

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**



**Cilt: 12**

**Sayı: 3-4**

**Yıl : 2004**



## SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### **Sahibi**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına  
Prof. Dr. Mehmet AYAN (DEKAN)

### **Editör (Editor)**

Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ  
asavas@selcuk.edu.tr

### **Yayın Kurulu (Editorial Board)**

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR

### **Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) \***

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. A. Can TUNCAY (Bahçeşehir Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Çağ Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)	
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)	

### **Haberleşme Adresi (Communication Address)**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA  
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05

<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

e-mail: [hukukfak@selcuk.edu.tr](mailto:hukukfak@selcuk.edu.tr)

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

\* Danışma Kurulu üyeleri soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER .....	3
-------------------	---

### MAKALELER/ÖZEL HUKUK

EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ VE EŞLERİN SORUMLULUĞU.....	7
-----------------------------------------------------------	---

Yrd. Doç. Dr. Süleyman YALMAN

İŞVERENE ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK YETKİSİ VEREN KAYITLAR .....	31
--------------------------------------------------------------------------	----

Yrd. Doç. Dr. Erdem Özdemir

MİLLETLERARASI TİCARÎ SÖZLEŞMELERDE <i>LEX MERCATORIA</i> 'NİN UYGULANMASI .....	45
-------------------------------------------------------------------------------------	----

Dr. Musa AYGÜL

### MAKALELER/KAMU HUKUKU

OSMANLI İNFAZ HUKUKUNDAKİ GELİŞMELERE GENEL BİR BAKIŞ .....	87
----------------------------------------------------------------	----

Doç.Dr. Mustafa AVCI

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE İNSAN HAKLARININ KORUNMASI..... 161  
Arş. Gör. Ali Tarık GÜMÜŞ

### **KARAR İNCELEMESİ**

EVLATLIK KARARININ KALDIRILMASI ..... 183  
Yrd. Doç. Dr. Süleyman YALMAN

### **TEZ ÖZETLERİ**

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ALACAK ZAMANAŞIMI ..... 193  
Arş.Gör. Ayşe ARAT

KARAPARANIN AKLANMASI SUÇU ..... 229  
Arş. Gör. Neslihan COŞKUN

**Makaleler**

---

---

**Özel Hukuk**



## EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ VE EŞLERİN SORUMLULUĞU

Yrd. Doç. Dr. Süleyman YALMAN\*

### I. GENEL OLARAK

Evlilik birliği eşlerin evlenmesiyle meydana gelen birliği ifade eder (MK. m. 185). Evlenmeyle meydana gelen bu yapı eşler arasında bir hayat ortaklığı veya bir yaşam birliği oluşturur.

Evlilik birliği sadece eşlerin aynı yatağı paylaşmasından ibaret değildir. Bunun yanında aynı evi paylaşma birlikte yiyip içme, birlikte sevinip birlikte üzölmek gibi insan hayatına ilişkin pek çok olayı birlikte yaşamaktan ibarettir. Ortak hayatı paylaşan eşler arasında kişisel ilişkilerin yanında ekonomik ilişkilerin ortaya çıkması tabii bir durumdur. Çünkü evlilik birliği devam ettiği sürece eşler hem birliğin ihtiyaçlarını hem de kendi kişisel ihtiyaçlarını karşılamak için para harcayarak yükümlölükler altına girerek aralarında ekonomik ilişkiler meydana getirir.

Evlilik birliğinin sosyal, ahlaki ve hukuki bir kurum olduğu<sup>1</sup> ifade edilse bile bu bizi birliğin mali ve ekonomik yönünün bulunmadığı sonucuna götürmez. Evlilik birliğinde eşler arasında bakım, barınma ve geçinme gibi ihtiyaçların karşılanması yönelik mali ilişkiler Medeni Kanunun evlenmenin genel hükümleri kısmında düzenleme altına alınmıştır. Aynı konuyu düzenleyen 743 sayılı Medeni Kanunun ilgili hükümleri büyük oranda değiştirilerek ve eşitlik ilkesi göz önüne alınarak 4721 sayılı Medeni Kanunla yeniden düzenlenmiştir. 4721 sayılı Medeni Kanun aile reisliği kurumunu ortadan kaldırarak birliği temsil hususunda eşleri eşit konuma getirmiştir. Eşitlik ilkesinin ön plana çıkmasıyla birlikte her iki eş de birliği temsil etme yetki ve sorumluluğuna haiz olmuşlardır.

