulanmayacağı, aksine, böyle bir durumda icra memuru §14 BGB anlamında girişimci olarak nitelendirilerek, §312c BGB ve devamı gereğince mesafeli satış hükümleri ile §474 BGB ve devamı gereğince tüketim mallarının satımı ile ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Kindl, ZPO §825 Rn.6.

¹³⁴ Krachler, s.171.

¹³⁵ Krachler, s.49.

maliyetler arasındaki farkı dikkate almalı¹³⁶ ve ancak daha yüksek bir gelir elde edilebileceği açıksa özel platformu tercih etmelidir. İlgililerin icra memurunun kararına karşı şikâyet yoluna başvurmaları mümkündür.

D. İCRA VE İFLAS KANUNU ÇERÇEVESİNDE DURUM VE DEĞERLENDİRME

Hukukumuzda İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesi çerçevesinde elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış Elektronik Satış Portalı aracılığıyla yapılmak zorundadır.¹³⁷ Dolayısıyla icra memurunun hacizli malı anılan maddeye dayanarak özel platform aracılığıyla paraya çevirmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, icra memurunun paraya çevirmeyi özel platform aracılığıyla yapılabilmesi için, ayrıntılı düzenleme ihtiva etmeyen ve bu sebeple esnek bir paraya çevirme usulü olarak değerlendirilen¹³⁸ pazarlık suretiyle satışa başvurusu önünde herhangi bir engel yoktur. Kanaatimizce bunun kabulüyle, uygulamada nadiren başvuru pazarlık suretiyle satışa verilen önem artacaktır. İcra ve İflas Kanunu'nun 119'uncu maddesindeki şartlardan birinin somut olayda varlığı hâlinde, hacizli taşınır mal özel platform aracılığıyla pazarlık suretiyle satılabilir. Buna göre, bütün ilgililer isterse, borsa veya piyasada fiyatı bulunan kıymetli evrak veya diğer mallar için o günün piyasasında mukarrer fiyat teklif edilirse, artırmada maden kıymetini bulmamış olan altın ve gümüş eşyaya bu kıymet verilirse, kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı olan mallar söz konusuysa, mahcuz malın tahmin edilen değeri 2023 yılı için 18.450 TL'yi geçmezse malın pazarlık suretiyle satışı mümkündür. İflas tasfiyesinde ise, masanın menfaatine görülmesi hâlinde İcra ve İflas Kanunu'nun 241'inci maddesi gereğince ikinci alacaklılar toplantısında karar verilmesi üzerine hem taşınır mallar hem de taşınmaz mallar pazarlık suretiyle satılabilir. İcra ve İflas Kanunu'nun 224'üncü maddesine göre, acele hâllerde birinci alacaklılar toplantısında da pazarlık suretiyle satışa karar verilmesi mümkündür.

Pazarlık suretiyle satışa karar verilmesi, icra memurunun takdirindedir. İcra memuru -Kanunun paraya çevirmeye ilişkin hükümlerini dikkate almak kaydıyla- pazarlık suretiyle satış usulünün serbestisine dayanarak hacizli malın elektronik ortamda özel platform aracılığıyla satılmasına karar verebilir. Bu kapsamda malın hangi platform aracılığıyla ve ne şekilde satılacağını da icra memuru belirler. Özel platformun satış için bir seçenek olabilmesi öncelikle, bir internet adresi üzerinden erişilebilirliğine ve ilke olarak fiil ehliyetini haiz herkesin kullanımına açık olmasına bağlıdır. Potansiyel teklif sahibi sayısı arttıkça gelir beklentisi artacağı için, icra memurunun kullanıcı sayısı çok

¹³⁶ Krachler, s.49.

¹³⁷ Bkz. Yuk. II, D.

¹³⁸ Staible, 2010, s.108.

olan bir platformu tercih etmesi gerekir.¹³⁹ Hâlihazırda geniş bir müşteri tabanına ve dolayısıyla büyük bir gelir potansiyeline sahip olan özel platform aracılığıyla paraya çevirme avantaj yaratacaktır. Neredeyse hiç ziyaretçisi olmayan veya nispeten yüksek ücretler talep eden çevrimiçi platformların tercih edilmesi, ancak bunu sağlayan objektif bir sebebin varlığına bağlıdır.¹⁴⁰

Elektronik ortamda açık artırmaya katılım, genellikle, teklif vermek isteyen kişinin platform işleticisi ile *kullanım sözleşmesi* yapması durumunda mümkündür. Kullanım sözleşmesi, ziyaretçi, satıcı veya teklif veren olarak gelecekteki herhangi bir kullanım için platform işleticisinin genel işlem koşullarının kabul edilmesi yoluyla kurulur. Bu sebeple, kullanım sözleşmesi özel hukuk kapsamında bir çerçeve sözleşmedir. Burada, kullanım sözleşmesinin akdedilmesiyle ortaya çıkan hukukî durumun, özel platform aracılığıyla paraya çevirme yapılmasını engelleyip engellemediği sorusu akla gelebilir. Nitekim, diğer herhangi bir platform kullanıcısı gibi, cebrî icra organının platform işleticisi ile kullanım sözleşmesi akdetmesi, bu süreçte özel hukuk hükümleri çerçevesinde genel işlem koşullarına uygun hareket edilmesi gerekliliğini doğurur. Ancak icra takibinin bir aşaması olan paraya çevirmeye ilişkin hükümlerin emredici olması, bunun için öngörülen prosedürden en ufak bir sapmaya dahi müsaade etmez.¹⁴¹ Bu nedenle, özel platform aracılığıyla elektronik ortamda açık artırma yapmak isteyen icra memuru, platform işleticisine karşı üstlendiği yükümlülüklerin cebrî icra hukuku düzenlemeleriyle bağdaşp bağdaşmadığına öncelikle bakmalıdır. Başka bir deyişle, cebrî açık artırmanın özel platform aracılığıyla elektronik ortamda yapılabilmesi, özel platformun genel işlem koşullarına bağlıdır.¹⁴² Platformun genel işlem koşullarında yükümlülüklerin yerine getirilme şekli ve zamanı, mülkiyetin devri, cayma hakkı gibi konuları da düzenlemiş olması varsayımında, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen paraya çevirme koşullarının, platform işleticisi tarafından belirlenen genel işlem koşullarıyla eş zamanlı olarak yerine getirilemeyeceği ortadadır. Bunun için önerebileceğimiz yol, kullanıcı sayısı yüksek özel platformlarda cebrî paraya çevirmeye yönelik ayrı bir alan oluşturulmasıdır. Bu hâlde özel platform genel işlem şartlarını İcra ve İflas Kanunu'nun gerekliliklerine uygun hâlde getirmelidir. Ayrıca uygun şekilde tasarlanmış bir ara yüz kullanılarak, kullanıcının özel hukuk alanından kamu hukuku alanına geçişi konusunda bilgilendirilmesi ve İcra ve İflas Kanunu'na göre paraya çevirme koşullarını kabul etmesi gerekir. Pazarlık suretiyle satış hükümlerine dayanılarak yapılan bu satış, bir cebrî icra satışdır; satışın hüküm ve sonuçları bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹⁴³

¹³⁹ Staible, 2021, s.524.

¹⁴⁰ Erläuterungen, s.9.

¹⁴¹ Staible, 2010, s.88.

¹⁴² Staible, 2010, s.90.

¹⁴³ Bu yönde bkz. Yuk. I, B.

IV. ELEKTRONİK ORTAMDA PARAYA ÇEVİRMENİN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN ÖZEL PLATFORM ARACILIĞIYLA YAPILMASI

A. İSVİÇRE İCRA VE İFLAS KANUNU (SchKG) ÇERÇEVESİNDE DURUM DURUM

İsviçre hukukunda icra takibi kapsamında açık artırmanın üçüncü kişi¹⁴⁴ tarafından yapılmasına imkân tanıyan açık bir düzenleme olmamakla birlikte¹⁴⁵, uygulamada üçüncü kişilerin icra dairesi tarafından yetkilendirilerek paraya çevirme işlemi gerçekleştirdikleri görülmektedir.¹⁴⁶ Federal Mahkeme, üçüncü kişi tarafından paraya çevirmeyi, özellikle kanunda öngörülen usullerin aşırı bir oransızlık yaratacağı durumlarda kabul etmektedir.¹⁴⁷ Söz konusu aşırı oransızlık çok değerli nesnelerin satışında olduğu gibi niceliksel olarak ya da paraya çevirmenin özel bir uzmanlık veya ilgili kişilerle bağlantı gerektirmesi gibi niteliksel olarak ortaya çıkabilir.

Doktrinde ise, pazarlık suretiyle satışa ilişkin Art. 130 SchKG, Art. 143b SchKG ve Art. 256 SchKG'de aranan koşullardan birinin sağlanması hâlinde üçüncü kişiler tarafından paraya çevirme işleminin gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.¹⁴⁸ Ancak akabinde bu durumda satışın türünün pazarlık suretiyle satış olmayacağı vurgulanmaktadır.¹⁴⁹ Bu gibi hâllerde icra organının üçüncü kişiye resmî yetkilerini devri söz konusu değildir. Üçüncü kişi, resmî bir fonksiyon üstlenmemekte ve resmî bir faaliyet yürütmemektedir. Üçüncü kişi ile icra organı arasındaki ilişki kamu hukuku karakterli olmadığı için, üçüncü kişinin yetkilendirilmesi konusunda icra organının bu yöndeki talimatının yeterli görülmesi yahut bir idarî sözleşme yapılması gerekli değildir. Doktrinde böyle durumlarda üçüncü kişinin ihtiyarî bir açık artırma yapmak üzere kurulan komisyon sözleşmesinden doğan dolaylı temsil ilişkisi çerçevesinde, kendi adına başkası hesabına işlem yaptığı kabul

¹⁴⁴ Böyle durumlarda görevlendirilen özel kişiler tasfiye memuru ya da müzakereci olabilir. Paraya çevrilecek unsurların üçüncü kişinin belirlediği fiyatlarla satılması durumunda, tasfiye memurunun varlığından bahsedilir. Üçüncü kişi bir açık artırma gerçekleştirdiğinde ise, müzakereci olarak anılır. Lorandi, s.847.

¹⁴⁵ İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda değişiklik yapılması sürecinde paraya çevirme işleminin üçüncü kişilerce yapılmasının açıkça yasaklanması talep edilmiş, ancak Federal Konsey açık bir yasağa gerek görülmediğini açıklamıştır. Nihayetinde kanun değişikliği neticesinde de bu konuda mevcut olan durum değişmemiştir. Lorandi, s.847.

¹⁴⁶ Bu yönde bkz. BGE 101 III, 57; BGE 102 III, 162; BGE 103 III, 45; BGE 105 III 67; BGE 115 III 54.

¹⁴⁷ BGE 115 III 54.

¹⁴⁸ Bu yönde bkz. Lorandi, s.851; Anton Pestalozzi, Der Steigerungskauf, Kurzkomentar und Zitate zu Art. 229-236 OR. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1997, OR 229 N. 97 vd, (Aktaran, Sadioğlu, s.165, dp. 121).

¹⁴⁹ Lorandi, s.851.

edilmektedir.¹⁵⁰ Söz konusu sözleşme ilişkisinde, üçüncü kişinin, tarafların İsviçre İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde sahip olduğu haklarını temin etmesi icra organınca sağlanmalıdır. Bu kapsamda yapılacak paraya çevirme işlemlerinde, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen tüm paraya çevirme usullerine ilişkin hükümlerin ve genel hükümlerin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir.¹⁵¹ Ayrıca, icra organı ile üçüncü kişi arasındaki ilişki maddî hukuk çerçevesinde olsa da üçüncü kişi Art. 5 Abs.1 SchKG gereğince yardımcı kişi olarak kabul edilmektedir.¹⁵² Bu doğrultuda üçüncü kişinin işlemlerinden doğan zararlardan devlet sorumludur. Burada ayrıca, üçüncü kişinin işlemlerinden menfaati olumsuz etkilenen kişilerin şikâyet yoluna gidemeyeceklerini vurgulamak gerekir. Nitekim bu durumda icra memurunun paraya çevirmeye ilişkin bir işlemi yoktur ve üçüncü kişinin işlemleri de özel hukuk kapsamındadır. Ancak, icra memurunun paraya çevirme işlemini üçüncü kişiye devretmesine karşı şikâyet yoluna başvurulması doğal olarak mümkündür. Örneğin, resmî artırma ile kıyaslandığında, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen artırmanın maliyetinin çok daha yüksek olduğu görülür ise, salt artırmanın üçüncü kişi tarafından yapılması nedeniyle ortaya çıkan ek maliyetlerden etkilenen kişiler şikâyet yoluna başvurabilmelidirler.¹⁵³

Paraya çevirme işleminin üçüncü kişiye devredildiği hâllerde, üçüncü kişi ile alıcı arasındaki hukukî ilişki de özel hukuka tâbi olmaktadır. Bu kapsamda satışın niteliği, mülkiyetin nakli, uyumsuzlukların çözümü gibi konular maddî hukuk kuralları çerçevesinde belirlenmelidir.

B. ALMAN MEDENÎ USUL KANUNU (ZPO) ÇERÇEVESİNDE DURUM

Alman hukukunda “*Diğer Artırma Türleri*” başlıklı § 825 Abs.2 ZPO'ya göre, “*İcra mahkemesi, alacaklının veya borçlunun talebi üzerine hacizli bir malın icra memurundan başkası tarafından açık artırmaya çıkarılmasına karar verebilir.*” Anılan hüküm çerçevesinde haczedilen malın üçüncü kişi tarafından özel platform aracılığıyla paraya çevrilmesi mümkün görülmektedir. Söz konusu madde metninde “*Versteigerung (artırma)*” ifadesi kullanılmakla birlikte, doktrinde bu madde gereğince artırma dışında herhangi bir paraya çevirme yönteminin de kullanılabilceği belirtilmektedir.¹⁵⁴ § 825 Abs.2 ZPO'da başka bir kişinin *kim* olabileceği açıklanmamıştır. Doktrinde, bu kapsamda belirlenecek olan kişinin

¹⁵⁰ Yabancılık unsuru içeren hâllerde icra organı ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin niteliği ise, uygulanacak hukuka bağlıdır. Lorandi, s.849.

¹⁵¹ Lorandi, s.854, 855.

¹⁵² Lorandi, s.849.

¹⁵³ Bu gibi hâllerde ek maliyetlerin devlet hazinesinden karşılanabileceği yönünde bkz. Lorandi, s.850.

¹⁵⁴ Loth, s.54-55; Freels, s.235; Meller-Hannich, s.24; MüKoZPO/Gruber ZPO §825 Rn.14.

paraya çevirme konusunda ya da paraya çevrilecek mal konusunda uzmanlığının olması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁵⁵ Bu durumda paraya çevirme, bankalar, noterler, müzayedeciler gibi kişiler aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Doktrinde ayrıca, alacaklı ve borçlunun § 825 Abs.2 ZPO çerçevesinde *başka kişi* sayılıp sayılmayacağı kısaca tartışılmıştır. Bu kapsamda paraya çevirmeden optimal bir netice almak yönünde ortak menfaatleri olması nedeniyle, alacaklı veya borçlunun icra memuru yerine paraya çevirmeyi gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir.¹⁵⁶ Burada, akit yapma yasağının ilgili taraf bakımından da geçerli olacağı ayrıca belirtilmektedir.

Hacizli malın § 825 Abs.2 ZPO çerçevesinde paraya çevrilmesinin maddî koşulu, bu yöntemin çok yüksek bir gelir başarısı vaat etmesidir.¹⁵⁷ § 825 Abs.2 ZPO hükmünün uygulanabilmesi için tarafların haciz işlemi akabinde bunu icra mahkemesinden talep etmesi gerekir. Talebin icra mahkemesi yerine doğrudan kendisine yapılması hâlinde, başvurunun icra memuru tarafından yapılması da mümkündür.¹⁵⁸ Taraflardan her ikisinin de paraya çevirmenin bu yolla yapılmasını istemesi hâlinde dahi, icra mahkemesinin kararı gereklidir. Yetkili icra mahkemesi, başvuru sırasında malın bulunduğu yer mahkemesidir.¹⁵⁹ İcra mahkemesi, tarafların hukukî dinlenilme haklarına riayet etmek ve gerekli görürse duruşma yapmak suretiyle bu konuda kararını verir.¹⁶⁰ İcra mahkemesinin talebi kabul etmesi hâlinde, kararda paraya çevirmeyi gerçekleştirecek kişi ve paraya çevirme yönteminin belirtilmesi gereklidir. Ayrıca paraya çevirme işlemi gerçekleştirecek olan kişiye takibin sona ermesi için gerekli meblağ (ferileriyle birlikte borcun tamamı ile takip masrafları toplamı) kararda bildirilir.¹⁶¹

§ 825 Abs.2 ZPO çerçevesinde, paraya çevirmeyi gerçekleştiren üçüncü kişi, § 818 ZPO ile kabul edilen *artırmanın alacaklıyı tatmin etmeye ve takip masraflarını karşılamaya yetecek miktar elde edilir edilmez durdurulması kuralına* riayet etmek zorunda değildir.¹⁶² Ancak bu durumda § 818 ZPO'da belirtilen şartlar oluştuğunda borçlunun talebi üzerine icra mahkemesi tarafından durdurma kararı verilebilir.¹⁶³ Paraya

¹⁵⁵ Freels, s.233.

¹⁵⁶ Freels, s.234.

¹⁵⁷ Loth, s.55; BeckOK ZPO/Uhl, ZPO §825 Rn.10; Kindl, ZPO §825 Rn.9; MüKoZPO/Gruber ZPO §825 Rn.14.

¹⁵⁸ MüKoZPO/Gruber ZPO §825 Rn.15.

¹⁵⁹ MüKoZPO/Gruber ZPO §825 Rn.15.

¹⁶⁰ §825 Abs.2 ZPO hükmünün lafzında geçen "kann" ifadesine rağmen, bu durumda kararın hâkimin takdirine mi bağlı olduğu yoksa kanunî şartların sağlanması hâlinde bu yönde kararın verilmesinin mi gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu yönde bkz. MüKoZPO/Gruber ZPO §825 Rn.16; Wiczorek/Schütze/Lüke, ZPO §825 Rn.36.

¹⁶¹ BeckOK ZPO/Uhl, ZPO §825 Rn.9.

¹⁶² BeckOK ZPO/Uhl, ZPO §825 Rn.9; MüKoZPO/Gruber ZPO §825 Rn.14.

¹⁶³ BGH NJW 2007, 1277; Flockenhaus, ZPO §825 Rn.5; MüKoZPO/Gruber ZPO §825 Rn.14.

çevirmenin § 825 Abs.2 ZPO çerçevesinde yapıldığı hâllerde, aksi kararlaştırılmadıkça, gelirlerin paylaşırma ve ödemesi icra memuru tarafından yapılır. Bu nedenle icra memuru, § 819 ZPO gereğince satıcıdan paraya çevirme neticesinde elde edilen geliri teslim alarak paylaşırma ve ödemeyi gerçekleştirir.

§ 825 Abs.2 ZPO kapsamında üçüncü kişi özel hukuk çerçevesinde faaliyet gösterir.¹⁶⁴ Artırma neticesinde platform işleticisi ile alıcı arasında değil, devlet ile alıcı arasında bir satış sözleşmesi kurulur.¹⁶⁵ Bu doğrultuda satış sözleşmesini düzenleyen § 433 BGB ve devamı hükümleri ile taşınır mülkiyetinin kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin § 929 BGB ve devamı hükümleri mevcut paraya çevirme işlemine uygulanır. Ancak bu durumda, § 445 BGB gereğince, satıcı ayıbı kötü niyet ile gizlemedikçe veya malın niteliği ile ilgili bir garanti üstlenmedikçe, alıcı maldaki kusur sebebiyle herhangi bir hak ileri süremez. Ayrıca icra mahkemesi, satıcıya, hacizli malın satışının tekeffül hükümlerinden muaf olmasına yönelik § 806 ZPO hükmü ile ihalenin asgarî şartlarını düzenleyen § 817a ZPO hükümlerine riayet edilmesi talimatı vermelidir. Ancak tüketim mallarının satışı söz konusu olduğunda, § 476 Abs.1 BGB hükmü sorumluluktan muafiyete istisna getirmektedir.

C. AVUSTURYA İCRA KANUNU (EO) ÇERÇEVESİNDE DURUM

Avusturya hukukunda § 274 Abs.2 EO ile artırmanın özel platformda ve üçüncü kişi tarafından yapılmasına açıkça imkân tanınmıştır. Doktrinde, kanun koyucunun bu konudaki amacının elektronik ortamda açık artırmanın bizzat icra memuru tarafından değil, icra memuru tarafından atanan bir *müzayedeci* tarafından gerçekleştirilmesi olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁶ Bunun sebebi ise, madde gerekçeleri de dikkate alındığında, kanun koyucunun odak noktasının satılan ürünün alıcıya gönderilmesi ve teslimi de dahil olmak üzere tüm açık artırma sürecinin profesyonel bir şekilde yürütülmesi olmasıdır.

§ 274 Abs.5 EO hükmüne göre ise, icra dairesi, yalnızca bu Kanun hükümlerine göre elektronik ortamda açık artırmayı temel alan müzayedecileri görevlendirebilir. Bu, cebrî açık artırmanın özel platform aracılığıyla gerçekleştirilebileceği, ancak platformun kendi genel işlem koşullarından ziyade, İcra Kanunu hükümlerine öncelik tanınması gerektiği anlamına gelmektedir. Söz konusu düzenleme, Avusturya hukukunda cebrî artırmanın özel hukuka tâbi bir sözleşme olarak değil, kamu hukuku karakterli bir işlem olarak nitelendirilmesine dayanmaktadır. Kanun koyucu, özel platformların artırmaya ilişkin genel işlem koşulları ile İcra Kanunu'nun paraya çevirmeye ilişkin hükümleri arasındaki çelişkiyi dikkate alarak, bu konuda açık bir düzenleme yapmıştır. Doktrinde her ne kadar bu açık çelişki ve müzayedecinin

¹⁶⁴ Rehn, s.75.

¹⁶⁵ Rehn, s.75.

¹⁶⁶ Staible, 2010, s.121.

hukukî konumu çerçevesinde tartışmalar yapılırsa da¹⁶⁷, netice itibariyle bu konular özel platform aracılığıyla üçüncü kişi tarafından artırma yapılmasının önünde aşılabilir bir engel olarak görülmemektedir.

D. İCRA VE İFLAS KANUNU ÇERÇEVESİNDE DURUM VE DEĞERLENDİRME

Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde konuya bakıldığında, paraya çevirmenin icra memuru dışında bir kişi tarafından yapılmasının temel gayesinin, sürecin profesyonelce yönetilmesi ve böylece mümkün olan en optimal sonuca ulaşılması olduğu görülmektedir. Bu sebeple paraya çevirmeyi gerçekleştirecek kişinin bu konuda -müzayedeci gibi- uzman bir kişi olması tercih edilmektedir. Bu konuda hukukumuz bakımından akla gelen ilk durum, İcra ve İflas Kanunu'nun 121'inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince satış için bir memur görevlendirilmesidir. Bu kapsamda doktrinde, iştirak hâlinde mülkiyet hisselerinin satışı için icra mahkemesinin icra memuru ya da uzman bir kişiyi görevlendirebileceği belirtilmektedir.¹⁶⁸ İcra ve İflas Kanunu'nda diğer düzenlemelerinde paraya çevirmenin başka bir -uzman- kişi tarafından yapılmasına açıkça imkân tanınmamıştır. Cebrî icra hukukuna hâkim olan başta kanunilik ilkesi, icra yollarının ve tedbirlerinin sınırlı olması ve şekle sıkı bağlılık çerçevesinde, icra memurunun paraya çevirme aşamasını uzman bir üçüncü kişiye bırakmasının yorum yoluyla kabulü mümkün değildir. Hukukumuzda açık artırma ve pazarlık suretiyle satış usullerinde, paraya çevirme icra memuru tarafından yapılır.¹⁶⁹ Bu sebeple, İsviçre hukukunda olduğu gibi, pazarlık suretiyle satış için aranan şartlardan birinin sağlanmasıyla malın üçüncü kişi tarafından elektronik ortamda paraya çevrilebileceği söylenemez. Ancak bazı hâllerde malın niteliği gereği bir uzmanın sürece dahil olmasına ihtiyaç duyulabilir. Bunun için, Avusturya ve Alman hukukunda olduğu gibi ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. § 825 Abs.2 ZPO çerçevesinde yaşanan tartışmalara mahal bırakılmaması için, muhtemel düzenlemede üçüncü kişinin artırma konusunda uzman olması gerektiği belirtilmelidir. Ayrıca, paraya çevirme neticesinde satışın icra mahkemesinin onayına sunulması şartı aranmalıdır. Böylece İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde verilen paraya çevirme yetkisi, cebrî icra satışı ile sonuçlanabilir.

Hukukumuzda paraya çevirmenin icra memurundan başka bir kişi tarafından yapılması ayrıca, İcra ve İflas Kanunu'nun 111/a maddesi gereğince borçluya satış yetkisi verilmesi hâlinde mümkündür. İsviçre,

¹⁶⁷ Anderl, s.127.

¹⁶⁸ Bu yönde bkz. Amil Artus, "İştirak Halinde Tasarruf Olunan Bir Mal Hissesinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi", Sy. 8, 1941, Adliye Ceriyesi, s.586; Muşul, s.517 vd.

¹⁶⁹ İcra memurunun görevleri, yardımcıları tarafından ve bunlar bulunmadığı takdirde icra mahkemesince görevlendirilecek kâtip tarafından yerine getirilebilir. Erturgut, s.163; Özmumcu, s.22 vd; Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz vd., s.403; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.294; Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s.229;

Alman¹⁷⁰ ve Avusturya hukukunda rastlanmayan bu düzenlemenin amacının, paraya çevirme sürecinin profesyonelce yürütülmesi olmadığı açıktır. Daha ziyade, söz konusu maddenin kabul edilme gerekçesinin, borçlunun haczedilen malını borcundan tamamen kurtulmak için çok kısa sürede yüksek bir bedelle satabileceği inancına dayandığı söylenebilir. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun 111/a maddesi, "Borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilir. Kıymet takdiri yapılmadığı durumlarda borçlu da kıymet takdiri yapılmasını isteyebilir. İcra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. Borçluya verilen sürenin başlangıcından üçüncü fıkra uyarınca verilen icra mahkemesinin kararına kadar geçen sürede alacaklı bakımından satış isteme süresi işlemmez. Rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz. Borçluya anlaşılan alıcının belirlenen bedeli birinci fıkra uyarınca borçluya verilen on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi hâlinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra yukarıda belirtilen şartların bulunduğunu tespit ederse satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderir. Mahkeme, en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir. Kabul kararıyla malın mülkiyeti alıcıya geçer ve tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilir. Ret kararı verilmesi hâlinde yatırdığı bedel alıcıya iade edilir. Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir." şeklindedir. Söz konusu madde metnine bakıldığında, borçlunun haczedilen malını on beş gün içinde, açık artırma suretiyle satış ile kıyaslandığında çok daha fazla bir asgarî bedelle satmasının beklendiği görülmektedir. Paraya çevirme sürecinin hızlı, basit ve ucuz olması amacıyla getirilen bu düzenlemenin sağlıklı bir şekilde uygulanması konusunda doktrinde haklı bir şüphe vardır.¹⁷¹

Kanaatimizce borçlunun bu şartlarda haczedilen malını satması için en uygun yöntem, elektronik ortamda satıştır. Bu kapsamda satış yetkisini alan borçlu, kullanım sözleşmesini kabul ederek üye olduğu mümkünse kullanıcı sayısı fazla olan özel bir platforma belirlenen asgarî bedel üzerinde bir fiyat ile hacizli malı yükleyebilir. Ancak bu durumda özel platformun genel işlem koşullarına dikkat edilmelidir. Nitekim bazı genel işlem koşullarında, platformun satıcıdan aldığı yetki neticesinde ticarî temsilci sıfatıyla tahsilat sürecini yöneteceği, ürün bedelinin satıcı adına tahsil edileceği ve ürünün taahhüt edildiği şekilde gönderilmesi ve iade koşullarının meydana gelmemesi hâlinde alıcı adına satıcıya

¹⁷⁰ Bkz. Yuk. IV, B.

¹⁷¹ Yazıcı, s.1137.

gönderileceği kabul edilmektedir. Ancak borçluya satış yetkisinin verildiği hâllerde, mahkemenin kabul kararı ile mülkiyet alıcıya geçer ve akabinde icra dairesince mal üzerindeki hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri yapılır. Dolayısıyla burada, hacizli malın alıcıya gönderilmesinden sonra bedelin ödenmesi söz konusu olamaz. Bu durumda borçlu, veri tabanına yüklenen içeriklerin ara yüzler kullanılmak suretiyle kullanıcılarca görüntülenmesinin sağlandığı ve ödemenin platform aracılığıyla yapılmadığı özel bir platformu tercih etmelidir. Nitekim bu durumda alıcının, borçluya anlaştıkları bedeli borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesinin banka hesabına ödemesi zorunludur.

SONUÇ

Haczedilen malın elektronik ortamda paraya çevrilmesinin karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde incelendiği bu çalışmada ulaşılan sonuçlar şunlardır:

1. Cebrî icra hukukuna hâkim olan paraya çevirme ilkesi, kendi içinde bir ikilem barındırır. Nitekim bir taraftan hemen hemen her paraya çevirme değer kaybı yaratırken, diğer taraftan paraya çevirmenin amacı, neticede *mümkün olan en yüksek değere* ulaşmaktır. Bu ikilemin bertaraf edilebilmesi için, paraya çevirme neticesinde en yüksek değer için en az emek, zaman ve giderle elde edilebileceği bir yöntemin benimsenmesi gerekir. Teknolojik gelişmelerle birlikte haczedilen malların fizikî ortamda açık artırma yoluyla paraya çevrilmesinin hâlâ tercih edilebilir olup olmadığı sorgulanmaya başlamıştır ve dikkatler elektronik ortamda paraya çevirmeye yönelmiştir. Bu durumun İcra ve İflas Kanunu'na yansımaları 111/b maddesinde düzenlenen elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış hükmüyle olmuştur.

2. Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışın, fizikî ortamda açık artırma suretiyle satış ile karşılaştırıldığında, maliyet, katılım imkânı, kişi sayısı, mekân ve zaman, muhtemel gelir beklentisi gibi hususlar bakımından bazı avantajları vardır. Elektronik ortamdaki kaynaklanan dezavantaj olarak nitelendirilebilecek bazı risklerin bertaraf edilebilmesi için ise, İcra ve İflas Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelikte sair düzenlemeler yapılmıştır.

3. İcra ve İflas Kanunu'nda elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa ilişkin münferit bir düzenleme yapılması olumlu bir adım olmakla birlikte, bunun bir zorunluluk olarak öngörülmesi ve fizikî ortamda açık artırmanın tamamen devre dışı bırakılması yerinde olmamıştır. Olması gereken, elektronik ortamda açık artırmanın kural olarak kabul edilmesi, istisnaî hâllerde ise fizikî ortamda açık artırmaya imkân tanınmasıdır. Bu konuda icra memurunun takdir yetkisi olmalıdır.

4. İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesi çerçevesinde elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış, Elektronik Satış Portalı aracılığıyla yapılmak zorundadır. Bunun amacı, paraya çevirme sürecinde yeknesaklık sağlanması ve böylece kamu itimatının kazanılmasıdır. Ancak fizikî ortamda açık artırmanın kişi, zaman ve mekân bakımından

sınırlarının aşılması için kabul edilen elektronik ortamda açık artırmaya, artırmanın yapılacağı platform bakımından *sınır getirilmesi* bir çelişki olarak görülebilir.

5. Elektronik ortamda açık artırmanın temel amaç ve sonucu, fiziksel ortamda açık artırma ile özdeştir. Bu anlamda hukukî nitelik konusunda fizikî ortamda açık artırmadan bir farklılık arz etmemektedir. Netice olarak, fizikî ortamda cebri açık artırmada olduğu gibi, icra memuru aracılığıyla gerçekleştirilen elektronik ortamda cebri açık artırma takip hukukundan kaynaklanan kamu hukuku karakterli bir işlemdir.

6. İcra ve İflas Kanunu'nun 111/b maddesi çerçevesinde icra memurunun hacizli malı özel platform aracılığıyla paraya çevirmesi mümkün değildir. İcra memuru, İcra ve İflas Kanunu'nun pazarlık suretiyle satışa ilişkin 119, 224 ve 241'inci maddeleri gereğince paraya çevirmeyi özel platform aracılığıyla gerçekleştirebilir. Bu kapsamda malın hangi platform aracılığıyla ve ne şekilde satılacağını da icra memuru belirler. Potansiyel teklif sahibi sayısı arttıkça gelir beklentisi artacağı için, icra memurunun kullanıcı sayısı çok olan bir platformu tercih etmesi gerekir.

7. Paraya çevirmenin özel platform aracılığıyla elektronik ortamda yapılabilmesinde, özel platformun genel işlem koşulları etkilidir. İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen paraya çevirme koşullarının, platform işleticisi tarafından belirlenen genel işlem koşullarıyla eş zamanlı olarak yerine getirilmesi zordur. Bunun için kullanıcı sayısı yüksek özel platformlarda cebri paraya çevirmeye yönelik ayrı bir alan oluşturulmalı ve genel işlem şartları İcra ve İflas Kanunu'nun gerekliliklerine uygun hâle getirilmelidir. Ayrıca uygun şekilde tasarlanmış bir ara yüz kullanılarak kullanıcı özel hukuk alanından kamu hukuku alanına geçişi konusunda bilgilendirilmeli ve İcra ve İflas Kanunu'na göre paraya çevirme koşullarını kabul etmelidir.

8. İcra memuru tarafından özel platform aracılığıyla yapılan satış, pazarlık suretiyle satış hükümleri gereğince yapıldığı için, bir cebri icra satışdır.

9. Bazı hâllerde malın niteliği gereği paraya çevirmenin icra memuru dışında bir uzman tarafından gerçekleştirilmesine ihtiyaç duyulabilir. Bunun için, Avusturya ve Alman hukukunda olduğu gibi, İcra ve İflas Kanunu'nda ayrı bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır. Muhtemel düzenlemede üçüncü kişinin artırma konusunda uzman olması gerektiği açıkça belirtilmelidir. Ayrıca, bu suretle gerçekleştirilen paraya çevirme neticesinde satışın icra mahkemesinin onayına sunulması şartı aranmalıdır. Böylece İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde verilen paraya çevirme yetkisi, cebri icra satışı ile sonuçlanır.

10. Haczedilen malın üçüncü kişi tarafından özel platform aracılığıyla paraya çevrilmesinin tipik örneğini, İcra ve İflas Kanunu'nun 111/a maddesi çerçevesinde borçluya satış yetkisi verilmesi oluşturabilir. Nitekim bu durumda borçlunun hacizli malını özel bir platform aracılığıyla satmasına engel bulunmamaktadır. Hatta bu kapsamda borçlunun haczedilen malını çok kısa bir süre içinde, açık artırma suretiyle satış ile kıyaslandığında çok daha fazla bir asgarî bedelle satması

beklendiği için, satış için en uygun yöntem elektronik ortamda satıştır. Borçlu, veri tabanına yüklenen içeriklerin ara yüzler kullanılmak suretiyle kullanıcılarca görüntülenmesinin sağlandığı ve ödemenin platform aracılığıyla yapılmadığı özel bir platformu tercih etmelidir.

11. Borçluya satış yetkisi verilen hâllerde mahkemenin satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına ilişkin olarak verdiği karar, satış işlemini cebri icra satışı hâline getirir.

KAYNAKÇA

Aemisegger C, "Qualifizierte Schuldurkunden als Gegenstand der Pfändung: Online-Verkaufsplattformen als Chance für Schuldner und Gläubiger bei der Verwertung", 2018, BLSchK , ss.129-145.

Akkurt S S, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", C. 60, Sy. 1, 2011, AÜHFD, ss.19-46.

Anderl A, "Die EO-Novelle macht es möglich - bald Zwangsversteigerungen bei eBay & Co?", Sy. 7, 2008, ZaK, ss.126-129.

Arslan R, İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 478, Ankara, 1984.

Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S vd., İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Artus A, "İştirak Halinde Tasarruf Olunan Bir Mal Hissesinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi", Sy. 8, 1941, Adliye Ceriyesi, ss.572-587.

Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Bartels K, Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, Giese King, Bielefeld, 2010.

Berkin N. M., İcra Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.

Bulut U, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120), Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Çelikoğlu C T, "7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim Ve İzahı", Sy. 68, 2022/1, Adalet Dergisi, ss.409, 450.

Erturgut M, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Flockenhaus J, "ZPO § 814 Öffentliche Versteigerung", Zivilprozessordnung: ZPO, Ed. Hans-Joachim Musielak/ Wolfgang Voit, 20. Bası, Franz Vahlen, Münih, 2023, ZPO § 814 Rn.1-6.

Freeze H, Andere Verwertungsarten in der Mobiliarzwangsvollstreckung, Gardez, Sn Augustin, 1998.

Gaul H F, "Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts", Sy. 15/ 16, JZ, 1973, ss.473-483.

Gaul HF/Schilken E/Becker-Eberhard E, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Bası, C.H.BECK, Münih, 2010.

Gruber U, "ZPO § 814 Öffentliche Versteigerung", Münchener Kommentar zur ZPO, Ed. Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, C. 2, 6. Bası, C.H.BECK, Münih, 2020, ZPO § 814 Rn.10-17.

Gurman S, Internet Auktionen, Springer, Viyana, 2005.

Hergenröder C W, "Mängelhaftung des Gerichtsvollziehers bei der Versilberung gepfändeter Sachen im Zeichen moderner Verwertungsformen", Sy. 10-11, 2017, DGVZ, ss.185-192.

Huber E, "Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach schweizerischem Betreibungsrechte", C. 24, 1905, ZSR, ss.81-116.

Kale S, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", 2021, (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, s.e.t. 19.09.2023).

Kaplan A G, Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Hâlleri, On İki Levhan Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Kazmaz Tepe B, İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Kemper R, "ZPO § 814 Öffentliche Versteigerung", Saenger ZPO, Ed. Ingo Saenger, 9. Bası, Nomos, Baden-Baden, 2021.

Kindl J/Meller-Hannich C, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Bası, Nomos, Baden-Baden, 2021.

Krachler C, "Zwangsversteigerungen im Internet", Yayınlanmamış doktora tezi, Karl-Franzens Üniversitesi, Graz, 2010.

Lorandi F, "Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privatpersonen", 2000, Aktuelle Juristische Praxis, ss.846-856.

Loth F, Die Verwertung gepfändeter Sachen im Internet, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

Lüke G, "Die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Zessionsvorschriften auf die Forderungsübertragung durch Hoheitsakt", Sy. 9, 1959, JZ, ss.270-275.

McAfee P R/ McMillan J, "Auctions and Bidding", C. 25, 1987, JEL, ss.699-738.

Meller-Hannich C, "Der Gerichtsvollzieher bei „ebay & Co.“ – Rechtsfragen, Lösungsvorschläge und Gesetzesvorhaben zur Verwertung gepfändeter Sachen im Internet", Sy. 2, 2009, DGVZ, ss.21-31.

Mohr F, "Die Internetversteigerung und sonstige Änderungen bei der Fahrnisexekution: Neuerungen durch die EO-Novelle 2008", Sy. 2, 2008, eolex, ss.117-121.

Muşul T, İcra ve İflas Hukukunda; İhale ve İhalenin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Müller S, Die Ablieferung nach , § 817 Abs.2 ZPO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Oğuz H, "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum", Sy. 3, 2013, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss.1-38.

Okur M, "Elektronik Açık Artırma Suretiyle Satışta Artırma Aşaması", C. 18, Sy. 1, 2023, ERÜHFD, ss.47-112.

Özekes M, "İhale bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma)", C. 5, Sy. 1, 2003, DEÜHFD, ss.167-184.

Özekes M, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Özmumcu S, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Öztek S, Cebri Satışlarda (Yeni Bir Açık Artırma Türü Olarak) Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satışa İlişkin Bazı Notlar, Platon Hukuk, İstanbul, 2022.

Pekcanitez H, “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md. 111/a)”, Sy. 1, 2022, GSÜHFD, ss.819-848.

Pekcanitez H/Akkan M, “7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması”, Sy. 162, 2022, TBB Dergisi, ss.259-297.

Pekcanitez H/Atalay O/Sungurtekin Özkan M vd., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Rehn J, “Leistungsstörungen bei fehlgeschlagenem Versand einer vom Gerichtsvollzieher im Internet versteigerten Sache”, Sy. 4, 2022, DGVZ, ss.73-81.

Remmert A, “Das Gesetz über die Internetversteigerung”, 2009, NJW, ss.2572-2575.

Sadioğlu F C, Artırma Yoluyla Satış, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Stahelin A, “Freihandverkauf: Rechtsnatur und Anfechtung”, Festschrift für Karl Spühler, Ed. Hans Michael Riemer/ Moritz W. Kuhn/ Dominik Vock vd., 2005, ss.397-406.

Stabile D, “Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht”, ZPR - Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Ed. Stephen V. Berti/ François Bohnet/ Ulrich Haas vd., Sy. 6, Dike Verlag AG, Zürich, 2010, ss.1-254.

Stabile D, “Online-Versteigerungen in Betreibungs- und Konkursverfahren”, Sy. 54, 2021, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ), ss.520-532.

Stabile D, “Verwertung von Vollstreckungssubstrat durch Betreibungs- und Konkursämter über private Auktionsplattformen im Internet”, 2012, BLSchK, ss.81-106.

Stamm J, “Die Digitalisierung der Zwangsvollstreckung”, 2021, NJW ss.2563-2569.

Üstündağ S, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 2004.

Viertelhausen A, “Verwertung durch Versteigerung im Internet?”, Sy. 1, 2003, DVGZ, ss.2-7.

Vorwerk V/Wolf C, BeckOK ZPO, 48. Bası, C.H.BECK, Münih, 2023.

Weber R H/Skripsky M, “Online-Auktionen – Neues Geschäftsmodell in schwierigem rechtlichem Umfeld”, Sy. 3, 2001, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, ss.93-97.

Weber S, “Gewährleistung bei Pfandveräußerung über eine Internetplattform”, Sy. 7, 2018, DGVZ, ss.149-157.

Wieczorek B/Schütze R A, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, C. 8, 4. Bası, De Gruyter, Berlin, 2013.

Yazıcı B, “İcra Ve İflas Kanunu m.111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, C. 12, Sy. 2, 2022, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1119-1147.

Yıldırım M K/Deren-Yıldırım N, İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

HUKUKİ BOYUTLARIYLA TINY HOUSE

Legal Aspects of Tiny House

Dr. Öğr. Üyesi Seda BAŞ*
Dr. Gonca KOZANOĞLU**
Dr. Sezgin BAŞ***

Öz: Günümüzde giderek artan konut ve kira fiyatları ile doğal afet tehdidi nedeniyle oluşan sosyal durumun barınma hakkını ihlal eder dereceye ulaşması çekme karavan, konteyner gibi bazı eşyalarda olduğu gibi tiny house'ların da yaygınlaşmasına yol açmaktadır. Tiny house kullanımının artması, tiny house'lar hakkında açık ve yeterli bir hukuki düzenlemenin yokluğu nedeniyle bu yapıların hukuki statüsü hakkında tartışmalara yol açmıştır. Tiny house'lara ilişkin bu tartışmalara bir bakış açısı geliştirebilmek için öncelikle bu evlerin hukuki statüsünün açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Tiny house'ların tek bir hukuk disiplininin ele alınması eksik ve yetersiz değerlendirmelerin yapılmasına yol açabileceğinden gerek özel hukuk gerek kamu hukuku ilişkileri açısından konumlandırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada, tiny house'lar anayasa hukuku, idare hukuku ve medeni hukuk perspektifinden incelenmiştir. Çalışmamızda Türkiye'deki tiny house'ların gelişiminin önündeki hukuki engellerin ortaya koyulması ve bu engellerin kaldırılabilmesi adına neler yapılması gerektiğine dikkat çekmek amaçlanmaktadır. Ayrıca, Amerika ve Avustralya hukuk düzenlerinde tiny house'lar hakkındaki hukuki düzenleme ve gelişmelerden faydalanılmıştır.

Anahtar kelimeler: Tiny house, mobil ev, taşınabilir ev, tekerlekli ev, imar hukuku, konut hakkı, çevre kirliliği, yapı

Abstract: Today, the social situation caused by the increasing housing and rent prices, and the threat of natural disasters reach to a level that violates the right to shelter, causes tiny houses to become widespread, as is the case with some items such as trailers and containers. The increase in the use of tiny houses has led to debates about the legal status of tiny houses due to the absence of a clear and sufficient legal regulation. In order to develop a perspective on these discussions about tiny houses, the legal status of these houses should be clarified first. Because of handling tiny houses by one legal disciplines may lead to incomplete and inadequate evaluations, tiny houses need to be positioned in terms of both private law and public law relations. Therefore, in this research, tiny houses are examined from the perspective of constitutional law, administrative law and civil law. In our study, it is aimed to reveal the legal obstacles to the development of tiny houses in Turkey and to draw attention to what should be done in order to remove these obstacles. In addition, legal regulations and developments about tiny houses in American and Australian legal systems have been used..

Keywords: Tiny house, mobil house, house on the wheel, building law, right to housing, environmental pollution, building.

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, seda.bas@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5382-2663.

** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, gkozanoglu@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3559-3056.

*** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, szgnbas@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6368-7263.

Makale Geliş Tarihi: 03.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 25.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391726

GİRİŞ

Tiny house, Türkiye’de son yıllarda kullanımı artan ve gelişen bir sektör olarak dikkat çekmektedir. Tiny house kullanımının artması beraberinde bazı hukuki olaylara konu olmasına yol açmıştır. Ekonomik açıdan bazı turizm ve emlak sektörü çevreleri, tiny house’ların kendi sektörlerini olumsuz etkileyeceği zannıyla bu minik ve doğal evlere karşı olumsuz bir tavır ortaya koymuşlardır. Bazı belediyeler ise araziye ait kullanım kararlarına aykırı sonuçlar doğurduğu ve sözde çevre ve görüntü kirliliği oluşturduğu iddiasıyla yıkım kararı ve idari para cezaları vermektedirler¹.

Çalışmada İngilizce’deki “tiny house” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. İngilizce’deki tiny house ifadesi, dilimize küçük ev olarak tercüme edilebilir. Ancak her küçük ev, bir tiny house değildir. Bir küçük evin tiny house olabilmesi için taşınabilirlik, bağımsız ve müstakillik, özgürlük ve az tüketim gibi saiklerle donatılmış olması gerekmektedir. Tiny house’lar aslında şehir yaşantısında yeni bir öge. Prefabrik veya ahşap yapılar ve karavanlar zaten bazı kişiler tarafından kullanılmaktaydı. Tiny houselerin, 2020 yılının başlarında ortaya çıkan Covid-19 pandemisi veya bazı doğal afetlerden sonra kullanımı yaygınlaşmıştır. Özellikle betonlaşmış şehir yaşantısından uzaklaşarak bireylerin doğada yaşamasına da imkan vermesi nedeniyle son yıllarda bir akım haline gelmiştir. Bu çalışmanın temel konusu; giderek yaygınlaşan tiny house’ları hukuki açılardan değerlendirmek, gelişiminin önündeki hukuki engelleri tespit etmek ve bu engellerin aşılabilmesi amacıyla hukuki önerilerde bulunmaktır.

Görüldüğü üzere, tiny house’lar hukuki olarak ilk etapta idare hukuku ile ilişkilidir. Tiny house’ların üretiminin veya inşa edilmesinin, ayrıca imarlı ve imarsız arsalarla kondurulmasının ve hatta kamu hizmetlerinden faydalanmalarının idarenin uyguladığı yapı ve imar düzenlemelerine aykırı olup olmadığı yönü, idare hukukunu ilgilendirmektedir. Diğer taraftan, bu küçük evlerin taşınır veya taşınmaz eşya olup olmadıkları, ayrıca yapı, bina, konut sayılıp sayılmayacakları ve bunların satışı, rehni veya kiralanması gibi hususlar, medeni hukukun konusuna girmektedir. Ayrıca, tiny house’un bulunduğu yere tebligat yapıp yapılamayacağı medeni usul hukukunu, konut dokunulmazlığı hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi yönünden ceza hukukunu da ilgilendirmektedir. En nihayetinde tiny house’lar, anayasal haklar açısından konut hakkı ve özel yaşama ve konuta saygı hakkı, yerleşme hürriyeti gibi hak ve hürriyetlerin gerçekleştirilmesi açısından önem arz etmektedir. Tiny house’ların birçok hukuk dalını ilgilendirmesi ve söz konusu yapıların hukuki rejimini hukuk bilimi perspektifinden irdeleyen bir çalışma bulunmaması, konunun hukukçular tarafından ele alınmasını gerekli kılmıştır. Türkiye’de tiny houselar hakkında herhangi bir bilim dalında hazırlanan bir yüksek lisans tezi ve iki makaleden başka

¹ Birgün, “Belediyenin ‘tiny house’ kararı, mahkeme tarafından iptal edildi”, 29.11.2022, (<https://www.birgun.net/haber/belediyenin-tiny-house-karari-mahkeme-tarafindan-iptal-edildi-411735>), (s.e.t. 25.05.2023).

bir şey yoktur. Karaaslan / Parlak Biçer'in makalesi, her ne kadar bir mevzuat incelemesini konu edinse de mimarlık biliminde çalışan akademisyenler tarafından kaleme alınması nedeniyle daha çok tiny houselerin üretim aşamasında sağlaması gereken yapısal gereklilikler hususunda hukuki düzenlemelerin yokluğuna vurgu yapan ve bu düzenlemelerin konu başlıkları itibarıyla neleri içermesi gerektiğine odaklanan bir çalışmadır. Tiny house'ların hukuki rejimi oldukça dar bir kapsamda ve genel olarak incelenmiştir. Dolayısıyla, tiny house'ların hukuki rejimini ele alan bu çalışmamız, Türkiye'de hukukçular tarafından kaleme alınan ilk çalışmadır. Tiny house'ların hukuki rejimine ilişkin tartışmaların yanında ayrıca ekonomik, çevresel, psikolojik ve sosyolojik açıdan önemli etkilerinin bulunduğu dikkate alındığında, bu alanlarda da çalışma yapılmalıdır.

Araştırmada, tiny house'lar, nitel ve nicel analizlere yer verilerek açıklayıcı bir yaklaşımla ele alınacaktır. Türkiye'de konunun ilk kez ele alınması da dikkate alınarak betimleyici (*descriptive*) bir anlatım tercih edilmiştir. Bunun yanında özellikle Türkiye bakımından eleştirel ve normatif açıdan değerlendirici analizlere de yer verilecektir. Sonuçta bu araştırmanın gelecekteki detaylı araştırmalar için bir temel olması amaçlanmakta, böylece teori inşasına katkı sunulması planlanmaktadır. Çalışmada sunulacak karşılaştırmalı hukuk düzenlerindeki veriler, Türkiye açısından hukuki rejimin açıklanması ve normatif öneriler teklif edilmesi ile; bireysel, ticari ve kamusal bilinçlenme ve kamusal politikanın belirlenmesine mütevazı bir katkı sunulması da ayrıca hedeflenmektedir. Diğer yandan Tiny house'lara ilişkin kamuoyundaki bilgi kirliliğinin giderilmesi de amaçlanmaktadır. Bu çalışma, basın aracılığıyla haberdar olunan bazı kamu otoritelerinin yanlış uygulamalarının da son bulması için bir gayret olarak anlaşılmalıdır². Çünkü, tiny house'lar hakkında olumlu bir düzenlemenin yapılmasının veya yanlış hukuki işlemlere son verilmesinin, çevre ve ekonomi açısından olumlu sonuçlara yol açacağı düşünülmektedir.

I. GENEL OLARAK TINY HOUSE

Bu bölümde Tiny house kavramının tanımı ve literatürde genel olarak değinilen ortak özellikleri belirtilecektir. Sonrasında tiny house'ların ortaya çıkışının ve bir moda haline gelmesinin nedenleri

² Bazı şehirlerdeki belediye veya valilikler, tarımsal araziler içinde bulunan ve imar kanunlarının öngördüğü gereklilikleri yerine getirmeyen tiny house'lar hakkında imar kanuna aykırı şekilde inşa edildikleri ve oturma ruhsatları bulunmadığı nedeniyle "yıkım kararı" vermekte ve idari para cezası yaptırımını uygulamaktadırlar. Kamuoyuna yansıyan haberlerden bazıları için bkz. Hürriyet, "İzmir'de 'tiny house'a yıkım kararı, İdare Mahkemesi'nden döndü", 07.09.2022. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/izmirde-tiny-housea-yikim-karari-idare-mahkemesinden-dondu-42133333> (s.e.t. 31.10.2023); NTV, "Edirne Valiliği'nden 'tiny house'lar için suç duyurusu", 02.05.2023. <https://www.ntv.com.tr/turkiye/edirne-valiliginden-tiny-houselar-icin-suc-duyurusu,EDtemLSAvUWIR945ctddEQ> (s.e.t. 31.10.2023).

üzerinde durulacaktır. Böylece, tiny house'ların hukuki, ekonomik ve sosyolojik açıdan önemi ortaya koyulacaktır.

A. Kavramsal Açından Tiny House

Tiny house kavramı, literatürde sadece tekerlek üzerindeki küçük ev (*tiny house*) yapıları ifade etmek için kullanılmamaktadır. Belirli şartları taşıyan sabit yapılar da tiny house olarak değerlendirilmektedir³. Bu çerçevede tiny house'lar hareket edebilen (taşınabilir) ve sabit yapılar şeklinde ikiye ayrılabilir⁴. Literatürde Heather Shearer ve Paul Burton, tiny house'ların tipolojisine ilişkin yaptıkları çalışmada taşınabilir tiny house'ları; tam tiny house (*tiny house on the wheel*, THOW), yeri değiştirilebilir tiny house (ör. konteyner) ve tam mobil evler (ör. karavan) şeklinde üçe ayırmaktadır. Yazarlar, taşınabilir olmayan sürekli küçük evleri de üçe ayırmışlardır. İlki, sabit tiny house olarak ifade edebileceğimiz tiny house niyetiyle üretilen genellikle 50 m² civarındaki evlerdir. İkincisi baraka, garaj ve ahır gibi oturulabilir olmayan yapılardır. Üçüncüsü ise tiny house köyleridir⁵. Bu çalışmada ele alınacak tekerlek üzerindeki küçük ev yapıları (THOW) taşınabilir tiny house kavramının bir alt kategorisini oluşturmaktadır. Nitekim Türkiye'de de tiny house denince akla gelen; 10-30 m² arasında bir büyüklüğe sahip olan, treyler üzerinde bulunan ve tekerlekle hareket eden ahşap küçük yapılardır.

Tiny house'ların sabit olanları 100 m²'ye kadar artabilirken, taşınabilir olanları genellikle 20 m² civarındadır. Öte yandan, 10 m²'nin altında tiny house'lara da rastlanabilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) Uluslararası Standartlar Konseyi (*International Code Council*) tarafından yayımlanan Uluslararası Konut Standartları'na (*International Residential Code*) "Appendix Q Tiny House" başlığı altında tiny house'a ilişkin bazı standartlar eklenmiştir⁶. Ek Tiny House düzenlemeleri, Uluslararası Konut Standartları'nın asli bir parçası değildir. Bu nedenle, kamu otoriteleri tarafından özel olarak onaylanmadıkça ilgili şehir veya bölgede uygulama alanı bulamayacaktır⁷.

³ Lisa T. Alexander, "Tiny Homes: A Big Solution to American Housing in Security", Vol. 15, 2021, Harvard Law & Policy Review, s. 472.

⁴ Ceren Çizmecioglu / Ayşe Tanrıverdi Kaya, "Küçük Ev Hareketi Üzerine Tematik Bir Derleme", Mimarlık, Planlama ve Tasarım Alanında Yeni Trendler, Editörler: Prof. Dr. Alper Çabuk / Doç. Dr. Hüseyin Samet Aşıkutlu, Duvar Yayınları, İzmir, 2022, s. 9-10.

⁵ Bkz. Heather Shearer / Paul Burton, "Towards a Typology of Tiny Houses", 2018, Theory and Society, s. 10.

⁶ Bu Kuruluşun yayımladığı "AppendixQ Tiny House" başlıklı tiny house düzenlemeleri için bkz. International Code Council, "Appendix Q Tiny Houses", (<https://codes.iccsafe.org/content/IRC2018P7/appendix-q-tiny-houses>) (s.e.t. 18.05.2023).

⁷ Birçok Amerika eyaletinde şehirler tiny house'ları hukuken sürekli bir konut olarak kabul etmeye başlamışlardır. Appendix Q, tiny house'lara ilişkin her türlü düzenlemeyi içermese de birçok şehir bu eki benimsemektedir. Ancak, daha sonra aşağıda belirtileceği üzere, birçok şehirde tiny house'lar birincil

Uluslararası Konut Standartları'nın içindeki tiny house düzenlemeleri, hem mobil/taşınabilir hem de sabit tiny house'lara ilişkin standartlara ve kurallara ilişkin gereklilikleri ortaya koymaktadır. Buna göre tiny house “*çatı katı kısmı hariç 37 m² ve daha az olan zemin alanına sahip yapılar*” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, dışsal alandaki veranda bu üst limite dahil değildir. Uluslararası Konut Standartları'na eklenen tiny house'a ilişkin tanıtımda “tekerlek üstünde” şeklinde bir niteleme bulunmadığı için sabit yapılar da tiny house olarak değerlendirilmektedir. Burada sadece boyut açısından bir tanım ortaya konulmuştur.

Uluslararası Konut Standartları'nda boyut açısından bir standart getirilmesine rağmen, sadece belirli bir alanı geçmeyen yapılar tiny house olarak adlandırılabilir mi? Kanaatimizce, hayır. Öğretide tiny house kavramını tanımlamada sadece boyuta atıf yapılmamaktadır. Çünkü, belirli ölçülerden küçük olmak, hiç değilse tiny house hareketi için yeterli bir ölçüt değildir⁸. Bu kapsamda öncelikle, bağımsızlığın tiny house kavramını tanımlamada bir unsur olup olamayacağı sorusu cevaplanmalıdır. Örneğin, tiny stüdyo apartmanları acaba bir tiny house mudur? Tiny house'un bağımsız olması gereklidir. Nitekim, çoğu tiny house hareketi de stüdyo apartmanları, bir tiny house olarak kabul etmemektedir. Özellikle Amerika, Avustralya ve daha az oranda Yeni Zelanda ve Kanada'da, tiny house kavramı, aynı zamanda Avustralya veya Amerikanların avlulu bir müstakil ev hayali ile ilişkilendirilir⁹. Shearer ve Burton, tiny house tiplerinde başka ortak unsurların da bulunması gerektiğini vurgulamaktadır. Yazarlara göre boyut ve taşınabilirlikten başka¹⁰; tasarım ruhu, bağımsızlık, kolay ödenebilirlik ve sürdürülebilirlik tiny house'lar için ortak unsurlar olarak karakterize edilebilir¹¹. Joshou Wotton, Henry Skates ve Leigh Shutter'a göre, “belirlenmiş bir yüzölçümü” (*prescribed floor area*) ifadesi tiny house'lar bakımından tek unsur değildir. Ayrıca kendini gerçekleştirme (*self fulfilment, self-actualisation*) düşüncelerini içerecek şekilde hane halkının gerekliliklerini karşılamayı esas alacak şekilde bir tanım geliştirilmelidir¹².

Sonuç olarak, tiny house kavramı genel olarak tanımlanacak olursa, 9.3 ila 37.2 m² arasında bir alana sahip olan tekerlekli ev yapıları ifade eder¹³. Ancak, öğretide, her küçük evin bir tiny house olmadığı

yapıya bağlı bir ikincil yapı (*accessory dwellery unit*) olarak hukuki zemine oturtulmaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., Shearer / Burton, 2018, s. 6, 7; Gabrielle Madison / Andrew Madison, *Tiny House: Designing, Building, and Living*, Dorling Kindersley Limited, Indiana, 2017, s. 59.

⁸ Shearer / Burton, 2018, s. 1.

⁹ Shearer / Burton, 2018, s. 11.

¹⁰ Shearer / Burton, 2018, s. 8.

¹¹ Shearer / Burton, 2018, s. 8, 18.

¹² Joshou Wotton / Henry Skates / Leigh Shutter, “Tiny House – When Size Matters”, 2019, Australian Planner, s.11.

¹³ Nur Selcen Karaaslan / Z. Özlem Parlak Biçer, “Mobil Konut Üretiminin Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi”, Volume 11, Issue 5 (Special Issue),

vurgulanmaktadır¹⁴. Tiny house'ların 37 m²'den az bir alana sahip olma, taşınabilirlik, bağımsızlık, sürdürülebilirlik, alım gücünün olması, tasarım ruhu gibi özellikleri bünyesinde taşıması gerektiği söylenebilir. Ancak, kapitalist bir düzenin hakim olduğu günümüz dünyasında giderek moda haline gelen tiny house'ların tüketiciliğin bir nesnesi olabilmesi de oldukça yüksek bir ihtimaldir.

B. Tarihsel Açından Tiny House

Tiny house'ların tekerlek üzerinde bir ev gibi kullanımı Avrupa'da 16. yüzyıla dayanmaktadır. Ancak, tiny house'ların günümüzde sahip olduğu işlevi ile kullanımı Amerika Birleşik Devletleri'nde 1990'lu yıllara rastlar. Bu dönemde tiny house'lar, bir treyler temeli üzerine 37 m²'den az olarak inşa edilmiştir. Bu evler, bir karavan gibi seyahat etmekten ziyade kısıtlayıcı imar kanunlarından kaçmak ve zorlayıcı ekonomik giderleri hafifletmek için ortaya çıkmıştır¹⁵. Tiny house'ların ortaya çıkmasının ve günümüzde bir moda olarak görülmesinin başka birçok ekonomik, hukuki, sosyal ve çevresel nedeni bulunmaktadır.

Tiny house'ların ortaya çıkmasının ve gelişmesinin önemli bir nedeni; minimalizm, az tüketim ve kamu otoritesinden bağımsızlık gibi felsefi argümanlardır¹⁶. Tiny house kullanıcılarının çoğu için büyük evler, çevresel ve ekonomik açıdan sürdürülebilir olmayıp, daha çok enerji tüketimine ve mali gidere neden olmaktadır. Diğer taraftan, tiny house'lar sıklıkla doğal veya geri dönüştürülebilir malzemeden ve daha az kaynakla (yapı malzemesi) inşa edilebilmektedir¹⁷. Ayrıca, tiny house'lar kişinin geniş ve yeşil bir alanda, istediği yerde müstakil bir şekilde yaşama imkanı sunmasıyla doğa ile uyumlu bir hayatın da kapılarını açmaktadır.

Tiny house'ların ortaya çıkışı ve gelişmesinde felsefi argümanların yanında ekonomik argümanlar da önemli bir rol oynamaktadır. Böyle bir küçük eve sahip olmak, alım gücü (*affordability*) açısından diğer evlere nazaran daha kolaydır. Ayrıca evin giderleri azaltılmış olacaktır. Yeni bir betonarme evi banka finansmanı ile almak birçok kişi için mümkün değilken, tiny house'ları nakit para ile almak dahi mümkündür. Öte yandan, treyler için bir mal vergisi vermek gerekmemektedir¹⁸. Özellikle ev ve kira fiyatlarının yüksek olduğu merkezlerde, tiny house'lara yönelim daha çok artmıştır.

December 2023, Online Journal of Art and Design, s. 539-540; Çizmecioğlu / Tanrıverdi Kaya, s. 8.

¹⁴ Wotton / Skates / Shutter, s. 11.

¹⁵ Shearer / Burton, 2018, s. 4.

¹⁶ Shearer / Burton, 2018, s. 14.

¹⁷ Shearer / Burton, 2018, s. 14.

¹⁸ Jasmine Ford / Lilia Gomez-Lanier, "Are Tiny Homes to Stay? A Review of Literature on the Tiny House Movement", Volume 45, Issue 4, 2017, Family and Consumer Sciences Research Journal, s. 401.

Tiny house'lar doğal afet dönemlerinde de önemli bir işleve sahiptir. Deprem bölgelerinde acil konut, devam eden süreçte ise güvenli konut ihtiyacını karşılayabilmektedir. Kişilerin deprem korkuları bu taşınabilir evlerde asgari düzeye indirilebildiğinden bireysel ve sosyal psikolojiye katkıları da bulunmaktadır. Covid-19 pandemisinin yaşanması, tiny house'ların şehirden uzakta izole bir yaşam imkanı sunabilmesi nedeniyle kendisine olan ilgiyi artırmıştır.

Tiny house'lar sadece ev olarak kullanılmamaktadır. Başka kullanım amaçları için de işlevsel bir özelliğe sahiptir. Bu kullanım amaçlarına örnek olarak; butik turizm konaklamaları, doğal afetler sonrası acil konut ihtiyacını karşılama, evsizler için barınma alanı, taşınabilir perakende satış alanları, tarımı desteklemek amacıyla mevsimlik işçilerin kalacağı yer sorunu için çözüm sunma¹⁹ gösterilebilir.

Tiny house'lar daha az tüketim ve minimalizm ile ilişkilendirilmesine rağmen ABD'de çoğu tiny house kullanıcısı, uzun dönem bir yaşam stili benimseme yerine geçici bir kullanım amacını sahiplenmiştir. Bu kişiler tiny house'ları ya ek gelir elde etmek amacıyla başkalarına kiralamak veya haftasonu ya da yazlarını değerlendirmek için tatil veya bir eğlence yeri olarak kullanmaktadır. Dolayısıyla tiny house'lar bir bakıma "ikinci geçici evler" olarak görülmektedir²⁰. Bu ise daha az tüketim ve basit bir yaşamdan ziyade, daha çok eşya kullanımı ve daha çok tüketim meydana getirir. Diğer bir deyişle, tiny house'lar, sürekli bir yaşam için tercih edilmezlerse aşırı tüketime karşı bir tepki olmaktan ziyade, tüketim arzusunun ve çılgınlığının bir nesnesi haline gelebilirler.

II. TINY HOUSE'LARIN HUKUKİ REJİMİ

Bu bölümde tiny house'ların hukuki rejimi belirlenmeye çalışılacaktır. Tiny house'ların hukuki durumu üç aşamada ele alınacaktır. İlk olarak tiny house'ların üretim veya inşa edilme aşamasındaki sınırları, ikinci olarak tiny house'ların karayolunda uyması gerekli kuralları ve son olarak tiny house'ların park edilmesi ve sürekli şekilde bir konuma yerleştirilmesidir. Daha sonra Türkiye'de tiny house'ların gelişiminin önündeki hukuki engeller tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu engellerin aşılması yönünde hangi düzenlemelere ihtiyaç olduğu hususunda çeşitli önerilerde bulunulacaktır. Bu bölümde ele alınacak olan söz konusu tartışmalar, Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya'daki tiny house düzenlemeleri perspektifinden yararlanılarak yürütülecektir.

¹⁹ Çizmecioğlu / Tanrıverdi Kaya, s. 10.

²⁰ Ford / Gomez-Lanier, s. 402.

A. Tiny House'ların Hukuki Statüsü

1. Karşılaştırmalı Hukukta

Tiny house'ların hukuki statüsünü tespit ederken sabit ve hareketli olmaları ayrımı dikkate alınmalıdır. Karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalarda da genel olarak bu ayrım benimsenmiştir. Sabit tiny house'lar, hukukidir. Diğer bir deyişle, bu sabit yapılar yapı kanunları ve imar düzenlemelerine tabidir ve bunlara uygun olarak inşa edilmelidir. Ahır, garaj, tiny house köyleri gibi sabit yapılar, Amerika'da ve Avustralya'da bağımsız yapılar olarak inşa edilebileceği gibi *birincil evlere* (*primary residence*) bağlı *ikincil yapılar* şeklinde de inşa edilebilmektedir. Devletten devlete, belediyeden belediyeye bu düzenlemeler değişebilmektedir. Avustralya'daki çoğu devlette, tiny house'lar, ikincil yapılar (*ancillary dwellings*, *secondary dwellings* veya *granny flats*) üzerinde kimin yaşadığına bağlı olarak sınırlamalara tabidir²¹. Bazı devletlerde tiny house'lar herhangi birine kiraya verilebilirken, bazılarında ise sadece aile üyelerine kiralanabilir²². Amerika Birleşik Devletlerinde ise bu sabit küçük evler, "ikincil ev yapılar" (*accessory dwellery unit*) olarak inşa edilebilmektedir. Ancak, bu yapılar, birincil evin var olmasını ve bu birincil evin ihtiyacına yarayacak bir işlev üstlenmesini gerekli kılar. Türkiye'de ise sabit tiny house'lar 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine tabidir²³. Sabit tiny house'lar Türkiye'de daha çok plansız alanlara (imarsız tarımsal arazilere) kondurulmaktadır. Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'ne²⁴ göre iskan dışı alanlarda 250 m²'ye kadar yapı inşa edilebilmesi mümkündür. Bu alanlarda sabit tiny house'ların legal hale gelebilmesi için Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 62 ila 64'üncü maddeleri arasında belirtilen koşulları yerine getirmelidir. Örneğin, tiny house'un yapılacağı arazinin en az 5000 m² olması, kadastral yola cephesi olması ve belirli bir işlevi yerine getirmesi zorunludur. Ancak, bu yapılar çalışmamızın kapsamına dahil olmadığından bu hususta daha fazla bilgi verilmeyecektir.

Diğer taraftan, taşınabilir olan tiny house tipleri, resmi makamlar tarafından sıklıkla bir ev (*dwelling*) olarak tanımlanmak yerine karavan veya "eğlenti aracı" (*recreational vehicle, RV*) olarak kabul edilirler. Örneğin, Amerika'da tekerlekli tiny house'lar (THOW) tekerlek üzerinde olduklarından "eğlenti aracı" kategorisinde değerlendirilirler²⁵. Örneğin, Avustralya'da sabit taşınabilir evler, yerleşim alanında bir *ancillary dwelling* olarak hukuken inşa edilebilir ve yerleştirilebilir iken; mobil tiny house'lar genel olarak karavan sınıfına dahil edilir ve sınırlı yerleşim

²¹ Shearer / Burton, 2018, s. 4.

²² Shearer / Burton, 2018, s. 13.

²³ Çizmecioğlu / Kaya, s. 10.

²⁴ Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği, 2/11/1985 tarihli ve 18916 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁵ Chris Wenban, "The US tiny house on wheels movement with respect to a building code and relevance to Australia", *Australian Planner*, 2019, s. 1.

süresine sahiptirler²⁶. Avustralya’da iki haftalık bir yerleşim süresi sınırı söz konusudur. Sonuç olarak, karşılaştırmalı hukukta, tekerlekli veya kızaklı küçük evler, araziye herhangi bir şekilde bağlı olmadığından genellikle imar iznine tabi değildir. Bu sebeple imar düzenlemelerinin öngördüğü gerekliliklere uymaları beklenmez²⁷.

Nitekim THOW’lar bir ev/konut olarak değerlendirilmeleri halinde yeterli m²’ye sahip olmadıklarından genellikle yapı kanunlarını (*building codes*) ihlal edebilmektedirler. Tiny house’ların inşasında yapı kanunlarında yer alan, geniş giriş ve hol ve diğer detayları yerine getirmek zordur²⁸. Bu yapılar, imar ve yapı kanunlarına tabi olmamanın avantajını yaşarken, diğer taraftan oturma sertifikası (*certificate of occupancy*) elde etme imkanları sınırlandırılmıştır. Öte yandan, THOW’lar, bir mobil ev olarak kabul edildiklerinde birçok belediye, evlerin legal olarak park edebileceği yerleri sınırlandırmaktadır. Ve genellikle “eğlenti araçları parkları” veya “mobil ev toplulukları”, tiny house’lara izin vermezler²⁹.

2. Türkiye’de

Türkiye’de tiny house’ları ve diğer ilgili hususları doğrudan düzenleyen bir hukuki metin bulunmamaktadır³⁰. Tiny house’lar tekerlekli, hareket edebilen konutlar olarak düşünüldüğünden “çekme karavan” olarak “römork” statüsünde karayolları mevzuatı çerçevesinde değerlendirilmektedir³¹. Hareket halindeki tiny house’lar bir ev veya bir yapının aksine bir araç olarak kabul edildiğinden, aracın tipine göre tiny house’lara ilişkin hukuki yükümlülükler de değişmektedir³².

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun³³ “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde römork, “motorlu araçla çekilen insan veya yük taşımak için imal edilmiş motorsuz taşıt” şeklinde tanımlanmıştır. Türkiye’de tiny house’lara ilişkin bir hukuki düzenleme bulunmaması nedeniyle mevcut düzenlemeler kapsamında tiny house’lar römork olarak kabul edilmektedir. Ancak 2918 sayılı Kanun’daki römork tanımına bakıldığında, tiny house’lar için uygun bir nitelendirme olmadığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim tiny house’lar sadece insan taşımak için imal edilen motorsuz araçlardan ibaret değildir. Tiny house’lar insanlara günlük ihtiyaçlarını karşılayabilecekleri, sürekli bir yaşam imkanı

²⁶ Shearer / Burton, 2018, s. 6.

²⁷ David Kodarin, “Tiny House Legislation In Europe”, *Houzeko*, 21 June 2019. (<https://houzeko.com/tiny-house-legislation-in-europe/> s.e.t. 17.05.2023); Çizmecioğlu / Tanrıverdi Kaya, s. 15.

²⁸ Ford / Gomez-Lanier, s. 401.

²⁹ Ford / Gomez-Lanier, s. 400.

³⁰ Karaaslan / Parlak Biçer, s. 539.

³¹ Karaaslan / Parlak Biçer, s. 539.

³² Karaaslan / Parlak Biçer, s. 540.

³³ RG, T. 18.10.1983, S. 18195.

sunmaktadır. Bu sebeple tiny house'ların römork statüsünden kurtartılarak özel bir hukuki statüye kavuşturulması gerekir. Bunun için tiny house'lar hakkında gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması ve ivedilikle hayata geçirilmesi, oluşabilecek hukuki sorunların çözümü açısından isabetli bir tercih olacaktır.

B. Tiny House'ların Tescili

Tiny house hangi tür olursa olsun, bütün hukuk düzenlerinde bir şekilde kayıt altına alınmaktadır³⁴. Nasıl ki, Türkiye'de otomobilinize lpg kiti taktırdığımızda bunun noterde araç ruhsatına işlenmesi gerekiyorsa; taşınabilir eviniz için de ruhsata veya başka bir sisteme bununla ilgili bir kayıt tutulmaktadır ve tutulmalıdır. Bu kayıt sistemi, ülkeden ülkeye farklılık gösterebilir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde tiny house'ların kayıt altına alınması ile ilgili üç kurum bulunmaktadır. Kişiler, ihtiyaçları ile bağlantılı olarak bu yollardan birini tercih ederek tiny house'unu kayıt ettirmelidir. Bu kurumlar IRC (*International Residence Code*), RVIA³⁵ (*Recreational Vehicle Industry Association*) ve DOT (*Department of Transportation*)'dur. IRC, daha çok kendin yap (*do-it-yourself*) akımı çerçevesinde inşa edilen tiny house projeleri için uygundur. Yapı görevlileri tarafından verilen bir "oturma sertifikası" (*certificate of occupancy*) ile ev veya tiny house ile sürekli yerleşim hakkına sahip olunur³⁶. Tiny house ile bir lokasyonda aylarca kalınması durumu söz konusu ise, "oturma sertifikası" (*certificate of occupancy*) alınması en uygun çözüm olabilir. Çünkü çoğu belediye, "eğlenti araçları" (*recreational vehicles, RV*) için konaklamayı 30 gün ile sınırlandırmaktadır. Diğer taraftan, tiny house ile ayda bir yer değiştirilecek veya RV park ta konaklanılacaksa, RVIA sertifikası en iyi seçenek olabilir³⁷. RVIA'nın dezavantajı, "oturma sertifikası" sağlamamasıdır. Dolayısıyla bu durumda tiny house, bir "eğlenti aracı", diğer bir deyişle karavan olarak görülür³⁸. DOT'tan alınacak tescil belgesi ise sadece tiny house'un bir yerden başka bir yere bir araç tarafından çekilecek şekilde taşınmasına izin veren bir tescildir. Sonuç olarak Amerika'da yasal olan bir *primary residence* isteniyorsa, bir *yerleşim sertifikası* alınmalıdır. Eğer bir yerleşim sertifikası yoksa, ABD'de çoğu eyalette yasal bir tiny house'a sahip olmak mümkün değildir³⁹.

³⁴ Kodarin, a.yer.

³⁵ RVIA, karavan ve küçük ev inşaatını denetlemek için Amerikan Ulusal Standartlar Enstitüsü'nün (ANSI) standartlarını kullanır.

³⁶ Madison / Madison, s. 64.

³⁷ Madison / Madison, s. 69

³⁸ Madison / Madison, s. 64.

³⁹ HUD (*Office of Housing and Urban Development*) kurumu tiny house'ların legalliği hakkında karıştırılan konulardan birisidir. HUD, tiny house'ların kendisini hiçbir şekilde denetlemez. HUD sadece fabrikada üretilen evlerden sorumludur

Yukarıda da bahsedildiği üzere birçok tiny house ABD’de bir “ikincil yapı” (*accessory dwellery unit*, ADU) olarak kullanılmaya başlanmıştır. Uluslararası Standartlar Konseyi tarafından 2018’de tiny house ekinin yayımlanması ile ABD’deki bazı şehirlerde (ör., Florida, Masseurthees, California) tiny house’lara sürekli hukuki statü verilmesi amacıyla imar düzenlemelerinde değişiklik yapılarak bu evler bir “bahçe kulübesi” (*backyard cottage*) olarak tanımlanmıştır⁴⁰. Bu düzenlemeler ile tiny house’lar bir “birincil ev” (*primary residence*) olarak tanımlanmasa da, en azından insanlar kendi arazisine tiny house’unu yerleştirme imkanına kavumuştur. Ancak, bunun için birincil, asli nitelikte bir ev gerekmektedir. Diğer yandan, tiny house bir ikincil yapı olarak kabul edildiği için kiralama veya satın alma yoluyla başkasının toprağına yerleştirilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla tiny house’ların resmi makamlar tarafından bir ikincil yapı olarak değerlendirilmesinin, sorunları kalıcı ve gerçekçi bir şekilde çözemediği söylenebilir.

Tiny house’lara sürekli oturma izni vermek için Amerikan sisteminde gerçekleştirilecek bir yol da “değişken” (*variance*) denilen bir dilekçe ile yerel makamlara başvuruda bulunulmasıdır. Bu yol, imar düzenlemelerinde herhangi bir normatif değişiklik yapılmadan hukuki düzenlemelerden ayrık tutulmanın, kendisine istisna tanınmasının talep edilmesidir⁴¹. Bu başvuruda, başvuran kişiye neden tiny house iznini vermeleri gerektiği konusunda birçok delil sunulmalıdır⁴². Diğer bir çözüm veya yasallık, bir tiny house topluluğu geliştirme girişimidir. Bunun için de bir *variance* ile başvuru yapılmalıdır.

Türkiye’de ise tekerlek üzerindeki tiny house’lar bir karavan statüsünde olduğundan Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliği’nde öngörülen usulde trafiğe tescil edilmelidir. Avustralya ve ABD’de karavanlara veya eğlenti araçlarına uygulanan konaklama süresi, Türkiye’de öngörülmediğinden sürekli bir kalma için herhangi bir yere başvuruda bulunulması da gerekmemektedir. Sonuç olarak tiny house’un üretimi veya tescili için belediyeden imar izni alınmasına veya İmar Kanunu’nun öngördüğü gerekliliklerin yerine getirilmesine gerek yoktur.

C. Tiny House’ların Üretimi, İnşası ve Karayollarında Olmasına İlişkin Sınırlar

Avustralya’da sabit yapılar için Avustralya İnşa Kanunu (*Building Code of Australia*, BCA) geçerli iken; tiny house’un yolda iken yerine getirmesi gereken yükümlülükler için Avustralya Tasarım Kuralları (*Australian Design Rules*, ADR) ve Araç Standart Tebliği (*Vehicle Standards Bulletin*, VSB) dikkate alınmalıdır⁴³. ADR’ye göre THOW’lara

ve bu evlerden üretilen tesise işletme sertifikası verir. Bu hususta bkz., Madison / Madison, s. 65.

⁴⁰ Madison / Madison, s. 70.

⁴¹ Madison / Madison, s. 71.

⁴² Madison / Madison, s. 71.

⁴³ Wenban, s. 3, 4.

uygulanabilecek en anlaşılır kural, yükseklik 4.3 m, genişlik 2.5 m ve uzunluk da 12.5 metredir⁴⁴. Bu gerekliliklere uymak zorunlu olmamakla birlikte bu azami sınırlardan daha geniş bir THOW üretilirse yolda giderken “oversize” işareti ve escort araçlar gibi ek gereklilikler yerine getirilerek yapı taşınabilir⁴⁵. Avustralya’da tiny house’ları satmak için üreten şirketler ise Motor Ticareti Kanunu (*Motor Trades Act*) hükümlerince tiny house’ları üretir ve satarlar⁴⁶.

ABD’de Uluslararası Konut Standartları’na ek olarak yayımlanan Appendix Q düzenlemesinde tiny house’a ilişkin genel standartlar belirlenmiştir. Bazı belediyeler tarafından kabul edilerek yürürlüğe giren bu standartlar; çatı katında acil çıkış pencereleri ve minimum kaçış alanını, çatı katı tavan yüksekliği, ana zemin tavan yüksekliği ve merdivenlere ilişkin gereklilikleri ortaya koymuştur. Bu düzenlemelere göre çatı katı yüksekliği 2032 mm’den fazla olamaz. Normal yaşam alanının tavan yüksekliği ise 2032 mm’den az olmayacaktır. Banyo, tuvalet ve mutfak için ayrılan alanların tavan yüksekliği, 1930 mm’den az olamaz. Nihai olarak bütün bu alanların m²’si, 37’yi geçemez⁴⁷.

Türkiye’de ise mevzuatta ayrı bir düzenleme yapılmadığı için tiny house’lar Karayolları Trafik Kanunu’nda öngörülen “römork” kategorisinde değerlendirildiğine⁴⁸ daha önce değinilmişti. Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 3’üncü maddesinde yapılan tanımlara göre O sınıfı, bir motorlu araç tarafından çekilen ve motorsuz olan römork veya yarı römorkları ifade eder. O1 sınıfı, 750 kilogramı aşmayan römorklar için, 0-2 sınıfı 750 ile 3500 kg arasındaki römorklar için kullanılır. Çekme karavanlar, römork sınıfına dahilken 2012 yılında motorlu karavan ayrıca tanımlanarak ayrı bir hukuki rejim öngörülmüştür.

2918 sayılı Kanun’un 35’inci maddesine göre römorkların muayene istasyonlarında muayeneye sokulması gerekmektedir. Ayrıca, Karayolları Trafik Yönetmeliği’nin 29’uncu ve 42’nci maddelerine göre yüklü ağırlığı 750 kg’ın üstünde olan römorkların trafiğe tescil edilmeleri gerekmektedir. Bu tescil, trafik tescil kuruluşlarınca yerine getirilir. Römorkları çeken çekici araçlar ve römorkların ayrı ayrı trafiğe tescil edilmeleri, ayrıca çekici araç ve römork takacak araçların tescil belgelerine römorkları ile çekecekleri azami yük taşıma sınırı yazılır (m. 42). Söz konusu Yönetmelik’in 54’üncü maddesine göre 750 kg’ın altındaki römorklar için ayrı bir tescil plakası verilmez; çeken aracın plakası yapıştırılır. Ancak, 750 kg’ın üzerindeki römorklar için ayrı bir tescil plakası takılır.

⁴⁴ Wenban, s. 3.

⁴⁵ Wenban, s. 3-4.

⁴⁶ Wenban, s. 4.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. International Code Council, “Appendix Q Tiny Houses”, (<https://codes.iccsafe.org/content/IRC2018P7/appendix-q-tiny-houses>) (s.e.t. 18.05.2023).

⁴⁸ Karaaslan / Parlak Biçer, s. 540.

750 kg ile 3500 kg arasındaki römorklar için O2 onaylı tip belgesinin alınması gerekmektedir. Tip onay belgesi, römorkların kara yolunda tescil edilebilmesi için, güvenlik şartlarının ve gereksinimlerinin karşılandığını belirten resmi bir belgedir⁴⁹. Tip onay belgelerinin verilmesini düzenleyen kaynak metin, 2009 tarihli Motorlu Araçlar ve Römorkları Tip Onayı Yönetmeliği'ni (2007/46/AT) yürürlükten kaldıran, "Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunların Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerinin Tip Onayı ve Piyasa Gözetimi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik (AB/2018/858)"tir.

Avrupa ülkelerinde taşınır evlere ilişkin sürücü ehliyetleri büyük benzerlik göstermektedir⁵⁰. Şayet taşınabilir ev, araçla birlikte 3.5 tonu geçmiyorsa özel bir sürücü ehliyeti belgesine sahip olunması gerekmemektedir. Ancak, bazı ülkelerde, B ehliyet yeterli olmadığından BE sınıfı ehliyet talep edilmektedir⁵¹. Türkiye'de ise Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 75'inci maddesi uyarınca B sınıfı sürücü belgesiyle kullanılan araçlara takılan ve azami yüklü ağırlığı 3.500 kilogramı geçmeyen römork içeren birleşik araçları kulanacaklara BE sınıfı ehliyet verilir. Tiny house sahibinin BE ehliyeti olmasına gerek yoktur. Tiny house'u çeken aracı kullanan kişinin BE ehliyeti olması yeterlidir. Ayrıca ilgili aracın çeki demirinin takılı olması ve bu çeki demirinin gerekli işlemler yapılarak ruhsata işlenmesi gerekir. Kamyon veya çekici kullanacaklara ise C sınıfı ehliyet verilir.

Tiny house'lar, römork kategorisine dahil edildiklerinden bir motorlu taşıt değillerdir. 18 Şubat 1963 tarih ve 197 sayılı Motorlu Taşıtar Vergisi Kanunu'nda römorklar için bir vergi de öngörülmemiştir. Ayrıca, mevcut hukuk düzeninde tiny house'lar bir araç olarak değerlendirilmeleri nedeniyle taşınmaz niteliğine de sahip değildir. Bu nedenle, emlak vergisine tabi değildirler.

D. Tiny House'ların Park Edilmesi ve Sürekli Şekilde Konumlandırılması

Tiny house'ların birçok açıdan avantaja sahip olduğu aşikardır. Bu avantajların en önemlisi, şüphesiz, yapı ve imar düzenlemelerinin gerekliliklerini yerine getirme zorunluluğu bulunmamasıdır. Ancak, yapı ve imar düzenlemelerinin, tiny house'ların park edilme süresine ilişkin öngördüğü sınırlayıcı hükümler de bir dezavantaj olarak görülebilir⁵². ABD'deki tiny house'ların belirli bir yerde kalmalarına ilişkin olarak RV parkları bir seçenek olabilir. Ancak çoğu RV parklarda, güvenlik ve olası

⁴⁹ Tip onay belgesi, "Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunların Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerinin Tip Onayı ve Piyasa Gözetimi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik (AB/2018/858)"in 3'üncü maddesinin uu bendinde yapılan tanıma göre, "onay kuruluşunun bir araç, sistem, aksam veya ayrı teknik ünite tipinin onaylandığını resmi olarak bildiren belgeyi" ifade eder.

⁵⁰ Kodarin, "Tiny House Legislation In Europe", 2019.

⁵¹ Kodarin, "Tiny House Legislation In Europe", 2019.

⁵² Ford / Gomez-Lanier, s. 401.

diğer sorunlar nedeniyle sadece RVIA sertifikalı tiny house'lara izin verilir⁵³. Tiny house'ların bir yerde park edilmesine ilişkin süre sınırı ABD'de 30 gün, Avustralya'da ise 15 gündür. Bu sürelerin dolmasıyla birlikte tiny house, park edildiği yerden kaldırılmalıdır⁵⁴.

Türkiye'de ise tekerlek üzerindeki tiny house'lar genel olarak bir karavan olarak muamele gördüğünden, ABD ve Avustralya'nın aksine, belirli bir yerde kalmasına ilişkin bir süre sınırı bulunmamaktadır. Belirli bir yerde uzun süre kalma hususunda bir süre sınırının veya alan sınırlarının bulunmaması, birçok vatandaşın tepkisine de neden olabilmektedir⁵⁵. Dolayısıyla Türkiye'de tiny houselar, gerek imarlı araziye gerek imarsız araziye veya park edilebilecek kamusal bir yere sürekli olarak park edilebilir.

E. Tiny House'ların Önündeki Hukuki ve Diğer Engeller

Tiny house'lar bir dizi hukuki ve diğer engeller ile karşı karşıyadır. Tiny house'lar, yukarıda bahsedildiği üzere, Avustralya ve ABD örneklerinde genellikle "eğlenti aracı" olarak kabul edilmekte ve bunlara sınırlı bir yerleşim süresi verilmektedir. Ayrıca, tiny house'ları sürekli olarak park etmek için elverişli ve yeterli alanların bulunmaması ve "yerleşim sertifikası" (*certificate of occupancy*) almanın zorluğu da önemli bir engel teşkil etmektedir⁵⁶. Türkiye'de ise tiny house'ların park edilmesi veya tamamen yerleştirilmesi hususunda onlar için ayrılan özel ve uygun yerler bulunmamaktadır.

Tiny house'ların uzun süre konumlandırılmaları konusunda yabancı hukuk uygulamalarına bakıldığında, bazı belediyelerde yasaklandığını bazılarında ise bir dizi hukuki prosedür aşmaları gerektiği görülmektedir. Sürekli yerleşim alabilmek için uygulanan prosedür de devletten devlete, belediyeden belediyeye değişmektedir. Bu ise tiny house uygulamalarına ilişkin belirsizlik ve endişe meydana getirmektedir. Nitekim, tiny house almak veya yapmak isteyen bireyler, tiny house'ların imar yasalarına aykırı şekilde konumlandırılmalarının hukuka yasak, hatta suç olarak nitelendirilmeleri endişesi ile karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Bu endişe ve söylentilerin birincil kaynağı, imar düzenlemelerinin küçük evlerin gelişmesinin önündeki engellerden biri olduğudur⁵⁷. Çünkü tiny house yapıları ile yapı ve imar düzenlemelerinin öngördüğü gereklilikler uyumluluk göstermeyebilir. Bu hukuki problemten kaçınmak amacıyla treyler üzerine ev inşa etmek

⁵³ Madison / Madison, s. 69.

⁵⁴ Wenban, s. 2; Shearer / Burton, 2018, s. 6.

⁵⁵ Sondakika, "Karavancılar Kartal Sahilinde Park Alanlarını İşgal Etti", 15.05.2023, (<https://www.sondakika.com/haber/haber-karavancilar-kartal-sahilinde-park-alanlarini-iscal-etti-15910136/>) (s.e.t. 29.05.2023).

⁵⁶ Wenban, s. 1; Çizmecioğlu / Kaya, s. 15.

⁵⁷ Katherine M. Vail, "Saving the American Dream: The Legalization of the Tiny House Movement", Vol. 54, 2016, University of Louisville Law Review, s. 370; Çizmecioğlu / Kaya, s. 16

de, başka sorunlar meydana getirebilmektedir⁵⁸. Bu kurumsal engellerin bireylerin karşısına çıkarılması, tiny house sahibi olmamanın veya tiny house edinmekten vazgeçmenin en önemli sebebidir⁵⁹.

Amerika'da ve Avustralya'da bazı yerel otoritelerin, tiny house'lara "ikincil ev yapıları" (*accessory dwellery unit, ancillary dwellings*) nitelmesi yaparak sürekli oturma imkanı vermesi söz konusudur. Bu durum tiny house'lara ilişkin yasallık sorunlarına tam olarak çare olamamakta veya sorunu tiny house hareketi mensuplarının istediği şekilde çözememektedir. Türkiye'de de bu tarz bir çözümün benzer sorunları doğuracağı aşikardır. Türkiye'deki büyük şehir yerleşkelerine bakıldığında Türkiye açısından "ikincil yapı" şeklinde bir çözüm, uygulanabilir veya samimi bir çözüm olmayacaktır. Nitekim, Tiny house sektörünün gelişmesinin önündeki önemli bir etken, tiny house'ları koyacak uygun bir yer bulunmamasıdır. Türkiye bu açıdan oldukça problemlili şehir merkezlerine sahip olduğundan tiny house alanlarına yer veren imar düzenlemeleri yapılmalıdır.

Tiny house'lara talep ve ilgi her geçen gün artmakta ve tiny house kullanımı yaygınlaşmaktadır. Bu çerçevede, yukarıda belirttiğimiz üzere, özellikle ABD'de Uluslararası Konut Standartları'na ek olarak düzenlenen "Appendix Q Tiny House" düzenlemelerinin yapılmasıyla bazı şehirler, bu düzenlemelere geçerlilik kazandırarak tiny house'lara bir şekilde sürekli yerleşim imkanı vermektedir⁶⁰. Ancak, bu gelişmelere rağmen çoğu ülkede tiny house'lar, hukuki statü bakımından ve hakim eğilime göre konut olarak tanınmamaktadır⁶¹.

Ev sahipleri, taşınmazlarının değerinin düşeceği endişesiyle veya çeşitli kiralama siteleri aracılığıyla kısa dönem turizmi için tiny house'ların kullanılmasına itiraz etmektedirler. Bu gerekçelerle tiny house'lara şehir içinde yer verilmesine karşı çıkmaktadırlar⁶². Bu engeller daha çok THOW'lar için geçerlidir. Sabit tiny house'lar, birçok kısıtlamayla karşılaşmakla birlikte, Avustralya'nın tamamında ve Amerika'nın çoğu devletinde legaldir. Ev sahiplerinin tepkisi ve şikayet edilme endişelerine ek olarak, tiny house'lar için ev kredisi alma imkanı bulunmadığından Avustralyalılar daha standart konutlar ile ilgilenmektedirler⁶³. Türkiye'de de ev sahiplerinin benzer tepkiler verebileceği, turizm ve emlak sektöründeki hakim çevrelerin de tiny house hareketine sıcak bakmadığı (işlerinin azalacağı zannıyla), yapılan yayınlar ve haberler gözlemlendiğinde anlaşılmaktadır. Keza, ABD ve Avustralya'da olduğu gibi Türkiye'de de belediye ve merkezi otoriteler,

⁵⁸ Vail, s. 370.

⁵⁹ Shearer / Burton, 2018, s. 6.

⁶⁰ Ford / Gomez-Lanier, s. 401.

⁶¹ Bkz. Shearer / Burton, 2018, s.7.

⁶² Heather Shearer / Paul Burton, "Tiny Houses: Movement or Moment", *Housing Studies*, 2021, s. 9.

⁶³ Shearer / Burton, 2021, s. 9.

tiny house'ların hukuki rejimine ilişkin *status quo*'yu (mevcut durum veya pozisyonu) savunma eğilimini devam ettirmektedirler.

III. TINY HOUSE'LARIN HUKUKİ AÇILARDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında Türkiye'de tiny house'ların çeşitli açılardan değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Nitekim Türkiye'de tiny house'lara ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak tiny house'ların insanlar tarafından tercih edilme sıklığının artması, insanların sürekli oturma amacıyla bu yapıları kullanmaya başlamaları nedeniyle çeşitli hukuki sorunların meydana geleceği de inkar edilemeyecek bir gerçektir. Bu sebeple tiny house'ların barınma ve konut hakkı kapsamında anayasal bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekir. İmar Kanunu'na tabi olmamaları nedeniyle ayrıca idare hukuku kapsamında bir incelemenin de yapılması önemlidir. Son olarak, tiny house'ların sıklıkla konu olduğu özel hukuk ilişkileri bağlamından bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu kapsamda tiny house'ların bina ve yapı ya da konut olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılacak, yerleşim kavramı ile ilişkisi açıklanacak, konu oldukları sözleşmenin hukuki niteliği hakkında açıklamalarda bulunulacak ve tiny house'ların bulunduğu yere tebligat yapılıp yapılamayacağı irdelenecektir.

A. Anayasal Açıdan Bir Değerlendirme

Tiny house'lar doğrudan konut hakkı (*right to housing*) ile kolaylıkla ilişkilendirilebilir⁶⁴. Konut hakkı 1982 Anayasası'nın 57'inci maddesinde, “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu teşebbüsleri destekler” şeklinde düzenlenmiştir. Konut hakkı, insanın en temel ihtiyaçlarının biri olan barınma gereksinimini temel aldığından insan onuruna yaraşır bir hayat için olmazsa olmazdır⁶⁵.

Konut hakkının nesnesi konuttur. Konut, uluslararası insan hakları hukukunda geniş bir bağlam içinde tanımlanmaktadır. BM İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17'nci maddesinin kapsamına ilişkin sunduğu Genel Yorum'unda, konut, “kişinin oturduğu, ya da olağan olarak yerleşimini gerçekleştirdiği yer” olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşme'nin

⁶⁴ Konut hakkı, dar anlamıyla sadece barınma gereksinimi anlamındaki barınma hakkına karşılık gelir. Konut hakkı, geniş anlamıyla, fahiş kira artışlarına koruma, alt yapı hizmetlerine ulaşım gibi bazı asgari unsurları da içine alan bir kavramdır. Begüm Seyhan, “Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019, s. 5.

⁶⁵ Seyhan, s. 64.