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> ÖZTAN, B., Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 94; ZEVKLİLER, A./ACABEY, B./GÖKYAYLA, E., Medeni Hukuk, Ankara 2000, s. 739; KÖTELİ, M. A., Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991, s. 48, 49; KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S., Aile Hukuku, İstanbul 1989, s. 62.

## II. EVLİLİK BİRLİĞİ VE TEMSİL YETKİSİ

### A. EVLİLİK BİRLİĞİ VE HUKUKİ MAHİYETİ

Evlenmekle eşler arasında “evlilik birliği” meydana gelir. Başka bir ifade ile evlenme töreninin tamamlanması ile evlilik birliği kurulmuş olur<sup>2</sup>. Evlilik birliği, vakıf, dernek veya şirket gibi hukuki bir yapıya sahip olmayıp tüzel kişiliği bulunmayan hukuki bir birliktir<sup>3</sup>. Bu birlik kendine has özellikleriyle toplumun temelini oluşturmaktadır. Evlilik birliğinde eşler bir bütünlük arz ederek tek vücut haline gelmektedirler<sup>4</sup>. Bu sebeple eşlerden her biri birliğin saadetini, huzurunu, mutluluğunu bozacak davranışlardan da kaçınmakla yükümlüdürler. Evlilik birliği eşlerin manevi ve ahlaki yükümlülükleri açısından manevi bir birliği ekonomik yükümlülükleri açısından da ekonomik bir birliği birlikte yaşama yükümlülüğü açısından da mesken birliğini meydana getirmektedir<sup>5</sup>.

Evlilik birliği içersinde eşlerin sahip olduğu hak ve yükümlülükler toplumdan topluma ve zamana göre farklılıklar göstermektedir<sup>6</sup>. İnsanlık tarihinin ilk dönemlerinden itibaren aile kurumu ataerkil bir yapıda geliştiiğinden dolayı, evlilik birliği içinde kadın ikinci plana itilmiş ve erkek evlilik içinde imtiyazlı bir konuma gelmiş ve bu durum asırlarca da devam etmiştir<sup>7</sup>. Roma hukuk kaynaklı koca hakimiyetine dayalı aile anlayışı zamanla tüm Avrupa hukuklarını etkilemiştir. Bu koca hakimiyetine dayalı aile anlayışı zamanla yumuşatılarak müesseseleştirilmiş ve birçok Avrupa ülkesi ve Türk/İsviçre Medeni Kanunlarında kocanın reisliği olarak yer almıştır. Ancak 19. yy.’ın sonlarına doğru liberal ve ferdiyetçi anlayışın gelişmesiyle ve feminist akımların hız kazanmasıyla koca hakimiyetine dayalı aile anlayışı yavaş yavaş etkisini kaybetmeye başlamış ve 20. yy. da kadın-erkek evlilik birliğinde eşit hak ve

---

<sup>2</sup> ÖZTAN, s. 148; HEGNAUER, Ç./BREİTSCHMİD, P., Grundriss das Eherechts, Bern 2000, N. 15. 03; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 741; OĞUZMAN, K./DURAL, M., Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 151; AKINTÜRK, T., Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 101; AKINTÜRK, T., İsviçre Aile Hukukunda Son Gelişmeler, SÜHFD. Akipek Armağanı, Konya 1991, s. 435; TEKİNAY, S. S., Aile Hukuku, İstanbul 1990, s. 295.

<sup>3</sup> ÖZTAN, s. 148; HEGNAUER/BREİTSCHMİD, s. 191; AKINTÜRK, s. 116; OĞUZMAN/DURAL, s. 151; HAUSHEER/GEİSER/KOBEL, Das Eherechts des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2000, s. 44.

<sup>4</sup> FEYZİOĞLU, N. F., Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 176.

<sup>5</sup> EGGER, A., Aile Hukuku, (Çev. Çağa, Tahir), İstanbul 1943, s. 286.

<sup>6</sup> VELİDEDEOĞLU, H. V., Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. II., İstanbul 1950, s. 88.

<sup>7</sup> VELİDEDEOĞLU, s. 88.



yükümlüklere sahip kılınmak istenmişse de eşit hak ve yükümlülükler her alanda kendini gösterememiştir<sup>8</sup>.

Ancak günümüzde liberal düşünce ve feminist akımların etkisiyle evlilik birliğinde eşlerin mutlak olarak eşit hak ve yükümlülükler sahip olabilmesi düşüncesi, kanun koyucuları etkilemiştir. Bunun sonucunda birçok Avrupa ülkesinde eşlerin eşitliği ilkesi benimsenerek pozitif düzenlemelerde yerini almıştır. Türkiye’de de 2002 tarihli kanunla çağdaş medeni kanunlarda benimsenen eşlerin eşitliği ilkesini pozitif düzenleme olarak benimsemiştir<sup>9</sup>.

743 sayılı Türk Medeni Kanunundaki eşitlik ilkesine aykırı hükümler kaynak İsviçre Medeni Kanununda 1984 yılında yapılan değişiklikle ortadan kaldırılmış ve bizim hukukumuzda ise 4721 sayılı medeni Kanun ile uygulama alanı bulmuştur. Bu değişiklikler ile hem İsviçre Hukukunda hem de Türk Hukukunda eşler arasındaki ilişkiler sistemi yeniden düzenlenmiştir<sup>10</sup>.

## B. GENEL OLARAK TEMSİL KAVRAMI

Bir kişinin başka bir kişi adına ve hesabına hukuki işlem yapmasına temsil adı verilir<sup>11</sup>. Kişiler değişik sebeplerden dolayı, örneğin hasta olmak, başka şehirde olma, işlerin yoğunluğu, ilgili konuda uzman olmama gibi durumlarda taraf oldukları hukuki işlemleri kendileri yapamayabilirler. Böyle durumlarda başkalarının yardımına ihtiyaç duyarlar. Hukuk düzeni BK. 32 vd. maddelerinde hukuki işlemlerin başkaları tarafından yapılmasına izin vermiştir. Hukuki işlemi gerçekleştiren kişi kendisi değil başkası için hareket etmektedir<sup>12</sup>.

Temsil yalnızca hukuki işlemlerde uygulama alanı bulur. Temsil genelde sözleşme ilişkilerinde başvurulan müessese olsa da tüm hukuki işlemlerde hatta hukuki işlem benzeri fiillerde de bu müesseseye

<sup>8</sup> BİRSEN, K., Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1963, s. 247.

<sup>9</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, C., Aile hukukunda Eşlerin Eşitliği, AÜHF. Y.1998, S.1-4, s. 251.

<sup>10</sup> ÖZAR, A., İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler, YD., s. 1-2, Yıl 1998, s. 122; AKYOL, Ş., İsviçre Medeni Kanununun Evlenmenin genel Hükümlerine Dair Öntasarı Hükümlerinin Türk medeni kanunu Öntasarısı ile karşılaştırılması, Medeni Kanun 50. yıl sempozyumu, İstanbul 1978, OKTAY, S., İsviçre de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme ve Boşanma Hakkındaki gelişmeler, GSÜSBD. Yıl 1996, s. 35.

<sup>11</sup> AKINCI, Ş., Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2003, s. 125; AYAN, M., Borçlar hukuku Genel Hükümler, Konya 2002, s.178; EREN, F., Borçlar Hukuku, C.I., 1994, s. 509.