⁶⁶ Fatmagül Kale, “Uluslararası ve Ulusal Boyutlarıyla Konut Hakkı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013, s. 26. Yayınlanmamış hali için bkz., Fatmagül

8'inci maddesinde düzenlenen özel yaşama ve konuta saygı hakkının kapsamını değerlendirirken bu haktan faydalanabilmek için bireyin söz konusu yer ile “yeterli ve devam eden bağlarının mevcudiyetini” araştırmaktadır⁶⁷. AİHM, *Chapman v. UK* kararında, Roman bireylerin kullandıkları karavanları “konut” olarak değerlendirmiştir⁶⁸. Bu değerlendirmeyi yaparken, Romanların gezginci yaşam tarzları hususuna dikkat çekilmiştir⁶⁹. Aynı şekilde tiny house'lar da, daha önce belirtildiği üzere sadece boyutlarının küçüklüğü ile nitelendirilemez. Özellikle Amerika ve Avustralya bağlamında ve etkisinin yayılmasıyla diğer ülkelerde tiny house'lar çevresel ve ekonomik sürdürülebilirlik, bağımsızlık, bahçeli bir evde yaşama hayali ve güdüsü ile ilişkilendirilmektedir. Bu hususlar ise bireyin özel yaşamına ve konutuna saygı duyma hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu açıklamalar çerçevesinde tiny house'ların da bir “konut” olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, tiny house'lar yerleşme hürriyeti ile de ilgilidir. Yerleşme hürriyeti, kişinin istediği yere yerleşebilmesinin sonucu olarak kişinin istediği yerde konutunu seçebilmesi ve konutunu değiştirebilmesini de kapsar⁷⁰. Bu açıdan tiny house'lara oturma izni verilmesi, bireylerin yerleşme hürriyetlerini geliştirecektir.

Konut hakkı kavramı, konuta kolay ulaşılabilmesini mümkün kılacak önlemlerin alınmasını da içeren bir kavramdır⁷¹. Tiny house'ların diğer konutlara nazaran finansmanının karşılanabilirliği daha kolay olması bakımından ulaşılabilirliğe sahiptir. Bu nedenle, konut hakkının önemli öğelerinden biri olan “yasal güvenceli kullanım” devlet tarafından tiny house'lar için de düzenlenmelidir. Bu tedbirlerin alınması, devletin “gereğini yerine getirme yükümlülüğü” (*obligation to fulfill*) altında değerlendirilebilir. Ayrıca, bu tarz bir düzenleme, devlete ek bir külfet de getirmeyecektir. Bu açıdan Anayasa'nın 65'inci maddesinde, devletin sosyal ve ekonomik hakları yerine getirme yükümlülüğünün “mali kaynaklarının yeterliliğine” bağlanması sınırı⁷² söz konusu olmayacaktır. AİHM, kişinin satın aldığı arsasında karavanı ile yaşamaya başlamasına rağmen çevre kirliliği nedeniyle oturma izni verilmemesi ve tahliye edilmesine ilişkin *Chapman v. UK* kararında, devletlerin oturma izni verip vermeme konusunda takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir⁷³. Bu kapsamda Türkiye'de imarsız arazilere tiny house kondurulmasına

Kale, Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

⁶⁷ Kale, Tez, s. 28.

⁶⁸ Chapman / The United Kingdom, AİHM, Başvuru No: 27238/95, 18.01.2001, § 100.

⁶⁹ Chapman / The United Kingdom, § 105.

⁷⁰ Kale, Tez, s. 68.

⁷¹ Seyhan, s. 56.

⁷² Serkan Yolcu, Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 313.

⁷³ Chapman / The United Kingdom, § 92.

yasal ve idari izin verilmesi, AİHS'in ihlali anlamına gelmeyecektir. Mahkeme, kararının devamında taraf devletin çevrenin kirleneceği gerekçesiyle oturma izni vermemesi ve tahliye etmesi tedbirinin de toplumun menfaatinin öncelenmesinin başvurusunun menfaati karşısında savunulabilir olduğunu ve tedbirin de Sözleşme'ye uygun olduğunu savunmuştur⁷⁴. Türkiye'de imarsız arazilerde tiny house kullanımına çevre ve görüntü kirliliği gerekçeleriyle itiraz edilmesi karşısında Mahkeme, büyük ihtimalle Sözleşme'nin ihlalinin söz konusu olmadığı neticesine ulaşabilir. Ancak, idare hukuku açısından incelememizde görüleceği üzere, tiny house'ların çevre ve görüntü kirliliği oluşturduğu iddiası, Türkiye'de yürürlükteki mevzuat uyarınca da söz konusu olamaz.

B. İdare Hukuku Açısından Bir Değerlendirme

Tiny house'lar esasında hukuki olarak ilk etapta idare hukuku ile ilişkilidir. Tiny house'ların çevre ve görüntü kirliliğine yol açıp açmadığı, idare hukuku açısından yapı ve imar düzenlemelerine konu olup olmayacağı ile kamu hizmetlerinden faydalanıp faydalanamayacağı meseleleri idare hukukunu ilgilendirmektedir. Bu başlıkta tiny house'lar, idare hukuku bakımından başta çevre ve imar hukuku mevzuatı olmak üzere ilgili düzenlemelerden yola çıkılarak ele alınmaya çalışılacaktır.

1. Çevre ve Görüntü Kirliliği Üzerine

Çalışmamızda ele alınması gereken ilk husus, tiny house'ların, Çevre Kanunu'ndan⁷⁵ hareketle, kanunun amacı ve çevrenin korunması hükümleri kapsamında bir değerlendirme yapmak suretiyle çevre kirliliği yaratıp yaratmayacağıdır. Bu noktada Çevre Kanunu'ndaki çevre kirliliği tanımından hareket etmek gerekecektir. Çevre kirliliği, Çevre Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 2. maddesinde tanımlanmaktadır. Buna göre çevre kirliliği, "*Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkiyi*" ifade eder. Çevre Kanunu'nun "*Kirletme yasağı*" başlıklı 8. maddesi ise hukuka aykırı çevresel müdahaleler nedeniyle ortaya çıkan kirliliğe ilişkin önemli bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre; "*Her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek, depolamak, taşımak, uzaklaştırmak ve benzeri faaliyetlerde bulunmak yasaktır. Kirlenme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ilgililer kirlenmeyi önlemekle; kirlenmenin meydana geldiği hallerde kirleten, kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya azaltmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler*".

Bazı turizm ve emlak sektörünün birtakım ekonomik kaygılarla kendilerine rakip olarak gördükleri tiny house'lardan rahatsız oldukları kamuoyuna yansımaktadır. Tiny house'lar, kanuni tanıma göre çevre

⁷⁴ Chapman / The United Kingdom, § 82.

⁷⁵ RG, T. 11.08.1983, S. 18132.

kirliliği yaratabilecek bir unsur olmayıp; aksine canlıların sağlığı ve ekolojik dengeye olumlu katkılar sunan nesnelere. Konut olarak adlandırılmayan ancak konaklama ve barınma maksatlı yapılan bu tekerlekli küçük evler aslında sade yaşama dönüş olarak algılanabilir. Bu nedenle de birçok yönden aşırı tüketimin mevcut olduğu konutta yaşam şekline nazaran daha çevreci ve ekonomik bir alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıca Çevre Kanunu'nun "Kirlitenin sorumluluğu" başlıklı 28. maddesine göre; "Çevreyi kirlitenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar." Çevreye yönelik her müdahalenin hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesi, çevre hukukunun ruhuna aykırı bir tutumun ortaya çıkmasına yol açacağından çevreye yönelik sadece hukuka aykırı müdahalelerin 28. madde kapsamında kirlitenin sorumluluğunu doğurabileceğini ifade etmek gerekir⁷⁶. Bu durumda başlı başına tiny house kullanımını çevre kirliliği olarak nitelemek yerinde olmayacaktır.

Çevre hukukunun temel ilkelerinden biri olan "kirliten öder ilkesi" gereğince çevre kirliliğinin önlenmesi, denetlenmesi ve giderilmesi ile çevrenin iyileştirilmesine yönelik yapılan harcamaların kural olarak kirliten tarafından karşılanması gerekir⁷⁷. Zira Çevre Kanunu'nun 3/g maddesinde bu ilkedeki hareketle "Kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar kirliten veya bozulmaya neden olan tarafından karşılanır. Kirlitenin kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirlitenden tahsil edilir" hükmüne yer vermiştir. Bu durumda düzensiz kentleşme ve çevre kirliliğinin önüne geçilmesi ve tarımsal alanların korunması adına denetimlerin sıkı şekilde yapılması gerektiği de aşıkardır.

Aslında önemli bir çevre sorunu olmasına rağmen Çevre Kanunu'nda görüntü kirliliğinin önlenmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak belediyelere ilişkin mevzuatta belediyelere ve İmar Kanunu'nda ise belediyeler ile valiliklere, şehirlerin estetik görünümünü bozan görüntü kirliliğini önlemek görevi verilmiştir. Buna göre 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun⁷⁸ 15. maddesinde "Reklam panoları ve tanıtıcı tabelalar konusunda standartlar getirmek" ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun⁷⁹ 7. maddesinde, "ilân ve reklam asılacak yerleri ve bunların şekil ve ebadını belirlemek" belediyelerin görev ve sorumlulukları arasında sayılmıştır. Görüldüğü üzere şehirlerde hukuka aykırı olarak ortaya çıkan görüntü kirliliğini önlemek ilk etapta belediyelerin görevi olmakla birlikte belediyelere ilişkin mevzuatta

⁷⁶ Ahmet M. Güneş, Çevre Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 317.

⁷⁷ Güneş, s. 79.

⁷⁸ RG, T. 13.07.2005, S. 25874.

⁷⁹ RG, T. 23.07.2004, S. 25531.

görüntü kirliliğine oldukça dar bir açıdan bakılarak konunun sadece “*ticari tabela ve levhalar kirliliği*” olarak sınırlandırıldığı görülmektedir⁸⁰.

Görüntü kirliliğini, sadece ticari tabela ve levhalarla sınırlamak mümkün görünmemekte, idarenin ihmalleri neticesinde ortaya çıkan düzensiz kentleşmenin de görüntü kirliliği olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁸¹. İmar Kanunu’nun 21. maddesinde ise “*belediyeler veya valilikler mahallin ve çevrenin özelliklerine göre yapılar arasında uyum sağlamak, güzel bir görünüm elde etmek amacıyla dış cephe boya ve kaplamaları ile çatının malzemesini ve rengini tayin etmeye yetkilidir*” denilmek suretiyle idarenin sorumluluk alanının daha geniş düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte madde metninden de anlaşılacağı üzere ilgili idarelerin bu madde uyarınca mahallin ve çevrenin özelliklerine göre yapılar arasında uyum sağlamak ve güzel bir görünüm elde etmek amacıyla görüntü kirliliğini önleme yetkisine sahip olabilmeleri, kısacası ilgili idarelerin bu hususta yetkili olabilmeleri, bu evlerin imar mevzuatı yönünden “*yapı*” olarak değerlendirilmesi halinde mümkün olacaktır. Bu durumda ise görüntü kirliliğinin önlenmesi amacıyla mevzuatla görevli ve yetkili kılınmış idarelerin, günümüzde sayıları oldukça artan tiny house’lar bakımından bu evlerin konumlandırıldıkları yerle ve çevreyle uyum sağlayıp sağlamadıkları noktasında, denetim yetkisine sahip olduklarını belirtebiliriz.

2. Tiny House’ların “*Yapı*” Statüsünde Sayılıp Sayılamayacağı

İmar mevzuatına göre ilgili idarenin, imar sınırları içerisinde arazisinde yapı yapacak maliklere henüz yapıya başlamadan önce ruhsat verme, yapıyı yaparken de yapının imar planında ve mevzuatında yapı ile ilgili öngörülen kurallara uygun olarak yapılar yapılmadığını denetleme yetkileri söz konusudur⁸². O halde çalışmamızda üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus ise özel hukukta sorumluluk bahsinde yapı eseri olarak kabul edilen tiny house’ların, idare hukuku açısından imar mevzuatı uyarınca “*yapı*” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

İmar hukukunun temel kavramlarından biri olan yapı, 3194 sayılı İmar Kanunu’nda⁸³ açıkça tanımlanmıştır. Buna göre yapı; “*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler*”dir (m. 5). Diğer yandan Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği’nde de aynı yönde bir tanım mevcuttur (m. 3/k).

Ayrıca yapı, İmar Kanunu’na göre; “*Kuruluş veya kişilerce kendilerine ait tapusu bulunan arazi, arsa veya parsellerde, Kuruluş veya kişilerce, kendisine*

⁸⁰ Şükrü Karatepe, “Kentsel Görüntü Kirliliğinin Hukuki Boyutu”, C. 13, S. 37, Y. 2022-3, Kent Araştırmaları Dergisi, s. 1057.

⁸¹ Karatepe, s. 1057.

⁸² Halil Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 385.

⁸³ RG, T. 09.05.1985, S. 18749.

ait tapusu bulunmamakla beraber kamu kurum ve kuruluşlarının vermiş oldukları tahsis veya irtifak hakkı tesis belgeleri ile, İmar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir” (m. 20).

İmar Kanunu'nun 21. maddesinde ise yapı ruhsatına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre Kanun, bu Kanun'un kapsamına giren bütün yapılar için, istisnalar dışında, belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınmasını zorunlu tutmuştur. Aksi halde yapının, ruhsatsız yapı kavramı içinde değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. İmar Kanunu'nda ruhsatsız yapıya ilişkin doğrudan bir tanımlama mevcut olmamakla birlikte; Kanun'un “*Ruhsatsız veya ruhsat eklerine aykırı olarak başlanan yapılar*” başlıklı 32. maddesinde ruhsatsız yapıya ilişkin düzenleme yer almaktadır.

Ruhsat alınmadan yapılan veya ruhsat ve eki olan projeye aykırı olarak yapılan yapılar ruhsatsız yapı, imar mevzuatına aykırı yapı ya da kaçak yapı olarak adlandırılmaktadır⁸⁴. Tiny house'lar bakımından ise imar hukuku kurallarına aykırılık oluşturan kaçak yapı kavramının gündeme gelip gelemeyeceğinin tespit edilebilmesi için öncelikle bu evlerin imar mevzuatı uyarınca “*yapı*” kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bir statü hukuku olan idare hukuku⁸⁵ bakımından tiny house'ların “*yapı*” statüsünde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti, bu evlerin imar mevzuatına tabi olup olmadığının anlaşılması bakımından önem arz etmektedir.

Tiny house'lar hem barınma hem seyahat imkanını içerdiğinden özellikle deprem ve sel gibi doğal afetlerin sıkça yaşandığı günümüzde daha kolay ulaşılabilir olması sebebiyle sıkça tercih edilir hale gelmiştir. Bu evler esasen bir karavan gibi seyahat etmekten ziyade kısıtlayıcı imar kanunlarından kaçmak ve mevzuatın getirdiği zorlayıcı ekonomik giderleri hafifletmek için ortaya çıkmıştır. Tekerlekli veya sabit olarak tasarlanan tiny house'ların, kullanım süreçleri bakımından farklı hukuki rejime tabi olduğunu belirtmek gerekmektedir. Tekerlekli tiny house'larla ilgili olarak bunların hareket edebilen konutlar yani bir araç olarak düşünüldüğüne bu nedenle bir plakaya sahip olması gerektiğine, araç muayenesine tabi olduğuna, araç statüsünde karayolları mevzuatı çerçevesinde değerlendirildiğine daha önce zaten değinilmişti⁸⁶. Anılan hükümlerden de yola çıkıldığında gerek seyir halindeki gerek park halindeki tekerlekli tiny house'ları idare hukuku açısından imar mevzuatı kapsamına giren bir “*yapı*” hükmünde değerlendirmek yerinde

⁸⁴ Yasin Sezer / Recep Emre Kalkan / Mustafa Emre Şahin, İmar Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 156.

⁸⁵ Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 42. Bir statü hukuku olan idare hukukunda, tarafların serbestçe kararlaştırdıkları hukuki ilişkiler bulunmamakta olup; kanun ve düzenleyici işlemlerle önceden öngörölmüş “*statüler*” yani “*genel hukuki durumlar*” bulunmaktadır. Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. 1, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 71.

⁸⁶ Bkz. Yukarıda II., A., 2.

olmayacaktır. O halde imar mevzuatı uyarınca “yapı” olarak ele alamayacağımız tekerlekli tiny house’lar bakımından, ruhsatsız yapı, imar mevzuatına aykırı yapı ya da kaçak yapıdan da bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda imar mevzuatı uyarınca yapı ruhsatına tabi olmayan bu evler bakımından, imar mevzuatı uyarınca ruhsatsız yapılar hakkında işletilen; yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulması (İmar Kanunu m. 32/1), hakkında yıkım kararı alınarak yıkım işlemlerine başlanması (İmar Kanunu m. 32/5) vs. hükümlerinin de ilgili idarelerce işletilmesi söz konusu olmayacaktır.

Anayasa ve kanunlarla kendisine pek çok görevler yüklenen idare, kamu yararı amacıyla çok çeşitli idari faaliyetler yürütür. İdare hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmasının da temel unsurunu oluşturan kamu hizmeti, idari faaliyetin de konusunu oluşturur⁸⁷. Bu noktada ancak araç olarak değerlendirebileceğimiz tiny house’ların su, elektrik ve kanalizasyon gibi kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının olup olmadığı konusuna da açıklık getirmek gerekecektir.

İmar Kanunu’nun “Yapı kullanma izni” başlıklı 30. maddesine göre yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde ise bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren ilgili idarelerden izin alınması zorunludur. Aksi halde “Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar” (İmar Kanunu m. 31). O halde düzenlemeye göre yapı kullanma izni olmayan yapıların kamu hizmetlerinden faydalanmaları mümkün görünmemektedir. Bu durumu, yapı kullanma izni olmayan yapılar bakımından ilgili idarelerin kamu hizmeti sunma zorunluluğu bulunmadığı şeklinde de değerlendirmek mümkündür. Buna göre imar mevzuatı uyarınca “yapı” olmadığı için yapı kullanma iznine tabi olmayan dolayısıyla yapı kullanma izni bulunmayan tekerlekli tiny house’lar, Kanun’un anılan 31. maddesindeki açık hüküm gereğince elektrik, su ve kanalizasyon kamu hizmetlerinden faydalanamayacaktır. Ayrıca tekerlekli tiny house’ların herhangi bir şekilde elektrik, su ve kanalizasyon kamu hizmetlerinden faydalanıyor olması, yapı ruhsatı bulunmayan bu evlerin yapı statüsünde değerlendirilerek imar mevzuatına tabi olmasına imkan vermez. Yine bu evlerin kendi imkanlarıyla güneş panelleri ve kuyu suyu kullanarak elektrik ve su ihtiyaçlarını karşılamaları da kamu hizmetlerinden yararlandıkları anlamına gelmemektedir.

Burada ayrıca tiny house’ların taşınır araç niteliğini yitirerek yani plakası sökülme suretiyle trafikten çekilerek daimi ve sabit olarak kullanılmaları söz konusu olduğunda başta İmar Kanunu olmak üzere farklı hukuki rejimlere tabi olup olmayacağına da değinilmesi gerekmektedir. Zira bu evlerin araç niteliğini yitirerek imar mevzuatı uyarınca uygun proje hazırlanmak suretiyle taşınmaz üzerine oturtulması halinde, tiny house’lar hakkında imar mevzuatı uyarınca değerlendirme

⁸⁷ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 587.

yapabilmek mümkün hale gelecektir. Nitekim İzmir 3. İdare Mahkemesinin de bu yönde kararı bulunmaktadır⁸⁸.

Bu noktada imar mevzuatındaki “yapı” kavramından yola çıkmak yerinde olacaktır. İmar Kanunu’nun 5. maddesinde yapı kavramının çok geniş bir şekilde tanımlandığı görülmektedir. İmar hukukunda gerek sabit olsun gerek hareketli olsun sadece ana yapı değil; ana yapıya ek olarak yapılan ilaveler, ana yapı üzerinde yapılan değişiklikler ve onarımlar da yapı sayılmaktadır⁸⁹. Görüldüğü üzere İmar Kanunu’nda, inşaatın yapı olarak nitelendirilebilmesi için daimi ya da muvakkat olması bakımından bir ayırım yapılmamıştır.

İmar Kanunu’nun anılan 20. maddesindeki yapının imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak nerelere yapılabileceğine ilişkin hüküm de dikkate alındığında, elbette ki her türlü inşaatı “yapı” kavramı içinde değerlendirmek, her türlü yapı faaliyetini idarenin denetimi altına sokmak anlamına geleceğinden bu noktada “yapı” kavramının sınırlandırılması gerekliliği ortadadır. Bu doğrultuda bir eserin “yapı” olarak tanımlanabilmesi için bağlama, temel atma vb. yöntemlerle toprak ile belirli bir biçimde bağlantısının kurulmuş ve sabit olması gerektiğine, diğer bir ifadeyle bir inşaatın “yapı” olarak nitelendirilmesi bakımından önemli olan hususun, inşaatın veya üzerindeki ilave ve tesislerin sabit veya hareketli olması değil; inşaatın toprak ile sabit bir bağlantısının olması gerekliliğine dikkat çekmek yerinde olacaktır⁹⁰.

O halde tiny house’ların da taşınmaz üzerine oturtulması halinde, imar mevzuatı uyarınca “yapı” niteliğinde kabul edilmesi ve ilgili idareden ruhsat alınması zorunluluğundan bahsedilmesi gerekecektir. Bu durumda sabit tiny house’lar imar mevzuatına tabidir. Tiny house’lar, aslında diğer yapılara⁹¹ nazaran kurulumu bir nebze daha kolay ve az masraflı olan prefabrik yapılar bakımından aranan plan, proje vs. şartlarını sağlamadan barınma ihtiyacını karşılamak amacıyla ortaya çıkmış evlerdir. Prefabrik evler yapıdır; prefabrik evlerden farklı olarak inşa edilen tiny houselar ise kanaatimizce prefabrik evlerden farklı bir

⁸⁸ Birgün, “Belediyenin ‘tiny house’ kararı, mahkeme tarafından iptal edildi”, 29.11.2022, (<https://www.birgun.net/haber/belediyenin-tiny-house-karari-mahkeme-tarafindan-iptal-edildi-411735>), (s.e.t. 25.05.2023).

⁸⁹ Kalabalık, s. 385.

⁹⁰ Taner Ayanoğlu, Yapı Hukukunun Genel Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 13-14.

⁹¹ Ülkemiz açısından yapılar bakımından göz ardı edilemeyecek derecede önemli bir tehdit oluşturan depremler nedeniyle betonarme ve çelik yapılardan ziyade ahşap yapılara olan eğilim giderek artmaktadır. Buna paralel olarak da ahşap yapılara ilişkin esasları belirlemek üzere birtakım çalışmalar yürütüldüğü bilinmektedir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından ahşap binaların tasarım, hesap ve yapım esaslarına dair yönetmelik taslağı hazırlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet Emin Şişman / Burcu Balaban Ökten, “Yapı Sektöründe Ahşap Teşvik Politikaları ve Etkileri”, 4 (Özel Sayı), Haziran 2023, bāb Mimarlık ve Tasarım Dergisi, s. 59. Bu hususta katkısı için Kande Mimari’ye teşekkür ederiz.

yapıya sahiptir. Bu nedenle tiny house'ların ülkemizdeki gelişiminin önündeki hukuki engellerin kaldırılması adına İmar Kanunu bakımından "yapı" niteliğinde kabul edilen sabit tiny house'ları, prefabrik evlerden farklı bir hukuksal zemine oturtulmasını sağlayacak düzenlemelere ihtiyaç olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Aksi halde imar mevzuatının sıkı şartlarını sağlamaktan bir hayli uzak olan bu evleri imar mevzuatı uyarınca "yapı" olarak nitelendirmek tiny house'ların asıl ortaya çıkış amaçlarını da görmezden gelmek anlamına gelecektir. Ayrıca artan ciddi ihtiyaca cevap verilebilmesi ve buna paralel olarak gelişen hukuki sorunlara cevap bulunabilmesi amacıyla bu evlerin kamu hizmetlerinden faydalandırılmaları adına imar mevzuatı açısından "yapı" statüsünün gerektirdiği sıkı şartlar aranmadan imar mevzuatı uyarınca ayrı bir statüde konumlandırılmalarına ihtiyaç bulunduğuna da değinmek gerekir.

C. Özel Hukuk İlişkilerine Konu Olma Bakımından Bir Değerlendirme

1. Genel Olarak

Tiny house'lar çoğunlukla özel hukuk ilişkilerine konu olduğundan, bu hususta da bir değerlendirme yapılması önem arz eder. Bu kapsamda tiny house'ların konut, bina, yapı eseri, taşınmaz gibi kavramlardan farkının ortaya konulması ve bu kavramlardan herhangi biri olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır. Bu nitelendirme, sorumluluk hukuku ve rehin hakları gibi hususlar bakımından önemlidir. Diğer yandan tiny house'un konu olduğu sözleşmenin hukuki niteliğinin de tespit edilmesi gerekir. Sözleşmenin bir satış sözleşmesi mi eser sözleşmesi mi olduğu üzerinde durulmalıdır. Kira söz konusuysa, araç kirası mı yoksa konut kirası mı uygulama alanı bulacaktır? Özel hukuk ilişkilerinde değerlendirilmesi gereken bir başka mesele, tiny house'un bulunduğu yere tebligat yapılıp yapılamayacağıdır.

Belirtmek gerekir ki, tekerlekli tiny house'lar taşınmaz değildir. Taşınır-taşınmaz ayrımı, eşya hukukundaki temel ayrımdır ve TMK'nın eşya hukukuna ilişkin hükümleri bu ayrıma dayanarak oluşturulmuştur. Bu ayrım, eşyanın bir yerden başka bir yere taşınmasının mümkün olup olmadığı olgusundan hareket eder. Özünde bir değişiklik olmadan bir yerden başka bir yere taşınabilen eşyaya taşınır, taşınamayan eşyaya ise taşınmaz denir⁹². TMK. m. 704/I'de taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler gösterilmiştir. Bunlardan başka bir taşınmazın bütünleyici parçası haline gelen taşınır

⁹² M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 14; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 13, 14; Mehmet Serkan Ergüne, Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 15; Sanem Aksoy Dursun, Eşya Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 37.

eşya ile doğal ürünler de bu hükümlere tabi kılınmıştır. Taşınır lar da bazen hukuk düzenince taşınmaz statüsüne tabi tutulabilir. Nitekim taşınır niteliğine sahip gemiler TTK ve İİK hükümlerinde bazı açılardan taşınmaz hükümlerine tabi kılınmıştır (TTK m. 1017; İİK m. 136). Gemilerde olduğu gibi, bir taşınıra taşınmaz statüsü sadece hukuk düzenince verilebilir. Bir kimsenin kendi iradesiyle bir eşyaya taşınmaz niteliği verebilmesi mümkün değildir⁹³. Tekerlekli tiny house'lar da kendisine zarar gelmeden bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olan eşyalardan olduğundan taşınır eşya niteliğine sahiptir. Motorlu araçlar da taşınır olmasına rağmen, tapu siciline benzer şekilde, özel bir sicile kaydedilmeleri gerekir. Ancak tiny house'larda böyle bir zorunluluk ancak 750 kg üstünde ise söz konusu olabilir⁹⁴.

Tekerlekli tiny house'lar, malike ya da üçüncü kişiye ait bir arazi üzerinde konumlandırılabilir. Bunlar, TMK kapsamında "taşınır yapı" olarak kabul edilir. TMK m. 728'e göre, "Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez". Kanaatimizce, mevcut hukuki düzenlemeler karşısında tiny house'un hukuki statüsünü en iyi niteleyen kavram, "taşınır yapı"dır.

Aşağıda ayrıca tiny house'un yapı eseri, bina ve konut kavramlarından hangisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışılacaktır. Bunun için öncelikle söz konusu kavramlar açıklanmalı ve gerekirse tiny house ile farkları ortaya konulmalıdır.

2. Yapı Eseri ve Bina Kavramları Karşısında *Tiny House*

Yapı eseri ve bina kavramları denince akla ilk gelen konulardan biri, sorumluluk hukukudur. Nitekim TBK m. 69'da düzenlenmiş olan yapı malikinin kusursuz sorumluluğunun konusu, bir bina veya yapı eseridir. TBK m. 69/I'de bir binanın veya diğer yapı eseri malikinin, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükmün uygulama alanının ve sorumluluğun sınırlarının belirlenmesi açısından bina ve yapı eseri kavramlarının tanımlanması gerekir⁹⁵. Kanun koyucu bu kavramları TBK'da tanımlamayı tercih etmemiş, bu kavramların belirlenmesini öğretici ve içtihatlar bırakmıştır.

⁹³ Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 201.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için yukarıda ele alınan "Tiny House'ların Hukuki Rejimi" başlıklı bölüme bakılabilir.

⁹⁵ Ece Baş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 71; Simge Saraçoğlu, Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 59.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yapı, bina kavramını da içeren; fakat kapsam olarak ondan daha geniş bir kavramdır⁹⁶. Bina; insanların veya hayvanların oturması, barınması veya başka ihtiyaçları için yapılan, etrafı çevrili, üstü az çok kapalı ve toprağa bağlı bir yapı eseri olarak tanımlanmaktadır⁹⁷. Yapı ise; insana hizmet etme işlevine sahip, toprakla doğrudan veya dolaylı olarak bağlantısı bulunan, sabit, insan eliyle yapılmış veya insanlar tarafından değiştirilmiş, bir taşınmazın üstünde veya altında, etrafı çevrili, üstü kapalı olan nesnelere⁹⁸. Bir nesnenin yapı eseri olarak kabul edilebilmesi için, sabitlik ve toprağa bağlılık ile insan eliyle yapılmış veya insanlar tarafından değiştirilmiş olma (yapaylık) unsurlarını taşıması gerekir⁹⁹.

Çalışmamızda ele alınması gereken unsur, sabitlik ve toprağa bağlılıktır. Sabitlik ve toprağa bağlılık, iki ayrı unsur olmayıp, birbirini tamamlayan tek bir unsur olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰. Sabitlik kavramından anlaşılması gereken, sürekli kalıcılık değildir¹⁰¹. Bu unsurun sağlanması açısından nisbi sabitlik de yeterli görülmektedir¹⁰². Nisbi sabitlik, yapı eserinin tahsis amacı bakımından sabitliğe sahip olması anlamına gelir¹⁰³. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, bir yapı, tahsis edildiği amaç gerçekleştirildikten sonra kaldırılacak, taşınacak da olsa TBK m. 69 kapsamında yapı olarak değerlendirilmelidir. Tekerlekli tiny house'lar açısından nisbi sabitlik suretiyle bu unsurun kısmen

⁹⁶ Ayanoğlu, s. 4; Özge Yenice Ceylan, Yapı İpoteği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 109, 110; Baş, s. 71; Saraçoğlu, s. 60.

⁹⁷ Baş, s. 73; Saraçoğlu, s. 60. Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 482. Binanın üstünün çatı ile kaplı olması gerektiği yönünde bkz., S. Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 518.

⁹⁸ Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2019, s. 622, N. 2063; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, 750, 751; Baş, s. 75, 76; Alper Uyumaz, "Yapı (İnşaatçı) İpoteği", C. XII, S. 1-2, 2008, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 240; Hümeysra Kaçaran, "Yapı Alacaklarının Kanuni İpotek Hakkı", Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1378; M. Emir Göka, "Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescilinde Karşılaşılan Bazı Sorunlar", Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu, Ed.: Uğur Orhan, M. Emir Göka, Ece Göztepe, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 458; Yenice Ceylan, s. 109.

⁹⁹ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz., Huguenin, s. 623, 624; Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 187 vd.

¹⁰⁰ Baş, s. 77; Saraçoğlu, s. 65.

¹⁰¹ Huguenin, s. 622, N. 2063.

¹⁰² Huguenin, s. 624, N. 2067; Tandoğan, s. 187; Eren, Genel Hükümler, s. 751; Baş, s. 77, 78; Saraçoğlu, s. 66. Sabitlik şartı nedeniyle yapı eseri kavramından sadece taşınmazların anlaşılması gerektiği yönünde bir sonuç çıkarılmasının isabetli olmadığı yönünde bkz., Tandoğan, s. 189; Eren, Genel Hükümler, s. 752; Baş, s. 77.

¹⁰³ Baş, s. 77; Saraçoğlu, s. 66.

sağlandığı söylenebilir. Ancak toprağa bağlılık unsuru nedeniyle tekerlekli tiny house'ların yapı olarak nitelendirilmesi hususunda sorunlar söz konusu olabilir. Yapı olarak nitelendirilen nesnede toprağa bağlılık, doğrudan veya dolaylı olabilir. Tekerlekli tiny house'larda, tiny house'un kendisi zemine sabitlenmediğinden doğrudan bağlılığın söz konusu olmadığı açıktır. Burada bir dolaylı bağlılığın söz konusu olup olamayacağı üzerinde düşünmek gerekir. Nesne, zemine bağlı olan bir yapının parçasını oluşturduğunda, dolaylı bağlılığın varlığı kabul edilir.¹⁰⁴. Alman hukukunda yerçekimi kuvveti nedeniyle olsa bile, amaca uygun bir şekilde toprağa bağlılığın yeterli olduğunu ifade eden görüşler mevcuttur¹⁰⁵. Benzer şekilde, Türk öğretisinde de, toprağın üzerine bırakılan malzeme bakımından dolaylılık şartının sağlandığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁰⁶. Bu görüş dolaylı bağlılığın bu derece geniş yorumlanmaması gerektiği düşüncesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁷.

Tekinay, Kanun'da ifade edilmeyen ve Yargıtay kararlarında da yer verilmediği gerekçeleriyle sabitlik ve toprağa bağlılığı yapı eserinin bir unsuru olarak nitelendirmemektedir¹⁰⁸. Yazara göre lokomotif ve tramvayları, hatta otomobili¹⁰⁹ yapı eseri sayan kararlar mevcuttur ve ihtiyaçlara uygun olan da budur¹¹⁰. Dolayısıyla konumuz açısından hareketli yapıların yapı eseri kabul edilip edilemeyeceği üzerinde düşünmek gerekir. İsviçre öğretisinde zeminle geçici bağlantısı olan hareketli yapıların yapı eseri olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹¹. Eren de hareketli olan şeylerin sabitlik ve toprağa bağlılık unsurunu taşımadıkları için yapı eseri sayılmayacaklarını vurgulamakla birlikte; bunların hareket halinde bulunmadıkları sürece yapı eseri

¹⁰⁴ Huguenin, s. 624, N. 2067.

¹⁰⁵ Hartwig Sprau, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, C. H. Beck, München, 2018, § 836, s. 1505, N. 2, 3.

¹⁰⁶ Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 172.

¹⁰⁷ Saraçoğlu, s. 66.

¹⁰⁸ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 518. 519.

¹⁰⁹ Motorlu araçların TBK m. 69 kapsamında yapı eseri olarak kabul edilip edilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmaların odak noktası, yapı eserinin sabitlik unsurudur. Bu tartışmanın KTK'da yer alan motorlu taşıtların neden olduğu zararlara ilişkin özel düzenleme nedeniyle pratik bir öneme sahip olmadığı ifade edilmektedir. Nitekim motorlu araçlar yapı eseri olarak kabul edilse bile KTK'daki özel düzenleme karşısında TBK m. 69'un uygulanması mümkün görünmemektedir. Bu hususta bkz., Saraçoğlu, s. 82, 83. Motorlu araçların hareket halinde bulunmaması olasılığında, toprağa bağlılık unsurundan söz edilemeyeceği ve KTK'da öngörülen sorumluluğun duran araçları da kapsamaması nedeniyle bu ihtimalde dahi TBK m. 69'un uygulanamayacağı yönünde bkz., Baş, s. 83. Tiny house'lar motorlu araç olmadıklarından bu tartışmadan hareketle bir değerlendirme yapmaya gerek yoktur.

¹¹⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 519.

¹¹¹ Huguenin, s. 624, N. 2067.

olabileceğini dile getirmektedir¹¹². Nitekim sorumluluk hukukundaki hareketsizlik kavramı, eşya hukukunda olduğundan daha farklı bir anlama sahiptir. Sorumluluk hukukunda taşınır yapı gibi eşyalar da yapı eseri sayılır¹¹³. Kanaatimizce bu görüş, tiny house'lar sorumluluk hukuku ilkeleri çerçevesinde yapı eseri kavramı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden, kabule şayandır. Son olarak, tiny house'un karayollarında çekilirken, yani hareket halindeyken bir zarara sebep olması durumunda doğacak sorumluluk üzerinde de durmak gerekir. 2918 sayılı Kanun'un "motorlu araç römorkları" başlıklı 102. maddesinde, "Bir römorkun veya yarı römorkun veya çekilen bir aracın sebep olduğu zarardan dolayı, çekicinin işleteni, motorlu aracı işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulur. Çekilen araçla ilgili olarak sorumluluk genel hükümlere tabidir" düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır ki, tiny house kendisine çeken araca bir çeki demiriyle bağlanmak suretiyle hareket halindeyken bir zarar meydana gelirse, bu zarardan çekicinin işleteni sorumludur. Çekicinin işletenin sorumluluğu, motorlu araç işletenin sorumluluğu gibidir¹¹⁴.

3. Tiny House'un Konut Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği

Türk Dil Kurumu konutu, "insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgah" olarak tanımlamaktadır¹¹⁵. Kanuni düzenlemelerde ise konutun hukuki tanımına rastlamak mümkün değildir. Bu durum karşısında, çeşitli özel hukuk ilişkilerini düzenleyen hükümlerden faydalanarak konutun kavramsal tanımının ve sınırlarının belirlenmesi gerekir. Bu belirlemede ilk başvurulacak kaynaklardan biri, kira hükümleridir. Kira hükümleri çerçevesinde konutun söz konusu olabilmesi için, sürekli oturmak amacıyla kiralanması gerekir. İnsanların içinde sürekli olarak yaşamalarına imkan vermediklerinden çadır ve karavanlar konut olarak nitelendirilmemektedir¹¹⁶. Kiralanan konutun TMK hükümlerine göre yerleşim yeri niteliği taşıması şart değildir. Burada önemli olan konutun, kiracının günlük ihtiyaçlarını karşılaması, onu dış etkenlerden koruması ve günübirlik olmamasıdır. Konutun dış yapısı değil, sözleşme ile öngörülen kullanım amacı esas alınır¹¹⁷.

¹¹² Eren, Genel Hükümler, s. 752.

¹¹³ Eren, Genel Hükümler, s. 752; Gümüş, Genel Hükümler, s. 483.

¹¹⁴ Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz., Fikret Eren, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları", 39 (1) 1987, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 172 vd.

¹¹⁵ <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 28.10.2023.

¹¹⁶ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 401. Çadır ve karavanların bazı durumlarda konut olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz., Özkan Özyakışır, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 51.

¹¹⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 401; Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 333; Gençer

Bir yapı eserinin konut olarak kabul edilebilmesi için bazı yapısal gereklilikler de aranmaktadır. Bu gerekliliklerinden biri olarak, konutun yatay ve dikey¹¹⁸ olarak kapalı bir bütünlük teşkil etmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁹. Burada konutun zorunlu olarak üstü kapalı olması gerekip gerekmediğiyle ilgili öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, konut üstü kapalı olma unsurunu zorunlu olarak içermektedir¹²⁰. Buna karşılık diğer bir görüş, TBK'da böyle bir şart aranmadığından konutun üstü kapalı olmasının zorunlu olmadığını ileri sürmektedir¹²¹. Diğer yandan TBK m. 399 hükmünün lafzi yorumdan hareket eden bazı yazarlar, konut kiralalarında konutun mutlaka taşınmaz niteliğine sahip olması gerektiğini ifade etmektedir¹²². Buna karşılık Özyakışır, kiralananın barınma ihtiyacını karşılama ve dış etkenlerden koruma amacıyla kiralanması durumunda, taşınır-taşınmaz niteliğe bakılmaksızın konut kirasının varlığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹²³. Kanaatimizce de taşınır kiralanaların taşınmaz kiralanalardan daha az korunmaya layık olmaması, kiracının korunması ilkesine de uygundur düşeceğinden bu görüş üstün tutulmalıdır.

Günümüzde birçok insan farklı gerekçelerle apartman yaşamını terk ederek tiny house'larda yaşamaya başlamışlardır. Bu yeni yaşam şekli, sürekli oturma amacını da taşımaktadır. Çadır ve karavanın aksine, tiny house'lar, insanların içinde sürekli yaşamalarına imkan veren donanıma sahip yapılardır. Bu donanım sayesinde, insanlar her türlü günlük ihtiyaçlarını bir apartman yaşamından farklı olmaksızın giderebilmekte, dış etkenlerden korunabilmektedir. Ayrıca tiny house'lar yatay ve dikey olarak bir bütünlüğe de sahiptir. Uygulamada tiny house'ların genellikle çelik ve ahşap malzemelerden üretildiği görülmektedir. Dikdörtgen formlarda üretilen tiny house'lar olduğu gibi,

Özdemir, "Kira Sözleşmesi", Editör: Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 36. Benzer yönde bir konut tanımlaması için bkz., Mustafa Alper Gümüş, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 15; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 192.

¹¹⁸ Yatay ve dikey olarak kapalı bir bütünlük teşkil edilmesinden maksat, üstünün örtülü ve etrafının duvarlarla çevrili olmasıdır. Bu hususta ayrıca bkz., Özyakışır, s. 52.

¹¹⁹ Peter Higi / Anton Bühlmann / Christoph Wildisen, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, Die Miete, 5. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2019, s. 98, N. 8.

¹²⁰ Murat Doğan, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 29; M. Murat İnceoğlu, "Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 247; Özyakışır, s. 53.

¹²¹ Eren, Özel Hükümler, s. 402; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 14.

¹²² Doğan, s. 29; Nihal Ural Çınar, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 13.

¹²³ Özyakışır, s. 52.

üçgen şeklinde ya da karma yapıda tiny house'lara da rastlanmaktadır. Kullanılan malzemenin cinsi ve yapının şekli, bir yerin konut olarak nitelendirilmesine engel değildir. Önemli olan kullanım amacıdır. Bu sebeptendir ki; insanların içinde sürekli yaşamalarına imkan veren, onları dış etkenlerden koruyan ve günlük ihtiyaçların karşılanmasına hizmet eden bu çevre dostu yapıların, taşınır niteliğe sahip olmasına rağmen, konut olarak nitelendirilmesi gerekir.

4. Tiny House'un Yerleşim Yeri Kavramı ile İlişkisi

Yerleşim yeri, kişi ile yer arasındaki hukuki bağı, dolayısıyla kişinin bir yere bağlılığını ifade eden bir kavramdır¹²⁴. Yerleşim yeri, TMK m. 19/I'de tanımlanmıştır. Buna göre, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yere yerleşim yeri denir. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda¹²⁵ da benzer şekilde, sürekli kalma niyetiyle oturulan yer “yerleşim yeri adresi” olarak tanımlanmaktadır (m. 3). Öğretide çoğunlukla yapılan tanımlarda yerleşim yerinin, “*kişinin hayat faaliyetlerinin ve ilişkilerinin yer bakımından merkezi*” olarak ifade edildiği görülmektedir¹²⁶.

Yerleşim yeri ile konut kavramları yakın bir ilişki içerisindedir; ancak bu iki kavram birbirinden farklı kavramlardır. Konut, kişinin yer ile arasındaki fiili ilişki iken; yerleşim yeri hukuki bir ilişkidir ve hukuken bulunulan yeri ifade eder¹²⁷. Bu sebeple bir yerin yerleşim yeri olabilmesi için oturma ve yerleşme niyetinin varlığı aranır. Oysa konutta yerleşme niyeti olmaksızın fiili bir oturma hali mevcuttur. Bir kimsenin birden çok yerde, birden çok konutu olabilir. Ancak yerleşim yerinde “teklik ilkesi” egemendir¹²⁸. Nitekim TMK m. 19/II'de bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bir yerin yerleşim yeri olarak kabul edilebilmesi için, sürekli olarak oturma ve yerleşme niyetinin varlığı aranır. Sürekli olarak oturma unsurunun gerçekleşmesinde oturulan yerin niteliği önemli değildir¹²⁹. Bu sebeple oturulan yer bir apartman dairesi olabileceği gibi çadır da olabilir. Yerleşme niyetinin mevcut olup olmadığı bir yorum faaliyetini gerektirir ve kişinin dışa yansıyan davranışlarına göre tespit edilebilir¹³⁰.

¹²⁴ M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 20. Bası, Filiz Kitabı, İstanbul, 2021, s. 149; Ayşe Havutçu, “Evli Kadının Yerleşim Yeri”, 7 (1) 2005, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 29; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Yerleşim Yeri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 10; Cem Baygın/Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 473.

¹²⁵ RG, T. 29.04.2006, S. 26153.

¹²⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, *Kişiler, Hukuku*, s. 149; Vardar Hamamcıoğlu, s. 4; Baygın / Nar, s. 473.

¹²⁷ Vardar Hamamcıoğlu, s. 11; Baygın / Nar, s. 473.

¹²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 160; Vardar Hamamcıoğlu, s. 123; Baygın / Nar, s. 474

¹²⁹ Vardar Hamamcıoğlu, s. 73.

¹³⁰ Vardar Hamamcıoğlu, s. 65.

Bir kimse haftasonlarını ya da tatillerini geçirmek üzere bir tiny house edinmişse, tiny house'un bulunduğu yer yerleşim yeri olamaz. Bu durumda tiny house, konut niteliğine sahip olmasına rağmen; bulunduğu yer yerleşim yeri statüsü kazanamaz. Dolayısıyla sürekli olarak oturma ve yerleşme niyetinin varlığı unsurları mevcut olduğu takdirde, tiny house'un bulunduğu yerin yerleşim yeri olarak kabul edilmesi gerekir.

5. Sözleşmenin Konusu Olarak Tiny House

Tiny house'ların hem satış sözleşmesine hem eser sözleşmesine konu olması mümkündür. Sözleşmenin hangi durumlarda satış, hangi durumlarda eser sözleşmesi olduğunun tespit edilmesi gerekir. Tiny house'un konu olduğu sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti; sözleşmenin tabi olduğu şekil, ayıptan sorumluluk, yarar ve hasarın geçmesi hükümlerinin belirlenmesi açısından önemlidir.

Tiny house, sözleşmenin kurulduğu sırada mevcutsa, mülkiyetin devrine ilişkin sözleşme satış sözleşmesidir. Burada TMK m. 728 gereğince taşınır satışı söz konusudur. Buna karşın sözleşmenin konusu olarak tiny house, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana getirilecekse eser sözleşmesinin varlığı kabul edilir¹³¹. Bu durumda bir kimsenin üretim merkezine giderek halihazırda bir tiny house satın alması satış sözleşmesiyken; ileride meydana getirilmek suretiyle bir tiny house teslimine ilişkin sözleşme eser sözleşmesidir. Ancak sözleşmenin kurulduğu sırada tiny house'un varlığı, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi açısından tek başına yeterli değildir. Tiny house, üreticinin yeteneklerinin önemsenmediği, alıcının kişisel ihtiyaçlarına özgü olmayan bir şekilde tamamen anonim, gayri şahsi özellikler gösteriyorsa bu durumda yine satış sözleşmesi söz konusu olur¹³². Uygulamada her iki sözleşme tipiyle karşılaşmak mümkündür. Tiny house'ların üretim şekillerine bakıldığında, artık kişisel ihtiyaçların ön planda olduğu dolayısıyla yüklenicinin beceri ve niteliklerinin önem kazandığı tipte yapılara rastlanmaktadır. Bu şekilde üretilen tiny house'lar eser sözleşmesinin konusunu oluşturur.

Tiny house'un kira sözleşmesinin konusu olması da mümkündür. Mevcut düzenlemeler karşısında, tiny house'lar hakkında taşınır kiralara mı konut kiralara mı ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı aydınlatılması gereken meselelerden biridir. Bir taşınır yapı olan tiny house'ların konut olarak kabul edilmesi gerektiğine daha önce değinilmişti. İhtiyaçlara cevap verir nitelikteki bu kabul, tiny house'un sürekli bir yaşam biçimi olarak kabul edilmesinin sonuçlarına da en uygun çözüm olacaktır. Bu sebeple, tiny house'un kira sözleşmesine konu olması durumunda, konut kiralara ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir¹³³.

¹³¹ Eren, Özel Hükümler, s. 610.

¹³² Eren, Özel Hükümler, s. 610, 611.

¹³³ Konut kiralara ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için, kiralananın konut olması yeterli değildir. Kira konusunun bulunduğu yer ve

6. Tiny House'ların Rehni

Tekerlekli tiny house'lar TMK m. 728 kapsamında taşınır yapı olarak kabul edilir. Bu sebeple tiny house'lar üzerinde rehin tesis edilecekse, TMK m. 728/II hükmü gereğince, taşınır rehnine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. TMK m. 939'a göre, "*kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınırlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir*". Zilyetlik alacaklıya devredilmedikçe rehin hakkının kurulmasına imkan vermeyen teslim bağli taşınır rehninin kurulabilmesi için, rehin sözleşmesinin kurulmuş olması ve aynı sözleşme veya zilyetliğin devri suretiyle tasarruf işleminin yapılması gerekir¹³⁴. Teslime bağli taşınır rehninin kapsamına nelerin gireceği TMK m. 947'de açıkça düzenlenmiştir. Anılan hükme göre rehin, taşınırın eklentilerini, bütünleyici parçaları¹³⁵ ve doğal ürünleri kapsamaktadır. Tekerlekli tiny house'ların rehni söz konusu olduğunda da rehinin kapsamına bütünleyici parçalar ve eklentiler girer. Şöyle ki bu tür yapıların önüne, daha fazla alan elde etmek amacıyla verandalar kurulabilmektedir. Bu veranda, tiny house'un altına kurulan bir sistem sayesinde açılarak ortaya çıkıyorsa, ayrı bir eşya özelliği olmadığından bütünleyici parça; hariçten inşa edilmek suretiyle kurulmuşsa eklenti niteliğindedir. Her iki durumda da teslim bağli taşınır rehninin kapsamında yer alır¹³⁶.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka mesele, sorumluluk hukuku açısından yapı eseri olarak kabul ettiğimiz tiny house'ların yapı ipotegine konu olup olamayacağıdır. Yapı ipoteginin kurulması için, üzerinde rehin tesis edilebilecek bir taşınmaz bulunmalıdır¹³⁷. TMK m. 893/I-3'te "*bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı*" karşılığı olarak kanuni ipotek

kira süresine ilişkin birtakım şartların da yerine getirilmesi gerekir. Çalışmamız açısından önem arz eden mesele, kira konusunun bulunduğu yer bakımından uygulama alanının belirlenmesi ile ilgilidir. Bu kapsamda kiralanan konutun belediye teşkilatı bulunan bir yerde bulunup bulunmaması önemli değildir. Dolayısıyla kiralanan nerede bulunursa bulunsun TBK m. 339 vd. hükümleri uygulama alanı bulur. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., Özyakışır, s. 59-62.

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 1168 vd.; Sirmen, s. 751 vd.; Mehmet Serkan Ergüne, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağli Taşınır Rehninin Kuruluşu, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 134 vd.

¹³⁵ Hükümde taşınırın bütünleyici parçaları açıkça rehlin kapsamı içerisinde sayılmamışsa da, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bunların taşınır rehninin kapsamına dahil olduğu TMK m. 684'ün zorunlu bir sonucudur. Bu hususta bkz., Faruk Acar, Rehin Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 118.

¹³⁶ Bütünleyici parçanın rehne dahil olmadığı rehin sözleşmesinde kararlaştırılabilir. Ancak bu, bütünleyici parçanın asıl eşyadan ayrılmasının mümkün olması halinde geçerlidir ve sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur. Bu hususta bkz., Aslı Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 203.

¹³⁷ Cemal Oğuz, "Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu", C. XIII, S. 1-2, 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 63.

hakkının tescilinin istenebileceği düzenlenmesi yer almaktadır. Bu kapsamda yapı; bir taşınmazın üstünde veya altında, doğrudan veya dolaylı olarak toprağa bağlı ve sabit, etrafı çevrili, üstü kapalı, ekonomik ihtiyaçlar ve insanların oturması için insanlar tarafından yapılan nesnelere ifade eder¹³⁸. Tekerlekli tiny house'lar taşınmaz niteliğine sahip olmadıkları gibi, üzerinde buldukları taşınmazda kalıcı olması da amaçlanmaz. Bunlar TMK m. 728 çerçevesinde taşınır yapı olarak kabul edildiklerinden, üzerinde yapı ipoteğinin tesis edilmesi mümkün değildir¹³⁹.

7. Tiny House ve Tebligat

Günümüzde tiny house'ların sürekli bir yaşam amacıyla konut olarak kullanılmaya başlanması nedeniyle açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer konu, tiny house'un bulunduğu yere tebligat yapılıp yapılamayacağı meselesidir. Bu konu, özellikle sık sık yer değiştirme ihtimali bulunan tekerlekli tiny house'lar açısından irdelenmelidir.

Tebligat, “bir davaya ilişkin olan işlemleri, o davayla ilgili kişilere Kanun'da belirtilen usule uygun olarak bildirmek için yapılan belgelendirme işlemi” olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁰. Tebligat, muhatabın bilinen son adresine yapılır. Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığı anlaşılırsa veya tebligat herhangi bir nedenle yapılamazsa, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen son adres olarak kabul edilerek tebligat buraya yapılır¹⁴¹. Tekerlekli tiny house'u konut olarak kullanarak burada sürekli bir yaşam kuran bir kimse için tebligatın nereye yapılacağı önemli bir sorun teşkil edecektir. Bu sorun, elektronik tebligatla ortadan kaldırılabilir. Elektronik tebligat, elektronik ortamda oluşturulmuş bir belgenin tebliği yapan resmi makam aracılığıyla elektronik posta yoluyla muhataba bildirilmesidir¹⁴².

6099 sayılı Kanun'la¹⁴³ 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda değişiklik yapılarak 7/a maddesine “Elektronik tebligat” başlığını taşıyan yeni bir hüküm eklenmiştir¹⁴⁴. Bu hüküm 7101 sayılı Kanun'un¹⁴⁵ 48. maddesiyle

¹³⁸ Uyumaz, s. 240; Kaçaran, s. 1378.

¹³⁹ Karavan, çadır ve prefabrik ev gibi yapılardan doğan alacaklar için de aynı yönde bir değerlendirme için bkz., Yenice-Ceylan, s. 112; Tuğçe Oral, “Türk-İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, C. 68 S. 3, 2019, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 689.

¹⁴⁰ Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 139.

¹⁴¹ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 142.

¹⁴² Levent Börü, “Elektronik Tebligat”, 10 (1) 2020, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 186; Taner Emre Yardımcı, “Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat”, 2019/3, Ankara Barosu Dergisi, s. 6.

¹⁴³ RG, T. 19.01.2011, S. 27820.

¹⁴⁴ “Elektronik tebligat:

MADDE 7/a - Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir. Anonim, limited

değiştirilerek son halini almıştır. Tebligat Kanunu m. 7/a hükmünün birinci fıkrasında, kendisine elektronik tebligat yapılması zorunlu gerçek ve tüzel kişiler sayıldıktan sonra ikinci fıkrada isteğe bağlı muhataplara da elektronik tebligat yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, “*Birinci fıkra kapsamı dışında kalan gerçek ve tüzel kişilere, talepleri halinde elektronik tebligat adresi verilir. Bu durumda bu kişilere tebliğatin elektronik yolla yapılması zorunludur*”.

Tekerlekli tiny house kullanıcıları, elektronik tebligat adresi olarak sorun yaşamadan tebligatlarına ulaşabilirler. Elektronik tebligat adresi, “*PTT tarafından, gerçek kişiler için kimlik bilgileri, tüzel kişiler için ise tabi oldukları sistem bilgileri esas alınmak suretiyle tek ve benzersiz şekilde oluşturulan ve UETS’ye kaydedilen tebligat adresini*” ifade eder (Elektronik Tebligat Yönetmeliği m. 3/I, d). Tekerlekli tiny house kullanıcıları, Tebligat Kanunu çerçevesinde isteğe bağlı muhataplar¹⁴⁶ arasında yer alır. Elektronik Tebligat Yönetmeliği’nin¹⁴⁷ 7. maddesine¹⁴⁸ göre; elektronik tebligat alma zorunluluğuna tabi olmayan, bir başka ifadeyle isteğe bağlı muhatapların elektronik tebligat adresi almak için PTT’ye başvurması gerekir. Elektronik tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır (Tebligat Kanunu m. 7/a, 4)¹⁴⁹.

ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebliğatin zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır. Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

¹⁴⁵ RG, T. 15.03.2018, S. 30361.

¹⁴⁶ Börü, s. 201; Yardımcı, s. 10.

¹⁴⁷ RG, T. 06.12.2018, S. 30617.

¹⁴⁸ Elektronik tebligat adresi alma zorunluluğuna tabi olmayanlar için yapılacak başvuru

MADDE 7 – (1) 5 inci maddenin ikinci fıkrası kapsamında kalan gerçek veya tüzel kişiler, elektronik tebligat adresi almak için PTT’ye başvurabilir.

(2) PTT başvuru sahibinin kimliğini aşağıdaki bilgi ve belgelere göre tespit eder:

a) Türk vatandaşları için kimlik numarası bulunan Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartı, pasaport, kanunen kimlik yerine geçen geçerli resmî belge veya güvenli elektronik imza.

b) Yabancılar için yabancı kimlik numarası, Mavi Kart numarası, pasaport veya güvenli elektronik imza.

c) Tüzel kişiler için tabi oldukları sistem bilgileri.

¹⁴⁹ Ayrıntılı bir inceleme için bkz., Alper Tunga Küçük, “Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebliğatin Yapılmış Sayılacağı Tarihin Belirlenmesi”, 16 (179) 2021, Terazi Hukuk Dergisi, s. 1320 vd.

SONUÇ

Günümüzde yükselen bir akım haline gelen ve kullanımı her geçen gün artan tiny house'lar, çeşitli hukuki ilişkilere konu olmasına rağmen, birkaç istisnai ülke dışında, hukuki zemine oturtulmamış yapılar olarak karşımıza çıkmaktadır. Tiny house'lar tekerlekli ve sabit olmak üzere iki farklı şekilde üretilebilmektedir. Bu çalışmanın büyük bir kısmında, tekerlekli tiny house'lar ele alınarak bu yönde açıklamalarda bulunulmuştur.

Tiny house'lar Türkiye'de "çekme karavan" olduğu dikkate alınarak 2918 sayılı Kanun kapsamında "römork" olarak kabul edilmektedir. Ancak tiny house'lar sadece insan taşımak için imal edilen motorsuz araçlardan ibaret olmadığından, 2918 sayılı Kanun'daki römork tanımının tiny house'ları nitelerek için uygun bir tanım olmadığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim tiny house'lar insanlara günlük ihtiyaçlarını karşılayabilecekleri, sürekli bir yaşam imkanı sunmaktadır. Bu sebeple tiny house'ların römork statüsünden çıkarılarak özel bir hukuki statüye kavuşturulması gerekir. Bunun için de tiny house'lar hakkında özel hukuki düzenlemelerin yapılması gerekir.

Bu çalışmada, tiny house'lar hakkında özel hukuki düzenleme olmadığından, bu yapıların hukuki rejimini açıklamak amaçlanmıştır. Bu kapsamda varılan sonuçların şöyle özetlenmesi mümkündür: İlk olarak tiny house'lar idare hukuku ile ilişkilidir. Sabit tiny house'ların İmar Kanunu hükümlerine tabi olduğu tartışmasızdır. Ancak tekerlekli tiny house'lar bakımından aynı sonucun kabulü, tiny house'ların ortaya çıkış amacıyla bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla artan ciddi ihtiyacı karşılayabilmesi ve buna paralel olarak gelişen hukuki sorunlara cevap bulunabilmesi amacıyla bu evlerin kamu hizmetlerinden faydalandırılmaları adına imar mevzuatı açısından "yapı" statüsünün gerektirdiği sıkı şartlar aranmadan imar mevzuatı uyarınca ayrı bir statüde konumlandırılmalarına ihtiyaç bulunduğunu da vurgulamak gerekir. Diğer yandan tekerlekli tiny house'ların herhangi bir şekilde elektrik, su ve kanalizasyon kamu hizmetlerinden faydalanıyor olması, yapı ruhsatı bulunmayan bu evlerin yapı statüsünde değerlendirilerek imar mevzuatına tabi olmasına imkan vermez. Tiny house'ların kendi imkanlarıyla güneş panelleri ya da kuyu suyu kullanarak elektrik ve su ihtiyaçlarını karşılamaları da kamu hizmetlerinden yararlandıkları anlamına gelmemektedir. Tiny house'lara yöneltilen bir diğer eleştiri, çevre ve görüntü kirliliği yarattıkları yönündedir. Tiny house'lar, kanuni tanıma göre çevre kirliliği yaratabilecek bir unsur olmayıp; aksine canlıların sağlığı ve ekolojik dengeye olumlu katkılar sunan nesnelere. Konut olarak adlandırılmayan ancak konaklama ve barınma maksatlı yapılan bu tekerlekli küçük evler aslında sade yaşama dönüş olarak algılanabilir. Bu nedenle de birçok yönden aşırı tüketimin mevcut olduğu konutta yaşam şekline nazaran daha çevreci ve ekonomik bir alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.

Covid-19 pandemisi ve doğal afetler nedeniyle tercih edilmesinin yanısıra artan emlak ve kira fiyatları da tiny house'ların tercih edilmesinde önemli bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasal bir perspektiften bakıldığında tiny house'lar, konut hakkı ve yerleşme

hürriyeti ile doğrudan ilgilidir. Tiny house'ların "konut" olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Konut hakkı, konuta kolay ulaşılabilmesini mümkün kılacak önlemlerin alınmasını içeren bir kavramdır. Tiny house'ların diğer konutlara nazaran finansmanın daha kolay karşılanabilir olması ulaşılabilirliğini artırmaktadır. Bu nedenle, konut hakkının önemli öğelerinden biri olan "yasal güvenceli kullanım" devlet tarafından tiny house'lar için de düzenlenmelidir.

Son olarak tiny house'lar özel hukuk ilişkilerine konu olma bakımından da bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Nitekim tiny house'ların taşınmaz, konut, yapı, bina kavramları içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, tiny house'lara tebligatın nasıl yapılacağı gibi önemli hukuki sorunlarla karşılaşılması mümkündür. Bu kapsamda tiny house'ların taşınmaz niteliğine sahip olmadıklarını, sorumluluk hukuku çerçevesinde yapı eseri kabul edildiklerini, konut olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylememiz gerekir. Ayrıca tekerlekli tiny house'ların sık sık yer değiştirme ihtimali de bulunduğundan, elektronik tebligat vasıtasıyla tiny house kullanıcıları gecikmeksizin tebligatlarına ulaşabilir.

Görülmektedir ki tiny house'lar uygulamada birçok hukuki sorunu da beraberinde getirebilmektedir. Bu hukuki sorunların ortadan kaldırılabilmesi amacıyla tiny house'lara ilişkin açık hukuki düzenlemelerin yapılması önemlidir. Keza, tiny house'ların üretilmesi ve diğer yönlerine ilişkin mevzuatta yer alması gereken eksiklikler de giderilmelidir.

KAYNAKÇA

- Acar F, Rehin Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Aksoy Dursun S, Eşya Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Alexander LT, "Tiny Homes: A Big Solution to American Housing in Security", Vol. 15, 2021, Harvard Law & Policy Review, ss. 471-509.
- Aral F / Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Ayanoğlu T, Yapı Hukukunun Genel Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Baş E, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Baygın C / Nar A, Medeni Hukuk Dersleri-I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Birgün, "Belediyenin 'tiny house' kararı, mahkeme tarafından iptal edildi", 29.11.2022, (<https://www.birgun.net/haber/belediyenin-tiny-house-karari-mahkeme-tarafindan-iptal-edildi-411735>), (s.e.t. 25.05.2023).
- Börü L, "Elektronik Tebligat", 10 (1) 2020, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 183-225.
- Çizmecioğlu C / Tanrıverdi Kaya A, "Küçük Ev Hareketi Üzerine Tematik Bir Derleme", Mimarlık, Planlama ve Tasarım Alanında Yeni Trendler, Editörler: Prof. Dr. Alper Çabuk / Doç. Dr. Hüseyin Samet Aşıkutlu, Duvar Yayınları, İzmir, 2022, ss. 6-23.
- Doğan M, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Eren F, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları", 39 (1) 1987, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 159-212.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Özel Hükümler).
- Eren F, Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Ergüne MS, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Ergüne MS, Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Ford J / Gomez-Lanier L, “Are Tiny Homes to Stay? A Review of Literature on the Tiny House Movement”, Volume 45, Issue 4, 2017, Family and Consumer Sciences Research Journal, ss. 394-405.

Göka ME, “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Tescilinde Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu, Ed.: Uğur Orhan, M. Emir Göka, Ece Göztepe, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Gözler K, İdare Hukuku, C. 1, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.

Gümüş MA, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Gümüş MA, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022 (Özel Hükümler).

Gümüş MA, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (Kira Sözleşmesi).

Güneş AM, Çevre Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Havutçu A, “Evli Kadının Yerleşim Yeri”, 7 (1) 2005, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 29-50.

Higi P / Bühlmann A / Wildisen C, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, Die Miete, 5. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2019.

Huguenin C, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2019.

Hürriyet, “İzmir’de ‘tiny house’a yıkım kararı, İdare Mahkemesi’nden döndü”, 07.09.2022. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/izmirde-tiny-housea-yikim-karari-idare-mahkemesinden-dondu-421333333> (s.e.t. 31.10.2023).

International Code Council, “Appendix Q Tiny Houses”, (<https://codes.iccsafe.org/content/IRC2018P7/appendix-q-tiny-houses>) (s.e.t. 18.05.2023).

İmre Z, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

İnceoğlu MM, “Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Kaçaran H, “Yapı Alacaklarının Kanuni İpotek Hakkı”, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1363-1398.

Kalabalık H, İmar Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Kale F, “Uluslararası ve Ulusal Boyutlarıyla Konut Hakkı”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013 (Tez).

Kale F, Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Karaaslan N S / Parlak Biçer Z Ö, “Mobil Konut Üretiminin Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi”, Volume 11, Issue 5 (Special Issue), December 2023, Online Journal of Art and Design, ss. 527-546.

Karatepe Ş, “Kentsel Görüntü Kirliliğinin Hukuki Boyutu”, C. 13, S. 37, Y. 2022-3, Kent Araştırmaları Dergisi, ss. 1053-1059.

Kodarin D, “Tiny House Legislation In Europe”, *Houzeke*, 21 June 2019. (<https://houzeke.com/tiny-house-legislation-in-europe/>) (s.e.t. 17.05.2023).

Küçük AT, “Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayılacağı Tarihin Belirlenmesi”, 16 (179) 2021, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 1319-1327.

Madison G / Madison A, *Tiny House: Designing, Building, and Living*, Indiana: Dorling Kindersley Limited, 2017.

Makaracı Başak A, Taşınır Rehni Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

NTV, “Edirne Valiliği’nden ‘tiny house’lar için suç duyurusu”, 02.05.2023. <https://www.ntv.com.tr/turkiye/edirne-valiliginden-tiny-houselar-icin-suc-duyurusu,EDtemLSAvUWIR945ctddEQ> (s.e.t. 31.10.2023).

Oğuz C, “Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu”, C. XIII, S. 1-2, 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 61-75.

Oğuzman MK / Seliçi Ö / Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021 (Eşya Hukuku).

Oğuzman MK / Seliçi Ö / Oktay-Özdemir S, Kişiler Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabı, İstanbul, 2021 (Kişiler Hukuku).

Oral T, “Türk-İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, C. 68 S. 3, 2019, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss 665-706.

Özdemir G, “Kira Sözleşmesi”, Editör: Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Özyakışır Ö, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Pekcanitez H / Atalay O / Özekes M, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Saraçoğlu S, Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Seyhan B, “Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019.

Sezer Y / Kalkan RE / Şahin ME, İmar Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Shearer H / Paul B, “Tiny Houses: Movement or Moment”, 2021, Housing Studies, ss. 1-23 (2021).

Shearer H / Paul B, “Towards a Typology of Tiny Houses”, 2018, Theory and Society, ss. 1-21 (2018).

Sirmen L, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Sondakika, “Karavancılar Kartal Sahilinde Park Alanlarını İşgal Etti”, 15.05.2023, (<https://www.sondakika.com/haber/haber-karavancilar-kartal-sahilinde-park-alanlarini-isgal-etti-15910136/>) (s.e.t. 29.05.2023).

Sprau H, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, C. H. Beck, München, 2018.

Şişman ME / Ökten BB, “Yapı Sektöründe Ahşap Teşvik Politikaları ve Etkileri”, 4 (Özel Sayı), Haziran 2023, bāb Mimarlık ve Tasarım Dergisi, ss. 48-64.

Tandoğan H, Türk Mes’uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Tekinay SS / Akman S / Burcuoğlu H / Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Ural Çınar N, Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Uyumaz A, “Yapı (İnşaatçı) İpoteği”, C. XII, S. 1-2, 2008, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 225-258.

Vail KM, “Saving the American Dream: The Legalization of the Tiny House Movement”, Vol. 54, 2016, University of Louisville Law Review, ss. 357-379.

Vardar Hamamcıoğlu G, Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Wenban C, “The US tiny house on wheels movement with respect to a building code and relevance to Australia”, 2019, *Australian Planner*, ss. 1-5.

Wotton J / Henry S / Leigh S, “Tiny House – When Size Matters”, 2019, *Australian Planner*, ss. 1-12.

Yardımcı TE, “Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat”, 2019/3, Ankara Barosu Dergisi, ss. 1-38.

Yenice Ceylan Ö, Yapı İpoteği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Yolcu S, Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

6102 SAYILI TTK HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE “TİCARİ İŞ” ile “TİCARİ DAVA” KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

*Relation between the Concepts of Commercial Business and Commercial
Litigation within the Framework of the Provision of TTK no. 6102*

Emrullah ÖZÜBEK*
Dr. Öğr. Üyesi Bilal ÖZEL**

Öz: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Birinci Kitabı altında düzenlenen hükümlerin Ticari İşletme kavramı etrafında şekillendiği görülmektedir. Bu kavram ile doğrudan bağlantı içinde bulunan “Ticari İş” ve “Ticari Dava” da ticaret hukukunun temel kavramları arasındadır. Aynı zamanda birbirleri ile ilişkili olan bu kavramların bir arada değerlendirilerek ele alınması ve aradaki ilişkinin niteliği ve kapsamının ortaya konulması önem arz eder. Bu amaçla söz konusu iki kavram maddi unsurları ve kanundaki düzenleniş şekilleri açısından karşılaştırmalı olarak ele alınmış ve özellikle kavramlar arasındaki bağlantının kanundaki düzenleniş şekline ilişkin öneriler sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ticari İş, Ticari Dava, Ticari İşletme.

Abstract: The provisions regulated under Book I of the Turkish Commercial Code No. 6102 are shaped around the concept of Commercial Enterprise. "Commercial Business" and "Commercial Litigation", which are directly related to this concept, are also among the basic concepts of commercial law. At the same time, it is important to evaluate these concepts, which are related to each other, together and to reveal the nature and scope of the relation between them. For this purpose, these two concepts are discussed comparatively in terms of their material elements and the way they are regulated in the law, and it is tried to offer suggestions regarding the way the connection between the concepts is regulated in the law.

Keywords: Commercial Business, Commercial Litigation, Commercial Enterprise.

* Hâkim, emrullah.ozubek@hotmail.com, ORCID: 0009-0004-9939-0244.

** Mersin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, bilalozel@mersin.edu.tr, ORCID 0000-0001-8997-8571.

Makale Geliş Tarihi: 11.08.2023, Makale Kabul Tarihi: 24.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391732

GİRİŞ

Ticari iş kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) temel yapı taşları arasında yer alan kavramlardan birisidir. Bu husus, hem ticari işin kapsamını belirleyen TTK m.3 ve 19'un ifadelerinden hem de ticari iş kavramının ticari işletme kavramı ile olan yakın ilişkisinden anlaşılmaktadır. Ticari işlere öncelikle ticari hükümlerin uygulanması, diğer yandan bu hükümleri uygulamak üzere ihtisas mahkemesi niteliğindeki asliye ticaret mahkemelerinin varlığı, bu mahkemelerin sadece ticari davaları çözüme kavuşturmakla görevli ve yetkili olmaları, ticari iş ve ticari dava kavramları arasında bir benzerlik algısı oluşturmaktadır. Bununla birlikte, 6102 sayılı TTK'nın mevcut düzenleme şekli itibariyle, ticari iş ve ticari dava kavramlarının doğrudan doğruya bir bağlantı içinde bulunmadıklarını en baştan ifade etmek gerekir.

Ticari iş ve ticari dava kavramları, birbirleriyle doğrudan doğruya bir bağlantı içinde bulunmamalarına rağmen¹, aralarındaki benzerlik, özellikle uygulama açısından, bazı tereddüt ve problemlere yol açmaktadır². Ticari işlerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların ticari dava gibi algılanması³; Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, her iki tarafın da tacir olmamasının, söz konusu uyuşmazlığın ticari dava niteliğini etkilediğinin düşünülmesi; ticaret mahkemelerinde görülen her davada, ticari işe

¹ 1926 tarihli ve 865 sayılı Ticaret Kanunu açısından, ticari iş ve ticari dava kavramları arasındaki doğrudan ilişki hakkında bkz. I-A-1. Ticari iş kavramı ve ölçütleri ile ticari dava ve türlerinin, birbirlerine paralel kavramlar olmadıkları hakkında bkz. Mehmet Bahtiyar, Ticari İşleme Hukuku, İstanbul 2023, s.72.

² Yargıtay daireleri dahi çeşitli kararlarında “*ticari iş*” kavramını “*ticari dava*” kavramı yerine kullanmaktadır. “*Dava, tercüme niteliğindeki işleme eserin izinsiz şekilde basıldığı, çoğaltıldığı, yayımlandığı iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminatın tahsiliyle hükmün ilanına karar verilmesi istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, asıl ve birleşen davanın açıldığı tarih itibariyle yürürlükte bulunan 6762 Sayılı T.T.K.nun 4/4. maddesinde ticari iş olarak düzenlenen 5846 s. kanundan kaynaklanmaktadır.*” 11.HD. T.3.7.2012, E.2012/4244, K.2012/11787 (www.kazanci.com, s.e.t.01.07.2023). “*...davacının internet şifresi kullanılarak hesabından para çekildiğinin iddia edilmiş olmasına ve bu işlemin T.T.K.nun 4. maddesi gereğince ticari iş niteliğinde bulunmasına göre...*” 11.HD. T.17.5.2012, E.2012/5564, K.2012/8095 (www.kazanci.com, s.e.t.01.07.2023).

³ “*6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 3. maddesi uyarınca, bir müesseseyi ilgilendiren işler ticari iş ve ticari işlerden kaynaklanan davalar ticari dava niteliğini haiz olduğundan taraflar arasındaki uyuşmazlık ticari davadır ve Asliye Ticaret Mahkemesinde görülmesi gerekir.*” 11.HD. T.2.11.2004, E.2003/14200, K.2004/10747 (www.kazanci.com, s.e.t.01.07.2023). “*Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan, sözleşmeye aykırı olarak ayıplı imal edilen eserden dolayı oluşan hazine zararı alacak istemine ilişkindir. Davalı yüklenici şirket olup sözleşme kapsamındaki iş şirketin ticari işletmesiyle ilgili bulunmaktadır ve davalı yönünden ticari iş niteliği arz etmektedir. Davalı yönünden ticari iş niteliğinde olan bu sözleşme davacı taraf açısından da ticari iş sayılır. Buna rağmen yerel mahkemece görevsizlik kararı verilmesi isabetli olmamıştır.*” 15. HD. T.6.6.2013, E.2013/1989, K.2013/3700 (www.kazanci.com, s.e.t.01.07.2023).

bağlanan sonuçların uygulanacağı algısının varlığı⁴, bu problemlere örnek olarak gösterilebilir⁵.

Bu çalışmada, öncelikle ticari iş ve ticari dava kavramlarına ilişkin kanuni düzenleme ve tanımlar üzerinde durulmuştur. Daha sonra ise, bu iki kavram arasındaki ilişki ve benzerlik TTK m.3, 4 ve 19 kapsamında değerlendirilmiş, uygulamadaki tereddüt ve problemleri ortadan kaldıracığı düşünülen çözüm önerilerine yer verilmiştir.

I. KANUNİ DÜZENLEME VE KAVRAM

A. KANUNİ DÜZENLEME

Ticari iş ve ticari dava kavramları, 1926 tarihli ve 865 sayılı Ticaret Kanunu da dâhil olmak üzere günümüze kadar yürürlüğe girmiş bütün ticaret kanunlarında yer almıştır. Bununla birlikte, bu kavramlar ve bu kavramların işlevleri zaman içerisinde farklılık göstermiştir. Bu nedenle söz konusu iki kavram arasındaki ilişkinin, günümüze kadar yürürlüğe girmiş üç farklı Ticaret Kanunu'nda ki ele alınış biçimlerinin kısaca açıklanması gerekir.

1. 1926 Tarihli ve 865 Sayılı Ticaret Kanunu

Ticari iş ve ticari dava kavramları arasındaki ilişkinin en sıkı olduğu Ticaret Kanunu, 1926 tarihli ve 865 sayılı Ticaret Kanunu'dur. Sonraki Ticaret Kanunlarının aksine, bu Kanun'da, ticari iş ve ticari dava kavramları arasında doğrudan doğruya bir bağlantı kurulduğu görülmektedir.

1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda ticari iş kavramı, Muameleatı Ticariye (ticari muameleler) başlığı altında Kanun'un 15 ila 25'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunun 21'inci maddesinde tahdidi olarak sayılan muameleler⁶ mutlak manada ticari iş olarak kabul edilmiş⁷,

⁴ “Markaya tecavüzden kaynaklanan işbu dava T.T.K.nun 4. maddesi uyarınca mutlak ticari dava niteliğinde olduğundan davacının ticari faiz istemi yerinde olup...” 11.HD. T.5.5.2011, E.2009/6181, K.2011/5460 (www.kazanci.com, s.e.t.01.07.2023).

⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararında, ticari işlerde uygulanan avans faiz oranının ticari davalarda uygulanacağını belirtmesi, söz konusu hatalara örnek olarak verilebilir. Söz konusu karara göre: “Ticari davalarda 3095 S.K. nun 2/2. maddesi hükmü uyarınca reeskont faiz oranının üzerinde olduğu takdirde avans faiz oranı uygulanması gerekir”. 11.HD. T.5.4.2010, E.2008/12224, K.2010/3776 (Levent Börü/ İlker Koçyiğit, Ticari Dava, Ankara 2020, s.145).

⁶ 1926 tarihli Ticaret Kanunu m.21'de sayılan hususların tarafların niyet ve sıfatları dikkate alınmaksızın ticari iş olarak nitelendirileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hususlardan bazıları; komisyonculuk, tellallık, kambiyo işlemleri, cari hesap sözleşmesi, ticaret şirketlerinin kuruluşu ve bu şirketlerin paylarına ilişkin hukuki işlemlerdir.

⁷ Şahap Arıç, Yargıtay İçtihatlarına Göre Haşiyeli Ticaret Kanunu, İstanbul 1946, s.37-45; E. Ernst Hirsch, Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret

buna ilaveten, ticari işletme ile ilgili olan mevad ve mesail de ticari işlerden kabul edilmiştir⁸.

1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda, hangi davaların ticari dava olarak nitelendirileceği yönünde ayrıntılı bir hükme yer verilmemiş ve mer'i düzenlemenin aksine sayım suretiyle ticari dava tespiti yoluna gidilmemiştir. Aksine ticari dava kapsamının, ticari iş kavramından yola çıkılarak belirlenmesi tercih edilmiştir. Buna göre, ticari muamele veya daha geniş bir kavram olan ticari mevad ve mesail kavramlarına giren hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar ticari dava olarak nitelendirilmiştir⁹. Bu çerçevede değerlendirildiğinde 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda ticari iş ile ticari dava kavramları arasında doğrudan doğruya bir bağlantı olduğu görülmektedir.

2. 1956 Tarihli ve 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ticari iş ve ticari dava kavramları arasında 1926 tarihli Ticaret Kanunu ile kurulan bağlantı, zayıflatılmıştır. Hangi işlerin ticari nitelikte olduğu, 1956 tarihli eTK m.3'te, 1926 tarihli Ticaret Kanunu'na göre daha anlaşılır ve sistematik biçimde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, ticari dava kavramı açısından tamamen yeni bir sistem kabul edilmiş ve hangi uyuşmazlıkların ticari dava olarak nitelendirileceği, Kanun'un 4'üncü maddesinde ayrı bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

6762 sayılı eTK m.3'e göre, Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün, muamele, fiil ve işler ticari iş olarak kabul edilmiş ve 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda olduğu üzere, bu Kanun'da da, mutlak ve nisbî ticari iş ayrımı yapılmıştır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği esas değişiklik ise, ticari dava kavramının yeniden düzenlenmesi suretiyle, ticari iş ve ticari dava kavramları arasındaki bağlantının zayıflatılmasıdır. Kanun'un 4'üncü maddesinde, ticari iş karinesine ilişkin 21'inci maddeye atıf yapılmak suretiyle, 21'inci maddenin 1'inci fıkrası gereğince her iki taraf için de ticari sayılan hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, ticari dava olarak kabul edilmiştir. Tarafların sıfatlarına bakılmaksızın ticari dava olarak nitelendirilecek hususlar da, aynı maddede, 6 bent halinde sayılmıştır¹⁰.

Hukuku, İstanbul 1935, s.102.

⁸ Hirsch, s.40.

⁹ Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, Ankara 1957, s.72; Ticaret Mahkemelerinin, tarafların sıfatları dikkate alınmaksızın ticari muamele ve mevada ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yetkili oldukları hakkında bkz. Hirsch, s.102.

¹⁰ Buna göre; Tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; "1) Türk Ticaret Kanunu'nda, 2) Medeni Kanunu'nun, rehin mukabilinde ikraz ile meşgul olanlar hakkındaki 876 ila 883 üncü maddelerinde, 3) Borçlar Kanunu'nun, bir işletmenin satılması veya diğerleriyle birleştirilmesi hakkındaki 179 ve 180, rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352, neşir mukavelesi hakkındaki 372 ila 385, itibar mektubu ve itibar emri hakkındaki 399 ila 403, komisyona dair 416 ila 429, ticari mümessiller ve diğer

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarısının hükümet gerekçesine göre¹¹, ticari davaların ayrı bir maddede, tek tek sayılarak düzenlenmesi ile amaçlanan, ticari işlerden kaynaklanan bütün uyuşmazlıkların değil, sadece mahiyeti ve bünyesi itibariyle hâkimin özel uzmanlık alanına ihtiyaç duyulan uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinde görülmesidir¹². Bu çerçevede değerlendirildiğinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile (1926 tarihli Ticaret Kanunu ile getirilen) ticari işlerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinde görülmesine ilişkin sistemden vazgeçildiği görülmektedir¹³.

3. 2011 Tarihli ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan sistem, ticari iş ve ticari dava kavramları arasındaki ilişki bakımından, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na benzemektedir. Nitekim TTK m.3 ile ticari iş kavramının kapsamı belirlenmiş; TTK m.4 ile de hangi uyuşmazlıkların ticari dava niteliğinde olduğu hususu hükme bağlanmıştır. Bu iki hükümde de bazı değişiklikler yapılmasına rağmen, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen, ticari davaların ayrı bir maddede sayım suretiyle belirtilmesine ilişkin sistem, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da devam etmektedir¹⁴.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile konumuza ilişkin yapılan en önemli değişiklik, 6762 sayılı eTK m.4/1'de yer alan “21 inci maddenin

ticari vekiller hakkındaki 449 ila 456, havale hakkındaki 457 ila 462, vedia hakkındaki 463 ila 482. maddelerinde, 4) Alameti farika, ihtira beratı ve telif hakkına mütaallik mevzuatta, 5) Bu kanununun 135 inci maddesinde yazılı ticarete mahsus yerler hakkındaki hususi hükümlerde, 6) Bankalar ve ödünç para verme işleri kanunlarında düzenlenen hususlardan kaynaklanan hukuk davaları...” ticari dava olarak sayılmıştır.

¹¹ TTK m.4'te sayılan hususlardan doğan davaların, mutlak ticari dava sayılmasının, bu işlemlerin öz ticaret hayatına mahsus olmasından kaynaklandığı yönünde bkz. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarısı hükümet gerekçesi, III, 11 (s.10).

¹² Hayri Domanıç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 1988, s.20; Hüseyin Ülgen/Ömer Teoman/Mehmet Helvacı vd. Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2021, s.129; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2022, s.112; Fransa ve Almanya'da ticari davalara bakan mahkemelerde sadece meslekten hukukçu hakimlerin değil, tacirlerin de görev aldıkları hakkında bkz. Abdullah Erdoğan, Ticari Davalar, C.3, S.1, 2013, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, s.58.

¹³ Bu şekilde maddi hukukun tatbiki bakımından ticari iş kavramı içerisinde değerlendirilen tüm hususların değil, aksine yalnızca ihtisas gerektiren meselelerin ticari dava olarak kabul edilmesi sistemine geçildiği yönünde bkz. Ali Bozer, Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası ve Ticari Usul, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1960, s.57; Rıza Ayhan/Mehmet Özdamar/Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2022, s.98.

¹⁴ Poroy/Yasaman, s.115; Ülgen/Kaya, s.120; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2023, s.97.

birinci fıkrası gereğince her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları..." ifadesinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na alınmamış olmasıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda söz konusu ifadenin yerine, "*her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları...*" ifadesine yer verilmiştir. Ticari iş ile ilgili hükme atıf yapan ifadelerin madde metninden çıkarılmasına ilişkin bu değişiklikte ticari iş ve ticari dava kavramları arasındaki bağlantı tamamen kesilmiştir. Madde metnindeki değişiklik, ticari iş karinesine¹⁵ yapılan atfı kaldırmakla birlikte, esasında merkez kavram olan ve dolaylı yoldan atıf yapılmış bulunan ticari işletme kavramına doğrudan atıf yapma tercihi olarak görülebilir¹⁶.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen bir diğer yenilik ise, çekişmesiz yargı işlerinin de 4'üncü madde kapsamında değerlendirilmesidir. Mahkemelerin çözüme kavuşturdukları işlerin açıklanmasında dava teriminin yetersizliği göz önüne alınarak, çekişmesiz yargı işlerinden de ticari nitelikte olanlar, Ticaret Mahkemelerinin görevi içinde değerlendirilmiştir¹⁷. Çalışmamızda yer alan ticari dava kavramı ile kastedilen de "*ticari nitelikte hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri*" dir.

B. KAVRAM

1. Ticari İş

Ticari işin kapsamı, 6102 sayılı TTK m.3'te belirlenmiş olup, Kanun'da bu kavrama ilişkin açık bir tanım bulunmamaktadır. Doktrinde de ticari iş kavramına ilişkin genel bir tanım yapılmamıştır. Bunun yerine, Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi, TTK m.3 ve 19 çerçevesinde ticari işin kapsamının değerlendirilmesi tercih edilmiştir.

Ticari işin kapsamını belirleyen hükümlerden TTK m.3'e göre; "*bu kanunda düzenlenen hususlar ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir*". Bu hükme göre, bazı hususların sadece Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olması, bu hususların ticari iş olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. Aynı hükme göre; Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyen hususlar için ise ayrı bir kriter getirilmiş ve bu hususlar bir ticari işletme ile ilgili olmak şartıyla ticari iş olarak kabul edilmiştir¹⁸.

¹⁵ 6762 sayılı eTK m.21'in kenar başlığı "Ticaret Karinesi" iken bu maddenin karşılığı olan 6102 sayılı TTK m.19'un kenar başlığı "*Ticari İş Karinesi*" dir.

¹⁶ Bu hususta yapılan eleştiri ve ayrıntılı inceleme için bkz. İsmail Kırca, Nispi Ticari Davaya Dair, C.33, S.1, 2017, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, (s.55-61).

¹⁷ Bu yeniliğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nun 382'nci maddesi ile birlikte değerlendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Çünkü HMK m.382/2-e'de "*Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri*" kenar başlığı altında 14 bend halinde Ticaret Hukukundaki çekişmesiz yargı işleri sayılmıştır.

¹⁸ Girişimcilerin gelir ve buna bağlı olarak kâr elde etmek amacıyla, müşteri taleplerini karşılamak amacıyla yapacağı her türlü işlem ve fiilin, işletmeyi

Ticari işe ilişkin diğer bir hüküm olan TTK m.19'da düzenlenen ticari iş karinesine göre ise, bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Dolayısıyla, tacirlerin yapmış oldukları işlem ve fiiller kural olarak onların ticari işletmeleri ile ilgili kabul edilmiştir. Bu kuralın aksinin ispatlanması gerçek kişi tacirler açısından mümkün kılınmıştır. Ayrıca işin niteliği gereği ticari sayılmasına durumun elverişli olmadığı hallerde de borcun adı sayılacağı açıkça düzenlenmiştir (TTK m.19/1-son). Tüzel kişi tacir açısından ise söz konusu kuralın aksinin ispatlanması TTK açısından mümkün görünmemektedir¹⁹. Bununla birlikte 6502 sayılı TKHK kapsamında tüzel kişilerinde tüketici olabilecekleri açıkça düzenlenmiş olmakla TTK m.19/2'nin kapsamının daraltıldığı düşünülebilir²⁰.

TTK m.19'da düzenlenen ikinci bir husus ise, taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmelerin, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılacağına ilişkin kuraldır. Bu kural, doğrudan ticari işin kapsamını belirlemeye yönelik olmaktan ziyade, sözleşmeler açısından ticari işin kapsamını genişleten bir düzenlemedir²¹.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde ticari işin kapsamı, TTK m.3 ve 19'da yer verilen ölçütler göz önünde bulundurulurken belirlenmelidir.

2. Ticari Dava

Ticari davanın kapsamı 6102 sayılı TTK m.4'te belirlenmiş olup, kanunda bu kavrama ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Doktrinde de ticari dava kavramına ilişkin genel bir tanım yapılmamıştır. Bu kavramın sınırları, TTK m.4 dikkate alınarak belirlenmelidir.

TTK m.4 incelendiğinde ticari dava kavramının kapsamının belirlenmesinde üç ölçütün kullanıldığı görülmektedir²². Bu ölçütler;

1) Tarafların sıfatına ve işin niteliğine (ticari işletme ile ilgili olması) bakılmaksızın ticari sayılan davalar (mutlak ticari davalar),

ilgilendirdiği, işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillerin geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Rıza Ayhan, Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlı Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe, C.XVII, S.1-2, 2013, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.295 (Ticari İş).

¹⁹ Türk Ticaret Kanunu'nda tüzel kişi tacir açısından adi saha kabul edilmemiş olsa da 6502 sayılı TKHK kapsamında tüzel kişi tacirin tüketici sıfatına sahip olabileceği düzenlenmiştir (TKHK m.3/1-k ve 51/9).

²⁰ Eren Çıtır, Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi, C.XX, S.3, 2016, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.41.

²¹ Bu kural ile, taraflardan sadece birisi için ticari nitelikte olan bir işin, aradaki ilişkinin sözleşme olması halinde, TTK m.19/2 gereğince diğer taraf açısından da ticari nitelikte kabul edilmesi öngörülmüştür. TTK m.19/2 hükmü, sadece taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme olması halinde geçerlidir.

²² Bu üçlü ayırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, s.97; Poroy/Yasaman, s.115; Ülgen/Kaya, s.116.

2) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları (nisbî ticari davalar),

3) Havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan ve bir ticari işletmeyi ilgilendiren davalar olmak üzere üç tanedir.

Bunlardan başka, Türk Ticaret Kanunu dışında bazı özel kanunlarda düzenlenen hususlardan kaynaklanan davaların da ticari dava olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bu duruma örnek olarak, Kooperatifler Kanunu'nun 99'uncu maddesi gösterilebilir. İlgili hükme göre; *"Bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır"*. İflas davaları açısından da benzer nitelikte bir hüküm yer almaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 154'üncü maddesine göre; *"...iflas davası mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır"*. Dolayısıyla, TTK m.4'te düzenlenmeyen davaların özel kanunlarda yer alan hükümler ile ticari dava olarak kabul edilmesi mümkündür²³²⁴.

II. TİCARİ İŞ – TİCARİ DAVA İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ticari iş ile ilgili 3'üncü maddesi ile ticari dava ile ilgili 4'üncü maddesi, ifade tarzı bakımından benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte, bu iki maddede düzenlenen ticari iş ve ticari dava kavramları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Ticari iş, ticari alanın ihtiyaçları göz önüne alınarak oluşturulmuş ve bu alanı ticari olmayan alandan ayırmak suretiyle, ticari işlere özgü sonuçların ve hükümlerin uygulanma alanını belirlemeye yönelik bir kavramdır. Ticari dava ise, çözümü uzmanlık gerektirdiği düşünülen uyuşmazlıkların görüleceği mahkemenin belirlenmesi amacıyla yöneliktir²⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nda, ticari işlerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar yerine, kanunda belirlenen uyuşmazlıkların uzman mahkemelerce çözüme kavuşturulması öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle, kanuna göre uzmanlık gerektiren konu, ticari iş ve ticari işlere uygulanan hükümler değildir. Ayrıca ticari işlere uygulanacak hükümlerin ticari olarak nitelendirilmesi de ticari dava kavramı üzerinde

²³ 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman Ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu'nun 52'nci maddesi ile mülga olunan 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 31'nci maddesinde yer alan *"Sözleşmelerden doğan davalar ticari dava niteliğindedir"* şeklindeki düzenleme 6361 sayılı kanuna alınmamıştır. Bu tür sözleşmelerin TTK m.4/1-f kapsamında değerlendirilebileceği hakkında bkz. II-B-2-f.

²⁴ Tamer Bozkurt, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2022, s.111; Yusuf Babayigit, Ticari Dava Sayılan Haller ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Karşılaştırılması, S.34, 2019, Adalet Dergisi, s.345 (337-355).

²⁵ Seyithan Deliduman/Yakup Oruç, Ticari Davalar, C.18, S.2, 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s.100 (99-110).

herhangi bir etkiye sahip değildir. Dolayısıyla ticari dava kavramı, Türk Ticaret Kanunu tarafından, hem ticari iş hem de ticari hüküm kavramlarından bağımsız olarak ele alınmıştır.

Ticari dava kavramının, Türk Ticaret Kanunu'nda diğer kavramlardan bağımsız olarak ele alınması, ticari dava olarak nitelendirilemeyen ancak bir ticari işten kaynaklanan uyuşmazlıkların asliye hukuk mahkemelerince görülmesi ve ticari hükümlerin de bu mahkemelerce uygulanması anlamına gelmektedir. Ayrıca, TTK m.4'te ticari dava olarak nitelendirilen uyuşmazlıkların, ticari işlerden kaynaklanmaması ihtimali de bulunmaktadır²⁶. Diğer bir ifadeyle, uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkları çözmekle görevli asliye ticaret mahkemelerinin genel nitelikteki uyuşmazlıkları da çözüme kavuşturması söz konusu olabilmektedir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, asliye hukuk mahkemeleri ticari işten kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak ve ticari hükümleri uygulamak, asliye ticaret mahkemeleri ise ticari işlerden kaynaklanmayan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak durumunda kalabilmektedir²⁷.

B. MUTLAK TİCARİ İŞ ve MUTLAK TİCARİ DAVA

1. Genel Olarak

Ticari iş ve ticari dava kavramlarının kapsamlarının belirlenmesi açısından kabul edilmiş bir takım ölçütler bulunmaktadır. Bu ölçütlerden ilki, her iki kavram için de kabul edilen ve başkaca herhangi bir değerlendirmeye ihtiyaç olmaksızın sadece Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlara ilişkin iş ve davaların, ticari nitelikte iş ve dava kabul edilmesidir (TTK m.3 ve 4/1-a). Diğer bir ifadeyle, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususların ticari nitelikte iş veya Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlardan kaynaklanan davaların ticari dava olarak kabul edilmesi için ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek kalmamıştır. Dolayısıyla bu iş ve davaların ticari nitelikte olmaları konusu, mutlak bir kurala bağlanmış ve aksinin iddia edilmesi de mümkün kılınmamıştır. Bu şekilde, aksi iddia dahi edilemez nitelikte olan mutlak ticari iş ve mutlak ticari dava kavramları ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, mutlak ticari dava kavramının kapsamı sadece Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlarla sınırlı tutulmamış, bunun yanında TTK m.4'te sayım suretiyle belirtilen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da mutlak ticari dava kapsamında olduğu kabul edilmiştir (TTK m.4/1-b, c, d, e, f).

Bu aşamada belirtilmesi gerekir ki, adi ve ticari iş ayrımı esnasında tüketici işlemlerinin de göz önüne alınması gerekir. Zira özel nitelikte

²⁶ Bu konuda ayrıntılı değerlendirme ve öneriler için bkz. II-B-2, s.10-19; Domaniç, Şerh, C.I, s.23-24; Bozkurt, s.108.

²⁷ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar ticari dava olarak öngörülen hususların ayrı başlıklar altında değerlendirildiği bölümde yapılmıştır.

olan TKHK hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması söz konusu olacaktır²⁸.

2. “Mutlak Ticari İş” ve “Mutlak Ticari Dava” Kavramlarının Değerlendirilmesi ve Karşılaştırılması

Mutlak ticari iş ve mutlak ticari dava kavramları için kabul edilmiş olan mutlak ve kesin bir kural niteliğindeki ilk değerlendirme ölçütü, her iki kavram açısından da kabul edilmekle birlikte, ticari işlerdeki mutlak ticari iş ölçütü sadece Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususları kapsamaktadır. Halbuki ticari davalardaki mutlak ticari dava ölçütünün kapsamı oldukça geniş tutulmuş ve TTK m.4’te altı bent halinde sayılmıştır. Bunun dışında özel kanunlarda yer alan hükümler gereğince mutlak ticari dava sayılan haller de mevcuttur.

Mutlak ticari iş ve mutlak ticari dava kavramları arasındaki ilişkinin daha yakından incelenebilmesi amacıyla, TTK m.4’te sayılan altı bendin, ticari iş kavramı da göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

a. Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Hususlar

TTK m.3’e göre; Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlar, mutlak ticari iş niteliğindedir. Türk Ticaret Kanunu’nda, bundan başka herhangi bir mutlak ticari iş ölçütü de öngörülmemiştir. Dolayısıyla, Türk Ticaret Kanunu dışındaki diğer kanunlarda düzenlenen hususların ticari iş niteliğinde olup olmadıkları, TTK m.3’e göre ticari işletmeyle ilgili olma ölçütü (nispi ticari iş ölçütü) esas alınarak yapılacak değerlendirmeye göre belirlenmelidir²⁹.

Mutlak ticari dava ile ilgili ölçütler ise, TTK m.4’te daha geniş ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Sadece Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları değil, TTK m.4’te sayılan diğer hususlardan doğan davalar da mutlak ticari dava olarak nitelendirilmiştir. Bunlardan başka TTK m.4’te sayılmamakla birlikte özel kanunlarındaki düzenlemeler gereğince bazı uyumsuzlukların, tarafların sıfatına bakılmaksızın ticari dava olarak nitelendirildiği de görülmektedir³⁰.

Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülen hususlardan doğan davaların mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesi, mutlak ticari iş kavramı ile ortak bir nokta oluşturmaktadır. Bu çerçevede “*Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlar*” ölçütü, hem ticari işin hem de ticari davanın

²⁸ Mehmet Bahtiyar/ Levent Biçer, *Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s.396 (395-436).

²⁹ İlgili hükme göre, “*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*” (TTK m.3).

³⁰ Bu özel kanunlara ilişkin örnekler için bkz. I-B-2.

kapsamının belirlenmesinde belirleyici niteliktedir. Nitekim, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlara ilişkin bir iş, ticari iş olarak kabul edilecek ve ticari işe bağlanan sonuçlara tabi olacak, hem de bu hususlardan kaynaklanan uyuşmazlık, aksine özel nitelikli bir düzenleme bulunmayan hallerde asliye ticaret mahkemesi'nin görev alanına girecektir³¹.

Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar dışında kalan ve TTK m.4'te sayılan diğer mutlak ticari dava türlerinin esas bakımından incelenmesi ve ticari dava olarak kabul edilmelerinin temelinde yatan sebepler üzerinde durulması yerinde olacaktır.

b. Türk Medeni Kanunu'nun Rehin Karşılığında Ödünç Verme İşİ İle Uğraşanlar Hakkındaki Hükümlerinde (TMK m.962-969) Düzenlenen Hususlar

TTK m.4'te mutlak ticari dava olarak nitelendirilen ikinci husus, Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehni karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969'uncu maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarıdır. Söz konusu hususun mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesinin nedeni, rehin karşılığında ödünç para verme işlerinin genel itibariyle tacirler tarafından yürütülen işlerden olması şeklinde açıklanmaktadır³². Dolayısıyla, Türk Ticaret Kanunu'nda, rehin karşılığında ödünç verme işinin, esnaf sınırını aşan kişiler tarafından yürütüldüğü göz önüne alınarak bu hususlardan doğacak uyuşmazlıkların da asliye ticaret mahkemelerinde çözümlenmesi öngörülmüştür.

Her ne kadar günümüzde bu işlemlerin factoring şirketleri eliyle yürütülmesi, yapılacak değerlendirmenin sonuç bakımından önemini yitirmesine sebep olmuş olsa da, rehin karşılığında ödünç verme işlerinin genellikle tacirler tarafından yürütülmesi, bu husustan doğan davaların mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesi için yeterli sayılmamalıdır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun, öngörü şeklinde hareket ederek, genellikle tacirler tarafından yürütülen tüm iş ve işlemleri bu kategoride değerlendirmesi kanun yapma tekniğine de uygun değildir. Ayrıca, TTK m.4'te sayılmayan hususlardan kaynaklı uyuşmazlıkların ticari dava (nisbî ticari dava) olarak nitelendirilebilmesi için, her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması şartı aranırken, rehin karşılığında ödünç verme işlerinden

³¹ Ancak bazı işler TTK kapsamında mutlak ticari iş ve mutlak ticari dava olarak nitelendirilmiş olsa dahi, aynı husus 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde tüketici işlemi sayılabilir ve bu tür bir uyuşmazlık Tüketici Mahkemesinde görülen bir davaya konu olabilir. Örneğin sigorta sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık TTK m.3 kapsamında mutlak ticari iş olup, TTK m.4 çerçevesinde mutlak ticari davadır. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde TTK m.5 gereği asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Bununla birlikte TKHK m.3/1 kapsamında bir tüketici işleminin bulunması durumunda, TKHK m.73/1 gereği uyuşmazlık tüketici mahkemesinin görev alanına girecektir.

³² Domaniç, Şerh C. I, s.22; Arkan, s.98; Ülgen/Kaya, s.119; Erdoğan, s.62.

kaynaklanan uyuşmazlıkların herhangi bir şart aranmaksızın mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesi hususunda açık bir gerekçeye yer verilmemiştir.

Rehin karşılığında ödünç verme işlerinin, ticari iş niteliği konusunda ise somut olayda tarafların sıfatlarının ve söz konusu işin tarafların ticari işletmeleri ile ilgili olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 962'nci maddesinde rehin karşılığı ödünç verme işleri ile uğraşacak olanların işletme olarak hareket edecekleri öngörülmüştür³³. Bununla birlikte, söz konusu işletmelerin niteliği konusunda herhangi bir kanuni zorunluluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla, rehin karşılığında ödünç verme işlerinin, esnaf faaliyeti kapsamında yürütülmesi de teorik olarak mümkündür³⁴.

Rehin karşılığında ödünç verme işlerinin sözleşmeye dayalı bir ilişki olması sebebiyle, bu işin taraflardan yalnız birisinin ticari işletmesi ile ilgili olması dahi aradaki işin ticari nitelikte olması için yeterli olacaktır. Bununla birlikte teorik olarak her iki tarafın da ticari işletmeleri ile ilgili olmayan bir rehin karşılığında ödünç verme sözleşmesi kurulması mümkündür. Bu durumda, ortada ne bir ticari iş ve ne de bu işe öncelikle uygulanması gerekli ticari hükümler olmayacaktır. Buna rağmen, ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlığın TTK m.5'e göre asliye ticaret mahkemelerinde çözüme kavuşturulması gerekecektir.

c. Türk Ticaret Kanunu 4/1-c'de Gösterilen ve Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hususlar

aa. Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması ile İşletmelerin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesi Hakkındaki Hükümlerde (TBK m.202-203) Düzenlenen Hususlar

Mutlak ticari dava olarak nitelendirilen diğer bir husus ise, TBK³⁵ m.202 ve 203'de düzenlenen malvarlığının veya işletmenin devralınmasına ilişkin hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Bu uyuşmazlıkların temelinde yer alan işin niteliği ise her zaman ticari nitelikte olmayabilir. Çünkü "*malvarlığının veya işletmenin devralınması*" bir üst kavram olup, içerisinde ticari işletmenin de devralınmasını barındırmakla birlikte, ticari olmayan malvarlığı veya işletmelerin devrini de kapsamaktadır. Dolayısıyla ticari olmayan malvarlığı ve işletmenin devralınması halinde, ticari nitelikte olmayan bir işten kaynaklanan uyuşmazlık da asliye ticaret mahkemesi'nde çözüme kavuşturulacaktır. Örneğin bir esnaf işletmesinin devri halinde, bu işlem bir ticari işe vücut vermemesine rağmen ticari dava olarak ele alınacaktır.

³³ İlgili hükme göre, "*İşletme olarak taşınır rehni karşılığında ödünç verme işiyle uğraşmak isteyenler, yetkili makamdan izin almak zorundadırlar.*" (TMK m.962/1).

³⁴ Uygulamada ise sermayeden ziyade emeğe dayalı olarak faaliyet gösteren esnaf işletmelerinin rehin karşılığı ödünç verme işleri ile uğraşmalarının pek mümkün olmadığı yönünde Domaniç, Şerh, C.I, s.22; Arkan, s.98.

³⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011, S.27836)

Esasen, ticari olmayan bir malvarlığının veya işletmenin devralınması durumunda asliye ticaret mahkemesi'nin uzmanlığını gerektirecek bir konunun da var olmadığı söylenebilir. Zaten, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hükümler de genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu hükümleridir. Bu durumda öncelikli olarak ticari hükümlerin uygulanmasını gerektirecek bir husus da söz konusu değildir.

Devre konu olan işletmenin bir ticari işletme olması durumunda ise, aradaki işin sözleşmeden kaynaklanması sebebiyle, devralan tacir olmasa dahi, her iki taraf bakımından da ticari bir iş mevcut olacaktır. Bu nedenle uyuşmazlığa öncelikle uygulanacak olan hükümler de ticari hükümlerdir. Bu halde, asliye ticaret mahkemesi'nin uzmanlık alanına giren bir işten söz edilebilir.

TTK m.4'e göre, ister ticari nitelikte olsun, ister olmasın her türlü malvarlığının veya işletmenin devrinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari dava sayılması sebebiyle TTK m.5 gereği asliye ticaret mahkemeleri tarafından çözümlenmesi gerekir.

bb. Rekabet Yasasına İlişkin Hükümlerde (TBK m.444-447) Düzenlenen Hususlar

TTK m.4'te sayılan hükümlerden bir diğeri de, Türk Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmının "Hizmet Sözleşmeleri" başlıklı altıncı bölümünde yer alan rekabet yasasına ilişkin 444 ilâ 447'nci maddeleridir. Bu maddelerde, işçi ile işveren arasındaki hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olacak rekabet yasası düzenlenmektedir. TBK m.444/1'e göre; "*Füil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir*". Hükümde işverenin sıfatına veya işletmesinin niteliğine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla, rekabet yasasına ilişkin söz konusu hükümler, ticari işletme niteliğinde olsun ya da olmasın tüm işletmeler açısından uygulanabilir niteliktedir³⁶.

Hizmet sözleşmesinde işçi ile işveren arasındaki işin (sözleşmenin) ticari olup olmadığı konusu da işletmenin niteliği ile ilgilidir. Söz konusu işletmenin ticari bir işletme niteliğine sahip olması halinde işletmeye ilişkin iş ve işlemler de ticari nitelikte olacaktır (TTK m.19/1)³⁷. Diğer bir ifadeyle, ticari işletme niteliğinde olmayan işletmelerde, işçi ile işveren

³⁶ İlgili düzenlemenin yerinde olmadığı yönünde bkz. Arkan, s.99.

³⁷ Aksı yöndeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre, "*İşveren ile işçi arasındaki ilişki TTK m.3'de anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 (mer'i 4857) sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklanan ve İş Kanunu hükümlerine bağlı ve bu çerçevede kendine özgü bir hizmet akdidir*" HGK. T.15.10.1997, E.9-486/1997, K.822/1997 (www.kazanci.com, s.e.t.01.07.2023). Söz konusu kararın eleştirisi için bkz. Ayhan, Ticari İş, s.297.

arasındaki iş ve işlemler de ticari nitelikte değildir. Bununla birlikte TTK m.4 ve 5 gereğince rekabet yasağına ilişkin davalar işletmenin niteliğine bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulmalıdır.

İfade etmek gerekir ki TBK'da yer alan söz konusu hükümler hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı anlaşmaları ile ilgilidir. Sözleşme dönemi içindeki rekabet yasağı ihlalden doğan uyuşmazlıklar ise iş mahkemelerinde çözüme kavuşturulur³⁸.

Bu hususta uygulama birliği olmadığını da belirtmek gerekir. Yargıtay, konuya ilişkin bir kararında hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin rekabet yasağına dair uyuşmazlığı mutlak ticari dava olarak değerlendirmiştir³⁹. Bununla birlikte güncel bir kararda işçi ve işveren arasındaki bu tür bir uyuşmazlığın iş mahkemelerinin görev alanına girdiği yönündedir. Buna göre İş Mahkemeleri Kanunu ile işçi ve işveren arasında iş ilişkisine dayalı sözleşmesel uyuşmazlıkları çözüme görevinin iş mahkemesine verilmiş olması, Türk Ticaret Kanunu'nun 5.maddesinde yer alan "*aksine hüküm bulunmadıkça*" ifadesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesi, Türk Ticaret Kanununun 4.maddesinde belirtilen ticari davalara bakma görevinin ticaret mahkemelerine ait olduğunu belirten 5.maddede işaret edilen aksine hüküm niteliğinde bir düzenlemedir⁴⁰.

Bu çelişen kararlara ek olarak Hukuk Genel Kurulunun güncel tarihli bir kararında işçi ve işveren arasındaki rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesi tarafından değil, İş mahkemesi tarafından çözümlenmesi gerektiği yönündeki muhalefet şerhine rağmen bu muhalefete çoğunluğun katılmaması nedeniyle esasa ilişkin diğer hususlar dikkate alınarak değerlendirme yapılmıştır⁴¹.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, rekabet yasağına ilişkin hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesi, ticari iş olarak nitelendirilmeyen işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da asliye ticaret mahkemesi'nde çözüme kavuşturulmasını gerekli kılmaktadır⁴².

³⁸ Ülgen/Kaya, s.120.

³⁹ 11. HD. T. 07.03.2012, E. 12067, K. 3391 (Ülgen/Kaya, s.120).

⁴⁰ 9. HD. T. 01.06.2021, 2021/3076 E. 2021/9789 K. (Uyap.gov.tr, s.e.t.15.08.2023)

⁴¹ "...somut olaya uygulanması gereken 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu gereğince davada iş mahkemelerinin görevli olduğu, asliye ticaret mahkemesinin görevli olmadığı, bu nedenle direnme kararının anılan değişik gerekçeyle bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüşler, Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir." Yargıtay HGK. T. 15.03.2023, 2021/11-524 E. 2023/210 K. (Uyap.gov.tr, s.e.t.15.08.2023).

⁴² Esnaf niteliğinde bir terzi ile çırağı arasında doğan davanın ticari dava olarak nitelendirilmesinde pratik bir fayda olmadığı yönünde bkz. Domaniç, Şerh C.I, s.22.

cc. Yayım Sözleşmesine İlişkin Hükümlerde (TBK m.487-501) Düzenlenen Hususlar

Mutlak ticari dava türlerinden bir diğeri de yayım sözleşmesine ilişkin TBK m.487 ilâ 501'de düzenlenen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir⁴³. Yayımcının sıfatı konusunda herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla yayımcı, tacir olabileceği gibi esnaf da olabilir. Ancak, belirtmek gerekir ki, yayımcı, ticari hayat içerisindeki konumu gereğince genellikle tacir sıfatına sahiptir. TTK m.4'te yayım sözleşmesinden kaynaklanan davaların mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesinin nedeni de yayımcının genelde tacir sıfatına sahip olması şeklinde açıklanmaktadır⁴⁴.

Yayımcının tacir olması ve dolayısıyla da sahibi olduğu işletmenin ticari işletme vasfında olması halinde, yayımcı ile yayımlanan arasındaki sözleşme, her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğindedir. Yayımcının tacir olmaması ihtimalinde ise, söz konusu uyuşmazlık, aradaki iş, ticari bir iş olmamasına rağmen, TTK m.4 ve 5 gereğince asliye ticaret mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulacaktır. Örneğin, eser sahibi ile matbaa işletmecisi esnaf arasındaki yayım sözleşmesinden kaynaklı dava mutlak ticari davadır. Ancak belirtmek gerekir ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76'ncı maddesi gereğince Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen hukuki ilişkilerden kaynaklanan davalar ihtisas mahkemelerinde görülür.

dd. Kredi Mektubu ve Kredi Emrine İlişkin Hükümlerde (TBK m.515-519) Düzenlenen Hususlar

Bir diğeri mutlak ticari dava türü ise TBK m.515 ilâ 519'da düzenlenen kredi mektubu ve kredi emrine ilişkin hükümlerde yer alan hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklardır.

Kredi mektubu, TBK m.515'te, "*mektup gönderenin gönderilene bir üst sınır belirleyerek veya belirlemeksizin, kredi mektubundan yararlanacak belirli kişiye istemde bulunacağı miktarda para ve benzeri şeyleri verme konusundaki vekâletini içeren belgedir*" şeklinde tanımlanmıştır. Kredi mektubu, vekâlet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabidir. Kredi emri ise, emir alanın (memurun), kredi emrini verenin (amirin) ad ve hesabına üçüncü kişiye kredi vermesi veya açılmış bir krediyi yenilemesidir⁴⁵.

TTK m.4'de, önceki bentlerde olduğu gibi, kredi mektubu ve kredi emri konularında da açıklayıcı bir gerekçeye ihtiyaç duyulmaksızın, bu konuların mutlak ticari dava olarak nitelendirildiği görülmektedir. Kredi mektubu ve kredi emrinin birer sözleşme ilişkisi olmaları sebebiyle,

⁴³ K. Emre Gökyayla, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s.1136.

⁴⁴ Ülgen/Kaya, s.120; Arkan, s.99.

⁴⁵ Arkan, s.100; Ülgen/Kaya, s.121.

aradaki işin taraflardan birisinin ticari işletmesi ile ilgili olması, bu işin her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde kabul edilmesini gerektirecektir. Bununla birlikte taraflardan herhangi birinin ticari işletmesi ile ilgili olmayan, kredi mektubu veya kredi emri ile ilgili hususlar ticari iş olarak nitelendirilemeyecektir. Bu durumda, ortada ne bir ticari iş ve ne de bu işe öncelikle uygulanması gerekli ticari hükümler olmayacaktır. Buna rağmen, kredi mektubu veya kredi emrinden kaynaklanan bir uyuşmazlık, TTK m.4 ve 5 gereğince asliye ticaret mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulacaktır.

ee. Komisyon Sözleşmesine İlişkin Hükümlerde (TBK m.532-545) Düzenlenen Hususlar

TTK m.4'e göre; menkul eşya ve kıymetli evrak alım satımını konu edinen, alım satım işleri komisyonculuğu sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, ticari dava olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, diğer komisyon işlerini düzenleyen TBK m.546'ya dayalı olarak açılacak davalar, mutlak ticari dava olarak nitelendirilmemiştir.

Komisyon sözleşmesinden kaynaklanan işlerin ticari iş niteliğinde olması için ise, en azından bir tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması gerekir. İki tarafın tacir olmadığı durumlarda da komisyon sözleşmesi kurulması mümkündür. Bu halde mevcut bir ticari işten bahsedilemeyecek, ancak herhangi bir uyuşmazlık halinde açılacak dava, asliye ticaret mahkemesi'nde görülecektir.

ff. Ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılarına İlişkin Hükümlerde (TBK m.547-554) Düzenlenen Hususlar

Bir diğer mutlak ticari dava türü ise, TBK m.515 ilâ 519'da düzenlenen ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılarına ilişkin hükümlerde (TBK m.547-554) düzenlenen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklardır.

Tacirler ile tacir yardımcılarını (ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcısı) arasındaki sözleşme ilişkisinin ticari işletmeye ilişkin olması sebebiyle taraflar arasındaki iş, ticari iş olarak nitelendirilir. Bu işin tacir olmayan iki kişi arasında yapılması da söz konusu değildir. Zira TBK m.547 ve 554 arasında düzenlenen tacir yardımcılarını sadece ticari işletmeler için atanabilirler⁴⁶ (TBK m.547, 551, 552). Dolayısıyla tacir ile yardımcılar arasındaki işten kaynaklanacak bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulacağı mahkeme, asliye ticaret mahkemesi'dir. Zira TTK m.4'e göre, söz konusu hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava niteliğindedir.

Önceki bentlere ilişkin olarak açıklanan, bazı işlerin genellikle tacirler tarafından yürütülmesi nedeniyle bu işlerin mutlak ticari dava

⁴⁶ TBK m.547 ve 554 arasında düzenlenen ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını dışında "pazarlamacı" ve "acente" de sadece ticari işletmeler için atanabilir.

olarak nitelendirildiğine ilişkin gerekçenin, esasen bu bent açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Bu çerçevede, Türk Ticaret Kanunu'nun mevcut sistematigi içerisinde, TBK m.448 – 460 arasında düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesinin de TTK m.4 kapsamına alınmasının ve mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Çünkü pazarlamacının da tacir yardımcısı sıfatına sahip olduğu düşünüldüğü takdirde yapılan atfın pazarlamacılık sözleşmesini kapsamamasının geçerli bir gerekçesi bulunmamaktadır. Nitekim TTK m.4 gibi ticari davayı düzenleyen eTK⁴⁷ m.4'te, eTK ve eBK⁴⁸ döneminde pazarlamacının karşılığı niteliğinde olan⁴⁹ seyyar tüccar memuruna (eBK m.454) yer verilmiş ve seyyar tüccar memurluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir.

Seyyar tüccar memurunun karşılığı niteliğinde olan pazarlamacılık sözleşmesine TTK m.4'te yer verilmemesine Kanunun gerekçesinde herhangi bir açıklama getirilmemiştir⁵⁰. TTK m.4'te pazarlamacılık sözleşmesine yer verilmemesinin ikna edici bir gerekçesi de bulunmamaktadır. Pazarlamacı dışında tacire bağlı olarak görev yapan tacir yardımcılarının tamamı (ticari temsilci, ticari vekil, diğer tacir yardımcıları) hakkındaki uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olarak kabul edilirken ve hatta bağımsız tacir yardımcılarından acente ve komisyoncuya ilişkin uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olarak öngörülmüşken pazarlamacı hakkındaki uyuşmazlıkların mutlak ticari dava olarak düzenlenmemiş olması çelişkili görülebilir.

Öte yandan ticaret işleri tellallığına ilişkin (6762 sayılı eTK'daki) hükümlerin, Türk Ticaret Kanunu'ndan çıkarılmasıyla⁵¹, bu faaliyeti yürütenler genel hüküm niteliğindeki simsarlık sözleşmesi hükümlerine tabi hale gelmişlerdir. Ancak simsarlık sözleşmesine ilişkin hükümler, mutlak ticari dava kapsamında yer almamaktadır. Diğer bir ifadeyle TTK m.4'te simsarlık sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu (TBK m.520 – 525) hükümlerine yer verilmemiştir. Bu nedenle simsarlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, mutlak ticari dava niteliğinde olmayıp, nispi ticari dava kriterleri göz önüne alınarak, her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması halinde asliye ticaret mahkemesinde görülecektir⁵².

Acente ve taşıma işleri komisyoncusu ise, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen tacir yardımcıları olmaları nedeniyle, bu tacir yardımcılara

⁴⁷ Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. T.09.07.1956, S.9353).

⁴⁸ Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (RG. T.29.04.1926, S.359).

⁴⁹ Pazarlamacılık sözleşmesinin eBK dönemindeki seyyar tüccar memurunun karşılığı olduğu yönünde bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s.345; Bozkurt, s.215.

⁵⁰ Bkz. Türk Ticaret Kanunu 4. madde gerekçesi.

⁵¹ Türk Ticaret Kanunu'nun dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine "... komisyonculuğa ilişkin..." ibaresinden önce gelmek üzere Borçlar Kanununun tellallığa ilişkin hükümlerine atf yapan bir ibarenin eklenmesi gerektiği yönünde bkz. Moroğlu, s.27.

⁵² Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s.49.

ilişkin uyumsuzluklar, mutlak ticari dava olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla acentelik ile ilgili hükümlerle (TTK m.102-123), taşıma işleri komisyoncusuna ilişkin hükümlerden (TTK m.917-930) kaynaklanan uyumsuzluklar, asliye ticaret mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulacaktır⁵³.

d. Fikri Mülkiyet Hukukuna Dair Mevzuatta Düzenlenen Hususlar

TTK m.4'te fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlar da mutlak ticari dava olarak nitelendirilmiştir⁵⁴. Fikri Mülkiyet Hukukuna ilişkin başlıca mevzuat 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'dur⁵⁵. Kanunun kabulünden önceki dönemde ise fikri mülkiyet hukukuna ilişkin tek bir mevzuat söz konusu değildi. Bu dönemde 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK ile getirilen düzenlemeler yer almaktaydı.

Diğer bir ifadeyle, marka, patent, endüstriyel tasarım, coğrafi işaret, faydalı model gibi müesseselere ilişkin hususlardan kaynaklanan uyumsuzluklar mutlak ticari dava olarak nitelendirilmektedir⁵⁶. Ancak fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta, ilgili düzenlemelerde öngörülen davalarda görevli mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olduğu hükme bağlanmıştır (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.156 ve mülga KHK/556 m.71; KHK/551 m.146; KHK/554 m. 58; KHK/555 m.30). Bu mevzuatlarda yer alan ihtisas mahkemesinden kasıt, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk ve Ceza Mahkemesidir.

⁵³ Ancak, acente ve taşıma işleri komisyoncusu bir tüketici işleminin tarafı olabilir. Bu durumda her ne kadar TTK m.4/1-a ve m.5 kapsamında ticari dava ve Asliye Ticaret Mahkemesinin görevi söz konusu olsa da, özel hüküm konumunda olan TKHK hükümlerinin tatbiki gerekecektir.

⁵⁴ TTK m.4 gerekçesi: "(d) bendinde, TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak "Fikri mülkiyet hukukuna" ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Çünkü, kavram TRIPS ile WIPO'nun terminolojisine uygun olarak *inter alia* fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmektedir".

⁵⁵ Arkan, s. 101. Fikir ve Sanat Eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların mutlak ticari dava olarak nitelendirilmediği hakkında bkz. II-C-3-d.

⁵⁶ TTK m.4 gerekçesine göre fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar, kanunen mutlak ticari davalardır. Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin davaların halen tek yargıçlı, fikri ve sınai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmekte bulunmaları, bu mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olarak adlandırılmaları, başka bir deyişle ihtisas mahkemesi olmaları, bu davaları ticari dava olmaktan çıkarmaz; niteliklerini değiştirmez.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.156 ile fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye hukuk mahkemesince; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye ceza mahkemesince bakılacağı düzenlenmiştir.

6769 sayılı kanun öncesi dönemde fikri sınai haklar hukuk ve ceza mahkemesi bulunmayan yerlerde TTK m.4 gereğince görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleriydi. Asliye ticaret mahkemeleri hem de fikri ve sınai haklar mahkemesi özel nitelikte mahkemelerdir⁵⁷. Asliye ticaret mahkemeleri ile fikri ve sınai haklar mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak tanımlanmıştır⁵⁸. Dolayısıyla asliye ticaret mahkemeleri ile fikri ve sınai haklar mahkemeleri arasındaki ilişki açısından karışıklığa neden olan; fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta yer alan hususlardan doğan davaların TTK m.4'te mutlak ticari dava olarak sayılması doktrinde eleştirilmiştir⁵⁹.

Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususların ticari iş olarak nitelendirilebilmesi için ise bu hususlara ilişkin işlem ve fiillerin bir ticari işletmeye ilişkin olmaları gerekir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlara ilişkin işlem ve fiiller haricindeki tüm işlem ve fiiller açısından nisbî ticari iş değerlendirilmesi yapılması gerekmektedir.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, fikri ve sınai haklara ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar ticari bir işletmeye ilişkin olmasalar dahi⁶⁰ mutlak ticari dava olarak nitelendirilecektir⁶¹.

⁵⁷ TTK m.4 gerekçesinde Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nin bir "Ticaret Mahkemesi" olduğu ifade edilmiştir. TTK m.4 gerekçesine göre, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar, kanunen mutlak ticari davalardır. Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin davaların halen tek yargıçlı, fikri ve sınai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmekte bulunmaları, bu mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olarak adlandırılmaları, başka bir deyişle ihtisas mahkemesi olmaları, bu davaları ticari dava olmaktan çıkarmaz; niteliklerini değiştirmez. Fikri mülkiyet davalarına bakan mahkemelerin tek hakimli, asliye mahkemelerinin bir başkan ve iki üyeli olmaları, fikri ve sınai haklar mahkemesinin ticaret mahkemesi olmadığı anlamına gelemez. Çünkü, ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde tek hakimli asliye mahkemesi de ticaret mahkemesi sıfatıyla ticari davalara bakmaktadır.

⁵⁸ Ülgen/Kaya, s.132; Nesibe Kurt Konca, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri, S. 15, 2013, TAAD, s.99; Tamer Bozkurt, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2014, s.109.

⁵⁹ Kendigelen, s.48; Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2012, s.26; Kurt Konca, s.99.

⁶⁰ Fikri ve sınai haklara ilişkin istisna için bkz. II-C-3-a.

⁶¹ TTK m.4/1-(d)'de "fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuat"dan doğan davaların mutlak ticari davalar olarak nitelendirilmesinin anlamsız ve gereksiz olduğu, zira bu davaların Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerince çözüme

e. Ticarete Özgü Olarak Nitelendirilen Yerlere İlişkin Hükümlerde Düzenlenen Hususlar

TTK m.4'de mutlak ticari dava olarak nitelendirilen hususlardan bir diğeri ise; borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde düzenlenen hususlardır⁶². Bu özel hükümlerin yer aldığı düzenlemelere örnek olarak, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu, 2699 sayılı Umumî Mağazalar Kanunu, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Kanunu gösterilebilir⁶³. Bu düzenlemelerde yer alan işlem ve fiillerin ticari iş niteliğinde olup olmadıklarının belirlenmesi için ise TTK m.3 ve 19 dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Ticarete özgü olarak nitelendirilen yerlere ilişkin hükümler Türk Ticaret Kanunu'nda yer almadığı için ilgili kanunlarda düzenlenen işlem ve fiiller mutlak ticari iş olarak nitelendirilemez.

f. Bankalara, Diğer Kredi Kuruluşlarına, Finansal Kurumlara ve Ödünç Para Verme İşlerine İlişkin Hükümlerde Düzenlenen Hususlar

TTK m.4'de ticari dava olarak nitelendirilen hususlardan bir diğeri de bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin hükümlerde düzenlenen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Sayılan kuruluşlara ilişkin ilgili mevzuatta düzenlenen hususlardan kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar ticari dava niteliğindedir. Bu kanunlara örnek olarak; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 1211 sayılı Merkez Bankası Kanunu, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu gösterilebilir.

Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin kanunlarda düzenlenen işlem ve fiiller ise, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenenler hariç olmak üzere mutlak ticari iş olarak nitelendirilemez ve TTK m.3 ve 19 çerçevesinde nisbî ticari iş

kavuşturulacağı, bu nedenle de bu hükümle "Ticaret Mahkemesinde görülemeyecek ticari dava" türü ihdas edildiği yönünde bkz. Moroğlu, s.26-27. "Davacı şirket vekili, müvekkili ile aynı iş kolunda faaliyet gösteren davalının, müvekkili şirketin tescilli unvanı ile benzer bir ticaret unvanı kullanmak ve müvekkili ile benzer bir ambalaj ile ürettiği malları piyasaya sürmek suretiyle haksız rekabette bulunduğunu iddia ederek haksız rekabetin önlenmesi talebinde bulunmuştur. Dosya kapsamından uyuşmazlığın marka hakkından doğduğu anlaşılmaktadır. Bu nev'i uyuşmazlıklarda ise ihtisas mahkemeleri olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri görevlidir." 11.HD. T.15.5.2006, E.2005/5533, K.2006/5669 (www.kazanci.com, s.e.t.01.07.2023).

⁶² Ticarete özgü yerlerin devletin denetimi bakımından kamu hukukuna ilişkin düzenlemelere konu olduğu, bu hükümlerden doğan davaların ticari dava niteliği taşıması için uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin olması gerektiği, bu hükümlerin kamu hukuku düzenlemelerine konu olması karşısında bu hükümlerden doğan davaların ticari dava niteliği taşımasına nadiren rastlanacağı yönünde bkz. Poroy/Yasaman, s.119.

⁶³ Arkan, s.102.

kriterlerine göre ticari iş niteliğinde olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, memur ile banka arasındaki mevduat hesabı sözleşmesi bankanın ticari işletme olması ve aradaki işin sözleşmeden kaynaklanması sebebiyle her iki taraf bakımından da ticari iş olarak nitelendirilir (TTK m.19/2)⁶⁴.

C. NİSBİ TİCARİ İŞ ve NİSBİ TİCARİ DAVA

1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyen hususların ticari nitelikte iş veya ticari dava kabul edilebilmeleri için bir takım şartların mevcudiyeti aranır. Bu şartlar, TTK m.3, 4 ve 19'da gösterilmiştir. Sadece Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususların ticari nitelikte iş ve ticari dava kavramlarının kapsamının belirlenmesinde yeterli olmayacağı düşüncesiyle ticari işletme ile ilgili olan iş (işlem ve fiil) ve davaların da ticari nitelikte olması gerektiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, her iki kavram açısından da aranan "ticari işletme ile ilgili olma" şartı ticari işe ilişkin 3'üncü maddede ve ticari davaya ilişkin 4'üncü maddede farklı şekilde ele alınmıştır.

2. Nisbî Ticari İş ve Nisbî Ticari Dava Kavramlarının Karşılaştırılması

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyen hususların ticari nitelikte kabul edilebilmeleri için bir işin ticari işletmeye ilişkin bir işlem veya fiil olması gerekir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus ticari iş kavramının, işin her iki tarafı bakımından da ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle, işin taraflardan sadece birisi için ticari nitelikte olması, diğer taraf için de her zaman ticari nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir⁶⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari dava kabul edilebilmeleri için ise, uyuşmazlığın her iki tarafının da ticari işletmesi ile ilgili olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, taraflardan sadece birisinin ticari işletmesi ile ilgili olan uyuşmazlıklar kural olarak ticari dava kabul edilmemiştir. Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus da TTK m.4'ün lafzından, "her iki tarafın ticari işletmeleri ile ilgili olma" şartının, çekişmesiz yargı işleri için de aranması gerektiği şeklinde bir anlamın çıkmasıdır. Çünkü söz konusu hüküm "*Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri...*" şeklindedir. Bu nedenle TTK m.4'e "*Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk*

⁶⁴ Bununla birlikte memur ile banka arasındaki mevduat hesabı sözleşmesi özel hüküm niteliğindeki TKHK çerçevesinde tüketici işlemi sayılacaktır.

⁶⁵ TTK m.19/2 bu kuralın istisnasını oluşturur. Bu hükme göre; taraflardan yalnız biri için ticari nitelikte olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.

davaları...” ifadesinden sonra gelmek üzere “...ve bir ticari işletmeyle ilgili çekişmesiz yargı işleri...” şeklinde eklenme yapılması düşünülebilir.

Nisbî ticari iş ve nisbî ticari dava kavramlarının kapsamı, ticari işletme kavramından yola çıkılarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, bir işin nisbî ticari iş olarak nitelendirilmesi için tek bir tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması yeterliyken, bir uyuşmazlığın nisbî ticari dava olarak nitelendirilmesi için her iki tarafın da ticari işletmeleri ile ilgili olması gerekir. Nitekim her iki kavram açısından da ticari işletme kıstası kullanılmasına rağmen söz konusu iki kavram arasında hemen hemen hiç bağlantı kurulmamıştır. Diğer bir ifadeyle, ticari iş kavramı, ticari davanın belirlenmesi açısından herhangi bir etkiye sahip değildir⁶⁶.

Bir işin, taraflarından her ikisi için de ticari nitelikte olması, fakat bu işin taraflardan yalnızca birinin ticari işletmesine ilişkin olması sıkça karşılaşılan bir durumdur. Özellikle sözleşme kaynaklı ilişkilerde TTK m.19/2 gereğince, tacir olmayan taraf açısından da ticari iş söz konusu olmaktadır. Ancak bir sözleşmenin taraflarından sadece birinin ticari işletmesi ile ilgili olması ve işin Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenenler dışındaki hususlardan olması halinde ticari davadan söz edilemez⁶⁷. Örneğin, bir sermaye şirketi ile tacir olmayan kişi arasındaki (örneğin esnaf veya serbest meslek erbabı) işyeri kira sözleşmesi, TTK m.19/2 gereğince tarafların her ikisi açısından da ticari nitelikte bir iştir. Ancak taraflar arasında çıkacak muhtemel bir uyuşmazlık, mutlak ticari dava kapsamında olmaması veya her iki tarafın ticari işletmesine ilişkin olmaması sebebiyle, ticari dava olarak nitelendirilemez⁶⁸.

Haksız fiilden kaynaklanan bir uyuşmazlığın ticari dava olarak nitelendirilebilmesi için de, fiilin her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması gerekir. Örneğin, iki ayrı sermaye şirketi arasındaki haksız fiilden kaynaklı zararın giderilmesi amacıyla açılacak tazminat davası, ticari dava niteliğindedir⁶⁹. Ancak, bir sermaye şirketine ait araç ile tacir olmayan bir kişiye ait aracın çarpışması sonucu ortaya çıkacak zararın giderilmesi amacıyla açılacak tazminat davası, ticari dava niteliğinde değildir⁷⁰.

⁶⁶ Ticari iş kavramının ticari dava kavramı üzerinde doğrudan etkiye sahip olduğu 1926 Tarihli ve 865 Sayılı Ticaret Kanunu’nda ki düzenleme için bkz. I-A-1.

⁶⁷ Elbette ki bu sözleşmenin TTK m.4’de mutlak ticari dava olarak gösterilen sözleşmelerden olmaması gerekir.

⁶⁸ 6762 sayılı eTK m.4/1’de yer alan “21 inci maddenin birinci fıkrası gereğince her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ile...” ifadesi “Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan...” şeklinde değiştirilmiştir. Bu nedenle her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olmayan ancak buna rağmen her iki taraf için de ticari iş niteliğine kabul edilen hususların ticari dava olarak nitelendirilmesi imkanı kalmamıştır.

⁶⁹ Bahtiyar, s.75 Benzer örnekler için bkz. Arkan, s.105; Ülgen/Kaya, s.126; Bahtiyar/Biçer, s.415.

⁷⁰ “Dava, davalı şirkete sigortalı araç ile davacı şirkete ait aracın karıştığı kaza nedeniyle uğranılan maddi zararın poliçe ile sınırlı olarak tahsili istemine ilişkindir. Somut olayda uyuşmazlık davacı ve davalı şirket Ticaret Kanunu poliçesi yahut ticari ilişkiden değil, davacının işleteni olduğu araç ile davalıya sigortalı aracın karıştığı maddi

Esasen her iki olayda da uygulanacak faize, teselsüle ve zamanaşımına ilişkin ortak hükümler bulunmaktadır. Fakat ilk örnekteki davanın ihtisas mahkemesi sıfatıyla asliye ticaret mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulması gerekecektir (TTK m.4/1). Kanaatimizce bu tür ve benzeri olaylarda asliye ticaret mahkemesinin uzmanlık alanından bahsetmek de yerinde değildir. Çünkü zararın ve dolayısıyla tazminatın miktarının belirlendiği ve tarafların kusur oranının tespit edildiği bu tür davaların bir ihtisas mahkemesi niteliğinde olan asliye ticaret mahkemesinde görülmesini haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır. Nitekim bu tür davaların esası, davanın ihtisas mahkemesinde görülmesini gerektirecek ölçüde ve doğrudan tacirin sıfatı ya da ticari işletmesi ile ilgili de değildir⁷¹.

3. Nisbi Ticari İş ve Sadece Bir Ticari İşletmeyi İlgilendiren Ticari Davalar⁷²

a. Genel Olarak

Ticari dava kavramının belirlenmesi için TTK m.4'de yer verilen bir diğer ölçüt, bir ticari işletmeyi ilgilendiren havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine dair haklardan doğan davalardır. Türk Ticaret Kanunu'nda nisbi ticari davalar için aranan "*her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili*" olma şartı bu hususlar açısından aranmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde bu hususlar için "*her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili*" olma şartının aranmadığı, "*...herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu sebeple, havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların ticari nitelikte kabul edilmeleri için sadece bir tarafın ticari işletmesi ile ilgili olmaları yeterli görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, sayılan hususlara ilişkin davaların ticari nitelikte kabul edilmeleri için aradaki ilişkinin her iki tarafın da ticari işletmeleri ile ilgili olması şartı aranmamıştır. Ayrıca bu hususlardan doğan davaların herhangi bir ticari işletme ile ilgili olmaması durumunda mutlak ticari dava olarak kabul edilmesi de arzu edilmemiştir.

hasarlı trafik kazasından kaynaklanmaktadır. Bu haliyle uyumsuzluğun haksız fiile dayalı alacak davası olduğu anlaşıldığından, davanın genel hükümler çerçevesinde Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir." 17.HD. T.31.12.2012, E.2012/9255, K.2012/15203 (www.kazanci.com, s.e.t.01.07.2023).

⁷¹ Ticari işletmeyi ilgilendirme veya tarafların sıfatının ticari davaların kapsamının belirlenmesinde bir ölçüt olmaktan çıkarılması ve ticari davaların ticari bir işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediği veya tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın uyumsuzluğun türü esas alınarak belirlenmesi gerektiği hakkında bkz. Kırca, s.57.

⁷² TTK m.4/1-son da düzenlenen sadece bir ticari işletmeyi ilgilendiren ticari davalara ilişkin olarak kullanılan "*Yarı Nisbi Ticari Dava*" kavramı için bkz. Bozkurt, s.111.

b. Havale Hakkındaki Hükümlerde (TBK.m.555-560) Düzenlenen Hususlar

TTK m.4'de gösterilen bir diğer ticari dava türü de TBK m.555 ilâ 560'da düzenlenen havale müessesesine ilişkin hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir. Bu nedenle havalenin, herhangi bir ticari işletme ile ilgili olması bu husustan kaynaklanan uyuşmazlığın ticari nitelikte kabul edilmesi için yeterli olacaktır. Örneğin, tacir olmayan bir kişinin bankaya⁷³, yine tacir olmayan bir kişi lehine havale talimatı vermesi ve bu havale ilişkisi neticesinde ortaya çıkacak uyuşmazlık ticari dava niteliğinde olacaktır⁷⁴.

Havaleden kaynaklanan işin taraflar açısından ticari iş niteliğinde olup olmadığı ise ancak tüm taraflar açısından ayrı ayrı yapılacak değerlendirmeler neticesinde anlaşılabilir. Zira havale Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlardan değildir. Bu nedenle havalenin ticari iş olarak nitelendirilebilmesi için ticari işletmeye ilişkin bir iş olması şarttır. Havale işlemi, tacir olmayan veya tacir olmakla birlikte ticari işletmesine ilişkin olmayan taraf açısından ticari nitelikte bir iş değildir. Taraflardan herhangi birisinin ticari işletmesi ile ilgili olması da diğer taraf açısından durumu değiştirmez. Zira havale hukuki niteliği açısından bir sözleşme değil, çifte yetkilendirmeyi içeren tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı içeren bir hukuki işlemdir⁷⁵. Diğer bir ifadeyle, TTK m.19/2'nin havale ilişkisi hakkında uygulanması düşünülemez.

Taraflarından yalnızca birisinin ticari işletmesi ile ilgili olan havale işlemi, havalenin hukuki niteliğinin sözleşme olarak kabul edilmemesi sebebiyle, diğer taraf açısından ticari iş niteliğinde kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte yukarıdaki bahsi geçen örnekte yer alan ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık TTK m.4/1-f gereğince mutlak ticari davadır. Elbette burada özel kanun niteliğinde olan TKHK hükümlerinin de göz önüne alınması gerekir.

⁷³ Tacir olmayan bir kişinin, yine tacir olmayan bir kişiye posta havalesi yoluyla para göndermesi halinde "ticari dava" söz konusu olmayacağı yönünde bkz. Kayar, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s.96.

⁷⁴ Arkan, s.104; Poroy/Yasaman, s.120; Kayar, s.96. Üç taraflı havale ilişkisinde taraflardan herhangi birisinin tacir olması ancak havale ilişkisinin onun da ticari işletmesi ile ilgili olmaması halinde bunu ispat yükü tacirin kendisine aittir. Aksi halde TTK m.19/1'de düzenlenen ticari iş karinesi gereğince bu işlem tacirin ticari işletmesine ilişkin kabul edilecektir.

⁷⁵ Mustafa Çeker, Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar, C.XII, S.1-2, 2008, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.64.

c. Saklama Sözleşmesine (Vedia) İlişkin Hükümlerde Düzenlenen Hususlar

TTK m.4'te öngörülen ticari dava türlerinden bir diğeri saklama sözleşmesine ilişkin TBK m.561 ilâ 580 arasında düzenlenen hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m.561). Saklama sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da ticari nitelikte kabul edilmeleri için sadece taraflardan birinin ticari işletmesiyle ilgili olması yeterli görülmüştür.

Saklama sözleşmesinden kaynaklanan işin niteliğinin belirlenmesi için diğer nisbî ticari işlerde olduğu gibi söz konusu işin ticari işletme ile ilgili olup olmadığının incelenmesi gerekir. Taraflardan sadece birisinin ticari işletmesine ilişkin bir saklama sözleşmesi, taraflar arasındaki ilişki bir sözleşme olduğundan, bu işin her iki taraf açısından da ticari nitelikte kabul edilmesi için yeterlidir.

Taraflardan sadece birisinin ticari işletmesi ile ilgili olan bir saklama sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde kabul edilmesi bu sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen diğer sözleşmelerden farklı bir yönünün olduğu düşüncesine sebep olabilir. Ancak saklama sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farklı olarak ele alınmasını gerektirecek bir gerekçe bulunmamaktadır.

d. Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Haklarla İlgili Hususlar

TTK m.4'te öngörülen ticari dava türlerinden bir diğeri de fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalardır. Bu haklara ilişkin hükümler 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenmektedir. Söz konusu haklardan doğan davaların taraflardan sadece birisinin ticari işletmesi ile ilgili olmasının yeterli görülmesi, eser sahiplerinin yayımcılara karşı açacakları davaların ihtisas mahkemesi'nde çözümlenmesi amacıyla getirilmiş bir düzenleme olarak görülebilir. Taraflar arasındaki işin niteliği ise, yayımcı veya eser sahibinin ticari işletmesi ile ilgili bir iş olup olmadığı göz önüne alınarak değerlendirilebilir. Aradaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğu düşünüldüğü takdirde, bu işin, taraflardan sadece birisinin ticari işletmesi ile ilgili olması her iki taraf için de ticari işin varlığı anlamına gelecektir (TTK m.19/2).

D. TİCARİ İŞ VE TİCARİ DAVAYA İLİŞKİN HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME VE ÖNERİ

Türk Ticaret Kanunu'nun ticari iş kavramıyla ilgili 3 ve 19 ile ticari dava kavramıyla ilgili 4'üncü maddelerinin birbirleriyle olan yakın ilişkisi, tüm bu maddelerin merkezinde ticari işletme kavramının yer almasından kaynaklanmaktadır. Ticari işletme kavramı etrafında şekillenen ticari iş ve ticari dava kavramlarının doğrudan doğruya bir bağlantı içinde olmaması ise, kanun koyucunun tercihidir.

Ticari iş kavramının kapsamının yeniden belirlenmesi ve ticari dava kavramının da doğrudan doğruya ticari iş kavramı ile ilişkilendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Nitekim ticari iş ve ticari dava kavramları arasında kurulacak doğrudan doğruya bir bağlantı, sistemsal bir probleme yol açmaktan ziyade, sistemin daha kolay anlaşılabilir hale gelmesini sağlayabilir.

Ticari iş ve ticari dava kavramları arasında bağlantı kurulabilmesi için TTK m.3, 19 ve 4'ün tekrar gözden geçirilmesi gerekecektir. Bu çerçevede, ticari iş kavramına ilişkin 3 ve 19'uncu maddelerin birleştirilmesi düşünülebilir. Böylece ticari iş ve ticari iş karinesi aynı madde altında toplanarak konu bütünlüğünü sağlamış olur. Ayrıca bu maddelerin birleştirilmesi ile ticari iş kavramının tek bir maddede toplanması, ticari dava kavramı ile kurulacak bağlantının da daha basit ve anlaşılır olması anlamına gelir. Bu kapsamda TTK m.3'ün üç ayrı fıkradan oluşması sağlanacak ve ilk fıkrada ticari iş, ikinci fıkrada ticari iş karinesi ve üçüncü fıkrada ise mevcut TK m.19/2'de yer alan hüküm (Ticari İşin Sirayeti) düzenlenmiş olacaktır. Bu şekilde yapılacak değişiklik, esas bakımından bir yenilik içermemekle birlikte, ticari davaya ilişkin TTK m.4'te yapılması önerilen düzenlemenin daha kolay anlaşılabilir olmasını sağlayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun oldukça karmaşık ve anlaşılması da bir o kadar güç olan 4'üncü maddesinin sadeleştirilmesi adına, ticari dava kavramı, ticari iş kavramının düzenlendiği (ve ticari işe ilişkin tüm hükümlerin toplandığı) 3'üncü maddeye yapılan bir atf ile düzenlenebilir. Böylece ticari işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tek tek sayım suretiyle gösterilmesine gerek kalmaksızın ticari dava kavramının sınırlarının belirlenmesi sağlanabilir. Ancak yapılacak atfın TTK m.3'ün tamamını kapsayıp kapsamaması (atfın maddenin tamamına ya da maddede yer alan fıkralardan bir veya birkaçına yapılması) bir tercihten ibarettir. Bu noktada, 1) ticari işlerden kaynaklı uyuşmazlıkların tamamının ticari dava olarak kabul edilmesi veya 2) sadece her iki taraf için de ticari iş niteliğinde olan hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari dava olarak kabul edilmesi seçenekleri ortaya çıkabilir.

İlk seçeneğin kabulü halinde, uyuşmazlığın kaynağı önemli olmaksızın ticari işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tamamı, ticari dava olarak kabul edilecektir. Bu halde, 6102 sayılı TTK ile getirilen sistemden farklı olarak, haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da uyuşmazlığın taraflardan sadece birisi için dahi ticari iş niteliğinde olması durumunda, uyuşmazlığın ticaret mahkemelerince çözüme kavuşturulmasının gerekip gerekmeyeceği sorusu ile karşılaşılabilir. Yapılacak atfın TTK m.3'ün tamamını kapsamaması halinde bu soru olumlu cevaplanmalıdır. Dolayısıyla, bu durumda, taraflardan birisi için ticari iş niteliğinde olan fakat diğer taraf için ticari iş niteliğinde olmayan hususlardan kaynaklanan (haksız fiillerden kaynaklananlar da dahil olmak üzere) tüm uyuşmazlıkların kural olarak ticaret mahkemelerinde çözüme kavuşturulması gerekecektir.

İkinci seçeneğin kabulü halinde ise TTK m.4'te TTK m.3'ün tamamına değil, maddede yer alan fıkralardan bir veya birkaçına atf yapılması söz konusu olacaktır. Bu durumda, her iki taraf için de ticari iş

niteliğinde olan hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinde çözüme kavuşturulması düşünülebilir. Bu kapsamda TTK m.4; “*Türk Ticaret Kanunu’nun 3’üncü maddesine göre her iki taraf için de ticari nitelikte kabul edilen işlerden kaynaklı hukuk davaları ticari davadır.*” şeklinde yeniden kaleme alınabilir. Bu şekilde, ticari davanın kapsamı, 1) Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususları, 2) Her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olan hususları ve 3) TTK m.19/2 gereğince her iki taraf için de ticari iş niteliğinde kabul edilen sözleşmeleri ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları da içine alacak biçimde düzenlenmiş olacaktır. Böylece taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olmayan haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ticari dava kapsamı dışında kalacaktır.

İster birinci seçenek ister ikinci seçenek tercih edilmiş olsun, yapılacak değişiklikle birlikte, TTK m.4’te yer alan şekliyle ayrıntılı bir sayıma gerek kalmayacaktır. Nitekim mülga 6762 sayılı eTK gerekçesinde⁷⁶ de hükümde bentler halinde sayılan bu hususlara ilişkin olarak, genellikle ticari işletme faaliyetleri çerçevesinde yürütülen işlerden kaynaklı uyuşmazlıklar olması sebebiyle bu bentlerde yer alan konuların ticari dava olarak kabul edildiği ifadelerine yer verilmektedir. Gerekçede yer verilen ifadeler de, kanun koyucunun, ticari işletme ile ilgili uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemeleri tarafından çözümlenmesini amaçladığını göstermektedir.

⁷⁶ TTK m.4’de sayılan hususlardan doğan davaların, mutlak ticari dava sayılmasının, bu işlemlerin “öz ticaret hayatına mahsus olup ayrı bir ihtisas cephesi arz etmeleri” nden kaynaklandığı yönünde bkz. eTK tasarisına ilişkin Hükümet Gerekçesi, III, 11 (s.10); Arkan, s.98, Domaniç, Şerh C. I, s.22; Ülgen/Kaya, s.117.

KAYNAKÇA

Arıç Ş, Yargıtay İçtihatlarına Göre Haşiyeli Ticaret Kanunu, İstanbul, 1946.

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2023.

Ayhan R, Ticari İş Kavramı ve Tacir Sifatına Bağlı Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe, Y.2013, C.XVII, S.1-2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s.291-314).

Ayhan R/Özdamar M/Çağlar H, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2022.

Babayiğit Y, Ticari Dava Sayılan Haller ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Karşılaştırılması, Y.2009, S.34, Adalet Dergisi, (s.337-355).

Bahtiyar M, Ticari İşleme Hukuku, İstanbul, 2023.

Bahtiyar M/Biçer L, Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2012 (395-436).

Bozer A, Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası ve Ticari Usul, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara, 1960 (s.56-80).

Bozkurt T, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2014.

Bozkurt T, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2022.

Börü L/Koçyiğit İ, Ticari Dava, Ankara, 2020.

Çeker M, Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar, Y. 2008, C. XII, S. 1-2, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s.63-76).

Çıtır E, Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi, Y.2016, C.XX, S.3, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.41 (37-52).

Deliduman S/Oruç Y, Ticari Davalar, Y.2012, C.18, S.2, s.100, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (99-110).

Domaniç H, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul, 1988.

Erdoğan A, Ticari Davalar, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, Y.2013, C.3, S.1, (s.57-77).

Gökyayla K E, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2012.

Hirsch E E, Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku, İstanbul 1935.

Karayağın Y, Ticaret Hukuku, Ankara, 1957.

Kayar İ, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2022.

Kendigelen A, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012.

Kırca İ, Nispi Ticari Davaya Dair, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y:2017, C.33, S.1 (s.55-61).

Kurt Konca N, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri, Y. 2013, S. 15, TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi), (s.79-125).

Moroğlu E, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2016.

Poroy R/Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2022.

Ülgen H/Teoman Ö/Helvacı M/Kendigelen A/Kaya A/Nomer Ertan N F: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2021.

ULUSLARARASILAŞMANIN ANAYASA HUKUKUNA ETKİSİ

The Impact of Internationalization on Constitutional Law

Arş. Gör. İrem ALPÖZEN*

Öz: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin yıkılması sonucu tek kutuplu dünya düzenine geçilmesi ve küreselleşmenin etkisiyle 20. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararasılaşma tartışmaları kendini göstermiştir. Uluslararasılaşmanın etkisiyle devletlerin uluslararası hukukun etkisi altında anayasal düzenlemeler yapması ve dünya anayasalarının git gide birbirine benzer hükümler içermeye başlamasıyla da anayasa hukukunun uluslararasılaştığı konusunda görüşler ortaya koyulmuştur. Özellikle insan hakları hukukuna ilişkin uluslararası metinlerin anayasalara etkisiyle, insan haklarına ilişkin maddelerin dünya anayasalarının çoğunda neredeyse birebir aynı olması durumu kendini göstermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin madde metinleri pek çok dünya anayasasında neredeyse birebir aynı şekilde yer almaktadır. Normlar hiyerarşisine göre uluslararası hukuk metinlerinin anayasalara eş değer veya anayasaların üstünde kabul edildiği devletlerde uluslararası hukuk kurallarının anayasal nitelikte kabul edilmesi de anayasa hukukunun uluslararasılaşımını göstermiştir. Bunun yanı sıra uluslararası hukukun bir anayasası olup olamayacağı da tartışılmıştır. Her ne kadar anayasa kavramı günümüzde salt iç hukuka özgü bir kavram olarak değerlendirilmese de, bölgesel anlamda bir anayasa denemesi olan Avrupa Birliği Anayasası girişiminin başarısız olmasıyla bu tartışmalar son bulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sovyetler, Uluslararasılaşma, anayasa, anayasa hukuku

Abstract: As a result of the collapse of the Soviet Socialist Republics Union and with the impact of globalization, discussions on internationalization have emerged since the second half of the 20th century. It has been argued that with the influence of international law, states have made constitutional arrangements under its influence, leading to a growing similarity in provisions among world constitutions. Particularly, the impact of international texts on human rights law, resulting in nearly identical human rights provisions in most world constitutions, has demonstrated the internationalization of constitutional law. The article texts of the European Convention on Human Rights are almost exactly the same in many world constitutions. In states where international legal texts are considered equivalent to or superior to constitutional law based on the hierarchy of norms, international legal rules have been acknowledged as having constitutional status. Additionally, there has been a debate on whether international law can have a constitution of its own. Although the concept of constitution is not considered as a concept specific to domestic law today, this discussion came to an end following the unsuccessful attempt of the European Union Constitutional Treaty as a regional constitutional experiment.

Keywords: Soviet Socialist Republics, globalization, public law

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, iremalpozen@hacettepe.edu.tr

ORCID: 0000-0002-8612-1991

Bu makale *Anayasa Hukukunun Uluslararasılaşması* başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 09.10.2023, Makale Kabul Tarihi: 27.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391734

GİRİŞ

Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren küreselleşen dünya düzeninde devletler arası ilişkilerin gelişiminin anayasalara etkisi kaçınılmaz olmuştur. Bu noktada uluslararası toplumun bir anayasası olup olamayacağı tartışmaları kendini gösterirken, bir yandan da uluslararası hukuk kurallarının anayasalara etkisiyle dünya anayasalarında yeknesaklaşma kendini göstermeye başlamıştır. Anayasa hukukunun uluslararasılaşması her iki durumu da anlatmak için doktrinde kullanılmaktadır.

Genel olarak anayasa hukukunun uluslararasılaşması, uluslararasılaşma sürecinin, geleneksel olarak iç hukuka özgü bir kavram olarak kabul edilen anayasalara etkisi olarak tanımlanabilir.

Uluslararası bir anayasadan bahsedilip bahsedilemeyeceği noktasında doktrinde görüşler birbiriyle çatışmaktadır. Bu noktada anayasa kavramının iç hukuka özgü bir kavram olup olmadığının değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir. Anayasa kavramı doktrinde geleneksel görüşlere göre devlete özgü bir kavram olmakla birlikte bazı görüşlere göre ulus ötesi bir kavramdır.

Tarafımızca da savunulan görüş anayasa kavramının salt devletle ilişkili bir kavram olmadığı yönünde olsa bile günümüzde uluslararası anlamda bir anayasanın varlığı mümkün görünmemektedir. Bunun bölgesel anlamda denemesi olan Avrupa Birliği Anayasası bu durumun güzel bir örneğini teşkil etmektedir. Anayasa hukukunun uluslararasılaşmasının en çok kendini gösterdiği nokta uluslararası hukukun dünya üzerindeki anayasalara olan etkisi ve bu etki sonucu dünya anayasalarının maddelerinde gözlemlenen yeknesaklaşmadır.

I. ULUSLARARASILAŞMA

Uluslararasılaşma, devletler arasındaki ilişkilerin küreselleşme süreciyle derinleştiği ve uluslararası düzlemde daha fazla etkileşim ve entegrasyonun gerçekleştiği bir oluşumu ifade eder. Uluslararasılaşma, ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel alanlarda devletlerin birbirleriyle etkileşimini ve bağlarını artıran süreçlerin bütünüdür.

Uluslararasılaşma, uluslararası ve ulus üstü kuralların ve kurumların anayasal düzenlemeler üzerindeki etkisini tanımlar¹. 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra, uluslararasılaşma konusundaki tartışmalar giderek artış göstermiştir. İkinci Dünya Savaşı'nın sonrası ve 1989'da komünizmin yıkılışı ile git gide uluslararasılaşan bir dünya düzeni kendini göstermiştir. Uluslararasılaşan dünyada iletişim teknolojisinin gelişmesiyle bir yerdeki anayasal düzenlemelerin başka bir yerde anında erişilebilir olması, ülke anayasalarının birbirine yeknesak hükümler içermeye başlaması sonucunu doğurmuştur. İngilizce'nin ortak bir dünya dili olarak benimsenmesi ile pek çok ülke online olarak

¹ Cherly Saunders, "The Impact of Internationalisation on National Constitutions", No. 671, 2014, Melbourne Legal Studies Research Paper, ss. 1.

anayasal düzenlemeleri yayınlamış ve bu durum da yeknesaklığı artırmıştır².

Anayasa hukukunun uluslararasılaşması kavramı yeni değildir. Hiçbir anayasa cam fanus içinde, dünya üzerindeki anayasalar ve uluslararası hukuk kurallarından bağımsız olarak oluşmamıştır. Anayasa hukukunun uluslararasılaşması tam olarak da bu noktada kendini göstermektedir. Dünya üzerindeki anayasalara bakıldığında pek çoğu benzer maddelere sahiptirler ve bu maddelerin uluslararası metinlere benzerliği dikkat çekicidir. Anayasa hukukunun uluslararasılaşması en genel ifadeyle budur.

Anayasa hukukunun uluslararasılaşmasından bir dünya anayasasının varlığını anlamak gerçekçi bir yaklaşım değildir. Dünya devletlerinin ulusal egemenlikten ödün verip uluslararası bir anayasayı kabul etmesi günümüzde hayalden öteye geçemeyecektir. Kanımca bir dünya anayasasının varlığı doktrinsel bir hayaldir. Bölgesel anlamda anayasalar dahi -2000li yılların başında Avrupa Birliği Anayasası konusunda olduğu gibi- hayata geçememişken, bir dünya anayasası ütopyadan başka bir şey değildir.

Anayasa hukukunun uluslararasılaşmasından anlaşılan uluslararasılaşma sürecinin anayasa hukukuna etkisidir.

A.Uluslararasılaşmanın Dikey Boyutu

Uluslararası metinlerin anayasal düzenlere etkisi gittikçe artmaktadır. Bu noktada uluslararası hukuk kurallarının ulusal anayasaların hükümlerine eşdeğer ve hatta onlardan üstün olduğu “ulusüstü anayasalcılık” tezi kendini göstermektedir³. Özellikle uluslararası insan hakları kuralları bu durumun net bir örneğidir. Bunun yanında Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası ve Dünya Ticaret Örgütü de uluslararası hukuk normlarını etkilemektedir.

Dünya üzerindeki ülkelerin çoğunluğu temel uluslararası insan hakları metinlerine taraftırlar. Uluslararası insan hakları hukuku devletlerin iç hukuklarını doğrudan etkilemektedir. Yargı bağımsızlığı ve adil seçim bunun örneğidir⁴. Uluslararası insan hakları normları ulusal anayasaları farklı şekillerde etkilemektedir. Söz konusu normlara anayasalarda doğrudan etki hakkı verilmesi dünya anayasalarında yaygın olarak görülmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 90/5 uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaysa aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıklarda

² Saunders, 2014, ss. 2-3.

³ Jiunn-rong Yeh and Wen-Chen Chang, “A Decade of Changing Constitutionalism in Taiwan: Transitional and Transnational Perspectives”, 2014, Cambridge University Press, ss.141-168.

⁴ Saunders, 2014, ss.3-4.

milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. Söz konusu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların Anayasa ile çatışması halinde hangi hukuki metnin üstün sayılacağı net değildir⁵.

Pek çok ülkede uluslararası insan hakları kuralları anayasa yapım sürecinde doğrudan kılavuz olarak alınmaktadır. Devletlerin anayasaları incelendiğinde bu denli benzer hükümlerin görülmesi bunun çok açık bir örneğidir.

1.Monist ve Döalist Sistem

Uluslararası hukukun anayasalara dikey olarak etkisi noktasında monist ve döalist sistemlere değinmek gerekir. Scelle ve Kelsen'in savunduğu monist sistemde hukuk düzeni tek bir bütünden ibarettir. Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk aynı düzenin farklı parçalarını oluşturur⁶. Daha basit bir ifadeyle, monist sisteme göre iç hukukla uluslararası hukuk aynı statüye sahiptir. Devlet egemenliğini ön planda tutan döalist görüşe göre uluslararası hukuk ile ulusal hukuk birbirinden ayrı tutulmalıdır⁷.

Monist sistemi benimseyen ölkelerde uluslararası andlaşmalar kural olarak iç hukukta doğrudan etkilidir. Devletler hangi uluslararası andlaşmaların doğrudan etkili olabileceğine karar verebilirler⁸. Bu noktada devletler, uluslararası andlaşmaları; anayasanın üzerinde, anayasaya eşdeğer, kanun üzerinde ancak anayasanın altında ve kanun düzeyinde gören devletler olmak üzere dörtlü bir ayrıma tabi tutulabilir⁹.

Uluslararası andlaşmaların iç hukukta doğrudan etki yaratmadığı döalist sistemi benimseyen pek çok devlet dünya üzerinde mevcuttur. Devlet egemenliğini üstün gören döalist sistemde ulusal hukuk ve uluslararası hukuk birbirinden ayrı sosyal ilişkileri düzenlemektedir. Döalist sistemde uluslararası hukuk kuralları iç hukuk düzeninde bir dönüştürme (transformation) ile uygulanabilir hale gelmektedir. “Yeniden yasama faaiyeti” (re-legislation) veya “asimilasyon” olarak

⁵ Faruk Bilir, “Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, C. 13, S. 1, 2005, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 78.

⁶ Deniz Tekin Apaydın, “Monizm-Döalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”, C. 9, S. 1, 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 533

⁷ Işıl Özkan, “Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri”, 8, 2013, Journal of Yaşar University, ss. 2127-2175, s.2129

⁸ Curtis A. Bradley, “Self-Execution and Treaty Duality”, 2008, *2009 Supreme Court Review* 131-182; cf Carlos Manuel Vasquez, “Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties”, 2008, 122 *Harvard Law Review*, ss. 599-695, ss. 628-644.

⁹ Hasan Tahsin Fendoğlu, İnsan Hakları Hukuku. Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, ss.124.

nitelendirilebilecek sürecin sonunda uluslararası hukuk kuralları bir iç hukuk normu olarak uygulanabilir hale gelecektir¹⁰.

Dualist sistemde dahi uluslararası hukuk kuralları anayasaları etkilemektedir. Nitekim uluslararası insan hakları kurallarının doğrudan iç hukuka etki etmesinin alternatif yolları bulunmaktadır. Uluslararası belgeler ulusal anayasaların oluşum sürecinde model teşkil etmekte ve bu şekilde anayasalara etki etmektedir¹¹. Düalist sistemlerde yeniden yasama faaliyeti ile iç hukuk tarafından tanınan uluslararası hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanmasında da uluslararası hukukun etkisi kaçınılmazdır¹².

B.Uluslararasılaşmanın Yatay Boyutu

Uluslararasılaşmanın yatay boyutu, uluslararası hukukun sùjeleri arasındaki ilişkilerin ve iş birliğinin küresel düzeyde derinleştiğı ve genişlediğı bir süreci ifade eder. Bu boyut, devletler, uluslararası kuruluşlar, sivil toplum örgütleri, şirketler ve diğerk aktörler arasında artan etkileşimi ve entegrasyonu kapsar.

Devletler sorunların çözümünde etkili yöntemler için kendi sınırlarının ötesine bakarlar. Ekonomik, siyasi, sosyal ve çevresel alanlarda ortak işbirliği yapabilir, işbirlikleriyle küresel sorunlara çözüm getirebilirler. Bilgi edinme hakkına ilişkin düzenlemelerin dünya üzerinde yaygınlaşması, ombudsmanlık sistemi, nisbi seçim sistemleri, bağımsız seçimler ve denetleme organizmaları bu yöntemlere örnek olarak gösterilebilir. Demokrasi, özgürlük, fırsat eşitliği ve insan hakları da doğal olarak uluslararasılaşmanın yatay olarak etkisidir. Ticaretin küreselleşmesi de uyuşmazlıklarda tarafsız yargılama, kamulaştırmaya karşı güvence, şeffaflık ve öngörülebilirlik gerektirmekte, bu durum da anayasalardaki ekonomik hükümleri etkilemektedir¹³.

Uluslararasılaşmanın yatay boyutunda iki özel durumdan daha bahsedilebilir. Bunlardan biri, devletler arasındaki iki taraflı veya çok taraflı anlaşmaları kapsar. Bir devletin diğerk bir devlete yapmış olduğı kalkınma yardımları o devlet için anayasal olarak birtakım sonuçlar doğurabilir. Bu yardımların demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü konusunda öngördüğü birtakım şartlar olabilir ve bu şartlar anayasa değişikliğini zorunlu kılabilir. Yabancı hükümet bursları ile yüksek öğrenim yapmak isteyen gençlere üniversite imkânı sunulmasından da bu noktada bahsedilebilir. Bu şekilde yardımda bulunan ÷lke geleceğın liderlerinin anayasal görüşleri üzerinde etki sahibi olur. İkinci özel durum ise yabancı mahkemelerin kararlarına atıftır. Anayasal hakların korunmasını içeren davalarda oldukça yaygın olmakla

¹⁰ Apaydın, 2018, ss. 532.

¹¹ Saunders, 2014, ss.5.

¹² Saunders, 2014, ss.5.

¹³ Saunders, 2014, ss. 7.

birlikte yargı bağımsızlığının anlamını belirleme, anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırılığının tespitinde de etkili olmaktadır¹⁴.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA ANAYASA KAVRAMI

Anayasa hukukunun uluslararasılaşmasının, uluslararası hukuk kurallarının anayasa hukukuna olan yatay veya dikey olarak etkisi olarak değerlendirilmesi eğiliminin yanı sıra, uluslararası hukukun bir anayasası olup olmadığı tartışmaları da anayasa hukukunun uluslararasılaşması bağlamında kendini göstermektedir.

Uluslararası bir anayasadan veya uluslararası bir anayasa hukukundan bahsedebilmek için öncelikle anayasa kavramının uluslararası hukuk alanında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinden bahsetmek gerekmektedir. Geleneksel görüşe göre anayasa ulus devlete ait bir kavramdır¹⁵.

Uluslararası hukukta anayasa kavramı, uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmaları tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. Anayasa kavramını uluslararası hukukta var olabileceğini kabul edebilmek için, anayasa kavramının devlet kavramından ayrılabilir olduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Geleneksel olarak anayasa, devlet kavramı ve devletin egemen gücünü kullanmasıyla doğrudan ilişkilidir¹⁶.

Anayasa kavramı günümüzde sadece devlete özgü bir kavram olarak değerlendirilmemektedir. Anayasa kavramı, yoğun ilişki içerisinde olan bir grup devletin ortak bir çatı altında çalışmasını sağlaması noktasında kullanılmaktadır¹⁷. Anayasa, devletlerin temel düzeni olarak kabul edilmektedir ve amacı egemenlik yetkisinin kullanımına meşruiyet kazandırmaktır. 20. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren egemenlik yetkisinin devletler dışında uluslararası örgütler tarafından da kullanılmaya başlanmasıyla anayasa kavramı tekrar tartışma konusu olmuştur. Avrupa entegrasyonunun başladığı 50 yıldır ulusüstü örgütler tarafından egemenlik yetkisinin kullanılmasının meşru olup olmadığı yönünde tartışmalar kendini göstermektedir¹⁸.

Anayasa kavramının Avrupa genelinde devlete ait bir kavram olarak değerlendirilmesinin ötesine geçmede, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin AB'yi "devletler birliği" olarak nitelendirmesi büyük rol oynamıştır. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca, ne ulusal anayasalar ne de AB anlaşmaları AB'nin egemenlik yetkileri

¹⁴ Saunders, 2014, ss.7.

¹⁵ Ingolf Pernice, "Europaisches und Nationales Verfassungsrecht", 60, 2001, VVDStRL ss. 149.

¹⁶ Charles Manga Fombad, "Internationalization of Constitutional Law and Constitutionalism in Africa", C. 60, S. 2, 2012, The American Journal of comparative Law, ss. 441.

¹⁷ A. Füsün Arsava, "Uluslararası Hukukun Anayasallaşması Sürecinde AB Örneği", 165, 2023, TBB Dergisi, ss.305- 320, ss. 307.

¹⁸ Arsava, 2023, ss. 309.

kullanmasında münhasıran meşruiyet dayanağı teşkil etmektedir¹⁹. Uluslararası işbirliği gereksiniminin devletlerin bir uluslararası örgüt çatısı altında egemenlik yetkisi kullanmalarını gerektirmesi, uluslararası örgütlerin egemenlik yetkisi kazanmasına yol açarken, ulus devletlerin egemenlik yetkisini kaybetmesine sebep olmuştur²⁰.

A.Post-nasyonel Anayasa Yaklaşımı

Post-nasyonel anayasa teorisi geleneksel anayasa konseptinden uzaklaşmakta, anayasanın salt devlet ve ulusla bağlantılı olmak zorunda olmadığını ileri sürmektedir. Bu yaklaşıma göre, küreselleşme yeni kontrol araçları gerektirmektedir ve anayasa kavramının da bu noktada değişimi kaçınılmazdır²¹.

Anayasanın devletle ilişkisi konusundaki literatür tutarsızdır. Odak nokta anayasanın devletle ilişkisi değil, anayasanın işlevleri olmalıdır²².

I.Anayasanın İşlevleri

Anayasanın işlevleri nelerdir sorusuna klasik anayasalcılık, kuvvetler ayrılığının, bireysel özgürlüklerin ve diğer temel hakların devlete karşı korunması yoluyla düzenlemesi ve sınırlandırması gereken egemen bir gücün varlığını kabul eder²³. Anayasa, devletin egemenlik gücünün kullanılmasını kurala bağlayan metindir²⁴. Anayasa devletin kurumlarının yapısal niteliklerini, görev ve sorumluluklarını düzenler.

Klasik görüşe göre anayasa yapma hakkı, hak ve hürriyetleri kullanacak kişiler olan halkta olmalıdır²⁵. Post-nasyonel görüşe göre anayasa günümüzde salt devlet ve halk/ulus merkezli değil, ulus-ötesi bir kavramdır²⁶. Habermas'ın temsil ettiği bu görüşe göre bir bölgede yaşayan bir grup insan, üzerinde anlaşmaya varılan değerlere dayalı olarak bir topluluğun vatandaşı veya halkı olarak kendini tanımlar, belirli veya belirlenecek amaçların yerine getirilmesi için organlar, prosedürler vb. yaratır ve anayasa yapıcı güç (pouvoir constituant) rolünü üstlenerek 'yurttaşları' üreten ortak anayasayı oluştururlar²⁷. Yurttaşların

¹⁹ Ingolf Pernice, s.172'den aktaran Arsava, 2023, ss. 309.

²⁰ Arsava, 2023, ss.310.

²¹ Ingolf Pernice,2001, ss. 155.

²² Ingolf Pernice, 2001, ss. 158.

²³ Turpin British Government and the Constitution. Text, Cases and Materials, 4. Aufl. 1999,18

²⁴ Ender Ethem Atay, "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlaması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", C.12, S.1-2, 2008, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 506.

²⁵ Atay, 2008, ss. 508.

²⁶ Ingolf Pernice, 2001, ss.160.

²⁷ Jürgen Habermas, "Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie", C. 7, S.23, 1998, Blätter für Deutsche und Internationale Politik.

oluşturduğu halk değil, bireylerin oluşturduğu halk bu görüşe göre “pouvoir constituant” (anayasa yapıcı güç) kabul edilir, anayasa yapıcı gücü oluşturmak için ulusal nitelikli bir halka gerek yoktur²⁸.

2. Avrupa'nın Anayasal Durumu

Avrupa Birliği Anayasası denemesi, anayasanın ulus ötesi bir kavram olduğunu savunan post-nasyonel görüşün bir uzantısıdır.

Avrupa'nın bir anayasası olması fikri Abbe de Saint Pierre ve Kant'a kadar uzanmakta olup İkinci Dünya Savaşında kendini tekrar göstermiştir. Winston Churchill'in 1946'da Zürih'te Avrupa Birleşik Devletleri idealini dile getirmesiyle kendini git gide göstermeye başlayan bu düşünce, 2000'lerin başında tekrar popüler olmuştur. Alman dış işleri bakanı Joschka Fischer'ın Humboldt Üniversitesi'nde yaptığı konuşma ile Avrupa Anayasası tartışmaları gittikçe alevlenmiştir. 1984 senesinde Spinelli Planı ve 1994 Herman Raporu ile anayasa tasarıları düzenlenmeye çalışılmış olsa da bu çalışmalar hayata geçirilememiştir²⁹.

Avrupa Birliği'nde anayasalaşma süreci 1952, 1957 tarihli topluluk anlaşmalarıyla başlamış, 1986, 1992, 1997 ve 2007 tarihli anlaşma değişiklikleriyle devam etmiştir.

AB'nin ortak anayasal değerlerini vurgulayan ilk belge 14 Aralık 1973 Kopenhag Zirvesi'nde kabul edilen Avrupa kimliğine dair belgedir³⁰.

1992 senesinde imzalanan ve 1994 senesinde yürürlüğe giren Maastricht Anlaşması ile ilk kez “Avrupa Birliği” ifadesi resmi olarak kullanılmış, “vatandaşlık” ve “ortak dış politika” gibi ulusüstü kavramlara yer verilmiştir³¹. Akabinde, ekonomik kurulumu büyük ölçüde tamamlanan Avrupa'da o güne dek gündeme gelmeyen pek çok tartışma kendini göstermiştir. Bu tartışmalar ekonomik alandan siyasi ve hukuki alana kayma sonucu ortaya çıkmıştır ve Avrupa'nın git gide bütünleşmesi sonucu kurumsal yapısının ciddi ölçüde genişlediği ve bu genişlemeyle bağlantılı olarak Birliğin karar alma usulleri ve çalışma yöntemlerinde belirsizlik ve yetki paylaşımı sorunları olduğu noktasında toplanmıştır. Yetkileri git gide artan Birlik kurumlarının yarattığı meşruiyet açığı da sorunlara eklenmiş ve Avrupa'nın geleceği hakkında endişeler oluşmuştur³². Bu endişelere bir yanıt olarak 15 Aralık 2001'de Laeken Zirvesi'nde “Avrupa Birliği'nin Geleceği Hakkında Laeken Deklarasyonu” ilan edilmiştir. Deklarasyon'un en önemli özelliği, “Avrupa Vatandaşları İçin Bir Anayasa” oluşturmak üzere gereken çalışmaları yapmak amacıyla

²⁸ Arsava,2023, ss. 311.

²⁹ Hans Christian Siller, “Why Europe Does Not Need a Constitution”, 2007, Grim Verlag ss.1.

³⁰ Özlem Oğuzlar, “Avrupa Anayasası”, S.65, 2006, TBB Dergisi, s. 177.

³¹ Ali Ersoy Kontacı, “Avrupa Birliği Anayasası ve Düşündürdükleri’ Siyasi Entegrasyon Temelli Bir Kavramlaştırma Denemesi”, C. 10, S. 2, 2019, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 650-659, s.s.652.

³² Kontacı, 2019, ss. 653.

bir Konvansiyon oluşturulmasına karar verilmesidir. Bu noktada ilk kez ulusüstü bir anayasa kavramından bahsedilmiş ve o tarihe dek uluslararası andlaşmalar aracılığıyla yürütülen Avrupa Birliği projesinin anayasal bir sistem haline getirilmesinden söz edilmiştir³³.

Lakene Deklarasyonu ile kurulan Avrupa'nın Geleceği Konvansiyonu, "Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı"nı hazırlayarak Avrupa Birliği Konseyi'ne sunmuştur. AB Anayasası, 29 Ekim 2004 tarihinde Roma'da imzalanan bir uluslararası andlaşma sonucu kabul edilmiş, ancak Fransa ve Hollanda'da gerçekleşen referandumlarda hayır kararı çıkması üzerine anayasa projesi iki yıllığına askıya alınmıştır 21-22 Haziran 2007'de Brüksel'de toplanan Avrupa Birliği zirvesinde, söz konusu hukuki metnin bir anayasa değil bir reform andlaşması olduğu kabul edilmiştir. Gelecek andlaşmalarda Anayasa kelimesinin kullanılmayacağı ve birlik marşı ve bayrak gibi anayasal sembollere yer verilmeyeceği de açıkça ifade edilmiştir. Birlik dışişleri bakanı, yasa ve çerçeve yasa kavramlarından da vazgeçmiştir³⁴. Böylelikle bölgesel anlamda anayasa denemesi olan Avrupa Anayasası fikri bir ütopya olarak kalmıştır.

Avrupa Birliği'nin bir devlet olmaması ve tarihsel olarak bir halkı olmaması onun anayasal kapasitesinin olmadığı anlamına gelmez³⁵. Anayasalar devletin organlarını, görev ve yetkilerini, organların birbirleriyle ilişkilerini ve kamu gücünün sınırlandırılması amacını gerçekleştirirler³⁶. Avrupa Birliği andlaşmaları da bir anayasanın esas işlevlerini içermektedir, bu andlaşmalar birliğin kurumları ve bireyler arasındaki ilişkide kamu gücünü düzenler ve sınırlar³⁷.

AB Anayasasını hazırlayan kurulun konvansiyon olarak ifade edilmesi ile ABD Anayasasını hazırlayan kurulun isminin konvansiyon olması tesadüf değil, bilinçli bir tercih olmuştur³⁸. Bu seçim, anayasanın yalnızca devletlere özgü olmaması düşüncesinin açık bir ifadesi olarak değerlendirilebilir.

AB Anayasasının hazırlığı süresinde, "anayasa" kavramını ulus devletlere özgü değerlendiren düşüncelerin sonucu olarak bazı sorunlar kendini göstermiştir. Bu noktada, Avrupa Birliği bir devlet olmadığı ve bir Avrupa halkı olmadığı halde Avrupa Birliği'nin anayasal ehliyetinin olup olamayacağı noktasında pek çok tartışma ortaya çıkmıştır³⁹.

Avrupa Birliği'nin şekli anlamda bir anayasa olmasa da AB'nin kurucu andlaşmalarının maddi anlamda bir anayasa olarak değerlendirildiği düşünülmektedir. Söz konusu kurucu andlaşmalarda yer alan AB'nin değerleri ve hedefleri, birliği oluşturan ülke

³³ Kontacı, 2019, ss. 653.

³⁴ Aktaran Kontacı, 2019, ss. 655.

³⁵ Ingolf Pernice, 2001, ss.163.

³⁶ Atay, 2008, ss. 507.

³⁷ Ingolf Pernice, 2001, ss.163-164.

³⁸ Arsava, 2023, ss.307.

³⁹ Arsava, 2023, ss. 307.

vatandaşlarının hakları, birliğin kurumsal yapısı ve yetkileri anayasal karakterli düzenlemeler olarak nitelendirilmektedir⁴⁰.

III. TÜRK ANAYASA HUKUKUNUN ULUSLARARASILAŞMASI

A. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri

3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa değişiklikleri, uluslararasılaşmanın anayasa üzerindeki dikey etkisini net bir şekilde gösteren örneklerin başında yer almaktadır. Söz konusu anayasa değişiklikleriyle amaç Türk anayasal sistemini Avrupa Birliği standartlarına getirmektir⁴¹. Anayasa hukukunun salt iç hukuka özgü olmadığı ve Avrupa Anayasası tartışmalarının zirvede olduğu 2000'lerin başında böyle bir değişikliğin söz konusu olması tesadüf değildir. 2000lerin başı anayasa hukukunun uluslararasılaşması bakımından adeta altın çağ olarak nitelendirilebilir. Bu altın çağ Avrupa Anayasası denemesinin başarısız olmasıyla sona ermiştir. Bu dönemde devletlerin iç hukukları ile uluslararası metinler arasındaki yeknesaklık mümkün mertebe artırılması hedeflenmiş ve bu hedefe büyük ölçüde erişilmiştir. Bilhassa insan hakları ile ilgili hükümlere bakıldığında, dünya anayasalarının incelendiği bölümde ayrıntılı şekilde görüldüğü gibi, ciddi bir yeknesaklık söz konusudur.

Anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifinin gerekçesinde, Anayasanın çağdaş demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön planda tutan bir anayasa hedeflendiği ifade edilmiştir. Söz konusu değişikliğin gerçekleştiği 2001 senesinde Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik süreci ve bu sürecin gerektirdiklerinin etkisi de söz konusu anayasa değişikliğinde etkili olmuştur.

Söz konusu anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin on maddede (madde 13,14, 19, 20, 21, 26, 31, 34, 36 ve 38) değişiklikler yapılmıştır. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin maddeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kriterlerine yaklaştırılmış⁴² ve böylelikle uluslararasılaşmanın izleri bir iç hukuk metni olan anayasada net bir şekilde görülmüştür.

Anayasa değişikliği teklifinde ikinci oylamada reddedilen değişiklik önerisi dikkat çekicidir. Bu öneri kabul edilseydi kanunla uluslararası andlaşmalar çatıştığında uluslararası andlaşmalar esas alınacak, yani

⁴⁰ G.C. Rodriguez Iglesias, "Zur 'Verfassung' der Europäischen Gemeinschaft", 1996, EuGRZ, ss. 125 vd.'dan aktaran Arsava, 2023, ss. 307.

⁴¹ Hikmet Tülen, "3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme", C. 5, s. 1-4, , 2001, AÜEFĐ, ss. 191- 244, s.s. 192.

⁴² Tülen, 2001, ss.193.

uluslararası andlaşmalar kanununun da üstünde bir konumda olacaktı⁴³. Günümüzde ise 1982 Anayasası'na 7/5/2004 tarihli 5170/7 md. İle getirilen ek cümle ile 90/5 uyarınca yalnızca temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunun çatışması durumunda uluslararası andlaşmalar esas alınır. Bunun dışında kanunlar normlar hiyerarşisinde uluslararası andlaşmaların üstünde yer almaktadır.

4709 sayılı Kanunla yapılan değişikliklere bakıldığında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 13. Maddede yapılan değişiklik dikkat çekicidir. 13. Maddenin eski hali “*Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir*” şeklindeydi. Anayasa değişikliği ile madde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklikte dikkat çeken husus, “genel sınırlama sebepleri”nin kaldırılmış olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde her bir hak ve özgürlüğe ilişkin özel sınırlama sebeplerinin bulunması ve genel sınırlama sebeplerinin AİHS sistemine uygun olmaması sebebiyle söz konusu değişiklik gerçekleştirilmiştir⁴⁴.

Bir diğer değişiklik, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasını düzenleyen Anayasanın 14. Maddesinde kendini göstermiştir. 4709 sayılı Kanun öncesi Anayasa'nın 14. Maddesinin 1.fıkrası “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi ve zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımını yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar*” şeklinde düzenlenmişti. 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası 14. Maddenin 1.fıkrası, “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz*” şeklinde değiştirilmiştir.

Söz konusu değişiklikte görüldüğü üzere, “Türk devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek”, “dil, ırk, din ve mezhep ayrımını yaratmak” sözcüklerine Anayasada yer verilmemiştir. Kanımca amaç temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanımına ilişkin düzenlemenin daha öz bir şekilde kaleme alınarak 14. maddenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hakları kötüye kullanma yasasını düzenleyen 17. maddesine benzetilmesidir. AİHS md. 17 “*Bu Sözleşme'deki*

⁴³ Tülen, 2001, ss.195.

⁴⁴ Tülen, 2001, ss. 199.

*hiçbir hukum, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmuş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz*⁴⁵ şeklinde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme ile 4709 sayılı Kanun sonrası Anayasa değişikliği birbirine benzetilmiştir.

Gözaltı süreleri, yakalanan veya tutuklanan kişinin haklarına ilişkin değişiklik Anayasanın 19. maddesinde gerçekleşmiştir. 4709 sayılı Kanun öncesi Anayasanın 19. Maddesinin 5. fıkrası “*Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok on beş gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hâl, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir*” şeklinde düzenlenmişti. Anayasa değişikliği sonrası madde 19/5’e göre toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içerisinde hâkim önüne çıkarılma gerekliliği düzenlenmiş, böylelikle on beş gün içinde hâkim önüne çıkarılmayı düzenleyen anayasa hükmünde değişiklik gerçekleşmiştir. Bireysel suçlar için öngörülmuş olan kırk sekiz saatlik gözaltı süresinde bir değişiklik yapılmamıştır. Toplu olarak işlenen suçlar için yapılan değişiklikte amaç, bu konuya ilişkin hükmün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. Maddesindeki esasların Türk hukukuna yansıtılmasıdır⁴⁶.

19. maddenin 6. fıkrasında yakalanan ve tutuklanan kişilerin bu durumunun yakınlarına bildirilmesi düzenlenmektedir. Anayasa değişikliği öncesi 6. fıkra “*Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında, yakınlarına derhal bildirilir*” şeklinde düzenlenmekteydi. 6. fıkra, “*Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı yakınlarına derhal bildirilir*” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklikte yakalanan veya tutuklanan kişinin bu durumu istisnasız olarak her durumda yakınlarına bildirilecektir⁴⁷. Söz konusu değişiklik de Anayasayı AİHS’in özüne ve ruhuna yakınlaştırma amacı taşımakta olup olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilebilir.

Anayasanın uluslararası hukuka uyumlaştırılmasına en iyi örneklerden biri, özel hayatın gizliliği ve bu güvencenin istisnalarını düzenleyen Anayasa madde 20 olmuştur. Değişiklik öncesi madde 20 “*Herkes, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır*” şeklinde düzenlenmekteydi. 4709 sayılı Kanun sonrası Anayasa madde 20/1’den son cümle çıkarılmıştır. Böylelikle söz konusu madde AİHS’in özel ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesine uyumlaştırılmıştır.

⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, md. 17.

⁴⁶ Tülen, 2001, ss. 203.

⁴⁷ Tülen, 2001, ss. 203.

Anayasa değişikliği ile 13. Maddedeki genel sınırlama sebepleri kaldırıldığı için, 20. Maddenin 2. Fıkrasında özel hayatın gizliliği konusunda sınırlama sebeplerinin neler olabileceği tek tek sayılmıştır. Anayasa md. 20/2, değişiklik öncesinde “*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz*” şeklinde düzenlenmekteydi. 4709 sayılı Kanun sonrası madde 20/2 “Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını, el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar”.

Konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. madde, değişiklik öncesi “*Kimsenin konutuna dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz*” şeklinde düzenlenmekteydi. Değişiklik sonrası 21. Madde “*Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar*” şeklinde kaleme alınmıştır. 13. Maddedeki genel sınırlama sebepleri kaldırıldığı için konut dokunulmazlığı hakkına ilişkin özel sınırlama sebepleri maddede sayılarak gösterilmiştir. Bir diğer değişiklik ise, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emriyle konuta girilebilmesi, arama yapılabilmesi ve buradaki eşyaya el konulabilmesi için yazılı yetkili merci kararı ve bu kararın hakim onayına sunulması şartı getirilmesidir⁴⁸.

13. maddedeki özel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasının değişikliğe yansıdığı bir diğer madde, haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 22. Maddesidir. Anayasa madde 22/1 uyarınca “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır”. 22. Maddenin 1.fıkrası değişikliğe uğramamış olup, 2. Fıkraya özel sınırlama sebepleri eklenmiştir. Değişiklik öncesi madde 22/2 “*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça,*

⁴⁸ Tülen, 2001, ss. 206.

haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz” şeklinde kaleme alınmıştı. 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle madde 22/2, “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar*” şeklinde değiştirilmiştir.

4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle AİHS standartlarına ulaşma hedefini gösteren bir diğer madde, dernek kurma ve derneklere üye olma hürriyetini düzenleyen 33. Maddedir. Değişiklik öncesi madde 33/1 “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenmekteydi. 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle madde 33/1 “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir” şeklinde değiştirilmiştir. 33. Maddenin eski halinde sınırlama sebepleri gösterilmemekle birlikte değişiklikle birlikte 3. fıkraya AİHS madde 11/2’ye benzer bir özel sınırlama sebebi eklenmiştir. Buna göre “*Dernek kurma hürriyeti, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir*”. AİHS’in toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 11. Maddesinin 2. fıkrası da “*Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncı yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir*⁴⁹” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere 33. maddeye getirilen özel sınırlama sebebi ile AİHS düzenlemesi birbirine büyük ölçüde benzemektedir.

Anayasayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne benzetme amacını güden değişikliklerden biri de adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa madde 36’dır. 4709 sayılı Kanun öncesi madde 36 “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir*” şeklinde düzenlenmekteydi. Anayasa değişikliği sonrası madde 36 “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” şeklinde değiştirilmiştir. Esasen madde metni hemen hemen aynı olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6’da olduğu gibi “adil yargılanma” ifadesi eklenmiştir. Maddede yapılan değişikliğin amacı maddeyi AİHS madde 36’ya yakınlaştırmaktır.

Anayasada suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddesinin 8. fıkrasına “*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir*

⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 11.

yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmü eklenmiştir. Bu ilke, AİHS’e ek 4 no’lu Protokolde yer almaktadır. 38. Maddede yapılan bir diğer değişiklik ölüm cezası noktasındadır. 2001 değişikliği ile 38. Maddeye eklenen 9. Fıkra “savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme AİHS’e ek 6 no’lu Protokol doğrultusunda gerçekleştirilmiştir. Bu hüküm 7 Mayıs 2004 tarihli 5170 sayılı Kanun ile Anayasa’da çıkarılmıştır.

SONUÇ

Sovyetler Birliği’nin çöküşü sonrası tek kutuplu dünya düzenine geçilmesi, devletler arası ilişkilerin küreselleşmesi sonucunu doğurmuştur. Tek bir egemen idealinin temsili olarak hayata geçişi olarak değerlendirilen kozmopolitizmin Küreselleşen dünyada devletler arası ilişkilerin derinleşmesiyle ekonomik, siyasi ve sosyo kültürel alanlarda devletlerin birbirleriyle etkileşimini artıran süreç olarak ifade eden uluslararasılaşmanın anayasa hukukuna etkisi, uluslararası hukuk kurallarının dünya anayasalarını şekillendirmesi olmuştur. Bu durum anayasa hukukunun uluslararasılaşması olarak ifade edilmektedir.

En genel tanımı ile anayasa hukukunun uluslararasılaşması, uluslararası hukuk kurallarının iç hukuk anayasalarına olan etkisi ile devletlerin anayasalarının yeknesak hükümler içermesidir.

Uluslararası hukukun bir anayasasının olup olamayacağı tartışmaları da anayasa hukukunun uluslararasılaşması kapsamında olmakla birlikte kanımızca uluslararası bir anayasadan bahsedilmesi mümkün değildir. Bunun en bariz örneği Avrupa Birliği Anayasası denemesinin başarısızlıkla sonuçlanmasıdır. Bölgesel anlamda bir anayasa denemesi dahi hayata geçememişken uluslararası toplumu bağlayan bir anayasanın varlığının kabulü gerçekçi olmayacaktır.

Anayasa hukukunun uluslararasılaşmasının en gerçekçi açıklaması dünya anayasalarındaki yeknesaklık olabilir. Nitekim dünya üzerindeki devletlerin anayasalarına bakıldığında pek çoğunun özellikle insan haklarına ilişkin hükümlerde birbirine benzer düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bilhassa maddelerin çoğunluğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’yle neredeyse kelime kelimesine benzerlik taşımaktadır. Türk anayasa hukuku da özellikle 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa değişiklikleri ile uluslararasılaşmanın doğrudan etkisi altında kalmıştır. Söz konusu anayasa değişikliği ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın insan haklarını düzenleyen hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle neredeyse kelime kelimesine aynı hale gelmesi dikkat çekici olmuştur. Bu durum küreselleşen dünya düzeninin kaçınılmaz bir sonucudur.

KAYNAKÇA

Apaydın D, “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”, C. 9, S. 1, 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 533

Arsava A.F, “Uluslararası Hukukun Anayasallaşması Sürecinde AB Örneği”, 165, 2023, TBB Dergisi, ss.305- 320, ss. 307.

Atay E. E, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlaması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, C.12, S.1-2, 2008, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 506.

Bilir F, “Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, C. 13, S. 1, 2005, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 78.

Bradley C A, “Self-Execution and Treaty Duality”, 2008, 2009 *Supreme Court Review* 131-182; cf Carlos Manuel Vasquez, “Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties”, 2008, 122 *Harvard Law Review*, ss. 599-695, ss. 628-644.

Fendoğlu H T, İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, ss. 124.

Fombad C.M, “Internationalization of Constitutinal Law and Constitutionalism in Africa”, C. 60, S. 2, 2012, *The American Journal of comparative Law*, ss. 441.

Habermas J, “Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie”, C. 7, S.23, 1998, *Blatter für Deutsche und Internationale Politik*.

Kontacı, A E, “Avrupa Birliği Anayasası ve Düşündürdükleri’ Siyasi Entegrasyon Temelli Bir Kavramlaştırma Denemesi”, C. 10, S. 2, 2019, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 650-659, s.s.652.

Oğuzlar Ö, “Avrupa Anayasası”, S.65, 2006, TBB Dergisi, s. 177.

Özkan I, “Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri”, 8, 2013, *Journal of Yaşar University*, ss. 2127-2175, ss.2129

Pernice I, “Europaisches und Nationales Verfassungsrecht”, 60, 2001, *VVDStRL* ss. 149.

Rodriguez G.C, “Zur ‘Verfassung’ der Europaisches Gemeinschaft”, 1996, *EuGRZ*, ss. 125 vd.’dan aktaran Arsava, 2023, ss. 307.

Saunders C, “The Impact of Internationalisation on National Constitutions”, No. 671, 2014, *Melbourne Legal Studies Research Paper*, ss. 1.

Siller HC, “Why Europe Does Not Need a Constitution”, 2007, Grin Verlag ss.1.

Turpin *British Government and the Constitution. Text, Cases and Materials*, 4. Aufl. 1999,18

Tülen H, "3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri zerine Genel Bir Değerlendirme", C. 5, s. 1-4, , 2001, AEFD, ss. 191- 244, s.s. 192.

Yeh J/ Chang, W, Decade of Changing Constitutionalism in Taiwan: Transitional and Transnational Perspectives", 2014, Cambridge University Press, ss.141-168.