<sup>12</sup> AKINCI, s. 125; Temsil ile ilgili daha geniş bilgi için bkz., ESENER, T., Mukayeseli Hukuk ve Türk İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

başvurulabilir<sup>13</sup>. Fakat yerleşim yeri seçme, haksız fiil gibi maddi fiillerde temsil söz konusu olamaz<sup>14</sup>. Ayrıca şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarda da temsil söz konusu değildir. Bu sebeple evlenme, nişanlanma, evlat edinme temsilci vasıtasıyla gerçekleştirilemez.

Temsil ilişkisi üçlü bir ilişki olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple temsil ilişkisinde temsil edilen, temsilci ve üçüncü şahıs biçiminde üç unsur bulunmaktadır. Kendisi için hukuki işlem yapılan kimseye “temsil edilen”, temsil edilen adına ve hesabına hukuki işlem yapan kişiye “temsilci”, kendisiyle hukuki işlem yapılan kişiye de üçüncü kişi denir.

Temsil ilişkisinden bahsedilebilmesi için temsil yetkisine ihtiyaç vardır. Temsil yetkisi, temsil olunan tarafından ulaşması gerekli tek taraflı bir irade açıklaması ile verilir. Ayrıca bu yetki, hizmet, vekalet ve şirket sözleşmeleri gibi temel ilişki ile de verilebilir<sup>15</sup>.

Kişiler hukuki işlemleri kendileri yapabilecekleri gibi temsilci vasıtasıyla da yapabilirler. belki bir hukuki işlem için temsil yetkisi verilmesi, o işlemin temsil olunan tarafından yapılmasını engellemez. Temsil yetkisi verme temsil olunanın fiil ehliyetini sınırlamaz, temsil olunana temsil ilişkisine rağmen söz konusu hukuki işlemi yapabilir<sup>16</sup>. Temsil ilişkisinde iyiniyetin önem arz ettiği durumlarda hem temsil olunanın hem de temsilcinin iyiniyetli olması gerekir<sup>17</sup>. Temsilcinin kötünietli olması temsil olunanın da kötünietli olması sonucunu doğurur<sup>18</sup>. Temsil çeşitli kriterlere dayanılarak “kanuni temsil-iradi temsil”, “doğrudan temsil-vasıtalı temsil”, “yetkili temsil-yetkisiz temsil “ gibi ayrımlara tabii tutulmaktadır<sup>19</sup>. Evlilik birliğinin devam ettiği süreç içerisinde eşlerin üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemlerde bulunması kaçınılmazdır. Ancak evlilik birliği tüzel kişiliğe sahip bir kurum olmadığından evlilik birliğinin hak ve borçlara sahip olması ve gerçek manada temsil edilmesi mümkün değildir. Bu yüzden eşlerin evlilik birliği adına veya hesabına hukuki

---

<sup>13</sup> AKINCI, s. 125; AYAN, s. 178; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 153.

<sup>14</sup> EREN, s.394-395; AYAN., s. 178; AKINCI, s. 127.

<sup>15</sup> AYAN., s. 179; AKINCI, s. 126.

<sup>16</sup> AYAN., s. 179; AKINCI, s. 127.

<sup>17</sup> EDİS, S., Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, s. 275-276.

<sup>18</sup> EREN, s.505; TEKİNAY, S.S./AKMAN, S. /BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 223.

<sup>19</sup> ZAECH, R., Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art 32-40 OR., Bern 1990, Vorbemurken 2. Art 32-40, N. 1-13.

işlemlerde bulunması da söz konusu olamaz. Bir hukuki işlemin birliği temsilen yapıldığından bahsedilirken işlemin birlik adına veya hesabına yapıldığı kastedilmemekte aksine yapılan işlemlerin evlilik birliğinin ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik yapıldığı kastedilmektedir<sup>20</sup>.

Evlilik birliğini temsilde BK.'nın 32 vd. maddelerinde belirtilen temsile ilişkin genel kurallar uygulanmayıp MK. unun bu konuyu düzenleyen 188-191. maddeleri uygulanacaktır<sup>21</sup>.