CEZA İNFAZ KURUMLARINDA YÜRÜTÜLEN ISLAH FAALİYETLERİNİN BAŞARISI İÇİN TEMEL BİR UNSUR: NİTELİKLİ PERSONEL EĞİTİMİ

A Fundamental Element for the Success of Correctional Activities Conducted in Prisons: Qualified Personnel Education

Dr. Güven URGAN*

Öz: Suçlunun işlemiş olduğu suç fiilinin karşılığı olarak ceza infaz kurumunda gerçekleştirilen infaz süreci hükümlünün salt pişmanlık duymasını ve caydırıcılığını hedeflememektedir. Bu süreç aynı zamanda çağdaş infaz anlayışı doğrultusunda ıslah olmayı, toplum yaşamına geri dönüldüğünde sorumluk sahibi bir birey olarak suçtan uzak bir yaşama hazırlanmayı da içerir. Bu temel amaçlar doğrultusunda, mahkemelerce hükmedilen mahkûmiyet kararlarının karşılığı olarak belirlenen cezanın yerine getirilmesinden sorumlu olan ceza infaz kurumları aynı zamanda hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici unsurların etkin şekilde kullanılarak hükümlünün ıslah edilmesinden de sorumludurlar. Yasal çerçevede üstlenilen bu sorumluluğun başarı ile yerine getirilmesi hükümlülere yönelik eğitim, iyileştirme, üretim ve sosyo-kültürel faaliyetlerden oluşan aktivitelerin etkin bir şekilde sunulmasına olanak sağlayan bir kurumsal kapasiteye ve bu kapasiteyi başarı ile kullanabilecek düzeyde nitelikli personele gereksinim duymaktadır. Türk ceza infaz sisteminde 2000'li yıllardan itibaren gerçekleştirilen reform niteliğinde çalışmalar eşzamanlı olarak personelin eğitimi alanında da gerçekleştirilmiştir. Son çeyrek yüzyıl içerisinde personel eğitim merkezlerinin faaliyete geçişi, geliştirilen eğitici kapasitesi, düzenli olarak güncellenen eğitim içeriği ve uzaktan eğitim teknolojilerinin son yıllarda yoğun kullanımı ile yetkinlikleri artırılan Türk infaz hizmetleri personel eğitim sistemi, ceza infaz kurumlarında yürütülmekte olan ıslah çalışmalarının başarısı için temel bir unsur olma fonksiyonunu devam ettirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Islah, Hükümlü, Cezaevi personeli, İnfaz hizmetleri personeli, İnfaz sistemi, Islah faaliyetleri, Personel eğitimi, Mesleki gelişim.

Abstract: The execution process carried out in the penitentiary institution in return for the criminal act committed by the criminal does not solely aim at the convict's remorse and deterrence. This process also covers reformation in line with the modern understanding of execution and preparing for a life away from crime as a responsible individual when returning to social life. In line with these basic purposes, penitentiary institutions, which are responsible for the execution of the punishment determined in return for the conviction decisions rendered by the courts, are also responsible for the rehabilitation of the convict by effectively using the factors that prevent the convict from committing a crime again. Successful fulfilment of this responsibility undertaken within the legal framework requires an institutional capacity that allows the effective presentation of activities consisting of training, improvement, production and socio-cultural activities for convicts, and qualified personnel who can use this capacity successfully. Reforming activities carried out in the Turkish penitentiary system since the 2000s were carried out simultaneously in the field of personnel training. The Turkish penitentiary services personnel training system, whose competencies have been increased in the last quarter century with the activation of the personnel training centres, the improved trainer capacity, the regularly updated training content and the intensive use of distance education technologies in recent years, has become a fundamental element for the success of the correctional studies carried out in the penitentiary institutions and continues its function in the field.

Keywords: Correction, Prisoner, Prison staff, Penitentiary services staff, Penitentiary system, Correctional activities, Staff training, Professional development.

* Şube Müdürü, Ceza ve Tevkifvleri Genel Müdürlüğü Personel Eğitim Daire Başkanlığı, guven.urgan@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0003- 0299-5999.

Makale Geliş Tarihi: 09.10.2023, Makale Kabul Tarihi: 27.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391737

GİRİŞ

Ulusal ceza infaz sistemleri geleneksel olarak cezanın caydırıcı, pişmanlık duyulmasını sağlayan dolayısıyla hükümlüyü yeniden suç işlemekten vazgeçirmeyi amaçlayan boyutuna odaklanmıştır.¹ Bu vazgeçirme süreci hükümlünün cezaevinin kısıtlayıcı, sınırlayıcı, genel olarak toplumsal yaşam standartlarının altında kendisine sunulan *artıcı* bir ortam içerisinde tutulmak suretiyle bir daha suç işlemek için *kendiliğinden* nedamet duymasını amaçladığı gibi aynı zamanda daha sert tonda *özellikle otoriterleştirilmiş* baskıcı bir ortam içerisinde korkutma ve yıldırmaya tabi tutularak bir diğer ifadeyle edilgen bir kişilik haline dönüştürülmek suretiyle yeniden suç işlemesinin önlemesini de amaçlayabilmektedir.²

*“Hal ve gidişin zamanın tam kullanımı yoluyla terbiye edilmesi, alışkanlık kazandırılması, bedene yönelik zorlamalar, cezalandırılan ile cezalandıran arasında çok özel bir ilişki olması gerekmektedir. ... Cezalandırma ajanı, herhangi başka birinin bozamayacağı tam bir iktidarı icra etmelidir, ıslah edilecek birey kendi üzerinde icra edilen iktidar tarafından sarmalanmış olmalıdır.”*³

Suç sosyolojisinin zaman içerisinde gelişimi *“doğuştan suçlu”* yaklaşımının terk edilmesine, suça kaynaklık eden biyolojik faktörlerin yanı sıra psikolojik, çevresel, kültürel faktörlerin de suç analizi süreçlerine dâhil edilerek suça çok boyutlu ve rasyonel bir perspektiften bakılmasını sağlamıştır.⁴ Suç teorilerinde yaşanan bu yapısal dönüşümün eşzamanlı olarak ulusal ceza adalet sistemlerinde de değişiklikler yaşanmasına sebebiyet verdiği değerlendirilmektedir.⁵ Demirbaş'a göre; suç politikasından, toplumun ve her bir bireyin korunmasına, suçlulukla mücadele ve suçluluğun engellenmesine yönelmiş tüm devlet tedbirlerinin bütünü anlaşılır.⁶ Suçun önlenmesi ve suçla mücadelede

¹ Prof. Dr. Tülin Günşen İçli, Kriminoloji, Ankara 2001, ss. 5-6; Osman Dolu, Suç Teorileri, Global Politika ve Strateji, ss. 67-106. 5; Baskı. Doç. Dr. İdris Güçlü/ Doç. Dr. Halil Akbaş, Suç Sosyolojisi Kavram – Teori – Uygulama, Seçkin, 2016. ss. 32-33.

² Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu, 7. Baskı, İmge Yayınevi, 2019, ss. 198-204; Antony Duff/ David Garland (Eds.), A Reader on Punishment, Oxford University Press, 1994; Bruce F. Adams, The Politics of Punishment Prison Reform in Russia 1863-1917, Northern Illinois University Press, 1996; Neil R. Storey, Prisons & Prisoners in Victorian Britain, The History Press, 2010.

³ Foucault, s. 201.

⁴ Doç. Dr. İdris Güçlü/ Doç. Dr. Halil Akbaş, ss. 33-37; Hüseyin Bal, Hukuk Sosyolojisi, 3. Baskı, Fakülte Kitapevi, 2012, ss. 191-236; David Garland, Punishment and Modern Society, The University of Chicago Press, 1990.

⁵ J. Mitchell Miller, 21th Century Criminology A Reference Handbook, Sage, 2009; David Garland, The Culture of Control, Oxford University Press, 2001.

⁶ Anthony Bottoms/ Sue Rex/ Gwen Robinson (Eds.), Alternatives to Prison Options for an insecure society, Willan Publishing, First Published, 2004. Prof. Dr. Timur Demirbaş, Kriminoloji, Ekim 2012, 4. Baskı, Seçkin, ss. 51-56; Geç Osmanlı Döneminde İmparatorluk'ta yapılan cezaevi ıslahat çalışmaları için bakınız Kent F. Schull, Prisons in the Late Ottoman Empire, Edinburg University Press, 2014.

yeni stratejiler geliştirilmesi, mağdur ve hükümlünün haklarının korunarak toplumsal adaletin temini ve aynı zamanda potansiyel mağduriyetin önlenmesi suretiyle toplum güvenliğinin tesisi günümüzde de küresel boyutta ulus devletlerin acil ve öncelikli ana gündem konuları arasında yer almaya devam etmektedir.⁷

Özellikle II. Dünya Savaşı'nda yaşanan yoğun acıların bir daha yaşanmaması temel hedefi doğrultusunda insan haklarının korunması, olası hak ihlallerin önlenmesi ve devlet ajanları eli ile yapılan ihlallerin cezalandırılmasına odaklanmak suretiyle ulusal koruma mekanizmalarına ilave olarak geliştirilen uluslararası koruma mekanizmaları; ceza adalet sistemlerinin klasik dönemden kalan aşırılıklarının önlenmesi (bedensel cezaların kaldırılması, olumsuz koşullarda cezanın infazı, çok uzun süreli hapis ya da müebbet hapis cezası uygulamalarının sınırlandırılması, idam cezasının kaldırılması, vd.) amacıyla ulusal karar mercilerine zaman zaman tavsiye niteliğinde (bildirge / beyanname) zaman zaman da bağlayıcı (sözleşme / protokol) nitelikte belgeler ile yol göstermişlerdir.⁸ Genel olarak demokrasiye, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına dayalı ulus devletlerin yaşadığı bu kapsamlı dönüşüm süreci, ulusal ceza adalet sistemlerinin “*insan odaklı*” bir bakış açısına sahip olmasını zorunlu kılmıştır. Örneğin A.B.D. mahkemelerinin “*hands off policy*” (dokunmama politikası) olarak ifade edilen cezaevlerinde hükümlülere yönelik kötü muamele iddialarına ilişkin olarak karışmama - sürece müdahil olmama yönünde kararlılıkla uyguladıkları tutumları (politikaları) 1970’li yıllardan itibaren değişmeye başlamış, hak ihlallerinin aktif bir şekilde mahkeme kararları ile tespit edildiği yeni bir aşamaya geçilmiştir.⁹ Bu aşamada, çağdaş ceza infaz sistemi anlayışı doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen birçok kararda¹⁰ da vurgulandığı üzere mahkûmiyet hükümlünün özgürlük hakkının elinden alınması suretiyle başlı başına bir cezadır. Bunun dışında, mahkûmlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tanınan tüm temel hak ve özgürlükleri genel olarak kullanmaya devam ederler. Örneğin, AİHM Büyük Dairesi’nin 6 Ekim 2005 tarihinde vermiş olduğu *Hirst v. Birleşik Krallık (No. 2)*

⁷ Michael R. Gottfredson/ Travis Hirschi, A General Theory of Crime, Standford University of Press, 1990; Demirbaş, s. 53. Suç Önleme Sempozyumu, Ed. Sekine Bozdemir/ Uğur Arın, 7-8 Ekim 2011, Bursa Emniyet Müdürlüğü; Robert C. Davis/ Arthur J. Lurigio/ Susan Herman (Eds.) Victims of Crimes, 3rd Edition, 2007; David Canter, Suç Psikolojisi, İmge Yayınevi, 2011.

⁸ Birleşmiş Milletler Sisteminin kuruluşunun hemen sonrasında 10 Aralık 1948 tarihine kabul ettiği Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi ile Avrupa Konseyince 4 Kasım 1950 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme bu uluslararası belgelerin en tipik örnekleridir.

⁹ William Bennett Turner, Establishing the Rule of in Prisons, A Manual for Prisoners’ Rights Litigation, Stanford Law Review, Vol. 23, No. 3 (Feb., 1971), ss. 473-518.

¹⁰ Örnek kararlar olarak, bakınız: Chocholáč v. Slovakya (Başvuru No. 81292/17), 7 Temmuz 2022, para. 52; Velyo Veleve v. Bulgaristan, (Başvuru No. 16032/07), 27 Mayıs 2014, para. 30; Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye, (Başvuru No. 47121/06, 13988/07 ve 34750/07), 18 Haziran 2019, para. 55.

kararında da vurgulandığı üzere mahkûmlara kötü muamelede bulunulamaz, mahkûmlar Sözleşmenin 3. maddesinde belirlendiği üzere insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı cezalara ve şartlara tabi bırakılamazlar, aile yaşamlarına saygı gösterilme hakkını kullanmaya devam ederler, ifade özgürlüğünü kullanmaya devam ederler, dinlerinin gereklerini yerine getirme hakkını kullanmaya devam ederler, Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca mahkemeye veya avukata etkili bir şekilde erişme hakları vardır, haberleşme hakları vardır, evlenme hakları vardır. Bu haklar üzerinde herhangi bir kısıtlanmanın [bu kısıtlamalar] güvenlik gerekçeleri ile temellendirilmiş olsalar dahi özellikle suçla ve kargaşa/isyan sebebi ile ya da mahkûmiyetten kaynaklanan kaçınılmaz sebeplerden dolayı meydana gelmiş olsa da gerekçelendirilmesi gerekmektedir.¹¹

Tarihsel analize dayalı olarak yapılan bir çalışmada 15. yüzyıldan 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar Avrupa kıtasında yıllık olarak yüz bin nüfusun esas alınarak öldürme oranlarının uzun vadeli düşüşünün tespit edilmiş olduğu dile getirilmiş olsa dahi “yaklaşık olarak 1970’den beri, bu uzun vadeli düşüş eğilimi tersine dönmüş durumdadır”.¹² 2021 yılı sonu verilerine göre dünyadaki ülkelerin cezaevlerinde bulunan toplam hükümlü ve tutuklu sayısı 11 milyon civarındadır.¹³ Yıllardır dünya nüfusunun genel artış eğiliminin üzerinde seyreden bu sayı, cezaevlerinde kalabalıklaşma sorununa yol açtığı gibi aynı zamanda gelişmiş refah toplumu olarak da nitelendirilen Batı toplumlarında dahi¹⁴ “cezaevinde cezalandırma” uygulamasına alternatif yeni politika ve düzenleme arayışlarının hayata geçirilmesine kaynaklık etmektedir.¹⁵ Bununla birlikte, suçla mücadele sürecinde demokratik toplumlarda suç ve suçluya karşı duyulan aşırı korkudan dolayı oluşan yaygın bir korku kültürünün (toplumsal histerinin) etkisi altında suç ve ceza politikalarının

¹¹ Hirst v the United Kingdom (No. 2), para. 69, AİHM, Başvuru No. 74025/01, K.T. 6.10.2005, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%7B%22hirst%22%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22%22itemid%22:%7B%22001-70442%22%7D%7D>, (s.e.t. 11.08.2023).

¹² Pieter Spierenburg, Cinayetin Tarihi, Ortaçağdan Günümüze Avrupa’da Bireysel Şiddet, 2008, İletişim, s. 13.

¹³ Helen Fair/ Roy Walmsley, World Prison Population List, Thirteenth Edition, ICPR, <https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world-prison-population-list-13th-edition.pdf>, (s.e.t. 13.08.2023).

¹⁴ Todd R. Clear, Imprisoning Communities, Oxford University Press, 2007.

¹⁵ Bu kapsamda ülkemizde de denetimli serbestlik uygulamaları ile arabuluculuk ve uzlaştırma müesseselerinin hayata geçirilmesi örnek olarak verilebilecek uygulamalar arasında yer almaktadır. Ayrıca bakınız, Michael Jacobson, Downsizing Prisons, New York University Press, 2005; Robert Johnson, Hard Time Understanding and Reforming the Prison, Third Edition, Wadsworth, 20002; Francis T. Cullen/ Cheryl Lero Jonson, Correctional Theory, SAGE, 2012; Terry Koppers, Prison Madness: The Mental Health Crisis Behind Bars, Jossey-Bass Publishers.

şekillendirilmekte olduğu değerlendirmeleri de dikkat çekici mahiyettedir.¹⁶

Günümüzün çağdaş infaz anlayışı doğrultusunda cezaevlerinde bulunan hükümlü bireylere karşı temel yaklaşım, hükümlünün cezaevinde bulunduğu zaman diliminin mutlak bir kısıtlama (tecrit) süreci olmadığı bu süreç içerisinde hükümlü bireyin kendisine sunulan çok boyutlu ıslah (iyileştirme) programlarının yardımı ile kişisel bir yenilenmeyi (dönüşümü) yaşayabilmesine destek olunmasını sağlamaktır. Dolayısıyla; bu sürecin, hükümlünün cezaevinde ve olası tahliye sonrasında yeni sosyal yaşamında suçtan uzak ve sorumluluk sahibi bir birey olarak yeniden hayata başlaması için bir hazırlık evresi olarak değerlendirilmesi gerektiği anlayışı günümüzde ön plana çıkmıştır. Hükümlünün duygu, düşünce ve davranışlarında ideal yönde yaşanması hedeflenen bu kişisel dönüşüm sürecinin başarıya ulaşması için ceza infaz sistemlerinin hükümlüye gerekli ve yeterli ölçüde destek sunabilme kapasitesine sahip olmaları gerekmektedir.

Basitçe, altyapı ve üstyapı olarak ifade edilebileceğimiz iki unsurun bir araya getirilmesi ile oluşan söz konusu kurumsal kapasite; temel olarak, fiziksel imkânların yeterliliği (altyapı) ile hakları ve hak kullanımını teminat altına alan mevzuat düzenlenmelerinin varlığına (üstyapı) dayanmaktadır. Kurumsal kapasite aynı zamanda; temel ihtiyaçlar ve kişilik gelişimini (eğitim, psiko-sosyal destek, mesleki eğitim ve çalışma, sosyo-kültürel ve sportif faaliyetler, manevi rehberlik, barınma, sağlık ve güvenlik) destekleyen imkânları ve bu imkânların etkin kullanımını içeren uygulamaları da kapsmalıdır. Bunların yanı sıra, infaz sistemlerinin hükümlünün ıslahı sürecinde gösterdiği gelişim aşamalarının yakından takip edilmesi, değerlendirilmesi ve elde edilen olumlu tespitler neticesinde (iyileşme yönünde gelişim göstermesi, sosyal faaliyetlere aktif katılım, diğer hükümlülere ve personele zarar verici tutum ve davranışlardan kaçınma, vd.) söz konusu gelişim sürecinin ilave uygulamalar ile desteklenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede hükümlülere; dışarıdaki yakınlarını ziyaret etmeleri için özel izin verilmesi, açık görüş ya da telefon görüşme sürelerinin uzatılması, özel (aile) görüş uygulamasından faydalanmalarının sağlanması gibi pozitifleşme sürecini teşvik eden uygulamalar ile destek olunması mümkündür.

Bununla birlikte tüm bu kapsamlı kurumsal kapasitenin hükümlülere ulaştırılmasında ve onlar tarafından benimsenerek kişisel ıslah süreçlerinde destek parametresi olarak yer almasında en temel ve belirleyici faktör; çağdaş infaz anlayışının temel prensiplerini özümsemiş, profesyonel yetkinliklere sahip ve toplum güvenliğine katkıda bulunduğu bilinci ile görev yapmakta olan nitelikli personelin varlığıdır. Dünyada ve ülkemizde ceza infaz kurumları yasal çerçevede belirlenmiş sınırlar ve usuller içerisinde kendilerine özgü uygulamaları olan kamu kurumlarıdır. İlkesel olarak, ceza infaz kurumlarında yapılan tüm idari fiil ve işlemler öncelikle hiyerarşik denetime tabi olduğu gibi aynı zamanda yargısal

¹⁶ Jonathan Simon, *Governing Through Crime*, Oxford University Press, 2007. Ulrich Beck, *Risk Toplumu*, İthaki Yayınları, 2019.

denetime de tabidirler. Ayrıca ceza infaz sistemlerinde gerçekleştirildiği iddia olunan hak ihlallerine ilişkin olarak gerek ulusal gerekse de uluslararası birçok denetim mekanizması mevcuttur. Bu itibarla, her bir hükümlünün devletin sorumluluğuna tevdi edilmiş bir birey olduğu ve gelecekteki tahliyesinden sonra yeniden suç işlememesi için kişisel gelişiminin ve dönüşümünün desteklenmesi gerektiği anlayışı doğrultusunda ceza infaz kurumlarında görev yapmakta olan infaz hizmetleri personelinin istihdamı, eğitimi ve kişisel gelişimlerinin desteklenmesi amacıyla özel çalışmalar yürütülmesi gerekmektedir.

Nitekim cezaevlerinde bulunan hükümlülerin güvenliklerinin sağlanması ile eğitim ve ıslahlarından sorumlu olan cezaevi çalışanlarının, mesleklerinin gerektirdiği yetkinliklere haiz olarak yüksek nitelikte infaz hizmeti sunabilmelerinin önemini vurgulamak amacıyla istihdam süreci, eğitimleri ve mesleki standartlarının korunarak kişisel gelişimlerinin desteklenmesi hususları bir dizi uluslararası belgede sıklıkla ele alınan konular arasında yer almaktadır.¹⁷ Anılan çerçevede, 25 Nisan 2019 tarihinde Avrupa Konseyi Suç Sorunları Komitesince kabul edilerek yayımlanan *Cezaevi ve Denetimli Serbestlik Hizmetleri Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine İlişkin Kılavuzlar*, infaz hizmetleri personelinin eğitimi ve diğer mesleki niteliklerinin gelişimine ilişkin olarak Konsey üyesi devletlerin konuya ilişkin farkındalıklarını arttırmak ve kendilerine yol gösterici olmak üzere hazırlanan ayrıntılı ve güncel bir tavsiye belgesi niteliğindedir.¹⁸

Bu çalışma ile Türk infaz sistemi personelinin eğitimine ilişkin olarak Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünce özellikle 21. Yüzyılın başından itibaren yürütülmekte olan kurumsal çalışmalar dünyada yaşanan gelişme ve çalışmaların yanı sıra yazarın gözlem ve tecrübelerini de içerecek şekilde sunulmak suretiyle alanyazında mevcut olduğu değerlendirilen ihtiyacın karşılanması amaçlanmıştır.

¹⁷ Örneğin, 2006 yılında yayımlanan Avrupa Konseyi Gözden Geçirilmiş Cezaevi Kurallarında (Maddeler 8, 71 ila 75, 76 ila 81) ve aynı zamanda 17 Aralık 2015 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun (Nelson Mandela Kuralları olarak da isimlendirilen) Mahkûmlara Muamelenin Minimum Standart Kurallarında (Madde 74) konu ele alınmaktadır.

¹⁸ Güven Urgan, "Avrupa Konseyi'nin Cezaevi ve Denetimli Serbestlik Hizmetleri Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine İlişkin Kılavuzlar", Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, 29 (1), 2021, ss. 21-56. Belge, bundan sonra makale içeriğinde "Kılavuzlar" olarak isimlendirilecektir. Kılavuzlar için ayrıca bakınız: Guidelines regarding recruitment, selection, education, training and professional development of prison and probation staff https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809661fd, (s.e.t. 13.08.2023).

I- ÜLKEMİZDE İNFAZ HİZMETLERİ PERSONELİNİN EĞİTİMİNE İLİŞKİN YÜRÜTÜLEN ÇALIŞMALAR

A- İNFAZ HİZMETLERİ PERSONELİ

Ülkemizde 1 Haziran 2023 tarihi itibarı ile infaz hizmetlerini yürütmekle görevli otuzdan fazla farklı kadroda çalışan 78.330 personel bulunmakta olup mevcut personelin % 80'den fazlasını infaz ve koruma memurları (İkm) ile başmemurları (İkbm) oluşturmaktadır. Hükümlü ve tutuklularla doğrudan temas halinde olan ve vardiya sistemi ile bir ceza infaz kurumunun sürekli şekilde işler halde çalışmasını sağlayan infaz ve koruma memurları ile başmemurları, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'in 10. maddesi kapsamında güvenlik ve gözetim servisi personeli olarak tanımlanmaktadır.¹⁹ İnfaz ve koruma memurlarının görev, yetki ve sorumluluklarının temel olarak güvenlik, düzen ve disiplinin sağlanması olmasının yanı sıra topluma kazandırma çalışmalarına katkı sağlamak hususunda yeterlilikleri mevcut ise iyileştirme çalışmalarında ve kurslarda da görevlendirilebilecekleri mevzuatta belirtilmiştir. (Yönetmelik, Madde 10) Madde hükmünün güvenlik ve gözetim servisi personelinin hükümlülerin iyileştirilmesi, eğitimi ve topluma yeniden entegrasyonu süreçlerine ilişkin temel bir mesleki farkındalık ve görev bilinci içerisinde olmalarına kaynaklık eder nitelikte olduğunu değerlendirmek mümkündür.

Bununla birlikte, yukarıda da değinildiği üzere ceza infaz kurumlarında ıslah sürecinin başarı ile yerine getirilmesinde esas sorumluluk uzman personel olarak da nitelendirilen öğretmen, psikolog, sosyal hizmet uzmanlarına aittir. Öğretmenin sorumluluğundaki eğitim ve öğretim servisinde görevli personel, hükümlülerin eğitim eksikliklerinin giderilmesini amaçlayan faaliyetler yürütmekle görevlidirler. Ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin gerekli kriterleri yerine getirmeleri koşuluyla okuma yazma eğitiminden yükseköğrenim düzeyine her eğitim seviyesinde örgün ya da yaygın eğitim programlarına katılımları mümkündür. Kurumda yürütülen eğitim ve öğretim faaliyetlerinin yanı sıra, süreli yayınlara erişim, sosyal ve kültürel etkinliklerin düzenlenmesi, kütüphane çalışmaları ve manevi rehberlik hizmetlerinin yürütülmesi de bu servisin sorumluluğundadır. (Yönetmelik, Madde 14)

Ayrıca atölye şefinin sorumluluğundaki işyurtları servisinde, hükümlülerin kendilerine sunulan mesleki eğitim programlarını tamamlayarak meslek öğrenmeleri ve ceza infaz kurumları bünyesinde mevcut işyurtlarının üretim faaliyetlerinde çalışarak düzenli gelir elde etmeleri de mümkündür. İşyurtları; aynı zamanda hükümlülerin mevcut

¹⁹ Yönetmelik bundan sonra makale içeriğinde "Yönetmelik" olarak isimlendirilecektir.

[https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2324&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5, \(s.e.t. 12.08.2023\).](https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2324&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5, (s.e.t. 12.08.2023).)

meslek ve sanatlarını koruyup geliştirmelerini sağlamayı da amaçlamaktadır. (Yönetmelik, Madde 15)

Hükümlülerin psiko-sosyal desteğe ihtiyaç duyduklarında kurumda görev yapmakta olan psikolog ya da sosyal hizmet uzmanlarından destek almaları mümkündür. Psiko-sosyal yardım servisi; hükümlülerin ruh ve beden sağlığı ve bütünlüğüne ilişkin koruyucu ve geliştirici programları araştıran, uygulayan ve gerektiğinde tedavi sürecine katılarak psikolojik destek sağlamayı ve müdahalede bulunmayı amaçlayan uzmanların görev yaptığı birimdir. Bu serviste görev alan personel; hükümlülerin bireysel özelliklerini, yaşam koşullarını ve suç işleme nedenlerini belirlemek suretiyle bireysel gelişimlerine yardımcı olmak ve ceza infaz kurumundaki yaşamları ile mevcut toplumsal ilişkilerinin sağlıklı şekilde sürdürülmesini desteklemekten sorumludur. Psiko-sosyal yardım servisi personeli; aynı zamanda, hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyecek önlemleri almak amacıyla gerektiğinde kurum en üst amirinin bilgisi dâhilinde hükümlü aileleri ve hükümlünün sosyal çevresiyle görüşme yapmakla görevlidir. (Yönetmelik Madde 12)

Ceza infaz kurumlarının yönetimi, kurumun en üst amiri olan müdürün sorumluluğundadır. Kurum müdürü aynı zamanda işyurdunun da müdürüdür. Ceza infaz kurumlarında kurum müdürlerine yardımcı olmak üzere ikinci müdür ve idare memuru kadrolarında yönetici personel de görev yapmaktadır. Günümüzde ölkemizde inşa edilen en yaygın ceza infaz kurumu tipleri olan T ve L tipi cezaevlerinin her birinde ortalama 2.000 civarında hükümlü mevcuttur. Her biri yetişkin bu sayıda bir insan topluluğunun güvenlik, barınma, iaşe ve sağlık ihtiyaçlarının kesintisiz bir şekilde karşılanması, yüksek düzeyde bir yetkinlik gerektirmektedir. Ceza infaz kurumu idarecilerinin hukuk, maliye, güvenlik, personel, eğitim, iyileştirme ve üretim uygulamaları konusunda karşılaşılan iş yükü ve yoğunluğunu başarı ile yönettirebilecek nitelikte mesleki bilgi ve tecrübeye sahip olmaları gerekmektedir. Cezaevi yöneticilerinin, Cumhuriyet başsavcılığı ve Bakanlık yetkilileri olan sıralı amirlerine karşı sorumluklarının yanı sıra hükümlü ve tutuklular ile yakınları, avukatları, ceza infaz kurumu çalışanları ve cezaevlerinin dış güvenliğinden sorumlu emniyet teşkilatı birimi olan jandarma yetkilileri ile görevlerinin gerektirdiği ilişkilerin çok boyutluluğu ve kapsamı düşünöldüğünde kurumsal temsil ve ilişki yönetimi açısından da özel yetkinliklere haiz olmaları gerektiği hususu tartışmasızdır.

Yönetim servisi, güvenlik ve gözetim servisi, eğitim ve öğretim servisi, psiko-sosyal yardım servisi, işyurdu servisinin yanı sıra ceza infaz kurumlarında sağlık servisi, teknik servis ve yardımcı hizmetler servisinde görevli personel de görev yapmaktadır.

B- CEZA İNFAZ KURUMLARI VE TUTUKEVLERİ PERSONEL EĞİTİM MERKEZLERİ

Avrupa ölkelerinde infaz hizmetleri personelinin, belirli standartları olan (en az) bir eğitim yerleşkesinde mesleki eğitim alması

genel olarak 20. yüzyılın son çeyreğinde somutlaşan bir olgudur. Örneğin, Almanya'nın Bavyera Eyaletinde Straubing şehrinde 1980 yılında, İtalya'da Roma'da 1992 yılında infaz personelinin eğitimi için mesleki eğitim merkezi statüsünde okullar açılmıştır.²⁰ 1980'den beri var olan Straubing'deki Bavyera İslah Okulu, 19 Haziran 2015 tarihinde akademi statüsüne yükseltilmiştir. Ülkemizde de özellikle 1990'lı yıllardan itibaren zor kullanma yetkisine sahip olan kamu personeline insan hakları konusunda farkındalık kazandırmak ve mesleki hizmet kalitesinin artırılması amacıyla meslek içi eğitim programları düzenlenmesine özel önem verilmeye başlanmıştır. Bu çerçevede, ceza infaz kurumlarında görev yapmakta olan infaz hizmetleri personelinin gruplar halinde Ankara'da ve yerel ortamlarda (adliyelerde ve cezaevlerinde) dönem dönem bir dizi eğitim programlarına katılımları sağlanmıştır.

19 Aralık 2000 tarihinde gerçekleştirilen “Hayata Dönüş Operasyonu” sonrasında geçmiş yıllarda cezaevlerinde yaşanan otorite boşluğunun tekrar yaşanmaması ve çağdaş bir ceza infaz sistemi uygulamasının tüm boyutlarıyla hayata geçirilmesi amacıyla ülkemizde kapsamlı bir reform çalışmasına başlanılmıştır. Bu kapsamda, AİHM'in vermiş olduğu *Gülmez v. Türkiye*²¹ kararında genel olarak çağdaş ve kapsamlı bir yasa olarak değerlendirilen 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girişi ile birlikte hak ve özgürlüklerin kullanımının özgün bir kurumsal yapı içerisinde sınırlandırıldığı ve ceza infaz kurumlarının işleyişine ilişkin daha önceden var olmayan ölçüde kapsamlı bir yasal düzenlemeler manzumesinin uygulamasına geçilmiştir. Zaman içerisinde söz konusu Yasa'da eksikliği ya da yanlışlığı değerlendirilen düzenlemeler hakkında Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları çerçevesinde yeni düzenlemeler yapılarak, bu uygulama eksikliklerinin / hatalarının giderilmesi sağlanmıştır.²²

4301 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İşyurtları Kurumuna İlişkin Bazı Mali Hükümlerin Düzenlenmesine İlişkin Kanun, 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu, 4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun birbiri ardına yürürlüğe girdiği bu dönemde Türk infaz hizmetleri personelinin eğitimini yasal çerçeve altına alan 4769 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personel Eğitim

²⁰ Almanya Bavyera Eyaleti İslah Akademisi, <https://www.justiz.bayern.de/justizvollzug/justizvollzug-in-bayern/justizvollzugsakademie>, (s.e.t. 07.11.2023); İtalya Ceza İnfaz Yüksek Okulu, <https://www.devita.law/scuola-piersanti-mattarella>, (s.e.t. 07.11.2023).

²¹ Gülmez v. Türkiye, AİHM, (Başvuru No. 16330/02), 20 Mayıs 2008, para. 15 ve 51.

²² Konuya ilişkin kapsamlı bir çalışma için bakınız: Serkan Cengiz/ Fahrettin Demirağ/ Teoman Ergül vd., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Kasım 2008, Şen Matbaa, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihm_cezayargilamasi.pdf, (s.e.t. 10.08.2023).

Merkezleri Kanunu da 2 Ağustos 2022 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.²³

Yasal düzenlemeden önce Ankara Keçiören’de 1940 yılından itibaren Çocuk Islah Evi olarak kullanılmakta olan yerleşkede, Adalet Bakanlığının tensipleri doğrultusunda 17 Temmuz 2000 tarihinde Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Ankara Eğitim Merkezi açılarak personel eğitim faaliyetlerine özgülenmiş bir kurumsal yapı içerisinde faaliyetlere başlanılmıştır. 4769 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesi uyarınca İstanbul (2004), Erzurum (2004), Kahramanmaraş (2005) ve Denizli (2013) illerinde de personel eğitim merkezleri açılmak suretiyle infaz personelinin eğitimine atfedilen önem ve nitelikli personel eğitimi konusundaki kurumsal kararlılık ortaya konulmuştur.²⁴

Günümüzde, eğitim gören personelin konaklayabildiği, derslikler, bilgisayar sınıfları, kütüphane, uzaktan eğitim stüdyosu, spor salonu, uygulama alanları, sosyo-kültürel gelişim ortamları, yemekhane ve kafeterya imkânlarının mevcut olduğu ceza infaz kurumları ve tutukevleri personel eğitim merkezlerinin toplam katılımcı kapasitesi 1.260’tır.

“Eğitim ve öğretim için kullanılan tesislerin iyi donatılmış olması ve bu tesislerde yeni istihdam edilen personele ve gerektiğinde mevcut personele düzenli olarak hizmet içi eğitim sunmak üzere görevlendirilmiş yeterli personel bulunması gerekmektedir. Yeni istihdam edilen personel için öngörülen başlangıç eğitim programı; teori, uygulama ve tecrübeye dayalı bilginin dengeli bir karışımı olmalıdır. Eğitimin süresi, yeni istihdam edilen personelin görevlerini etkin şekilde yerine getirebilmesine imkân sağlayacak ilgili içeriğin kendilerine aktarılması için yeterli olmalıdır.”²⁵

Günümüzde 4769 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personel Eğitim Merkezleri Kanunu ve ikincil mevzuatla yasal çerçevede yapılandırılan Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü (CTE) personeli eğitim sistemi, personel eğitim merkezlerinin faaliyete geçmesi ile birlikte infaz hizmetleri personelinin mesleki, sosyal ve kişisel gelişimini sürekli olarak desteklemekte olan bir kurumsal anlayış üstlenmeye devam etmektedir.

C- EĞİTİCİ PERSONEL

İnfaz hizmetleri personelinin eğitimi süreçlerinde görev almak üzere personel eğitim merkezlerinde görevlendirilen personel; 47769 sayılı Kanun’un 9 uncu maddesi gereğince ceza infaz kurumları ve tutukevleri müdürleri, psikologları, sosyal hizmet uzmanları, öğretmenleri ve diğer uzmanlardan oluşmaktadır. Bunun yanı sıra, Cumhuriyet savcıları ve hâkimler ile denetimli serbestlik müdürlükleri

²³ RG, 02.08.2002, S. 24834.

²⁴ <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/personel-egitim-merkezleri>, (s.e.t. 11.08.2023).

²⁵ Urgan, s. 40.

başta olmak üzere diğer kurum ve kuruluşlardan uzman personel, üniversitelerden akademisyenler ve ihtiyaç duyulan diğer uzmanlar Adalet Bakanlığınca alınan eğitim Olur'ları kapsamında eğitici olarak eğitim süreçlerinde görevlendirilebilmektedir. Eğitici personelin seçiminde; mesleki bilgi ve tecrübe, akademik altyapı, eğitici olma isteği ve eğitici yeteneği değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra, düzenlenmekte olan eğitici eğitimi programları ile eğitimcilerin mevcut olan temel eğitimlik becerilerinin geliştirilmesine ve güncellenmesine özel önem verilmektedir. Eğitim merkezlerinde görev yapmakta olan personel, eğitici olarak üstlenmekte olduğu görevlerinin yanı sıra eğitim programlarının başarısı için mevzuatla belirlenmiş konularda idari sorumluluk da üstlenebilmektedir. Anılan kapsamda, personel eğitim merkezlerinde eğitimcilere program geliştirme, ölçme ve değerlendirme, bilgi işlem, istatistik, arşiv ve dokümantasyon, araştırma ve geliştirme, sosyal işler ve spor konularında sorumluluk verilerek eğitim programlarının salt bilişsel düzeyde değil aynı zamanda eğitimin diğer tamamlayıcı boyutlarını da içerecek şekilde başarılı olmasına yönelik olarak çalışmalar yürütülmektedir.

Kılavuzlar Madde 10'da "*Eğitici, ilgili eğitim konularında mesleki yeterlilik ve yüksek standartta tecrübeye sahip olmalıdır. Eğitimcilerin düzenli olarak değerlendirilmeleri ve gerekli olduğunda ilave eğitimlerle desteklenmeleri gerekmektedir.*" denilmektedir.²⁶ Örneğin, Covid-19 pandemi süreci ve sonrası dönemde uzaktan eğitim sistemi üzerinden eğitimlerin daha yoğun şekilde düzenlenmeye başlanması ile birlikte eğitici personelin uzaktan eğitim süreçlerindeki eğitici becerilerinin geliştirilmesi temel bir ihtiyaç konusu olmuştur. Aşağıda daha ayrıntılı değinileceği üzere uzaktan eğitimin yüz yüze eğitim programlarının desteklenmesindeki kilit rolü dikkate alındığında infaz sisteminde görev alan eğitimcilerin bu alanda edinmiş oldukları birikimlerinin daha üst seviyeye taşınması amacıyla çalışmalar (örn. uzaktan eğitim konusunda eğitici eğitimleri düzenlenmesi) yürütülmesi gerekmektedir.

Yasal düzenleme çerçevesinde, infaz personeli eğitim sisteminde görev alan eğitimcilerin bizzat infaz sisteminin içerisinden gelen, alan uzmanlığına sahip tecrübeli personelden oluştuğu görülmektedir.²⁷ Avrupa ve dünya uygulamaları da genel olarak bu doğrultudadır.²⁸ İnfaz hizmetleri personeli eğitiminin esasen bir yetişkin eğitimi konusu olduğu değerlendirildiğinde kurumsal işleyişte yapılan hataları ve doğru uygulamaları doğrudan gözlemlenebilir tecrübesi olmayan bir eğitimcinin yetişkin eğitiminde başarılı olması zorlaşmaktadır. Dolayısıyla, ceza infaz kurumları gibi kendine özgü kuralları, işleyişi ve kültürü olan sosyal

²⁶ Urgan, s. 45.

²⁷ Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kanunu, Madde 9, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4769.pdf>, (s.e.t. 07.11.2023).

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Finlandiya İnfaz Personeli Eğitim Sistemi: <https://rskk.fi>, (s.e.t. 07.11.2023); Fransa İnfaz Personeli Eğitim Sistemi: <https://www.enap.justice.fr>, (s.e.t. 07.11.2023); Estonya İnfaz Personeli Eğitim Sistemi: <https://www.sisekaitse.ee/en/eass-home>, (s.e.t. 07.11.2023).

yapıların dinamikleri ve özellikleri konusunda doğrudan bilgisi (alan tecrübesi) olmayan bir akademisyen ya da uzmana infaz hizmetleri personelinin eğitiminde görev verilmesi öğretici-öğrenen arasındaki mesafeyi aşırı ölçüde açabilecek, eğitimin amaç ve hedeflerinden uzaklaşmasına sebebiyet verebilecektir.

Ç- MESLEK İÇİ VE MESLEK ÖNCESİ EĞİTİM PROGRAMLARI

Ceza infaz kurumları ve denetimli serbestlik müdürlüklerinde görev yapmakta olan infaz hizmetleri personelinin üstlenmekte olduğu görev, yetki ve sorumlulukların mesleki bilgi ve uzmanlık gerektiren kamusal bir faaliyet alanı olmasından dolayı personel eğitim merkezlerinin açılması ile birlikte meslek içi eğitim faaliyetlerine özel önem verilmiştir. Bu kapsamda, tespit edilen kurumsal ihtiyaçlar doğrultusunda hazırlanan yıllık planlar kapsamında personelin mesleki gelişimini desteklemeyi ve teşvik etmeyi amaçlayan eğitim programları düzenli olarak uygulanmaktadır. III. Bölümde içerikleri daha ayrıntılı şekilde aktarılabilecek olan meslek içi eğitim programları; ceza infaz kurumlarının ve denetimli serbestlik müdürlükleri uygulamalarının ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde yürütülmesi, kurumsal işleyişte karşılaşılan sorunların giderilmesi, kurumsal standartların korunması ve uygulama birliğinin sağlanması ile mesleki motivasyonun sağlanarak kurumsal aidiyet duygusunun artırılması temel hedefleri doğrultusunda yürütülmektedir. Konu, Kılavuzlar Madde 8’de de ele alınmıştır:

“Hizmet içi eğitim ve öğretim tüm personel için sunulmalı ve öncelik taşıyan farklı konulara ilişkin güncelleme kurslarını ve/veya yeni gelişen konulara dair ek eğitimleri içermelidir. Hizmet içi eğitimin sıklığı, tüm personelin düzenli şekilde eğitim görmesini sağlamak için yeterli olmalıdır (örneğin, yıllık bir döngüde verilen program vasıtasıyla). Cezaevi makamları, hangi hizmet içi eğitim programlarının zorunlu olduğunu belirtmelidir. Eğitimlere katılım, mesleki gelişimde ve değerlendirme süreçlerinde dikkate alınmalıdır. İşbirliğini güçlendirmek ve ilgili görev ve sorumlulukların karşılıklı olarak anlaşılmasını sağlamak amacıyla farklı derece ve görevlerdeki personelin bir arada olacağı eğitim fırsatları desteklenmelidir. Kurumlar arası eğitim ve diğer ülkelerle eğitim işbirliği olanakları desteklenmelidir.”

Ceza infaz kurumlarında mevcut hizmet servisleri ve birimlerin işleyişlerine, belirli personel gruplarının ihtiyaçlarına ya da eğitim ihtiyacının varlığı tespit edilen kurumsal uygulamalara odaklanmak suretiyle oluşturulan hizmet içi eğitim programları, Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Ankara Eğitim Merkezinin açılışından itibaren geliştirilen dinamik bir süreç içerisinde sorgulanarak güncellenmektedir. Bölüm II’de program geliştirme ve güncelleme süreçleri ile ilgili daha ayrıntılı bilgiler aktarılabilecektir.

4769 sayılı Kanun 2002 yılında yürürlüğe girmiş olmasına rağmen Kanun’un ilgili hükümleri gereğince sadece infaz ve koruma memurları ile idare memurları kadroları için uygulanması öngörülen meslek öncesi eğitim programlarının başlaması 2010 yılında mümkün olabilmektedir. Kanun’da mevcut haliyle meslek öncesi eğitim süresinin beş aydan az olamayacağı öngörülmüştür. (Madde 11) Kanun metninin ilk halinde bu

sürenin “*Millî Eğitim Bakanlığına bağlı orta öğretim kurumları için belirlenen en az bir, en çok iki öğretim yılı*” olacağı hükmü daha sonra yapılan yasal değişiklikle “*beş aydan az olamayacak*” şeklinde değiştirilmiştir. Avrupa düzleminde genel olarak ceza infaz sisteminde görev üstlenecek cezaevi memurlarının (*correctional officers*) göreve atanmadan önce öğrenci statüsünde görece uzun süreli eğitim almaları uygulamasına sıklıkla rastlanmaktadır.²⁹ Birleşik Krallık gibi istisnai olarak memurların göreve atanmasından sonraki evrede eğitime tabi tutulduğu ülke uygulamalarına rastlanılmakla birlikte genel olarak hükümlüler ile doğrudan çalışmak üzere istihdam edilen memurların hizmet öncesi eğitim sürelerinin Avrupa Konseyine üye devletlerde altı aydan üç yıla kadar farklılaşabildiği gözlemlenmektedir. Ülkemizde, (uygulamalı eğitim süresini de içerecek şekilde) asgari beş ay olarak uygulanmakta olan söz konusu eğitim süresinin ihtiyaçlar ve olanaklar çerçevesinde uzatılmasının faydalı sağlayacağı değerlendirilmektedir.

D- UZMANLAŞMA EĞİTİMLERİ

Eğitim, öğrenenin bireysel ihtiyaçlarını karşıladığı ölçüde değerli ve yararlı bir kazanım sürecidir. Bununla birlikte, zaman ve maliyet unsurlarının önemi dikkate alındığında eğitimler öncelikle (ana) personel gruplarının ortak ihtiyaçlarını karşılamaya odaklanmaktadır. Türk infaz sisteminde mevcut hükümlü grupları içerisinde kadın ve çocuk hükümlüler, kırılğan (hassas) gruplar olarak nitelendirilmekte olan kategori içerisinde yer almaktadır. Bu çerçevede çocuğun yüksek yararları gözetilerek çocuk hükümlülerin ıslahı amacıyla yürürlükte olan özel mevzuat hükümleri³⁰ ve infaz uygulamaları söz konusudur. Dolayısıyla çocuk hükümlüler ile ilgili özellikli ve hassas uygulamalar ile yaklaşımları başarıyla uygulayabilmek özel bilgi edinimi gerektirmektedir. Hakeza, uzmanlaşma eğitimlerinin gerekliliği Kılavuzlar’da da aşağıdaki şekliyle ele alınmıştır:

“Eğitim; pro-sosyal davranış (modelleme), kadın, çocuk ve yabancı uyruklular gibi hassas gruplarla çalışma benzeri özel yaklaşımlara odaklanmalıdır. Eğitim; aşırı şiddet, cinsel saldırı, aile içi şiddet, mali ve organize suçlar gibi farklı tür suçlar işlemiş kişilerle çalışmayı da içermelidir.”³¹

Bu çerçevede, 2000’li yıllarda gerçekleştirilen uluslararası projelerin bir çıktısı olarak 2007 yılında geliştirilen ve gözden geçirme çalışmaları sonucunda yeniden yapılandırılmak suretiyle 2019 yılından itibaren yeni formatına dönüşen ARDIÇ Eğitim Programı, çocuk hükümlüler ile çalışmakta olan personele kendilerinde bulunması

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız, <https://www.epta.info/our-members>, (s.e.t. 07.11.2023).

³⁰ 15/07/2005 tarihli ve 25876 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5395.pdf>, (s.e.t. 12.08.2023)) diğer ilgili mevzuat hükümleri.

³¹ Kılavuzlar Madde 7. 2 (a).

hedeflenen profesyonel yetkinliklerin kazandırılması amacıyla uygulanmaktadır.

Türk infaz mevzuatında erkek hükümlülere kıyasla (istisnalar dışında) kadın hükümlülere özgü özel infaz düzenlemeleri mevcut olmamasına rağmen kadın hükümlüler de salt kadın olmalarından dolayı özel yaklaşım ve idari uygulama gerektiren hükümlü grubu olarak değerlendirilmektedir. Yapılan öncül çalışmalar neticesinde geliştirilerek yine 2019 yılından itibaren uygulamasına geçilen Kadın Uzmanlaşma Eğitimi, kadını suça yönelten faktörlerin farkında olan kurum personelinin empati kurma düzeyini geliştirmeyi hedeflemektedir.

Ayrıca, terör suçlarından hüküm giyenler ile çalışmanın getirdiği özel zorluklar dikkate alınarak geliştirilmesinin ihtiyaç olduğu değerlendirilen Terör Hükümlüleri ile Çalışan Personelin Uzmanlaşma Eğitimi de 2019 yılından itibaren uygulanmaktadır. Program ile terör hükümlülerin özellikleri ve bu hükümlü kategorisine yönelik ıslah faaliyetlerinde etkinliğin artırılarak ceza infaz kurumunda dinamik güvenliğin tesisine katkıda bulunulması amaçlanmaktadır. Ülkemize kıyasla çok daha sınırlı ölçüde terör sorunu ve dolayısı ile terör hükümlüsü mevcut olan Fransa ve İtalya gibi ülkelerde de 2010'lu yılların ortalarından itibaren infaz hizmetleri personeline terör hükümlüleri ile daha etkin iletişim kurulmasını amaçlayan eğitim programlarının verilmesine başlanmıştır.

Özetle, ülkemizde de kadın, çocuk ve terör hükümlüleri ile çalışmakta olan personele yönelik, hassasiyet içermekte olan bu hükümlü grupları ile çalışırken ihtiyaç duydukları özgün mesleki yetkinliklerin kazandırılması amacıyla geliştirilen özel eğitim programlarının yaygın şekilde uygulanmasına başlanılmıştır. Covid-19 pandemisi sürecinde ve 06 Şubat 2023 tarihinde yaşanan depremlerden sonra ceza infaz kurumları ve tutukevleri personel eğitim merkezlerinde (toplam 23 ay) yüz yüze eğitimlere ara verilmesinden dolayı eğitim verilmesi hedeflenen personel sayılarında yaşanan düşüşe rağmen uzmanlaşma eğitimlerinin sağlayacağı kurumsal yararın farkında olarak önümüzdeki dönem içerisinde daha da yaygınlaştırılması öngörülmektedir.

E- CTE UZAKTAN EĞİTİM SİSTEMİ

Yaşamın tüm boyutlarında dijital dönüşümün süratle yaşanmakta olduğu günümüz dünyasında eğitim faaliyetlerinde de dijital teknolojilerin kullanımına gün geçtikçe önem verilmektedir. Uzaktan eğitimlerin (*distance learning*) sağladığı faydalara ilişkin birçok akademik çalışma olmasına rağmen, bilginin yanı sıra ideal yönde tutum, değer ve davranış edindirmeye yönelik faaliyetlerde bulunan infaz personeli eğitim sisteminde mevcut uzaktan eğitim uygulamalarının temel fonksiyonunun yüz yüze eğitimin destekleyicisi ya da tamamlayıcısı olarak görülmesi gerektiğini ifade etmek gerekmektedir. Hakeza, Kılavuzlar Madde 10'da "Yüz yüze öğrenme yöntemlerinin eğitimlerde kullanımı esastır. Aynı zamanda; interaktif eğitim, e-öğrenme ve karma eğitim de dâhil olmak üzere diğer eğitim yöntem ve araçları da eğitim süreçlerinde kullanılmalıdır. Sürekli danışmanlık (yönderlik) ve koçluk yöntemleri ile

personelin mesleki gelişimi daha da desteklenebilir."³² denilmektedir. Dolayısıyla uzaktan eğitim yüz yüze eğitimin alternatifi değil, tamamlayıcıdır. Bu ikincil dereceli role rağmen, belirtmek gerekir ki hedef kitlenin beklentileri, eğiticinin niteliği ve eğitim programının amaç ve hedefleri göz önüne alınarak uzaktan eğitim sistemi üzerinden de çok başarılı eğitsel çalışmaların gerçekleştirilmesi mümkündür.

Covid-19 pandemisi döneminde Ceza Tevkifevleri Genel Müdürlüğü bünyesinde mevcut uzaktan eğitim kapasitesi, personelin acil eğitim ihtiyacının karşılanmasına önemli ölçüde katkı sunmuştur. 16-19 Eylül 2022 tarihlerinde Birleşmiş Milletler'in New York'taki Genel Merkezinde yapılan "*Eğitimin Dönüşümü Zirvesi*" gündeminde, Covid pandemisi döneminde oluşan küresel eğitim açığının uzaktan eğitimin de katkısı ile kapatılması konusunda değerlendirmeler ve öneriler de yer almıştır.³³ Pandemi döneminde uzaktan eğitim teknolojilerini başarı ile kullanmış bir kamu kurumu olarak, bu eğitim yönteminin daha üst nitelikte kullanımı amacıyla yenilikçi çalışmalar gerçekleştirilmesi büyük önem arz etmektedir. Diğer kurum ya da kuruluşların hizmet alımı şeklinde üretilmesini sağlayarak dolaylı şekilde temin edebileceği uzaktan eğitim materyalleri, infaz sisteminin kendi kurumsal kapasitesi ve personeli ile üretilmektedir. Bu çerçevede, ceza infaz kurumlarının özgün yapısı ve işleyiş süreci dikkate alındığında ihtiyaçları karşılayıcı nitelikte ve özgün uzaktan eğitim materyalleri ve uygulamalarının geliştirilmesinin temel bir gereksinim olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu amaç doğrultusunda; mevcut ders içeriklerinin uzaktan eğitim materyallerine dönüştürülmesi, e-öğrenme içeriklerinin zenginleştirilmesi, sanal gerçeklik uygulamalarını³⁴ da içeren yeni uzaktan eğitim materyallerinin geliştirilmesi, ceza infaz kurumlarında görev yapan personelin uzaktan eğitime uygun mekânlarda eğitime katılabilmelerine imkân sağlayan teknik dönüşüm sürecinin tamamlanması kısa ve orta vadede gerçekleştirilmesi hedeflenen çalışmalar arasındadır. Böylelikle, infaz sistemi uygulamaları ile ilgili bilgi edinmek ya da mevcut bilgisini arttırmak isteyen personelin günün herhangi bir saatinde kendisine sunulan eğitim imkânlarına doğrudan erişebilmesi mümkün olabilecektir.

³² Urgan, s. 45.

³³ Ayrıntılı bilgi ve Zirve gündemi için bakınız: <https://www.un.org/en/transforming-education-summit/programme>, (s.e.t. 08.11.2023).

³⁴ "*Cezaevi gerçekliğini olabildiğince eğitim ortamlarına yansıtma ve eğitim görenlerin eğitimden daha yüksek oranda fayda sağlamalarını sağlamak amacıyla infaz sistemlerince kullanılmakta olan elektronik, güvenlik sistemleri örneklerinin iyi donatılmış eğitim ortamlarının ayrılmaz bir parçası olması gerektiğine işaret etmek gerekmektedir. Yine, çok kapsamlı ve farklı fiziksel özellik ve türlerde yapılara sahip olabilen ceza infaz kurumlarına ilişkin öncül bilginin başlangıç eğitimi görmekte olan personele aktarılması için kullanılacak sanal gerçeklik uygulamalarının günümüzün ve yakın geleceğin iyi donatılmış eğitim ortamları için zaruri olacağı değerlendirilmektedir.*" (Urgan, s. 41)

F- YERİNDE EĞİTİM PROGRAMLARI

İşbaşında ve uygulamalı eğitimleri de içermekte olan yerinde eğitimler (*on-site training*) ile eğitim ihtiyaçları kurumsal olanaklar dâhilinde ceza infaz kurumlarında karşılanabilmektedir. Özellikle ceza infaz kurumu yerleşkelerinde oluşturulan ideal personel eğitim ortamlarında eğitici eğitimi almış yetkin eğiticiler vasıtasıyla personele UYAP,³⁵ mesleki müdahale teknik ve taktikleri ile ihtiyaç duyulan diğer konularda eğitimler verilebilmektedir. Büyük sayıda personel hareketliliği yerine eğitici personelin eğitim ihtiyacı duyulan kurumlarda görevlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilen yerinde eğitimler aynı zamanda işbaşında eğitim olanağı da sunmaktadır. Özellikle UYAP sisteminin kullanımı ile ilgili karşılaşmakta olduğu sorunları işyerine gelen eğitime doğrudan iletme fırsatı bulan katılımcı personel, böylelikle işyerinden ayrılmadan, uygulamada yapılan hataların yinelenmemesi ve uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik eğitim alma fırsatından yararlanabilmektedir. Benzer durum mesleki müdahale teknik ve taktikleri eğitimi için de geçerlidir. Yasal çerçevede tanınmış olan güç kullanma yetkisinin ölçülü ve orantılı kullanımı konusunda yerinde eğitim alan personel kendisinin yanı sıra ceza infaz kurumunda ekip arkadaşı olduğu diğer personel ile ortak hareket etme becerisi kazanma ve verilen eğitimlerin diğer kurum personeli üzerindeki etkisini gözleme fırsatı bulabilmektedir.

Yerinde eğitim programları, personel nezdinde ceza infaz kurumlarının sadece cezanın infazının yapıldığı ve hükümlülerin ıslahının gerçekleştirildiği mekânlar olmadığını; bu mekânların aynı zamanda personelin kişisel ve mesleki gelişimini teşvik eden eğitim ortamları fonksiyonunu üstlenebildiğini göstermesi açısından önem arz etmektedir.

G- ULUSLARARASI EĞİTİM FAALİYETLERİ

Ülkemiz Eylül 2019'da Avrupa Cezaevi Personeli Eğitim Ağı (*European Penitentiary Training Academies (EPTA)*)'na üye olmuştur.³⁶ 2023 itibarı ile 33 Avrupa ülkesinin infaz personelinden sorumlu birimlerinin protokolünü imzalayarak üye oldukları EPTA sistemi, *sui generis* bir uluslararası işbirliği ve paylaşım ağıdır. 2010 yılında imzalanan protokol ile resmî olarak kurulan ağ, dönem başkanı olarak belirlenen ülkede düzenlenen yıllık konferanslar ile protokole taraf ülkelerin infaz hizmetleri personelinin eğitimi alanındaki uygulamaları, ortak sorunlar ve çözüm arayışları ile iyi uygulama örneklerini paylaşmak suretiyle Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyinin belirlediği temel ilkeler çerçevesinde işbirliği faaliyetlerini sürdürmektedir.

Türk infaz sisteminin özellikle son çeyrek asırda yaşadığı kapsamlı dönüşüm ve süreç içerisinde personel eğitimi alanında gerçekleştirilen

³⁵ Ulusal Yargı Ağı Projesi

³⁶ EPTA hakkında bakınız: www.epta.info, (s.e.t. 12.08.2023).

başarılı çalışmalar, ülkemizin kültür coğrafyasında yer alan dost ve kardeş infaz sistemleri için de ilgi alanı oluşturmuştur. İnfaz sistemine yönelik gerçekleştirilen çalışmaların muhteviyatı hakkında bilgi almak, karşılıklı fikir alışverişinde bulunarak yeni işbirliği imkânları ile ilgili değerlendirmeler yapmak üzere geçtiğimiz yıllarda Afganistan, Güney Sudan ve Suriye'den heyetler ülkemize gelerek personel eğitim merkezlerinde düzenlenen eğitim programlarına katılmışlardır. Söz konusu dinamik personel hareketliliği, personel eğitimi alanında daha somut ve yapılandırılmış işbirliği oluşumlarına ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. İşlevselliği bizzat gözlemlenen EPTA örneği de dikkate alındığında kazan-kazan yaklaşımı ile katılımcı ülkeler arasında infaz personelinin eğitimi alanında mevcut uygulamaların paylaşıldığı uluslararası bir işbirliği platformu kurulumu düşüncesi, ulaşılan kurumsal kapasite dikkate alındığında makul ve yararlı görünmektedir.

II- İNFAZ HİZMETLERİ PERSONELİNİN EĞİTİM SÜREÇLERİNİN ETKİNLİĞİNİ DESTEKLEYEN SÜREÇ VE MEKANİZMALAR

A- EĞİTİM İÇERİKLERİNİN GELİŞİMİ VE GÜNCELLENMESİ

İnfaz hizmetleri personelinin eğitiminde hangi konuların yer alması ve eğitim içeriklerine dair temel yaklaşımlar ile prensiplerin neler olması gerektiğine ilişkin olarak Kılavuzlar Madde 7.1'de değerlendirmeler yapılmıştır. Buna göre:

“Eğitim ve öğretim, hükümlünün insan haklarını ihlal etmeyen uygun davranışı ve aynı zamanda emniyet ve güvenlik ile cezaevindeki günlük işleyişi teminat altına almayı da içermelidir. Eğitim, hükümlülere yararlı eğitim ve meslek edindirme faaliyetleri ile iyileştirme programları sunarak onların tahliye süreçlerini ve toplumla yeniden uyumu için yapılan hazırlıkları kolaylaştırmak amacıyla oluşturulmuş bir ortamda çalışmaya odaklanmalıdır.”³⁷

Konunun öneminden dolayı Kılavuzlar Madde 7.2'de konu daha da ayrıntılı olarak ele alınmıştır:

“Eğitim ve öğretim zorunlu unsurları içermelidir: Bunlar; genel hukukun temelleri (anayasa hukuku, idare hukuku, medeni hukuk ve ceza hukuku), ceza kanunu ve usulünün temelleri (cezai yaptırımlar ve güvenlik tedbirlerinin infazı süreci de dâhil olmak üzere), vatandaşlık bilgisi, infaz hizmetlerinin amaç ve görevlerini de içeren meslek etiği, kişisel bilgilerin korunması düzenlemeleri ve insan hakları standartları olarak sayılabilir. Aynı zamanda; infaz planlaması, risk yönetimi, emniyet, dinamik, standart ve uygulamaya ilişkin güvenlik, iyi düzen ve kontrol, güç kullanımı ve yakın savunma da bu kapsamdadır. İşe ilişkin bilgisayar kullanım bilgileri de zorunlu eğitim konularının bir parçası olmalıdır.”

³⁷ Kılavuzlar, Madde 7 (1).

*Eğitim ve öğretim, aynı zamanda, süresi elverdiği ölçüde, personelin görevine bağlı olarak, kriminoloji ve psikolojiyi de içermelidir.*³⁸

Ülkemizde tüm personel eğitim merkezlerinin mevcut eğitim uygulamalarında standartların tesisi ve uygulama birliği sağlanması amacıyla yürütülen ortak müfredat ve materyal oluşturma çalışmaları büyük ölçüde tamamlanmıştır. Çocuk, kadın ve terör hükümlü grupları ile çalışan personele yönelik olarak geliştirilen uzmanlaşma eğitimlerinin materyalleri de bu süreçte geliştirilmiştir. Eğitim içeriklerinin geliştirilmesi ve güncellenmesi amacıyla gerçekleştirilen çalıştaylara; Genel Müdürlük yetkilileri, personel eğitim merkezlerindeki eğitimciler, ilgisine göre ceza infaz kurumları ya da denetimli serbestlik müdürlüklerinden alan uzmanları ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlardan (üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, AFAD, Adli Tıp Kurumu, vd.) temsilciler katılmaktadırlar. Genel Müdürlük merkez ve taşra teşkilatının talepleri, personel eğitiminden sorumlu birimlerin analizleri ile tespit edilen ihtiyaçlar çerçevesinde yeni eğitim programlarının geliştirilmesi kadar eski içeriklerin revize edilmesi de önem arz etmekte olduğundan geliştirilen materyal içeriklerinin gecikme yaşanmaksızın güncellenmesi çalışmalarına da özel ehemmiyet verilmektedir.

Geliştirilen eğitim içeriklerinin, ülkemizde bilgiye dayalı infaz anlayışının yerleşmesi ve kurumsal uygulamaların profesyonelleşmesi süreçlerine yüksek düzeyde katkı sağlayacağı öngörülmektedir.

B- PERSONELİN EĞİTİM KÜNYESİNİN OLUŞTURULMASI

Kurumların personel eğitim süreçleri genel olarak planlama, uygulama ve değerlendirme aşamalarından oluşmaktadır. Ceza infaz kurumları ile denetimli serbestlik müdürlüklerini bünyesinde barındırmakta olan Türk infaz sisteminde, personel eğitim süreçlerinin planlanması, eğitim sürecinin koordinasyon ve eğitim sonrası değerlendirmelerin nitelikli şekilde yapılması eğitimlerin kalitesi açısından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, personel eğitim sisteminin elektronik ortamlarda geliştirilen yazılımlar üzerinden takibine ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim kurumsal ihtiyaçlar çerçevesinde şekillenen söz konusu ihtiyacın karşılanması amacıyla, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından altyapısı tasarlanarak Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Genel Müdürlüğü bünyesinde geliştirilen Bireyselleştirilmiş Personel Eğitim Sistemi (BİPES) yazılımı 2019 yılından itibaren uygulamaya konulmuştur. Her bir infaz hizmetleri personelinin hükümlülerin ıslahı ve topluma kazandırılmasına ilişkin görev, yetki ve sorumluluklarını yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu bilgi ve becerilere sahip olması sistemin başarısı için büyük önem taşımaktadır. UYAP bünyesinde geliştirilen BİPES; personelin eğitim ihtiyaçlarının tespiti, ihtiyaç duyduğu eğitimlerin uygulanması, personele ait bireysel eğitim künyesinin oluşturulması ve eğitime ilişkin verilerin toplanarak

³⁸ Kılavuzlar, Madde 7 (2).

raporlanmasını mümkün kılmaktadır. BİPES'in mevcut kapasitesi, aynı zamanda, Birleşmiş Milletlere bağlı Uluslararası Telekomünikasyon Birliğince düzenlenen Dünya Bilgi Toplumu Zirvesi "WSIS 2023 Ödülleri Yarışması" nda e-öğrenme kategorisinde birincilik ödülüne layık görülmüştür.

C- ÖLÇME VE DEĞERLENDİRME ÇALIŞMALARI

İnfaz hizmetleri personelinin eğitimi faaliyetlerinin etkinliğinin ve dolayısı ile bu alana tahsis olunan kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanımının, dinamik şekilde ölçülmesi ve değerlendirilmesi özel önem arz etmektedir. Kılavuzlar Madde 10'da "*Eğitim ve öğretim müfredatı ile eğiticilerin çalışmaları, kalite ve güncellik açılarından düzenli olarak değerlendirilmeli ve mümkün olduğunda ulusal düzenlemeler uyarınca akredite edilmelidir.*"³⁹ denilmektedir. Mevcut eğitim uygulamalarının daha da geliştirilmesi, eğitim sürecinde yaşanabilecek aksaklıkların hızlı bir şekilde tespiti ve tespit edilen olumsuzlukların ivedilikle giderilmesi amacıyla bir Merkezi Değerlendirme Sistemi (MEDSİS) uygulaması olarak 2019 yılında geliştirilen MEDSİS Anket Modülü ile yapılan eğitim faaliyetinin amacına uygun şekilde personel eğitim birimi tarafından hazırlanan eğitim programlarına katılmakta olan tüm infaz hizmetleri personeline elektronik ortamda ve düzenli şekilde uygulanan anketlere katılım imkânı sunulmaktadır. Otomatik olarak raporlanan anket sonuçları değerlendirilerek sonuçunda elde edilen verilerin ilgili birimler ile paylaşılması, personel eğitim sisteminin geliştirilmesi yönünde yürütülmekte olan çalışmalara önemli ölçüde katkı sunmaktadır.

İnfaz hizmetleri personelinin ihtiyaç duyduğu eğitim konularının bizzat personelden alınan geri bildirimlerle tespiti ile yeni ve güncel eğitim programlarının planlanmasında kullanılması sistemin başarısı için kritik önemdedir. Bu kapsamda, 2021 ve 2022 yıllarında MEDSİS Anket Modülü üzerinden tüm personelin katılımına sunulan ihtiyaç analizi çalışmalarına yüksek düzeyde katılım gösterilmiş olup analiz çalışmalarından elde edilen değerlendirmeler ve tespit edilen eğitim ihtiyaçları yıllık eğitim planlarının hazırlanması sürecinde dikkate alınmaktadır.

Ç- AKADEMİK AÇILIM

Ceza infaz kurumları ile denetimli serbestlik müdürlüklerinin ihtiyaç duyduğu nitelikli personelin istihdamına kaynak sağlamak üzere CTE Genel Müdürlüğü ile üniversite rektörlükleri arasında imzalanan protokoller çerçevesinde hâlihazırda 21 üniversite bünyesinde "Ceza İnfaz ve Güvenlik Hizmetleri Ön Lisans Programı" açılmıştır. 2019 yılından itibaren mezun vermekte olan söz konusu ön lisans programlarını tamamlayarak infaz sisteminde istihdam edilmesi planlanan bölüm mezunlarının edinmiş oldukları akademik kazanımlar

³⁹ Kılavuzlar, Madde 10 (a).

ile Türk infaz sisteminin kurumsal gelişim sürecine ivme ve kalite kazandırılması amaçlanmaktadır.

Üniversiteler ile imzalanan protokoller kapsamında yürütülmekte olan işbirliği süreci dinamik bir süreç olup söz konusu sürecin etkinliğinin artırılması amacıyla çalışma toplantıları (yüz yüze, online) düzenlenmekte, üniversitelerce ceza infaz ve güvenlik hizmetleri programında ders vermek üzere Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü bünyesinde görev yapmakta olan eğitici personel görevlendirilmesi talepleri karşılanabilmektedir.

D- İHTİSAS KÜTÜPHANESİ

Dünyada ve ülkemizde ceza infaz sistemlerine ilişkin mevcut yayımlar ile belgelerin ve arşiv niteliğinde evrakın derlendiği CTE İhtisas Kütüphanesi 2017 yılından itibaren Genel Müdürlüğümüz ve infaz sistemlerine ilişkin bilgi edinmek isteyen akademisyen ve araştırmacıların hizmetine sunulmuştur. Genel olarak hukuk disiplini içerisinde ceza hukukunun bir alt dalı olarak değerlendirilmekte olan infaz hukuku, kamusal bir faaliyet haline dönüştüğünde salt bir hukuki uygulama alanı olmaktan çıkarak hukuk, psikoloji, yönetim ve güvenlik bilimleri ve ilgili diğer sosyal bilimlerin (felsefe, insan hakları, etik, sosyoloji, sağlık, işletme, vd.) çalışma alanları içerisine girmektedir.⁴⁰ Bu kapsamda, İhtisas Kütüphanesinin faaliyete geçmesi ile suç, suçluluk ve infaz uygulamaları konularında ülkemizde ve dünyada üretilmiş çalışmaların bir merkezde toplanarak kurumsal gelişime ve bu konuda çalışma yapmak isteyen akademisyenler ile araştırmacılara bilimsel kaynak imkânı sağlanması amaçlanmıştır.

Halen Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Ankara Eğitim Merkezi bünyesinde faaliyete göstermekte olan İhtisas Kütüphanesi kitap koleksiyonunda; infaz hukuku, ceza hukuku, kriminoloji, penoloji, suç sosyolojisi, psikoloji, terör, güvenlik, hukuk, iletişim ve eğitim konuları başta olmak üzere Türkçe, İngilizce ve Osmanlıca kitaplar ile yayınlar bulunmaktadır.

III- İNFAZ HİZMETLERİ PERSONELİNİN EĞİTİM MÜFREDATINDA YER ALAN EĞİTİM PROGRAMLARINDAN ÖRNEKLER

Yukarıdaki bölümlerde de değinildiği üzere ceza infaz kurumlarında ve denetimli serbestlik müdürlüklerinde görev yapmakta olan personele yönelik olarak 2000'li yıllardan itibaren planlı şekilde ve düzenli olarak eğitim programları düzenlenmektedir. Söz konusu eğitim programları dinamik bir süreçte değerlendirilmekte olup, ihtiyaçlar kapsamında bazı eğitim programlarının uygulaması sonlandırılabilir bazı eğitim programları revizyona tabi tutularak yeniden yapılandırılabilir bazı eğitim programları ise ihtiyaçlar çerçevesinde

⁴⁰ Urgan, s. 46.

geliştirilmek suretiyle uygulanmaya devam olunmaktadır. İnfaz hizmetleri personeli eğitim sistemi envanterinde hâlihazırda aktif olarak tanımlanmış durumda olan eğitim programı sayısı 300 civarındadır. Nicelik olarak çok sayıda, nitelik olarak ise tüm ünvanlarda görev yapmakta olan personelin eğitim ihtiyaçlarını karşılayacak kapsamda olduğu değerlendirilen personel eğitim programlarının, belirlenen standartlar çerçevesinde katılımcı personele nitelikli şekilde aktarılması ve geliştirilmesi çalışmalarına devam olunmaktadır. Aşağıdaki bölümlerde, özel öneme haiz olduğu değerlendirilen eğitim programlarından örnekler verilmiştir. Böylelikle; amacı, hedefleri, içeriği, süresi ve katılımcı kitlesinin özellikleri paylaşılan personel eğitim programlarının, ceza infaz kurumlarında yürütülmekte olan ıslah çalışmalarının başarısında üstlendiği önemli rol ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

A- MESLEĞE BAŞLANGIÇ EĞİTİMLERİ

İstihdamları öncesinde ya da istihdamlarından hemen sonra göreve yeni atanan personelin atanacakları / atandıkları kadronun gerektirdiği bilgi, beceri ve yetkinliklerin kazandırılması amacıyla uygulanmakta olan eğitim programlarıdır. Göreve yeni atanan personelin diğer birçok kamu kurumundan farklı olarak yasal çerçevede belirlenmiş özgün uygulamalar çerçevesinde faaliyet göstermekte olan ceza infaz kurumlarında çalışıyor olmanın beraberinde getirebileceği uyum probleminin ivedilikle giderilmesi gerekmektedir. İlgili mevzuat hükümlerini ve uygulamaları öğrenmek, hükümlüler, ziyaretçiler ve diğer personel ile doğru yöntem ile iletişim kurabilmek infaz sisteminde görev alan her bir personel için kritik önem arz etmektedir. Sıradan olduğu değerlendirilen bir bilgi akışının eksik ya da hatalı şekilde aktarımı (ya da aktarılmaması), güvenlik tedbirlerinin tam ve olması gerektiği şekilde alınmaması, zor kullanma yetkisinin yasal sınırları çerçevesinde kullanılmaması hükümlü, personel ve kurum güvenliği açısından geri dönülemez nitelikte kayıplara sebebiyet verebilir. Bu çerçevede, göreve yeni atanan personelin mesleğe başlangıç eğitimlerini ivedilikle almaları ve başarı ile tamamlamaları gerekmektedir.

Örneğin, yapılan materyal geliştirme çalışmalarından sonra 2009 yılı Ekim ayından itibaren uygulanmakta olan İnfaz ve Koruma Memuru Yetiştirme Eğitimi, 14 yıla yakın bir süredir kesintisiz olarak düzenlenmekte olan bir eğitim programıdır. İlk uygulama şekli ile personel eğitim merkezlerinde 3 hafta süre ile teorik ve uygulamalı olarak tamamen yüz yüze eğitim şeklinde uygulanan eğitim programı, yeni gelişen ihtiyaçlar çerçevesinde revize edilerek 2018 yılından itibaren 4 hafta süre ile uygulanmaya başlanılmıştır. Uzaktan eğitim sisteminin işlevselliğinin artması ve yapılan uzaktan eğitim içerik geliştirme çalışmalarının tamamlanması sonrasında söz konusu eğitim programı; 2022 yılından itibaren 1 hafta süre ile uzaktan (asenkron (eşzamansız)) 3 hafta süre ile eğitim merkezlerinde teorik ve uygulamalı olacak şekilde hibrit formata dönüştürülerek verilmeye başlanmıştır. Göreve yeni atanan tüm sözleşmeli infaz ve koruma memurlarına verilmekte olan yetiştirme eğitim programının öncesinde, memurların ceza infaz

kurumlarına ilk atandıklarında mesleğe adaptasyon sürecini kolaylaştırmak üzere (yerinde eğitim programı şeklinde 1 hafta süreli Uyum Eğitimi adı altında) geliştirilen uyum eğitimi programının önümüzdeki dönemde verilmeye başlanması ile birlikte İkm yetiştirme eğitimi süresinin toplamda 5 hafta olacak şekilde uygulanması mümkün olacaktır.

İKM Yetiştirme Eğitim Programı içeriğinde; Ceza İnfaz Kurumları Güvenliği, Ceza İnfaz Kurumu Yönetimi, İnfaz Mevzuatı, Kamu Personel Mevzuatı gibi yönetsel konuların yanı sıra İletişim Becerileri, Meslek Etiği, İletişim Becerileri, Zor Davranışlar ve Yaklaşım Yöntemleri, Stres ve Öfke Yönetimi, Ceza İnfaz Kurumlarının İnsan Hakları gibi iyileştirme odaklı dersler, Mesleki Müdahale Teknik ve Taktikleri, Temel Yangın Eğitimi gibi uygulama temelli dersler ile Ekip Çalışması, Mesleki ve Resmî Yazışma Kuralları, Temel UYAP Bilgisi, Sosyal Medya Kullanımı gibi mesleki ve kişisel gelişim dersleri bulunmaktadır. 85 ders saati süreli yüz yüze ve 35 ders saati süreli asenkron eğitim içeriği mevcut olup, toplam eğitim programı süresi 120 ders saatidir.

İdare Memuru Hizmet Öncesi Eğitimi, 2010 yılından itibaren uygulanmakta olan bir eğitim programıdır. İdare memurları, ceza infaz kurumlarında yönetici adayı olarak istihdam edilen ve mevzuat kapsamında asgari üç yıl başarı ile çalıştıktan sonra yapılan görevde yükselme sınavında başarılı olmaları halinde ceza infaz kurumu 2. müdürlüğüne atanan kadrodur. Diğer bir istihdam yöntemi olan açıktan alım yolu ile idare memuru olarak kamu görevine atanmanın ön şartı, konumuz olan idare memurluğu hizmet öncesi eğitim programının başarı ile tamamlanmasıdır.⁴¹ Eğitim programı içeriği, teorik ve uygulamalı olarak iki aşamada idare memuru öğrencilerine aktarılmaktadır. Eğitim programı başlangıcında, önce iki hafta süreli uyum eğitimi gerçekleştirilmektedir. Bu süreçte, öğrencinin katılacağı eğitim programına adaptasyonu yönünde çalışmalar yapılmakta ve aynı zamanda alacağı eğitim programı öncesinde ceza infaz kurumlarına ziyarette bulunarak infaz sistemi ve uygulamaları hakkında ön bilgiye sahip olmasına imkân sağlanmaktadır. Ardından eğitim programının toplam 218 ders saatinden oluşan teorik aşamasına geçilmektedir. Teorik eğitim programının içeriğinde; Ceza İnfaz Kurumları Güvenliği, Ceza İnfaz Kurumu Yönetimi, İnfaz Hukuku, Kamu Mali Mevzuatı, Kamu Personel Mevzuatı, Yönetim Hukuku, Adalet Teşkilatı, Genel Hukuk

⁴¹ Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Hizmet Öncesi Eğitim Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5030&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (s.e.t. 12.08.2023). Dışarıdan istihdam yolu ile hizmet öncesi eğitim sonunda başarılı olanların idare memurluğu kadrosuna atamaları yapılabildiği gibi aynı zamanda ilgili mevzuatta aranan kriterleri taşıyan personelin katılımı ile yapılan görevde yükselme sınavı sonunda da idare memuru kadrosuna atanma mümkün olabilmektedir. (Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=9571&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (s.e.t. 12.08.2023))

Bilgisi, Ceza Hukuku, Ceza Usul Hukuku gibi yönetsel ve hukuk konulu derslerin yanı sıra Psikoloji, Meslek Etiği, Toplumsal İlişkiler ve Sosyal Hizmetler, Ceza İnfaz Kurumlarının İnsan Hakları gibi iyileştirme odaklı dersler ile Liderlik ve Ekip Çalışması, Türkçe Dil Bilgisi ve Resmî Yazışma Kuralları, UYAP Ekranları Kullanımı, Bedensel ve Toplu Savunma Sporları mesleki ve kişisel gelişim dersleri yer almaktadır. Teorik eğitim sürecinde ve eğitim sonunda yapılan sınavların tamamlanması ile mevzuat gereğince verilen iki hafta tatilin ardından öğrenciler ceza infaz kurumlarında gerçekleştirilen 8 hafta süreli uygulamalı eğitim aşamasına geçmektedirler. Uygulamalı eğitim aşaması, temel olarak ceza infaz kurumlarında yürütülmekte olan iş ve işlemlerin öğrenci tarafından daha ayrıntılı bir şekilde öğrenilmesi amacıyla gerçekleştirilen, gözleme dayalı iş başında öğrenme sürecidir. Bu süreçte öğrenci, uygulamalı eğitim yöneticisinin yönetiminde ve uygulamalı eğitim gözetmeninin gözetiminde bahsi geçen konular hakkında bilgilendirilir. Öğrencinin uygulamalı eğitim sürecindeki başarısı da eğitim sonunda yönetici ve gözetmen tarafından yapılan değerlendirme ile tespit olunur.

Mesleğe başlangıç eğitimlerine bir diğer örnek olarak psikolog kadroları için düzenlenmekte olan aday memur yetiştirme eğitimi programı verilebilir. Göreve atanan psikolog ünvanlı personele, lisans düzeyinde tamamladıkları eğitimi ceza infaz kurumlarında uygulayabilmelerini destekleyici ders içerikleri ile hazırlanan, iki aşamadan oluşan aday memur eğitimi verilmektedir. Bu eğitimin ilk aşaması 2 hafta süre ile asenkron uzaktan eğitim şeklinde uygulanmakta, ikinci aşaması ise personel eğitim merkezinde 4 hafta süre ile yüz yüze eğitim şeklinde düzenlenmektedir. Toplam 60 ders saati süreli uzaktan eğitim aşamasında katılımcı personele bir devlet memurunun bilmesi gereken temel bilgi ve beceriler aktarılmaktadır. Müfredat içeriğinde; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Genel Olarak Devlet Teşkilatı, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, İnsan Hakları, Milli Güvenlik Bilgileri, İnkılap Tarihi, Atatürk İlkeleri, Gizlilik ve Gizliliğin Önemi, Haberleşme (İletişim), Türkçe Dil Bilgisi Kuralları, Yazışma-Dosyalama Usulleri, Devlet Malını Koruma ve Tasarruf Tedbirleri dersleri mevcuttur. Eğitimin ikinci aşamasında aday memur psikologlara, ceza infaz kurumlarında mesleki sorumluluk alanları ve iyileştirme uygulamaları odaklı; İnfaz Mevzuatı, Ceza İnfaz Kurumu Güvenliği, Ceza İnfaz Kurumu Yönetimi, Kamu Personel Mevzuatı, Meslek Etiği, Protokol Kuralları, Mesleki ve Resmî Yazışma Kuralları, Psiko-sosyal Servis UYAP Ekranları Kullanımı gibi ceza infaz kurumunun işleyişine ilişkin teori ve pratik konuları içeren dersler olduğu gibi aynı zamanda doğrudan doğruya hükümlülere ilişkin iyileştirme ve müdahale programlarının uygulanmasına dair Psiko-Sosyal Yardım Servisi İşlemleri, İyi Hal Değerlendirme Sistemi, Tutuklu ve Hükümlü Psikolojisi, Hassas Gruplar ile Çalışmak, Zor Davranışlar ve Yaklaşım Yöntemleri, Salıverilme Öncesi Grup Çalışması Programı, Öfke Kontrolü Grup Çalışması Programı, İntihar ve Kendine Zarar Verme Konusunda Personelde Farkındalık

Yaratma Programı, BİSİS ARDEF YARDM Programı, SAMBA⁴² Grup Çalışması dersleri aktarılmaktadır.

B- BİRİM EĞİTİMLERİ

Ceza infaz kurumları yöneticileri, temel olarak mahkemelerin vermiş olduğu hükümlülük ya da tutuklama kararlarını yerine getirirken büyük bir kurumsal kapasitenin aynı zamanda aksama yaşanmaksızın faaliyet göstermesinden de sorumludurlar. Ceza infaz kurumu idarecileri kurum bünyesinde faaliyet göstermekte olan tüm birimlerden, kurumsal işleyişe aksama yaşanmaksızın katkı sunmalarını isterken aynı zamanda sunulan kamu hizmeti kalitesinin yüksek düzeyde olmasını beklemektedirler. Bu çerçevede, bir birimde yaşanan aksamanın tüm sistem üzerinde olumsuz etkiler yaratacağı bilindiğinden birimlerde görev yapmakta olan personelin profesyonellik düzeylerinin yükseltilmesine eğitim yoluyla destek sunmak üzere geliştirilen birim eğitimleri önem arz etmektedir. Birim eğitimlerine örnek olarak; Kuruma Kabul İşlemleri Eğitimi, Ziyaret Kabul İşlemleri Eğitimi, İnfaz İşlemleri Eğitimi ve Vardiya İşlemleri Eğitimi verilebilir.

Uzaktan eğitim (senkron (eşzamanlı)) şeklinde toplam 12 ders saati süreli olan Ziyaret İşlemleri Eğitimi içeriğinde; Ziyaret Mevzuatı, UYAP Ziyaret Kabul Ekranları Kullanımı, Tutanak Hazırlama Teknikleri, Ziyaretçi Arama Yöntemleri gibi birimin işleyişine ilişkin derslerin yanı sıra ziyaretçiler ile iletişim etkinliğine katkıda bulunmak amacıyla İletişim Becerileri ve İmaj Yönetimi dersleri de yer almaktadır.

Uzaktan eğitim (senkron (eşzamanlı)) şeklinde toplam 16 ders saati süreli olan Mahkum Kabul İşlemleri Eğitimi içeriğinde; Ceza İnfaz Kurumuna Kabul İşlemleri, Arama Teknikleri, Zor Kullanma Mevzuatı, X-Ray Cihazı Kullanımı, Mahkûm Kabul Birimi Ekranları Kullanımı gibi birimin işleyişine ilişkin derslerin yanı sıra hükümlülerin kuruma kabulünde doğru iletişim yöntemlerini uygulayarak hükümlü ile empati kurabilmelerine katkıda bulunmak amacıyla Ruhsal Sorunlara Yaklaşım, Tutuklu ve Hükümlü Psikolojisi, ARDEF-BİSİS⁴³ Proje Tanıtımı, ARDEF Uygulamaları ve ARDEF Görüşme Teknikleri dersleri de yer almaktadır.

Yine uzaktan eğitim (senkron (eşzamanlı)) olarak düzenlenmekte olan toplam 12 ders saati süreli bir birim eğitimi niteliğindeki Vardiya İşlemleri Eğitiminde, mesleki ve psiko-sosyal konular arasında bir denge gözetilmeye çalışılmıştır. İçerikte; birimin iç işleyişine ilişkin konuları kapsamakta olan Güvenlik Uygulamaları, Mesleki Müdahale Teknik ve Taktikleri, Mesleki ve Resmî Yazışma Kuralları, Ceza İnfaz Kurumlarında Ekip Çalışması derslerinin yanı sıra birimin işleyişinde ıslah sürecine de odaklanılması gerektiği gerçeğini yansıtan Ceza İnfaz Kurumlarında İnsan Hakları, Zor Davranışlarla Başetme Yöntemleri ve Meslek Etiği dersleri yer almaktadır.

⁴² Sigara, Alkol, Madde Bağımlılığı

⁴³ Araştırma ve Değerlendirme Formu, Bireyselleştirilmiş İyileştirme Sistemi

C- TEMATİK EĞİTİMLER

Ceza infaz kurumlarında görev yapmakta olan personelin hizmetin gereği olarak ihtiyaç duyulan konularda desteklenmelerini sağlamak amacıyla tematik eğitim programları da geliştirilmiştir. Örneğin, personelin zorlu çalışma koşullarında psikolojik sağlamlık düzeylerini arttırmak amacıyla geliştirilen Personel Destek Eğitimi ile Pozitif Psikoterapi Psikolojik İlk Yardım Eğitimi ve ayrıca gerçekleştirilen görevde yükselme sınavları sonucunda başarılı olarak ceza infaz kurumlarında yönetici kadrolarına atanan personele yönelik olarak düzenlenmekte olan Liderlik ve Yöneticilik Eğitimleri tematik eğitimler olarak sayılabilir.

Bir hafta süreli, toplam 26 ders saatinden oluşan ve personel eğitim merkezlerinde yüz yüze eğitim şeklinde düzenlenmekte olan Personel Destek Eğitim Programında; Öfke Kontrolü ve Stres Yönetimi, Etkili İletişim Uygulamaları ve Aile İçi İletişim konuları yer almaktadır. Benzer şekilde personelin kişisel ya da kurumsal yaşamlarında karşılaştıkları zorlu süreçlere ilişkin sağlamlık düzeylerini arttırmak amacıyla geliştirilen bir hafta süreli toplam 28 ders saatinden oluşan Pozitif Psikoterapi Psikolojik İlk Yardım Eğitiminde; Pozitif Psikoterapiye Giriş, Pozitif Psikoterapi Uygulamaları ile Krize Müdahale ve Psikolojik İlk Yardım ders konuları yer almaktadır.

Yapılan görevde yükselme sınavı sonucunda başarı olup da ceza infaz kurumlarında 2. Müdür olarak görevlendirilen ceza infaz kurumları müdürleri, göreve atanmaları aşamasında 2 hafta süreli, toplam 56 ders saatinden oluşan Liderlik ve Yöneticilik Eğitimi programına tabi tutulurlar. Söz konusu eğitim programının içeriğinde; Hükümlü Disiplin Uygulamaları, Personel Disiplin Uygulamaları, Genel Bütçe Uygulamaları, Ceza İnfaz Kurumlarında Adli Tıp Uygulamaları, İşyurtları Mevzuatı, Ceza İnfaz Kurumu Denetim Süreci, Mutemetlik İşlemleri, UYAP 2. Müdür Ekranları Kullanımı gibi yönetsel, mali ve teknik bilgileri içeren derslerin yanı sıra Liderlik ve Yöneticilik, Yönelimsel Etik, Stres Yönetimi, Mobbing (Bezdiri), Protokol Kuralları ve Sosyal Medya Kullanımı gibi çağdaş bir yöneticinin başarılı bir kurumsal yönetim ve liderlik performansı sergilemesi için edinmesi gereken kazanımları içermekte olan ders konuları da yer almaktadır.

Fıratı Önleme, İnsan Hakları, İntihar ve İntiharı Önleme Eğitimleri de en yaygın şekilde uygulanan tematik eğitim başlıklarımıza örnek olarak verilebilir.

Ç- YERİNDE EĞİTİMLER

Ceza infaz kurumları ve tutukevleri personel eğitim merkezlerinde verilen Mesleki Müdahale Teknik ve Taktikleri Eğitimi aynı zamanda yerinde eğitim olarak ceza infaz kurumlarında da verilebilmektedir. Özellikle yeni hizmete açılan ya da eğitime ihtiyaç duyduğu tespit olunan kurumlarda görevli personele eğitim ihtiyaçlarının hızlı ve yaygın şekilde karşılanması amacıyla yönelik olarak yerinde eğitim şeklinde verilmekte olan söz konusu eğitim programının temel amacı yasal düzenlemeler kapsamında ancak son çare olarak kullanımı mümkün olan zor kullanma

yetkisinin, orantılılık ve ölçülülük kriterleri çerçevesinde ve mesleki profesyonellik ilkeleri çerçevesinde kullanımını sağlamaktır. Bir hafta süreli ve toplam 30 ders saatini içeren eğitim programı içeriğinde; Değerlendirme, Mesleki Müdahale Uygulamaları, Örnek Olay Analizi, Rapor Hazırlama Teknikleri, Zor Kullanmanın Mahiyeti, Ölçüsü ve Hukuki Dayanakları, Çatışma ve Kriz Durumunda Liderlik ve Ekip Çalışması, Çatışma ve Kriz Durumunda Psikolojik Yönetim ile Çatışma ve Kriz Durumunda İletişim dersleri yer almaktadır.

İşbaşında eğitim ilkelerine uygunluğu dolayısı ile UYAP Kullanımı Eğitimi ve Elektronik Güvenlik Sistemleri Eğitimi yoğun şekilde gerçekleştirilmekte olan yerinde eğitim programlarına örnek olarak verilebilir. Ceza infaz kurumlarında UYAP sistemini kullanmakta olan tüm birimlerin işleyişinde karşılaştıkları sorunların çözümü ile uygulamada sıklıkla yapılan hataların önlenmesinin amaçlamakta olduğu iki hafta süreli, toplam 70 ders saatinden oluşan eğitim programı içeriğinde; Mahkûm Kabul Birimi Ekranları Kullanımı, İnfaz Bürosu Ekranları Kullanımı, Eğitim ve Öğretim Servisi Ekranları Kullanımı, Emanet Eşya İşlemleri UYAP Ekranları Kullanımı, Sorumlu ve Vardiya İbkm Ekranları Kullanımı, Psikososyal Servis Ekranları Kullanımı, Rapor İşlemleri Ekranları Kullanımı, Kurum Tabiplik Memuru Ekranları Kullanımı, Kurum Müdürü Ekranları Kullanımı, Ziyaretçi Kabul Birimi Ekranları Kullanımı, Emanet Para ve Kıymetli Eşya Birimi Ekranları Kullanımı, Mektup Okuma Komisyonu Ekranları Kullanımı, Telefonla Görüştürme Birimi UYAP Ekranları Kullanımı, Kurum 2. Müdür Ekranları Kullanımı, Personel Görevlendirme Ekranları Kullanımı, Gelen Evrak Sorumlusu Ekranları Kullanımı ve CTE Düzeltme İşlemleri Ekranları Kullanımı dersleri yer almaktadır.

D- UZMANLAŞMA EĞİTİMLERİ

Hassas hükümlü gruplarının bulunduğu ceza infaz kurumlarında görev yapmakta olan personelin yetkinliklerini arttırmak amacıyla geliştirilen eğitim programları modüler olarak tasarlanmıştır. Örneğin Kadın Hükümlüler ile Çalışmakta olan Personelin Uzmanlaşma Eğitim Programının I. Modülünde, kadının toplum nezdindeki konumu ve kadın suçluluğu konuları ele alınmaktadır. I. Modül içeriğinde; Çağdaş Ceza İnfaz Sistemleri ve Kadın Olmak, Toplumsal Cinsiyet, Kadına Yönelik Şiddet, Psiko-sosyal Beceriler, Kadın Hakları, Protokol Kuralları, Kamu Personel Mevzuatı, Kamu Personeli Disiplin Mevzuatı, Çatışma Yönetimi, Ekip Çalışması, Meslek Etiği, Mobbing (Bezdiri) ve Yaşam Becerileri dersleri yer almaktadır. Programın II. Modülünde ise Kadın Hükümlülerle Çalışma ve Annesinin Yanında Kalan Çocuklarla Çalışma konularına odaklanılmaktadır. Personel eğitim merkezinde iki kısım halinde toplam dört hafta olarak düzenlenmekte olan uzmanlaşma eğitimi, toplam 99 ders saati olarak uygulanmaktadır.

Benzer sistematik ile uygulanmakta olan ARDIÇ Eğitimi de çocuk hükümlüler ile çalışmakta olan personelin profesyonel yetkinliklerini geliştirmek amacıyla düzenlenmektedir. Eğitim programının iki hafta süren I. Modülünün içeriğinde; toplam 58 ders saatinden oluşan Çocuk Suçluluğu ve Sosyolojisi, Gelişim Dönemleri, Çocuk ile İletişim, Mevzuat

Bilgisi ve Vaka Çalışması dersleri yer almaktadır. Programın iki hafta süreli 61 ders saati içeren II. Modülünde ise Etkili İletişim Uygulamaları, Ahlak Gelişimi, Ebeveyn Tutumları, Mevzuat Bilgisi, İmaj Yönetimi, Cinsel Yönelimi Farklı Olan Çocuklar, Özel Gereksinimli Çocuklar, Teröre Yönelen Çocuklar, Müzakere ve Arabuluculuk, Çocuk Disiplin Yöntemleri, Ceza İnfaz Kurumlarında Ekip Çalışması ve Vaka Çalışması dersleri yer almaktadır.

E- EĞİTİCİ EĞİTİMLERİ

Eğitici eğitimi programları, infaz hizmetleri personeli eğitim sisteminin niteliği ve kalitesi üzerinde belirleyici bir fonksiyon üstlenmektedir. Eğitici eğitimi alan personelin, gelecekte düzenlenecek eğitim programlarında eğitici olarak görevlendirilmesi hedeflendiğinden bu eğitim programlarının katılımcılarının seçimine özel önem verilmektedir. Eğitici olma kriterlerine haiz olduğu değerlendirilen ve eğitici olma konusunda istekliliği bulunan personele yönelik olarak, diğer kurum ve kuruluşlar (Örn. Ankara Üniversitesi, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, AFAD Başkanlığı) tarafından geliştirilen eğitici eğitim programları düzenlenebildiği gibi aynı zamanda ceza infaz kurumları ve tutukevleri personel eğitim merkezleri tarafından da eğitici eğitimi programları gerçekleştirilebilmektedir. Eğitim alması gereken infaz hizmetleri personelinin sayısı ile düzenlenmesi ihtiyacının var olduğu tespit edilen eğitim programlarının çokluğu dikkate alındığında eğitici eğitimi programları, düzenli olarak gerçekleştirilmesi gerekmekte olan eğitim programları arasında sınıflandırılabilir.

Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi tarafından psiko-sosyal servis personeli ve yönetici kadrolarda görevli ceza infaz kurumları eğitici personeline yönelik olarak düzenlenen iki hafta süren toplam 55 ders saati süreli İkna ve Müzakere Eğiticinin Eğitimi Sertifika Programı içeriğinde; İletişim ile İlgili Kavramsal Çerçeve ve Etkili İletişim Teknikleri, İknanın Psikolojisi, İntihar Önlemede İkna Psikolojisi, Uyuşmazlık Çözümünde Müzakere Stratejileri, Öfke Kontrolü ve Stres Yönetimi, Kriz Yönetimi / İletişimi Müzakerede Etkili İletişim ve Vaka Çalışması / Örnek Olay dersleri ve uygulamaları yer almaktadır.

Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personel Eğitim Merkezlerinde görevli eğitimcilere yönelik olarak düzenlenen üç günlük toplam 19 ders saati süreli eğitici eğitimi programı içeriğinde; Öğretimde Bireysel Farklılıklar, Değişen Dünyada Öğretmen ve Eğitim, Sınıf Yönetimi, Kavram Öğretimi ve Argümantasyon, Yetişkin Eğitimi ve Öğrenme Psikolojisi, Öğretim Teknolojileri, Eğitim ve Liderlik, Eğitimde Test Geliştirme ve Madde Analizi ve Sunum Teknikleri dersleri yer almaktadır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Tarih boyunca olduğu gibi günümüz dünyasında da suç, suçluluk ve ceza kavramları toplum gündeminde öncelikli olarak yer almaya devam eden temel olgular arasındadır. Farklı toplumlar ve farklı düşünce

sistemleri tarafından değişik yönelimlere tabi tutulan bu kavramlar aktif olarak sorgulanmaya da tabi tutulmaktadır. Bu çerçevede, bazı toplumlar artan suçlu sayısı ve suçluluk oranları karşısında daha ağır ceza tedbirleri almaya yönelirken bazı toplumlar ise klasik cezalandırma anlayışının faydalı olmadığı düşüncesini dile getirerek yeni alternatifler üretme çabası içine girmişlerdir. Bu iki kuramsal sorgulama ve yöneliminin ötesinde mevcut ceza infaz sistemi pratiği içerisinde yapılacak nitelikli çalışmalar ile infaz uygulamalarının etkinliğinin artırılarak gelecekte daha az suç işlenen bir sosyal yaşamın gerçekleştirilebilmesinin mümkün olabileceği de değerlendirilmektedir.

Ceza infaz kurumları suçu işlediğine dair bağımsız ve tarafsız mahkemelerce verilen hükümlülük kararının infaz edildiği kamu kurumlarıdır. İdealize edilen kuramsal çerçevede; mahkeme kararı ile özgürlük hakkı elinden alınan hükümlüler, cezalarının infazı sürecinde daha önceden işledikleri suça ilişkin farkındalık içerisinde, sorumluluk sahibi bir birey olarak yeniden suç işlemekten uzak kalmaya odaklanan bir gelecek için hazırlanmaktadır. Kişisel bir dönüşümün ve gelişimin gerçekleşmesi salt bir farkındalığın ötesinde ideal yönde duygu, düşünce ve davranış edinimini gerektiren hassas ve çok boyutlu bir süreçtir. Ceza infaz kurumları gibi güvenlik ve emniyetin tesisin ön planda olduğu sosyolojik yapıların bünyesinde yürütülmekte olan bu süreç; nitelikli bir fiziksel, mekânsal ve teknolojik altyapı gerektirdiği gibi aynı zamanda planlanan ıslah uygulamalarının başarı ile gerçekleştirilmesi için kurumsal kapasite ve nitelikli personele sahip olmayı da gerektirmektedir.

Yoğunluğu, karmaşıklığı ve kaotikliği sürekli sorgulanan günümüz dünyasında küresel ölçekte kalabalıklaşma ve suç öğrenme eğilimlerinin hâkim olduğu ceza infaz sistemlerinde çağdaş infaz anlayışı doğrultusunda başarılı çalışmalar yapılması, şüphesiz politik bir kararlılık ve yüksek seviyede bir kurumsal kapasiteye ihtiyaç göstermektedir. Mağdurun uğradığı haksızlığın giderilmesi amacıyla salt suçlunun cezalandırılması ile yetinilmesi toplum vicdanını rahatlatmakla birlikte yeniden suç işlemenin önlenmesinde etkin bir pratik yaklaşım değildir. Şüphesiz ki hükümlülerin yeniden suç işlemelerinin önlenmesi yönünde yürütülen çalışmaların başarısı toplum güvenliğinin teminat altına alınması ile doğrudan ilintilidir. Hükümlüyü suça iten nedenlerin doğru yöntemlerle tespit edilerek, çağdaş infaz anlayışı doğrultusunda hükümlüye eğitim, iyileştirme, üretim ve sosyal gelişim faaliyetlerine katılım olanağı sağlanması toplumsal ölçekte suç ve suçluluk oranlarının azaltılmasına katkı sunacak kurumsal çalışmalardır.

Hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunduğu süreçte kendisi ile iletişimde bulunan diğer kişiler; hükümlüler, kurumda görev yapan personel ve ziyaretçileridir. Diğer hükümlüler ve ziyaretçiler ile duygudaşlık ilişkisi içerisinde bulunan bir hükümlü için kurumda görev yapmakta olan personel; devleti, adalet sistemini ve dış dünyanın gidişatını yansıtan başat bir rol model niteliğindedir. Hükümlünün içine girdiği yeni yaşam alanında sergilediği tutum ve davranışlarının ilgili mevzuata uygunluğunu birincil elde değerlendiren, kurumsal uygulamaların sınırlarını çizen, gerektiğinde yasal olarak tanınan güç kullanma yetkisine başvurarak asayişini temin eden infaz hizmetleri personeli aynı zamanda hükümlünün yeni yaşamındaki kişisel dönüşüm

ve gelişim çabasının başarısından da sorumludur. Bu sorumluluğun infaz hizmetleri personeli tarafından hükümlüye bilimsel bilgiye dayanan bir profesyonellik çerçevesinde yansıtılması gerekmektedir.

Kırılğanlık düzeyi yüksek, suç işleme eğilimine sahip bir hükümlü birey ile çalışmak şüphesiz ki dış dünyadaki özgür bir birey ile birlikte çalışmaktan daha zorlu bir süreçtir. Bu süreci doğru bir şekilde yönetebilmek, suç ve suçluluk ile ilgili dinamikleri bilmeyi, mesleki bilgi ve kurumsal sorumluluk çerçevesinde hükümlünün yeniden topluma kazandırılmasını benimseyen bir profesyonel anlayışı gerektirmektedir. Çalışmada örnek olarak verilen eğitim programlarından da anlaşılacağı üzere ceza infaz kurumları düzleminde suçlu sayısı ve suçluluk oranlarının azaltılarak toplum güvenliğinin teminine destek olmak amacıyla görev yapmakta olan infaz hizmetleri personeline çok boyutlu ve dinamik bir çerçevede mesleki eğitim programlarına katılma olanağı sunulmaktadır.

Uluslararası düzeyde ilgiyle karşılanan yapısal dönüşüm çalışmalarının çağdaş infaz hizmetleri anlayışı içerisinde personel eğitimine tahsis edilen fiziksel ve teknolojik ortamlarda oluşturulan yasal çerçeve içerisinde işler kılındığı Türk infaz hizmetleri personel eğitim modeli; yetkinliği sürekli geliştirilen eğitici kapasitesi ile sunulmakta olan eğitim programlarının kapsamı ve içerik olarak zenginliği dikkate alındığında hükümlülerin ıslahı sürecinin başarısını belirleyen temel destekleyici kurumsal unsur olmaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAP-MAKALE

- Adams B F, The Politics of Punishment Prison Reform in Russia 1863-1917, Northern Illinois University Press, 1996.
- Bal H, Hukuk Sosyolojisi, 3. Baskı, Fakülte Kitapevi, 2012.
- Beck U, Risk Toplumu, İthaki Yayınları, 2019.
- Bottoms A /Sue R/ Robinson G (Eds.), Alternatives to Prison Options for an insecure society, Willan Publishing, First Published, 2004.
- Bozdemir S / Argın U (Eds.), Suç Önleme Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, Bursa Emniyet Müdürlüğü.
- Canter D, Suç Psikolojisi, İmge Yayınevi, 2011.
- Cengiz S/ Demirağ F / Ergül T vd., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Kasım 2008, Şen Matbaa, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihm_cezayargilamasi.pdf, (s.e.t. 10.08.2023).
- Clear T R, Imprisoning Communities, Oxford University Press, 2007.
- Davis R C/Lurigo A J/ Herman S (Eds.), Victims of Crimes, 3rd Edition, 2007.
- Demirbaş T, Kriminoloji, Ekim 2012, 4. Baskı, Seçkin.
- Dolu O, Suç Teorileri, Global Politika ve Strateji, 5. Baskı, 2015.
- Duff A / Garland D (Eds.), A Reader on Punishment, Oxford University Press, 1994.
- Francis T C/ Cheryl L J, Correctional Theory, SAGE, 2012.
- Foucault M, Hapishanenin Doğuşu, 7. Baskı, İmge Yayınevi, 2019
- Garland D, Punishment and Modern Society, The University of Chicago Press, 1990.
- Garland D, The Culture of Control, Oxford University Press, 2001.
- Gottfredson M R/Travis H, A General Theory of Crime, Standford University of Press, 1990.
- Güçlü İ /Akbaş H, Suç Sosyolojisi Kavram – Teori – Uygulama, Seçkin, 2016.
- İçli T G, Kriminoloji, Ankara 2001.
- Jacobson M, Downsizing Prisons, New York University Press, 2005.
- Johnson R, Hard Time Understanding and Reforming the Prison, Third Edition, Wadsworth, 20002.
- Kuppers T/ Prison Madness: The Mental Health Crisis Behind Bars, Jossey-Bass Publishers.
- Miller J M, 21th Century Criminology A Reference Handbook, Sage, 2009.

Schull K F, Prisons in the Late Ottoman Empire, Edinburg University Press, 2014.

Simon J, Governing Through Crime, Oxford University Press, 2007.

Spierenburg P, Cinayetin Tarihi, Ortaçağdan Günümüze Avrupa'da Bireysel Şiddet, 2008, İletişim.

Storey N R, Prisons & Prisoners in Victorian Britain, The History Press, 2010.

Turner W B, Establishing the Rule of in Prisons, A Manual for Prisoners' Rights Litigation, Stanford Law Review, Vol. 23, No. 3 (Feb., 1971).

Urgan G, "Avrupa Konseyi'nin Cezaevi ve Denetimli Serbestlik Hizmetleri Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine İlişkin Kılavuzlar", Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, 29 (1), 2021.

MAHKEME KARARLARI

Chocholáč v. Slovakia, AİHM, Başvuru No. 81292/17, K.T. 7 Temmuz 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-218459%22>}, (s.e.t. 07.11.2023).

Gülmez v. Türkiye, AİHM, Başvuru no. 16330/02, K.T. 20 Mayıs 2008, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22g%C3%BClmez%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-86368%22>}, (s.e.t. 07.11.2023).

Hirst v. the United Kingdom (No. 2), AİHM, Başvuru No. 74025/01, K.T. 6.10.2005, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22fulltext%22:%22hirst%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-70442%22>}, (s.e.t. 11.08.2023).

Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye, AİHM, Başvuru No. 47121/06, 13988/07 ve 34750/07, K.T. 18 Haziran 2019, <https://hudoc.echr.coe.int/#%22fulltext%22:%22mehmet%20re%C5%9Fit%20arslan%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-194194%22>}, (s.e.t. 07.11.2023).

Velyo Velev v. Bulgaristan, AİHM, Başvuru No. 16032/07, K.T. 27 Mayıs 2014, <https://hudoc.echr.coe.int/#%22fulltext%22:%22velyo%20velev%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-144131%22>}, (s.e.t. 07.11.2023).

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Almanya Bavyera Eyaleti Islah Akademisi, <https://www.justiz.bayern.de/justizvollzug/justizvollzug-in-bayern/justizvollzugsakademie>, (s.e.t. 07.11.2023).

Avrupa Cezaevi Personeli Eğitim Ağı (*European Penitentiary Training Academies (EPTA)*), www.epta.info, (s.e.t. 12.08.2023).

Birleşmiş Milletler Eğitimi Dönüştürme Zirvesi,
<https://www.un.org/en/transforming-education-summit/programme>,
(s.e.t. 08.11.2023).

Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü internet sitesi,
<https://cte.adalet.gov.tr/>, (s.e.t. 08.11.2023).

Estonya İnfaz Personeli Eğitim Sistemi:
<https://www.sisekaitse.ee/en/eass-home>, (s.e.t. 07.11.2023).

Finlandiya İnfaz Personeli Eğitim Sistemi: <https://rskk.fi>, (s.e.t. 07.11.2023).

Fransa İnfaz Personeli Eğitim Sistemi: <https://www.enap.justice.fr>,
(s.e.t. 07.11.2023).

Guidelines regarding recruitment, selection, education, training
and professional development of prison and probation staff
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809661fd, (s.e.t. 13.08.2023).

Helen Fair/ Roy Walmsley, World Prison Population List,
Thirteenth Edition, ICPR,
https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf, (s.e.t. 13.08.2023).

İtalya Ceza İnfaz Yüksek Okulu, <https://www.devita.law/scuola-piersanti-mattarella>, (s.e.t. 07.11.2023).

T.C. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi,
<https://www.mevzuat.gov.tr/>, (s.e.t. 12.08.2023).

T.C. Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/>, (s.e.t. 14.08.2023).

BORSA İSTANBUL ANONİM ŞİRKETİ'NİN BORSA İŞLEMLERİNE YÖNELİK TEDBİR VE YAPTIRIM YETKİLERİNİN DEVRİ

Transfer of Measures and Sanctions Powers for Stock Exchange Transactions of Borsa İstanbul Joint Stock Company

Hakkı ÖZLÜ*

Öz: Borsalar ülke ekonomisinin, ticaretin ve sermaye piyasasının en önemli kurumlarıdır. Sermaye piyasasına ilişkin hukuksal ve finansal kavramlara verilen anlamlar ve uygulamalar tarihsel süreçte değişmekte ve gelişmektedir. Borsa İstanbul da bu süreçte elektronik sisteme geçmiş ve kamu kurumu niteliğinden dünyada gelişmiş diğer borsalar gibi kâr amaçlı bir anonim şirkete dönüştürülmüştür. Borsa İstanbul gerek düzenleyici, gerekse denetime tabi olması bakımından anonim şirketlerden ve kamu iktisadi kuruluşlarından ayrılmaktadır. Mevcut yapısı ile "sui generis" bir anonim şirkettir. Borsa İstanbul, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası niteliğinde iken sahip olduğu yetkilerin bir kısmını hâlâ kullanmaktadır. Oysa bu yetkiler kâr amaçlı bir şirkette olması gereken yetkilerden değildir. Çalışmamızda, Borsa İstanbul'un borsa işlemlerine dönük yaptırım yetkilerinin tarihsel süreçte gelişimi incelenmiştir. Borsa işlemi ve Borsa İstanbul ile Sermaye Piyasası Kurulu tarafından borsada işlem bazında alınabilecek önlemler ve yaptırımlar incelenmiştir. Borsa İstanbul'un işlem bazında uzun süreli yaptırım yetkisinin sınırlandırılmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur. Nitekim Borsa İstanbul'un ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun aynı yetkileri haiz olması uygulamada karışıklığa ve işlemin türüne göre uyumsuzluğa bakacak mahkemenin yargı yolunun farklılığı, farklı kararların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Bu çalışma ile gelişmiş ülkelerdeki borsalara yönelik düzenlemeler de incelenerek, Türk hukukundaki düzenlemenin günümüz koşullarına uygunluğu hususunda bir değerlendirme yapılmak istenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Hukuku, Şirketler, Borsa İşlemleri, Yaptırımlar.

Abstract: The stock exchanges are one of the most important institutions of the country's economy, trade and capital market. The meanings and applications given to legal and financial concepts related to the capital market have been changing and evolving throughout history. In this process, Borsa İstanbul has also transitioned to an electronic system and has been transformed from a public institution to a profit-oriented joint stock company like other advanced stock exchanges in the World. Borsa İstanbul differ from joint stock companies and public economic enterprises in that they are subject to both regulation and audit. With its current structure, it is a "sui generis" joint stock company. Borsa İstanbul still exercises some of the powers it had when it was the Istanbul Stock Exchange. However, these powers are not among the powers that should be in a for a profit-oriented company. In our study, the historical development of Borsa İstanbul's sanction powers regarding stock transactions has been examined. The stock exchange transactions, measures and sanctions that can be taken on a transaction basis at Borsa İstanbul and the Capital Markets Board have been examined. The necessity of limiting Borsa İstanbul's authority for long-term sanctions on a transaction basis has been emphasized. Indeed, the fact that Borsa İstanbul and the Capital Markets Board have the same authorities can lead to confusion in practice and, depending on the nature of the transaction, differences in the judicial path that the court will consider the dispute, which can result. The study aims to examine the regulations on stock exchanges in developed countries and evaluate the compatibility of the regulations in Turkish Law with current conditions.

Keywords: Capital Market Law, Companies, Stock Market Transactions, Sanctions.

* Ankara 3. Ticaret Mahkemesi Üyesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Doktora öğrencisi, hakkiozlu@adalet.gov.tr, ORCID: 0009-0008-2771-4667.

Makale Geliş Tarihi: 08.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 02.11.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391741

GİRİŞ

Borsa, yatırımcılar ile fon talep eden şirketlerin güvenilir bir ortamda bir araya gelmelerini sağlar. Son yıllarda çok sayıda dünya borsaları elektronik sisteme geçmiş ve işlem salonlarını kapatarak kâr amacı olmayan kamu kurumu kimliklerini bırakıp küresel rekabet ve teknolojik gelişmeler sonucu kâr amaçlı özel şirketler şeklinde yapılanma, halka açılma ve başka borsalarla birleşme sürecine geçmişlerdir. Borsa İstanbul Anonim Şirketi (BİAŞ-Borsa İstanbul), 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) yürürlüğe girdiği 30 Aralık 2012 tarihinde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın İstanbul Ticaret Siciline resen tescil olmuş; TTK m. 355 kapsamında tüzel kişilik kazanmıştır.¹

Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından hazırlanan 1/683 sayılı rapor kapsamında borsaların anonim şirket olarak yapılanmasının sağlanması için faaliyetlerini piyasa dinamiklerine uygun olarak ve uluslararası rekabetin getirdiği esneklikle yerine getirmelerinin sağlanması gerekmektedir.² Raporda, Yüksek Planlama Kurulunun 29.09.2009 tarih ve 2009/31 sayılı kararı ile kabul edilen İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Strateji ve Eylem Planında Türk sermaye piyasalarında faaliyet gösteren borsaların esnek koşullarda çalışmalarını sağlayacak hukuki statüye kavuşturulmaları ve genel kamu idaresini ilgilendiren mevzuat kapsamı dışına çıkarılmaları öngörülmektedir. Borsa İstanbul, kamu iktisadi kuruluşlarına uygulanan denetim mekanizmalardan da muafır (SerPK m. 65/10). Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), borsaların ve piyasa işleticilerinin borsacılık faaliyetlerinin düzenleme, gözetim ve denetim merciidir.

Borsanın kuruluş amacı kâr olsa da müşterilerine ya da üyelerine ve yatırımcılara yaptırım uygulayabilmektedir. Borsada işlem yapma yasağı sadece SPK tarafından uygulansa da SerPK m. 101 hükmünde belirtilen yazılı yaptırım dışındaki işlemlere yönelik, uyarı, para cezası, işlem yapma yetkisinin geçici olarak kaldırılması ve benzeri yaptırımlar Borsa İstanbul tarafından da uygulanabilmektedir (SerPK m. 65/8 ve Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği³ m. 52). Borsa ve SPK'nın işlem yaptırımlarına ilişkin yetki karmaşası sermaye piyasasının güven ve istikrar esaslarını etkileyebilmektedir.

Borsalar standart nitelikteki bir kısım malların ve hizmetlerin düzenli ve disiplin içinde gerçekleştiği organize pazarlardır.⁴ Borsalar sermaye mülkiyetinin geniş bir tabana yayılmasını ve sermaye piyasası araçlarının tedavülünü sağlamaktadır. Ayrıca, ekonominin göstergesi olan şirket ve sermaye piyasası araçları hakkında da kamuyu

¹ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 6 Aralık 2012'de TBMM'de kabul edilmiş, 30 Aralık 2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Kanun sekiz kısımdan oluşmuştur. Yeni Kanun eski 2499 sayılı SerPK'nın sistematizasyonu esas itibarıyla korumuştur.

² <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay> (s.e.t. 25.08.2023).

³ RG, 19.10.2014, S. 29150.

⁴ İlhan Ege/Önder Ege, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması '6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre', Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 109.

bilgilendirmektedir.⁵ Bu nedenle borsada alım satım işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve açıklanma süreçleri, borsanın düzenli bir şekilde işlemlerini sağlayan kurallar önceden belirlenerek ilan edilmeli, borsa güvenilirliğinin temini ve sürekliliği, yatırımcıların korunması için borsa işlemleri bir yandan kurallara uygun ve şeffaf şekilde yapılmalı; diğer yandan borsa işlemlerini gerçekleştirenler denetlenmelidir.⁶

Çalışmamızda öncelikle borsaların şirketleşmesi bağlamında Borsa İstanbul'un şirketleşme süreci ve borsa işlemlerine yönelik yaptırımlarla ilgili geçmişten geleceğe uzanan tarihsel süreç kısaca ele alınmış, dünyada borsaların şirketleşme örneklerinin hangi yönde gelişme gösterdiği incelenmiştir. Borsa İstanbul'un uyguladığı işlem yasağı yetkisi değerlendirilmiş; Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) münhasır yetkisi olan borsada işlem yasağı uygulamasına göre yaptırım ve uzun süreli tedbir yetkilerini kullanan Borsa İstanbul'un söz konusu yetkilerinin Kurul'a devrinin gerekliliği üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, çalışmamızda borsa işlemlerine yönelik müdahalenin Borsa İstanbul ve SPK tarafından uygulanması ve uygulamanın hukuki uyumsuzluklara etkisi incelenmiştir.

I-BORSALARIN ŞİRKETLEŞMESİ

A. DÜNYA BORSALARININ HALKA AÇILMASINA İLİŞKİN BORSALARA İŞLEMLERİNE YÖNELİK KURAL KOYMA VE REGÜLASYON YETKİSİ SORUNU

1990'lı yıllardan itibaren dünyada birçok borsa şirketleşerek kâr amaçlı bir yapıya kavuşmuştur. Bununla birlikte borsa işlemleri üzerinde son yıllarda borsaların özdüzenleyici kuruluşu (SRO-Self Regulatory Organization) özelliklerini kaybetmeye başlaması ve teknolojik imkânlarla bir takım kısıtlamalara yönelmesi onu diğer şirketlerden ayırtmıştır. Regülasyondan doğan sık sık kanun, tüzük, yönetmelik ve yönerge hükümlerinin değişmesi sonucu borsada düzensizlik ortamının oluşması, teknolojik gelişmeler ve küreselleşme borsalar için rekabeti ve halka açılmayı tetikleyen unsurlardır.⁷

Borsaların şirketleşmesi kapsamında en önemli örnek olarak İngiltere'de Şirketler Kanunu⁸ (1985) uyarınca Londra Borsası'nın özel bir limited şirket haline gelmesi, 1991 yılında da Borsa Yönetim Konseyi'nin Yönetim Kurulu olarak değiştirilmesi ve ticaret unvanının "Londra Menkul Kıymetler Borsası"na dönüştürülmesi gösterilebilir. Halka açılma

⁵ Nurhan Aydın/ Mehmet Başar/ Metin Coşkun, Finansal Yönetim, Detay Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 56.

⁶ Selim Soydemir/ Abdullah Akyüz, Sermaye Piyasası ve Borsa –Ekonomik Analiz, Kurumsal Yapı, Tarihçe ve Tanıklar-, Scala Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 436.

⁷ Andreas Martin Fleckner, "Stock Exchanges at the Crossroads", C. 74, S. 5, 2006, Fordham Law Review, s. 2566.

⁸ Companies Act 1985.

sürecinden önce Londra borsası, borsadaki işlemlerin düzenli yürümesini, kota alma işlemlerini ve birincil piyasaları düzenlemekteydi. 30 Haziran 1999'da yeniden yapılanma kararı sonrası Mayıs 2000 tarihi itibarıyla Borsa'nın kota alma ve birincil piyasayı düzenleme yetkileri, ülkedeki sermaye ve finansal piyasadaki düzenleyici otorite olan Finansal Hizmetler Otoritesi (Financial Services Authority-FSA)'ne devredilmiştir. Londra Borsası (Londra Stock Exchange-LSE) bir yandan ikincil piyasaları düzenlerken diğer yandan piyasaların gözetimi ile içerden bilgi ticareti ve diğer hukuka aykırılıkların başlangıç soruşturmalarını yapmaktadır. Birleşik Krallık Listeleme Otoritesi ise (United Kingdom Listing Authority-UKLA) ise ihraçlar ile ilgili duyuruları yapmaktadır. Aralık 2001'de uygulamaya konulan Mali Hizmetler ve Piyasalar Kanunu⁹ ile birlikte diğer bir kısım kuruluşların sorumlulukları da FSA'ya devredilmiştir. 2007'de LSE, Borsa Italiana ile birleşerek London Stock Exchange Group'u oluşturmuş, Haziran 2010'dan itibaren İngiltere'de FSA'yı yeniden yapılandırma çalışmalarına başlamıştır.¹⁰

FSA'nın yerini alan borsaların gözetim otoritesi olan Finansal Denetim Otoritesi (Financial Conduct Authority-FCA) ile birlikte gelişen bir borsanın bir kamu politikası önceliği olması gerektiği ve güçlü kamu piyasalarına ihtiyaç vurgulanmıştır. Sağlıklı bir borsa için kotasyon kurallarının düzenleyen FCA, borsa üzerindeki yetkileri çerçevesinde gerektiğinde müdahale ederek olası risklerin azaltılması için gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilir. Mevzuata uygun olmayan uygulamalar tespit ettiğinde bunlarla ilgili olarak yaptırım uygulama yetkilerine sahiptir.¹¹

Diğer ülkelerde de borsaların şirketleşme sürecinde bağımsız idari otoritelerin (BİO) güçlendirilmesi yönünde çalışmalar yaptıkları bilinmektedir. Almanya'da Deutsche Börse AG ve Eurex Frankfurt AG, Frankfurt Menkul Kıymetler Borsası ile Eurex Almanya'nın destekleyici organizasyonları şeklindedir. Nitekim gelişen Deutsche Börse AG 2001

⁹ Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) ile tesis edilmiş olup, FSA'nın yetki ve işlevleri adı geçen kanun tarafından belirlenmiştir. İngiltere'de 2012 yılında çıkarılan Finansal Hizmetler Kanunu (Financial Services Act 2012) ile 1 Nisan 2013'ten itibaren geçerli olmak üzere, bağımsız bir yapı olarak Finansal Politika Komitesi (Financial Policy Committee-FPC), yeni bir gözetim ve düzenleme otoritesi (Prudential Regulation Authority, PRA) ve yeni bir denetim otoritesi (Financial Conduct Authority-FCA) kurulmuş aynı tarih itibarıyla da İngiltere'nin finansal piyasalarını düzenleme ve denetlemekle görevli tek otoritesi olan Finansal Hizmetler Otoritesi (Financial Services Authority, FSA) sona ermiştir (Annual Report 2013. London: Bank of England).

¹⁰ Sheilla Nyasha/Nicholas M. Ohiambo, "Stock Market Development In The United Kingdom: Prospects And Challenges", C. 12, S. 7, 2013, International Business & Economics Research Journal, s. 728.

¹¹ Brian R. Cheffins/Boby V. Reddy, "Will Listing Rule Reform Deliver Strong Public Markets for the UK", C. 86, S. 1, 2023, Modern Law Review, s. 177, 181; <https://www.fca.org.uk> (s.e.t. 01.11.2023)

yılı şubat ayından itibaren halka açılıp borsada kote olarak da işlem görmeye başlamıştır.¹²

Amerika'da Newyork Menkul Kıymetler Borsası Şirketi (Newyork Stock Exchange Inc-NYSE), 2 Eylül 1999 tarihinde kâr amaçlı bir şirkete dönüşme ve halka açılma kararının ardından Kasım 2005'te Intercontinental Exchange'e kote olmuştur. ABD'de borsada işlem gören ürünlerin ve hisse senetlerinin listelendiği bir elektronik menkul kıymet borsası olan NYSE Arca Options periyodik olarak SEC (Securities and Exchange Commission) kurallarıyla ilgili açıklamalar yayınlamaktadır.¹³ Hong Kong borsası (HKEx) ise kâr amaçlı bir şirkete 2000 yılından itibaren dönüştürülmüştür.¹⁴ Gelişmekte olan borsaların ortak paydaları şirketleşmeleridir. Borsa kurallarının denetim organı tarafından konulmasıdır.

B. BORSA İSTANBUL'UN ŞİRKETLEŞME SÜRECİ

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK)'nda borsa, “anonim şirket şeklinde kurulan, sermaye piyasası araçları, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere kendisi veya piyasa işleticisi tarafından işletilen ve/veya yönetilen, alım satım emirlerini sonuçlandıracak şekilde bir araya getiren veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran, bu Kanuna uygun olarak yetkilendirilen ve düzenli faaliyet gösteren sistemler ve pazar yerleri” olarak tanımlanmıştır (SerPK m. 3-ç).¹⁵

1929 yılında 1447 sayılı Kanunla kurulmuş olan İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB), devlet borsası niteliği belirgin olan bir kamu kuruluşu idi. 1929 tarihli 1447 sayılı Kanun, 91 sayılı KHK m. 24/3 hükmüne göre ilgili yönetmeliklerin yayımlanmasına kadar yürürlükte kalmıştır.¹⁶

¹² <https://deutsche-boerse.com/dbg-en/our-company/deutsche-boerse-group/company-history/text-collection-30738?frag=245282> (s.e.t. 25.08.2023).

¹³ <https://www.nyse.com/regulation/arca-options> (s.e.t. 25.08.2023).

¹⁴ Diğer borsalar için bkz. Benn Steil, “Changes in the Ownership and Governance of Securities Exchanges: Causes and Consequences”, Brookings-Warton Papers on Financial Services-Wharton School, 2002, s. 26.

¹⁵ Benzer tanım V-101.1 sayılı Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği'nin (Uygulama Tebliği- RG, 21.01.2014, S. 28889) tanımlar ve kısaltmalar başlıklı 4/(1)-a maddesinde, III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri Ve Faaliyetleri İle Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği'nin (RG, 11.07.2013, S. 28704) 3 (1)-ç maddesinde de bulunmaktadır.

¹⁶ Selâhattin Tuncer, Türkiye'de Sermaye Piyasası (Teori-Uygulama), Okan Yayın Dağıtım, İstanbul, 1985, s. 166. 2810 sayılı Para ve Sermaye Piyasalarının Yeniden Düzenlenmesi Hakkında 2810 sayılı Yetki Kanunu (RG, 07.04.1983, S. 18011) ile Bakanlar Kurulu'na “para ve sermaye piyasalarının güven ve istikrar içinde ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara uygun olarak çalışmasını sağlayacak düzenlemelerin yapılması amacıyla KHK çıkarma yetkisi verilmiştir (m. 1).

1981 yılından itibaren 2499 sayılı SerPK¹⁷ ile sermaye piyasası yeniden ele alınırken, 1983 yılında 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında KHK¹⁸ çıkarılmış; 2499 sayılı SerPK'nun 40. maddesi ve 91 sayılı KHK'nın 3. ve 15. maddeleri gereğince İMKB özel bütçeli ve tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğini muhafaza etmiştir, ancak önceki faaliyetlerine göre çalışma düzeni farklılaşmıştır.¹⁹

55 yıllık süreçte fiilen çalışmayan borsa için o dönemde borsa olmadan da sermaye piyasasının çalışabileceği gibi görüşler olmasına rağmen borsanın fiilen çalışması gerektiği düşüncesi ağır basmış ve İMKB kurularak çalışma düzeni ve iş hacmi ile önemli başarılarla imza atmıştır.²⁰

Ocak 1985'te İMKB'nin, 23'ü banka, 8'i aracı kuruluş, 2 komisyoncu olmak üzere toplam 33 üyesi belirlenmiş ve aynı yıl bunlar kamuoyuna açıklanmıştır.²¹

Devlet Bakanlığı ve Başbakan Yardımcılığı'nın 19 Ekim 1984 tarihli onayıyla kurulması kararlaştırılan İMKB, 26 Aralık 1985 tarihinde resmi bir törenle açılmış, ilk alım satım işlemlerine Çağaloğlu binasında başlamıştır.²² Söz konusu dönemde menkul kıymet borsalarına da yeni bir düzenleme getirilmiş ve öncesinde Fransız/Alman ağırlıklı olan borsa sistemi dünya borsa sistemleri içerisinde Anglo-Sakson borsa tipine yaklaştırılmıştır.²³ İMKB, bu dönemde henüz özerk bir kuruma dönüşmemiş²⁴ bir kamu kuruluşu ve meslek kuruluşudur.²⁵

Söz konusu dönemde İMKB'nin hukuki niteliği Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşlar Birliği (TSPAKB) tarafından "kâr amacı gütmeyen bir kooperatif" olarak tanımlanmıştır.²⁶

Buna karşılık 2279 Sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 2520 sayılı Kanun'un (RG, 15.09.1981, S. 17459) ve bu Kanun'a ilişkin mevzuatın, menkul kıymet borsaları konusunda bir etkisi olmamıştır (Vural Günal, Sermaye Piyasası Hukuku, İkinci Baskı, SPK Yayınları, Ankara, 1987, s. 56).

¹⁷ RG, 30.07.1981, S. 17416.

¹⁸ RG, 06.10.1983, S. 18183.

¹⁹ Tuncer, s. 164.

²⁰ Tuncer, s. 171; Ege/Ege, s. 110.

²¹ Tuncer, s. 170.

²² Ege/Ege, s. 109; Haydar Kazgan, Tarih Boyunca İstanbul Borsası, İMKB Yayınları, İstanbul, 1995, s. 133

²³ Sema Aydın, Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 18.

²⁴ Ayşe Sumer, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, 3. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002, s. 168; Cemal Küçüksozen, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, SPK Yayını, Ankara, 1999, s. 170 vd.

²⁵ Kazgan, s. 132.

²⁶ TSPAKB, İMKB Özelleşmesi Hakkında Rapor, İstanbul, 2003, s. 3; TSPAKB Aylık Bülteni, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'nin İstanbul

Türk sermaye piyasasında borsa sistemini temelden değiştiren gelişme Borsanın Anonim Şirket olarak yapılanmasına yönelik düzenlemedir. İMKB'nin unvanı SerPK'nın 138. maddesine göre, "Borsa İstanbul A.Ş." (BİAŞ) olarak değiştirilmiştir. Uygulamada kısaca "Borsa İstanbul- BİST" olarak kullanılmaktadır. Aynı yıl Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsası A.Ş. (VOBAŞ) ile Borsa İstanbul Vadeli İşlemler ve Opsiyon Piyasası (VİOP) alım satım platformları birleştirilip tüm vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri VİOP'ta işlem görmeye başlamıştır.

Borsaların kuruluşuna SPK'nın uygun görüşü üzerine Cumhurbaşkanı tarafından izin verilir. Kuruluşuna izin verilen borsanın kuruluş izninin alınmasını takiben en geç bir yıl içinde SPK'dan faaliyet izni almak üzere başvuruda bulunulmalıdır (SerPK m. 65/1 ve 4).²⁷ TTK m. 333 uyarınca çıkarılan ve Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Aşgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ²⁸ m. 5 hükmünde faaliyet konuları sayılan ortaklıklar için izin öngörülmüştür. Ancak izin verilmesi için Ticaret Bakanlığı tarafından yapılan inceleme, Kanunun emredici hükümleri ile sınırlıdır. Bu nedenle anonim şirketlerin kuruluşu yönünden TTK m. 333 gerekçesinde²⁹ belirtildiği üzere normatif sistem benimsenmesine rağmen daha sonraki kanun olan SerPK'nın, TTK'da kabul edilen normatif sistemden daha geride kalmış bulunan izinden söz etmesi (m. 65/1) eleştiriye açıktır.³⁰

6362 sayılı SerPK m. 67'de borsacılık faaliyetlerine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Borsa, TTK m. 329 maddesinde tanımlandığı şekilde bir anonim şirket olmasına rağmen borsacılık faaliyetleri Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği'nde belirlenmiştir.

Borsa İstanbul Anonim Şirketi Esas Sözleşmesi'nin "Kuruluş" başlıklı 1. maddesinde, 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı olmak kaydıyla özel hukuk hükümlerine tabi olarak faaliyette bulunmak ve bu esas sözleşme hükümlerine göre idare edilmek üzere anonim şirket statüsünde bir borsa kurulduğu belirtilmiştir.

Borsa İstanbul, SerPK'nın yürürlüğe girdiği 30 Aralık 2012 tarihinde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın SerPK m. 138/2 gereğince

Menkul Kıymetler Borsası'nın Özelleştirilmesine İlişkin Görüşleri, S. 6, Şubat 2003, s. 8.

²⁷ 02/07/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin (RG, 09.07.2018, S. 30473) 165 inci maddesiyle, bu maddede yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir. Yürürlükteki Borsalar Ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma Ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik m. 5 hükmünde ise hâlen "Borsaların ve piyasa işleticilerinin kuruluşuna Kurulun uygun görüşü üzerine Bakanlar Kurulu tarafından izin verilir" ifadesi yer almaktadır.

²⁸ R.G, 15.11.2012, S. 28468.

²⁹ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr> (s.e.t. 25.08.2023)

³⁰ Mehmet Bahtiyar, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2019, s. 6.

İstanbul Ticaret Siciline resen tescil olmuş; TTK m. 355 kapsamında tüzel kişilik kazanmıştır.

Borsa İstanbul ile NASDAQ arasında 2014 yılında imzalanan stratejik işbirliği anlaşması ile Borsa İstanbul bünyesinde yer alan tüm piyasaların tek bir işlem platformu üzerinden hizmet vermesi planlanarak BISTECH teknolojik dönüşüm programının pay piyasasını içeren ilk aşaması 2015 yılında devreye alınmıştır.³¹ Borsa İstanbul uluslararası düzeyde şirketleşmesini sürdürmektedir.³² Borsa öz düzenlemelerle sürekli yenilenmekle birlikte kimi zaman bağımsız denetim kuruluşlarının yapması gereken düzenlemeler şirket tarafından yapılmaktadır.³³

II. BORSA İŞLEMLERİNE YÖNELİK TEDBİRLER VE YAPTIRIMLAR

A. BORSA İŞLEMİ

1. Tanım

2499 sayılı SerPK'ya tabi mevzuatta borsa işleminin tanımı verilmemişti. 91 sayılı KHK'da 4, 9, 10, 11, 12'inci maddelerinde menkul kıymetler borsasına ait temel hükümler için çıkarılması gereken (6) adet Yönetmelik öngörülmesine rağmen söz konusu dönemde sadece menkul kıymet borsalarının genel esaslarının düzenlendiği Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş Ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik³⁴ çıkarılabiliştir.³⁵ Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş Ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin 58. maddesi çerçevesinde, 91 sayılı KHK'nın 11. maddesine dayanılarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun 8/11/1985 gün ve 75/404 sayılı kararı ile uygun görülen ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının kuruluş ve çalışma esas ve kurallarını

³¹ Borsa İstanbul'un ulaştığı seviye Anadolu Ajansı kaynaklı Daily Sabah gazetesinin aşağıdaki haberinden anlaşılabilir. "*Temmuz ayında Borsa İstanbul BIST 100 endeksi, Aralık 2016'da başlayan yükselişini sürdürdü. ..Yılın başından beri sergilediği performansla Almanya, ABD, İngiltere ve Japonya'daki borsalar dahil olmak üzere dünyanın en büyük borsalarını aşan BIST 100 endeksi Temmuz ayında verimlilik odaklı liderliğini sürdürdü.... 2016'daki kapanışa kıyasla yüzde 37,6 değerinde bir artış gösteren endeks, yüzde 10,76 ile Dow Jones endeksi, yüzde 5,55 ile DAX endeksi, yüzde 4,55 ile Nikkei endeksi ve yüzde 4,55 ile FTSE endeki izledi. Yüzde 3,21 oranında arttı. Gelişmekte olan ülke borsaları için bir kriter olan MSCI EM endeksi yüzde 23 seviyesinde kaldı*" www.dailysabah.com/finance/04.08.2017 (Aktaran: Ege/Ege, s. 110).

³² Nazlı Gamze Sansar, "Dünya Sermaye Piyasalarında Yeni Düzen: Borsaların Geleceği", C. 4, S. 1, 2017, İktisat Politikaları Araştırmaları Dergisi, s. 96.

³³ Bkz. Steil, s. 13.

³⁴ RG, 06.10.1984, S. 18537.

³⁵ Bkz. Tuncer, s. 173.

belirlemek için İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği³⁶ yayımlanmıştır. Bu Yönetmelik yerini 1996 yılında İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği'ne³⁷ bırakmıştır. Bu Yönetmeliklerde de borsa işlemi tanımlanmamakla birlikte Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin "Borsa İşlemleri" başlıklı 54. maddesinde borsalarda alım satım işlemlerinin, borsa yönetim kurulunca atanan borsa eksperleri huzurunda, borsaya intikal eden menkul kıymet arz ve talebinin, rekabet koşulları altında karşılaştırılması suretiyle yürütüleceği ve borsalarda menkul kıymetlerin alım satımının peşin olarak yapılacağı ifade edilmiştir.

SPK, mülga Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik m. 54 hükmüne dayanarak 1993 yılında borsa işlemi kavramına "borsalarda alım satım işlemleri, borsa yönetim kurulunca atanan borsa eksperleri huzurunda borsaya intikal eden menkul kıymet arz ve talebinin, rekabet koşulları altında karşılanması olup, gerçekleşen alım veya satım emirlerinin tasfiyesi amacıyla, tarafların karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmeleriyle tamamlanır" şeklinde mütalaa vermiştir.³⁸ Bu tanımla borsa işleminin alım veya satım emirlerinin tasfiyesi amacıyla tarafların karşılıklı yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle tamamlandığı kabul edilmektedir.

6362 sayılı SerPK sonrası düzenlemelerden olan Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği'nin³⁹ (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği) 34. maddesine göre borsa işlemi, "alım satım emirlerinin Borsaya iletilmesini, bu emirlerin Borsa kurallarına göre eşleştirilmesini ve bu surette gerçekleştirilen işlemlere ilişkin yükümlülüklerin Borsanın ve ilgili takas ve saklama kuruluşlarının düzenlemelerinde belirtilen yöntemlerle ve süreler içerisinde yerine getirilmesi" olarak tanımlanmıştır. 01.11.2017 tarihinde Borsa İstanbul A.Ş. Uyuşmazlık Komiteleri Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi⁴⁰ m. 4 (1)-c hükmünde borsa işlemi tanımını da aynı yöndedir. Söz konusu düzenlemeler ile yukarıdaki mütaladan farklı olarak borsa işlemi alım satım emirlerini, emirlerin eşleştirilmesini, gerçekleştirilen işlemlerle ilişkin yükümlülüklerin belirli yöntem ve süreler içerisinde yerine getirilmesi unsurlarını içermektedir.

Anılan mevzuat uyarınca, yatırımcıların yatırım kuruluşuna emir vermesi ile başlayıp emrin Borsa'ya intikali, işlemin Borsada gerçekleşerek tasfiye edilmesi aşamaları "borsa işlemi" kavramı içerisinde yer almaktadır. Bu sebeple işlem yapma unsurunu, emrin verilmesinden, işlemin takasının tamamlanması süreciyle sınırlı görülmemelidir.⁴¹ İşlem

³⁶ RG, 18.12.1985, S. 18962.

³⁷ RG, 19.02.1996, S. 22559.

³⁸ 01.04.1993 tarihli Hukuk İşleri Dairesi'nin 157 sayılı mütalası (Aydın, s. 30).

³⁹ RG, 19.10.2014, S. 29150.

⁴⁰ <https://www.borsaistanbul.com/files/borsa-istanbul-a-s-uyusmazlik-komiteleri-calisma-usul-ve-esaslari.pdf> (s.e.t. 25.08.2023)

⁴¹ Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (BTHAE), Ankara, 2008, s. 94.

yapma ayrıca borsa, ilgili takas kuruluşları ve saklamacı kuruluşları tarafından öngörülen düzenlemelerde belirtilen yöntem ve sürede yerine getirilmesi unsurlarını da kapsamaktadır.⁴²

Borsada alım satım, peşin esasına göre Türk lirası ile yapılmaktadır (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 35/1).

Yatırımcılar doğrudan doğruya borsa işlemi yapamazlar. Ancak borsa üyesi ile alım satıma ilişkin akdettikleri çerçeve sözleşmesi sonrası borsa üyelerine emir verirler⁴³. Emir, hukuki nitelik itibarıyla, yatırımcının hisse senedi alım satım sözleşmesi kurulmasına yönelik irade beyanıdır. Bu bağlamda zaman itibarıyla önce iletilen emirler icap, bu emirleri karşılamaya yönelik olarak iletilen emirler ise kabul niteliğindedir.⁴⁴ Borsa işlemi süreci borsa uyumsuzluklarının belirlenmesi için önemlidir. Örneğin müşteri emirlerinin kısmen ya da tamamen gerçekleştirilmemesi, yatırım kuruluşunun talimata aykırı işlemler gerçekleştirilmesi, talimat verilmeden işlemler yapılmış olması, kredili işlemlerin gerçekleştirilmesi, yapılan işlemlerin teyidi ile ilgili uyumsuzluklar borsa uyumsuzluklarında sayılmaktadır.⁴⁵ Buna karşılık yatırımcının yatırım kuruluşuna ödemesi gereken komisyon ücretine ilişkin uyumsuzluklar, yatırım kuruluşundaki varlıkların iadesine ilişkin uyumsuzluklar, hesap bakiyesine yönelik uyumsuzluklar borsa işlemi dışındadır.⁴⁶

Yatırım araçlarının borsada işlem görmeleri esastır.⁴⁷ İşlem görme, yatırım araçlarının borsada alım satıma konu olması, borsada işlem görmesine izin verilen sermaye piyasası araçlarının listesi ise borsa kotu (stock market listing/quotation) olarak adlandırılmaktadır.⁴⁸ Borsa kotuna alıp almama veya işlem görmeye kabul edip etmeme konusunda yetki, borsanın yönetim kurulundadır (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 14/3).

2. Borsada İşlem Yapma Yetkisi

Borsalar Ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma Ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmeliği (Borsalar Kuruluş Yönetmeliği)'nin⁴⁹ "tanım ve kısaltmalar" başlıklı 4. maddesinin (i)

⁴² Ege/Ege, s. 115.

⁴³ Aydın, s. 40

⁴⁴ Nusret Çetin, Borsada Hisse Senedi Alım Satım İşlemlerinin Hukuki Niteliği, SPK Yayını, Ankara, 2004, s. 19.

⁴⁵ Özlem Ata, Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satıma Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, Onikilevha, İstanbul, 2020, s. 460; Konuralp Haluk/Konuralp A, "Borsa Uyumsuzlukları", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE, Ankara, 1998, 594 vd; Aydın, s. 172;

⁴⁶ Ata, s.461.

⁴⁷ Asuman Turanboy, Varakasız Kıymetli Evrak, BTHAE, Ankara, 1998, s. 109.

⁴⁸ BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 4/h; Borsa Kuruluş Yönetmeliği m. 28/1.

⁴⁹ RG, 19.07.2013, S. 28712.

bendine göre üye, borsada işlem yapma yetkisi verilenleri tanımlamaktadır.

Aracı kuruluşlar sermaye piyasası araçlarının alım satımında taraf olmadığından alım ve satımdan doğan haklar ve borçlar alıcı ve satıcı, diğer bir ifade ile ihraççı ve yatırımcı arasında doğmaktadır.⁵⁰ Alım satıma aracılık faaliyetinde sözleşme, yatırım kuruluşu ile yatırımcı arasında akdedilmektedir (SerPK m. 39/9, Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 52). Yatırım kuruluşu ile müşteriler arasında işlem yapılmadan önce sunulacak faaliyet ve hizmete ilişkin yazılı bir çerçeve sözleşmesi yapmak zorundadır.⁵¹ Yatırımcı ile borsa üyeleri çerçeve sözleşmelerinden sonra bireysel sözleşmeler de imzalamalıdır. Borsada hisse senedi almak isteyenler, isteklerini belirli bir süre için müşteri emri olarak borsa üyesine kural olarak yazılı şekilde bildirmektedir.⁵²

3. Borsada İşlemin Gerçekleştirilmesi

Borsada işlem yatırımcının alım veya satım emrini borsa üyesine vermesinden, mülkiyetin el değiştirme anına kadar gerçekleştirilen teknik ve hukuki aşamaları içermektedir.⁵³

Borsada sermaye piyasası araçları, hakkın senetsiz devredilememesi ve senetten ayrı olarak ileri sürülememesi gibi ilkelerin uygulanamaması karşısında, kıymetli evrak fonksiyonlarını kaybetmişlerdir.⁵⁴ Borsadaki alım satım işlemlerinde sermaye piyasası araçlarının devri ve el değiştirmesi (tedavülü), tamamen elektronik bir ortamda gerçekleşmekte ve kıymetli evrakın devir esasları uygulanmakla birlikte⁵⁵ Türk Medeni Kanunu'ndaki taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devir yöntemlerinden biri olan zilyetliğin havalesi yoluyla

⁵⁰ Bahtiyar, s. 5; Mehmet Murat İnceoğlu, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 77.

⁵¹ III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ (RG, 17.12.2013, S. 28854) m. 26 ve III-37/1 sayılı Tebliğ m. 14/1/1-b) Çerçeve sözleşmeler, manto sözleşme veya temel sözleşme ilerde kurulması planlanan münferit sözleşmelerde geçerli olacak ortak hükümleri içeren ve bu amaçla tarafların, ilerde aynı türden olmak üzere birden fazla sayıda kuracakları sözleşmelerin koşullarını şimdiden kararlaştırdıkları sürekli borç doğuran sözleşmelerdir Tanımlar için bkz. Şen Doğramacı, Hayriye: "Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu", 2022, C. 30, S. 3, 2022, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1046.

⁵² Zühtü Aytaç, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, BTHAE, Ankara, 1988, s. 221.

⁵³ Manavgat, 2008, s. 92.

⁵⁴ Hamdi Yasaman, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, Kazancı Matbaası, İstanbul, 1992, s. 26.

⁵⁵ Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Abuzer Kendigelen vd., Kıymetli Evrak Hukuku, Onuncu (Tıpkı) Bası, Onikilevha, İstanbul, 2015, s. 45.

gerçekleşmektedir.⁵⁶ Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği'nin⁵⁷ m. 5/4 hükmünde kaydi payların tesliminden söz edilmiş ise de satış sözleşmesi sonrasında MKK nezdinde alıcı adına açılan hesaba kayıtlı birlikte kaydi sistemde kaydi payların tesliminden bahsedilemeyeceğinden zilyetlik havale yoluyla devredilmiş olmaktadır.⁵⁸

Sermaye piyasası araçlarının kolaylıkla teslimini sağlamak ve doğabilecek uyumsuzlukları asgariye indirebilmek için takas odası oluşturulmuştur.⁵⁹ Takas merkezi, borsada alıcı karşısında satıcı, satıcı karşısında alıcıdır. Takas üyeleri emirlerini (icap) borsaya iletirler. Bu emirler borsada karşı emirlerle (kabul) edilir. Emirlerin eşleşmesi ile sözleşme kurulmuş olur.⁶⁰ Emir verme işlem unsurundan bağımsız düşünülemez.⁶¹ Pay alımı için sözleşmenin gerçekleştiği gün yani borçlandırıcı işlemin doğduğu gün T, tasarruf işleminin yapıldığı gün de T+2'dir. Borsada gerçekleştirilen işlemlerin takası, işlem gününü izleyen ikinci iş günü (T+2) yapılmaktadır.⁶² Takasbank'ın⁶³ bildirim üzerine alacaklı aracı kuruma alacak dağıtımını yapılması ve takas işlemlerinin tamamlanması ile MKK kayıtlarında yapılan değişiklikler zilyetliğin geçirilmesi ya da devir sonucunu doğurmaktadır.⁶⁴ Borsadaki alım satım işlemlerinin takası, MKK nezdindeki takas havuz hesabı ve yatırım havuz hesaplarında gerçekleşmektedir.⁶⁵

⁵⁶ Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları, C. 50, S. 2, 2001, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 182; Turanboy, s. 17.

⁵⁷ RG, 28.06.2013, S. 28691.

⁵⁸ Çağlar Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, BTHAE, Ankara, 2016, s. 732.

⁵⁹ Aytaç, s. 224.

⁶⁰ Sami Kılıç/Alı Alp/İhsan Uğur Delikanlı, Borsa Şirketlerinde Genel Kurula Katılma ve Oy Haklarının Kullanılması: Pay Blokajı Şartının Kaldırılması Sonrasındaki Uygulama, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, C. 8, S. 2, 2014, BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi, s. 81.

⁶¹ Manavgat, 2008, s. 94.

⁶² BİAŞ Pay Piyasası Prosedürü (Onay Tarihi: 01.03.2016); (<https://www.borsaistanbul.com/files/pay-piyasasi-proseduru.pdf>, s.e.t. 25.08.2023).

⁶³ Takasbank, İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketini ifade etmektedir (İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketi Merkezi Karşı Taraf Yönetmeliği –RG, 14.08.2013, S. 28735). 09.07.2017 tarihli İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş. (Takasbank) ana sözleşmesi 3. maddesi uyarınca Bankanın temel amacı, ilgili mevzuat çerçevesinde takas ve saklama hizmetleri vermek, finansal hizmetleri ve her türlü iktisadi faaliyeti gerçekleştirmek suretiyle ülkemiz piyasalarının rekabet gücünü artırmaktır.

⁶⁴ Kılıç/Alp/Delikanlı, s. 81.

⁶⁵ II-13.1 sayılı Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul Ve Esasları Hakkında Tebliğ m. 17 (RG, 07.08.2014, S. 29081).

Herhangi bir borsada işlem gören araçlar mevzuatta belirlenen koşullara uygun olmak kaydıyla başka borsalarda da işlem görebilir.⁶⁶

4. Borsa İşlemlerinin Türleri

Borsa işlemleri, pay senetleri, tahvil, rehin senetleri vb. işlemlere ve vekalet emrinin verilmesine göre türlere ayrılabilir. Ancak en önemli ayırım borsa işlemlerinin süresine göre yapılmaktadır.⁶⁷

Borsa işlemleri süreleri açısından peşin borsa işlemleri (spot işlemler) ve vadeli borsa işlemleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Peşin borsa işlemleri, belirli bir malın ya da varlığın, alım satım işleminin yapılmasının hemen ardından el değiştirdiği, vadeli bir işlem geçmişte yapılan bir sözleşmeye dayanan, fakat ifası ancak gelecekte gerçekleşecek olan bir işlemdir.⁶⁸ Vadeli işlem piyasalarına türev piyasalar (derivatives markets) da denilmektedir. 6362 sayılı SerPK'da m. 3/1-u hükmünde türev araçlar tanımlanmıştır. Türev araçlar, değeri bir başka finansal varlığa ya da mala doğrudan doğruya endeksli olan sermaye piyasası araçlarıdır.⁶⁹

B. BORSA İSTANBUL A.Ş.'NİN BORSA İŞLEMLERİNE YÖNELİK UYGULAYABİLECEĞİ TEDBİRLER VE YAPTIRIMLAR

I. Tarihsel Süreç

Osmanlı Devleti'nde menkul kıymet işlemleri Tanzimat Devrinden (1839-1876) sonra 1854 yılından itibaren başlamıştır.⁷⁰ Menkul Kıymet Borsalarının devlet eliyle kurulmasına imkân veren ilk hukuki vesika 13 Nisan 1866 yılında çıkarılan bir Nizamname ile ilk resmi borsa "Dersaadet Tahvilat Borsası" dır.⁷¹ Daha sonra bu borsanın adı "Esham ve Tahvilat

⁶⁶ Soydemir/Akyüz, s. 448.

⁶⁷ Ömer Teoman, "Menkul Değer Borsaları ve Alman Sistemi", Tüm Makalelerim (1971-2001), C. I-II, Onikilevha, İstanbul, 2012, s. 213.

⁶⁸ Teoman, s. 213

⁶⁹ Dilşad Keskin, "Hukuki Açından Finansal Türev Araç Kavramı", C. 24, S. 4, 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Batider), s. 128. Kanun'daki tanımdan da anlaşıldığı üzere, türev araçlar sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olmadığından Kurul'un öngördüğü yeni türev araçlar üretilebilir.

⁷⁰ Nevzat Tetik/ Ersin Kanat, "Osmanlı Devleti'nde Menkul Kıymet İşlemleri", S. 17, 2019, Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 145; Erhan Kotar, "Türkiye'de Menkul Kıymet Borsaları", C. 5, S. 1, 1969, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, s. 51.

⁷¹ Azmi Fertekligil, Türkiye'de Borsanın Tarihçesi, İMKB Yayınları, İstanbul, 1993, s. 22; Soydemir/Akyüz, s. 108.

Borsası” olarak değiştirilmiş ve 1929 yılında 1447 sayılı Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanunu⁷² ile İMKB oluşturulmuştur.

Osmanlı Arşivi’ne göre Dersaadet Tahvilat Borsası Nizamnamesi 12 Kasım 1873 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.⁷³ Dersaadet Tahvilat Borsası Nizamnamesi’nde borsanın denetimi, borsa işlemlerini de kontrol etmek yetkisine sahip olan Borsa Komiserliğine verilmiştir.⁷⁴

Nizamnamedeki yasaklar işlem yasağı olarak değil borsaya giriş, men ve çıkarma yaptırımlarına ilişkindir. Üyenin borsaya girişten men edilmesi (m. 30), müflis üyenin borsadan çıkarılacağı (tard olunacağı-m. 48), müflis mubayaacının prosedürleri yerine getirmediğinde borsaya giriş hakkının düşeceği (m. 50), borsa üyesinden birinin bir simsar ile birlikte müvekkilinden bir miktar para gizlediğinde kendisinin ve simsarın borsadan çıkarma cezası ile cezalandırılacağı (m. 54), borsa üyesinin borsadan çıkarılması durumunda yardımcısının da aynı müddetle çıkarılacağı (m. 55) belirtilmiştir.⁷⁵

1906 tarihli Esham ve Tahvilat Borsası Nizamnamesi’nde borsaya girişten men cezası(m. 44), borsa salonunun dışında ve borsanın açık veya kapalı olduğu esnada yasak toplantılara cüret eden borsa üyesinden cezayı nakdi alınıp ikinci defasında bir sene müddetle borsadan ihraç olunacağı (m. 48), müflisin borsadan çıkarılacağı (m. 64), müflis olan mübayaacının yasal prosedürleri yerine getirmediğinde alacaklılarla anlaşmış olsa da borsaya giriş hakkının düşeceği (m. 66), borsa üyesinden birinin müvekkilinden her ne miktar olursa olsun para gizlediğinde, müddeti meclisçe tayin olunmak üzere borsadan çıkarma (tard) ile cezalandırılacağı (m. 75), Nizamname hükümlerinin borsada yürütülmesinin başkana ait olup meclisle birlikte ve komiserin muvafakati ile başkanın, düzeni ve işleri karıştıranları borsadan ihraç veya geçici olarak çıkarabileceği (tard edebileceği) veya nakdi itasına mahkum edebileceği (m. 76), düzenle uyuşmayanların ise meclis komiserinin muvafakati ile borsaya girişlerinin men edileceği (m. 76), borsa üyesinin birinin borsadan çıkarılmasının (tard edilmesi) yardımcısının da çıkarılmasını gerektirdiği (m.77) belirtilmiştir.⁷⁶

⁷² RG, 30.05.1929, S. 1203. 1938 yılında çıkarılan bir kararname ile İstanbul Borsası kapatılarak Kambiyo, Esham ve Tahvilat Borsası adı ile Ankara’da açılmıştır. Ancak 1941 yılında, Ankara’da kapatılan Borsa, İstanbul’da yeniden açılmıştır (Kazgan, s. 117).

⁷³ Erol Ortabağ, Osmanlı İmparatorluğu’nda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, İstanbul, 2018, s. 184; Tetik/Kanat, s. 146.

⁷⁴ Kotar, s. 52.

⁷⁵ Fertekligil, s. 97- 101.

⁷⁶ Fertekligil, s. 113-120.

2. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda İşlem Yasası

91 sayılı KHK'ya kadar yürürlükte olan 16.05.1929 kabul tarihli 1447 sayılı Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanunu'nda⁷⁷ da yaptırımlar daha çok borsa salonuna girmekten men ve ihraç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak 33. maddesinde alım satım işlemine yönelik bir yaptırım söz konusudur. Hükme göre herhangi bir ecnebi kambiyou veya nukudun borsada veya sair müesseselerden alınması, satılması veya arbitrajı Maliye Bakanlığı tarafından gerektiğinde men edilebilir veya sınırlandırılabilir.

19 Haziran 1929 tarihli 8172 sayılı bir kararname ile "Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Nizamnamesi" yayımlanmıştır.⁷⁸ Bu nizamnamede borsaların mercii ve yönetimi, borsa işleri, hisse senetlerinin ve tahvillerin borsa kotuna kabul koşulları belirtilmiş olup nizamnamenin beşinci faslı borsa işleri hakkında olmak üzere 66 maddeyi kapsamaktadır. Bu kararnamede borsa işlerine yönelik yaptırım öngörülmemiştir.⁷⁹

1447 sayılı Kanun'da borsa işlerinin düzenli olması için meclis veya komiserlikçe verilen kararlara riayet etmeyenlerin birinci defasında yazılı ihtar ve tevbih, ikinci defasında üç gün müddetle borsa salonuna girmekten men olunacağı (m. 46), borsa işlerini resmi defterlerine kaydetmeyen borsa üyesine birinci defasında sözlü uyarı (şifahen tenbih) yapılması defterlerinin noksanlarını tamamlayınca kadar salona girmesine müsaade olunmayacağı, bu hareketleri ikinci defa görülenler defterlerindeki noksanları ikmâle mecbur tutulmakla beraber ayrıca üç gün müddetle salona girmekten men olunacağı (m. 47), 30, 31, 32 ve 33 üncü maddelerdeki hükümlere riayet etmeyen asli ve kayıtlı üyelerin birinci defasında onbeş güne kadar, ikinci defasında bir aya kadar borsaya girmekten ve iş yapmaktan men olunacakları, üçüncü defasında borsadan ihraç edilecekleri, bankalarla bankerler ve saraflar için bu men ve ihraç cezalarının borsada iş yapmaktan men olunmayı ifade ettiği (m. 48) belirtilmiştir.

91 sayılı KHK'da alım-satım işlemlerine ilişkin kuralların, Borsa yönetim kurulu'nca bir yönetmelikle tespit olunacağı belirtilmiş, alınan kararlara uymayanlar hakkında fiilin mahiyet ve önemine göre; ağırlık derecesine göre uyarı, kınama, para cezası ve Borsa üyeliğinden geçici veya sürekli çıkarma cezalarından birini veya birkaçını birlikte vermeye Borsa yönetim kurullarının yetkili olduğu belirtilmiştir (m. 11 ve 18).

Menkul kıymetler, kotasyon komitesinin görüşü ve teklifi üzerine, borsa yönetim kurulu kararı ile sürekli ya da geçici olarak borsa kotundan

⁷⁷ RG, 30.05.1929, S. 1203; 91 sayılı KHK'nın 24/3. maddesinde, 2.10.1981 tarih ve 2529 sayılı Kanunla değişik hükümleri hariç olmak üzere 16.5.1929 tarih ve 1447 sayılı Menkul Kıymet ve Kambiyo Borsaları Kanununun ve buna ilişkin 19.6.1929 tarih ve 8172 sayılı Nizamnamenin uygulanmasına devam olunacağı belirtilmiştir.

⁷⁸ RG, 24.07.1929, S. 1249

⁷⁹ Kotar, s. 76.

çıkarılabilir (Mülga Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik m. 47)⁸⁰.

İMKB Yönetmeliği'nin⁸¹ "Bir Menkul Kıymete Dair İşlemlerin Geçici Olarak Durdurulması" başlıklı mülga 23. maddesinde Borsa Başkanı tarafından emir ve işlemlerin iptali, mülga 25. maddesinde, Borsa Başkanının, menkul kıymetin alım satımını 7 gün için geçici olarak durdurmasına ilişkin koşullar sıralanmıştır.⁸² Mülga İMKB Üyelik ve Üyelik Esaslarına İlişkin Yönetmelik⁸³ gereğince teminatlarını tamamlamayan veya yükseltmeyen üyenin mali durumunu ve risk unsurlarını dikkate alarak diğer piyasa, pazar, platform veya sistemlerde de işlem yapmasını durdurabilir. Bu durumda üyelik askıya alınmış sayılır. Yönetmelikte belirtilen fiillerin işlendiği ön soruşturma sırasında tespit edildiği takdirde, üye ve/veya üye temsilcisi hakkında verilecek cezanın kesinleşmesine kadar takas işlemleri de yapacağı tüm işlemler yönetim kurulunca geçici olarak durdurulabilirdi (m.25). Mülga Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş Ve Organlarına İlişkin Yönetmeliğin⁸⁴ 30. maddesinde Borsa Başkanının borsaları üç güne kadar kapatma yetkisi de bulunmakta idi.

3. Borsa İstanbul A.Ş.'nin Borsa İşlemlerine Yönelik Yaptırım Sebepleri ve Uyguladığı Başlıca Yaptırımlar

a. Yaptırım Sebepleri

6362 sayılı SerPK m. 70/2 gereğince, borsalar işlemlerin güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil, dürüst ve rekabetçi bir şekilde gerçekleşmesinin sağlanması ve bu Kanuna aykırılık olacak şekilde gerçekleştirilen işlemlerin tespit edilmesi amacıyla bünyelerinde gerekli

⁸⁰ RG, 06. 10.1984, S. 18537. Mülga Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik (RG. 18.03.2003, S. 25052) m. 42 hükmüne göre piyasaların faaliyetini beş güne kadar geçici olarak durdurulmasına karar alma yetkisi yönetim kuruluna aitti (11.10.2019 tarih, 30915 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan -SPK tarafından-Yönetmelikle kaldırılmıştır).

⁸¹ RG, 19.02.1996, S. 22559. 1996 Tarihli İMKB Yönetmeliği ile mülga 1985 tarihli İMKB Yönetmeliği (RG, 18.12.1985, S. 18962) 40. maddesinde Borsa Başkanının, hükümdeki koşullardan birinin varlığı halinde, ilgili menkul kıymetin alım satımını en fazla yedi gün için geçici olarak durdurabileceği, 41. maddesinde, fiyatları ve fiyatlar üzerinden gerçekleşen işlemlerin ise yönetim kurulu tarafından iptal edileceği belirtilmiştir.

⁸² Manavgat, 2008, s. 96.

⁸³ RG, 08.12.2012, S. 28491. (Bu Yönetmelik İMKB Üyelik ve Üyelik Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik (m.1) ile kaldırılmıştır (RG, 04.11.2021, S.31649).

⁸⁴ RG, 26.04.2012, S. 28275. Bu Yönetmelik 1 yıl sonra Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş Ve Organlarına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik m. 1 hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır (RG, 14.07.2013, S. 28717).

gözetim sistemini kurarlar ve “her türlü önleyici tedbirleri” alabilirler. Bu işlemlerin tespit edilmesi amacıyla borsa bünyesinde gerekli gözetim sistemini kurar ve “her türlü önleyici tedbirleri” alabilir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 43/1).

b. Borsa İstanbul A. Ş.’nin İşlemlerle İlgili Uyguladığı Başlıca Yaptırımlar

aa. Sermaye Piyasası Araçlarının İşlem Görmelerinin Durdurulması ve Sürekli Olarak Sonlandırılması

Borsa İstanbul, sermaye piyasası araçlarını, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşları ve uygun görülecek diğer sözleşmeleri, belgeleri ve kıymetleri borsa kotuna veya listesine almak, gerektiğinde kottan veya listeden çıkarmak ve “işlem görmelerini geçici veya sürekli olarak durdurmak” (BİAŞ Esas Sözleşmesi m. 3/2-ç, d) yetkisini haizdir.

Borsa Denetim ve Gözetim Kurulu da yürütülen denetim ve gözetim faaliyetleri sırasında bir yatırım aracı için sağlıklı bir piyasa oluşmasını önleyecek şekilde emirlerin gerçekleştirilmesi, olağandışı fiyat ve/veya miktar hareketinin gerçekleşmesi, anormal piyasa hareketlerinin oluşması veya diğer maddi unsurların ortaya çıkması durumunda “önleyici tedbirler” alabilir (Borsa İstanbul A.Ş. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri Yönergesi’nin m. 6). Bu Durumda Gözetim Tedbirleri Yönergesi’nin 7. maddesinde alım satım veya işlemlerin bir kısım unsurlarında yatırımcıya ilişkin 6 aya kadar süre ile kısıtlama ve yükümlülük tedbirleri, yatırım araçları için 3 ay ve 6 ay olarak değişen sürelerde kısıtlama ve yükümlülük tedbirleri öngörülmüştür. Bunların arasında yatırım aracının işlem sırasının, BİAŞ Faaliyetler Yönetmeliğinin 25. maddesinde belirtilen süreye kadar geçici olarak durdurulması da sayılmıştır.

BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği’nin “*Borsada işlem görmenin sürekli olarak sonlandırılması*” başlıklı 26. maddesinde, yatırım araçlarının Borsada işlem görmesinin sürekli olarak sonlandırılması için gereken koşul ve esasların piyasa, Pazar, platform ve sistem bazında yönetim kurulu tarafından belirlenerek Kurul onayına sunulacağı belirtilmiş, ancak koşulları belirtilmemiştir.

bb. Borsa İşlemlerinin İptal Edilmesi

Borsada işlem yapmaya yetkili yatırım kuruluşlarından en az biri veya borsa personeli tarafından alım satım sistemlerine hatalı şekilde iletilmişse bu hatalı emir veya emirler sonucunda gerçekleşen işlemler Borsa tarafından iptal edilebilir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 33/1-b). Borçlanma Araçları Piyasası’nda gerçekleşen işlemler de Borsa

Yönetmeliği'nin 33 üncü maddesi çerçevesinde iptal edilebilir (Borçlanma Araçları Piyasası Prosedürü 8.7).⁸⁵

cc. İşlem Yapma Yetkisinin Kaldırılması

İşlem yapma yetkisi verilenlerin, Borsa düzenlemelerinde öngörülen koşulları yitirmeleri veya haklarında verilen iflas kararının kesinleşmesi veya 53 üncü madde çerçevesinde disiplin hükümlerine aykırılık nedeniyle yönetim kurulu kararı ile işlem yapma yetkisi iptal edilir. İşlem yapma yetkisi, disiplin hükümlerine aykırılık nedeniyle yine yönetim kurulu kararı ile geçici olarak kaldırılabilir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 12/1 ve 3).

BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 52 hükmünde işlem yapma yetkisinin kaldırılması “disiplin cezası” olarak nitelendirilmiştir.

dd. Uyarı, Kınama, Para Cezası ve Diğer Yaptırımlar

Borsada işlem yapma yetkisi verilenlere yönelik disiplin cezasını gerektiren fiillere uygulanacak yaptırımlar niteliğine göre sırasıyla uyarı, kınama, para cezası, işlem yapma yetkisinin veya temsilciliğinin geçici olarak kaldırılması olarak sayılmıştır (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 52) ve hükümdeki işlem yapma yetkisinin kaldırılması “disiplin cezası” olarak nitelendirilmiştir.

Uyarı ilgiliye, daha dikkatli ve özenli hareket etmesi gerektiğinin yazı ile bildirilmesi, kınama, ilgilinin kusurlu sayıldığı yazı ile bildirilmesi, para cezası ise ilgiliye hükümde belirtilen miktarda takdiri para cezası verilmesidir.

Borsa, denetim ve gözetim faaliyetleri kapsamında tespit edilen aykırılıklar, usulsüzlükler, hatalı ve hileli eylemler ile ilgili olarak durumun niteliğine göre gerektiği hallerde ilgilileri uyarabilir, bunlardan aykırılıkların giderilmesini isteyebilir, haklarında Borsa düzenlemelerinde belirtilen disiplin cezalarını ve diğer müeyyideleri uygulayabilir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 44).

Borsaya, aracı kurum, piyasa ya da sermaye piyasası aracı bazında yukarı adım kuralı kararı alma ve düzenleme yapma yetkisi de tanınmıştır.⁸⁶ İMKB tarafından yayınlanan 18.01.2013 tarihli 417 sayılı Genelge ile, 01.02.2013 tarihinden itibaren İMKB-100 Endeksine dahil

⁸⁵ https://www.borsaistanbul.com/files/Borclanma_Araclari_Piyasasi_Prose_duru.pdf (s.e.t. 25.08.2023).

⁸⁶ Seri: V, No: 65 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Kredili Alım, Açığa Satış ve Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliğ m. 29 (RG, 14.07.2003, S. 25168). Yukarı adım kuralı (uptick rule), hızla fiyatı düşen bir payı açığa satmayı engeller ve açığa satış emri verebilmek için payın fiyatının tekrar yukarı çıkmasını beklemeyi gerektirir. Bu kural, açığa satış kısıtlamaları arasında yatırımcılar için en sınırlandırıcı kurallardan biridir (bkz. Gözetim Tedbirleri Yönergesi, m. 4/1-r).

olan paylarda yukarı-adım uygulaması kaldırılarak fiyat sınırları dahilinde her fiyattan açığa satış emri girilebilmesinin önü açılmıştır.

Ancak açığa satış işlemleri gerçekleştirilmesi suretiyle sağlıklı piyasa oluşumunun engellenmesi hâlinde de açığa satış işlemlerinde üç aya kadar bir süre için yukarı adım kuralı getirilebilir. (Gözetim Tedbirleri Yönergesi m. 6/ğ, 7/1). SPK da gerekli gördüğünde SerPK m. 101 hükmüne göre aracı kurum, piyasa ya da sermaye piyasası aracı bazında yukarı adım kuralını uygulama yetkisini haizdir.

Borsa İstanbul A.Ş. ile NASDAQ arasında 20.01.2014 tarihinde imzalanan stratejik işbirliği anlaşması kapsamında, gerçekleştirilen çalışmalar sonucunda Borsa İstanbul bünyesinde yer alan tüm piyasalar, 30.11. 2015 tarihi itibarıyla "BISTECH" olarak adlandırılan tek bir işlem platformu üzerinden hizmet vermektedir.

ee. Üyelikten Çıkarma

Borsa üyesini üyelikten geçici veya sürekli çıkarılmasına karar vermek, borsanın faaliyetleri kapsamındadır (BİAŞ Esas Sözleşmesi m. 3/2-ç, d).

4. Borsa İstanbul A.Ş.'nin Borsa İşlemlerine Yönelik Yaptırım Usulü

Borsa işlemlerine yönelik tedbir ve yaptırımlarda genel olarak kısa süreli işlemler için öncelikle yönetim kurulu yetkilendirilmiş, sonra SPK yetkilendirilmiştir. Borsalarda işlemlerin olağandışı olumsuz gelişmelerin olması halinde, beş işlem gününe kadar geçici olarak durdurulmasına karar verme yetkisi yönetim kuruluna ait olup, yönetim kurulunun talebi üzerine borsalarda işlemlerin beş işlem gününden fazla durdurulmasına karar verme yetkisi ise SPK'ya tanınmıştır. Keza, Bu Yönetmelik hükümlerini yorumlamaya, Yönetmelikte yer almayan ya da açıklık bulunmayan konularda genel hükümleri de göz önünde bulundurarak karar vermeye, uygulamayı düzenlemeye ve yönlendirmeye, gözetim ve denetim mercii olan SPK yetkilidir (Borsalar Kuruluş Yönetmeliği m. 30 ve 41).

Borsalar ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma Ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik⁸⁷ (Borsalar Kuruluş Yönetmeliği) m. 28 vd. hükümlerinde borsa emirlerine, işlemlerine ve bunların iptallerine ilişkin esaslar ile Borsa veya piyasa işleticisinin de, işlem gören araçların işlemlerinin durdurulması ve/veya kottan çıkarılması ile ilgili esasların Borsa Yönetmeliğinde düzenleneceği, m. 17 ve 28/2 hükümlerinde kota alınma, kottan çıkarılma ile borsada işlem görme ve işlem görmenin durdurulmasının kararlaştırılması yönetim kurulunun

⁸⁷ RG, 19.07.2013, 28712.

yetkisine bırakılmıştır.⁸⁸ Pay piyasasına ilişkin borsada verilen emirlerin de işleme koyulmadığı sürece yönetim kurulunun onayıyla değiştirilmesi ya da iptal edilmesi mümkündür (Pay Piyasası Yönergesi m. 8)⁸⁹.

Borsa yönetim kurulu Borsada işlem yapma yetkilendirme başvurularını karara bağlar, gerektiğinde borsada işlem yapma yetkisini geçici veya sürekli iptaline karar verebilir, Borsa işlemlerinde çıkabilecek uyuşmazlıkları inceleyerek sonuçlandırır, sermaye piyasası araçlarını ve diğer ürünlerin borsada işlem görmelerine son verebilir (Borsa İstanbul A.Ş. Yönetim Kurulu Çalışma Usul Ve Esasları Yönergesi m. 16).⁹⁰ Yatırım araçlarının Borsada işlem görmesinin sürekli olarak sonlandırılması için gereken koşullar ve esaslar piyasa, Pazar, platform ve sistem bazında yönetim kurulu tarafından belirlenerek Kurul onayına sunulur (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 26).

“Gözetim Tedbirleri Yönergesi” gereğince geliştirilen “Tebdir Yönetim Sistemi” de, 23.07.2019 tarihinde hem yatırımcı hem de yatırım aracı bazında uygulanabilecek şekilde yürürlüğe girmiştir.

İMKB döneminden kalan hükümlerin etkisinin Borsa İstanbul’daki düzenlemeleri de yetki ve süre yönünde etkilediği, ek koşullarla beş günden fazla yaptırım yetkisinin SPK yerine yönetim kuruluna ve Borsa Genel Müdürlüğüne ya da yardımcılara bırakıldığı görülmektedir.

Borsa bünyesinde faaliyette bulunan piyasaların, pazarların, platformların ve sistemlerin koşullarında beklenmedik olaylar gibi olağanüstü durumların ortaya çıkması hâlinde Genel Müdür, işlemleri durdurmak veya kısıtlamak da dahil bir kısım değişiklikleri uygulamaya yetkili kılınmış, olağan dışı gelişmelerin meydana gelmesi hâlinde, Borsa bünyesinde faaliyette bulunan piyasaların, pazarların, platformların veya sistemlerin beş işlem gününe kadar geçici olarak kapatılmasına yönetim kurulunun karar verebileceği öngörülmüştür. Yönetim kurulu bu yetkisini Genel Müdüre devredebileceği gibi beş işlem gününü aşan durumlarda yönetim kurulu karar alır ve onaylanmak üzere Kurula iletmelidir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 37, 39). Teminatlarının tamamlanmaması veya Borsa personeli tarafından yapılacak denetimlere müsaade edilmemesi halinde işlem yapma yetkisi beş işlem gününe kadar Genel Müdür tarafından tedbiren kaldırılabilir ve durum Kurula bildirilir. Bu durumda işlem yapma yetkisinin beş işlem gününden fazla

⁸⁸ Benzer hüküm BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 14/3 ve Borsa İstanbul Anonim Şirketi Esas Sözleşmesi Yönetim Kurulunun Görevleri ve Yetkileri başlıklı 12. maddesinde de düzenlenmiştir.

⁸⁹ <https://www.borsaistanbul.com/files/borsa-istanbul-as-pay-piyasasi-yonergesi.pdf> (s.e.t. 25.08.2023).

⁹⁰ Bu Yönerge, yönetim kurulunun 02 Mayıs 2013 tarihli toplantısında kabul edilerek aynı tarihte yürürlüğe girmiştir(m.23)(<https://www.borsaistanbul.com/files/borsaistanbula.s.yonetimk-urulucalismausulveesaslarionyongesi-TR.pdf>; s.e.t. 25.08.2023).

süreyile tedbiren kaldırılması yetkisi ise yönetim kuruluna aittir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 11).⁹¹

Yine Borsa Genel Müdürü'ne tanınan işlem yasaklama alanı ve süresi BİAŞ'ın başka düzenlemelerinde artırıldığı gibi Genel Müdür yardımcılara da işlem yasaklama ve durdurma yetkisi tanınmıştır. BİAŞ Borsacılık Faaliyetleri Yönetmeliği'nin "*İşlem görmenin geçici olarak durdurulması*" başlıklı 25. maddesinde Genel Müdür, aynı hükümde gösterilen koşullar gerçekleştiğinde ilgili yatırım aracının ve/veya ilgili yatırım aracına dayalı diğer yatırım araçlarının işlemlerini geçici olarak durdurabilir. Genel Müdür, bir yatırım aracına ilişkin Borsa işlemlerini en fazla bir ay için durdurabilir. Bu kez bir ayı aşan süreler için yetki yönetim kuruluna aittir. Genel Müdür, birinci fıkradaki yetkilerini görevlendireceği Genel Müdür Yardımcısına veya Genel Müdür Yardımcılarına devredebilir. Buna karşılık Borsa Genel Müdürü de, ihlallerin, yatırım araçlarının serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini, piyasalarda aynı niteliktekilere adil işlem ilkeleri geliştirilmesini, makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylemlerin ve işlemlerin önlenmesini, Borsa işlemlerinin güvenilir, dürüst ve rekabetçi bir şekilde gerçekleşmesini ve sağlıklı fiyat teşekkül etmesini teminen veya Kurulun yazılı talebine bağlı olarak piyasa, Pazar, platform, sistem, yatırım aracı, ihraççı, fon kurucusu, işlem yapma yetkisi verilenler ya da emir veren veya işlem yapan gerçek veya tüzel kişi bazında, 36 ncı maddede belirtilen brüt takas ve depo şartı dahil olmak üzere "*her türlü önleyici tedbir*" alabilir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 44/2). İşlem hataları veya hükümde belirtilen koşulları oluştuğunda, işleme taraf olan işlem yapma yetkisi verilenlerden en az birinin başvurusu üzerine veya re'sen, bekleyen emirlerin veya gerçekleşen işlemlerin tamamı veya bir kısmı Borsa tarafından iptal edilebilir. Hükümde belirtilen koşullar gerçekleştiğinde Genel Müdür veya görevlendirilen Genel Müdür Yardımcıları veya ilgili Piyasa Müdürü tarafından işlemler iptal edilebilir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 33).

Görüldüğü üzere yürürlükteki 2013 tarihli Borsalar Kuruluş Yönetmeliği'nde borsada işlemlerin beş işlem gününe kadar geçici olarak durdurulmasına karar verme yetkisi borsa yönetim kuruluna ait olduğu belirtilmiş iken (m. 30), 2014 tarihli BİAŞ Faaliyet Yönetmeliğinde Genel Müdürüne beş işlem gününe kadar işlem yapma yetkisini kaldırma yetkisi bulunduğu gibi yönetim kuruluna beş işlem gününden fazla

⁹¹ İşlem yapma yetkisinin veya temsilciliğin geçici olarak kaldırılması ile anlatılmak istenen, ilgilinin, yönetim kurulunca fiilin mahiyetine ve önemine göre belirlenecek, üç ayı aşmayan bir süre için doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Borsaya ait bir veya birden fazla piyasada, pazarda, platformda ve sistemde işlem yapma yetkisinin ve/veya temsilciliğinin kaldırılmasıdır. İşlem yapma yetkisinin veya temsilciliğin iptal edilmesi ise ilgilinin Borsaya ait tüm piyasalarda, pazarlarda, platformlarda ve sistemlerde işlem yapma yetkilerinin ve/veya temsilciliğinin iptal edilmesidir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği 52/1- ç ve d).

süreyle işlem yapma yetkisinin kaldırılması yetkisi de tanınmıştır (m.11). Borsa Genel Müdürü, Pay Piyasası Prosedürü 4.3.2.hükmünde belirtilen koşullardan birinin varlığı hâlinde ilgili yatırım aracının ve/veya ilgili yatırım aracına dayalı diğer yatırım araçlarının işlemlerini en fazla bir ay için geçici olarak durdurabilir. Genel Müdür, yetkilerini görevlendireceği Genel Müdür Yardımcısına veya Genel Müdür Yardımcılarına devredebilir. Bir ayı aşan süreler için yönetim kurulu kararı gereklidir (BİAŞ Pay Piyasası Prosedürü 4.3.2). Gözetim Tedbirleri Yönergesi'nin "tereddütlerin giderilmesi" başlıklı 14. maddesinde, Bu Yönergede yer almayan ya da açıklık bulunmayan konularda ortaya çıkabilecek tereddütlere ilişkin olarak ilgili mevzuat hükümlerinde kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde karar vermeye ve bu kararları uygulamaya Genel Müdür'ün yetkili olduğu belirtilmiştir. Genel Müdür bir yatırım aracına ilişkin Borsa işlemlerini en fazla bir ay için durdurabilir. Bir ayı aşan süreler için yönetim kurulu kararı gereklidir. Genel Müdür, birinci fıkradaki yetkilerini görevlendireceği Genel Müdür Yardımcısına veya Genel Müdür Yardımcılarına devredebilir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği - Değişik:RG-3/4/2019-30734-m.25/2).

İşlem yapma yetkisinin veya temsilciliğin geçici olarak kaldırılması ve işlem yapma yetkisinin veya temsilciliğin iptal edilmesi olarak belirtilen cezaları gerektiren fiillerin işlendiği yönünde, soruşturma öncesinde veya soruşturma sırasında, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, işlem yapma yetkisi verilenlerin ve/veya temsilcilerinin tüm yetkileri ve/veya temsilcilikleri, haklarında nihai karar verilene kadar ve derhal yönetim kurulu onayına sunulmak üzere Genel Müdür tarafından geçici olarak kaldırılabilir. Bu cezaların uygulanma tarihini ise yönetim kurulu esas hakkındaki kararı ile birlikte belirler (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 53, 54/4).

İşlem yapma ve işlem görmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler kıymetli madenler ve kıymetli taşlar piyasaları için kıyasen uygulanır (Borsa İstanbul A.Ş. Kıymetli Madenler Ve Kıymetli Taşlar İle İlgili Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği m. 27).

10.01.2011 tarihinde başlanan "İMKB Otomatik Seans Durdurma Sistemi"; 395 sayılı Genelge ile 2012 yılı Haziran ayı itibariyle yürürlüğe giren "Yatırımcı Bazında Tedbir Sistemi"⁹²; 2015 yılında, BISTECH teknolojik dönüşüm programı kapsamında küresel standartlarda bir gözetim altyapısı olan SMARTS Sistemi ve 30.11.2015 tarihinden itibaren BISTECH geçişi ile birlikte otomatik seans durdurma sistemi yürürlükten kaldırılmış, yerine devre kesici uygulaması getirilmiştir. 07.08.2020 onay tarihli ve 2020/50 sayılı duyuru ile 10.08.2020 tarihinden itibaren "Endekse Bağlı Devre Kesici Sistemi" oluşturularak devreye alınmıştır.⁹³

Borsa İstanbul A.Ş ayrıca KAP'ta 25.09.2017 tarihinden itibaren uygulanacağını duyurduğu "Volatilite Bazlı Tedbir Sistem" ine (VBTS) de

⁹² <https://www.borsaistanbul.com/data/Genelge/gn2012395.pdf> (s.e.t. 25.08.2023).

⁹³ <https://borsaistanbul.com/files/endeke-bagli-devre-kesici-sistemi-hk-2020-50.pdf> (s.e.t. 25.08.2023) Borsa İstanbul A.Ş. Pay Prosedürü, N. 5.3.4.

geçmiştir.⁹⁴ VBTS Borsa İstanbul pay piyasasında fiyatlardaki yüksek fiyat oynaklığından kaynaklı risklerden yatırımcının korunması amacıyla öngörülmüştür. Fiyat oynaklığının yüksek olduğu durumlarda uygulanacak beş kademeli tedbirlerden ilki bir ay süreyle birinci seviye açığa satış ve kredili işlem yasağı tedbidir. BİST 2021/7 sayılı duyurusuyla, 15.11.2021 tarihinden itibaren üç kademe olan tedbir sistemi beş kademeye çıkarılmış ve tedbir süreleri 15 günden 1 aya uzatılmıştır.⁹⁵

Diğer ülkelerde sermaye piyasası otoritelerince konulan açığa satış yasağı, ülkemizde İMKB Başkanlığı'nın 08.01.2009 tarihli ve 298 sayılı bir genelge yayımlamasıyla başlamış ve 20 Ocak 2009 tarihinden itibaren açılış seanslarında açığa satış emri gönderilmesinin yasaklandığı duyurulmuştur.⁹⁶ Borsaya aracı kurum, piyasa ya da sermaye piyasası aracı bazında yukarı adım kuralı kararı alma ve düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır (Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ m. 29).

C. SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN BORSA İŞLEMLERİNE YÖNELİK TEDBİRLERİ VE YAPTIRIMLARI

1. Kurul İşlemlerinin Niteliği ve Kurul'un Borsa İşlemine Müdahalesi

SPK sermaye piyasalarının yönetim, denetim ve düzenlemesinden sorumlu en yetkili organdır. Borsacılık faaliyetlerinden olan kota alınma, kottan çıkarılma, borsada işlem görme ve işlem görmenin durdurulması, borsada işlem yapma yetkisi verilmesi konularına ilişkin usul ve esaslar, ilgili borsa tarafından hazırlanan ve Kurulca onaylanan yönetmeliklerle belirlenir (SerPK m. 67/1).

6362 sayılı SerPK'nın "bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı incelemelerinde uygulanacak tedbirler" başlıklı m. 101/1 hükmüne göre SPK 106. ve 107. maddelerde sayılan fiilleri işlediğine dair makul şüphe bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ile ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak Borsalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapılmasının yasaklanması kararı verilebilir⁹⁷.

2499 sayılı SerPK ile 1981 yılında kurulan (m. 17) ve 1982 yılından itibaren faaliyete başlayan SPK'nın 1999 yılında 4487 sayılı Kanun⁹⁸ ile

⁹⁴ <https://www.kap.org.tr/tr/Bildirim/630709> (s.e.t. 25.08.2023).

⁹⁵ <https://borsaistanbul.com/files/volatilite-bazli-tedbir-sistemindeki-yenilikler-hk-2021-77.pdf> (s.e.t. 25.08.2023).

⁹⁶ İMKB tarafından yayınlanan 18.01.2013 tarihli 417 sayılı Genelge ile, 01.02.2013 tarihinden itibaren İMKB-100 Endeksine dahil olan paylarda yukarı-adım uygulaması kaldırılmış, fiyat sınırları dahilinde her fiyattan açığa satış emri girilebilmesinin önü açılmıştır.

⁹⁷ Gizem Dursun Özdemir, Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 200, 293.

⁹⁸ 4487 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ile Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları

yapılan değişiklik sonrası bağımsız idari otoriteye (BİO) dönüştüğü kabul edilmektedir.⁹⁹

İdari yargının en üst organı olan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK), SPK'nın niteliğini kanunun kendisine verdiği görev ve yetkiler çerçevesinde idari işlemler tesis etmeye yetkili kamu tüzel kişisi olarak belirtmiştir.¹⁰⁰

SPK kararları, kollektif özelliği haiz idari işlem niteliğini haizdir.¹⁰¹ Yanısıra BİO'lar tarafından uygulanan yaptırımların niteliği görev alanlarının özelliğine göre değişmekte ve yaptırım uygulama yetkisi faaliyet alanlarındaki düzenleme ve denetleme yetkilerinin bir uzantısı olarak kabul edilmektedir.¹⁰²

Bilgi suiistimali suçunun düzenlendiği SerPK m. 106 hükmünde suçun unsurları bakımından fiilin tanımlanmasında "alım ya da satım emri verme, emri değiştirme veya iptal etme" ifadesi bulunmaktadır. Mülga SerPK'da hükmün karşılığında ise "sermaye piyasasında işlem yapma" kavramı açıklanmıştır.¹⁰³

Mülga 2499 sayılı SerPK'nın 46. maddesinde idari yaptırım ve tedbir niteliğindeki Kurul işlemleri düzenlenmişti. SPK yönünden işlem yasağı kararları SPK'nın haftalık bültenlerinde (SPKHB) yayımlanarak kamuoyuna duyurulmuş ve ilk kez SPK'nın 05.12.1996 tarihli toplantısında alınan ilke kararında¹⁰⁴ öngörülmüştür. Borsada işlem yasağı getirilen kişi ve kuruluşların manipülatif işlemlerinin önlenmesi amaçlanmıştır.

Kurul'un 25.9.1997 tarih ve 27/1545 sayılı İlke Kararında¹⁰⁵ Borsadaki alım satım işlemlerinde, emirlerin sözlü olarak verildiği hallerde, emrin varlığı hususunda taraflar arasında doğacak uyumsuzluklarda; her türlü delil ya da yazılı delil başlangıcı ile teyit olunabildiği takdirde esas alınacağı aksi halde Türk Ticaret Kanununun

Birliği Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun (RG, 18.12.2009, S. 23910).

⁹⁹ Aydın Akgül, Danıştay Kararları Işığında Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Beta, İstanbul, 2008, s. 66;

¹⁰⁰ DİDDK, E. 1998/355, K. 1998/277, T: 26.06.1998 (www.lexpera.com.tr, s.e.t. 25.08.2023).

¹⁰¹ Damla Gül Tarhan, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları, Onikilevha, İstanbul, 2018, s. 219; Akgül, s. 92; Melikşah Yasin, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 187, 222.

¹⁰² Ali Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 21 vd.

¹⁰³ Selman Dursun, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 331.

¹⁰⁴ SPKHB, 02.12.1996-06.12.1996, S. 1996/49.

¹⁰⁵ SPKHB, 22.09.1997-26.09.1997, S. 1997/39

84 üncü maddesi çerçevesinde aracı kurumun kayıtları, kendi aleyhine delil oluşturacağı belirtilmiştir.¹⁰⁶

1996 yılı sonrası işlem yasaklı kimselerce alınan yürütmeyi durdurma kararları karşısında bunun yasal bir düzenlemeye kavuşturulması amacı ile 1999 yılında 4487 sayılı Kanun ile değişik 2499 sayılı SerPK m. 46/(1)-i bendine göre haklarında işlem yasağı uygulananlar tarafından yürütmenin durdurulması kararının alınmasının ardından işlem yasağı işlemine hukuki dayanak sağlayan ifade 2499 sayılı SerPK'nın 4487 sayılı Kanun ile değişik 46. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendine eklenmiştir.¹⁰⁷ Bu düzenleme sonucu Kanunun 47. madde (A) bendi hükmünde sayılan fiillere ilişkin geçici veya süreli olarak işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri almaya, Kurul'un yetkili olduğu belirtilmiştir.

İşlem yasağı kurumunun yasal düzenlemeye kavuşmasının ardından SPK 24.07.2000 tarih ve 79/1296 sayılı kararı¹⁰⁸ ile, ... SerPK'nın 47/A-1,2 ve 3 numaralı alt bendlerine aykırı işlemleri nedeniyle

¹⁰⁶ Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkındaki Yönetmelik'teki hükümlerle SPK'nın İMKB'ye doğrudan müdahalesine ve borsanın bir işlemi sonucu geçmişte kurumlar (otoriteler) arası uyumsuzluk oluştuğuna ilişkin aşğıdaki karar bir örnektir. "Kurulun İMKB Başkanlığına gönderdiği 8.10.1997 tarih ve ..sayılı yazısında, 'Kurulumuz Karar Organının 25.09.1997 tarihli toplantısında, ...A.Ş. hisse senetleri üzerinde manipülatif işlem yaptıkları tespit edilen ..A.Ş.; ...ayrıca...A.Ş. hisse senetleri üzerinde manipülatif işlem yaptıkları tespit edilen...ile bunların fiillerine iştirak ettikleri anlaşılan...hakkında İMKB'de işlem yapma yasağı getirilmiş, buna göre yapılması gerekli işlemler İMKB Başkanlığı 298 .. 00 nolu faksına gönderilen 26.09.1997 tarihli yazımızla bildirilmiştir. Yapılan bu bildirim Borsanız üyeleri ve yatırımcılara geç açıklanması ile ilgili olarak Borsanız nezdinde yapılan incelemede; 1) Söz konusu yazımızın saat 09.12'de İMKB faksına ulaştığı,...2) Başkan Yardımcısı...'nın söz konusu faksı borsa bülteninde yayınlanmak üzere Kotasyon Müdürlüğü'ne seansın başlamasına yakın havale ettiği, 3) Evrakın Kotasyon Müdürlüğü'ne saat 10.11'de ulaştığı, Kotasyon Müdürlüğü'nün yayınlama talebini telefonla Başkan Yardımcısı...'na iletilmesi üzerine aynı dakika içerisinde yayınlanmasına karar verildiği, bu dakikada bilgisayara girilmeye başlandığı ve 10.25'te bitirilerek yayımlandığı, 4) Kurulumuzca haklarında Borsada işlem yapma yasağı getirilen kişilerle ilgili bildirim yeterli zaman bulunmasına rağmen seans başlamadan duyurulmaması, daha sonra yapılan işlemlerin iptaline neden olunması sonucu yatırımcının hak ve yararının zedelendiği, piyasalara güven ve istikrarın bozulduğu saptanmıştır. Bu tespitle ilgili olarak konuyu değerlendiren Kurulumuz Karar Organı 8.10.1997 günlü toplantısında İMKB...yardımcısıile konuyla ilgili olarak görevlendirilen ...'ün görevlerini ifa ederken görevin gerektirdiği basiret ve özenini göstermemeleri nedeniyle olayda ağır ihmallerinin bulunduğu dikkate alınarak görevlerini sürdürmelerinin sakıncalı olacağı görüş ve kanaatine varılmış olup, durumun değerlendirilip gerekli işlemin tesisi için Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkındaki Yönetmelik madde 27 uyarınca Yönetim Kurulumuzca iletilmesine karar verilmiştir"(SPK Haftalık Bülteni (SPKHB), 06.10.1997-10.10.1997, 1997/41; ayrıca bkz. Tanör, Reha: Türk Sermaye Piyasası, C. I, Taraflar, Beta, İstanbul, 1999, s. 404, dn. 376).

¹⁰⁷ Gültekin Bayar, " Sermaye Piyasasında İşlem Yasağı Uygulaması", S. 259, 2003, Vergi Dünyası Dergisi, s. 167.

¹⁰⁸ SPKHB, 20.07.2000-24.07.2000, S. 2000/29.

haklarında SPK tarafından haklarında işlem yasağı getirilen kişi ve kurumlara ait menkul kıymetlerin Kurul kaydından çıkarılarak “kurul kaydında bulunmayan menkul kıymetler” statüsüne alınmasına karar verilmiştir.

SPK'nın 28.02.2001 tarih ve 11/249 sayılı kararı¹⁰⁹ ile başlıca SPK tarafından alınan işlem yasağı nedeniyle, Takasbank'ın ve aracı kurumun bilgilendirilmesine ve virman işlemlerine ilişkin prosedürler düzenlenmiştir.

İşlem yasağıyla ilgili SPK'nın 2499 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde aldığı en önemli karar ise 28.03.2002 tarih ve 16/436 sayılı karardır.¹¹⁰ Bu kararla birlikte borsada işlem yasağına, geçicilik-süreklilik ayrımı getirilmiştir. Geçici işlem yasağına ilişkin sürenin tedbirin alındığı tarihten itibaren 2 yıl, sürekli işlem yasağına çevrilen işlem yasağı süresinin ise fiilen uygulanan işlem yasağı süresi de dikkate alınarak toplam 5 yıl olarak belirlenmiştir.

28.03.2002 tarihli kararda işlem yasağını gerektiren fiillere ilişkin tekerrür hükmü de düzenlenmiş, yanısıra SerPK'nın 47. maddesinin (A) bendinde düzenlenen fiillerden dolayı savcılığın takipsizlik veya mahkemenin beraat kararlarının kesinleşmesinden itibaren SPK tarafından ilgili hakkındaki işlem yasağının kaldırılacağı belirtilmiştir.

SPK'nın 16.11.2005 tarih ve 47/1353 sayılı İlke kararı¹¹¹ ile işlem yasaklı kişilere ait işlemlerin takasının gerçekleştirilmemesi hususunda IMKB ve Takasbank'ın bilgilendirilmesi öngörülmüştür.

SPK'nın 29.12.2005 tarih ve 54 sayılı kararında¹¹² SerPK'nın 46'ıncı maddesinin 1'inci fıkrasının (i) bendi uyarınca haklarında işlem yasağı getirilen kişilere ilişkin prosedürlere ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

İşlem yasağına ilişkin SPK'nın diğer önemli bir ilke kararı 28.09.2007 tarih ve 35/1022 sayılı karar olup¹¹³ bu karar ile birlikte işlem yasağına ilişkin esasların 01.10.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu esasların başlıcaları, işlem yasağının geçicilik-süreklilik niteliğinin belirlenmesinde ceza mahkemesinin mahkumiyet kararının esas alınması, geçici işlem yasağına ilişkin sürenin tedbirin alındığı tarihten itibaren 2 yıl olması ve yeni işlem yasağının önceki işlem

¹⁰⁹ SPKHB, 26.02.2001-02.03.2001, S. 2001/9.

¹¹⁰ SPKHB, 25.03.2002-29.03.2002, S.2002/13; “*Dava, davacı hakkında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına ve borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem yapma yasağının yinelenmesine ilişkin SPK'nın 13.05.2004 tarih ve 20/590 sayılı kararı ile bu kararın dayanağı olan SPK'nun 28.02.2001 tarih ve 249 sayılı kararı ile 28.03.2002 tarih ve 436 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.haklarında işlem yasağı getirilen kişi ve kurumların Takasbank nezdindeki menkul kıymetlerine ve aracı kurumlardaki hesaplarının işleyişiyle ve işlem yasağı alınması ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasların ayrıntılarını belirlediği anlaşıldığından, söz konusu ilke kararlarında Kanuna ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.*” (Danıştay 13. D, E: 2005/7158, K: 2006/909, T: 08.02.2006).

¹¹¹ SPKHB, 14.11.2005-18.11.2005, S. 2005/49.

¹¹² SPKHB, 26.12.2005-30.12.2005, S. 2005/56.

¹¹³ SPKHB, 24.09.2007-28.09.2007, S. 2007/40.

yasaklı payları etkilememesi, mahkumiyet kararı ile süreliye çevrilecek işlem yasağına ilişkin sürenin Kurul kararından itibaren, fiilen uygulanan geçici işlem yasağı süresi de dikkate alınarak toplam 5 yıl olmalıdır.

SPK'nın 12.08.2009 tarih ve 25/706 sayılı Kararı¹¹⁴ uyarınca tekerrüre ilişkin hükümler uygulanmamak üzere çıkarılmıştır.

Yeni sorunlar yine yeni ilke kararlarıyla çözümlenmeye çalışılmıştır. Kurulun 14.06.2010 tarih ve 17/531 sayılı kararında¹¹⁵ 28.09.2007 tarih ve 35/1022 sayılı İlke Kararı'ndaki işlem yasaklısının aracı kurumlara olan kredi borcunun kapatılması usulünün ortaya konulması amacıyla prosedürler belirlenmiş ve 28.09.2007 tarih ve 35/1022 sayılı İlke Kararı yeniden düzenlenmiştir.

Kurul'un 30.07.2010 tarih ve 22/678 sayılı Kararında¹¹⁶ borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapma yasağına ilişkin olarak Kurul Karar Organı'nın 28.09.2007 tarih ve 35/1022 sayılı İlke Kararı gözden geçirilmiş, Kurulca haklarında işlem yasağı getirilen tüm gerçek ve tüzel kişilerin söz konusu yasaklarının 01.10.2010 tarihi itibarıyla kaldırılmasına, 01.10.2010 tarihinden itibaren başlanarak, 30.07.2010 tarihi öncesinde Kanun'un 47 nci maddesi (A) bendi hükmünde sayılan fiillere doğrudan ya da dolaylı olarak iştirak eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında işlem yasağı uygulanmamasına, 30.07.2010 tarihinden sonra yeni işlem yasağı esasları kapsamında işlem yapılmasına karar verilmiştir.

Kurulun 14.10.2011 tarihli ve 34/963 Sayılı Kararında¹¹⁷ 28.09.2007 tarih ve 35/1022 sayılı İlke Kararı'ndaki varant işlemlerine ilişkin değiştirilmesine karar verilmiş, 28.09.2007 tarih ve 35/1022 sayılı kararında kısmi değişiklikler yapılmış; işlem yasaklının halka açık tüzel kişi olması halinde, sermaye artırım işlemleriyle sınırlı olarak Borsada satış yapmasına imkan tanınmasına karar verilmiştir.

6362 sayılı Kanun sonrası ise işlem yasağı Yönetmelik ile değil Tebliğ ile düzenlenmiş; V-101.1 sayılı Bilgi Suistimali Ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği (Uygulama Tebliği) m. 4/(1)-h maddesinde işlem yapma yasağı, bu Tebliğin İkinci Bölümünde düzenlenen yasağı ifade ettiği belirtilmiştir.

İşlem yasağı, ilgili kişi ve kurumun hareket alanını daraltılmasına ve sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasının sağlanmasına yönelik önemli bir düzenlemedir.¹¹⁸ 19.02.2003 tarihi itibarı ile 421 adet kişi ve kurumun işlem yasaklısı olduğu görülmüştür.¹¹⁹ Temmuz 2010 sonunda ise işlem yasaklılarının sayısı 153'tür. Ancak bir kısım işlem yasaklılarının farklı isimlerde işlemlerine devam etmesi

¹¹⁴ SPKHB, 10.08.2009-14.08.2009, S. 2009/36.

¹¹⁵ SPKHB, 21.06.2010-25.06.2010, S. 2010/26.

¹¹⁶ SPKHB, 26.07.2010-30.07.2010, S. 2010/31.

¹¹⁷ SPKHB, 10.10.2011-14.10.2011, S. 2011/41.

¹¹⁸ Akgül, s. 137; Bayar, s. 170.

¹¹⁹ Bayar, s. 170.

karşısında SPK işlem yasağını 1 Ekim 2010 tarihinde kaldırmış olmasına karşın daha sonraki işlem yasağı uygulamalarında ise 2022 yılında işlem yasaklıların sayısı 21, 2023 yılı Ağustos Ayı itibariyle 115 olmuştur.¹²⁰

2. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunundan Sonra Yapılan Düzenlemelerde SPK ile Borsa İstanbul'un Yaptırım Yetkileri ile Karşılaştırılması ve SPK'nın Borsa İşlemlerine Yönelik Tedbir ve Yaptırımları

a. SPK'nın Yaptırım Yetkililerinin Borsa İstanbul'un Yaptırım Yetkileri ile Karşılaştırılması

6362 sayılı SerPK m. 70/2 ve BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 43/1 gereğince, Borsa İstanbul bu Kanuna aykırılık olacak şekilde gerçekleştirilen işlemlerin tespit edilmesi amacıyla bünyelerinde gerekli gözetim sistemini kurar ve *"her türlü önleyici tedbirleri"* alabilir.

SerPK m. 69/2, 99/1 ve 101/1 maddeleri gereğince SPK'nın da sermaye piyasası araçlarının borsa kotundan çıkarma ve "her türlü tedbir alma" yetkisi saklı tutulmuştur.

Borsa ile ilgili olarak başlıca yaptırım işlem yasağı sadece SPK tarafından SerPK'nın 106. ve 107. maddelerinde öngörülen eylemlere ilişkin uygulanmaktadır. İşlem yasağı sermaye piyasasında cezai sorumluluk altında bir yaptırım olarak değerlendirilmekle beraber bu yasak borsalar ve diğer teşkilatlanmış piyasalardaki pazarları da kapsamakta; Borsa İstanbul tarafından da işlem yapma yasağı niteliğinde yaptırımlar uygulanmaktadır.

Örneğin Borsa İstanbul A.Ş., sermaye piyasası araçlarını, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşları ve uygun görülecek diğer sözleşmeleri, belgeleri ve kıymetlerin *"işlem görmelerini geçici veya sürekli olarak durdurma"* (BİAŞ Esas Sözleşmesi m. 3/2-ç, d) yetkisini de haizdir. Bu bağlamda borsa bünyesinde faaliyette bulunan piyasaların, pazarların, platformların ve sistemlerin koşullarında beklenmedik olaylar gibi olağanüstü durumların ortaya çıkması hâlinde Borsa Genel Müdür de işlemleri durdurmak veya kısıtlamak da dahil bir kısım değişiklikleri uygulamaya yetkili kılınmıştır.

SPK'nın münhasır yetkisi olan işlem yapma yasağına benzer şekilde işlem yapma yetkisinin geçici olarak kaldırılması da BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği'nde gösterilmiştir (m. 12/3). İşlem yapma yetkisi verilenlere ve/veya temsilcilerine diğer bir ifade ile borsa üyelerine veya borsada işlem yapma yetkisi verilenlere yönelik disiplin cezasını gerektiren fiillere uygulanacak yaptırımlar niteliğine göre para cezasından daha ağır olan *işlem yapma yetkisinin veya temsilciliğinin geçici olarak kaldırılması* olarak sayılmıştır (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 52) ve

¹²⁰ Soydemir/Akyüz, s. 18; <https://idariyaptirimlar.spk.gov.tr/IslemYasaklari> (s.e.t.16.09.2023).

hükümdeki işlem yapma yetkisinin kaldırılması “*disiplin cezası*” olarak nitelendirilmiştir.

BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği'nin 53. maddesinde, 52. maddede disiplin cezası olarak öngörülen “*işlem yapma yetkisinin veya temsilciliğinin geçici olarak kaldırılması*”nı gerektiren eylemler 7 bent halinde sayılmış ve 7. bendinde borsada SerPK'nın 106 ncı ve 107 nci maddelerinde tanımlanan suçlara yönelik fiiller ile piyasa bozucu eylemlerle ilgili olarak Borsa İstanbul'un işlem yetkisini geçici olarak kaldırabileceği belirtilmiştir.

Borsa İstanbul A.Ş tarafından İşlem yapma yetkisinin Kaldırılması İşlem yapma yetkisi verilenlerin, Borsa düzenlemelerinde öngörülen koşulları yitirmeleri veya haklarında verilen iflas kararının kesinleşmesi veya 53 üncü madde çerçevesinde disiplin hükümlerine aykırılık nedeniyle yönetim kurulu kararı ile işlem yapma yetkisi iptal edilir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 12/1).

SPK'nın idari para cezası, borsa kotundan çıkarma yetkileri vardır. Buna karşılık Borsa İstanbul A.Ş tarafından borsada işlem yapma yetkisi verilenlere yönelik disiplin cezasını gerektiren fiillere uygulanacak yaptırımlar niteliğine göre sırasıyla uyarı, kınama ve para cezası da verilebilir. Borsa üyesini üyelikten geçici veya sürekli çıkarılmasına karar vermek ise borsanın faaliyetleri kapsamındadır (BİAŞ Esas Sözleşmesi m. 3/2-ç, d)

Borsanın Gözetim Yönergesi ve SPK'nın Uygulama Tebliği aynı amaca yani sermaye piyasasında genel anlamıyla piyasa bozucu eylemlerin önlenmesi amacına yöneliktir ve her iki düzenlemedeki tedbirler de kişi ve sermaye piyasası aracı şeklinde olmakla birlikte Uygulama Tebliğ hükümleri Gözetim Yönergesini de kapsamaktadır.

b. SPK Tarafından Borsada Uygulanan Başlıca Yaptırımlar

aa. İdari Para Cezası

Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere idari para cezası verilebilir (SerPK m. 103/1)

Bu husustaki ilk düzenleme Seri VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliğidir.¹²¹ Kurulca haklarında işlem yasaklı oldukları dönemde kendi hesaplarından ya da başkalarının hesaplarını kullanarak borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem yapılması da piyasa bozucu eylem olarak tanımlanmıştır (Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 7/4). Oysa Uluslararası literatürde piyasa bozucu eylemler ile kastedilen bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarıdır. SerPK'da ise söz konusu eylemlere benzememekle birlikte ya da bu eyleme benzedikleri veya bunlarla bağlantılı oldukları hâlde herhangi bir suç oluşturmayan bir

¹²¹ RG, 21.01.2014, S. 28889 sayılı

kısım eylemler (bu bağlamda işlem yasaklılarının yaptığı işlemler) piyasa bozucu eylemler olarak tanımlanarak idari para cezası yaptırımına tabi tutulmuştur.¹²²

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nde emir veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler (m. 5), iletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemler (m. 6) ve diğer piyasa bozucu eylemler (m. 7) belirtilmiştir. Bu Tebliğde öngörülen eylemleri gerçekleştiren kimselere SerPK m. 104 uyarınca idari para cezası verilir ve 105. maddesine göre uygulanır.

bb. Borsada İşlem Yapma Yasağı

V-101.1 sayılı Bilgi Suistimali Ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği (Uygulama Tebliği) İkinci bölüm başlığı "İşlem Yapma Yasağı"dır. SPK Uygulama Tebliği m. 5 hükmüne göre bu tedbir üç halde uygulanabilir. İlki, SerPK m. 101/1'de ifade edilen ve makul şüphe halinde, ikincisi, SerPK m. 106'daki fiillerini ika ettiklerinden bahisle haklarında suç duyurusunda bulunulmasına karar verilen şüphelilere yönelik olarak, üçüncüsü ise işlem yasaklılarının bilgi suiistimali ya da piyasa dolandırıcılığı fiilleri başka kişiler adına açılmış olan hesaplar üzerinden işlemeleri halinde hesapları kullanılan kişiler hakkında da borsalarda işlem yapma yasağı kararı verilebilir.¹²³

Kanunun 106. ve 107. maddelerinde sayılan fiilleri işlemesi nedeniyle Kurulca haklarında Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilen gerçek veya tüzel kişilerin yetkilileri ile hesapları suça konu fiillerde kullanılan tüzel kişiler hakkında Kurul tarafından borsalarda işlem yapma yasağı kararı verilebilir (Uygulama Tebliği m. 5/2)

Bilgi suiistimali bakımından hareket olarak alım, satım emri vermek, emri değiştirmek emri iptal etmek bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığında ise bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak, rapor hazırlamak, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı amaçlı gerçekleştiren eylemleri yaymak sayılabilir.¹²⁴

Uygulama Tebliği'nin 4/g maddesinde makul şüphe tanımlanırken Bilgi Suistimali Veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği 4/g maddesinde ise şüpheli işlem tanımlanmıştır. Maddede öngörülen makul şüphe ceza hukukunda düzenlenen makul şüpheden farklıdır ve sermaye piyasalarının özelliklerine göre belirlenmelidir.¹²⁵ İşlem yapma yasağı kapsamındaki sermaye piyasası araçları ise Uygulama Tebliği'nin 9. maddesinde belirtilmiştir.

İşlem yapma yasağı, süresi tamamlandığında, yapılan denetim çalışmaları sonunda suç duyurusunda bulunulmasını gerektirir bir

¹²² Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 229.

¹²³ Özdemir, s. 201; Karacan, s. 546:

¹²⁴ Bu konuda bkz. Özdemir, s. 164 vd., 241 vd.

¹²⁵ Çetin/Töremiş/Cantimur, , s. 220; Karacan, s. 545.

durumun bulunmadığı sonucuna varılması halinde, Kurul tarafından kaldırıldığı gibi (Uygulama Tebliği m. 8) idari yargı kararıyla da kaldırılabilir.

Haklarında işlem yapma yasağı kararı bulunan kişilere ait hesaplara işlem yapma yasağı kaydı işlenir (Uygulama Tebliği m. 13). "Yasaklı" ve "Borsada işlem görmeyen pay"larına ait liste KAP'ta yayımlanmaktadır. SPK tarafından bu yetki ancak ülkemizde kurulu borsalar için kullanılabilirken özellikle sürekli ve kesin olarak işlem yasaklı kişilerin diğer ülkelerin borsalarına da bildirilebilir.¹²⁶

Geçici işlem yasağı ise Uygulama Tebliği'nde iki şekilde düzenlenmiştir. Birincisi makul şüpheye dayalı işlem yapma yasağı yaptırımıdır (m. 5/1). Kurul tarafından yapılan incelemelerde haklarında makul şüphe bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri haklarında incelemenin sonuçlanması beklenmeksizin 6 ay süreyle işlem yapma yasağı kararı verilebilir. İkincisi ise suç duyurusunda bulunmasına karar verildiğinde ilgili kişiler hakkında geçici işlem yasağının süresi 2 yıldır (m. 6). Tebliğ'in 7. maddesinde sürekli işlem yapma yasağı olarak nitelendirilmiş olsa da aslında uzun süreli işlem yapma yasağı olup bu süre 5 yıl olarak belirlenmiştir. Öğretide Karacan'a göre her ne kadar Uygulama Tebliği'nde 5 yıllık sabit bir süreden bahsedilmiş ise de ifade "5 yıla kadar" şeklinde yorumlanabilir. Nitekim yasaklı kişi hakkında beraat kararı verilmesi durumunda sürecin uzunluğu nedeniyle ilgili kişilerin Kurul hakkında dava açmaları söz konusu olabilir.¹²⁷

cc. Sermaye Piyasası Araçlarının Borsada İşlem Görmesinin Durdurulması

SerPK m. 69/2, 99/1 ve 101/1 maddeleri gereğince SPK'nın sermaye piyasası araçlarının borsada işlem görmesini durdurma, borsa kotundan çıkarma ve "*her türlü tedbir alma*" yetkisi de saklı tutulmuştur.

Kurul, SerPK m. 106 ve 107/1'de sayılan fiilin işlendiğine dair makul şüphe kapsamında Uygulama Tebliği m. 18/1 hükmüne göre açığa satış işlemlerinin yasaklayabilmekte, yatırım araçlarının işlem sırasını da durdurabilmektedir.¹²⁸

¹²⁶ Karacan, s. 544.

¹²⁷ Karacan, s. 547.

¹²⁸ Açığa satış işlemi (short selling transaction), yatırımcının malvarlığında bulunmayan sermaye piyasası araçlarını satması, satılmasına yönelik emir vermesi ya da takas işleminin ödünç alınan sermaye piyasası araçlarıyla yerine getirilmesidir (Seri: V No: 65 sayılı Tebliğ m. 24). Kurul'un işlem yasaklarına ilişkin örnekler olarak, "*...A.Ş'nin pay piyasasında.. 6362 sayılı SerPK'nın 107/1 maddesinde sayılan fiilin işlendiğine dair makul şüphe bulunması nedeniyle 3 ay süre ile açığa satış işlemlerini yasaklamıştır*" (SPKHB, 16.03.2017, S. 2017/10). 2019/53 sayılı bülteniyle, SPK "Kurul Karar Organı'nın 16/10/2019 tarih ve 58/1328 sayılı Kararı Uyarınca Yapılan Duyuruda "*...A.Ş.lerin pay piyasalarında 16.10.2019 tarihinden itibaren geçici olarak, A) Açığa satış işlemlerinin yasaklanmasına...*" (SPKHB, 16.10.2019, S. 2019/53), "A) 01.07.2020 tarihinden itibaren, Borsa İstanbul A.Ş. tarafından ilan edilen BIST-30 Endeksinde yer alan pay piyasalarında açığa satış

dd. Kredili İşlem ve Açığa Satış Yasağı ile Diğer Yaptırımlar

SerPK m. 39/7 uyarınca Kurul, açığa satış işlemlerine ilişkin ilke ve esasları belirlemeye yetkilidir. SerPK'nın 1 inci, 101 inci maddesi ile 128 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, V-101.1 Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği'nin 18/1 ve 18/3 maddeleri kapsamında; 13.09.2019 tarihli Kurul Kararıyla Kredili satış işlemleri ve Yatırım kuruluşlarının müşterilerinden internet üzerinden emir kabul etmelerinin yasaklanması, brüt takas uygulanması, tek fiyat yöntemi ile işlem gerçekleştirilmesi tedbirleri ile Kredili işlem ve açığa satış yasağı uygulanmasına karar vermiştir.¹²⁹

Uygulama Tebliği'nin 18. maddesinde belirtilen tedbirler ise sınırlı sayıda değildir ve örnekseyici bir sayım yapmıştır.¹³⁰

SerPK m. 101/1 gereğince borsalarda teminat yükümlülüğünün getirilmesi veya değiştirilmesi yaptırımı öngörülmüştür.

ESerPK döneminde çıkarılan Seri: V, No: 65 sayılı Tebliğ hâlen yürürlükte olup açığa satışlarla ilgili en önemli düzenlemedir. Ancak SerPK'nın yürürlüğünden itibaren geçen on yılı aşkın bir süredir yeni bir açığa satış tebliği çıkarılmamıştır.¹³¹

ee. Sermaye Piyasası Araçlarının Borsa Kotundan Çıkarılması

SerPK m. 69/2, 99/1 ve 101/1 maddeleri ile SPK'ya sermaye piyasası araçlarını borsa kotundan çıkarma yetkisi tanınmıştır.

yasağının kaldırılmasına ..."SPKHB, 30.06.2020, 2020/40), SPK'nın 2020/14 sayılı bülteninde, Kurul Karar Organı'nın 28/02/2020 tarihli Kararı uyarınca yapılan duyuru ile *"...SerPK'nın 128/1-(a) maddesine dayanarak, Borsa İstanbul A.Ş pay piyasalarında 28.02.2020 tarihinde; Açığa satış işlemlerinin yasaklanmasına"* (SPKHB, 28.02.2020, S. 2020/14), *"...COVID-19 salgını nedeni ile Kurul karar tarihinden itibaren ikinci bir duyuru yapıncaya kadar %35'e tamamlanacak şekilde uygulanmasına ve Seri:V, No:65 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Kredili Alım, Açığa Satış ve Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliğ'in 35'nci maddesinin uygulanmamasına.."* karar verilmiştir (SPKHB, 23.03.2020, S. 2020/19) karar verildiği belirtilmiştir.

¹²⁹ SPKHB, 17.12.2019, S. 2019/69.

¹³⁰ Özdemir, s. 200

¹³¹ Açığa satışlar ülkemizde ilk kez Kurul'un 27.12.1994 tarihli Seri: V No: 18 sayılı Kredili Menkul Kıymet, Açığa Satış ve Menkul Kıymetlerin Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliği (RG, 27.12.1994, S. 22154) ile ikincil mevzuatta düzenlenmiştir. Daha sonra şu anda yürürlükte olan Seri: V, No: 65 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Kredili Alım, Açığa Satış ve Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliğ (RG, 14.07.2003, S. 25168) ile kabul edilmiştir.

III. BORSA İŞLEMLERİNE YÖNELİK YAPTIRIM VE TEDBİR KARARLARININ HUKUKSAL NİTELİKLERİ İLE UYUŞMAZLIKLARA ETKİLERİ VE YETKİ DEVRİ SORUNU

A. YAPTIRIM VE TEDBİR KARARLARININ HUKUKSAL NİTELİKLERİ VE UYUŞMAZLIKLARA ETKİLERİ

4487 sayılı Kanundan önce SPK tarafından tesis edilen işlem yasağı kararlarına ilişkin idare mahkemelerince verilen iptal kararları, söz konusu işlemin kişiyi cezalandırma amacına yönelik olduğu gerekçesi ile onanmakta idi.¹³² 4487 sayılı Kanun sonrası Danıştay 13. Daire ve 10. Daire arasındaki içtihat farklıları, DİDDK'nun 30.11.2006 tarih ve 2003/41 Esas, K. 2006/1439 sayılı kararı ile SPK'nın borsada işlem yasağı kararları idari yaptırım olarak nitelendirilerek giderilmiştir.¹³³ Keza 6362 sayılı SerPK'da döneminde borsada işlem yasağı Danıştay 13. Dairesince de 2020 tarihli kararında “Kurul tarafından her ne kadar ‘idari tedbir’ niteliğinde işlem tesis edildiği belirtilse de dava konusu işlemin, işlem yasağı süresinin uzunluğu ve mâkûl şüphe ve/veya devam eden bir incelemeye dayalı olarak tesis edilmeyip inceleme döneminden sonra tespiti gerçekleştirilen eylemler karşılığı uygulandığı hususları göz önüne alındığında ‘idari yaptırım’ mahiyeti taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır”, şeklindeki içtihadında işlem yapma yasağını idari yaptırım olarak nitelendirilmiştir.¹³⁴

Öğretide de borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri alma bir idari yaptırım olarak nitelendirilmektedir.¹³⁵ SPK işlem yasağı yaptırımı uygulama yetkisini haiz olduğu gibi hisse senetlerini de kurul kaydından çıkarabilmektedir. Danıştay manipülasyon eylemi nedeniyle işlem yasaklığının işlem yasağı getirildiği tarih itibariyle hisse senetlerinin kurul kaydından yani borsa kotundan çıkarılmasına ilişkin SPK kararında da hukuka aykırılık görmemiştir.¹³⁶

¹³² Danıştay10. D, E: 1998/7161, K: 2001/1182, T: 28.03.2001 (Akgül, s. 132).

¹³³ DİDDK, E: 2003/41, K: 2006/1439, T: 30.11.2006 (Akgül, s. 134).

¹³⁴ Danıştay 13. D, E: 2014/5033, K: 2020/3167, T: 16.11.2020 (lexpera.com, s.e.t. 25.08.2023).

¹³⁵ Ahu Karakurt, “Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar”, S. 85, 2009, Türkiye Boralar Birliği Dergisi, s. 146.

¹³⁶ Kararın muhalefet şerhinde ise “...Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin 35 ve 47 inci maddeleri, menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğininin 24. maddesinde de Borsa kotundan çıkarmayı gerektiren durumlar 14 bent halinde belirlenmiştir. Anılan mevzuat hükümleri uyarınca, sermaye piyasası araçlarının Kurula kaydedildikten sonra kote edilerek, borsada işlem yapılmasına olanak sağlanması ise, borsa yönetim kurulunun yetkisine verilmiş olup, Borsa yönetim kurulunca kote edilmiş sermaye piyasası araçlarının, borsa kotundan çıkartılmasının...borsa yönetim kurulu kararı ile gerçekleştirilebilmesinin mümkün olduğu” görüşü yer almaktadır (Danıştay 13. D, E: 2005/6618, K: 2005/4905, T. 07.10.2005 (lexpera.com, s.e.t. 25.08.2023)).

İşlem yasağı sermaye piyasasında cezai sorumluluk altında bir yaptırım olarak değerlendirilmekle beraber bu yasak borsalar ve diğer teşkilatlanmış piyasalardaki pazarları da kapsamaktadır.¹³⁷

BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 52 ve 53 hükümlerinde de Borsa Yönetim Kurulunca borsa üyesinin işlem yapma yetkisinin iptali ve geçici kaldırma yetkileri düzenlenmiştir. Borsa İstanbul'da işlem yapma yetkisine yönelik yönetim kurulunun disiplin cezası nihaidir (Borsa İstanbul A.Ş. Disiplin Komiteleri Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi m. 12/3).¹³⁸

Borsa işlemleri özel hukuk işlemidir.¹³⁹ Borsa İstanbul A.Ş. yönetim kurulu kararları ve Borsa Genel Müdür ve yardımcılarının işlemleri bir hukuki işlem olduklarından, bu kararlar yönünden genel hükümler geçerlidir.

Borsalar, bir taraftan ihraççıların hisse senetlerinin güvenilir bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak için kurumsal yönetim kapsamında kurallar koyarken diğer taraftan ticaretin kalitesini artırmak için kurallar oluşturmaktadır. İhraççıyı listeden çıkarmak veya işlem yasağı bir sorun olarak ortaya çıkmakta ihraççının ve borsanın ilgili diğer alanlarda da denetlenmesine yol açmaktadır. Borsa üyelerinin borsa tarafından denetim baskısı ise borsayı ve borsa ticaretini olumsuz etkilemektedir.¹⁴⁰

Borsada kısa süre içerisinde çok sayıda işlem yapılması ve yüklü miktarda fonun el değiştirmesi nedeni ile zaman unsuru önemlidir. Borsa uyuşmazlıklarının mahkemeye götürülmesi işlemleri aksatacağı için gelişmiş ve büyük borsalarda genellikle tahkim usulü ile çözüm yollarının benimsendiği görülmektedir.¹⁴¹ İşlem yapma yetkisi verilen bir yatırım kuruluşu ile yatırımcı arasında uyuşmazlık meydana geldiğinde, bu uyuşmazlığı sadece yatırımcı taraf Uyuşmazlık Komitesi'nin önüne götürebilir. Yatırım kuruluşunun uyuşmazlığın Uyuşmazlık Komitesi'nde çözümünü talep etme hakkı bulunmamaktadır (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 47/1).

Dava aynı zamanda tüketici işlemine konu ise bu durumda tüketici mahkemelerinde görülebilir veya tüketici hakem heyetine de başvurulabilir (TKHK m. 73/1)¹⁴².

¹³⁷ Bayar, s. 170.

¹³⁸ <https://borsaistanbul.com/files/borsa-istanbul-a-s-disiplin-komiteleri-calisma-usul-ve-esaslari-yonergesi.pdf>, (s.e.t. 25.08.2023)

¹³⁹ Aydın, s. 211.

¹⁴⁰ Fleckner, s. 2589.

¹⁴¹ Bahtiyar, s. 7.

¹⁴² Yatırımcı kuruluş ile yatırımcı arasındaki hisse alımındaki zararın tazmini davasının Tüketici Mahkemesinde görülmesine dair bkz. Yargıtay 11. HD, E: 2017/4665, K: 2017/6665, T: 28.11.2017 (lexpera.com, s.e.t. 25.08.2023). Aksi görüş bkz. Ata, s. 451. Sermaye piyasası olası alım satım repo ve ters repo işlemleri sözleşmesinden dolayı yatırım şirketi hakkında açılan davada Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararının onanmasına dair (Aynı kararda karşı oy, görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu yönündedir) Yargıtay 11.HD,

Yatırımcılar ile yatırım kuruluşları arasındaki uyuşmazlıklar genel mahkemelerde de çözülebilir. Bu hem borsa dışı uyuşmazlıklar hem de borsa uyuşmazlıkları için söz konusudur (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 47/3).

Asliye Ticaret Mahkemelerinde ticari davalar çözüme kavuşturulmaktadır. Esasen TTK m. 4/1-e uyarınca borsa işlemine yönelik özel hükümlerden doğan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava sayılır ve Asliye Ticaret Mahkemeleri'nin görev alanına girer (TTK m. 4/1-c)¹⁴³.

Bir özel hukuk işlemi olan borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar için “*Borsa nezdinde yürütülen idari prosedüre*” başlandığında ise birçok hukuki karmaşa ve sorun meydana gelmektedir.¹⁴⁴

Borsa Uyuşmazlık Komitesinin kararına karşı SPK'ya itiraz sonucu SPK'nın uyuşmazlıkları çözümlenmeye dair kararları nihaidir (BİAŞ Faaliyet Yönetmeliği m. 49). Oysa SPK'nın verdiği işlem yasağına yönelik kararların iptali mümkündür ve iptal davası idari yargıda görülmektedir (SerPK m. 134).

Danıştay 13. Dairesi'nin 2014/5162 Esas sayılı dosyasında davacı şirketin Borsa İstanbul A.Ş'de işlem gören paylarının geçici olarak kapatılarak 30.09.2014 tarihinden itibaren Gözaltı Pazarı'nda yeniden işlem açılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Borsa İstanbul A.Ş'ye karşı açılan davada, İstanbul 9. İdare Mahkemesince verilen davanın görev yönünden reddi yolundaki 30.09.2012 tarihli kararın davacı temyizi üzerine Danıştay 15.05.2015 tarihli ve 2014/5162 Esas sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesine, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 65/11. maddesinin “Borsalara karşı açılacak davalar adli yargıda görülür” cümlesinin Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptal başvurusunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 03.09.2015 tarihi ve 2015/77 Esas, 2015/73 Karar sayılı kararına göre ¹⁴⁵ “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 65. maddesinin (11) numaralı fıkrasında, borsalara karşı açılacak davaların adli yargıda görüleceği düzenlenmiştir. İtiraz yoluna başvuran Mahkemedeki bakılmakta olan dava ise itiraz konusu kural nedeniyle adli yargıda görülebilecek bir davadır. Dolayısıyla bakılmakta olan dava, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin görev alanına girmemektedir. ...itiraz konusu kurala ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir”.

E. 2016/13069, K. 2018/1877 T: 22.02.2018 (lexpera.com, s.e.t. 25.08.2023). Çelişkili görevsizlik kararları bakımından bkz. Konuralp/Konuralp, s. 605.

¹⁴³ *Finans ile ilgili davalara bakacak mahkemeler için ...6) Sermaye Piyasası Kanunu'ndan, 7) Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun'dan, Kaynaklanan ve asliye ticaret mahkemesinin görev alanına giren ticari davalara ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı kapsamında gelecek işlere ilişkin bakacak mahkemelerin belirlenmesine yönelik olarak bkz. Hâkimler ve Savcılar Kurulu 1. Dairesi'nin 25.11.2021 tarih, 1232 sayılı kararı (RG, 30.11.2021, 31675).*

¹⁴⁴ Aydın, s. 211.

¹⁴⁵ <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2015-73-nrm.pdf>. (s.e.t. 25.08.2023).

Uyuşmazlık Mahkemesi 25.02.2019 tarih, 2019 /7 Esas, 2019/120 Karar sayılı kararında¹⁴⁶ “Borsa İstanbul A.Ş.’ye ve Sermaye Piyasasında yönelik açılan davada Borsa İstanbul A.Ş.’nin, ticari faaliyette bulunmak ve kâr amacı taşımak amacıyla kurulmuş, genel hükümlere tabi anonim şirket sıfatı ile özel hukuk tüzel kişisi niteliğine sahip olduğu anlaşıldığından ve 6362 sayılı Kanununun 65.maddesindeki, ‘Borsalara karşı açılacak davalar adli yargıda görülür.’ hükmü gözetildiğinde, Sermaye Piyasası Kurulu ve Borsa İstanbul A.Ş. tarafından yürütülen görevin kusurlu yapıldığı nedeniyle zarara uğranıldığı iddiasıyla uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde, davalılardan Borsa İstanbul A.Ş. yönünden, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinin görevli” olduğunu belirtmiştir.

Sermaye piyasasında suç oluşturan faaliyetlerde eylemde uyuşmazlığın hukuk ya da ceza davasında konu olacağı da iyi belirlenmelidir.¹⁴⁷

Bir idari otoriteye yaptırım yetkisi açık bir şekilde tanındığı zaman, bu tedbir ve cezalara hedef olmaya elverişli kişilere öncelikle yargısal denetim garantisi ve güvencesi verilmelidir.¹⁴⁸ Düzenleyici ve denetleyici kurulların yaptırımlarına karşı genel olarak idari yargı yerlerinin görevli olduğu belirtilmektedir.¹⁴⁹ Keza Sermaye Piyasası Kanununun 134. maddesi gereğince, SPK kararlarına karşı açılacak idari davalar, idare mahkemelerinde görülmektedir. Oysa borsa işlemi özel hukuka ilişkin işlemlerdir ve adli yargı yolunda çözülmesi gerekmektedir.¹⁵⁰

B. BORSA İSTANBUL A.Ş.’NİN BORSA İŞLEMLERİNE YÖNELİK YAPTIRIM VE UZUN SÜRELİ TEDBİR YETKİLERİNİN KURUL’A DEVRİ

Bilgi suiistimaline ve piyasa dolandırıcılığına uygulanacak yaptırımlara yönelik 2003/6/AB sayılı Direktif’in 14. maddesinde genel bir hükme yer verilerek üye ülkelerin bu fiillere cezai yaptırım uygulama hakları saklı tutulmuş, idari tedbirler alınmasını veya idari yaptırımlar uygulamasını sağlayacakları hükme bağlanmış, bu tedbir ve yaptırımların ise etkili orantılı ve caydırıcı olması gerektiği belirtilmiştir.¹⁵¹

Amerika’da SEC, diğer devlet kurumlarının desteğine başvurmak zorunda kalmadan hızlı bir faaliyet gerçekleştirebilmek için bir kişinin bir borsaya veya tezgah üstü birliğe katılımını askıya alabilir veya sermaye

¹⁴⁶ <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/314114ec-4ff2-4e43-adb0> (s.e.t. 25.08.2023).

¹⁴⁷ Yargıtay 15. CD, E: 2012/22360, K: 2914/13898, T: 09.07.2014 (Ege/Ege, s. 127).

¹⁴⁸ Hasan Nuri Yaşar/ S. Sena Cabioğlu, “Düzenleyici Ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi”, C. 20, S. 4, 2016, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 70; Hayrettin Kurt, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, C. 18, S. 1, 2014, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 146.

¹⁴⁹ Kurt, s. 147.

¹⁵⁰ Doğan Kütükçü, Sermaye Piyasası Hukuku, C. II, Beta, İstanbul, 2005, s. 476.

¹⁵¹ Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 237, 242.

piyasası aracının ihraç edilmesini yasaklayabilir¹⁵², bir soruşturmanın sonuçlarını yayınlatabilir (utandırma yaptırımı).¹⁵³

SEC'in öz-denetim kuruluşları üzerindeki yetkileri 1934 Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun 19. bölümünde yayımlanmıştır. 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu sec. 8A, 8(b) ve(d) hükümleri ile¹⁵⁴ 1934 tarihli SEA sec. 21C uyarınca¹⁵⁵, SEC tarafından ilgili pay piyasasında manipülatif fiiller gerçekleştiren kişi hakkında geçici işlem yapma yasağı veya işlem yapmaktan sürekli olarak men etme kararı verilebilmektedir. 1934 tarih Kanununun 16 (b) maddesinde ise içerden öğrenen konumunda olan şahısların şirketin menkul kıymetlerinde kısa süreli işlemler yapmalarını sınırlandırmıştır. Bu uygulama "Short Swing Profit Rule" olarak bilinmektedir. Amerika'da önceleri şirketlerin rekabetçi baskıları, borsaları kurumsal yönetim standartlarını uygulamaya koyma isteği ve yeteneğinden yoksun bırakmış, 1975 tarihli Ulusal Piyasa Sistemi mevzuatı, SEC'e, bir borsanın himayesi altında kurumsal yönetim kurallarında yapılan değişiklikleri yalnızca denetlemekle kalmayıp fiili olarak kontrol etme konusunda da geniş bir yetki sunmudur. SEC'in, borsaların önerdiği kuralları onaylama, onaylamama ve hatta ekleme veya silme yetkisi de vardı.¹⁵⁶

New York Menkul Kıymetler Borsası öz-düzenleme kurumuydu. Kendi kurallarına uymayan firmaları listeden çıkarmakla tehdit ederek borsaya kote olan firmaların borsa kurallarına uyma konusunda güvenilir taahhütlerde bulunmalarını sağlayabiliyordu. Teknoloji ve rakip pazarlar geliştikçe listeden çıkma tehdidi azaldı.¹⁵⁷ 1990'lı yıllarda yatırım araçlarının ihracını kolaylaştırmada ABD'de hükümetin olumlu bir rolü gerekli görülse de eyalet yasama organları ve özel menkul kıymet borsaları kurallar oluşturabilirdi. Dahası bürokratik alternatiften çok daha üstün araçlar sağlayan portföy teorisi ve sermaye varlıkları fiyatlandırma modeli karşısında SEC'in artık gereksiz olduğu güçlü bir şekilde dile getirilmekteydi.¹⁵⁸ Hatta söz konusu yıllarda SEC'in kendi bürokratik alanını korumayı amaçlayan oldukça politize edilmiş bir örgüt olduğu eleştirilerinde bulunulmuştur.¹⁵⁹

¹⁵² Veronika Fischer, *The SEC and BaFin US and German Capital Market Supervision in Comparison*, 2008, s. 81.

¹⁵³ Fischer, s. 81.

¹⁵⁴ <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1884/pdf/COMPS-1884.pdf> (s.e.t. 17.08.2023).

¹⁵⁵ <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1885/pdf/COMPS-1885.pdf> (s.e.t. 17.08.2023).

¹⁵⁶ Jonathan R. Macey/ Maureen O'Hara, "Stock Transfer Restrictions And Issuer Choice in Trading Venues", C. 55, , S. 3, 2004-2005, *Case Western Reserve Law Review*, s. 597.

¹⁵⁷ Macey/O'Hara, s. 597.

¹⁵⁸ Jonathan R. Macey, "Administrative Agency Obsolescence And Interest Group Formation: A Case Study of The Sec at Sixty", *Cordoza Law Review*, C. 15, 1994, s. 936.

¹⁵⁹ Macey, s. 949.

Buna karşılık ekonomik-teknolojik gelişmeler ve 2002 tarihli Sarbanes-Oxley Yasası (SOX) ile birlikte eyaletlerin kurumsal yönetimi düzenlemedeki geleneksel rollerinden büyük ölçüde uzaklaşması sonucu borsalara kendi iradesini kabul ettirme konusunda SEC daha fazla imkan bulmuştur.¹⁶⁰ Hatta borsada açığa satışı 2008'de SEC¹⁶¹, yasakladığı gibi küresel ölçekte benzer gelişmeler görülmüş; İngiltere'de FSA (Finansal Hizmetler Otoritesi)¹⁶², İsviçre'de¹⁶³, İsviçre Federal Bankacılık Komisyonu (Swiss Federal Banking Commission SFBC), Avustralya'da¹⁶⁴ Australian Securities and Investments (ASIC) her türlü açığa satışı yasaklamıştır. Avrupa Birliği'nde de¹⁶⁵ açık işlemler konusunda kamuya yapılan bildirim düzenleyici otorite tarafından yapılması kabul edilmiştir (236/2012 sayılı AB Düzenlemesi m. 6/1-2) .

SEC eski üyesi Roberta Carmel, 2000 yılında NYSE ve Nasdaq'ın öz düzenleme işlevlerinin kot listesindeki şirketlerin açıklanması, piyasaların ve yatırım kuruluşlarının gözetimi ve disiplini, üye kuruluşun finansal ve operasyonel uyumu ile borsa müşterilerine adil ve eşit muamelenin dikkate alınması şeklinde dört alanda sınırlanabileceğini öngörmüştür.¹⁶⁶

SPK'nın yetkisinin artırılması, SPK'ya rapor veren Borsa'da ayrı bir birim olması, yasal düzenlemelerle borsaya sınırlandırmalar getirilmesi gibi yöntemlerin uygunluğunun tartışılması gerekmektedir.¹⁶⁷ SPK yetkilerinde borsa işlemlerine yönelik düzenleme yapılması, borsalar arası rekabetin ve işbirliğinin yaygınlaşmasına, yabancı şirketlerin borsaya gelmesine, borsaların da kendi düzenlemeleri yapmasına yardımcı olabilir. Borsalar arası işbirliğini gerektiren şüpheli ticaret faaliyetleri gibi piyasa bozucu eylemlerin SPK tarafından tespit ve takibi kolaylaşır, borsalar arası işbirliği bu tür faaliyetlere yönelik yasal düzenlemelere kaynak da sağlanabilir.¹⁶⁸ Öğretide işlem yasağı süresinin çok uzun olduğu, mevzuatta bu kadar uzun süreli bir başka yaptırımın olmadığı, uzun yaptırım ve tedbir sürelerinin uygulanmasının

¹⁶⁰ Macey/O'Hara, s. 595; <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1883/pdf/COMPS-1883.pdf> (s.e.t. 17.08.2023)

¹⁶¹ <https://www.sec.gov/news/press/2008/2008-211.htm> (s.e.t. 25.08.2023).

¹⁶² <https://www.sbai.org/asset/pdf> (short sell) (s.e.t. 02.09.2023).

¹⁶³ <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/e/aktuell/index.html> (s.e.t. 02.09.2023).

¹⁶⁴ <https://asic.gov.au/about-asic/news-centre/find-a-media-release/2008-releases/08-205-covered-short-selling-not-permitted/> (s.e.t. 02.09.2023).

¹⁶⁵ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:086:0001:0024:en:PDF>(s.e.t. 02.09.2023).

¹⁶⁶ bkz. Steil, s. 13.

¹⁶⁷ bkz. Fleckner, s. 2607 vd.

¹⁶⁸ bkz.Steil, s. 21.

yatırımcıların piyasadan çekilmesine ve borsanın sığlaşmasına yol açtığı belirtilmektedir.¹⁶⁹

Borsa, ihraççı ile yatırımcının buluştuğu bir ticarethanedir.¹⁷⁰ Düzenleyici kategorilerin oluşturulması ve borsaların sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir. Yatırımcı-ihraççı ile borsa üyeleri olan aracı kuruluşlar arasında çatışan çıkarları konusunda dikkatli olmalıdır. Özel çalışma alanları arasında yatırımcı/alıcı ücretleri veya emir akışı için ödeme şeklinde parasal teşvik ya da ödülleri yer almalı, içeriden öğrenenlerin ticareti ve manipülasyon eylemlerinin kesin sınırları düzenlenmelidir. Borsalarda düzenlemeler konusunda gerektiğinde borsa üyeleri zorunlu testlere tabi tutulmalıdır.¹⁷¹

Borsa'nın amacı tüm şirketlerde olduğu gibi kâr elde etmek olduğundan kural koyucu olmak istemezler. Dolayısıyla borsalar ise kural koyarken yetkileri ve amaçları ile sınırlı olmalıdır.¹⁷² Nitekim şirket üyeleri bir borsanın kurallarına uymanın sakıncalı olduğunu düşündüklerinde, daha az kısıtlayıcı kuralları olan rakip borsalara yönelebilir.¹⁷³ Elektronik ve iletişimin gelişimi de borsa üyeleri olan yatırım kuruluşlarına ihtiyacı azaltmakta, yatırımcıların yatırım araçlarına yatırım kuruluşu olmadan katılımını desteklemektedir.¹⁷⁴

SONUÇ

ABD ve Avrupa'da ekonomik alandaki bağımsız denetim kurumları ve bağımsız idari otoriteler tek çatı altında toplanmaktadır.

Son yıllarda borsaların şirketleşmesi (demutualization) sonucu sermaye piyasasında adil olma, serbest piyasanın teşvik edilmesi ve yatırımcının korunması ilkelerine göre SPK'nın düzenleyici kuralları yapma yükümlülüğünü zorunlu hale getirmektedir.

SerPK m. 101 dışındaki diğer işlem yasakları SPK ve Borsa İstanbul tarafından uygulamaktadır. Uyuşmazlıklarda doğabilecek karışıklıkların önlenmesi bakımından düzenleyici otorite olarak SPK'nın ve kâr amacı ile kurulan İstanbul A.Ş.'nin borsa işlemlerine yönelik yaptırımlarında kapsamlı ve tutarlı bir regülasyona ihtiyaç bulunmaktadır.

¹⁶⁹ Sinan Bayındır, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu*, Beta, İstanbul, 2011, s. 106.

¹⁷⁰ Ali Pashlı, "Türk Ticaret Kanunundaki Sermaye Piyasası Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)*, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 35; 6762 sayılı TTK m. 12/VIII hükmünde borsa ticarethane olarak değerlendirilmiştir.

¹⁷¹ Paul Mahoney/Gabriel V. Rauterberg, "The Regulation of Trading Markets: A Survey and Evaluation" In *Securities Market Issues for the 21st Century*, edited by Merritt B. Fox et al, *New Special Study of the Securities Markets*, Columbia Law School, New York, 2018, s. 276.

¹⁷² Fleckner, s. 2586, 2587.

¹⁷³ Macey/O'Hara, s. 604.

¹⁷⁴ Steil, s. 23.

Borsa güvenilirliğinin temini ve sürekliliği, yatırımcıların korunması için borsa işlemleri bir yandan kurallara uygun ve şeffaf şekilde yapılmalı; öte yandan borsa işlemlerini gerçekleştirenler de denetlenmelidir. Bunun için düzenleyici kategorilerin oluşturulması ve borsaların sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir. Küresel ölçekteki borsalara ilişkin gelişmeler karşısında SPK'nın yetkisinin artırılması, SPK'ya rapor veren Borsa'da ayrı bir birim olması, yasal düzenlemelerle borsaya sınırlandırmalar getirilmesi gibi yöntemler değerlendirilmelidir.

Bir şirket olarak borsanın üyelerine yönelik uzun yaptırım süreleri uygulaması yatırımcıların piyasadan çekilmesine ve borsanın daralmasına yol açmaktadır.

SPK'nın adli ve idari yargı yerlerinde açtığı davalar yerine Ticaret Bakanlığı ve SPK tarafından organize edilecek idari nitelikteki duruşmalar ve tahkim mekanizması gibi alternatif yargılama usulleri etkili bir yöntem olabileceği gibi güvenli limanlar (safe harbours) olarak adlandırılan pay sahiplerini şikayet ve taleplerinin yeterliğini test etme, ödüllendirme, borsa üyesinin mevzuat değişikliği hususunda görüşlerine yönelik test esasına dayalı yöntemlere başvurulabilir.

İçeriden öğrenenlerin ticareti ve manipülasyon eylemlerinin kesin sınırları düzenlenmelidir.

SPK'da borsa işlemlerine yönelik düzenleme yapılması, borsalar arası rekabetin ve işbirliğinin yaygınlaşmasına, yabancı şirketlerin borsaya gelmesine, borsaların da kendi kazanç amacına dönük düzenlemeleri yapmasına yardımcı olabilir.

SPK halka açık anonim şirketlerinin genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına karşı dava açabilmektedir. Borsaya karşı da adli yargıda dava açabilmektedir. Buna karşılık SPK'nın idari işlemlerindeki sakatlıklar idari bir işlemle veya yargı kararı ile alınabilecek iptal kararı ile ortadan kaldırılmaktadır. Bu bağlamda idare mahkemesi SPK'nın kararını iptal etmiş ve karar kesinleşmiş ise, SPK'nın kararını dayanak yapan ortaklık kararı da uygulanabilirliğini kaybedeceği için ayrıca Asliye Ticaret Mahkemesinde Borsa işlemine karşı dava açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin ya da Finans Mahkemesinin tespit kararına karşı İdare Mahkemesinin iptal kararı çelişki oluşturabilmektedir. Her iki mahkemenin yargılama usulleri ile kanun yolu süreleri de farklıdır. Borsa işlemlerine uzun süreli yaptırım ve tedbir işlemlerinde münhasır yetki SPK'ya ait olması gerekirken borsa işlemlerinin öncelikle özel hukuka ilişkin olması nedeniyle yatırımcıları doğrudan ilgilendiren uyuşmazlıkların nihai çözüm mercii adli yargı içerisinde olmalıdır.

KAYNAKÇA

Akgül A, Danıştay Kararları Işığında Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Beta, İstanbul, 2008.

Ata Ö, Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satıma Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, Onikilevha, İstanbul, 2020.

Aytaç Z, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, BTHAE, Ankara, 1988.

Aydın N/ Başar M/ Coşkun M, Finansal Yönetim, Detay Yayıncılık, Ankara, 2021.

Aydın S, Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Bahtiyar M, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2019.

Bayındır S, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta, İstanbul, 2011.

Bayar G, “ Sermaye Piyasasında İşlem Yasağı Uygulaması”, S. 259, 2003, Vergi Dünyası Dergisi, ss. 167-170.

Cheffins, B R/Reddy B V, “Will Listing Rule Reform Deliver Strong Public Markets for the UK”, C. 86, S. 1, 2023, Modern Law Review, ss. 176-213.

Çetin N, Borsada Hisse Senedi Alım Satım İşlemlerinin Hukuki Niteliği, SPK Yayını, Ankara, 2004.

Çetin N/ Töremiş H E/ Cantimur Z, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistemik Analizi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Dursun, S, “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), Onikilevha, İstanbul, 2019.

Ege İ/ Ege Ö, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması ‘6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre’, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Fischer V, The SEC and BaFin US and German Capital Market Supervision in Comparison, 2008.

Fleckner A M, “Stock Exchanges at the Crossroads”, C. 74, S. 5, 2006, Fordham Law Review, ss. 2541-2620.

Günel V, Sermaye Piyasası Hukuku, İkinci Baskı, SPK Yayınları, Ankara, 1987.

İnceoğlu M M, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Karacan A İ, Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar, C. I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Karakurt A, “Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar”, S. 85, 2009, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 137-172.

Kazgan H, Tarih Boyunca İstanbul Borsası, İMKB Yayınları, İstanbul, 1995.

Keskin D, “Hukuki Açından Finansal Türev Araç Kavramı”, C. 24, S. 4, 2008, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi, ss. 125-153.

Kılıç S/Alp A/Delikanlı, İ U, “Borsa Şirketlerinde Genel Kurula Katılma ve Oy Haklarının Kullanılması; Pay Blokajı Şartının Kaldırılması Sonrasındaki Uygulama, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, C. 8, S. 2, 2014, BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi, ss. 75-98.

Konuralp H/ Konuralp A, “Borsa Uyuşmazlıkları”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BTHAE, Ankara, 1998, ss. 591-608.

Kotar E, “Türkiye’de Menkul Kıymet Borsaları”, C. 5, S. 1, 1969, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, ss. 51-76.

Kurt H, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, C. 27, S. 1, 2014, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 131-178.

Küçüksözen C, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açından Değerlendirilmesi, SPK Yayını, Ankara, 1999.

Kütükçü D, Sermaye Piyasası Hukuku, C. 2, Beta, İstanbul, 2005.

Macey J R, “Administrative Agency Obsolescence And Interest Group Formation: A Case Study Of The Sec At Sixty”, C. 15, 1994, Cordoza Law Review, ss. 909-949.

Macey J/ O’Hara M, “Stock Transfer Restrictions And Issuer Choice in Trading Venues”, C. 55, S. 3, 2004-2005, Case Western Reserve Law Review, ss. 587-616.

Mahoney P G/ Rauterberg, G V, “The Regulation of Trading Markets: A Survey and Evaluation” In Securities Market Issues for the 21st Century, edited by Merritt B. Fox et al., New Special Study of the Securities Markets, Columbia Law School, New York, 2018, ss. 221-281.

Manavgat Ç, Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, BTHAE, Ankara, 2008.

Manavgat Ç, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesi Hükümüne Göre Kaydi Sistemin Esasları, C. 50, S. 2, 2001, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 159-191.

Manavgat Ç, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, BTHAE, Ankara, 2016.

Nyasha S/ Ohiambo N M, “Stock Market Development In The United Kingdom: Prospects And Challenges”, C. 12, S. 7, 2013, International Business & Economics Research Journal, ss. 725- 736.

Ortağ E, Osmanlı İmparatorluğu’nda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon, Türkiye Bankalar Birliği Yayını, İstanbul, 2018.

Özdemir G D, Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Paslı A, “Türk Ticaret Kanunundaki Sermaye Piyasası Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), Onikilevha, İstanbul, 2019, ss. 27-42.

Soydemir S/Akyüz A, Sermaye Piyasası ve Borsa –Ekonomik Analiz, Kurumsal Yapı, Tarihçe ve Tanıklar-, Scala Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Sansar N G, “Dünya Sermaye Piyasalarında Yeni Düzen: Borsaların Geleceği”, C. 4, S. 1, 2017, İktisat Politikaları Araştırmaları Dergisi, ss. 95-108.

Steil B, “Changes in the Ownership and Governance of Securities Exchanges: Causes and Consequences”, Brookings-Warnton Papers on Financial Services-Wharton School, 2002.

Sumer A, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, 3. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002.

Şen Doğramacı H, “Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu”, C. 30, S. 3, 2022, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1043-1077.

Tarhan D G, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler Ve Sonuçları, Onikilevha, İstanbul, 2018.

Teoman Ö, “Menkul Değer Borsaları ve Alman Sistemi”, Tüm Makalelerim (1971-2001), C. I-II, Onikilevha, İstanbul, 2012, ss. 213- 234

Tetik N/ Kanat E, “Osmanlı Devleti’nde Menkul Kıymet İşlemleri”, S. 17, 2019, Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss. 142-151.

Turanboy A, Varakasız Kıymetli Evrak, BTHAE, Ankara, 1998.

Tuncer S, Türkiye’de Sermaye Piyasası (Teori-Uygulama), Okan Yayın Dağıtım, İstanbul, 1985.

Ulusoy A, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Ülgen H/ Helvacı M/Kendigelen A/Kaya A, Kıymetli Evrak Hukuku, Onuncu (Tıpkı) Bası, Onikilevha, İstanbul, 2015.

Yasaman H, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, Kazancı Matbaası, İstanbul, 1992.

Yasin M, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Yaşar H N/ Cabioğlu Güler, S S, “Düzenleyici Ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi”, C. 20, S. 4, 2016, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 63-80.

<https://asic.gov.au>

<https://www.borsaistanbul.com>

<https://deutsche-boerse.com>

<https://eur-lex.europa.eu>

<https://www.fca.org.uk/>

<https://www.finma.ch>

<https://www.govinfo.gov>

<https://www.kap.org.tr>

<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://www.nyse.com>

<https://www.sbai.org>

<https://www.sec.gov>

<https://spk.gov.tr>

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ İTİRAZ YETKİSİNE YÖNELİK BİR DEĞERLENDİRME

*An Evaluation Regarding the Objection Authority of the Chief Public Prosecutor
Office in the Court of Appeal*

Uğur İHTİYAROĞLU*

Öz: İstinaf kanun yolunun kabul edilmesi öncesi ceza muhakemesi sistemi iki dereceli muhakeme yapısına sahipti. Bu yapı istinaf kanun yolu ile birlikte üç dereceli bir sisteme dönüşmüştür. İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar hem hukuki hem de maddi açıdan incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu bakımdan sadece onama ve ret kararları verilmemekte; somut olaya göre ilk derece mahkemesi kararları değiştirilmektedir. 20.07.2017 tarihinde Ceza Muhakemesi Kanunu'na eklenen 308/A maddesi yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına kesin nitelikteki kararlara karşı itiraz hakkı tanınmıştır. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı, usule ilişkin eşaslı bir işlemdir. Bu işlemle ceza dairesinin vermiş olduğu kararın yeniden gözden geçirilmesi amaçlanır. Talep üzerine ilgili ceza dairesi talebi yerinde görerek vermiş olduğu kararı değiştirebilir. Eğer talep yerinde görülmez ise dosya ceza dairesi başkanlar kuruluna gönderilir. Kurul itirazın kabulüne karar verirse; dosya gereği için ilgili dairesine gönderilir. İtiraz sonucu ceza dairesi tarafından kesin olarak verilen karar, sanık aleyhine ya da lehine olacak şekilde değiştirilebilir. Anayasa Mahkemesi sanık aleyhine yapılan itirazlar yönünden, 2022 yılında verdiği iptal kararında adil yargılanma hakkına işaret etmiştir. İtiraz yetkisinin sınırlarının ve kapsamının iptal kararı sonrası incelemesi de çalışmada yer almıştır.

Anahtar kelimeler: İtiraz, olağanüstü kanun yolu, ceza dairesi başkanlar kurulu, istinaf, yargılama.

Abstract: Before the adoption of the appeal remedy, the criminal procedure system had a two-stage structure of procedure. This structure has turned into a three-level system with the appeal remedy. Decisions made by first-instance courts are subject to both legal and material scrutiny in the appeal remedy. In this respect, not only approval and rejection decisions are made, but also the first instance court decisions are changed according to the concrete case. Article 308/A added to the Criminal Procedure Code on 20.07.2017 entered into force. With this regulation, the Chief Public Prosecutor's Office in the District Administrative Court has given the right to appeal against final decisions. The objection of the Chief Public Prosecutor's Office in District Administrative Court is a fundamental procedural action. With this procedure, it is aimed to review the decision of the criminal chamber. Regarding the request, the relevant penal office may change its decision by deeming the request appropriate. If the request is not approved, the file is sent to the board of directors of the criminal chamber. If the Board decides to accept the objection; the file is sent to the relevant department for the requirement. The final decision given by the criminal chamber as a result of the objection may be changed in favor of or against the accused. The Constitutional Court pointed out the right to a fair trial in its annulment decision given in 2022 regarding the objections made against the defendant. The review of the limits and scope of the authority to object after the annulment decision was also included in the study.

Keywords: Objection, extraordinary remedy, board of directors of criminal chambers, appeal, trial.

* Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, adaletbakanlik52@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8171-3579.

Makale Geliş Tarihi: 02.08.2022, Makale Kabul Tarihi: 27.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391745

GİRİŞ

Yargılamalar sonucunda mahkemeler tarafından verilen kararlardaki hataların ve hukuka aykırılıkların giderilmesi için bir takım kanun yolları bulunmaktadır. Genel olarak kanun yolları, kararın başka bir makam tarafından incelenmesini sağlamaya yöneliktir.¹ Hukuk sisteminde kanun yollarının bulunmasının amacı, en bilge yargıçların bile hata yapmalarının olağan olduğu düşüncesine dayanmaktadır.² Mahkemeler tarafından verilen kararı uygun bulmayan tarafların, kararın bir başka makam tarafından incelenmesini istemeleri, adalete olan güvenin artmasını sağlayacaktır.³ Kararın bir üst merci tarafından incelenmesinin talep edilmesi durumunda, uyuşmazlık farklı bir makam ya da mahkeme tarafından incelenir.⁴ Bu durum aktarma yetkisi olarak tanımlanır. Kanun yolu incelemesi genelde üst dereceli makam tarafından yapılır. Fakat bazı hallerde bu inceleme, kararı veren makamları aynı seviyedeki bir başka makam tarafından yapılabilir.⁵

Mahkemeler hüküm vermekle dosyadan el çekmiş olur. Mahkeme kararlarındaki hataların ve hukuka aykırılıkların giderilmesi için bazı hukuki yolların kabul edilmesi gerekir. Kanun yolları, mahkeme kararlarındaki eksikliklerin, hataların ya da hukuka aykırılıkların incelenmesi açısından önemlidir.⁶ Kararlarda, maddi veya hukuki boyuta dönük aykırılıklar ortaya çıkabilir.⁷ Cezai açıdan maddi boyut, atılı suçun sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir. Hukuki boyut ise; eyleme uygun kanun maddesinin uygulanıp uygulanmadığıdır. İlk derece mahkemesinin kararı isabetsiz ve hukuka aykırı olabileceği gibi, kanun yolu denetimi yapan makamların kararları da isabetsiz ve hukuka aykırı olabilir. İsabetsiz ve hukuka aykırı olduğu düşünülen kararlara karşı kanun yolunun açık olması durumunda, tarafların başvurusu üzerine hataların ve hukuka aykırılıkların incelenmesi mümkün olmaktadır. İstinafa konu olabilecek kararlar da ilk derece mahkemeleri tarafından verilen hüküm niteliğindeki ilâmlardan oluşmaktadır.⁸ Ancak hükme esas teşkil eden ve hükümden önce kurulan bazı ara kararlar ayrıca istinaf konusu olabilmektedir.⁹ Diğer taraftan ilk derece mahkemelerinin her

¹ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 817.

² Uğur Ersoy, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtirazı”, C.10, S. 29, 2015, Ceza Hukuku Dergisi, s. 60.

³ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 515.

⁴ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 705.

⁵ Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2018, s. 373.

⁶ Ersoy, s. 68 vd.

⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 372.

⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 373.

⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 849.

kararı istinaf yoluna tabi değildir. Yargılamanın hızlı şekilde gerçekleşmesi ve usul ekonomisi gereği bazı kararlara karşı kanun yolları sınırlandırılmıştır. Bu nedenle istinaf konusu olabilecek ilk derece mahkemeleri kararları, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 272'nci maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır.

İstinaf mahkemelerinin göreve başladığı 20.07.2016 tarihi itibariyle, bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen kesin kararlara karşı başvurulabilecek herhangi bir kanun yolu belirlenmemiştir. Bu durum, o dönem kesin nitelikteki kararlardaki hukuka aykırılıklar ve hatalar yönünden sorun oluşturmuştur. Daha sonra 20.07.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesi ile CMK'na eklenen 308/A maddesinde "*Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi*" başlığı altında düzenleme yapılmıştır. Böylece bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen kesin nitelikteki kararlara karşı itiraz imkânı sağlanmıştır. Daha sonra 7188 sayılı Kanun ile CMK'nun 308/A maddesinde yapılan değişiklikle birlikte, ilgili dairesi tarafından kabul olunmayan itirazların ceza dairesi başkanlar kurulu tarafından incelenmesi usulü getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) 26.01.2022 tarihli ve 2021/48 esas, 2022/7 sayılı kararı¹⁰ ile CMK'na eklenen 308/A maddesinin birinci cümlesinin "*sanığın aleyhine itirazlar*" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline; kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren dokuz ay sona yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. İptal kararı sonrası 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 22'nci maddesi gereğince yeniden düzenleme yapılarak sanığın aleyhine yapılacak itirazlar yönünden birtakım şartlar getirilmiştir.¹¹ Açıklananlar kapsamında bu çalışmada, itiraz yetkisinin genel esasları, itiraz usulü, itiraz üzerine yapılan incelemeye değinilmiştir.

I-BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ İTİRAZ YETKİSİNİN GENEL ESASLARI

A. İTİRAZIN HUKUKİ NİTELİĞİ

5271 sayılı CMK'na ait ilk düzenlemede bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri tarafından verilen kesin nitelikteki kararlara karşı başvurulabilecek herhangi bir kanun yolu öngörülmemiştir. Bu durum

¹⁰ 14.4.2022 tarihli ve 31809 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹¹ 7445 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile CMK. 308/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, "(1) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, re'sen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. Sanık aleyhine itiraz edilebilmesi için kararı etkileyecek nitelikte esaslı bir hatanın bulunması zorunlu olup, bu itiraz sanık veya müdafine daire tarafından tebliğ olunur. Tebliğat, ilgililerin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılmasıyla geçerli olur. İlgililer, tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir." şeklinde düzenlenmiştir.

doktrinde uzun süre tartışılmıştır.¹² Eleştiriler kapsamında, kesin nitelikteki kararlara karşı başvuru yönünden CMK'ndaki istinafa ilişkin hükümlerde, kanun koyucu tarafından birtakım değişiklikler yapılmıştır. CMK'nda 20.07.2017 tarihinde yapılan değişiklikle, 308/A maddesi 'Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi' başlığında eklenmiştir. İlgili düzenlemede, "(1) (Değişik cümle: 28/3/2023-7445/22 md.) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, re'sen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. (Ek cümleler:28/3/2023-7445/22 md.) Sanık aleyhine itiraz edilebilmesi için kararı etkileyecek nitelikte esaslı bir hatanın bulunması zorunlu olup, bu itiraz sanık veya müdafisine daire tarafından tebliğ olunur. Tebligat, ilgililerin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılmasıyla geçerli olur. İlgililer, tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir. (Değişik cümleler: 17/10/2019-7188/30 md.) Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderir. Kurula gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlanır. (Ek cümleler: 17/10/2019-7188/30 md.) Kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gereği için dairesine gönderilir. Kurulun verdiği kararlar kesindir. Dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar. Başkanlar kurulunun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir." yer almaktadır.

Kanun koyucu bu düzenleme ile birlikte, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılıklarına itiraz yetkisi tanımış; kesin kararlardaki hukuka aykırılıkların denetlenmesi imkânı sağlanmıştır. İtiraz yetkisi bir bakıma temyiz kanun yolundaki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınan itiraz yetkisine benzemektedir. Her iki itiraz yetkisi kesin nitelikteki kararlara yönelmekte; yeniden inceleme yapılması ve yapılan hataların düzeltilmesine imkân tanımaktadır. Fakat Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazının hukuki boyutu yönünden doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.¹³ Şahin/Göktürk'e göre, Başsavcı itirazı CMK'nda olağanüstü yol olarak düzenlenmiştir ve sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın bu yetkiye sahip olmasından dolayı olağanüstü kanun yolu olduğu savunulmaktadır.¹⁴ Hakeri/Ünver'e göre, Yargıtay tarafından verilen kesinleşmemiş kararlara ve bozma kararlarına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazının mümkün olduğu, bu nedenle olağan kanun yolu olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁵ Ersoy'a

¹² Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 306.

¹³ Ersoy, s. 85.

¹⁴ Şahin /Göktürk, s. 306.

¹⁵ Yener Ünver /Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 810.

göre, kanun yolları arasında olağan-olağanüstü olarak bir ayrıma gerek bulunmamaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı, niteliği gereği erteleyici ve aktarıcı özelliktedir.¹⁶ Doktrindeki baskın görüş, itirazın sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınması ve kesinleşmiş kararlara karşı yönelmesi nedeniyle itirazın olağanüstü nitelikte olduğudur.¹⁷ CMK'nun 308/A maddesinde yer alan düzenlemeye de benzer şekilde kesinleşen kararlara karşı itiraz yoluna başvurulmasından hareketle, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisinin de olağanüstü kanun yollarından biri olduğu doktrinde kabul görmektedir. Kesinleşmiş kararlara karşı itiraz yolunun açık olduğu ve bu yetkinin yalnızca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanıldığı nazara alındığında, itirazın olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar iki yönlü incelenir. Hem maddi olayın içeriği değerlendirilir hem de hukuk kurallarının gereği gibi uygulanıp uygulanmadığı denetlenir.¹⁸ İnceleme temelinde yeni bir olay yargılaması şeklindedir. Yani bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin yaptığı tespitlere bağlı olmaksızın maddi olayı inceler. Bu durum yeni bir yargılama olarak nitelendirilebilir. Sözlülük ve doğrudan doğruyalık ilkeleri uygulanarak muhakeme gerçekleştirilir.¹⁹ İtiraz bu kapsamda bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından verilen kararlara yönelmektedir. İtiraz yoluna Cumhuriyet başsavcılığı kendiliğinden veya tarafların istemi üzerine başvurabilmektedir. İtirazın, daire ilâmının kendisine verilmesinden itibaren otuz günlük sürede yapılması gerekir.²⁰ Sanığın lehine yapılacak itirazda herhangi bir süre sınırı yoktur. İtiraz yetkisi bir bakıma, ceza daireleri başkanlar kuruluna itiraz edebilme imkânı tanıyan kanun yoludur.

Açıklananlar kapsamında bu kanun yolunun; istinaf davası üzerine bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin verdiği kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, istinafa konu hükmün ve daire kararının bir defa da bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunca incelenmesi için başvurulabilen bir olağanüstü kanun yolu olduğunu söylemek mümkündür.²¹ Kesinleşen kararlara yönelen bu kanun yolunun, uygulamadaki sorunlara büyük ölçüde çözüm getirdiği söylenebilir.

¹⁶ Ersoy, s. 92-93.

¹⁷ Serdar Talas, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcı İtirazı", C.70, S. 1, 2012, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 159.

¹⁸ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 540.

¹⁹ A. Tanju Sarıgül, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017, s. 13.

²⁰ Sanığın aleyhine itiraz yönünden AYM, E: 2021/48, K:2022/7, T:26.01.2022 kararı bulunmaktadır.

²¹ Hakan Gündüz, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi", C.24, S. 4, 2020, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 562.

B. İTİRAZ KOŞULLARI

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı tarafından itiraz yoluna, CMK'nun 308/A maddesinde yer aldığı şekliyle ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı başvurulmaktadır.²² Madde düzenlemesinde yer aldığı üzere ceza dairelerinin verdiği tüm kararlara karşı değil, sadece kesin nitelikteki kararlara karşı itiraz yolu kullanılabilir.²³ İtiraz yoluna başvurulabilecek kesin nitelikteki kararlar, CMK'nun 286'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer almaktadır.²⁴

Yasal düzenleme dikkate alındığında, ceza daireleri tarafından verilen bozma kararlarına ayrıca temyiz ve itiraz yoluna başvurulabilecek kararlara karşı, itiraz kanun yoluna gidilemeyecektir. Yasal düzenlemede bazı suç tiplerine özel bir önem atfedilmiş ve yukarıda yer alan bentlerin kapsamında yer alsa dahi, bu suçlara ilişkin istinaf incelemesi sonucunda verilen kararlara karşı temyiz kanun yolu açık bırakılmıştır.²⁵ Diğer yandan CMK'nun 284'üncü maddesinin 1'inci fıkrası gereği direnme imkânı, bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı bulunmamaktadır. CMK'nun 286'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında ise, *“bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir”*

²² Mustafa Artuç, “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi Kapsamındaki Kararlar”, S.17, 2021, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 86.

²³ Şenkut Evren, “Değişiklikler Sonrasında Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nın İtiraz Yetkisi”, C.25, S.43, 2020, DÜHFD, s. 341.

²⁴ CMK'nun 286'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, *“a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları, b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları, c) (Ek: 20/7/2017-7035/20 md.) Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen; seçenek yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar, d) (Anayasa Mahkemesinin 27/12/2018 tarihli ve E.:2018/71 K.:2018/118 sayılı Kararı ile İptal; Yeniden Düzenleme:20/2/2019-7165/7 md.) İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272'nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, e) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, f) (Değişik: 18/6/2014-6545/78 md.) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları, g) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak (...)2)istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları, h) (Değişik: 18/6/2014-6545/78 md.) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar, ı) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları”* yer almaktadır.

²⁵ Gündüz, s. 565.

denilmektedir. İlgili düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, ceza daireleri tarafından verilen bozma hükümlerine karşı itiraz yoluna Cumhuriyet başsavcılığı tarafından gidilemeyeceği anlaşılmaktadır.²⁶ CMK'nun 284'üncü maddesinin gerekçesindeki, “*Bölge adliye mahkemelerince yalnızca...hukuka kesin aykırılık hallerinde bozma kararı verilebileceğinden, bu bozma kararlarına karşı ilk derece mahkemelerine direnme hakkı tanınmamış, bunlara karşı herhangi bir kanun yolu da öngörülmemiştir*” şeklindeki ifade karşısında, kanunun direnilmesini dahi arzu etmediği bölge adliye mahkemesinin bozmaya yönelik kararları bakımından olağanüstü kanun yolunun açık olması düşünülemez.²⁷ Ayrıca kesin nitelikte olan koruma tedbirlerine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı da itiraz yoluna başvurulması mümkün değildir.²⁸ Bu bakımdan CMK'nun 308/A maddesinde yer alan olağanüstü itiraz yolunun konusunu koruma tedbirleri oluşturmamaktadır.²⁹ Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin ön inceleme sırasında izleyeceği yolun yer aldığı CMK'nun 279'uncu maddesinde ön inceleme sonunda ceza dairesinin vereceği “*istinaf başvurusunun reddine*” dair kararlara CMK'nun 267'nci maddesi çerçevesinde itiraz yolu öngörülmüş olmakla birlikte, CMK'nun 276'ncı maddesi kapsamında ceza dairesince verilen kararlara karşı CMK'nda itiraz yolu öngörülmemiştir. Bu durum da anılan madde kapsamında ceza dairelerince verilen kararların kesin nitelikte olduğunu göstermektedir.³⁰

C. İTİRAZ NEDENLERİ

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının hangi sebeplerle itiraz kanun yoluna başvurulabileceği hususunda CMK'nun 308/A maddesinde bir açıklık yoktur. Bir belirleme olmasa da itiraz yoluna ancak hukuksal sebeplere dayalı olarak başvurulabileceği ileri sürülebilir. Nitekim Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı bakımından da bu yönde görüşler ileri sürülmüştür.³¹ Temyiz kanun yoluna da ancak hukuki sebeplere dayalı olarak başvurulmaktadır. Yargıtay tarafından yapılan inceleme, hükmün hukuki yönden denetlenmesine ilişkindir. Temyiz mahkemesi kararlarına karşı yapılan itirazın hukuki nedene dayanması, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (YCGK) sadece kararın hukuki boyutuna yönelik inceleme yapması beklenir. Fakat uygulamada, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı hem

²⁶ Fidan Balcı/Seyithan Öztürk, Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 259 vd.

²⁷ Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde İstinaf, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 335.

²⁸ Artuç, s. 87.

²⁹ Seydi Kaymaz, “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (Cmk M. 308/A)”, C.24, S. 4, 2020, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 427.

³⁰ Gündüz, s. 566-567.

³¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 897.

hukuki hem de maddi olaya ilişkin nedenlere dayalı olarak itiraz yoluna başvurabilmektedir. YCGK itiraza konu kararı, hukuki ve maddi olay bakımından ayrı ayrı incelemektedir. Benzer durum Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı bakımından da geçerlidir. Maddi olay dışında hukuki yönden de inceleme yapılmaktadır.³²

İtirazın hangi sebeplere dayanması konusunda CMK'nun 308/A maddesinde bir açıklık olmaması karşısında, bir sınırlamadan söz etmek de mümkün değildir.³³ İstinaf aşamasında hüküm hem maddi olay açısından hem de hukuki boyutuyla incelemeye tabi tutulduğundan ve gerektiğinde davanın baştan görülmesi ve yeniden yargılama yapılmak suretiyle bir hüküm verilebileğinden, itiraz üzerine yapılacak incelemede hukuki ve maddi açıdan kararın tüm boyutuyla incelenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³⁴ Bu nedenle herhangi bir sınırlama yapılmamasına karşın maddi veya hukuki açıdan hukuka aykırılık görülen tüm kararlara karşı itiraz edilebilecektir.³⁵ Hatta istinaf başvurusunda yer alan ancak bölge adliye mahkemesi istinaf dairesince dikkate alınmayan nedenlere dayalı olarak itirazda bulunulmasının önünde bir engel yoktur. Ancak itiraz konusu edilen hukuka aykırılığın esaslı olması, bir diğer deyişle hükmün esasına etkili olması gereklidir.³⁶

³² İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 3. CD., E:2023/3870, K:2023/4462, T: 26.10.2023 kararında, *"..İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nca 24/10/2023 tarihli dilekçe ile; Dairemizin 06/05/2021 - 2020/1515 (E) 2021/1152 (K) sayılı dosyasında "kullanmak için uyuştururucu madde bulundurma " suçundan verilen hükmün düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararına karşı CMK'nın 308/A maddesi gereğince itiraz yoluna başvurulmakla..6545 sayılı Kanun'un 68. Maddesi ile değişik 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesi uyarınca; kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan soruşturma yürütülen sanık hakkında kamu davası açılabilmesinin ön şartı, öncelikle bu kişi hakkında verilmiş bir kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının bulunması olduğuna ve sanık hakkındaki 18.01.2016 tarihli tespit nedeniyle verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının, bu tespit nedeniyle açılan davada verilen "beraat" kararının kesinleşmesi ile hükmünü yitirdiğinin anlaşılmasına göre Cumhuriyet savcısının itiraz sebepleri yerinde görülerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur..Cumhuriyet savcısının İTİRAZININ KABULÜNE..."* yer almaktadır.

³³ Kaymaz, 2020b, s. 428.

³⁴ M. Ruhan Erdem/Candide Şentürk, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 174.

³⁵ Cengiz Ünsal, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının Olağanüstü İtiraz Yetkisi", C.71, S. 1, 2022, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 554.

³⁶ Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 4. CD., E:2023/4022, K:2023/3405, T: 19.10.2023 kararında, *"...Sanık hakkında mağdurun zararını soruşturma sırasında gidermesi nedeniyle TCK'nın 168/1.maddesi uyarınca indirim yapılırken yasal sınırların altında 1/3 oranında indirim yapılmak suretiyle fazla ceza tayin edildiği bu nedenle itirazın yerinde olduğu değerlendirilmekte, Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi C.Başsavcılığı'nın CMK'nın 308/A maddesi uyarınca Dairemizin 02.10.2023 tarih 2023/3022 Esas ve 2023/3028 K.sayılı İstinaf başvurusunun esastan reddine dair kararına yönelik itirazının KABULÜ ile..."* yer almaktadır.

Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından usule ilişkin itirazların da dikkate alındığı görülmektedir.³⁷

Bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri başkanlar kurulları da itiraz üzerine hükmü hem hukuki hem de maddi mesele yönünden incelemektedirler. Öğretide olağanüstü nitelikteki kanun yollarına ancak önemli bazı hukuka aykırılıklar sebebiyle başvurulabileceği belirtilmektedir. İtiraz yolunun kesin hükümlere yönelmesi nedeniyle olağan kanun yollarına nazaran daha sıkı şartlara tabi tutulması beklenebilir. Başvurulan kanun yolunun istisnai niteliği bunu gerektirir. Ancak bu konuda tek bir kriter kabul edilmesi mümkündür değildir. Olağanüstü itiraz yoluna sadece önemli görülen bir takım hukuka aykırılık nedeniyle başvurulması gerektiğini ileri süren yazarlar da bu hukuka aykırılıkları sınırlandıramamıştır.³⁸ Eğer, hukuka aykırılık hükmün sonucuna etkili değilse, olağan kanun yoluyla kararın bozulması ya da yeniden bir hüküm verilmesi gündeme gelmeyecektir. Maddi hukuka ilişkin hususlarda, örneğin suçun yanlış nitelendirilmesi, artırım veya indirim öngören nitelikli hallerin uygulanmaması gibi hata halleri, itiraz yoluna başvurulması için yeterlidir.³⁹ İkinci kez tekerrüre hatalı kararın esas alınması nedeniyle yapılan itirazın kabulüne karar verildiği görülmektedir.⁴⁰

³⁷ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. CD., E:2023/2340, K:2023/2016, T: 10.10.2023 kararında, “Dairemizin 18/05/2023 tarih 2022/1357 esas 2023/1179 karar sayılı kararına karşı, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 12/09/2023 tarih 2023/2333 sayılı itiraz değerlendirme nosu ile CMK 308/A maddesi uyarınca yapılan itirazda; Sanık hakkında korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçundan verilen hükümde Anayasa Mahkemesinin 02/08/2022 tarihli 31911 sayılı Resmi Gazetede 2020/87 Esas 2022/44 sayılı kararı ile, 02/08/2022 tarihine kadar kesin hüküm almamış dosyalarda seri muhakeme işleminin uygulanması gerektiği, 14/07/2021 tarih öncesine ait suçlarda diğer suçlarla birlikte işlenmesi halinde seri muhakeme usulünün uygulanmasının gerekli olduğu, mevcut dosyanın Anayasa Mahkemesi kararının yayımladığı tarihten sonra 18/05/2023 günü kesinleştiği, suç tarihinin ise 2016 yılı olması nedeniyle, bozma kararı verilerek dosyanın ilk derece Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi kararı verilmesi gerekirken sanık hakkında Esastan Red kararı verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir..İTİRAZIN KABULÜ İLE...” yer almaktadır.

³⁸ Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde İstinaf, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.351.

³⁹ Kaymaz, 2020b, s. 431.

⁴⁰ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 3. CD., E:2023/3960, K:2023/4097, T: 06.10.2023 kararında, “..İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nca 05/10/2023 tarihli dilekçe ile; Dairemizin 14/07/2023 tarih, 2023/2533 Esas ve 2023/3320 Karar sayılı dosyasında verilen istinaf başvurusunun esastan reddi kararına karşı CMK'nın 308/A maddesi gereğince itiraz yoluna başvurulmakla...İkinci kez tekerrür uygulamasına esas alınan İzmir 37. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2020/36 Esas sayılı dosyasında suç tarihi 22/10/2019 olup, bu kararda İzmir 22. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2017/1177 Esas sayılı dosyasında verilen ve 30/10/2019 tarihinde kesinleşmiş olan ceza tekerrüre esas alınmış olup, tekerrüre esas alınan ceza davaya konu suç tarihinde kesinleşmemiş olduğundan tekerrür uygulaması hatalı olmuş ve daha sonra mahkemece fark edilerek 20/07/2023 tarihli ek kararlarla tekerrür uygulaması hükümden çıkarılmıştır. İzmir 37. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2020/36 Esas sayılı

D. BAŞVURABİLECEK KİŞİLER

CMK'nun 308/A maddesinde yer aldığı üzere “*Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, resen veya istem üzerine*” itiraz yoluna başvuru hakkı sadece bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına verilmiştir. Emsal kararlarda da bu durum vurgulanmaktadır.⁴¹ Kanun koyucu yasal düzenleme ile yetkiyi başsavcının kendisine değil, kurum olarak başsavcılığa vererek farklı bir düzenleme yapmıştır.⁴² Böylece bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararlarına karşı hem ceza dairesi yanında görevli olan Cumhuriyet savcıları hem de Cumhuriyet başsavcısı itiraz yoluna başvurabilecektir. CMK'nun 308/A madde düzenlemesine göre, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı itiraz yetkisini kullanmada serbesttir. Yani tarafların istemi üzerine ya da bir talep olmaksızın itiraz yoluna gidebilir. Ancak itiraz yoluna kimlerin istemi üzerine gidileceğine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Karar bakımından kanun yollarına başvuru hakkına sahip kişiler, itiraz hakkını kullanarak Cumhuriyet başsavcılığını harekete geçirebilir. Diğer taraftan ceza daireleri tarafından verilen ve kesin olan karardaki hukuka aykırı hususlar dikkate alınmaksızın görüldü yapılması durumunda, sonradan tarafların talebi bulunması durumunda da itiraz yolu kullanılabilir.

dosyasındaki tekerrür uygulaması hatalı olduğundan istinaf incelemesine konu İzmir 52. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2023/58 Esas sayılı dosyasında bu ceza esas alınarak ikinci kez tekerrür uygulaması yapılması kanuna aykırıdır. Sanık hakkında İzmir 32. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2020/537 Esas, 2021/708 Karar sayılı kararı ile verilen 2 yıl 1 ay hapis cezası ikinci kez tekerrüre esas nitelikte olup, ikinci kez tekerrür uygulamasına bu cezanın esas alınması gerekirken İzmir 37. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2020/36 Esas sayılı dosyasındaki cezanın esas alınması kanuna aykırı ve istinaf isteminin reddine ilişkin dairemiz kararı hatalı olduğundan yapılan itirazın kabulüne karar verilmiştir...” yer almaktadır.

⁴¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. CD., E:2021/748, K:2021/660, T: 25.02.2021 kararında, “..20/07/2017 tarih 7035 Sayılı Kanunun 23. Maddesi ile yapılan değişiklik ile Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz yetkisi verilmiştir. Sanığın bu düzenlemeye istinaden vermiş olduğu dilekçeyi değerlendirme ve sonucuna göre CMK'nun 308/A maddesi kapsamında itiraz yoluna başvurma hakkı Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına ait olduğundan bu aşamada Dairemiz tarafından işin esasına girilemeyeceğinden sanık vekilinin ihbar niteliğindeki itiraz dilekçesinin eki dosya ile birlikte İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, kesin olmak üzere 25/02/2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi...” yer almaktadır.

⁴² Yenisey/Nuhoglu, s. 926.

II-BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞININ İTİRAZ USULÜ, SÜRESİ, İTİRAZIN GERİ ALINMASI VE YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZ YETKİSİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. İTİRAZ USULÜ

CMK'nun 308'inci maddesine göre, itiraz yolu yalnızca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanılmaktadır. Buna karşılık, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin verdiği kesin nitelikteki hükümlere karşı itiraz yolunu kullanma yetkisi bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına verilmiştir.⁴³ CMK'nun 308/A maddesinde değişiklik yapan 7035 sayılı Kanunun Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında her iki düzenleme arasındaki farklılığa ve muhtemel sorunlara dikkat çekilmiş, 7035 sayılı Kanun Tasarısında yer bulan "*Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı*" ifadesinin değiştirilmesi uygun görülmemiştir. Kanunda, itiraz yetkisi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı örneğinde olduğu gibi bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısına değil; bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına verildiğinden, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcılarında birinin Cumhuriyet başsavcısından habersiz olarak yaptığı itiraz hukuken geçerli bir itiraz olacaktır. Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri veya ceza daireleri başkanlar kurulu, itiraz yoluna Cumhuriyet başsavcısının bilgisi veya onayı olmadan başvurulduğu gerekçesiyle başvurunun reddine karar verememektedir.⁴⁴ CMK'nun 308/A maddesinde itirazın hangi şekilde yapılacağı hususunda bir düzenleme yapılmamışsa da; genel kural itirazın yazılı ve gerekçeli olarak yapılmasıdır. İstinaf başvurusunda Cumhuriyet savcısının istinaf sebeplerini yazılı olarak göstermesi şartı aranmaktadır. Bu nedenle, olağanüstü bir yol olan itiraz başvurusunda itiraz nedenlerinin gösterilmesi gereklidir. Ayrıca CMK'nun 273/1'inci maddesinde yer alan usulün uygulanması yoluyla, zabıt kâtibine beyanda bulunmak şeklinde istinaf kanun yoluna başvurulması usulünün itiraz yolunda kullanılması düşünülemez. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı açısından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. İtirazın yazılı olması gerekir. Sanık aleyhine itiraz yönünden, karar sonrası süre tutum dilekçesi olarak kabul edilen ve gerekçe belirtmeyen bir talep ile başvuru yapılması, itirazların sonradan sunulması durumunda geçerli bir itirazın oluşup oluşmayacağı akla gelebilir. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz nedenlerinin tamamını otuz günlük sürede ileri sürmesi zorunluluğu kabul edilmektedir.

⁴³ Ünsal, s. 553.

⁴⁴ Kaymaz, 2020a, s. 336.

B. İTİRAZIN SÜRESİ

CMK'nun 308/A maddesinde itirazın sanık lehine yapılması bakımından bir süre öngörülmemiştir. Fakat sanık aleyhine olan itiraz yönünden süre kısıtlaması bulunmaktadır. İtiraz süresi, kararın bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına verildiği andan itibaren 30 gün olarak tespit edilmiştir. Kararın verilmesi yani tebliği, evrak aslının teslimi suretiyle olmaktadır (CMK md. 38). 6352 sayılı Kanun'un 95'inci maddesiyle yapılan değişiklik sonucu CMK'na 38/A maddesi eklenmiş, ceza muhakemesi ilgilendiren işlemlerde UYAP sisteminin kullanılması benimsenerek elektronik imza ile onaylanan doküman ve kararların elektronik ortamda gönderileceği düzenlemiştir. Bu kapsamda, UYAP aracılığıyla gönderilen kararlar bakımından, Cumhuriyet savcısının ekranına düştüğü anda kararın tebliğ edildiği kabul edilecektir. Gün olarak belirlenen süreler, tebligatın yapıldığı günün ertesinde işlemeye başlamaktadır. İtiraz yolu bakımından, ilgili merciden verilen kararın fiziki olarak Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi ya da UYAP üzerinden elektronik olarak imzalanmasıyla süre başlar. Ancak karar ilgili Cumhuriyet savcısının ekranına gönderilmişse; kararın ekrana düştüğü günü takiben 30 günlük sürenin işleyemeye başlayacağı kabul edilir.⁴⁵ Bölge adliye mahkemesi yargılama sürecinde, ceza dairelerinde görülen duruşmalarda Cumhuriyet savcısı da bulunmaktadır. Kararlar Cumhuriyet savcısı beraberinde verilmektedir. Bilindiği üzere olağan kanun yollarında yüze tefhim edilerek verilen kararlarda süreler kararın açıklandığı tarih itibarıyla başlamaktadır (CMK md. 273). Ancak CMK'nun 308/A maddesi açısından süre, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına kararın verildiği tarihten itibaren başlar. Bu bakımdan Cumhuriyet savcısı huzurunda açıklansın ya da açıklanmasın itiraz süresi gerekçeli kararın verilmesi ile işlemeye başlayacaktır. Sanık aleyhine itirazda otuz günlük süre sınırı bulunduğundan, sürenin bitiminden sonra itirazda bulunulmuşsa ancak lehe itiraz inceleyebilir. Bu nedenle süre, hak düşürücü niteliktedir.⁴⁶ Sanık lehine itirazda süre sınırı öngörülmemiştir. Ancak sanık lehine itirazda, somut bir hukuksal menfaat bulunup bulunmadığı incelenmelidir. İtirazda hukuki bir menfaat söz konusu değilse; itiraz yoluna başvuru kabul edilmemelidir. Örneğin; sanık hakkında hükmolunan cezanın infaz edilmiş olması başlı başına bir itiraz nedeni olarak kabul edilemez. Cezanın infaz edilmiş olması dışında, tekerrür süresi tamamlanmamış ya da mahkûmiyet kapsamındaki hak yoksunlukları devam ediyorsa; itiraz yoluna başvuruda hukuki menfaat bulunduğundan bahsedilebilir. Mahkûmiyete dayalı hak yoksunlukları tamamlanmış ve tekerrür süresi de sona ermişse; hükümlü açısından hukuki bir menfaatin bulunmadığını tespit etmek zorunludur.⁴⁷ Hukuk düzeninde yeknesak uygulamaların gerçekleştirilmesi ve kamu yararı

⁴⁵ M. Sıdk Çinko, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi", C.13, S. 141, 2018, Terazi Hukuk Dergisi, s. 100.

⁴⁶ Ersoy, s. 101.

⁴⁷ Çetin Arslan, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı", C.2, S. 5, 2007, CHD, s. 140.

gözetilerek, hukuka aykırı kararın ortadan kaldırılması gerektiği düşünülebilir. Yani hüküm bakımından mahkûmiyetin sonuçları ortadan kalkmış ve hüküm infaz edilmiş olsa dahi; karar aleyhine itiraz yoluna başvurularak hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması gerektiği düşünülebilir. Ancak içtihat birliğini sağlamak Yargıtay'ın görevidir. İstinaf yolunda böyle bir amaç yoktur. Bu nedenle cezanın neticeler bakımından hükümlü lehine bir sonuç meydana gelmeyecekse, itiraz kanun yoluna başvurulmamalıdır. Yapılan başvuru ise ret edilmelidir.

C. İTİRAZIN GERİ ALINMASI

Olağanüstü kanun yolu olan bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yapılan itirazın geri alınması mümkündür.⁴⁸ Aynı durum Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yönünden de geçerlidir. Uygulama bakımından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının çeşitli nedenlere dayalı olarak itiraz başvurusunu geri alabileceği belirtilmiş; YCGK benzer durumda itirazın geri alınması üzerine karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir.⁴⁹ İtirazı geri almak mümkün olmakla birlikte, geri alma çeşitli sebeplere dayanabilir. Örneğin mevzuatta meydana gelen bir değişiklik sebebiyle, itirazdan beklenen hukuki yarar sona ermiş olabilir. Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulunun zaman içinde görüşü oluşmuş; bu nedenle itirazın reddedileceği ortaya çıkmış olabilir. Ancak sanık lehine yapılan başvurunun geri alınması için sanığın bu duruma onay vermesi gerekir (CMK md. 266/1). Onayın nedeni ise, Cumhuriyet savcısının kendisi lehine yaptığı başvuru nedeniyle sanığın ayrı bir başvuru yapmamasıdır. Fakat bu düzenleme konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Düzenlemenin yerinde olduğunu kabul edenler olduğu gibi⁵⁰, olağanüstü kanun yolu olan itiraza başvurma yetkisinin sadece bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına ait olması nedeniyle, itirazın geri alınmasının sanığa bağlı tutulmasının hukuk mantığına uygun olmadığını ileri sürenler bulunmaktadır. Bu görüşte olanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının benzer durumda itirazı geri almasının sonucu bakımından sanığın onayına tabi olmamasını örnek göstermektedir.⁵¹

⁴⁸ Ünsal, s. 565.

⁴⁹ YCGK, E:2016/1393, K: 2019/664, T: 20.11.2019 kararı.

⁵⁰ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 932; Toroslu/Feyzioğlu, s. 439; Arslan, s. 137.

⁵¹ YCGK, E:2016/609 K:2016/468, T: 06.12.2016 kararında, "...olağanüstü kanun yollarından biri olarak kabul edilen itiraza başvurma yetkisi sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmış olup, Başsavcı dışındaki tarafların bu kanun yoluna başvurma imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanunen tek başına kullanmaya yetkili kılındığı bu olağanüstü kanun yolundan, itiraz ister aleyhe, isterse lehe olsun herhangi bir tarafın onayına gerek olmaksızın vazgeçebileceğinin kabulü gerekmektedir. Yalnızca olağan bir kanun yolu olan temyiz kanun yolunda, Cumhuriyet savcısının sanık lehine yaptığı başvuru için kabul edilen bu istisnai düzenlemenin kanun koyucunun amacına aykırı şekilde genişletilmesi doğru değildir." yer almaktadır.

İtirazın geri alınması mümkün olmakla birlikte, itirazdan kısmi olarak vazgeçilmesi mümkün değildir.⁵² Kısmi vazgeçmenin hukuki olarak sonuç doğurması beklenemez. İtiraz üzerine inceleme yapan ceza dairesi başkanlar kurulu, itiraznamede yer alan sebeplerle bağlı olmadan inceleme yaparak karar vermelidir. Uygulamada da bu şekilde inceleme yapılmaktadır. İtiraz sebepleri yönünden bağımsız olarak inceleme yapıldığından, itirazdan kısmi vazgeçilmesi sonucu etkili olamaz. Örneğin, fiilin kişiyi kasten öldürme teşebbüs suçunu oluşturduğu ve sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği yolunda itiraz yoluna başvurulması ve sonrasında itirazın geri alındığına dair başvuru yapılması durumunda; itiraz gerekçelerine dayalı olmadan inceleme yapılacaktır. Bu durumda suçun nitelendirilmesi de yapılacağından, itirazın kısmen geri alınması hukuki sonuca etki etmeyecektir. İtirazın geri alınmasına ilişkin süre bakımında da farklı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım görüşte olanlar, itirazın karar kesinleşinceye kadar geri alınabileceğini ileri sürmektedir.⁵³ İtirazın geri alınması ancak itirazla ilgili bir karar verilmesi anına kadar geçerli olmalıdır. Çünkü itiraz hususunda bir karar verildikten sonra dosyadan el çekilmektedir. İtiraz merci bu nedenle dosyayı yeniden ele alıp inceleyemez. Bu kapsamda itirazın karar verilinceye kadar yapılması gerekir.

D. BAŞVURU MERCİİ

İtiraz yolu, kararı veren ilgili ceza dairesine karşı kullanılacaktır. CMK'nun 308/A maddesinde yer aldığı üzere, itiraz üzerine ceza daireleri mümkün olan en kısa sürede inceleme yapacaktır. Ancak süre yönünden herhangi bir kısıtlama yapılmamıştır. Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin dosya sayıları ve iş yükleri dikkate alındığında, sürenin sınırlandırılmaması olumludur. İtirazın yazılı olarak kararı veren daireye yapılması gereklidir. Benzer şekilde itiraza başvurulması için talebi olan tarafların istemlerini yazılı olarak sunması zorunludur. İtiraz yoluna sözlü olarak başvuru yapmak mümkün değildir. 7188 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesi kapsamında yürürlüğe giren düzenleme ile birlikte itirazın kararı veren ceza dairesine gönderilmesi gereklidir. İtirazın kabul edilmesi durumunda, daire kararını düzelterek; aksi takdirde itirazın incelenmesi için dosyayı ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderecektir. Böylece itiraz hakkında karar veren daire dışında farklı bir merci inceleme yaparak, karar vermiş olacaktır.⁵⁴

⁵² Uğur Aşkın, Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 158.

⁵³ Erdem/ Şentürk, s. 247.

⁵⁴ Evren, s. 346-347.

E. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZ YETKİSİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

CMK'nun 308'inci maddesinde yer alan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanılmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafların talep etmesi durumunda ya da kendiliğinden ceza dairesi ilâmının tebliğ edilmesinden itibaren otuz günlük süre içinde YCGK'na itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Bu kanun yolu, temyiz talebi üzerine Yargıtay ceza dairesi tarafından verilen kararın hukuka aykırı olduğu ve kararın yeniden incelenmesi, yapılan itirazın kabul edilmemesi durumunda ise ceza dairesi kararının bu defa YCGK tarafından incelenmesi için başvurulabilen bir kanun yoludur.⁵⁵ Doktrinde bu kurumun "olağanüstü itiraz" olarak da isimlendirildiği görülmektedir.⁵⁶

CMUK'nda yer alan "karar düzeltme" kanun yoluna CMK'nda açıkça yer verilmemekle birlikte, 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'un 99'uncu maddesi ile CMK'nun 308'inci maddesine eklenen ikinci ve üçüncü fıkralarla birtakım değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerle birlikte itiraz üzerine, ilgili ceza dairesinin itirazı yerinde görebileceği ve kararını düzeltebileceği; itirazın yerinde görülmemesi durumunda dosyanın YCGK'na göndereceği düzenlenmiştir. Bu değişiklik sonucu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazının, bir bakıma karar düzeltme yolunu da içeren bir kanun yolu olarak tanımlandığı görülmektedir.⁵⁷ 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun ile CMK'nun 308/A maddesinde yapılan değişikliklerle birlikte, birkaç farklılık dışında iki kanun yolunun yapısı benzer hale getirilmiştir.

Her iki kanun yolunda da itirazın re'sen veya tarafların istemi üzerine yapılması söz konusudur. Süre olarak kararın tebliğinden itibaren otuz gün belirlenmiştir. Sanığın lehine itiraz bakımından herhangi bir süre öngörülmemiştir. Kararına itiraz edilen ceza dairesi en kısa zamanda itiraz konusunda inceleme yaparak, itirazı kabul ederek kararını düzeltmesi ya da itirazı yerinde görmemesi halinde dosyayı yetkili mercie göndermesi gerekir. İtirazın ceza dairesi kararının maddi veya hukuki yönüne ilişkin olabilmesi ve itiraz nedenleri açısından bir sınırlandırma olmaması, her iki olağanüstü kanun yolunun ortak yönlerini oluşturmaktadır.⁵⁸ Kanun yolları açısından dikkat çeken ilk farklılık ise kanun yoluna başvurabilecek kişilerdir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yoluna, adından da anlaşılacağı üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı dışında kimse başvuramamaktadır.⁵⁹ CMK'nun 308/A maddesinde ise, itiraz yetkisi

⁵⁵ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 849.

⁵⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 774.

⁵⁷ Şahin /Göktürk, s. 295.

⁵⁸ Arslan, s. 119.

⁵⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 774.

bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı makamına verilmiştir.⁶⁰ Böylece Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığında bulunan tüm savcılar bu kanun yoluna başvurabilecektir. Ancak CMK'nun 308'inci maddesinde “*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi*” ifadesinin kullanılması dikkate alındığında, istisnai kanun yolu olarak başvurulabilecek itiraz yönünden sadece bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısına yetki verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Böylece düzenlemeler arası yeknesaklığın sağlanması gerektiği doktrinde tartışılmaktadır. Bu kanun yolları açısından dikkat çeken ikinci farklılık, itiraz incelemesini yapacak mercii; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yolunda, YCGK iken, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı yolunda, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu olmasıdır.

Bölge adliye mahkemelerinin bünyesinde Yargıtay'da olduğu gibi bir ceza genel kurulu mevcut değildir. Kanun koyucu bölge adliye mahkemelerinde itirazları incelemek üzere YCGK gibi bir kurul kurmayı tercih etmemiş, halihazırda her bölge adliye mahkemesinde mevcut olan ceza daireleri başkanlar kuruluna bu görevi vermiştir. Kanun yolları arasındaki bir diğer farklılık ise, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı yolunda, YCGK'nun itirazı yerinde görürse, itiraza konu kararın kaldırılması ile yetinmeyip; CMK'nun 271/2'nci maddesi uyarınca, aynı zamanda itirazla ilgili karar vermesi zorunludur.⁶¹ Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı yolunda, CMK'nun 271'inci maddesinin 2'nci fıkrasında istisna getirilmiştir. Bu kapsamda, ceza daireleri başkanlar kurulunca itirazın kabulü kararı verilmesi ile yetinilerek, dava dosyasının gereğinin yapılması için ilgili daireye gönderilmesi gerekecektir.

III-İTİRAZ ÜZERİNE YAPILACAK İNCELEME

A. İTİRAZI İNCELEYECEK MAKAM

CMK'nun 308/A maddesinin önceki düzenlenmesinde, itirazın hükmü veren ceza dairesi tarafından incelenmesi ve karara bağlanması kabul edilmiştir. 7188 sayılı Kanunla CMK'nun 308/A maddesinde yapılan değişiklikle birlikte, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazının incelenmesinin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (CMK m.308) ile benzerlik göstermesi amaçlanmıştır. Böylece kararı veren daireye yapılacak itiraz üzerine inceleme yapılacaktır. Değerlendirme ve inceleme sonrasında itiraz kabul görürse ilgili ceza dairesi kararını düzeltir; eğer itirazı yerinde görmezse dosyayı gecikmeksizin itiraz konusunda karar verilmek üzere bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderir.⁶²

⁶⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s. 939.

⁶¹ Arslan, s. 150.

⁶² Kaymaz, 2020b, s. 449.

B. CEZA DAİRESİ BAŞKANLAR KURULU TARAFINDAN YAPILACAK İNCELEME

7188 sayılı Kanunla değişik CMK'nun 308/A maddesinde, “*dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Böylece kurulu oluşturacak dört üyenin Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından tespit edilmesi kuralı getirilmiştir. Ayrıca kurulun dört kişiden oluşması usulü benimsenmiştir. 7188 sayılı Kanunun kapsamı ile HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih, 2019/410 sayılı kararından, ceza daireleri başkanlar kuruluna, bölge adliye mahkemesi başkanının başkanlık edeceği anlaşılmaktadır.⁶³ Kurulu oluşturan üç üyenin HSK 1'inci dairesi tarafından belirleneceği, kararına itiraz edilen ilgili daire başkanının dördüncü üye olarak kurula katılım sağlaması kararlaştırılmıştır. Başkanlar kurulunun çalışmalarına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi de HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarihli, 2019/410 sayılı kararı ile olmuştur.⁶⁴ Eğer bir bölge adliye mahkemesinde, ceza dairesi sayısı dörtten az ise başkanlar kuruluna, bölge adliye mahkemesi başkanı ile kararına itiraz edilen ceza dairesi başkanı dahil olmak üzere, ceza dairesi başkanlarının tamamının katılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Böyle bir durumda, 5235 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesi gereğince, bölge adliye mahkemesi başkanının ceza daireleri başkanlar kuruluna başkanlık etmesi gerekir; aksine uygulama kanuna aykırı olacaktır.⁶⁵

Kararına itiraz edilen daire, yapacağı inceleme sonucu verdiği kararın doğru olduğu ve itirazın geçerli bir nedene dayanmadığını tespit ederse, itiraz konusunda inceleme yapılması ve karar verilmesi için dosyayı ilgili merci olan ceza dairesi başkanlar kuruluna gönderecektir. Fakat daha önce inceleme sonucu verdiği kararın hukuka aykırı veya hatalı olduğu, ilk derece mahkemesinin kararının bozulması gerektiği kanaatine ulaşırsa bozma kararı vermelidir. Yine hukuka aykırılığın niteliğine göre istinaf başvurusu sonucu verilebilecek kararlardan birini, örneğin, düşme veya düzelterek esastan ret kararı verebilir. Karardaki hata veya hukuka aykırılık ancak yeniden yargılama yapılmak suretiyle giderilebilecek türden ise davanın yeniden görülmesine karar verilir ve duruşma açılarak yargılama yapılır. Yargılama sonucunda bölge adliye mahkemesinin duruşma sonunda verebileceği kararlardan birine hükmedebilir.⁶⁶

İtiraz üzerine ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından yapılacak inceleme usulüne ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Daha önce vurgulandığı üzere, HSK Genel Kurulunun 12.12.2019 tarih ve 410 sayılı kararı ile yapılan bir düzenleme mevcuttur. İlgili kararın 2'inci

⁶³ Gündüz, s. 573.

⁶⁴ Evren, s. 347.

⁶⁵ Gündüz, s. 577.

⁶⁶ Kaymaz, 2020b, s. 459.

maddesine uyarınca, toplantı gündemini belirleme yetkisine sahip olan başkan, başkanlar kuruluna dosya geldikten sonra en fazla iki ay içinde dosyayı gündeme alacaktır. Kararına itiraz edilen daire başkanı veya görevlendirileceği üye tarafından hazırlanan raporun, iki gün önce incelenmek üzere üyelere dağıtılması öngörülmüştür. İtiraz edilen dosya sayısı fazla olduğunda, itiraz dosyasının iki ay içinde gündeme alınması mümkün olmayabilir. Kaldı ki bu süreye uyulmamasının bir yaptırımı da yoktur. Üyelerin yeterince hazırlanabilmeleri için inceleme raporunun en az bir hafta önce dağıtılması gerekir. Çünkü sunulan inceleme raporuna ve rapor kapsamında yapılacak araştırma niteliğine göre iki günlük süre yeterli olmayabilir.⁶⁷

CMK'nun 308/A maddesinde, incelemenin duruşmalı yapılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan, ceza dairesi başkanlar kurulu tarafından yapılacak incelemenin duruşmalı yapılması şeklinde bir usul kabul edilmemiştir. İlgili düzenlemede sadece itirazın kabulü kararına atıf yapılmakta, kurulun yeni bir hüküm vermesine ilişkin bir uygulama maddede yer almamaktadır. Ancak ceza dairesi başkanlar kurulu tarafından yapılacak denetim, kanun yoluna başvuranların istinaf sebepleriyle sınırlı olmaksızın yerine getirilmelidir. Bu kadar kapsamlı inceleme yapan ve gerektiğinde duruşma açmak suretiyle yeni bir hüküm kuran bölge adliye mahkemesinin kararlarına yapılan itirazın sadece hukuki nedenlere dayanması ya da incelemenin itiraz sebepleri ile sınırlı hukuksal bir denetim üzerinden yapılması düşünülemez. Böyle bir denetim, etkin ve amaca da uygun olmaz. O nedenle, itiraz üzerine hükümün gerek maddi gerekse de hukuki mesele yönünden denetlenmesi gerekir.⁶⁸ Kurulun incelemesinin itiraz nedenlerine bağlı olmaksızın gerçekleşeceği gözetildiğinde; itiraz sonrası ceza dairesi tarafından verilen kararın denetlenmesi ve hatta hukuka aykırılık bulunması durumunda bozulması gündeme gelecektir.⁶⁹ Ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından verilen kararların farklı formatlarda olduğu görülmektedir. Kimi kararlarda kurullar sadece itirazın kabulü kararı vermekte iken; kimi kurullar ise itirazın kabulü sonrası ilgili daire tarafından verilen kararın kaldırılması yönünde hüküm kurmaktadır.⁷⁰

C. İNCELEME SONUCU VERİLEBİLECEK KARARLAR

1. İtirazın Reddi Kararı

Sanık aleyhine yapılan itirazın otuz gün geçtikten sonra yapılması ya da itiraza konu edilmeyecek bir karar yönünden başvuru yapılması durumunda itirazın reddine karar verilmelidir. İtiraz için, görevli bir Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan itiraz yeterlidir. İtirazın

⁶⁷ Kaymaz, 2020b, s. 461

⁶⁸ Toroslu/Feyzioğlu, s. 440.

⁶⁹ Gündüz, s. 578.

⁷⁰ Kaymaz, 2020b, s. 466.

başsavcının bilgisi dâhilinde olup olmaması, itirazın incelenmesi bakımından ön koşul değildir.⁷¹

2. İtirazın Esastan Reddi Kararı

Başkanlar kurulu tarafınca yapılan inceleme sonucunda eğer itiraz yerinde görülmezse itirazın esastan reddi kararı verilmelidir. İtirazın yerinde görülmemesi farklı nedenlere dayalı olabilir. Daha önce değinildiği üzere itirazın doğrudan reddi kararı başvurunun kabul edilebilir olmamasına ilişkindir. Esastan ret kararı ise inceleme sonucu verilebilecek bir karardır. İtiraz üzerine verilen kabul ve ret kararları kesindir. Başkanlar kurulu tarafından verilen karar sonrası ilgili ceza dairesince başvurulabilecek herhangi bir kanun yolu bulunmamaktadır. Kararı veren ceza dairesi, başkanlar kurulu tarafından verilen karar ile bağlıdır. Yani başkanlar kurulu tarafından eğer itiraz kabul edilmiş ise; kabul gerekçesine bağlı olarak ceza dairesi dosyayı ele almakla yükümlüdür. Direnme imkânı bulunmamaktadır.⁷²

3. Hukuka Aykırılığın Düzeltilerek İtirazın Esastan Reddi Kararı

CMK'nun 308/A madde düzenlemesinde, ceza dairesi başkanlar kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda sadece kabul ve ret kararı verilebileceği anlaşılmalı birlikte hukuka aykırılığın yargılama yapılmadan düzeltilmesi mümkün olabilir. Bu durumda ilgili aykırılığın ya da hatanın düzeltilerek esastan ret kararı verilmesi mümkündür.⁷³

4. İtirazın Kabulü Kararı ve Karar Üzerine Yapılacak İşlemler

CMK'nun 308/A maddesinde, “*kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gereği için dairesine gönderilir*” yer almaktadır. Ancak itirazın kabulünden sonra yapılacak işlemler konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre denetim makamı tarafından verilen bozma kararı sonrası nasıl hareket edilmesi gerektiği CMK'nun 304 ve 307'nci maddelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemeler dışında farklı bir hüküm bulunmamaktadır.⁷⁴ İtiraz üzerine verilen kabul veya kabul ile verilen ilgili dairenin kararının ortadan kaldırılmasına ilişkin karar sonuç olarak, istinaf talebi sonucu verilen esastan ret kararı ile ilk derece mahkemesi kararının hatalı ya da hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bu karar üzerine dosya yönünden yeniden yargılama yapılmasının önü açılmaktadır. Kararı ortadan kaldırılan daire, dosyayı yeni bir esasa kaydederek duruşma açarak uyuşmazlıkla ilgili yargılama yapmak durumundadır.⁷⁵ Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin,

⁷¹ Kaymaz, 2020b, s. 467.

⁷² Toroslu/Feyzioğlu, s. 440-441.

⁷³ Erdem/ Şentürk, s. 176.

⁷⁴ Kaymaz, 2020b, s. 460.

⁷⁵ Evren, s. 347.

başkanlar kurulu tarafından verilen itirazın kabulü kararı ile yalnızca kendi kararlarının kaldırıldığı, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın varlığını koruduğu düşüncesinden hareket ettikleri de görülmektedir. Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu tarafından yapılan inceleme sonucu itirazın kabul edilmesi sonrası, kararı veren ceza dairesi tarafından bozma kararı verildiği de uygulamadan anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda dosyanın yeniden yargılama yapılması için ilk derece mahkemesine gönderilmesi söz konusu olmaktadır. Bunun nedeni ise ceza dairelerinde oluşan, ceza dairesi başkanlar kurulunun itirazın kabulü kararı kapsamında ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın hukuki varlığını devam ettirdiği düşüncesidir. İtirazın kabulü kararına rağmen ilk derece mahkemesi kararının bozulmaması nedeniyle bozma kararı verilmekle; dosyada yeniden yargılama yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Uygulamada, bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri tarafından itirazın kabulü sonrası kararın bozularak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği de görülmektedir.⁷⁶

5. Düşme Kararı

İtirazın incelenmesi aşamasında ve kanun yolu muhakemesinde, herhangi bir ceza muhakemesi şartının somut olayda bulunmadığı anlaşılırsa düşme kararı verilmelidir. Bu kararın verilmesinin nedenlerinden biri de Anayasa'nın 141'inci maddesinde öngörülen davaların kısa zamanda ve en az yargılama gideri ile sonuçlanmasını kapsayan usul ekonomisidir. Düşme nedenleri bakımından yapılan itirazlar, ilgili ceza dairesi tarafından dikkate alınmaktadır.⁷⁷ Ancak bölge

⁷⁶ Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 6. CD., E:2023/1749, K:2023/1086, T: 06/10/2023 kararında, "...Cizre 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 06/10/2022 tarih ve 2021/1078 esas 2022/1039 sayılı kararı ile 5237 sayılı TCK'nın 106/1.1 cümle maddesi gereğince mahkumiyetine karar verildiği, verilen kararın o yer Cumhuriyet Savcısı tarafından istinaf edilmesi üzerine Dairemizin 19/09/2023 tarih ve 2023/354 esas 2023/953 sayılı kararı ile istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği, verilen karara karşı Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca 05/10/2023 tarih ve itiraz Değ. No: 2023/257 Kabul Karar No:2023/113 sayılı yazılarıyla, tehdit suçu yönünden esastan reddine dair verilen karara karşı CMK 308/A maddesi gereğince itiraz edildiği, Dairemizin 06/10/2023 tarih ve 2023/354 sayılı kararı ile itirazın kabulüne karar verilerek tehdit suçu yönünden yeniden değerlendirme yapılmak üzere dosya Dairemizin 2023/1749 esasına kaydı yapıldı...Anayasa Mahkemesinin 24.06.2020 tarih ve 2017/37350 Karar içerikli bireysel başvuru kararından, gereksiz gerekçeli kararlarda dosya tarafının gerekçeli karar hakkının ve adil yargılama ilkesinin ihlal edildiğinin belirtildiği, bu bağlamda adil yargılama ilkesi gereği, hak ihlallerine neden olmamak ve gerekçeli karar hakkını karşılamak için gerekçeli karar yazılması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı, O Yer Cumhuriyet Savcısının istinaf başvurusu bu nedenle yerinde olduğundan CMK'nın 280/1-e ve 289/1- g maddeleri gereğince HÜKMÜN BOZULMASINA..." yer almaktadır.

⁷⁷ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 1. CD., E:2020/2106, K:2020/1752, T: 17.09.2020 kararında, "...İlk Derece Mahkemesince verilen ve dairemizin 2020/859 Esas ve 2020/803 karar nolu ilamıyla esastan reddine karar verilen hükme yönelik

adliye mahkemelerinin ceza daireleri tarafından bu konuda verilen kararlar farklılaşmaktadır. Bazı ceza daireleri başkanlar kurulu, düşme nedeni tespit etmelerine rağmen, CMK'nun 308/A maddesinin metnine sıkı sıkıya bağlı kalarak karar vermektedir. Bu nedenle sadece itirazın kabulüne ve ilgili daire kararının kaldırılması yolunda hüküm vermekle yetinmektedir.

6. İnfazın Durdurulması Bakımından Etkisi

İtirazın incelenmesi aşamasında ceza dairesi başkanlar kuruluna, cezaya ilişkin infazın durdurulması veya infazın geri bırakılması kararı verme yetkisi verilmemiştir. Kurul tarafından infaza ilişkin bu kararların verilmesi mümkün değildir. Ancak inceleme sonucu, ceza dairesi tarafından verilen kararın isabetsiz bulunması ve itirazın kabulüne karar verilmesi durumunda; suçun tipi, suç için öngörülen cezaya ilişkin alt ve üst sınır ile tutuklu olarak geçirilen süre dikkate alınarak sanığın tahliyesine karar verilmesi mümkündür. Fakat bu karar, infaza müteallik bir karar değildir. Zira sadece hüküm bozulmak suretiyle ortadan kaldırılmıştır. Yeniden yargılama yapılarak karar verilecektir. Bu durumda şahıs hükümlü değil, halen sanıktır. Bu duruma ilişkin benzer YCGK kararları da bulunmaktadır.⁷⁸

D. ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazına ilişkin düzenlemede yer alan, sanık hakkında verilmiş ve kesinleşmiş bir karardan sonra aleyhine yapılan itiraz üzerine yeni yargılama yapılması ve kararın değiştirilmesi, itirazın yerinde görülmemesi halinde dosyanın ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderilmesi; kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararlarının ise gereği için dairesine gönderilmesi halinin AYM

Cumhuriyet Savcısının CMK 308/A maddesi gereğince yaptığı itirazın değerlendirilmesi sonucu; itirazın yerinde olduğu değerlendirilerek itiraza konu sanıkla ilgili değerlendirme için dosyanın 2020/1435 esas numarası alınarak yapılan değerlendirmede; ilk derece mahkemesi hükmünün düzeltilerek esastan reddine ilişkin 12/06/2020 tarih ve 2020/1237 karar sayılı ilamı ile düzeltilerek esastan reddine ilişkin kesin nitelikte karar verildikten sonra, Cumhuriyet Savcısı tarafından sanığın, ilk derece mahkemesi hükmü kurulduktan ve Dairemiz kararından önce sanığın 19/10/2019 tarihinde vefat ettiği, TCK 64/1 ve CMK 223/8 maddelerine göre açılan kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi gerektiğine ilişkin itiraz edilmekle, itirazın yerinde olduğu değerlendirilerek itiraza konu hükümle ilgili değerlendirme için yeni esas numarası alınarak yapılan değerlendirmede..” yer almaktadır.

⁷⁸ YCGK, E:2019/223, K:2020/12, T: 16.01.2020 kararında, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabul edilerek Özel Daire onama kararının sanık ... yönünden kaldırılarak Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi nedeniyle, sanığın nitelikli yağma suçuna ilişkin cezasının İNFAZININ DURDURULMASINA ve TAHLİYESİNE..” yer almaktadır.

tarafından Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir.⁷⁹ Bu durumun ayrıca sanık lehine yapılacak itirazlar yönünden geçerli olmadığı belirtilmiştir. AYM tarafından verilen iptal kararında işaret edilen esaslı nokta, yargılamadaki silahların eşitliği ve adil yargılanma hakkıdır. Yapılan itirazın sanığa bildirilmemesi ve bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerinin kesin nitelikte kararlarının sanığın aleyhine değiştirilebilmesi iptal kararına ilişkin gerekçede yer almaktadır. Adil bir yargılama sürecinde sanığın kendisi hakkındaki itirazlardan haberdar olması ve gerektiğinde savunma yapmasının sağlanması beklenmektedir. Savunma hakkının kapsamının sanık aleyhine daraltılması nedeniyle kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Kararın 14.01.2023 tarihinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. İptal kararı sonrası 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 22. maddesi kapsamında düzenleme yapılarak sanık aleyhine yapılacak itirazlar bakımından birtakım şartlar kabul edilmiştir. Bunlar; kararı etkileyecek nitelikte esaslı bir hatanın bulunması, itirazın sanık veya müdafine tebliğ edilmesi, tebliğin dava dosyasında yer alan son adreslere yapılması zorunluluğu şeklindedir. Ayrıca ilgililerin itirazın tebliğinden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap vermelerine ilişkin usul getirilmiştir. Düzenleme ile sanığın kendisi hakkında yapılan itirazdan bilgisinin olması, gerektiğinde itiraza karşı savunmada bulunabilmesi olanağı sağlanmıştır. İtirazın esaslı bir hukuka aykırılığa ilişkin olabileceği gözetildiğinde, getirilen şartların adil yargılanma hakkı bakımından önemli bir boşluğu doldurduğu söylenebilir. Sanık lehine olduğu gibi sanık aleyhine yapılan itirazlar bakımından da CMK'nun 308/A maddesinde açıklık sağlanmıştır.

Ceza yargılamasında aynı fiilden dolayı birden fazla kez yargılanmama ilkesi (non bis in idem) ve aleyhe değiştirme yasağı (reformatio in peius) bulunmaktadır. Fail, fiilden dolayı ancak bir kez cezalandırılabilir. Ayrıca sadece sanık lehine kanun yollarına başvurulması durumunda, önceden verilen hüküm sanık aleyhine ağırlaştırılmaz. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında kanun yollarına başvurma hakkı temel haklardan biri olarak kabul edilmektedir. Aleyhe değiştirme yasağının uygulanması, bir bakıma sanığın cezasının ağırlaşabileceği endişesi taşımaksızın özgürce kanun

⁷⁹ AYM, E: 2021/48, K:2022/7, T: 26.01.2022 iptal kararında, '...Bu bağlamda kural gereğince sanık hakkında bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerinin kesin nitelikte verilen kararlarının sanığın aleyhine de olmak üzere değişebileceği açıktır. Ancak kural, verilen kararlara yapılan itirazlardan sanığın haberdar edilmesini sağlayan herhangi bir mekanizma öngörmemektedir. Sanığın yapılan itirazdan haberdar olmaması ve itiraza karşı savunmalarını bildirmemesi adalet duygusunu rencide edeceği gibi davanın tarafları arasındaki adil dengeyi de bozmaktadır. Ayrıca sanığın itirazdan haberdar edilmemesi ve buna karşı savunmada bulunma imkânından mahrum bırakılmasında korunmaya değer üstün bir kamu yararının bulunmadığı da anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kural adil yargılanma hakkının ilkelerinden olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır...' yer almaktadır.

yollarına başvurmasına imkân tanımaktadır.⁸⁰ Bu durum adil yargılanma hakkının da bir uzantısıdır. CMK'nun 265, 283, 307 ve 309. maddelerinde aleyhe değiştirme yasağına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısının kanun yolu başvurusunun düzenlendiği CMK'nu 265'inci maddede, istinaf kanun yolu bakımından CMK'nu 283'üncü maddede, “davaya yeniden bakacak mahkemenin işlemleri” başlıklı CMK'nu 307'nci maddede, yargılamanın yenilenmesine ilişkin CMK'nu 323'üncü maddede ve kanun yararına bozma aşamasında CMK'nu 309'uncu maddede aleyhe değiştirme yasağına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.⁸¹ AYM iptal kararının adil yargılanma ve kanun yollarına başvuruyu düzenleyen mevzuat bakımından da ayrıca önemi olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

SONUÇ

Ceza muhakemesi açısından maddi olayların değerlendirilmesi, hataların düzeltilmesi, gerçeğe ulaşılabilmesi ve sanık yönünden en adaletli neticenin ortaya çıkması açısından mahkeme kararlarının denetlenmesi sağlanarak, kanun yollarına başvurulmaktadır. İstinaf kanun yolunun ceza muhakemesi sistemine dahil olması sonucu, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen birçok karar hem hukuki hem de maddi açıdan incelenmektedir. Böylece ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların doğrudan temyize tabi olması uygulaması sona ermiştir. İstinaf kanun yolunda yapılan öğrenme muhakemesi sonunda, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar değiştirilebilmektedir. Ayrıca verilen karar bozularak, yeni bir hüküm kurulabilmektedir. Bu bakımdan istinaf kararlarının denetiminin yapılması, yargılamanın hukuka uygun olarak sonuçlanması bakımından zorunludur.

Bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen kesin kararlara karşı CMK'nun ilk halindeki düzenlemede başvurulabilecek bir kanun yolu belirlenmemiştir. Bu nedenle taraflar ya da bölge adliye Cumhuriyet başsavcılığı verilen karardaki hataya rağmen bir kanun yoluna başvurma imkanına sahip değillerdi. Diğer yandan bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri de verdikleri karardaki hatayı düzeltme ve dosyayı yeniden ele alma hakkından yoksundular. Bu eksiklik, kesin kararlara karşı bir başvuru yolu bulunmasını gündeme getirmiştir. Nihayet, 7035 sayılı Kanunla bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı kanun yolu yürürlüğe girmiştir. Düzenlemenin ilk şeklinde itirazın, karar dairesi tarafından incelenerek sonuca bağlanması usulü uygulanmıştır. Ancak itirazın sadece kararı veren daire tarafından incelenmesi ve herhangi başkaca bir merci incelemesi yapılmaması bu yolun etkinliğinin tartışılmasına neden olmuştur. Sonuç olarak 7188 sayılı Kanunla CMK'nun

⁸⁰ Sesim Soyer Güleç, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio On Peius) Yasağı”, C.21, Özel Sayı, 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 705.

⁸¹ Ali Rıza Çınar, “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, C.19, S.12, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 606.

308/A maddesinde birtakım değişiklikler yapılmış, itirazın üzerine karar veren daire tarafından kabule şayan görülmeyen itirazların ceza daireleri başkanlar kurulunca incelenerek karara bağlanması usulü kabul edilmiştir.

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına verilen itiraz yetkisinin kapsamı ve itirazın kullanım şekli açısından birtakım eleştiriler bulunmaktadır. Bunların ilki itiraz yetkisinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı itirazından farklı olarak bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının şahsına değil; Cumhuriyet başsavcılığına verilmesidir. Cumhuriyet başsavcılığının bir bütün olarak faaliyet göstermesi nedeniyle, Cumhuriyet Başsavcısının bilgisi dışında itirazda bulunulmasının birtakım sorunlara neden olabileceği ileri sürülmektedir. İkinci eleştiri ceza dairesi başkanlar kurulunun genel olarak iki tip karar vermesi hususudur. Bu kararlar, itirazın esastan reddi ve itirazın kabulü ile bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararının kaldırılmasıdır. İtirazın kabul edilerek bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kararının kaldırılması halinde, kararı kaldırılan bölge adliye mahkemesi ceza dairesi CMK'nun 304 ve 307'nci maddeleri gereğince dosyayı yeniden incelemek durumundadır. Dosyanın yeni esasa kaydedilmesi ve yargılama yapılması gerekir. Ancak ceza dairesi başkanlar kurulunun denetim yapan bir merci olduğu, bu nedenle ceza muhakemesinde öngörülen şartların oluşması durumunda düşme kararı vermesi; somut olaya göre hukuka aykırılığın düzeltilmesi mümkünse, itirazın düzeltilerek esastan reddine karar vermesi gerektiği de ileri sürülen konulardandır. Fakat tüm eleştirilere rağmen, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına verilen itiraz yetkisinin uygulamadaki sorunlara çözüm getirdiğini; ceza daireleri tarafından verilen kesin nitelikteki kararlara karşı denetim imkânı sağladığını söylemek mümkündür. Son olarak AYM tarafından verilen 26.01.2022 tarihli iptal kararı sonrası sanık aleyhine yapılacak itiraza ilişkin yeni şartlar, 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile getirilmiştir. Düzenleme, savunma ve adil yargılanma hakkı ile silahların eşitliği bakımından önemlidir.

KAYNAKÇA

Arslan Ç, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı”, C.2, S.5, 2007, CHD, ss. 105-161.

Artuç M, “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi Kapsamındaki Kararlar”, S.17, 2021, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 69-92.

Aşkın U, Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Balcı F/Öztürk S, Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Birtek F, Ceza Muhakemesinde İstinaf, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Centel N/Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Çınar A R, “Aleyhe Değişirme Yasağı Kuralı”, C.19, S.12, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 603-666.

Çinko M S, “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 141, 2018, ss. 96-101.

Erdem M R/Şentürk C, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Ersoy U, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtirazı”, S. 29, C. 10, 2015, ss. 67-124.

Evren Ş, “Değişiklikler Sonrasında Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nın İtiraz Yetkisi”, DÜHFD, C. 25, S. 43, 2020, s. 335-353.

Güleç S S, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio On Peius) Yasağı”, C. 21, S.2, 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 701-750.

Gündüz H, “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi”, C. 24, S.4, 2020, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 555-584.

Kaymaz S, Ceza Muhakemesinde İstinaf, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Kaymaz S, “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK m.308/A)”, C.24, S.4, 2020, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 411-488.

Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P/Tepe İ, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Sarıgöl A T, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017.

Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Talas S, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcı İtirazı”, C.70, S.1, 2012, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 153-176.

Toroslu N/Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2018.

Ünsal C, “Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının Olağanüstü İtiraz Yetkisi”, C.71, S. 1, 2022, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 543-580.

Ünver Y/Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Yenisey F/ Nuhoglu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

TEMEL KURAMSAL YAKLAŞIMLAR BAĞLAMINDA BİLGİ UÇURMA (WHISTLEBLOWING) KAVRAMI

The Concept of Whistleblowing in the Context of Basic Theoretical Approaches

Adalet YALÇIN SOYSAL*

Öz: Hızlı bir şekilde globalleşen dünyada özellikle günümüzde işletmelerde yaşanan yanlış uygulamaların ve bu nedenlerle ortaya çıkacak skandalların önüne geçilebilmesi oldukça önem arz etmektedir. İş dünyasında yaşanan olumsuz durumların açığa çıkarılması için en etkili yöntemlerden bir tanesi de bilgi uçurmadır. Bilgi uçurma (whistleblowing), çalışanın işyerinde öğrenmiş olduğu olumsuz durumları, hatalı işlemleri, yolsuzluk ve hukuka aykırılıkları, etik değer yargılara ve ilkelere aykırı ve meşru olmayan ya da ihmal suretiyle gerçekleştirilen eylem ve işlemleri işyerindeki yetkili organlara, kamu makamlarına, basına ya da üçüncü kişilere açıklaması anlamına gelmektedir. Bilgi uçurma son yıllarda oldukça ilgi görmeye başlamış ve birçok önemli araştırmaya da konu olmuştur.

Bilgi uçurma eyleminin gerçekleştirilmesinin temelinde yatan birden fazla neden bulunmaktadır. Davranış bilimleri, günlük hayatımıza ilişkin birçok olayı anlamamızda temel bir rol oynamakta olup bilgi uçurma kavramının açıklanmasına da katkı sunmaktadır. Çalışmamızda bilgi uçurma kavramı örgüt psikolojisinin de içinde bulunan ve zaman içerisinde gelişen ve yenilik gösteren temel davranış kuramları bağlamında incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bilgi Uçurma, Örgütsel Kuramlar, Kuramsal Teori, İşyeri

Abstract: In the rapidly globalising world, it is very important to prevent wrong practices and scandals that may arise due to these reasons. One of the most effective methods for revealing negative situations in the business world is whistleblowing. Whistleblowing means that the employee discloses the negative situations, wrongful transactions, corruption and illegalities, actions and transactions that are contrary to ethical values and principles and illegitimate or negligent actions and transactions to the competent bodies, public authorities, press or third parties in the workplace. Whistleblowing has recently attracted considerable attention and has been the subject of many important studies.

There are more than one reason underlying the act of whistleblowing. Behavioural sciences play a fundamental role in understanding many events in our daily lives and contribute to the explanation of the concept of whistleblowing. In our study, the concept of whistleblowing is examined and explained in the context of basic behavioural theories, which are also included in organisational psychology and which have developed and innovated over time.

Keywords: Whistleblowing, Organizational Theories, Theoretical Theory, Workplace.

* Hâkim, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Adalet Bakanlığı, ab119204@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0003-3406-4734.

Makale Geliş Tarihi: 01.09.2023, Makale Kabul Tarihi: 13.10.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1382367

I. GİRİŞ

İşyerleri açısından iç denetim mekanizması sağlaması nedeniyle oldukça önemli bir yere sahip olan bilgi uçurma müessesesi günümüzde birçok ülkede kurumsal hale gelmiş olup ülkemiz nezdinde de uygulanması çok kıymetlidir. Genel anlamıyla bilgi uçurma, (whistleblowing) çalışanın işyerinde öğrenmiş olduğu olumsuz durumları, hatalı işlemleri, yolsuzluk ve hukuka aykırılıkları, etik değer yargılara ve ilkelere aykırı ve meşru olmayan ya da ihmal suretiyle gerçekleştirilen eylem ve işlemleri işyerindeki yetkili organlara, kamu makamlarına, basına ya da üçüncü kişilere açıklaması anlamına gelmektedir. Bu davranışları duyuran kişi de bilgi uçuran (whistleblower) olarak tanımlanmaktadır.

İşyerinde meydana gelen olumsuz ve yanlış uygulamalarla karşılaşan işçinin çeşitli şekillerde davranabilme ihtimali söz konusudur. Buna göre işçi karşılaştığı durum sonrasında hiçbir şey yapmayabilir, diğer çalışanlarla durumu paylaşabilir veya işletme içinde veya dışında bu durumu bildirebilir. Bilgi uçuranlar çoğunlukla ispiyoncu, sadakatsiz¹ gibi yakıştırmalarla karşı karşıya kalabilecekleri gibi bilgi uçuran işçilerin yaptıkları eylem sonucunda işlerini kaybettikleri, daha alt bir pozisyonda çalıştırılmaya devam ettirildikleri ya da işten çıkarıldıkları örnekler dahi söz konusudur. Örneğin TIME dergisi 2003 yılının ilk sayısında bilgi uçuran üç kadını yılın insanı seçmiştir ve bu kişiler bilgi uçurmaları sonucunda sözü edilen yaptırımlara maruz kalmışlardır.² Bu nedenlerle çalışanlar genellikle şahit oldukları ya da öğrendikleri olumsuz durumlar karşısında genel olarak sessiz kalma eğiliminde olsalar da çeşitli nedenlerle bilgi uçurma eylemini gerçekleştirdikleri de görülmektedir. Bilgi uçuran (whistleblower) bu eylemini gönüllülük esasına dayalı olarak gerçekleştirebileceği gibi kişisel menfaatleri ile gerçekleştirebilmektedir.

Çalışma hayatında çalışanın bilgi uçurma eylemini gerçekleştirmesinin temelinde yatan kişisel, çevresel ve örgütsel faktörler başta olmak üzere birçok neden vardır. Bu nedenlerin açıklanması için birçok alanda çalışmalar yapılmıştır.

Günlük hayatımıza ilişkin birçok olayı, olayların temelinde yatan sebepleri anlamamızda temel rol oynayan davranış bilimleri bilgi uçurma kavramının açıklanmaya çalışılmasında da oldukça önemli bir yere sahiptir.

Çalışmamızda bilgi uçurma kavramı, bilgi uçurma sürecinin de anlaşılabilmesine katkı sağlayacağı düşünüldüğünden bahisle, örgüt psikolojisinin de içinde bulunan ve zaman içerisinde gelişen ve yenilik gösteren temel davranış kuramları bağlamında incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır.

¹ Serpil Çiğdem, "Büro Yönetiminde Whistleblowing ve Etik İlişkisi", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 1. Büro Yönetimi Özel Sayısı, 2013, s. 94; Yasin Kartal/Hakan Sipahi, "Whistleblowing İle Mobbing İlişkisi: Kavramsal Bir Bakış ve Çözüm Önerileri", International Journal Of Management and Administration, C.2, S.4, 2018, s. 121.

² TIME, "Person Of The Year", Special double issue, 30.12.2002/06.01.2003, s. 49, 55, <https://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,1003998,00.html>, s.e.t. 18.09.2023.

II. BİLGİ UÇURMA (WHISTLEBLOWING) VE BİLGİ UÇURAN (WHISTLEBLOWER) KAVRAMLARI

A. BİLGİ UÇURMA (WHISTLEBLOWING) KAVRAMI

Whistleblowing kelimesinin karşılığı “to blow the whistle on” yani bir faul olduğunda çalınan bir düdükle oyunun durdurulması; ya da bir suç işlendiğinde polisin düdük çalarak halkın dikkatini çekmeye çalışması olup “ortak bir yanlış olduğunda kamuoyuna başvurmak”³ veya “organizasyonlarda muhtemel kötü ve yanlış davranışları raporlamak”⁴ anlamında kullanılmaktadır.⁵

İlk kez 1963 yılında Otto F. Otepka tarafından güvenlikle alakalı bir hukuki raporda kullanılan bilgi uçurma (whistleblowing) kavramı, bir örgütteki eski ya da mevcut işgörenlerin örgütlerinde gerçekleşen yasal olmayan, etik dışı ya da kural dışı eylemleri bu durumları engelleyebilecek kişilere ya da kurumlara bildirmesidir.⁶ Bir diğer ifade ile, örgüt yöneticilerinin kontrolü altındaki kanun, ahlak dışı ve gayri meşru faaliyetlerin, durumu düzeltmek için harekete geçmeye istekli ve yeterli mercilere mevcut çalışanlar ya da daha önceki çalışanlar tarafından rapor edilmesidir.⁷

Whistleblowing kelimesinin Türkçe olarak tam bir karşılığı bulunmasa da günümüze kadar çeşitli kavramlar kullanılmış olup, bunlara örnek olarak jurnalcilik, muhbircilik, gammazlama, ifşa ve ihbar,⁸ bilgi uçurma,⁹ ahlaki

³ Ufuk Aydın, “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 2, 2002, s. 79-81.

⁴ Coşkun Can Aktan, “Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: Whistleblowing”, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 7, S. 2, 2015, s.20; Çiğdem, s. 94.

⁵ Mustafa Alp, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing), Beta, İstanbul, 2013a, s. 6 vd.

⁶ Marcia Parmarlee Miceli/Janet P. Near, “The Relationships Among Beliefs, Organizational Position, and Whistle-Blowing Status: A Discriminate Analysis”, Academy Of Management Journal, C. 27, S. 4, s.689.

⁷ John P. Keenan, “Comparing Chinese and American Managers On Whistleblowing, Employ Respons Rights”, C.19, 2007, s. 85.

⁸ Mustafa Alp, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 385; Nuray Mercan/Ayşenur Altınay/Yaşar Aksanyar, “Whistleblowing (Bilgi İfşası ve İhbar) ve Yolsuzlukla Mücadelede İç Denetimin Değişen ve Gelişen Rolü”, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 4, S. 2, 2012, s. 167; Eylem Bayrakçı/Murat Kayalar, “İfşa Davranışının Prososyal Davranışlar Bağlamında Değerlendirilmesine Yönelik Teorik Bir İnceleme”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, C. 7, S. 15, 2016, s. 120-131.

⁹ Aydın, s. 79-81.

olmayan davranışların duyurulması,¹⁰ bilgi ifşası, ihbar,¹¹ izharcılık,¹² organizasyonlarda yanlış uygulamalara karşı sivil bir erdem, ahlaki tepki ve vicdani ret davranışı,¹³ ihbarcılık¹⁴, yanlış olan şeylerin açıklanması¹⁵ verilebilir. Ancak, bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda, bir işçinin, örneğin bir ilacın öldürücü yan etkilerinin gizlendiğini fark edip kamuoyunu uyarması, maden veya tersanede güvenlik önlemlerinin alınmadığını görüp ihbar ederek iş arkadaşlarının canını kurtarması gibi olumlu bir nitelemeyi hak eden whistleblowing kavramının karşılığı olarak gammazlama, muhbirlik veya jurnalcılık gibi yapılan eylemi olumsuz gösteren karşılıklar uygun düşmemektedirler.¹⁶

Biz de çalışmamızda whistleblowing kelimesinin karşılığı olarak “bilgi uçurma” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

Yapılan tüm tanımlamalardan yola çıkılarak genel bir tanımlama yapmak gerekirse bilgi uçurma kavramı, işçinin işyerinde öğrenmiş olduğu olumsuz durumları, hatalı işlemleri, yolsuzluk ve hukuka aykırılıkları ya da ihmal suretiyle gerçekleştirilen eylem ve işlemleri işyerindeki yetkili organlara, kamu makamlarına, basına ya da üçüncü kişilere açıklaması anlamına gelmektedir.

Bilgi uçurma, işyerlerinde mevcut olan yanlış uygulamaların, hukuka aykırı, tehlikeli ve etik olmayan durumların önüne geçilebilmesi için en etkili yöntemlerden bir tanesidir. Konu ile alakalı olarak özellikle batılı ülkelerce birçok araştırma yapılmış ve yapılmaktadır¹⁷. Ülkemizde de bilgi

¹⁰ Sahra Sayğan/Aykut Bedük, “Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing) ve Etik İklim İlişkisi Üzerine Bir Uygulama”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 28, S.1, 2013, s.1; Emel Esen/Hasan Ali Kaplan, “İşletmelerde Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 14, S. 2, 2012, s. 34.

¹¹ Mercan/Altınay/Aksanyar, s. 167.

¹² Fatma Taş, “Özel ve Kamu Hastanelerinde Çalışan Hemşirelerin İzharcılık (Whistleblowing) Tutumları Üzerine Bir Araştırma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sağlık Yönetimi Anabilim Dalı, 2015, s.1.

¹³ Aktan, s.1

¹⁴ Kübra Güvenç/Turgut Emre Akyazı/Gözde Sunman, “Personel Güçlendirmenin İhbarcılığa Etkisinde Örgütsel Bağlılığın Aracılık Rolü Üzerine Bir Araştırma”, 15. Ulusal İşletmecilik Kongresi Bildiriler Kitabı, 26 Mayıs 2016, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, s. 46; Kemal Eroğluer/Gizem Sarıbay Öztürk, İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing), Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları, (ed. Sevinç Köse ve Mustafa Alp), Seçkin, Ankara, 2020, s. 343 vd.

¹⁵ Gülçimen Yurtsever, Şirket Etik Kodu, Hazırlanışı, Uygulanışı ve İçeriği, Barış Kitap, Ankara 2000, s. 87.

¹⁶ Alp, 2013b, s.385.

¹⁷ İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa, Almanya, İsviçre ve Japonya’da konuyla ilgili önemli araştırmalar yapılmıştır. Uluslararası hukukta konuyla ilgili yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Örnek olarak UN Convention Against Corruption-UNCAC Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin

uçurma konusu özellikle günümüzde ilgi görmeye başlamış olup birçok alanda çeşitli araştırmalara konu olmuştur.

Bilindiği üzere, dünya genelinde olduğu gibi ülkemizde de işyerlerinde meydana gelen hukuka aykırı durumlar ya da etik olmayan eylemlere ilişkin birtakım bilgiler medya aracılığı ile kamuoyuna duyurulmaktadır. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde rüşvet, yolsuzluk, sahtecilik veya çevreye, sağlığa aykırı üretim gibi yanlış uygulamaların önüne geçilmesi, ülkelerin hatta dünyanın ekonomisini etkileyecek seviyelerdedir. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Konferansı'nda (2006) Dünya Bankası uzman görüşlerine göre yolsuzluğun dünya ekonomisine bir yıllık maliyetinin yaklaşık olarak 1,5 trilyon ABD doları olduğundan söz edilmiştir.¹⁸ Yapılan araştırmalar Avrupa, Orta Doğu ve Afrika'da yaşayan 360 tane sahtecilik olayının % 25'inin işçiler tarafından ilgililere bildirildiğini göstermektedir.¹⁹ Yine, Sertifikalı Hile İnceleme Uzmanları Örgütü (Association of Certified Fraud Examiners-ACFE)²⁰ 2012 raporunda da, dünya genelinde hileli işlemlerin belirlenmesine ilişkin metodlarda ilk sırayı % 43,3 oranı ile bilgi uçurma oluşturmaktadır.²¹

Yukarıda anılan ve benzeri durumların ortaya çıkma olasılığının, tespitinin içeriden bilgi verilmemesi halinde çok zor olacağı hususu göz önünde bulundurulduğunda bilgi uçurma kavramının değeri ve teşvikinin ne kadar önemli olduğu bir kez daha anlaşılmaktadır. Ülkeler, toplumlar, örgütler ve dolayısıyla da bireyler için bu kadar önem kazanan bilgi uçurma kavramının etkin bir biçimde değerlendirilmesi gerektiği açık bir hale gelmiştir.²²

Bilgi uçurma kavramından söz edilebilmesi için öncelikle bilgi uçuran kişinin öğrenmiş olduğu bilgilerin çalıştığı işyerine ait olması gerekmektedir birlikte söz konusu aykırılıkları değiştirecek güce de sahip olmaması

Önlenmesi Sözleşmesi ile Çokuluslu Şirketler Genel İlkeleri ve Kurumsal Yönetim İlkeleri, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi, FATF-Mali Eylem Görev Gücü'nün Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanını Önleme İçin Tavsiyeleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı, AB Whistleblowing Yönergesi ve ILO'nun 155 Sayılı Sözleşmesi verilebilir.

¹⁸ Cengiz Başak, "Uluslararası Örgütlerin Yolsuzlukla Mücadeledeki Rolü", Polis Bilimleri Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 92.

¹⁹ Muel Kaptein, "From Inaction to External Whistleblowing: The Influence of Ethical Culture of Organizations on Employee Responses to Observed Wrongdoing", Journal of Business Ethics, C. 98, S. 3, 2011, s. 513.

²⁰ Association of Certified Fraud Examiners, <https://www.acfe.com>

²¹ Süleyman Uyar/Esin Yelgen, "Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim", Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 1, 2015, s. 86.

²² Hakan Candan/Tuba Perihan Kaya, "İhbarcılık (Whistleblowing) ve Algılanan Örgütsel Destek Arasındaki İlişkinin İncelenmesine Yönelik Bir Kamu Kurumunda Araştırma", Kahramanmaraş Sütçüimam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, s. 305 vd.

gerekmektedir²³. Aksi takdirde söz konusu eylemin bilgi uçurma olarak kabul edilmesinden söz edilemez.

B. BİLGİ UÇURAN (WHISTLEBLOWER) KAVRAMI

Daha önce de değinildiği üzere, bir işletmede çalışan kişinin kanunlara aykırı veya ahlaki olmayan uygulamalarla karşılaşması durumunda çeşitli şekillerde davranma ihtimali söz konusudur. Buna göre çalışan karşılaştığı durum sonrasında hiçbir şey yapmayabilir, diğer çalışanlarla durumu paylaşabilir veya işletme içinde veya dışında bu durumu bildirebilir.

Bilgi uçuran (whistleblower), halkın menfaatleriyle hareket eden ve kanun, kural ve düzenleme ihlali olduğu; kötü yönetim uygulamalarının bulunduğu, otoritenin kötüye kullanıldığı, örgütün kaynaklarının israf edildiği, tehlike oluşturan uygulamaların olduğuna ilişkin makul şüpheleri bulunan ve öğrendiği bilgileri gönüllü olarak örgütte yer alan ya da örgüt dışındaki kurumlara bildiren kişidir.²⁴

Bilgi uçuran kişinin bilgi uçurmasının temelinde birden fazla neden olabilir. Bilgi uçuran kişi (whistleblower) bu eylemini gönüllülük esasına dayalı olarak gerçekleştirebileceği gibi zaman zaman kişisel menfaatleri ile de gerçekleştirebilmektedir. Kişiler dikkat çekmek, ün kazanmak, terfi etmek veya maddi ödül kazanmak için de bu eylemi gerçekleştirebilirler.²⁵

Bilgi uçuranların özelliklerinin, bilgi uçurmanın kararını etkileyen faktörlerin belirlenmesi amacıyla birtakım çalışmalar yapılmıştır. Yapılan çalışmalar çalışanların işe alınması sırasında uygulanacak kişilik testlerinde oldukça önemli bir yere sahip olacağı için çok kıymetlidir. Buna göre; bir kısım çalışmalar bilgi uçurmanın yaş, cinsiyet, eğitim, kıdem gibi kişilik özelliklerinin, ahlaki değerlerinin ve iş performansı, örgütsel bağlılık, rol sorumluluğu, ihbarcılığı onaylama gibi diğer niteliklerinin de ihbarcılık kararı ile ilişkili olabileceğini belirtmiştir.²⁶ Araştırmalardan çıkartılan sonuçlara göre kişilik özelliği itibarıyla uyumlu, dışa dönük, sorumluluk sahibi çalışanların iç ihbarcılık yönünde eğilimlerinin bulunduğunu tespit edilmiştir²⁷.

²³ Marcia P. Miceli/Janet Pollex Near, “ Organizational Dissidence: The Case Of Whistleblowing. Journal of Business Ethics, C. 64, S. 02, 1985, s. 2.

²⁴ Gregory M. Bernard, “Whistleblowing in A Wikileaks World: A Model For Responsible Disclosure in Homeland Security”, Unpublished Master’s Thesis, Naval Postgraduate School Monterey, California, 2012, s. 20.

²⁵ Dennis Hwang/Blair Staley/Ying Te Chen vd., “Confucian Culture and Whistleblowing By Professional Accountants: An Exploratory Study”, Managerial Auditing Journal, C. 23, S. 5, 2008, s. 505.

²⁶ Marcia P. Miceli/Janet P., Near, “Standing up or standing by: What predicts blowing the whistle on organizational wrongdoing?”, Research In Personnel and Human Resources Management, 24, 2005, s. 95 vd.

²⁷ Makbule Hürmet Çetinel/Soner Taslak, “Çalışanların Kişilik Özellikleri İle İhbarcılık (Whistleblowing) Eğilimleri Arasındaki İlişki Üzerinde Örgütsel Adalet Algısının Aracılık Rolü”, International Journal of Academic Value Studies, C. 5, S. 1, 2019, s. 68 vd.

Yapılan çalışmalar; yaş göz önünde bulundurulduğunda çalışanların yaşlarının küçüldükçe ihbarcılık ve dış ihbarcılık eğilimlerinin arttığını, cinsiyetleri göz önünde bulundurulduğunda kadınların sessiz kalma eğilimlerinin erkeklere göre daha fazla olduğunu, medeni durumları göz önünde bulundurulduğunda bekâr çalışanların ihbarcılık eğilimlerinin evli olanlara göre daha fazla olduğu, öğrenim durumları göz önünde bulundurulduğunda doktora öğrenim durumuna sahip olan çalışanların lisans düzeyinde olanlara oranla deneyimlere daha açık kişiler olduğu, çalışma süresi göz önünde bulundurulduğunda 20 yıl ve üzeri çalışanların ihbarcılık eğilimlerinin daha fazla olduğu sonucuna varıldığını göstermektedir.²⁸

Bilgi uçuranların ortak özelliklerine bakıldığında iyi bir performans elde etme, yüksek eğitilmiş olma, yüksek düzeyli bir pozisyona sahip olma, sorumluluklarının çok fazla farkında olma gibi özelliklerin bulunduğu görülmektedir.²⁹

III. BİLGİ UÇURMANIN YASAL DAYANAKLARI

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Düşünce özgürlüğü; düşüncelere ve bilgilere ulaşma hakkı, kanaat özgürlüğü ve ifade özgürlüğü olmak üzere üç temel ögeden oluşmaktadır.³⁰ Bu öğelerden çalışmamızın konusu olan ifade özgürlüğü, insanların serbestçe düşünce ve haberlere ulaşabilmesi, fikir edinebilmesi, edindiği fikir ve kanaatlerden ötürü kınanmaması ve değişik vasıtalarla yararlanarak bu fikirleri serbestçe aktarabilmesi ve savunabilmesi olarak tanımlanabilir.³¹

İnsan haklarının en başında yer alan ifade özgürlüğü, düşüncenin korunması amacını gütmekte olup taşıdığı önem nedeniyle demokratik ülkelerin temel yasaları ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmıştır. Anayasamızın 26/1 maddesine göre, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.”

Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre;

²⁸Çetinel/Taslak, s.69; Marcia P. Miceli/Janet P., Near, “Individual and Situational Correlates of Whistle-Blowing”, *Personnel Psychology*, C. 41, S. 2, 1988, 272; J. R. MesmerMagnus/C. Viswesvaran “Whistleblowing in Organization: An Examination of Correlates of Whistleblowing Intentions, Actions and Retaliation”, *Journal of Business Ethics*, C. 62, S. 3, 2005, s. 279.

²⁹ Mesmer-Magnus/Viswesvaran, s. 279.

³⁰ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 21. B., Beta, İstanbul 2023, s. 168.

³¹ Sezgi Öktem Songu, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel S., 2013, s. 609 vd.

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin ifşasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

Bu kapsamda, ifade özgürlüğünün de karşı karşıya olduğu birtakım sınırlamalar bulunmaktadır. Anayasa'nın 26/2 maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2 maddesinde ifade özgürlüğünün ne şekilde sınırlanacağı belirlenmiştir. Buna göre, müdahalenin gerekli olması, sınırlamanın kanunla getirilmiş olması ve müdahalenin meşru bir amaçla gerçekleşmesi halinde bu özgürlüğün sınırlanması mümkün olur.³²

Bilindiği üzere işçiler iş sözleşmesinin niteliği gereğince işverene karşı bağımlı olarak iş görmektedir. Bu nedenle işyeri, işçinin ifade özgürlüğünü serbestçe kullanabileceği bir ortam değildir. Ancak işçi sahip olduğu en temel hakkı olan düşünce ve ifade özgürlüğünü belirli sınırlar çerçevesinde serbestçe kullanabilmelidir. İşçi bu hakkını kullanırken, işgörmeye borcunu yerine getirmesini engelleyecek şekilde kullanamayacaktır. İşveren de işçinin bu hakkına saygı göstermek zorundadır.³³

4857 sayılı İş Kanunu'nun³⁴ eşit davranma ilkesi başlıklı 5. maddesine göre, “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz”.

İşçinin bilgi uçurması anlamında konunun ele alınması gerekmekte olup, bu manada işçinin edinmiş olduğu bilgilerin, öğrenmiş olduğu birtakım sırların, kanuna ve hukuka aykırı bilgiler içermesi durumunda bu bilgi ve sırların paylaşılmasının işçinin işverene karşı yükümlü olduğu sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmayacağı hususu konunun özünü oluşturmaktadır. Uçurulan bazı bilgilerin kamu yararı açısından değeri karşısında bu durum sadakat borcuna aykırılık olarak değerlendirilmeyip;³⁵ işçinin ifade özgürlüğünün korunması sağlanır.³⁶

³² Vahit Bıçak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002, s.19; Öktem Songu, s. 610; Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 62, S. 1, 2013, s.42.

³³ Arzu Arslan Ertürk, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Legal, İstanbul 2010, s. 241; Öktem Songu, s. 626.

³⁴ Kanun No: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, Resmi Gazete: 10.06.2003, 25134.

³⁵ Nitekim esas itibarıyla, organizasyonda yaşanan negatif davranış ve eylemleri raporlayan veya açığa çıkaran kişinin organizasyona ihanet etmiş bir hain değil; tam aksine o kişinin çalıştığı organizasyona yüksek bir aidiyet duygusu ile

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi işçinin bilgi uçurması ile ilgili değerlendirme yaparken birtakım değerlendirme ölçütleri ortaya koymakta olup buna göre temel ilke işçinin ifade özgürlüğünün sadakat yükümlülüğüne göre daha öncelikli ve korunmaya değer olduğu, işçinin işyeri dışı mercilere ihbarda bulunmasının kamunun bilgi edinme hakkı ve bilginin gerçekliği de dikkate alınmak suretiyle son çare olduğu, ayrıca değerlendirme yapılırken işverenin görebileceği zarar, işçinin ihbarda bulunma saiki ve tarafların çatışma menfaatleri karşılaştırıldığında işçiye uygulanan yaptırımın ölçülü olması da gözetilmelidir.³⁷ Nitekim Heinisch/Almanya kararında³⁸ AIHM, kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğü ve işçinin işyerindeki hukuka aykırılıkları ve suçları ihbar etme hakkının önemi karşısında işçinin ifade özgürlüğüne, özellikle de bilgileri açıklama hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığına ve Alman mahkemelerinin işveren itibarını ve haklarını korumak ile işçinin düşünce özgürlüğünü korumak arasında adil bir denge kuramadıklarını ve bunun sonucunda AIHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁹

B. DİLEKÇE HAKKI

Anayasa'nın 74. maddesine göre, "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir." Ayrıca 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun⁴⁰'da dilekçe hakkı düzenlenmiş olup ilgili Kanun'un 3. maddesine göre, "Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler."

Düzenlemelere göre işçi bilgi uçurmak için dilekçe ile yetkili makamlara edinmiş olduğu bilgilerden dolayı başvuru yaptığında anayasal hakkını kullanmış olur. Bu durum dilekçe hakkının işçinin hukuka aykırılıklara ilişkin edinmiş olduğu bilgileri uçurmasını güvence altına aldığı bir göstergesidir.

bağlanmış bir kurumsal yurttan davranış sergilediği; bu nedenle bu davranışın bir ihanet değil; sadakatın bir sonucu olduğu belirtilmiştir. Bkz. Aktan, s. 50.

³⁶ Fevzi Demir/Gönenç Demir, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu-İş Dergisi, C. 11, S. 1, 2009, s. 24; Aydın, s.85, Öktem Songu, s. 643.

³⁷ Alp, 2013b, s. 399.

³⁸ Case of Heinisch v. Germany, Application No. 28274/08. Kararın İngilizce metnine ulaşmak için Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/> s.e.t. 30.08.2023.

³⁹ Alp, 2013b, s. 400.

⁴⁰ Kanun No: 3071, Kabul Tarihi: 01.11.1984, Resmi Gazete: 10.11.1984, 18571.

İşçinin dilekçe hakkını kullanması üzerine işverenin uyguladığı yaptırımların yerindeliği, dilekçe hakkının özünde ve ölçüsüz şekilde sınırlanmamasını sağlayacak şekilde belirlenmelidir.

IV. BİLGİ UÇURMANIN ÇEŞİTLERİ

Bilgi uçurma bilgi uçurmanın tercihine göre çeşitli şekillerde yapılabilmektedir. Bilgi uçurma kavramı için yapılmış çeşitli sınıflandırmalar bulunmaktadır. Buna göre, bilgi uçurma aktif-pasif, isimli-isimsiz, resmi-resmi olmayan, içsel-dışsal olmak üzere türlere ayrılmıştır.

A. AKTİF-PASİF BİLGİ UÇURMA

Bilgi uçurmanın aktif veya pasif olarak yapılabilmesi mümkündür.⁴¹

İşçinin öğrenmiş olduğu hukuka aykırı veya etik dışı olan eylemleri ve bilgileri kendiliğinden ihbar etmesi aktif bilgi uçurma olarak tanımlanabilir.⁴²

Pasif bilgi uçurma ise işçinin hukuka aykırılıkları ve etik dışı davranışları kolluk kuvvetleri, savcılık, mahkeme gibi bir makamın veya işletme içi denetçinin bilgisine başvurması durumunda doğruları saklamayıp anlatarak ifşa etmesi şeklinde gerçekleşir.⁴³

B. İSİMLİ-İSİMSİZ BİLGİ UÇURMA

Bilgi uçurmanın tarzı da farklı olabilir. Bilgi uçuran, özgür iradesi doğrultusunda doğrudan ve kimlik bilgilerini saklamadan bilgi uçurabileceği gibi, kimlik bilgilerinin gizli tutulmasını isteyerek veya kimliğini gizli tutacak kişilere de bilgi uçurabilir. Başvurunun anonim olması, bilgi uçurmanın kimlik bilgilerini gizli tutarak bilgi vermesi de mümkündür.

Bilgi uçurmanın örgütteki ahlak dışı veya illegal durumu gerçek ismini kullanarak veya kendi kimliğinin belirlenmesine yardımcı olacak bilgiler vererek bilgi uçurması isimli bilgi uçurma; kimliğini ortaya çıkaracak isim veya herhangi bir başka bilgi vermeksizin veya takma bir isim kullanarak bilgi uçurması ise isimsiz bilgi uçurma olarak adlandırılmaktadır.⁴⁴

Bilgi uçurmanın isimsiz bilgi uçurmayı tercih etmesinin sebepleri;

-Şahit olunan usulsüzlük veya suçun boyutları yani söz konusu olaydan etkilenecek kişi sayısı veya olayın psikolojik veya sosyolojik yaygınlık derecesi ve topluma vereceği zarar,

⁴¹ Çetinel/Taslak, s. 82; Alp, 2013b, s.391.

⁴² Alp, 2013b, s. 391.

⁴³ Alp, 2013b, s. 391.

⁴⁴ Heungsik Park/John Blenkinsopp/M. Kemal Öktem vd., "Cultural orientation and attitudes towards different forms of whistleblowing: A comparison of South Korea, Turkey and the UK", *Journal of Ethics*, C. 82, S. 4, s. 930; Bülent Turan/İsa İpçioğlu, "Planlı Davranış Teorisi İle Whistleblowing Niyetinin İncelenmesi: Sağlık Sektörü Çalışanları Üzerinde Bir Araştırma", *International Journal of Economic and Administrative Studies*, UIİİD-IJEAS, 17. UIK Özel Sayısı, 2018, s. 50.

-Maruz kalabileceği yaptırım veya misillemelerin varlığı,
-Bilgi uçurmanın mevcut sosyal ilişkileri bir diğer ifade ile bilgi uçurmaya konu olan olayın bilgi uçurmanın yakın arkadaşı tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır.⁴⁵

C. RESMİ (FORMAL)-RESMİ OLMAYAN(INFORMAL) BİLGİ UÇURMA

Konuyla ilgili yapılan ayırlardan bir diğeri de resmi (formal) ve resmi olmayan (informal) bilgi uçurmadır.

Bir örgütte etkin bir bilgi uçurma sürecinin izlenebilmesi için örgütte bu yapının oluşturulması ve çalışanların etik ve ahlaki kaygılarını da kapsayacak biçimde geliştirilecek resmi prosedürlerin hayata geçirilmesi gerekmektedir.

Bilgi uçurmanın çalıştığı örgütte bilgi uçurabilmesi için bir yapının varlığı söz konusu ise ve bilgi uçuran uyulması gereken resmi protokol ve hiyerarşiyi izleyerek bilgi uçuruyorsa yapılan bilgi uçurma resmi bilgi uçurmadır. Ancak bir mekanizma, yapı bulunmuyorsa ve bilgi uçuran hukuka aykırı veya etik olmayan davranışlar hakkında yakın iş arkadaşları veya güvendiği kişilere bilgi veriyorsa bu resmi olmayan bilgi uçurmadır.⁴⁶

D. İÇSEL (INTERNAL)-DIŞSAL (EXTERNAL) BİLGİ UÇURMA

Bilgi uçurma yapılan çalışmalarda genel olarak içsel (internal whistleblowing) ve dışsal (external whistleblowing) olarak ikiye ayrılmaktadır.

İçsel ve dışsal bilgi uçurmanın meydana gelmesinde çeşitli koşullar etkili olabilmektedir. Örneğin, bilgi uçuran kişinin bulunduğu ülkenin yasal koşulları bilgi uçurmanın yapılacağı yöntemle ilgili belirleyici olabilir.⁴⁷ Yine

⁴⁵ Elif Türkan Arslan/Murat Kayalar, “Kamu ve Özel Sektör Çalışanlarının İfşa (Whistleblowing) Niyeti: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, C. 19, S. 32, 2017, s. 19.

⁴⁶ Bu konu ile ilgili Türkiye ve İran’da okuyan öğrenciler üzerinde yapılan araştırmada Türkiye’de okumakta olan öğrencilerin içsel, isimsiz ve resmi olan bilgi uçurma türünü seçme eğiliminde oldukları gözlemlenirken; İran’da okuyan öğrencilerin ise içsel, isimsiz ancak resmi olmayan bilgi uçurma türünü seçme konusunda eğilimlerinin olduğu tespit edilmiştir. Bkz. Mustafa Kemal Öktem/Gholamreza Shahbazi, “Attitudes Toward Different Forms of Whistleblowing in Turkey and Iran”, Middle East Journal of Scientific Research, C. 12, S. 7, s. 948.

⁴⁷ Örnek olarak Amerika Birleşik Devletlerinin (ABD) bazı eyaletlerinde 1990 yılların başında bilgi uçurmanın korunabilmesi için öncelikle içsel yollara başvurusu şartı aranırken bazı eyaletlerde ise dışsal yollara başvurusu şartı aranmaktaydı. Bkz. Marcia P. Miceli/Janet P., Near, “Whistle-Blowing: Myth and Reality. Journal of Management”, C. 22, S. 3, 1996, s. 509.

işçinin kişiliği ve çalıştığı yerdeki pozisyonu ile aralarındaki bağın da hangi yola başvuracağı hususunda etkili olduğunu söylemek mümkündür.⁴⁸

İçsel ihbarcılıkta bilgi uçurmanın örgüt üst yönetimine sözlü veya yazılı olarak bildirilmesi söz konusudur.⁴⁹

Dışsal bilgi uçurma (external whistleblowing) işçinin hukuka aykırı ya da etik dışı olumsuz davranışları işletme ya da örgüt dışındaki devlet kurumları, medya grupları ya da kamuoyunda etkili olan kişi ve kuruluşlara bildirmesi şeklinde tanımlanır.⁵⁰

İşyerinde tüm çalışanlar ile birlikte işyerinin etik iklimini de korumak zorunda olan işveren açısından düşünüldüğünde örgüt dışı ifşa olumsuz tanıtım, soruşturmalar ve yasal sorumluluğa yol açacağından örgüt içi ifşa desteklenmelidir. İşçinin bu yola başvurması durumunda yani çalıştığı örgütteki yetkili kişilerle paylaşımında bulunması halinde, etik dışı olayların ve yanlışlıkların örgüt dışına iletilmeden çözüme ulaşması mümkündür.⁵¹

Bilgi uçuran kişinin bu yolu tercih etmesi halinde problemin içsel mekanizmalar ile giderilmesi için bir fırsat sunmakta olup, içsel ihbarcılık kurum içi bir kontrol mekanizması olarak da tanımlanabilmektedir.⁵² Böylece, kurumla ilgili etik ihlaller çerçevesinde değerlendirilebilecek uygulamalar kurum dışına duyurulmamakta ve çözüm yolları kurum içinde aranmaktadır.⁵³ Bilgi uçurmanın içsel bilgi uçurma yoluna başvurması, çalıştığı kurumu koruması ve üst yönetime destek olup söz konusu hataların ortadan kaldırılması için de bir fırsat yaratması açısından oldukça yararlı bir yoldur.

İçsel bilgi uçurma aşamasının atlanılarak dışsal bilgi uçurma yöntemine başvurulmasının doğru bir davranış olmadığı ileri sürülmektedir.⁵⁴ Bizim de katıldığımız görüş bu doğrultudadır. Bu nedenle,

⁴⁸ Yapılan araştırmalar içsel ihbara başvuran kişilerin sosyal, işyerlerine sadık, uzun süreli çalışan kişiler oldukları, içsel ihbarın sonuç vermemesi durumunda dışsal ihbara yönelindikleri ve böylelikle çalıştıkları işletmenin yaşama yeteneği ile işverenlerin itibarlarının zarar görmesini istemediklerini ortaya çıkarmıştır. Bkz. William J. Read/D. V. Rama, "Whistleblowing to Internal Auditors, Managerial Auditing Journal", C. 18, S. 5, 2003, s. 354-3

⁵⁵; Dışsal bilgi uçurmada ise içsel bilgi uçurmadan farklı olarak bilgi uçurmanın ihbar etme niyetinin daha fazla olduğu belirtilmektedir. Bkz. Makbule Hürmet Çetinel/Soner Taslak, "Çalışanların İhbarcılık (Whistleblowing) Eğilimi İle Örgütsel Adalet Algısı İlişkisinin Kavramsal Boyutu", Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, C. 6, S. 2, Aralık 2017, s. 83.

⁴⁹ Aktan, s. 2-4.

⁵⁰ Aktan, s. 2-4; Near, Miceli, 1996, s. 507-526.

⁵¹ Dilek, Zamantılı Nayır, Kurumsal Etik ve Whistleblowing, Pozitif, Ocak 2012, İstanbul, s. 32.

⁵² Çetinel/Taslak, s. 83.

⁵³ Mustafa Özgün Atalay/Taner Acuner, "Etik İhlalleri Bildirme Niyeti Üzerinde Örgütsel Adalet Algısının Rolü: Akademik Personel Üzerinde İnceleme", Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Haziran-2019, C. 21, S. 1, s. 121.

⁵⁴ Zamantılı Nayır, s. 32; Veysel Eren/Orhan Ufuk, "Kurumsal Sosyal Sorumluluğun Çalışanların Kötü Yönetimi İfşa Düzeylerine Etkisi Üzerine Bir Araştırma", The Journal of Academic Social Science Studies, C. 6, S. 2, 2013, s. 461.

dışsal bilgi uçurmaya karşı etik bir çelişki söz konusudur ve bunun ortadan kalkması için içsel bilgi uçurma konusunda çalışanları cesaretlendirecek ve teşvik edecek birtakım uygulamaların geliştirilmesi gerekmektedir.

Dışsal bilgi uçurmanın bilgi uçurmanın içsel bilgi uçurma yöntemine başvurmasına rağmen sonuç alamaması durumunda veya başvurması nedeniyle kötü muameleye maruz kalması durumunda gündeme gelmesi söz konusu olur.

V. KURAMSAL TEORİLER BAĞLAMINDA BİLGİ UÇURMA

Bilgi uçurmanın kuramsal temelleri ile ilgili açıklama yapmadan önce davranış bilimleri ile ilgili kısa bir bilgi verilmesinde fayda görülmektedir.

Davranış bilimleri; antropoloji, psikoloji ve sosyoloji gibi disiplinler aracılığıyla, insan davranışlarını, insanları bu davranışlara yönlendiren sebepleri ve bu davranışların sonuçlarını incelemeye çalışan bilimler topluluğudur. Bu bağlamda çeşitli disiplinlerin başta işletmeler olmak üzere, çalışma yaşamına uygulanmasını konu alan örgütsel davranış, çalışan insanın karşılaştığı sosyal, ruhsal ve duygusal sorunları ve çözüm yollarını araştırmayı amaçlamaktadır.⁵⁵

Çalışma hayatında çalışanın bilgi uçurma eylemini gerçekleştirmesinin temelinde yatan kişisel, çevresel ve örgütsel faktörler başta olmak üzere birçok neden vardır ve bunların da açıklanması için çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Günlük hayatımıza ilişkin birçok olayı anlamamızda temel bir rolü olan davranış bilimleri birçok alanda önem arz ettiği gibi bilgi uçurma kavramının açıklanmaya çalışılmasında da oldukça önemli bir yere sahiptir. Konunun örgüt psikolojisinin içinde bulunan ve zaman içerisinde gelişen ve yenilik gösteren davranış kuramları arasında yer alan “gizil kontrol”, “destekleyici düşünme”, “sadakat”, “sosyal öğrenme”, “planlanmış davranış teorisi”, “sosyal sistem”, “iletişimsel eylem”, “sosyal takas”, “işbirliği”, “etik” kuramları bağlamında incelenmesinin bilgi uçurmanın kavramsallaştırılmasının yanı sıra, bilgi uçurma sürecinin anlaşılabilmesi açısından da katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

A. GİZİL KONTROL KURAMI (Theory of Unobstrusive Control)

Bilindiği üzere bir örgütte yer alan yöneticiler işyerinde meydana gelen pozitif veya negatif olabilecek her olaydan bilgi sahibi olabilmek isterler ve bu amaçla çeşitli denetleme teknikleri geliştirirler.

Gizil kontrol kuramı, örgütte bir iç kontrol sisteminin olması gerektiğini destekler ve bilgi uçurma eyleminin de bu sistem tarafından ortaya çıkarılabilecek ve kontrol edilebilecek bir davranış olduğu varsayımına dayanır⁵⁶.

⁵⁵ M. Şerif Şimşek/Adnan Çelik/Tahir Akgemci, Davranış Bilimlerine Giriş ve Örgütlerde Davranış, 5.B., Eğitim, Ankara, 2007. s. 2 vd.

⁵⁶ Ali Baltacı, “Bilgi Uçurma: Kavram ve Kuramsal Temeller”, Muş Alpaslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 2, 2017, s. 405.

Gizil kontrol kuramına göre, yöneticiler basit, teknolojik ve bürokratik (hiyerarşik) olmak üzere üç ayrı yolla örgüt çalışanlarını denetlemeye çalışırlar. Basit kontrol mekanizması tercih edildiğinde, yöneticiler sahip oldukları otorite ve gücü en açık ve keyfi şekilde çalışanlara hissettirirler. Teknolojik kontrol mekanizması söz konusu olduğunda, kurum içinde oluşturulan teknolojik araç ve gereçler kullanılarak (kamera ve ses cihazları kullanılarak belirli internet sitelerine girme sıklığının kontrol edilmesi; e-posta yazışmalarının kontrol edilmesi, sosyal medya kullanımı vb) etik ve yasal olmayan oluşumların tespit edilmesi ve engellenmesi amaçlanmaktadır. Bürokratik kontrol mekanizması kullanıldığında ise kurum içinde ast-üst ilişkilerinde emir-komuta zincirinin vurgulanması, böylece çalışanlardan yöneticilere doğru ihbar davranışının gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.⁵⁷

Örgüt içi bir iletişim biçimi ve kontrol mekanizması olarak nitelendirilen gizli kontrol kuramının üç temel özelliği olduğu savunulmuştur.⁵⁸ Buna göre;

-Yöneticiler, çalışanların davranışlarına kılavuzluk ederek onları yönlendirebilirler.

-Çalışanlar, yöneticilerin kendilerini yönlendirdiği konulara uyarlar ve böylece yönetici çalışanları gizil bir güç etrafında toplayabilmektedir.

-Çalışanlar kendilerini örgüte olan bağlılıkları ile örgütün bir üyesiymiş olarak görebilmektedir. Bu özellik sayesinde çalışanların karar alırken yöneticilerinin rehberlik ve yönlendirmeleri ile örgütün değerleri ile etik ilkelere ne kadar uydukları tespit edilebilir.⁵⁹

Gizil kontrol kuramı bilgi uçurma kavramını örgütsel özdeşleşme ve vatandaşlık süreci olarak ele almakla birlikte, bilgi uçurma davranışının örgüt içerisinde belirlenip kontrol edilebilen bir davranış olduğu varsayımına dayanır.⁶⁰

B. DESTEKLEYİCİ DÜŞÜNME KURAMI (Promotive Thinking Theory)

Daha önce de değinildiği üzere ifade özgürlüğü insan haklarının en başında yer almakta olup demokratik ülkelerin temel kanunları ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmıştır.

Destekleyici düşünme kuramı, bilgi uçurmayı ifade özgürlüğü bağlamında ele almakla beraber düşüncelerin rahatlıkla ifade edilebildiği, açık bir iletişim ortamının sağlandığı işyerlerinde eleştiriye açık bir çalışma biçiminin oluşacağı görüşünü savunmaktadır⁶¹. Bu şekilde işyerinde

⁵⁷ Baltacı, s. 405-406.

⁵⁸ Baltacı, s. 406.

⁵⁹ Susan L. Ray, "Whistleblowing and Organizational Ethics, Nursing Ethics", C. 13, S. 4, 2006, s. 442.

⁶⁰ Baltacı, s. 407.

⁶¹ Baltacı, s. 407.

yaşanacak herhangi bir olumsuzluk karşısında çalışanlar durumu sorunun çözümü için var olan yerlere rahatlıkla bildirilebilir.

Destekleyici düşünme kuramının, bilgi uçurma davranışının temelinde yatan ifade özgürlüğünü benimsemesi ve örgütte yaşanan olumsuzlukların eleştirel bir biçimde ve özgürce ifade edilmesini öngörmesi nedeniyle bilgi uçurma davranışının nedenlerini anlama çabasına etki edeceği düşünülmektedir.⁶² Biz de böyle bir atmosferde çalışan kişilerin kendilerini buldukları örgüte ait hissetmeleri nedeniyle işlerine özveriyle daha kolay yoğunlaşabileceklerini düşünmekteyiz.

C. SADAKAT KURAMI (Loyalty Theory)

Sadakat kuramı, çalışanın etik veya yasal olmayan bir olay ve davranışla karşılaştığında işine olan bağlılığını azaltarak çalışma isteğini kaybetmesi ile ortaya çıkan ihbarcılık davranışını ifade etmektedir.⁶³

Sadakat kuramına göre çalışan etik veya yasal olmayan bir olayla karşılaştığında üç farklı şekilde davranabilir;

- Bilgi uçurmak yerine çalıştığı örgütü terk edebilir,
- Bilgi uçurmaksızın, etik dışı olan durumları örgütün kendisinin farkına vararak birtakım değişiklikler yapılmasını bekleyebilir,
- Örgütte kalarak etik dışı davranışta bulunanlarla mücadele edebilir.⁶⁴

Sadakat kuramına göre çalışanın anılan davranışlardan hangisini gerçekleştirdiği çalışanın işine duyduğu sadakat düzeyinin seviyesi ile bağlantılıdır. Buna göre, sadakat kuramı, bilgi uçurma sürecine ek olarak bilgi uçurma davranışı sonucunda bilgi uçurmanın alternatif davranış örneklerinin belirlenebilmesi açısından da önem arz etmektedir.⁶⁵

D. SOSYAL ÖĞRENME KURAMI (Theory of Social Learning)

Temelinde gözlem ve taklit etmeye dayalı olan dolaylı bir öğrenme olan sosyal öğrenme kuramı Albert Bandura'nın yaptığı çalışmalarla gelişmiş ve günümüzde de eğitim ve psikoloji alanında kabul gören bir öğrenme kuramı olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁶

Sosyal öğrenme kuramına göre, insan bireysel, çevresel ve davranışsal faktörlerin karşılıklı olarak etkileşimi sonucunda öğrenir ve sosyal bir varlık

⁶² Baltacı, s. 407.

⁶³ Baltacı, s. 407.

⁶⁴ Baltacı, s. 408; Frederic A. Elliston, "Civil Disobedience and Whistleblowing: A Comparative Appraisal of Two Forms of Dissent", Journal of Business Ethics, C. 1, S. 1, , 1982, s. 25.

⁶⁵ Baltacı, s. 408

⁶⁶ Belgin Bahar, "Sosyal Öğrenme Kuramı ve Sosyal Değişim Kuramı Perspektifinden Etik Liderlik", Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, C. 8, S. 16, 2019, s. 239.

olması nedeniyle başka kişileri model alarak veya gözlem yaparak öğrenmesi de mümkündür.⁶⁷

Kurama göre bilgi ve beceriler sadece doğrudan deneyimle değil dolaylı da öğrenilebilir ve dolaylı öğrenmeyi sağlayan etkenler dolaylı pekiştirme⁶⁸, dolaylı ceza⁶⁹, dolaylı güdülenme⁷⁰ ve dolaylı duygusallık⁷¹ olmak üzere dört grup altında toplanabilir.⁷²

Sosyal öğrenme kuramında birey çevresindekilerin davranışlarını ve bu davranışların sonucunu gözlemler, gözlediği davranışlardan sonucu olumlu olanları taklit eder, fakat sonucu olumsuz olanları taklit etmez. Buna göre, çalışanlar kişisel tecrübeleriyle ve birbirlerinden aktarılan durumları çalıştıkları yerde meydana gelen sorunların çözümü için kullanmaktadırlar.

Bilgi uçurma kavramının yalnızca sosyal öğrenme kuramı ile açıklanmasının yetersiz kalacağı görüşü⁷³ hâkim olmakla birlikte sosyal öğrenme kuramı bağlamında bilgi uçurma kavramının açıklanması gerekirse, bilgi uçurmada da çalışanlar diğer çalışan davranışlarını ve sonuçlarını gözlemleyerek edindikleri sosyal öğrenmeden etkilenmektedir. Bu noktada örgütün bilgi uçurma eylemine karşı takındığı tavır oldukça önem arz etmektedir. Örneğin, ihbar eylemi sonunda çalışanın ödüllendirilmesi ya da cezalandırılması, aynı davranışın çalışanlar tarafından tekrarlanma sıklığını değiştirmektedir.⁷⁴

E. PLANLANMIŞ DAVRANIŞ TEORİSİ (The Theory of Planned Behavior)

Planlanmış davranış teorisi ilk defa Fishbein ve Ajzen tarafından 1975 yılında ortaya çıkmıştır. Planlanmış davranış teorisi, belirli bir bağlamda gerçekleşen insan davranışlarını açıklamak ve tahmin etmek amacıyla tasarlanmış bir davranış teorisidir.⁷⁵

⁶⁷ Bahar, s. 239.

⁶⁸ Dolaylı pekiştirmede bireyin yapmış olduğu davranışlar sonucunda ödüllendirilmesi söz konusu ise gözlemcinin de o davranışı tekrar etme olasılığı artacaktır. Bkz. İsa Korkmaz, Sosyal Öğrenme Kuramı, Gelişim ve Öğrenme Psikolojisi, PegemA, Ankara, 2013, s. 245.

⁶⁹ Dolaylı cezada model alınan kişi olumsuz davranışı sonunda cezalandırılırsa, davranışı gözleyen o davranışı yapma eğilimi artacaktır. Bkz. Korkmaz, s. 245.

⁷⁰ Dolaylı güdülenmede model alınan kişi gözlenen davranış sonucunda olumlu bir sonuçla karşılaşarsa, gözlemci de bu davranışı yapmaya daha çok istek duyacaktır. Bkz. Korkmaz, s. 245.

⁷¹ Dolaylı duygusallıkta bir kişinin davranışlarını gözlemlerken empati kurulması gözlem yapan kişide duygusal koşullanmaya neden olabilir. Bkz. Korkmaz, s. 245.

⁷² Korkmaz, s. 245.

⁷³ Miceli/Near, 1985, s. 265-404.

⁷⁴ Baltacı, s. 408.

⁷⁵ Nuray Mercan, "Ajzen'in Planlanmış Davranış Teorisi Bağlamında Whistleblowing (Bilgi İfşası)", Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C. 7, S., 2, 2015, s. 5; Ergün Küçük, "Planlanmış Davranış Teorisi Çerçevesinde Mali Müşavir (SMMM) Olma Niyetinin

Planlanmış davranış teorisine göre, insan davranışları belirli faktörlerin kontrolü altında olup belli başlı sebeplerden kaynaklanmaktadır ve bu davranışlar planlanmış bir şekilde ortaya çıkar.⁷⁶

Teoriye göre davranış üç faktörden etkilenmektedir. Bunlar; kişisel tutum, öznel norm ve algılanan davranış kontrolüdür. Kişisel tutum unsuru, çalışanın bir davranışı ihbarcılık açısından olumlu olarak algılayıp algılamadığı ile ilgiliyken, öznel norm çalışanın rol model aldığı (ya da önemli biri olarak kabul ettiği) kişinin olaylara ve davranışlara karşı tutumunun çalışanın olaylara karşı tutumunu etkilediğini ifade etmektedir. Son olarak algılanan davranışsal kontrol ise bir davranışı yapan kişinin davranışı gerçekleştirmeyi ne kadar zor ya da kolay algıladığı yani ne oranda kendi kontrolü altında olduğunu dair inancını ifade etmektedir.

Planlanmış davranış teorisi bilgi uçurma bağlamında ele alındığında, Ajzen'e göre birey bilgi uçurma eyleminin faydalı ve olumlu bir davranış olduğunu düşünüyorsa bilgi uçurma noktasında niyetlenmeye meyleder.⁷⁷

Her ne kadar bilgi uçurma ile ilgili olarak yapılan çalışmaların büyük çoğunluğunda teori eksikliği bulunsada bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda planlanmış davranış teorisi ile bilgi uçurma eyleminin açıklanabileceği düşünülmektedir.⁷⁸

F. SOSYAL SİSTEM KURAMI

Örgütler; değerler, normlar ve kurallar içeren bir düzen olarak var olmuşlardır. Çalışanlar da bu düzen içerisinde etik kurallara uygun olarak davranmakla yükümlüdürler.

Talcott Parsons "The Social System"⁷⁹ adlı çalışmasında kişilik ve kültür sistemleriyle toplumsal sistemin bağlantılarını kuran, karmaşık bir toplum modeli oluşturmaktadır.

Sosyal sistem kuramına göre sosyal etkileşimin bozuk olduğu örgütlerde farklılıkların başlaması nedeniyle gelişen düzensizlik ve dalgalanma nedeniyle bilgi uçurmanın daha çok yaşanması, uyum sağlayamayan örgütlerin sona ereceği düşüncesinin bir sonucudur.⁸⁰

Sosyal etkileşim kuramı, bilgi uçur

Altında Yatan Faktörlerin Analizi", ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Vol:7, No:14, 2011 s. 145 vd.

⁷⁶ Mercan, s. 6.

⁷⁷ Mercan, s. 7.

⁷⁸ Mercan, s. 5 vd; Heungsik Park, "Whistleblowing as Planned Behavior: A Survey of Korean Police Officers", Chung-Ang University Division of Public Policy, College of Social Sciences Republic of Korea, Ethics Conference Leuven, June 2-5, <https://research.tees.ac.uk/ws/portalfiles/portal/5875499/94400.pdf>, s.e.t., 19.09.2023.

⁷⁹ Talcott Parsons, The Social System, Routledge, 1991.

⁸⁰ Marcia P. Miceli/Janet Pollex Near/Terry M. Dworkin, Whistle-blowing in Organizations, New York: APA Press, 2008, s. 101.

mayı tek başına açıklamaya yetecek düzeyde olmasa dahi örgütte bulunan roller, rol takımları ve örgüt kültürüne getirdiği bakış açısı nedeniyele araştırmaların konusu olmuştur.⁸¹

G. İLETİŞİMSEL EYLEM KURAMI

Jürgen Habermas'ın başyapıtı olarak kabul edilen “İletişimsel Eylem Kuramı”⁸² sosyal bilimler dünyasına, yapısı ve vardığı sonuçlar yoluyla sosyolojinin bakış açısını etkileyecek kadar önemli katkılarda bulunmuştur.⁸³

İletişimsel eylem kuramında Habermas toplumsallaşma sürecinde bireyin özgürlük alanının olumsuz etkilendiğini belirterek özgür kamusal alanın yeniden kurulmasının “iletişim etiği” ile mümkün olabileceğini belirtmiştir.⁸⁴

Habermas'a göre “ortak akıl”, araçsal ve stratejik aklın ötesindedir. İletişimsel etik sayesinde fikirler özgürce konuşularak geliştirilebilir. Toplumsal uzlaşma ancak özgür konuşma ortamının bir sonucu olarak gerçekleşir. Modernleşme projesinin üzerine inşa edileceği temel de toplumsal uzlaşmadır. Kamusal alanın farklı fikirlerin özgürce dile getirildiği ve yarıştığı bir alana dönüşmesi bu noktada iletişimsel eylem kuramı ile örtüşmektedir.⁸⁵

İletişimsel eylem kuramında, işçinin sadece bir üreticiden ibaret görülmeyip, aynı zamanda birey olarak da görüldüğü için sürekli denetime tabi tutulmasından ziyade etik davranışta bulunması için yönlendirilmesi gerektiği de düşünülmektedir. Bu doğrultuda, örgütte var olan iletişim, var olan iktidar sorunsalı, ötekileşme, yalnızlaştırma kavramlarının açıklığa kavuşturulması bakımından önem arz eden bir kuram olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁶

H. SOSYAL TAKAS KURAMI

Bilgi uçurmaya ilişkin yapılan araştırmalardan bir kısmı bazı işçilerin etik dışı ya da hukuka aykırı durumları ihbar etme ile ilgili temelde yatan öncelikli düşüncenin işçinin çıkar elde etmek istediği ve karşı tarafın kendisini borçlu hissetmesini sağlamak olduğunu, bu şekilde her iki tarafında bu takas ilişkisinden memnun oldukları ölçüde etik olmayan

⁸¹ Baltacı, s. 409.

⁸² Jürgen Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı, M. Tüzel (Çev.), Kabalcı, İstanbul, 1996.

⁸³ Taner Timur, Habermas'ı Okumak, 3. B., Yordam, İstanbul, 2008, s. 145.

⁸⁴ Mümtaz Levent Akkol, “Jürgen Habermas'ın İletişimsel Eylem Kuramı ve Kamusal Alan Kavramının Analizi”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 37, 2019, s. 171-180.

⁸⁵ Jürgen Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, İletişim, İstanbul, 2007 s. 135.

⁸⁶ Baltacı, s. 410.

durumun gizlendiği veya umduğu çıkarı elde ettiğini düşünmeyen çalışanın bilgi uçurduğunu belirlemiştir.⁸⁷

Sosyal takas kuramı, bilgi uçurmayı örgütte yaşanan sosyal bir süreç olarak nitelendirmektedir. Aynı zamanda kuram bilgi uçurmanın çeşitli çıkarlar elde etmek isteyebileceği durumları açıklamaya çalışmaktadır.⁸⁸

I. İŞ BİRLİĞİ KURAMI

İş birliği kuramı, bilgi uçurmayı otoriteye karşı bir boyun eğme olarak algılamakta olup örgütlerde çalışanlar arasındaki iş birliğinin ne ölçüde var olduğu ve söz konusu iş birliğinin bilgi uçurma kavramına olan etkisinin araştırılması bakımından önem arz etmektedir.⁸⁹

İ. ETİK KURAMLAR

İş yaşamında önemli bir yeri bulunan iş etiği kavramı örgütte yer alan yanlış birtakım uygulamaların ortaya çıkması olarak isimlendirilebilen bilgi uçurma kavramı açısından oldukça önemli bir yere sahiptir.⁹⁰

Etik kuramlar bağlamında, bilgi uçurma eyleminin etik bir davranış olarak belirlenebilmesi için olması gerekenler aşağıdaki şekildedir;

-Bilgi uçurmaya konu olan durumların, toplum düzeyinde kabul gören etik ilkeler ile kanuni düzenlemelere aykırı olduğunun belirlenmiş olması,

-Bilgi uçurmanın etik ilkelere veya kanuni düzenlemelere aykırı olduğu düşüncesi ile uçurduğu bilgilere ilişkin somut delillerinin bulunması ve ispat edebilecek bir durumda olması,

-Bilgi uçurulan konunun önemli zararlar verebilecek nitelikte olması,

-Bilgi uçurunca gözetilen bir çıkar olmaması,

-Bilgi uçurmanın gönüllü olarak yapılmasıdır.⁹¹

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bilgi uçurma, işçinin işyerinde öğrenmiş olduğu olumsuz durumları, hatalı işlemleri, yolsuzluk ve hukuka aykırılıkları ya da ihmal suretiyle gerçekleştirilen eylem ve işlemleri işyerindeki yetkili organlara, kamu makamlarına, basına ya da üçüncü kişilere açıklaması anlamına gelmektedir.

Bilgi uçurma müessesesi bir işletme veya kurumda meydana gelen hukuka ya da etik değerlere aykırılıkların erken dönemde tespitinin

⁸⁷ Miceli/Near/Dworkin, 2008, s. 110.

⁸⁸ Baltacı, s. 412.

⁸⁹ Baltacı, s. 412.

⁹⁰ Ali Baltacı/Ali Balcı, "Complexity Leadership: A Theoretical Perspective", International Journal of Educational Leadership and Management, C. 5, S 1, 2017, s. 30-58; Baltacı s. 413.

⁹¹ Baltacı, s. 414.

yapılması ve önlenebilmesi açısından oldukça önemli bir yere sahiptir. Ülkemizde de işçilerin bilgi uçurma konusunda bilgilendirilip teşvik edilmesi ve bilgi uçurmaları durumunda özel olarak korunmaları çok önemlidir. Bu konuda işverenlerin, yöneticilerin ve takım liderlerinin oldukça etkin bir rol oynadığı söylenebilir. Bilgi uçuran işçilerin ödüllendirilmeleri, bilgi uçurmaları durumunda korunacakları vaadi gibi teşvik edici yaklaşımlar uygulanması durumunda bilgi uçurmanın yaygınlaşacağı görüşü hâkimdir. Bilgi uçurma müessesesinin desteklenmesi sayesinde ortaya çıkma ihtimali olan yanlış uygulamaların önüne geçilmesi söz konusu olur.

Çalışmamızda bilgi uçurma kavramı, bilgi uçurma sürecinin yönetilebilmesine katkıda bulunacağına inanılmakla, örgüt psikolojisinin de içinde bulunan ve zaman içerisinde gelişen ve yenilik gösteren temel davranış kuramlarından gizil kontrol kuramı, destekleyici düşünme kuramı, sadakat kuramı, sosyal öğrenme kuramı, planlanmış davranış teorisi, sosyal sistem kuramı, iletişimsel eylem kuramı, sosyal takas kuramı, işbirliği kuramı ve etik kuramlar bağlamında incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

Akkol M L, Jürgen Habermas'ın İletişimsel Eylem Kuramı ve Kamusal Alan Kavramının Analizi, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 37, 2019, s.171-180.

Aktan C C, Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 7, S. 2, 2015, Ekim-2006, s.19-36.

Alp M, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu- (Whistleblowing), Beta, İstanbul, 2013a.

Alp M, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkinde İfade Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013b, s. 385-422.

Arslan Ertürk A, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1. B., Legal, İstanbul, 2010.

Arslan E T/Kayalar M, Kamu ve Özel Sektör Çalışanlarının İfşa (Whistleblowing) Niyeti: Karşılaştırmalı Bir Analiz, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, C. 19, S. 32, 2017, s. 15-26.

Atalay M Ö/Acuner T, Etik İhlalleri Bildirme Niyeti Üzerinde Örgütsel Adalet Algısının Rolü: Akademik Personel Üzerinde İnceleme, Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 21, S.1 Haziran-2019, s. 114-148.

Aydın U, İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing), Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 2, 2002, s. 79-100.

Bahar B, Sosyal Öğrenme Kuramı ve Sosyal Değişim Kuramı Perspektifinden Etik Liderlik, Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, C.8, S. 16, 2019, s. 237-242.

Baltacı A, Bilgi Uçurma: Kavram ve Kuramsal Temeller, Muş Alpaslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 2, 2017, s. 397-423.

Baltacı A/Balcı A, Complexity Leadership: A Theoretical Perspective, International Journal of Educational Leadership and Management, 5 (1), 2017, s. 30-58.

Başak C, Uluslararası Örgütlerin Yolsuzlukla Mücadeledeki Rolü, Polis Bilimleri Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 91-114.

Bayrakçı E/Kayalar M, İfşa Davranışının Prososyal Davranışlar Bağlamında Değerlendirilmesine Yönelik Teorik Bir İnceleme, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, C. 7, S. 15, 2016, s. 120-131.

Bernard, G M, Whistleblowing in A Wikileaks World: A Model For Responsible Disclosure in Homeland Security, Unpublished Master's Thesis, Naval Postgraduate School Monterey, California, 2012.

Bıçak V, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2002.

Candan H/Kaya T P, İhbarcılık (Whistleblowing) ve Algılanan Örgütsel Destek Arasındaki İlişkinin İncelenmesine Yönelik Bir Kamu Kurumunda Araştırma, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2015, s. 305-330.

Çetinel M H/Taslak S, Çalışanların Kişilik Özellikleri İle İhbarcılık (Whistleblowing) Eğilimleri Arasındaki İlişki Üzerinde Örgütsel Adalet Algısının Aracılık Rolü, International Journal of Academic Value Studies, 5 (1), 2013, s. 46-72.

Çetinel M H/Taslak S, Çalışanların İhbarcılık (Whistleblowing) Eğilimi İle Örgütsel Adalet Algısı İlişkisinin Kavramsal Boyutu, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, C. 6, S. 2, Aralık 2017, s. 79-97.

Çiğdem S, Büro Yönetiminde Whistleblowing ve Etik İlişkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Büro Yönetimi II Özel Sayısı, 2013, s. 93-109.

Demir F/Demir G, İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş Dergisi, C. 11, S. 1, 2009, s. 1-31.

Elliston F A, Civil Disobedience and Whistleblowing: A Comparative Appraisal of Two Forms of Dissent, Journal of Business Ethics, C.1, S. 1, 1982, s. 23-28.

Eren V/Ufuk O, Kurumsal Sosyal Sorumluluğun Çalışanların Kötü Yönetimi İfşa Düzeylerine Etkisi Üzerine bir Araştırma, The Journal of Academic Social Science Studies, C.6, S. 6, 2013, s. 455-468.

Eroğluer K/Sarıbay Öztürk G, İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing), Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları , I. B., Seçkin, Ankara, 2020.

Esen E/Kaplan H A, İşletmelerde Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 14, S. 2, 2012, s. 33-52.

Güvenç K/Akyazı T E/Sunman G, Personel Güçlendirmenin İhbarcılığa Etkisinde Örgütsel Bağlılığın Aracılık Rolü Üzerine Bir Araştırma, 15. Ulusal İşletmecilik Kongresi Bildiriler Kitabı, 26 Mayıs 2016, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, s. 46-47.

Habermas J., İletişimsel Eylem Kuramı, M. Tüzel (Çev.), Kabalıcı, İstanbul, 1996.

Habermas J., Kamusalın Yapısal Dönüşümü, İletişim, İstanbul, 2007.

Hwang D/Staley B/Chen Y T/Lan J S, Confucian Culture and Whistleblowing By Professional Accountants: An Exploratory Study, Managerial Auditing Journal, C. 23, S. 5, 2008, s. 504-526.

Kaptein M, From Inaction to External Whistleblowing: The Influence of Ethical Culture of Organizations on Employee Responses to Observed Wrongdoing, Journal of Business Ethics, C. 98, S. 3, 2011, s. 513.

Kartal Y/Sipahi H, Whistleblowing İle Mobbing İlişkisi: Kavramsal Bir Bakış Ve Çözüm Önerileri, International Journal Of Management and Administration, C.2, S.4, 2018, s. 119-204.

Keenan J P, Comparing Chinese and American Managers On Whistleblowing, *Employ Respons Rights.*, C. 19, 2007, s. 85-94.

Korkmaz İ, Sosyal Öğrenme Kuramı, Gelişim ve Öğrenme Psikolojisi, PegemA, Ankara, 2008.

Küçük E, Planlanmış Davranış Teorisi Çerçevesinde Mali Müşavir (SMMM) Olma Niyetinin Altında Yatan Faktörlerin Analizi, *Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.7, S.14, 2011, s. 145-162.

Mercan N/Altınay A/Aksanyar Y, Whistleblowing (Bilgi İfşası ve İhbar) ve Yolsuzlukla Mücadelede İç Denetimin Değişen ve Gelişen Rolü, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, C. 4, S. 2, 2012, s. 167-176.

Mercan N, Ajzen'in Planlanmış Davranış Teorisi Bağlamında Whistleblowing (Bilgi İfşası), *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, C. 7, S., 2, 2015, s. 1-14.

MesmerMagnus J R/Viswesvaran C, Whistleblowing in Organization: An Examination of Correlates of Whistleblowing Intentions, Actions and Retaliation", *Journal of Business Ethics*, C. 62, S. 3, 2005, s. 277-279.

Miceli M P/Near J P, The Relationships Among Beliefs, Organizational Position, and Whistle-Blowing Status: A Discriminate Analysis, *Academy Of Management Journal*, C. 27, S. 4, 1984, s.687-705.

Miceli M P/Near J P, Organizational Dissidence: The Case Of Whistleblowing. *Journal of Business Ethics*, C. 4, S. 1, 1985, 1-16, s. 265-404.

Miceli M P/Near J P, Individual and Situational Correlates of Whistle-Blowing, *Personnel Psychology*, C. 41, S. 2, 1988, s. 267-282.

Miceli M P/Near J P, Whistle-Blowing: Myth and Reality. *Journal of Management*, C. 22, S. 3, 1996, s. 507-526.

Miceli M P/Near J P, Standing up or standing by: What predicts blowing the whistle on organizational wrongdoing?, *Research İn Personnel and Human Resources Management*, 24, 2005, s. 95-136.

Miceli M P/Near J P, /Dworkin T, Whistle-blowing in Organizations, New York: APA Press, 1. B., 2008.

Öktem M K/Shahbazi G, Attitudes Toward Different Forms of Whistleblowing in Turkey and Iran, *Middle East Journal of Scientific Research*, 2012, C. 12, S.7, s. 945-951.

Öktem Songu S, Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel S., 2013, s. 609-650.

Özbey Ö, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 1, 2013, s. 93-146.

Park H, John B, Öktem M K, Ömürgönülşen U, Cultural orientation and attitudes towards different forms of whistleblowing: A comparison of South Korea, Turkey and the UK, *Journal of Ethics*, C. 82, S. 4, s. 929-939.

Park H, Whistleblowing as Planned Behavior: A Survey of Korean Police Officers", *Chung-Ang University Division of Public Policy, College of Social Sciences Republic of Korea, Ethics Conference Leuven, June 2-5*, s. 2-21.

Parsons T., The Social System, Routledge, 1991.

Ray S L, Whistleblowing and Organizational Ethics, Nursing Ethics, C. 13, S. 4, 2006, s. 438 445.

Read W J/ Rama D V Rama, Whistleblowing to Internal Auditors, Managerial Auditing Journal, C. 18, S. 5, 2003, s. 354-355.

Saygan S/Bedük A, Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing), ve Etik İklim İlişkisi Üzerine Bir Uygulama, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2013, C. 28 B. 1, s.1-23.

Şimşek M Ş/Çelik A/Akgemci T, Davranış Bilimlerine Giriş ve Örgütlerde Davranış, 9.B., Eğitim, Ankara, 1998

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 21. B., Beta, İstanbul, 2023.

Taş F, Özel ve Kamu Hastanelerinde Çalışan Hemşirelerin İzharcılık (Whistleblowing) Tutumları Üzerine Bir Araştırma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sağlık Yönetimi Anabilimdalı, 2015, s.1.

Timur T, Habermas'ı Okumak, 3. B., Yordam, İstanbul, 2017.

Turan B/İpçioğlu İ, Planlı Davranış Teorisi İle Whistleblowing Niyetinin İncelenmesi: Sağlık Sektörü Çalışanları Üzerinde Bir Araştırma, International Journal of Economic and Administrative Studies, UIİİD-IJEAS, 17. UIK Özel Sayısı, 2018, s. 147-166.

Uyar S/Yelgen E, "Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim", Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 1, 2015, s. 85-106.

Yurtsever G, Şirket Etik Kodu, Hazırlanışı, Uygulanışı ve İçeriği, Barış Kitap, Ankara 2000.

Zamantılı Nayır D, Kurumsal Etik ve Whistleblowing, Pozitif, 1. B., İstanbul, 2012.

İNTERNET KAYNAKLARI:

Case of Heinisch v. Germany, Application No. 28274/08,

Park, H.; Blenkinsopp, J., Whistleblowing as Planned Behaviour, A Survey of South Korean Police Officers, <https://research.tees.ac.uk/ws/portalfiles/portal/5875499/94400.pdf>, s.e.t., 19.09.2023.

Association of Certified Fraud Examiners, <https://www.acfe.com>, s.e.t., 19.09.2023

YASALARIN RUHUNA DAİR BİR TARTIŞMA: SAVIGNY, SCHMITT VE KELSEN’İN DÜŞÜNCESİNDE “YASALARIN RUHU”*

A Discussion on the Spirit of the Laws: “The Spirit of the Laws” in Savigny’s, Schmitt’s, and Kelsen’s Thought

Av. Alkan Hazar ARKAN**

Öz: Yasaların ruhlarının olup olmadığına dair tartışma, doğal hukuk düşüncesinin ortaya çıkışından bugüne kadar devam eden önemli bir tartışmadır. Doğal hukuk düşüncesinin önemini kaybederek özellikle hukuki pozitivism akımının hukuktaki hâkim paradigma hâline gelmesi ise bu tartışmayı daha da derinleştirmiştir; çünkü doğal hukuk ilkelerinin reddiyle beraber hukukun içeriksiz, bağlamsız ve meşruiyetten yoksun kalması, yasaların da ruhsuz ve içi tamamen boşaltılmış teknik metinlere dönüşmeleri riskini doğurmuştur. Bu riski gören kimi düşünürler bu durumu aşmak için özellikle yasaların siyasal bağlamı ve meşruiyeti noktasında çeşitli fikirler öne sürmüşlerdir; ancak bugünün hâkim hukuk paradigması olan hukuki pozitivism bu problemi çözme noktasında yeterli bir yapıda olduğunu iddia etmek de pek mümkün değildir. Bu araştırmada hukukun meşruiyetine dair problemlerin çözümünü noktasında; tarihsel hukuk okulunun kurucusu olan Friedrich Carl von Savigny’nin, bir hukuki pozitivist olan Hans Kelsen’in ve son olarak da bu iki düşünürün arasında bir yol izlemeye çalışan kararçı Carl Schmitt’in düşüncelerine yer verilerek yasaların meşruiyeti ve ruhu meseleleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yasaların ruhu, Carl von Savigny, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Meşruiyet

Abstract: The debate about whether laws have spirit is an important discussion that has continued since the arise of natural law theory. The fact that natural law theory lost its status and especially legal positivism became the dominant paradigm in law further advanced this discussion; The rejection of natural law principles caused that laws being lack of content, context and legitimacy. And because of that laws be at risk of turning into spiritless and completely dull technical texts. Some thinkers who see this risk have tried to overcome this situation in various ways, especially through the widely used political context and legitimacy. However, it is not possible to claim legal positivism which is today’s dominant legal paradigm, has a good idea to solve this problem. In this paper, in the context of the legitimacy of law, the ideas of Friedrich Carl von Savigny, the founder of the historical school of law, Hans Kelsen, a legal positivist, and, finally, Carl Schmitt, a decisionist who followed a path between these two thinkers, will be compared. And In this regard the issues of legitimacy and spirit of laws will be discussed.

Keywords: Spirit of the Laws, Carl von Savigny, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Legitimacy

* Bu çalışma Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan “1982 Anayasası’nın Politik Psikanalizi” isimli doktora tez araştırmasından üretilmiştir.

** Doktora Öğrencisi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, alkanarkan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5583-0173.

Makale Geliş Tarihi: 01.07.2023, Makale Kabul Tarihi: 08.08.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391748

GİRİŞ

Doğal hukuk okulu; İlk Çağ, Orta Çağ ve Yeni Çağ boyunca etkili olmuş önemli bir hukuk akımıdır. Doğal hukukçulara göre doğal hukuk, insanın doğasından kaynaklanır ve tüm zamanlarda ve mekanlarda geçerli evrensel ilkeler şeklinde kendini gösterir. Bunlar, insanın aklı sayesinde keşfedebileceği ilkelerdir ve pozitif hukuka da kaynaklık ederler. Bu ilkelerin en önemli özellikleri ise “olanı” değil “olması gerekeni” göstermeleridir; yani örneğin “adalet” ve “ahde vefa” gibi kavramlar doğal hukuk ilkeleridir ve bu nedenle de bu ilkelere aykırı olan bir şey, aynı zamanda hukuka da aykırı olacaktır. Pozitif hukuk ise bu anlamda doğal hukuktan kaynaklanır.

Özellikle 16. ve 17. yüzyıllarda ortaya çıkarak oldukça önem kazanan sosyal sözleşme kuramlarının çoğu doğal hukukçular tarafından geliştirilmiştir.¹ 19. yüzyıldan itibaren doğal hukuk okulu sert eleştirilere maruz kalarak eski önemini yitirmeye başlamış ve hukuk bilimi içerisindeki hâkim konumunu hukuki pozitivizme bırakmıştır. Doğa bilimlerinin gelişmesi ve bu kapsamda da şüphecilik ve rölativizm gibi kavramların yükselmesi, hukuki pozitivizmin yükselişinde oldukça önemli etkenlerdendir;² çünkü bilimle açıklanamayan her şeyin hukukun dışına itilmesi çabaları bu kavramların yükselişiyle yakından ilişkilidir. Hukuk paradigmasındaki bu değişimi ise özellikle yasaların ruhu kavramı bağlamında ele almak gerekir; çünkü doğal hukukçulara göre yasaların tamamı doğal hukuk ilkelerinden kaynaklanır ve meşruluklarını doğal hukuktan alırlar. Doğal hukukun önemini kaybetmesinin ardından hâkim olan hukuki pozitivizm akımı ise doğal hukuku metafizik bir kavram olarak görerek hukukun dışına itmeye çalışmıştır;³ ancak bu sefer de hukukun meşruiyetini neyin sağlayacağı sorusu gündeme gelmiştir. Yani daha net bir biçimde ifade etmek gerekirse; yasalara ruhunu veren doğal hukuk ilkeleri, aynı zamanda yasaların meşruiyetinin de kaynağını oluşturmaktaydılar. Hukuki pozitivizm akımı ise yasaların meşruiyet kaynağının yine yasalar olduğunu iddia etmek suretiyle “yasaların ruhu” kavramını da metafizik bularak reddetmiştir.

Hukuki pozitivizm bugünün hâkim hukuk paradigmasıdır; ancak doğal hukuk okulunun etkisini yitirmeye başlamasının ardından ortaya çıkan tek önemli hukuk akımı da değildir. Hukuka meşruluğunu neyin vereceğine dair tartışmada özellikle Carl von Savigny’nin kurduğu tarihsel hukuk okulu ve Carl Schmitt’in ortaya attığı kararcılık gibi hukuk akımlarının da önemle dikkate alınması gerekir; çünkü her iki akımın da bu konuda oldukça önemli düşünceleri bulunmaktadır. Bu araştırmanın amacı, doğal hukuk okulunun eski önemini kaybetmeye başlamasının ardından ortaya çıkan üç önemli hukuk okulunun temsilcileri olan Savigny, Schmitt ve bir hukuki pozitivist olan Hans Kelsen’in, hukukun

¹ Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 15. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020 s. 138-139

² Selahattin Keyman, “Hukuki Pozitivizm”, C. 35, S. 1, 1978, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 18

³ Güriz, s. 143

meşruiyet kaynakları konusundaki düşüncelerini karşılaştırmak suretiyle, yasaların ruhu kavramına dair bir çerçeve çizmektir. Bu anlamda da her üç düşünürün düşünceleri karşılaştırmalı bir şekilde ele alınarak, yasaların ruhu kavramına dair yaptıkları açıklamalara eleştirel bir yorum getirilmeye çalışılacaktır.

I. HUKUKİ MEŞRUIYETİN KAYNAĞI OLARAK “YASALARIN RUHU”

Yasaların ruhlarının olduğuna dair düşünceleri ortaya atan ilk düşünürlerden biri Montesquieu'dur. Montesquieu'ya göre yasalar nesnelere doğasından kaynaklanan zorunlu ilişkilerin bir ifadesidir.⁴ Bu minvalde de Montesquieu, yasalara damgasını vuran genel bir “ruhtan” bahsetmiştir ki ona göre bunu din, iklim, yönetim anlayışı gibi kavramlar belirlemektedir.⁵ Montesquieu bu anlamda yasaların ruhuna dair büyük ölçüde antropolojik bir açıklama yapmış olsa da öne sürmüş olduğu kavram zaman içerisinde önem kazanarak farklı perspektiflerden de yorumlanmaya başlanmıştır. Örneğin; Hannah Arendt'e göre yasaların varlığı bir topluluğu siyasal birlik hâline getirebilmenin temel şartlarından ve yasaların olmadığı yerde bir siyasal topluluktan değil, yalnızca sıradan bir yığından söz edilecektir.⁶ Bu nedenle de siyasal birliğe ruhunu veren asıl varlık, yasaların ruhudur. Maurice Duverger ise yasaların kaynağının töre olduğunu; ancak zamanla bunların kodifiye edilmeleriyle beraber hukukun doğduğunu iddia etmiştir.⁷ Bu anlamda da onun yaklaşımı yasaların ruhunun tarihselliğine vurgu yapmaktadır. Sosyal sözleşmeciliğin ortaya çıkışı ise halkı yasal düzenin ontolojik nedeni hâline getirdiği için yasaların ruhuna ilişkin görüşler, bu düşüncenin ve dolayısıyla da anayasacılığın gelişmesiyle iyice önem kazanmıştır.⁸

Yasaların ruhu meselesi bugün genel olarak anayasaların ruhu üzerinden ele alınmaktadır; çünkü hem sosyal sözleşmeciliğin getirisi hem de normlar hiyerarşisi gereğince hukuki bir düzende tüm yasaların anayasa ile uyumlu olması gerekir. Bu nedenle de anayasanın ruhu, bağlamını hangi kavramlar vasıtasıyla buluyorsa, yasalarda da aynı kavramların izinin bulunacağı söylenebilir. Yani anayasalar bu anlamda ideolojik metinlerdir ve tüm düzene ve bu anlamda da tüm yasalara

⁴ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev. Berna Günen, 5. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020, s. 3

⁵ Montesquieu, s. 385

⁶ Hannah Arendt, *İnsanlık Durumu*, Çev. Sina Şener, 19. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, s. 110-111

⁷ Maurice Duverger, *Siyaset Sosyolojisi*, Çev. Şirin Tekeli, 12. baskı, Varlık Yayınları, İstanbul, 2019, s. 82

⁸ Cemal Bâli Akal, *Hukuk Nedir?*, 3. baskı, Zoe Kitap, İstanbul, 2021, s. 74-75

ruhunu veren anayasanın ruhudur.⁹ Anayasanın ruhundan kastedilen en önemli düşünce ise yasa koyucuların isteseler dahi değiştiremeyecekleri türden birtakım ilkelerin varlığının kabulüdür. Bu ilkeler anayasanın kendisinden dahi üstün oldukları için bir anayasa kesin bir şekilde bu ilkelerin doğrultusunda ifadesini bulmak zorundadır. Zira anayasacılık; bu kavramı kabul edenlere göre basit bir anayasa yapma işi olmanın ötesinde, bir toplumsal tahayyülün, bir siyaset felsefesinin gerçekleştirilmesinin amacıdır.¹⁰ Yasaların ruhu meselesinde kavranması gereken asıl ve en önemli mesele ise hukukun, toplumdan, ekonomiden, siyasetten bağımsız bir bilim olarak kavranmasının mümkün olmadığıdır.¹¹ Örneğin; Sigmund Freud, toplumların meydana gelişinin ve bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerinin libidinal bir kökeni olduğunu öne sürmüştür. Ona göre sağlıklı bir toplum; ancak libidonun bastırılmasıyla ortaya çıkabilir.¹² Freud'un bu görüşü ilk bakışta yeterince açık değilmiş gibi görünse aslında bahsini geçirdiği durumun bir sosyal sözleşmeden başka bir şey olmadığı açıkça görülmektedir. Onun düşüncesinde sosyal sözleşme ise "Oidipus Kompleksi" kaynaklı bir savaş yaşayan erkeklerin savaşı sona erdirmeye karar vermeleriyle kurulur.¹³

Toplumsal hayatın inşası ve hukukun meydana getirilmesiyle beraber meşru şiddet kullanma tekeli de yalnızca devlete ait olmuştur;¹⁴ ancak hukukun kökenini şiddetten ibaret görmek de doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Hukukun gerçek kökeni toplumsal ve dolayısıyla da siyasal olandır. Bugünün hukuk konusundaki hâkim paradigması olan hukuki pozitivizm ise hukuka böyle bir köken atfetmemekte ve hukuku tüm siyasal kavramlardan arınmış kapalı bir sistem olarak ele almaktadır. Böyle bir hukuk anlayışı, hukukun "adalet" kavramını merkeze alamayarak temelsiz kalmasına neden olacaktır; çünkü hukukun ve adaletin bağlamını anlamamanın yolu siyasal olanı anlamaktan geçer. Adalet kavramının bağlamsız kalması ise büyük bir risktir; çünkü adalet, benimsenen ideolojinin bağlamı doğrultusunda farklılık göstermekle

⁹ Alkan Hazar Arkan, "1961 ve 1982 Anayasalarının Yapım Süreçlerinin Anayasal Gelişmelere ve Demokrasiye Olan Etkileri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 22

¹⁰ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, 18. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, s. 33

¹¹ Kasım Akbaş, Hukukun Büyübozumu, 2. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015, s. 26-27

¹² Sigmund Freud, Civilization, Society and Religion: Group Psychology, Civilization and Its Discontents and Other Works, Penguin, Harmondsworth, 1985, s. 286

¹³ Sigmund Freud, Dinin Kökenleri: Totem ve Tabu, Musa ve Tektanrıcılık ve Diğer Çalışmalar, Çev. Selçuk Budak, 4. baskı, Öteki Yayınevi, Ankara, s. 330-331

¹⁴ Walter Benjamin, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Çev. Ece Göztepe, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Aykut Çelebi (haz.), 2. baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, s. 19-20

beraber hukukun en önemli kurucu unsurlarından biridir.¹⁵ Hukukun tüm bu unsurlardan arındığı kerte ise geriye kalan tek şey kaba kuvvet ve dolayısıyla da güçlülerin her zaman haklı olacağı bir “yasal” düzen olacaktır. Böyle bir düzen de Thomas Hobbes’un toplumsal yaşama geçişten önce var olduğunu düşündüğü “anarşik” doğa durumundan pek de farklı olmayacaktır ki Hobbes dahi bu durumun sürdürülebilir olmadığını kabullenerek, sosyal sözleşmenin “zulüm korkusu” nedeniyle yapıldığını öne sürmüştür.¹⁶ Gerçekte ise hukuk hiçbir şekilde değerlerden azade bir kavram değildir. Görünürde bir tarafsızlık ve bağımsızlık vurgusu yapılıyor olsa da hukuk, genel olarak bir toplumun egemen değerlerinin yansıması ve düzenin meşrulaşmasının aracıdır.¹⁷ Yani özetle yasalara ruhunu veren asıl şeyin, hukukun siyasal bağlamını meydana getiren ilkelerden ve değerlerden oluştuğunu söylemek mümkündür. Hukukun bağlamını neyin oluşturduğu konusunda ise araştırmanın başlığında geçen her üç düşünürün de birbirlerinden farklı; ancak bugünün hukuk anlayışını doğru bir şekilde değerlendirebilme noktasında fayda sağlayacak düşünceleri vardır.

II. SAVIGNY’NİN HUKUK ANLAYIŞINDA YASALARIN RUHU

Hukukun, toplumun karakterinden ve varlığından zaman içerisinde kendiliğinden bir şekilde ortaya çıktığını savunan Savigny’ye göre hukuk *Volksgeist*, yani “halk ruhu” adı verilen bir kavramdan doğar ve zaman içerisinde gelişir.¹⁸ Bu anlamda da Savigny’nin, hukukun oluşumunu genel olarak bilinçdışı süreçlere bağlama eğiliminde olduğu iddia edilebilir;¹⁹ çünkü onun yaklaşımında, tıpkı Ortega y Gasset’in de düşündüğü gibi toplum, hukuku kendi kendine salgılar.²⁰ Hukukun bu şekilde doğduğu bir toplumda yaşayan hukukçular ise hukuk yapma görevini üstlenmezler, yalnızca doğru zaman geldiğinde hukukun kodifikasyonunu yaparlar. Hukukun halk ruhundan doğuşu ve gelişimi sırasında hukuka etki eden en önemli unsur ise siyasettir; çünkü her toplumun kendine has bir ruhu olduğu için yasalar da bu ruh doğrultusunda şekillenirler. Bu nedenle de Savigny’ye göre hukuka bağlamını veren unsurların tamamı siyasal kavramlardır.²¹ Bu bakımdan

¹⁵ Georges Gurvitch, Hukuk Sosyolojisi, Çev. Muhammet Koçakgöl, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 61

¹⁶ Thomas Hobbes, Leviathan, Çev. Hamiyet Ünal, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 91

¹⁷ Steven Vago/ Steven E. Barkan, Law and Society, 11. baskı, Routledge, New York, 2018, s. 66

¹⁸ Friedrich Carl von Savigny, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, Çev. Ali Acar, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 43; Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 18. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021 s. 250

¹⁹ Cahit Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 226

²⁰ José Ortega y Gasset, Kitlelerin Ayaklanması, Çev. Neyyire Gül Işık, 5. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 7

²¹ Savigny, s. 43-44

da Savigny'nin yaklaşımının hukuku siyasal kavramlardan arındırmaya çalışan yaklaşımlara karşı çıktığı söylenebilir.

Savigny'nin "tarihsel hukuk okulu" olarak anılan yaklaşımı, hukuku hukukçuların yaptığı bir teknisyenlik işi olarak görme noktasındaki eleştirileri nedeniyle oldukça önemlidir. Tarihsel hukukçulara göre hukuk, kaynağını halkın ruhundan aldığı için hukuk ile halkın karakteri arasında organik bir ilişki bulunmaktadır. Yani bu anlayışa göre hukuk, tıpkı dil gibi zaman içerisinde gelişmiş bir kavramdır.²² Savigny'nin fikirleri ilk kez Almanya'nın birliğinin sağlanmasına ilişkin isteklerin yükselmesiyle beraber Alman devletlerinin tamamına geçerli olacak yeni ve ortak bir medeni kanun yapılmasına dair tartışmaların yapıldığı bir dönemde gündeme gelmiştir.²³ Bu dönemde kimi Alman entelektüeller, Fransız etkisiyle yayılan fikirleri kesin olarak reddederlerken kimileri de bu fikirleri tereddütsüz benimsemişlerdi. Bu konuya ilişkin en radikal fikirlerden biri ise dönemin önemli hukukçularından biri olan Anton Friedrich Justus Thibaut'tan gelmişti. Thibaut, Alman devletlerinde hâlihazırda geçerli olan tüm yasaların terk edilmesini ve Fransız Medeni Kanunu'nun ve doğal hukuk ilkelerinin etkisi altında olan yepyeni bir medeni kanunun hazırlanarak Almanya'nın tamamı için yürürlüğe girmesini öneriyordu. Onun bu önerisi, "eskimiş ve köhnemiş" geleneklerin bir tarafa bırakılarak doğal hukukun akla dayanan prensiplerini temel alan bir medeni kanun yapıldığı takdirde Almanya'nın birliğinin kolayca kurulacağı inancına dayanıyordu. Savigny ise bu görüşten yana olmamış ve özellikle iktibas savunucusu hukukçuları eleştirmiştir.²⁴ Zira ona göre her halkın kendi ruhundan doğan benzersiz bir hukuku vardır ve başka bir ülkeden iktibas edilecek veya bu ülkenin hukukunu örnek almak suretiyle yapılacak yasaların bir ülke ile kendiliğinden uyumlu olmasını beklemek, hukukun arkasındaki siyasal süreçlerin tamamını inkâr etmek anlamına gelecektir. Bu nedenle de Savigny'nin esas kaygısının hukuku siyasal bağlamından koparmaya yönelik anlayışın Almanya'da hâkim olmasının önüne geçmek olduğunu söylemekte bir yanlışlık bulunmamaktadır. Ona göre hukuk, halkın ruhunda kendiliğinden ortaya çıktığı için halk zaten farkında olmadan hukuku yaşamaya başlar.²⁵ Daha açık bir ifadeyle, Savigny'ye göre insanların çoğu, hukuk kurallarını bilmeseler dahi farkında olmadan hukuka uygun bir yaşam sürerler.

Pozitif hukuk esasen insan düşüncesinin ürünü bir kavramdır. Bu nedenle de pozitif hukuka geçerlilik katan bir bağlam olmadığı sürece yasaların meşruiyeti tartışmalı bir hâle gelmektedir.²⁶ İşte bu bağlamı da

²² Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 3. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021a, s. 205

²³ Güriz, s. 209

²⁴ Kasım Akbaş, "Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", C. 74, S. 1, 2016, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 6

²⁵ Eugen Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, Çev. Artun Mimar, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 404

²⁶ Aral, 2021a, s. 42

siyasal olandan veya Savigny'nin deyimıyla halkın ruhundan sağlamak mümkündür. Hukukun siyasal bağlamı noktasında Savigny'nin düşüncelerinin önemi, hukukun tarihsel boyutunu vurgulaması noktasındadır. Ona göre hukuk, halkın ruhunda birtakım bilişsel ve tarihsel süreçler sonucunda kendiliğinden belirir ve daha önce de belirtildiği üzere halk bunların varlığını bir yasa koyucu tarafından kodifiye edilmelerine gerek kalmadan zaten bilir. Daha açık ifade etmek gerekirse; Savigny'e göre hukuk, her yerde kendini belli etmeden çalışan mekanizmalar vasıtasıyla, yani geleneklerle ve genel inançlarla ortaya çıkar.²⁷ Hukukçular ise bu süreç içerisinde kendi iradeleriyle hukuk yaratamazlar. Bu nedenle de Savigny'nin yaklaşımında hukukçular yasaları koyan kişiler değil, yasaları yalnızca yazıya geçiren kişilerdir; çünkü yasaları koyan bizzat halktır. Savigny'ye göre en mükemmel hukuk ise Roma hukukudur; çünkü Roma hukuku kendisini tamamen bu görünmez mekanizmaların vasıtasıyla üretmiştir.²⁸ Tabii belirtmek gerekir ki Savigny, hukuka dair yaptığı açıklamalarla devleti yasa yapımından dışlamak gibi bir niyet gütmemektedir. Ona göre devlet, hukukun halk ruhundan üretilmesi sürecinde birçok faydalı rolü üstelenebilecek durumdadır ve özellikle hukuku ortaya çıkaran organların sağlıklı bir şekilde işlemesi noktasında görev almalıdır.²⁹ Bunun dışında Savigny sosyal sözleşmecî görüşlere de karşı çıkmıştır; çünkü Savigny'e göre bir devletin sözleşmeyle doğabiliyor olması demek, istendiğinde o sözleşmeden çıkılabiliyor olması anlamına da gelmektedir. O, bu bağlamda sözleşme ile kurulmuş bir devletten çok devletin halk ile doğal bütünlük içerisinde olduğu organik bir devlet anlayışını benimseme eğilimindedir.³⁰ Bu durum da onun hukuk anlayışı ile oldukça tutarlıdır; çünkü yasaların halkın ruhundan kaynaklandığı ve tüm hukuki düzenin halk vasıtasıyla meşruiyetini kazandığı bir devletin, sözleşme ile değil de yine zaman içerisinde kendiliğinden ve organik bir biçimde ortaya çıkmış olması onun düşünceleriyle çok daha tutarlı olacaktır.

Son olarak özetlemek gerekirse, Savigny'nin görüşleri genel olarak hukukun halkın ruhundan kendiliğinden doğduğunu ve dolayısıyla da yasalara meşruiyetini veren en temel unsurun da halk ruhu olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu yaklaşım, hukuku bağlamlardan kopuk ve kendi içine kapalı bir sistem olmaya indirgememekle beraber; yasaların ruhunun sadece tarihsellik ve halk ruhu kavramları üzerinden açıklanmaya çalışılması da yeterince net olmamaktadır. Yasalar beraberlerinde zor kullanma yetkisinin devlete devrini de getirirler ve bu durum da yine sosyal sözleşmecî görüşleri gündeme getirir. Ayrıca yasalar halkın ruhundan doğarlar; ancak halk da yasalar tarafından zaman

²⁷ Savigny, s. 45

²⁸ Savigny, s. 59

²⁹ Savigny, s. 189-190

³⁰ Alfred Dufour, Tarihsel Hukuk Okulu, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 855

içerisinde şekillendirilirler, yani diyalektik bir süreç söz konusudur. Bu nedenle de Savigny'nin görüşlerinin yasaların ruhu kavramı noktasında oldukça önemli olmakla beraber hukukun bağlamını açıklama noktasında belli açılardan eksik kaldığını söylemek mümkündür.

III. KELSEN'İN HUKUK ANLAYIŞINDA YASALARIN RUHU

Hukuki pozitivist bir düşünür olan Kelsen'e göre hukuk,³¹ ifadesini normlar hiyerarşisinde bulur ve normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan anayasanın da maddi ve şekli anlamda olmak üzere iki ayrı tanımı vardır. Kelsen'in şekli tanımına göre anayasa, hükümlerinin değiştirilmesi özel değişiklik şartları vasıtasıyla zorlaştırılmış resmî (*solemn*) bir belgedir.³² Maddi anlamda anayasa ise normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan bir belgeyi tanımlar ki Kelsen'in anlayışında normlar hiyerarşisinin yeri oldukça önemlidir. O, bu anlayışı doğrultusunda bir ülkedeki tüm yasaların anayasadan, anayasanın ise varsayımsal bir temel normdan (*Grundnorm*) kaynaklandığını öne sürmüştür.³³ Ayrıca Kelsen, anlayışının temel gayesini "özgürlüğü inşa etmek" olarak tanımlamıştır ve liberalizm ile anayasacılığı ayrılmaz bir bütün olarak görmüştür.³⁴

Kelsen, hukuk felsefesini Kant'ın deontolojik hukuk anlayışı çerçevesinde şekillendirmiştir. Bu anlayışa göre kişiler bilgileri sadece deneyimleriyle kazanmazlar, ampirik yöntemlerle elde edilen bilgileri anlamlandırabilmek için bir kavramlar setine ihtiyaç vardır. Bu kavramlar ise kendi başlarına bir şey ifade etmezler, yalnızca elde edilen bilgilerin tasnifinde ve anlaşılmasında fayda sağlarlar. Bu nedenle de Kelsen'e göre hukukun doğru anlaşılabilmesi için kendine has bir kavramlar setine, yani tüm bilimlerden tamamen arınmış "saf" bir teoriye ihtiyacı vardır.³⁵ Bu anlamda da hukukun en temel ödevi; değişmez ve nesnel kavramları bir araya toplayıp, bu niteliği taşımayan kavramları hukukun dışına itmektir. Ayrıca Kelsen'e göre hukukun adaleti sağlamak gibi bir zorunluluğu da bulunmamaktadır; çünkü "adalet" kavramının tartışılması hukukun değil siyaset felsefesi, ahlak ve sosyoloji gibi alanların meselesidir. Kelsen tüm bu verilerin ışığında diğer bilimlerden tamamen arınmış, hukuk bilimine özel ve sadece değişmez unsurları içeren saf bir hukuk teorisi geliştirmeye çalışmıştır. Bu teoriye de taşıdığı

³¹ Kelsen'in "*Grundnorm*" kavramını öne sürerek pozitivizmin sınırlarının dışına taşıdığını, bu nedenle de kendisinin hukuki pozitivist sayılmayacağını savunan kimi görüşler de mevcutsa da Kelsen'in hukuk anlayışının hukuki pozitivist özelliklerinin çok daha ağır bastığını söylemek mümkündür. Daha ayrıntılı bilgi için bkz: Can, s. 220

³² Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Çev. Andres Wedberg, Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1949, s. 124

³³ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çev. Ertuğrul Uzun, 2. baskı, Nora Kitap, İstanbul, 2020, s. 71; Kelsen, 1949, s. 124

³⁴ Oya Boyar, *Anayasal Yorumu Giriş*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 52-53

³⁵ Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, Çev. Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 165

niteliklerle müsemma bir isim olan “saf hukuk teorisi” adını vermiştir.³⁶ Oysaki adalet; hukukun bağlayıcılığının temellerinden biri olarak, özellikle yasaların ruhu bakımından oldukça önemli bir kavramdır. Adalet kavramı ahlaki bir değer olarak hukuka, olması gerekenin ne olduğu noktasında amaçsal bir değer katar,³⁷ bu nedenle de adalet kavramıyla bağı kopmuş bir yasa, içi boş ve kupkuru bir hukuki metinden daha öte bir anlam taşımayacaktır.

Kelsen’in çabasının amacı açıkça bellidir; Kelsen, hukuka “bilimsel” bir nitelik kazandırmak ve ona tüm bilimlerden tamamen bağımsız, kendi yöntemleri ve nesnel gerçekleri olan, müstakil bir bilim niteliği kazandırmak istemiştir.³⁸ Hukukun bu tür bir bilime dönüştürülmesi ise diğer tüm pozitif bilimler gibi hukukun da doğrularının yalnızca hukuk bilimi için geçerli olması sonucunu doğuracaktır; çünkü bir bilimin kendine özgü yöntemleri içerisinde üretilen bir bilginin mutlak ve evrensel açıdan geçerlilik taşıyan bir doğru olması mümkün değildir.³⁹ Saf hukuk teorisi ise hukuki açıdan bir meselenin kavranması ve bir normun mahiyetinin ortaya konması süreçlerinde, psikolojik veya fiziksel faktörleri göz önüne almayan bir yöntem izler. Bu teoride, bir meselenin hukuki açıdan kavranması bunun yalnızca hukuk olarak kavranması demektir.⁴⁰ Saf hukuk teorisinin kurulabilmesi için de gereken en önemli unsur, öncelikli olarak hukukun yönteminin saflaştırılması ve tamamıyla kendine özgü bir hâle getirilebilmesidir. Kelsen’e göre bir hukuk teorisinin saflığından bahsedebilmek için o hukuk teorisinin, doğanın gerçekleriyle ve nedensellik ilişkileriyle ilgilenmemesi gerekir; çünkü hukukun yöntemi doğa bilimlerinin yöntemiyle birebir aynı olamaz. Doğada olaylar neden-sonuç ilişkileri üzerinden ilerlerken hukukta ise neden-sonuç ilişkileri değil normatif bir ilişkiler ağı söz konusudur.⁴¹ Kısacası Kelsen’in anlayışında hukuk, yalnızca normlar hiyerarşisinden ibaret bir kavramdır. Hukuk, olanı değil olması gerekeni göstererek insanların belli şartlarda ve durumlarda nasıl hareket etmeleri gerektiğini dile getirir ve bu bağlamda da normatif bir nitelik kazanarak doğa yasalarından farklılaşır.⁴² Saf hukuk teorisi de yalnızca hukukun biçimsel yanlarını ele alır ve pozitif hukukun dışında kalan konularla ilgilenmez;⁴³ çünkü Kelsen’e göre bu konular hukukun değil siyaset bilimi, siyaset felsefesi, sosyoloji gibi alanların konularıdır.⁴⁴

³⁶ Güriz, s. 309; Kelsen, 2020, s. 13-14; Kemal Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, 2. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 24

³⁷ Aral, 2021a, s. 92

³⁸ Güriz, s. 309

³⁹ Cotterrell, s. 174

⁴⁰ Kelsen, 2020, s. 6-7

⁴¹ Güriz, s. 309

⁴² Cotterrell, s. 165

⁴³ Güriz, s. 311

⁴⁴ Cotterrell, s. 165-166

Bu yaklaşımın en doğal sonucu ise “yasaların ruhu” kavramının hukuk biliminden dışlanarak “metafizik” ilan edilmesidir.

Kelsen’e göre hukuken tamamen anlamsız olacak bir yasa yapılması, örneğin insanların kontrolü altında olmayan doğa olaylarına ilişkin bir yasa çıkarılması⁴⁵ hâlinde bu yasa geçerlilik kazanmaz;⁴⁶ çünkü yasaları yasa hâline getiren tek unsur, belirtilen şekil şartlarına uygun bir şekilde çıkarılmış olmaları değildir. Yasalar geçerliliklerini daima bir başka yasadan alırlar. Bu anlamda yasalar hukuk biliminin ana konusudur ve emir içermezler; çünkü yasalar geçerli olabilmek için muhataba ihtiyaç duymazlar.⁴⁷ Ayrıca Kelsen’e göre bütün hukuki kişilikler normlar hiyerarşisinin ürünüdür ve devlet ile hukuk arasında bir ayırım yapmaya gerek yoktur.⁴⁸ Hukuku yaratan bireyler ise hem devletin hem de hukuk düzeninin unsurlarıdır. Bu nedenle devletin kendine ait bir tüzel kişiliği yoktur.⁴⁹ Bu yaklaşımın sonucu ise Kelsen’in tüm devletleri “hukuk devleti (*Rechtstaat*)” olarak tanımlamasıdır ki bu tür bir tanım “hukukun üstünlüğü” meselesini de anlamsızlaştırmaktadır.⁵⁰

Kelsen’in saf hukuk teorisi, adalete dair görüşlerinden de anlaşılacağı üzere hukukun ideolojik bir tutumla ele alınmasına şiddetle karşı çıkar; çünkü bu teori en doğru hukukun değil, fiilen en mümkün hukukun ortaya koyulması için çaba sarfeder. Bu nedenle de Kelsen; bu meseleleri tartışırken pozitif hukuk üzerine değerlendirmek yapmaktansa, pozitif hukuku olduğu gibi kavrayarak pozitif hukukun yapısı üzerine değerlendirme yapma yolunu tercih etmiştir. Toplumda yerleşmiş bir düzenin meşrulaştırılması veya bu düzenin reddedilmesi gibi konular saf hukuk teorisinin ve dolayısıyla da hukuk biliminin konusunu oluşturamazlar. Bu minvalde de Kelsen, ideolojik yaklaşımları şiddetle reddeder; çünkü ona göre ideolojiler bir siyasal çıkara hizmet etmek veya bir perspektifi meşrulaştırmak için gerçekleri çarpıtırlar. Bu nedenle de o, tüm bu yaklaşımlardan tamamen uzaklaşmış bir hukuk teorisi kurmaya çalışmıştır.⁵¹ Bu anlamda da Kelsen’in hukuk anlayışı; hukuku kendi içerisine kapatan, kuru, renksiz ve bağlamlardan yoksun bir anlayıştır. Siyaseti hukukun tamamen dışına iten bu renksiz anlayışta hukuk düzeninin en temel unsuru ise normlar hiyerarşisidir ve hukuk kuralları da sosyal sözleşme gibi “soyut” kavramlardan değil, yine birbirlerinden kaynaklanarak meşrulaşırlar. Oysaki Kelsen’in “soyut” olarak görüp hukuk biliminin dışına atmaya çalıştığı kavramlar olmadan

⁴⁵ Bir yasa ile Bursa ili ve çevresinde deprem sonucunda vefat etmenin yasaklanması bu duruma dair verilebilecek örneklerden yalnızca biridir.

⁴⁶ Gözler, 2016, s. 38

⁴⁷ Güriz, s. 312

⁴⁸ Kelsen, 2020, s. 125

⁴⁹ Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 12. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 433

⁵⁰ Olivier Beaud, Anayasa ve Anayasacılık, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 73

⁵¹ Kelsen, 2020, s. 18-19

hukuka, ahlaka ve adalete ilişkin çıkarımlar yapmanın ve dolayısıyla da hukukun meşruiyetinin temellendirilmesinin mümkünatı yoktur.⁵² Zira böyle bir anlayışın doğuracağı en doğal sonuç, ruhtan yoksun kalan yasaların yegâne temelini kaba kuvvetin kullanımından ibaret hâle gelecek olmasıdır.⁵³ Oysaki hukuku salt şiddet üzerinden temellendirmek, günün sonunda en güçlü olanın haklı olacağı bir düzeni meşrulaştırmaktan başka bir şeye yaramayacaktır. Zaten bu durumda artık hukuktan söz etmek de mümkün değildir. Geriye kalan yegâne şey pozitif güç, yani kaba kuvvettir.⁵⁴ Kelsen, bu problemi aşabilmek için varsayımsal *Grundnorm* kavramını öne sürmüştür; ancak *Grundnorm* varsayımsal olduğu için bu sefer de *Grundnorm*'un kaynağının ne olduğu sorusu gündeme gelir. Bu sorunun ise bir cevabı yoktur; çünkü Kelsen bu normu yalnızca teorik bir zorunluluk olarak öne sürmüştür.⁵⁵ Bu anlamda *Grundnorm*, yasalara “ruh” verecek bir meşruiyet kaynağı olmaktan oldukça uzak kalmaktadır.

IV. SCHMITT'İN HUKUK ANLAYIŞINDA YASALARIN RUHU

Hukuki pozitivizm paradigmasının yaratacağı muhtemel sorunları en net şekilde gören düşünürlerden biri olan Carl Schmitt'e göre hukuku sadece hukuk olarak görmek oldukça eksik bir yaklaşımdır. Ona göre hukuk, içerisinde daima kendini aşan bir boyutu barındırır ve bu boyut da kendini siyasal bir eylemde gösterir.⁵⁶ Hukuki pozitivist anlayışın hâkim olduğu devletlerde hukukun bu aşkın boyutu dikkate alınmadığı için de bu devletler, hukuk devleti olmaktan çıkarak adeta birer “yasama devleti” hâline gelirler. Ona göre bu devletlerde yasalar namına hüküm süren bir egemen yoktur, artık doğrudan yasalar hüküm sürmektedir. Oysaki olması gereken yasalar temelinde hüküm süren bir egemenin var olmasıdır.⁵⁷

Schmitt, hukuki meşruiyetin nihai kaynağını egemenin kararı, yani “irade” olarak görmektedir ve ona göre egemen “olağanüstü hâle” karar verendir.⁵⁸ Olağanüstülükten kasıt ise liberal paradigmadaki olduğu gibi anayasada belirtilen birtakım olağanüstü hâl yetkilerinin devreye sokulması değildir. Ona göre egemeni bu tip sınırlamalara tabi tutmak onu egemen olmaktan çıkarır ve yasaların tahakkümü altına sokar. Egemenin hem yasaların kaynağı hem de yasaların tahakkümü altındaki

⁵² Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk: Meşru Hukukun Temel Unsurları*, 3. baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013, s. 170

⁵³ Gürbüz, s. 192

⁵⁴ Aral, 2021a, s. 94

⁵⁵ Kelsen, 2020, s. 71

⁵⁶ M. Ertan Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 25

⁵⁷ Carl Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, İstanbul, 2016a, s. 4

⁵⁸ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, Çev. Ali Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2016b, s. 13; Schmitt, 2016a, s. 6

bir unsur olarak ortaya çıkması ise çelişkili bir durumdur, bu nedenle egemen, hukuki sınırlamaların dışında sayılmalıdır.⁵⁹ Bu hususta Kelsen'i eleştiren Schmitt; Kelsen'in, egemenlik kavramını inkâr ederek hukuku meşruiyet krizine soktuğunu savunmuştur.⁶⁰ Ayrıca Schmitt'in düşüncesinde hukuk, meşruiyetini bir "karar" eyleminden, yani iradeden aldığı için onun düşüncesine "kararcılık" veya "desizyonizm" adı verilmektedir. Schmitt'e göre irade, hukukun en önemli meşruluk kaynağı olmakla beraber; iradenin meşruiyeti de herhangi bir metafizik olgudan kaynaklanmaz. İrade, ortaya çıktığı andan itibaren meşrudur ve muhtevası da kimin dost kimin düşman olduğuna karar vermek; yani dost-düşman ayrımını yapmaktır.⁶¹ Aslında Schmitt'in düşüncesi bu anlamda teolojik kavramları siyasal kavramlara dönüştürme üzerine kuruludur. Onun düşüncesinde Tanrı'nın yerini egemen, mucizenin yerini ise olağanüstü hâl almıştır. Aydınlanma çağıyla beraber yükselen pozitivist paradigma ise her tür teolojik kavramı metafizik bulup reddetme yoluna gittiği için yasalara ruh vermesi beklenen metafizik öğeler de bu süreçte reddedilmiştir.⁶²

Schmitt'in düşüncesinde anayasa (*Verfassung*) devletin birliğini ifade eder ve bu birlik de ifadesini toplumun kolektif aklında bulur.⁶³ Bu minvalde de Schmitt'e göre bir devletin anayasaya sahip olmasının ötesinde devlet bizzat anayasanın kendisidir. Bir metin olarak anayasa ise "biçimlerin biçimini" belirleyendir.⁶⁴ Anayasa bu anlamda devlete ve yasalara ruhunu verir, bu nedenle de aynı zamanda devletin bütünlüğünün bir simgesidir.⁶⁵ Zaten Schmitt'in anayasadan kastı, halkın kolektif bilincindeki yasaları kayda geçirme işleminden başka bir şey değildir. Bu nedenle de Schmitt'in anlayışının anayasacılığa ilişkin tahayyülünün bir teknisyenlikten çok daha öte, ruh kavramını ön plana alan bir veçhede olduğunu söylemek gerekir. Zira onun anlayışında hukukçular -tıpkı Savigny'nin anlayışında olduğu gibi- anayasal normları icat etmezler, sadece kayda geçirirler.⁶⁶ Schmitt ayrıca devlet ile anayasa arasında bir bütünlük ilişkisi kurmakla kalmayıp, devletten önce de siyasal olanın var olduğunu öne sürmüştür.⁶⁷ Ona göre; din, kültür, eğitim, ekonomi, hukuk gibi alanları siyasetten azade ve nötr kavramlar olarak görmek sorunludur. Hatta hukuksal-siyasal şeklindeki karşıtlıklar

⁵⁹ Schmitt, 2016b, s. 19

⁶⁰ Schmitt, 2016b, s. 30

⁶¹ Nicolas Tenzer, İrade, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 469

⁶² Schmitt, 2016b, s. 43-44

⁶³ Carl Schmitt, Constitutional Theory, Çev. Jeffrey Seitzer, Duke University Press, Durham, 2008, s. 59

⁶⁴ Schmitt, 2008, s. 60

⁶⁵ Kardeş, s. 147, Schmitt, 2008, s. 59

⁶⁶ O. Vahdet İşsevenler, Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 142

⁶⁷ Carl Schmitt, Siyasal Kavramı, Çev. Ece Göztepe, 3. baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, s. 49

da tamamen ortadan kaldırılmalıydılar.⁶⁸ Siyasal olanın doğasını açıklamak içinse Schmitt, yukarıda da sözü geçirilen dost-düşman ayrımından bahsetmiştir. Ona göre dost-düşman ayrımı, kişisel düşmanlıklardan öte bir biçimde, siyasal karşıtıklarda ifadesini bulduğu için liberalizmin tarafsızlık diskuruyla anlaşılması mümkün olmayan bir ayrımdır.⁶⁹ Bu ayrım; dinsel, ekonomik, etnik, ahlaki veya başka bir karşıtlığın insanları dost ve düşman biçiminde ayıracak kadar güçlü bir şekilde ortaya çıkması hâlinde söz konusu olur.⁷⁰ Schmitt'in liberalizmin diskuruna karşı önerdiği alternatifse diktatörlük, yani kadir-i mutlak egemenin kararcılığıdır.⁷¹ Diktatörün görevi de olağanüstü hâl içerisindeyken toplumu ve devleti tehlikelerden korumak, anayasayı yeniden yapmak ve düzenin devamlılığını tesis etmektir.⁷²

Schmitt'e göre siyasal birliğin kendisini sürekli yenileyen yapısı anayasada ifade bulur. Zira devlet durağan değil her an yenilenen ve kendini yeniden üreten bir varlıktır. Bu mesele dost-düşman ayrımı bağlamında ele alındığında ise bu mücadelenin safhalarının devlete, anayasaya ve dolayısıyla da tüm yasalara ruhunu vereceğini; bu nedenle de bu mücadelenin siyasal ve psikolojik yansımalarının izlerini anayasa vasıtasıyla sürmenin mümkün olacağı söylenebilir. Ayrıca Schmitt, hukukun meşruiyeti noktasında kanuniliğin meşruiyetle bir tutulmasını da eleştirmiştir. Ona göre bir eylemin kanuniliği o eylemin meşruiyetini beraberinde getirmez; çünkü böyle bir anlayış her şeyi biçimselleştirir ve yasaların ruhuna uygun bir eylemin dahi kanundışı addedilmesi sonucunu ortaya çıkarabilir.⁷³ Bu anlamda da devleti ve hukuku kuru bir kanuniliğe indirgemek suretiyle biçimselliğin içine sıkıştırmak, aynı zamanda hukuka ve adalete dair tüm özsel ilişkileri de ortadan kaldırmak anlamını taşıyacaktır.⁷⁴ Schmitt'in yaklaşımı bu anlamda kanunilikle meşruiyeti eşitlemek suretiyle yasa yapma işini ruhtan yoksun bir teknisyenliğe indirgeyen hukuki pozitivist paradigmanın tam karşısında konumlanmaktadır. Schmitt, özellikle siyasal olanı devletin ve dolayısıyla da hukukun temeline oturtarak, hukukun bağlamını ve meşruiyet kaynağını karar eylemine bağlamıştır. Zira bağlamlardan yoksun bir hukuk anlayışında, hukukun şiddet ve güç dışında bir meşruiyet kaynağı kalmamaktadır. Schmitt'in anlayışı bu doğrultuda hukuku kaçınılmaz olarak meşruiyet noktasında krize götüren liberal paradigmaya kuşkuyla bakmaktadır; çünkü Schmitt, liberalizmi siyasal karşıtıkları sonsuz bir pazarlıkla erteleyen bir paradigma olarak tanımlamıştır. Schmitt'in karar eylemini yasaların meşruiyet kaynağı, yani ruhu olarak görmesi hukukun

⁶⁸ Schmitt, 2014, s. 53-54

⁶⁹ Schmitt, 2014, s. 58

⁷⁰ Schmitt, 2014, s. 67

⁷¹ Schmitt, 2016b, s. 68

⁷² Paul Hirst, Carl Schmitt'in Kararcılığı, Carl Schmitt'in Meydan Okuması, Chantal Mouffe (der.), Çev. Hivren Demir Atay/ Hakan Atay, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 27

⁷³ Schmitt, 2016a, s. 12

⁷⁴ Schmitt, 2016a, s. 25

meşruiyet krizini büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Tabii bu anlayışı benimsemenin doğal sonucu ise otoriterliğe kapı aralayacak türden otoriter-organik bir devlet düzeninin, hatta belki de totalitarizmin egemen olma tehlikesinin ortaya çıkmasıdır. Buna rağmen Schmitt'in düşünceleri yasaların ruhu konusundaki tartışma bakımından oldukça önemlidir; çünkü Schmitt, hukuk-siyaset ilişkisini en net kuran düşüncelerden biri olarak yasaların meşruiyetini siyasal olana dayandırmış ve bu anlamda da hukukun meşruluk problemini kesin bir biçimde çözmüştür.

SONUÇ

Hukuk, toplum içerisinde ortaya çıkan ve ifadesini de yine toplumla bulan bir kavramdır. Bu nedenle de sağlıklı bir toplum düzeninin gerçekleşebilmesi için hukukun da toplumun adalet duygusunu tatmin etme ve güvenli bir yaşam sürdürebilme noktasındaki isteklerini tatmin edebilmesi gerekir.⁷⁵ Hukukun genel olarak toplumla tamamen uyum içerisinde olması ise mümkün değildir; çünkü hukuk “olandan” çok “olması gerekenleri” niteler.⁷⁶ Bir ülkedeki hukukun gerçek anlamda meşruiyet kazanabilmesinin ve toplumla yüksek bir uyuma sahip olabilmesinin yolu ise insanların duygularıyla ve dürtüleriyle uyumlu olmasına bağlıdır. Bu anlamda da yasaların meşruiyetini toplumdaki bu tür yaygın duygularla ve düşüncelerle olan uyumu üzerinden düşünmek gerekir,⁷⁷ yasaların ruhunu da zaten bu duygular ve düşünceler oluştururlar. Hatta buradan yola çıkarak hukukun meşruluk temelini psikolojik bir boyutu olduğu dahi iddia edilebilir. Hukuk ile psikolojinin bağlantısını kurmak bu anlamda biraz zorlama görünebilir; çünkü psikolojinin bir doğa bilimi mi yoksa bir sosyal bilim mi olduğu konusunda dahi birçok görüş ayrılığı bulunmaktadır. Buna karşılık psikolojinin, bireylerin psikolojisini ve özellikle de siyaset psikolojisinin toplumların psikolojisini anlama noktasındaki gözlemleri onu hukuk ile bağdaştırılabilir kılmaktadır.⁷⁸

18. ve 19. yüzyıllara kadar hukuk paradigmasına hâkim olan doğal hukuk okulu, hukukun kaynağını rasyonelleştirebilmek için efsaneleri devreye sokmuştur. Bu anlayışa göre tüm zamanların ve mekanların dışında, kadim bir yasa vardır ve tüm yasalar da kaynaklarını, yani ruhlarını bu yasadan alırlar.⁷⁹ Bu hâkimiyetin sarsılmasının ardından ortaya çıkan tarihsel hukuk okulunun kurucusu Savigny'ye göre ise her toplumun kendine özgü bir ruhu vardır ve her toplumun hukuku da bu

⁷⁵ Aral, 2021a, s. 85

⁷⁶ Aral, 2021a, s. 171

⁷⁷ Aral, 2021a, s. 184

⁷⁸ Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021b, s. 122

⁷⁹ Marcel Gauchet, Siyaset Felsefesinin Görevleri, Çev. Zeynep Savaşçın, Yurttaşımı Arayan Demokrasi, Zeynep Savaşçın (der.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, s. 43

nedenle kendine özgüdür. Ayrıca toplumdaki hâkim davranış normları, yer ve zaman gibi diğer unsurlara da bağlı olarak hukuku şekillendirirler.⁸⁰ Bu şekilde ortaya çıkan hukuk kuralları, toplumsal bir uzlaşmanın yansımasıdır ve toplumun kolektif duygularını ve düşüncelerini yansıtır. Bu düşünceler ve duygular ise kuşaktan kuşağa aktararak toplumda bir “ortalama birey” tahayyülü ortaya çıkmasını sağlarlar ki bu tahayyül aynı zamanda ortak bir bilincin varlığının da bir göstergesidir.⁸¹ Bu bilincin varlığı ise hukukun meşruiyetinin halk olduğunu; çünkü yasaların halkın ruhundan doğduğu şeklindeki varsayımın bir sağlamasını yapmış olur. Savigny’nin bu düşüncelerinin önemi ise hukuku bir meşruiyet krizine düşmekten kurtaracak özgün bir siyaset felsefesini ortaya koyabilmesinin yanında, hukukun içerisine rölativizmi sokarak doğal hukuk okulunun geçerli bir eleştirisini yapabilmiş ve hukuki pozitivistimin önünü açmış olmasıdır.⁸²

Hukuki pozitivism, köklerinin dayandığı pozitivist düşünce doğrultusunda hukukun pozitif hukuk dışındaki tüm metafizik kaynaklarını reddederek yalnızca pozitif hukuka odaklanan bir hukuk anlayışı olarak ortaya çıkmıştır.⁸³ Hukuki pozitivistlerin doğal hukuku reddetmelerinin gerekçesi doğal hukukun pozitif hukuk üzerinde konumlandığı değerler bütününe doğruluğunun veya yanlışlığının ampirik yöntemlerle test edilmesinin mümkün olmamasıdır.⁸⁴ Buna “değerlerin bilinemezliği ilkesi” adı da verilir.⁸⁵ Hukukta kesin olarak bilinebilecek ve gözlemlenebilecek tek kavram ise normlardır, bu nedenle de hukukun konusu yalnızca normların incelenmesi olmalıdır.⁸⁶ Bir hukuki pozitivist olan Kelsen de bu bağlamda hukuku kesin olarak bilinemeyecek her türlü değerden arındırmaya çalışmıştır; çünkü Savigny’nin gündeme getirdiği rölativizm, yasalara ruhunu veren değerlerin de rölativist bir yapıda olmasına neden olacaktır. Bu durumun en doğal sonucu ise hukukun meşruiyeti noktasında neyin temel alınması gerektiğinin kestirilemez bir hâl almasıdır. Kelsen bu sorunu, hukuku sadece hukukla açıklama yoluna giderek çözmeye çalışmışsa da bunu yaparken dahi hukukun kaynaklandığı varsayımsal bir *Grundnorm* öne sürmesi; öne sürdüğü fikirlerin, hukukun geçerliği noktasında bir meşruiyet krizine yol açabileceğini öngördüğünü göstermektedir. Buna karşılık Kelsen’in *Grundnorm* kavramını tüm hukuku temellendiren bir varsayımsal norm olmanın ötesinde bir bağlama oturtmamış olması, hukuka dair meşruiyet krizi riskinin ortadan kalkmaması anlamına gelmektedir.

⁸⁰ Aral, 2021b, s. 128

⁸¹ Can, s. 73-74

⁸² Dufour, s. 856

⁸³ Gürbüz, s. 82

⁸⁴ Michel Troper, Tüzel Olguculuk, Çev. Necmettin Kâmil Sevil, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 924

⁸⁵ Gözler, 2016, s. 18

⁸⁶ Keyman, s. 22

Schmitt'in anlayışı, yasaların meşruiyeti bağlamında aslında Savigny ile Kelsen'in arasında bir yol izlemektedir. Schmitt, hukuku siyasal olan üzerinden temellendirir; ancak bunu yaparken de metafiziğe başvurmak yerine yasaların kaynağını iradeye dayandırmayı tercih eder. Onun anlayışının en ilginç yanı, teolojinin kavramlarını seküler kavramlar hâline getirerek kullanıyor olmasıdır ki zaten onun Savigny ile Kelsen arasında bir yol izlediği de bu nedenle iddia edilebilmektedir. O, hem Savigny gibi rölativist bir hukuk anlayışına sahiptir hem de metafizik kavramları kullanmıyor olmasıyla Kelsen ile benzeşmektedir. Schmitt'e göre hukuk, bağlamını siyasal olandan edinir ve egemenin kararıyla ifade bulur. Bu anlamda siyasal, egemenin kararıyla ortaya çıkan dost-düşman ayrımı üzerinden kendini belli ederken; hukuk da yine bu karar üzerinden şekillenir. Egemenin kararı keyfi bir karar değildir; çünkü hukuk, dost-düşman ayrımının yarattığı çelişkilerin bir ürünü olarak ortaya çıkar ve egemenin kararı bu mücadelenin izlerini bünyesinde taşır. Bu anlamda da egemen, halkı ile duygu birliği içerisinde olduğu için karar eylemi sonucunda çıkardığı yasaların ruhu da halkın ruhunu yansıtmış olur. Schmitt'in devleti bu anlamda devlet-anayasa, egemen-halk, halk-devlet gibi özdeşlikleri bünyesinde toplayan total ve organik bir anlayışta olduğu için devletin yasaları da halkın ruhunu en net şekilde yansıtır. Onun anlayışında hukukun kaynağı hukukun dışındadır; ancak bu kaynak ne doğal hukuk ilkeleri gibi metafizik ne "halk ruhu" gibi tek yönlü ne de *Grundnorm* gibi varsayımsaldır. Hukuka kaynağını veren karar eylemi; dünyevi, halk ile egemenin duygu birliğine dayanan ve elle tutulur bir yapıdadır. Bu anlayış, yasaların ruhu noktasında oldukça doyurucu bir açıklama getirmektedir; ancak Schmitt'in düşüncelerinin totaliter ve otoriter eğilimlere dair yarattığı riski de görmezden gelmemek gerekir

Görüldüğü üzere, yasaların ruhuna dair perspektiflerinden bahsedilen her üç düşünürün de bu konudaki düşüncelerinin eleştirilecek yanları bulunmaktadır. Savigny, yasaları tamamen toplumsal süreçlerin bir ürünü olarak görerek, devletin ve egemenin toplum üzerindeki gücünü büyük ölçüde hafife almıştır. Kelsen ise hukuki pozitivist görüşleriyle yasaların ruhuna dair düşünceleri büyük ölçüde reddetmiş olsa da onun özellikle normlar hiyerarşisi vasıtasıyla anayasanın tüm yasaların kaynağı olduğunu vurgulaması önemlidir; çünkü bu düşüncesi, bir ülkede çıkarılan her yasada anayasanın izini görmeyen mümkün olduğunu göstermiştir. Schmitt ise yasaların siyasal bağlamını ve bu minvalde de ruhunu en net göstermiş düşünürdür; ancak onun vurgusu da dost-düşman ayrımının yıkıcı sonuçlara yol açma ihtimalini göz ardı etmiştir. Bu nedenle de Savigny ve Schmitt'in yasaların ruhuna dair düşünceleri oldukça önemli olmakla beraber, Kelsen'in hukukun temeline özgürlüğü koymasını da büsbütün önemsiz görmemek gerekir.

KAYNAKÇA

- Akal C B, Hukuk Nedir?, 3. baskı, Zoe Kitap, İstanbul, 2021
- Akbaş K, Hukukun Büyübozumu, 2. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015
- Akbaş K, "Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", C. 74, S. 1, 2016, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 53-72
- Aral V, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, 3. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021a
- Aral V, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021b
- Arendt H, İnsanlık Durumu, Çev. Sina Şener, 19. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021
- Arkan A H, "1961 ve 1982 Anayasalarının Yapım Süreçlerinin Anayasal Gelişmelere ve Demokrasiye Olan Etkileri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017
- Beaud O, Anayasa ve Anayasacılık, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 63-74
- Benjamin W, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Çev. Ece Göztepe, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Aykut Çelebi (haz.), 2. baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 19-42
- Boyar O, Anayasal Yoruma Giriş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021
- Can C, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2021
- Cotterrell R, Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, Çev. Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018
- Dufour A, Tarihsel Hukuk Okulu, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 853-858
- Duverger M, Siyaset Sosyolojisi, Çev. Şirin Tekeli, 12. baskı, Varlık Yayınları, İstanbul, 2019
- Ehrlich E, Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri, Çev. Artun Mimar, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019
- Erdoğan M, Anayasal Demokrasi, 12. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015
- Freud S, Civilization, Society and Religion: Group Psychology, Civilization and Its Discontents and Other Works, Penguin, Harmondsworth, 1985
- Freud S, Dinin Kökenleri: Totem ve Tabu, Musa ve Tektanrıçılık ve Diğer Çalışmalar, Çev. Selçuk Budak, 4. baskı, Öteki Yayınevi, Ankara, 1999
- Gauchet M, Siyaset Felsefesinin Görevleri, Çev. Zeynep Savaşın, Yurttaşını Arayan Demokrasi, Zeynep Savaşın (der.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 23-78
- Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, 18. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015
- Gözler K, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, 2. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016
- Gözler K, Hukuka Giriş, 18. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021
- Gurvitch G, Hukuk Sosyolojisi, Çev. Muhammet Koçakgöl, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2021

- Gürbüz A, Hukuk ve Meşruluk: Meşru Hukukun Temel Unsurları, 3. baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013
- Güriz A, Hukuk Felsefesi, 15. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020
- Hirst P, Carl Schmitt'in Kararcılığı, Carl Schmitt'in Meydan Okuması, Chantal Mouffe (der.), Çev. Hivren Demir Atay/ Hakan Atay, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 17-31
- Hobbes T, Leviathan, Çev. Hamiyet Ünal, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2019
- İşsevenler, O. V., Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019
- Kardeş M E, Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015
- Kelsen H, General Theory of Law and State, Çev. Andres Wedberg, Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1949
- Kelsen H, Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Çev. Ertuğrul Uzun, 2. baskı, Nora Kitap, İstanbul, 2020
- Keyman S, "Hukuki Pozitivizm", C. 35, S. 1, 1978, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 17-55.
- Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, Çev. Berna Günen, 5. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020
- Ortega y Gasset J, Kitlelerin Ayaklanması, Çev. Neyyire Gül Işık, 5. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017
- Schmitt C, Constitutional Theory, Çev. Jeffrey Seitzer, Duke University Press, Durham, 2008
- Schmitt C, Siyasal Kavramı, Çev. Ece Göztepe, 3. baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2014
- Schmitt C, Kanunilik ve Meşruiyet, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, İstanbul, 2016a
- Schmitt C, Siyasi İlahiyat, Çev. Ali Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2016b, s. 13; Schmitt, 2016a
- Tenzer N, İrade, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 459-472
- Troper M, Tüzel Olguculuk, Çev. Necmettin Kâmil Sevil, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 922-927
- Vago S/Barkan S E, Law and Society, 11. baskı, Routledge, New York, 2018
- von Savigny F C, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, Çev. Ali Acar, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018

ADALET DERGİSİ ETİK KURALLARI

Adalet Dergisi yayın etiği ile açık erişim politikası; 11 Ağustos 2020 tarih ve 31210 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği’ni, Yayın Etiği Komitesi’nin (Committee on Publication Ethics, COPE) açık erişimde yayınladığı kılavuz ve politikasını, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi’ni, Açık Erişim Dergileri Dizinini (Directory of Open Access Journals - DOAJ), Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA) ve Dünya Tıbbi Editörler Topluluğu (World Association of Medical Editors - WAME) tarafından yayınlanan ulusal ve uluslararası etik yayıncılık ilkelerini benimsemiştir. Bu ilkelere ek olarak Akademik Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkelerini (Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing) benimsemiştir.

Bir makalenin hazırlanması veya yayımlanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki haller etiğe aykırı davranış olarak kabul edilir:

- a) Uydurma: Araştırmada bulunmayan verileri üretmek, bunları rapor etmek veya yayımlamak.
- b) Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek.
- c) İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metodlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek.
- ç) Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak çok sayıda yayın yapmak.
- d) Mükerrerlik: Aynı araştırma sonuçlarını, birden fazla dergiye yayım için göndermek veya yayımlamak.
- e) Desteklenerek yürütülen çalışmaların sonuçlarını içeren sunum ve yayınlarda destek veren kurum veya kuruluş desteğini belirtmemek.
- f) Araştırma ve makalede ortak araştırmacı ve yazarların yazılı görüş birliği olmadan, araştırmada ve makalede aktif katkısı bulunanların isimlerini çıkartmak veya yazarlıkla bağdaşmayacak katkı nedeniyle yeni yazar veya yazarlar eklemek ya da yazar sıralamasını değiştirmek.
- g) Diğer etik ihlali türleri: İnsan ve hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalarda etik kurallara uymamak, yayınlarda hasta haklarına saygı göstermemek, hakem olarak incelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri yayınlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak, bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak, tamamen dayanaksız, yersiz ve kasıtlı etik ihlali suçlamasında bulunmak. Bu hususlarda ilgili mevzuat hükümleri saklıdır.

Bu anlamda araştırma, makale yazımı ve yayımı konusunda Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma Ve Yayın Etiği Yönergesi'nden de yararlanılarak aşağıdaki etik kurallar ve ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler Adalet Dergisi tarafından uygulanmaktadır.

1. Yazarlar ve hakemlerle şeffaf bir iletişim sağlanır.
2. Çalışmalarda bilimsel standartlar ve kalite önceliklidir.
3. Makalede kişi haklarına özen gösterilmelidir. Örnek olarak ele alınacak veya incelenecek mahkeme kararlarında kişi bilgileri, kişi bilgilerini ele verecek diğer özel bilgi ve işaretler gizlenmelidir.
4. Makale yayımında, değerlendirilmesinde, incelenmesinde din, mezhep, etnisite, siyasi görüş, bölge, cinsiyet gibi hususlar bir ayırım nedeni olarak kabul edilemez. Makalelerde bu konular ayrımcılık tarzıyla ele alınamaz. Makalelerin yayım kararlarında bunlar belirleyici olamaz.
5. Makalelerde insan hakları ve özgürlüklerine saygılı bir tutum sergilenir.
6. Eserlerin ortaya çıkarılması süreçlerinde katkıları olan özel ve tüzel kişiler bilgilendirilmelidir, yazıda bu hususlara yer verilir. Onay gereken konular ilgili özel veya tüzel kişilerin onayı alınır.
7. Veri ve sonuçlar, bilimsel yöntemlerle elde edilir. Bunların değerlendirilmesi, yorumu ve kuramsal sonuçların elde edilmesinde bilimsel yöntemlerin dışına çıkılamaz; bu sonuçlar saptırılamaz, elde edilmemiş sonuçlar araştırma sonuçlarıymış gibi gösterilemez.
8. Henüz savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışma, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanılamaz.
9. Yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uyulur.
10. Bilimsel çalışmalarda, başka kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgiler izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılır, bu bilgilerin gizliliğine riayet edilir ve korunmasını sağlanır.
11. Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunulamaz.
12. Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergi taranıyor gibi gösterilemez, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapılamaz.
13. Anket ve davranış araştırmalarında katılımcıların rızası alınmalıdır. Araştırma, bir kurumda yapılacaksa, katılımcıların rızasından sonra bağlı buldukları kurumun izni gerekir.
14. Hayvan sağlığına ve ekolojik dengeye zarar verilmemesi temel ilkedir. Çalışmalara başlanılmadan önce gerekli izinler yetkili birimlerden yazılı olarak alınmalıdır. Bu çerçevede uluslararası beyanname hükümleri ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulur.

15. Araştırmacılar, kendi vicdanî kanaatlerine göre zararlı sonuçlara ve/veya onaylamadıkları uygulamalara yol açabilecek araştırmalara katılmama hakkına sahiptir.

16. Yapılacak çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgilerin, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılması, gizliliğine riayet edilmesi ve korunması sağlanır.

17. Bilimsel araştırma için tahsis edilen imkân ve kaynaklar amacı dışında kullanılamaz.

18. Makaleler bilimsel niteliğine uygun olarak tarafsız, net, açık ve anlaşılır olmalıdır.

Kabul edilmiş olan bu etik ilkelere uyulmaması durumunda, çalışma kabul edilmeyeceği gibi ilgili mevzuat gereği yerine getirilecektir.

Etik Kurul İzni Gerektiren Çalışmalar Şu Şekildedir:

1. Anket, görüşme, odak grup çalışması, saha çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel veya nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırma ve çalışma;

2. İnsan ve hayvanların (materyal/veri dahil) deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla incelenmesi;

3. İnsanlar üzerinde klinik veya biyolojik araştırmalar;

4. Hayvanlar üzerinde araştırmalar;

5. Kişisel verilerin korunması kanunu uyarınca geriye dönük çalışmalar.

Bu kapsamda Adalet Dergisi'ne değerlendirilmek üzere gönderilecek çalışmalarda;

1. Yazar veya yazarlar, etik kurul kararı gerektiren deney, anket, ölçek, görüşme, gözlem, odak grup çalışması gibi nicel veya nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı almalıdır.

2. Yazar makalenin ilk-son sayfası ve yöntem bölümünde etik kurul adı, karar tarihi ve numarası belirtilmeli ve etik kurul kararını gösteren belge makalenin uygulanması ile birlikte Dergiye iletmelidir. Ayrıca olgu sunumunda olgu aydınlatılmalı ve onam formunun alındığına ilişkin bilgilere yazıda yer verilmelidir.

ADALET DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

1873 yılından günümüze kadar fasıllarla Adalet Bakanlığı uhdesinde yayınlanan Adalet Dergisi, hukuk birimine akademik ve doktrin bakımından her anlamda katkı sağlamayı, Adalet Bakanlığının uyguladığı veya uygulayacağı hukuk politikalarının akademik alandaki karşılığını görmeyi ve bundan istifade etmeyi, dergi aracılığıyla akademik birikimi yargıya ve hukuk politikası üreten bütün kamu kurum ve kuruluşlara aktarmayı hedefleyen hakemli bir dergidir.

Adalet Dergisi Türk hukuk tarihi ve Türk hukukunun gelişim evreleri, uygulamadaki ve doktrindeki kaynakların tespit edilmesi, anlaşılması ve işlenmesi bakımından özel bir dikkat sahibidir.

Yayın Danışma Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir "Özel Sayı" olarak da yayımlayabilir.

Adalet Dergisi'nin resmi internet sitesi adaletdergisi.adalet.gov.tr adresidir. Matbu olarak yayımlanan derginin dijital nüshaları bu sitede arşivlenerek yayımlanmaktadır. Derginin akademik hakemli süreçten önceki arşivi de bu internet sitesinde yayımlanmıştır.

Adalet Dergisi "AD" kısaltmasını kullanmaktadır.

Dergide makaleler ile ilgili nihai kararı ön incelemede Editör/Genel Yayın Yönetmeni, hakem sürecinden sonra Yayın Danışma Kurulu vermektedir.

Adalet Bakanlığı'nın, Derginin fiziki ve dijital nüshalarından hiçbir ticari amacı bulunmamaktadır.

Adalet Dergisi, bilimsel çalışmaların ilerletilebilmesi için bilgiye kolay ulaşılabilir olması gerektiğinin bilincinde olan bir dergi olarak hakemli dergi literatürünün açık erişimini destekler ve yayınlanan tüm makaleleri herkesin okuyabileceği ve indirebileceği bir ortamda ücretsiz olarak sunar.

Genel İlkeler:

1- Adalet Dergisi ulusal hakemli bir dergidir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanır. Bakanlık adına Eğitim Dairesi Başkanlığı derginin yayımından ve içerik takibinden sorumludur.

2- Dergi Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanır.

3- Adalet Dergisi'nin yayın dili esas olarak Türkçe'dir. Bununla birlikte Yayın Danışma Kurulunun uygun göreceği farklı dillerdeki makaleler de yayımlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir.

6- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

7- Dergide yayımlanan eser sahiplerine Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşletme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen telif ücreti ödenir. Yazara iki adet dergi gönderilir. Hakem incelemeleri için de yine bahsi geçen yönetmelik çerçevesinde inceleme ücreti ödenir.

8- Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Adalet Bakanlığı'na aittir; bu hakkın takibi ve süreç yönetiminden Eğitim Dairesi Başkanlığı sorumludur. Yazarların eserlerle ilgili tasarruf kullanma durumunda Eğitim Dairesi Başkanlığı ile irtibata geçmeleri gerekmektedir.

9- Yayımlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

10- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

Makale Gönderme

1. Makaleler dergi sayısı ile ilgili duyuru metninde yer alan son yazı gönderme tarihi içerisinde gönderilmelidir. Süre aşımı yapan makalelerle ilgili karar Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne aittir.

2. Makaleler ilanda belirtilen mail adresine (adaletdergisi@adalet.gov.tr) dijital olarak ve yine ilanda belirtilen standartlara göre gönderilmelidir. Diğer yandan makaleler fiziki olarak da ilanda belirtilen adrese gönderilmelidir.

3. Makale sahiplerinin yazıları ile ilgili olarak ihtiyaç halinde görüşme sağlanabilmesi için dilekçelerinde iş ve cep telefon numaraları ile açık adreslerini belirtilmelidir. Yazarlar, görev yaptıkları kurum veya üniversite yanında unvanlarını belirtmelidir. Bunlarla birlikte ORCID kimlikleri, e-posta adresleri de belirtilmelidir.

4. Daha önce hiç bir yerde yayımlanmadığı veya yayımlanmak üzere gönderilmediği, başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığı ve bu husustaki tüm sorumluluğun üstlenildiği hususlarının yazılı olarak beyan edilmesi gerekmektedir. (Dilekçe Örneği). Dilekçe göndermeyen yazarların makalelerinin gönderdikleri haliyle yayımlanabileceğini, derginin yayım, yazım ve etik kurallarını kabul ettikleri varsayılacaktır. Bu beyanlar neticesinde yayımlanmaya uygun bulunan çalışmanın işleme, çoğaltma, yayma hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Dergide yayımlanan çalışmaların elektronik ortamda bütün olarak yayımı, fiziki olarak basımı, tanıtım amacıyla farklı dijital veya matbu mecralarda görsel olarak paylaşımı, alıntı yapılması gibi hususlar da dahil olmak üzere yayın hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Makalelerin olduğu gibi başka bir yerde yayımı konusunda Bakanlık hak talebinde bulunabilecektir. Diğer yandan yazarın makaleleri kendi adıyla yayımlayacağı kitaba alması, kendine ait internet sitesinde yayımlanması hakları bulunmaktadır.

5. Yazıların ilan yayın ilkeleri ve yazım kuralları ile etik kurallara uygun hazırlanması gereklidir. Bu kurallara uymayan makaleleri, her aşamada Editör ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından geri çevrilebilir.

6. Dergide yayımlanan bir makale veya çalışmanın bilimsel ve telif hakları sorumlulukları da dahil olmak üzere idari, hukuki ve etik sorumlulukları yazar(lar)a aittir. Çeviri çalışmalarla ilgili olarak ise, makalenin veya çalışmanın yazarının, yazar dışında ise telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanı eş zamanlı olarak çalışma ile Dergiye gönderilmelidir. Çevirilerin de telif hakkı, hukuki hakları başta olmak üzere tüm sorumlulukları çevirene aittir.

7. Yayınlanmayan çalışmalar yazarlarına geri gönderilmez. Ancak ekte verilen dilekçede belirtilen yayım hakları konusundaki taahhüt ortadan kalkmış olur.

8. Yayımlanan yazılar için yazarlara, çeviriler için çevirenlere, incelemeler için hakemlere Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hesaplanan telif ücreti ödenmektedir.

Makale İnceleme Süreci

1. Makaleler hakem süreci başlamadan Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Ön incelemeden geçen makaleler için hakem süreci başlatılır.

2. Her makale yazar veya yazarlarının kimlik bilgileri (adı-soyadı, unvanı, üniversite veya kurum bilgileri) kapatılarak (kör hakem uygulaması yöntemiyle) incelenmesi için iki hakeme gönderilir.

3. Makalelerle ilgili hakem takip süreci dergi Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirdiği yardımcıları tarafından yapılır.

4. Hakem incelemeleri, makale yazarıyla eşit unvan veya üst unvandaki hakemler tarafından yapılır.

5. Hakemlerden birinin kabul diğerinin red verdiği makale hakkında üçüncü hakem yoluna gidilir veya bu durumda Editör/Genel Yayın Yönetmeni karar verir.

6. Üçüncü hakem incelemesi sonucunda oluşacak kanaat ve rapor makalenin yayımlanıp yayınlanmayacağı hususunu belirler.

7. Hakemler tarafından düzeltme istenen makaleler yazarlarına gönderilir. Yazar, hakemlerin düzeltme talepleri çerçevesinde düzeltme yapabilir. Yazarların düzeltmelerinin ardından, gerekli görüldüğü hallerde, makale tekrar hakeme gönderilir.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından bir sonraki sayıda değerlendirilmesine karar verilen makale yazarına bilgi verilir.

Değerlendirme İlkeleri

Yayınlanması talep edilen makale genel olarak dört ana çerçevede değerlendirilmektedir.

1. Çalışmaların genel anlamda hukuka aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

2. Bilimsel etik kurallara, kişi haklarına, telif haklarına ve diğer sorumluluklara riayet edilmiş olması gerekmektedir.

3. Şekil açısından ilan edilen standartlara uyulması, Türkçe dilbilgisi kurallarına uyulması, yabancı bir dilde yayımlanacak makalenin o dilin kurallarına uygun olması, Türkçe ve yabancı dildeki özetlerin yine dil kurallarına uygun olması gerekmektedir.

4. Çalışmaların içerik bakımından özgün olması en öncelikli kriterdir. Diğer yandan çalışmaların doğru ve öğretici bilgi vermesi, yol gösterici olması, tartışarak bir gerçeği hedeflemesi, siyasi ve polemik konuları içermemesi, akademik dilin gerektirdiği şekilde başka görüş ve düşünceleri rencide etmemesi ve genel olarak bilimsel yöntemlere göre hazırlanması önem taşımaktadır.

Editör'ün/Genel Yayın Yönetmeni'nin ve Yayın Danışma Kurulunun Sorumlulukları

Genel Sorumluluklar

1.Dergiye yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların sağlıklı yürütülmesinden Yayın Danışma Kurulu Üyeleri ve Editör (Genel Yayın Yönetmeni) sorumludur.

2. Bu çerçevede, Yayın Danışma Kurulu üyeleri kamu yararına bağımsız kararlar vermelidir.

3.Yayın Danışma Kurulu üyeleri ve Editör/Genel Yayın Yönetmeni dergiyi sürekli iyileştirmek ve yayın kalitesini yükseltmek için çaba gösterir.

4. Yayın Danışma Kurulu üyeleri, yayın, kör hakemlik, değerlendirme süreci ve etik ilkeler gibi dergi politikalarının tanımlanmasını ve uygulanmasını sağlar.

5. Yayın Danışma Kurulu Üyeleri, Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yazarların, hakemlerin ve okuyucuların dergi ve yayın süreci hakkında bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır ve bu konuda aydınlatıcı kılavuzlar hazırlar.

6. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, dergi yayıncılık süreçlerinin yayıncılık politikalarına ve yönergelerine uygun olarak yürütülmesini sağlar ve süreçteki görev alanlarını yayın politikalarındaki gelişmelerden haberdar eder.

7. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, Dergi'ye gelen şikayetleri inceler, durumla ilgili genel değerlendirmeyi ve gerekli açıklamaları yapar.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, incelenen makalelerdeki kişisel verilerin korunmasını sağlar; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korurlar.

9. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, değerlendirilen eserlerde insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür.

10. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet haklarını korumak ve olası ihlallerde dergi ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür. Ayrıca Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerdeki içeriğin diğer yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi için gerekli önlemleri almak ve bu kapsamda özgülük kontrolü yapmakla yükümlüdür.

11. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, olası suistimal ve suistimallere karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu durumla ilgili şikayetler olduğunda objektif bir araştırma yapar ve konuyla ilgili bulgularını paylaşır.

12. Hakem raporlarının ve ilgili diğer evrakın düzenli bir şekilde arşivlenmesini sağlamak.

13. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler Dergide TR Dizin şartları çerçevesinde hakemsiz bilimsel nitelikte makalelere yer verilebilir.

Özel Sorumluluklar

1. Editör/Genel Yayın Yönetmeni, makaleleri kabul etmek ya da reddetmek sorumluluk ve yetkisine sahiptir.

2. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil ve tarafsız bir şekilde değerlendirilmelidir.

3. Kabul ya da reddedilen makalelerle ilgili çıkar çatışması içerisinde olunmamalıdır.

4. Yalnızca özgün ve alanına katkı sağlayacak makaleler yayıma kabul edilmelidir.

5. Gönderilen eserlerin hakemlik süreçleri gizlilik içerisinde etik kurallar çerçevesinde sürdürülmelidir. Bu bağlamda hakemlerin kimlikleri gizli tutulmalıdır. Hakemler dergi yayımlandığında genel olarak liste halinde yayımlanabilir. Her makale konunun uzmanı olan hakeme gönderilir. Hakemlerin makul sürede incelemeyi tamamlamaması durumunda hakemlerden incelemenin hızlandırılması talebinde bulunması, süresi içinde incelemenin yetişmeyeceği kanaati olduğunda ise yeni bir hakem incelemesine başvurma yetkisi bulunmaktadır.

6. Gönderilen eserler ile ilgili tüm bilgiler gizli tutulmalıdır.

7. Dergi politikası ve yayım kurallarına uymayan eksik ve hatalı çalışmalar hiçbir etki altında kalmadan reddedilmelidir.

8. Yayın Kurulu, gönderilen makalenin hakem değerlendirmelerine dayalı olarak yayımlanması kararının verilmesinden, derginin yayım kurulu politikalarından ve intihal, hakaret ve telif hakkı ihlaline karşı yasal tedbirlerin alınmasından sorumludur.

9. Makalelerin geliş tarihi ve kabul tarihi yayımlanan yazıların ilk sayfasında verilir.

10. Çalışmada ciddi bir sorun olmadığı sürece olumlu hakem önerileri göz ardı edilmez.

11. Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici beyan ve geri bildirim sağlanır.

12. Hakemlerin kimlikleri ve raporları gizli tutulur.

13. Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlenir.

14. Editör/Genel Yayın Yönetmeni farklı hakemler arar, hakem listesini geniş ve güncel tutar.

Hakemlerin Sorumlulukları

1. Hakemler yalnızca kendi uzmanlık alanına giren konularda yazılmış makaleleri kabul eder.

2. Hakemler makul sürede makalenin içeriğine dönük bilimsel değerlendirmeyi detaylı bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Adalet Dergisi bu süreyi 20 gün olarak belirlemiştir, 10 gün de ek süre imkanı tanımıştır.

3. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir. Hakemler yazarın kapatılan kimliğini araştırma ve öğrenme çabasına girmemelidir

4. Değerlendirme için gönderilen bir eserin içeriğinin, teklif götürülen hakemin bilimsel alanı ya da birikimi ile uyumsuz olduğu düşünüldüğünde veya önerilen süre zarfında hızlı bir değerlendirme yapılamayacağı durumlarda Editör/Genel Yayın Yönetmeni bilgilendirmeli ve ilgili makalenin hakemliğinin yapılmasına yönelik teklif reddedilmelidir.

5. Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

6. Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

7. Değerlendirme süreci sırasında çıkar çatışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör'e bildirilmelidir.

8. Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

9. Makalenin yayımlanmasının reddine neden olabilecek herhangi bir bilgiye erişildiği takdirde, durum Editör bildirilmelidir. Aynı zamanda bilimsel makale yazma konusundaki tespitler ve etik kurallar ihlalleri de Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne iletilmelidir.

Yazarların Sorumlulukları

1. Yazarların en başta özgün çalışma yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Yazar verdiği dilekçe ile fikir ve sanat eserleri ve telif

haklarına ilişkin tüm sorumlulukları üstlenebileceğini de beyan ve kabul etmiştir. Makalede intihal bulunması durumunda, tüm sorumluluk yazara aittir.

2. Yazarlar makale yazımında bilimsel makale yazım kurallarına, etik kurallara ve Dergi'nin ilan ettiği yayın ve yazım kurallarına uymakla sorumludur. Yazarlar, Adalet Dergisi web sayfası ve Dergipark'ta yayımlanan; etik ilkeleri, yayın politikası, değerlendirme ilkeleri, yazım ve atıf kurallarına uymakla yükümlüdür. Bunların yanında yazar, makale başvurusu ile belirtilen tüm sorumluluklar ile hukuki sorumluluğu da üstlenmiş olacaktır.

3. Yazarlar makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalışma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiğini beyan eden (ek) dilekçe ile makalesini fiziki ve e-posta ile Adalet Dergisi editörlüğüne ulaştırması gerekmektedir.

4. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifte bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir. Tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Alıntılar makul oranda olmalıdır. Mevzuat veya mahkeme kararları zorunlu olmadıkça anlamı bozmayacak şekilde özetlenmelidir.

5. Bir yazar kendi yayımlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltmeyi dergide düzeltme metni olarak yayımlayabilir ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

6. Hakem değerlendirmeleri sırasında, hakemler tarafından talep edildiği takdirde, araştırmalara ilişkin ham verilerin sunulması şarttır.

7. Makalede adı geçen tüm yazarlar, gönderilen ve yayınlanan makaleler üzerinde eşit sorumluluğa sahiptir.

8. Deney, anket ve saha araştırmaları ve odak grup çalışması gibi nicel ya da nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı olmak yazarın yükümlülüğündedir. Etik kurul adı, karar tarihi ve sayısı aday makalenin ilk ve son sayfasında ve yöntem bölümünde belirtilmelidir. Yazar, bu kararı, makale ile birlikte göndermelidir.

I- YAZIM KURALLARI

A) 1-Makaleler, kaynakça dahil 4.000 kelimedenden az, 15.000 kelimedenden çok olmamalıdır.

2- Makalelerde “Başlık” 12 kelimeyi aşmamalı, “Öz” ilk sayfada 150-250 kelime arası olmalı, “Anahtar Kelimeler” 3-8 kelime arası bulunmalıdır.

3- Makalelerde “Başlık, Öz ve Anahtar Kelimeler”in Türkçe’nin yanı sıra İngilizce (veya diğer dilde) yazılması zorunludur.

B) 1-Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (kanun-yasa, hakim-yargıç vb.).

3- Çalışmalarda kısaltma kullanılabilir. Kişi ve eser adları ilk kullanımda açık yazılmalı, ikinci ve devam eden kullanımlarda kısaltılarak kullanılmalıdır. Bununla birlikte Yazım ve Atıf Kurallarından belirtilen kısaltmalar (Çev., by., ty. gibi) ilk kullanımdan itibaren kısa kullanılmalıdır.

4- Ana metin "Times New Roman" yazı karakterinde 12 punto, dipnotlar sayfa altında 10 punto, satır aralığı "tek aralık", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematığı Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır.

7- Giriş ve Sonuç bölümlerine numara verilmemeli.

II- ATIF KURALLARI

A) Hazırlanan makalelerde atıflar sayfa altı dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

B) 1- Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), eser adı, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri ise çevirenin adı parantez dışında "Çev." ibarelerinin ardında, birden fazla baskısı yapılmış ise baskı sayısı (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır), yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir.

Örnek: Ernst E. Hirsch, Anılarım, Çev. Fatma Suphi, 11. baskı, Yayınevi, Ankara, 1997, s. 362

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar soyadı", eserin yayın yılı ile atif yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Örnek: Hirsch, s. 362

3- Aynı yazarın birden fazla eserine atif yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla yazarın soyadı, eserin yayınlandığı yıl, sayfa numarası şeklinde atif yapılmalıdır.

Örnek: Hirsch, 1997, s. 362

Hirsch, 2021, s. 30

4. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a, b harfleri konulmalıdır.

Örnek: Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010b, s. 60

C) Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın adı-soyadı araya "/" yazılarak ikinci yazarın adı-soyadı virgül adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın soyadından sonra "vd." şeklinde yapılmalıdır.

Örnek1: Feridun Yenisey/ Nurullah Kunter/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 18. Baskı, Yayınevi, İstanbul, Ekim 2010.

Örnek2: Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yayınevi, Ankara, 2016.

Ç) 1- Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı, (tırnak içinde) "makale adı", varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl,

yayımlandığı dergi, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Örnek: M. Âkif Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", C. 24, S. 24, 2004, Osmanlı Araştırmaları, ss.37-46

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, "a, b" harfleri yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

3- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

D) Bir derleme eserde derleyici soyadı yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün soyadı yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleme eserin adı, derleyen veya editör veya yayıma hazırlayanın ismi verilmelidir.

E) İnternet üzerinden erişim sağlanan kaynaklar, dipnotta ve yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yer almalı, ilgili internet kaynağının URL adresi de sonda parantez içinde verilmelidir. İlave olarak parantez içinde "son erişim tarihi" anlamında "s.e.t." ibaresine yer verilmelidir.

F) Arşiv belgeleri ile ilgili atıf şekli: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

Örnek: BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

G) Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., Yayının adı, baskı sayısı, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde baskı yeri yok anlamında "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise tarih yok anlamında "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

Ğ) Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı-soyadı, tez adı (italik olmadan tırnak içinde), yayımlanma bilgisi, üniversite adı, enstitü adı ve ana bilim dalı, şehir ve yılı belirtilmelidir. Aynı kaynağa ikinci kez atıflarda yazar soyadı, yıl, sayfa numarası ibaresi kullanılabilir.

H) İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgilere atıf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

I) Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atıf, bildiri sahibinin adı-soyadı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", sempozyum adı, düzenleyen veya yayımlayan, şehir, düzenlenme tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

İ) Gazete, akademik olmayan dergi vb. yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar adı-soyadı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin adı- soyadı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

J) Mahkeme kararına atıflar şu şekildedir: Dava Adı, Mercii, Başvuru no, E:, K:, T:. Şeklinde sıralanmalıdır.

Örnek 1: Ahmet B. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/**, K.T. 11.2.20** (Karara ulaşılan kaynak).

Örnek 2: Yargıtay 2. CD, E: 2015/**, K: 2016/**, T: 11.02.20** (Karara ulaşılan kaynak).

K) Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar şu şekildedir: RG, 02.01.2020, S. 30996.

III- KAYNAKÇA

A) Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynaklara, yazar soyadına göre alfabetik sırayla KAYNAKÇA'da yer verilmelidir. Aynı yazarın birden fazla eseri varsa, eski tarihli yayına öncelik verilmelidir. Birden fazla yazarlı eserlerde ilk yazarın soyadına öncelik verilerek, belirtilen şekilde sıralanır.

"Yazar soyadı yazar adının ilk harfi, eser adı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, yıl" şeklinde sıralanmalıdır.

B) Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir. Aktarım yapılan eserler değil aktaran esere kaynakçada yer verilmelidir.

C) Metin içerisinde atıf yapılan mevzuata kaynakçada yer verilmesi zorunlu değildir.

Ç) Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

ADALET BAKANLIĞI
EĞİTİM DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

Adalet Dergisinin.... yılının ayında yayımlanacaknci sayısında yer almasını istediğim,

..... başlıklı makalem ekte yer almakta olup ayrıca belirtilen e-posta adresine de gönderilmiştir.

Bu makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalışma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiğimi beyan ederim.

Bilgi ve gereğini arz ederim. .../.../20...

Adı Soyadı
İmza

Görev Yeri :
Unvanı :
Yazışma adresi :
İletişim e-posta :
Cep Tel :
İrtibat Tel :
ORCID ID :