### III. EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ

#### A. GENEL OLARAK

Evlilik birliğinin temsili 4721 sayılı MK. nun 188-191. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Evlilik birliğinin temsili müessesesinin kaynağı, MK. nun 186/2. maddesinde ifade edilen "birliği eşler beraber yönetir" hükmüdür<sup>22</sup>. Bu hüküm çerçevesinde eşlerin evlilik birliğiyle alakalı her türlü hukuki işlemleri yapabilmesi gerekir. Bu yüzden evlilik birliğinin temsili eşlerden biri tarafında Evlilik birliğinin amacına hizmet eden hukuki işlemin yapılmasını ifade eder<sup>23</sup>. Başka bir ifadeyle birliğin ihtiyaçlarını gidermek ve birliğin amaçlarını gerçekleştirmek üzere eşlerden birinin üçüncü kişilerle hukuki işlemler yapmasıdır<sup>24</sup>. Bu sebeple eşlerden birinin evlilik birliğinin ihtiyaçları ile ilgili olmayan hukuki işlemlerde bulunması Evlilik birliğinin temsili müessesesi içinde değerlendirilemez. Evlilik birliği tüzel kişiliği haiz olmadığı için BK. 32. maddesi kapsamında bir kanuni temsil söz konusu değildir. Bundan dolayı kanuni temsilci tarafından temsil edilemez<sup>25</sup>.

Evlilik birliğinin temsili birliğin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla gerekli hukuki işlemlerin kimin tarafından yapılacağını, eşlerin üçüncü kişilerle temsil kavramı içinde yaptıkları hukuki işlemleri<sup>26</sup> ve yapılan hukuki işlemlerden kimin sorumlu olacağını düzenler. Evlilik birliğinin temsili

<sup>20</sup> ACABEY, M. B., Evlilik birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s. 56; ÖZTAN, B., Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, s. 183; AKINTÜRK, s. 116.

<sup>21</sup> AKINTÜRK, s. 116.

<sup>22</sup> ÖZTAN, s. 182.

<sup>23</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 220; SCHWARZ, A., Aile Hukuku, (Çev. Davran, B.) İstanbul 1943, s. 184.

<sup>24</sup> AKINTÜRK, s. 116; ÖZTAN, s. 183.

<sup>25</sup> ÖZTAN, s. 183.

<sup>26</sup> AKINTÜRK, s. 116; ÖZTAN, s. 183; HAUSHEER/GEİSER/KOBEL, s. 70; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 220.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

müessesesi Aile Hukukuna has, kendine özgü bir müessese olup<sup>27</sup> evlilik birliğinde eşlerden birinin diğerini de sorumluluk altına sokacak hukuki işlemler yapabilmesine imkan tanır.

743 sayılı önceki Medeni Kanunda evlilik birliğinin temsili hususu “birliği koca temsil eder biçiminde düzenlenmişti”. Buna göre, koca birliğin ihtiyaçlarını karşılamak için her türlü hukuki işlemi yapabilir. Burada koca birliğin genel temsilcisidir ve bu yetki kocaya her türlü mal rejiminde bağımsız ve evliliğin bir sonucu olarak verilmiştir<sup>28</sup>. Fakat koca karısının kanuni temsilcisi değildir. Çünkü kanuni temsil ancak hukuki işlem yapma ehliyetinin bulunmadığı veya sınırlı bulunduğu hallerde söz konusu olur. Medeni hakları kullanma açısından kadın ve erkek arasında tam bir eşitlik bulunmadığından buradaki temsil kavramı teknik anlamda kullanılmamıştır<sup>29</sup>. Evlilik birliğini temsil yetkisi kanuna dayanır ve asıl olarak kocaya ait olmakla beraber sınırlı da olsa karının da temsil yetkisi bulunmaktaydı. Ama sorumluluk kural olarak kocaya aitti ve temsil çerçevesinde doğan borçlardan koca birinci derecede ve doğrudan doğruya tüm malvarlığı ile sorumlu tutuluyordu<sup>30</sup>. Karı ise ancak mal ayrılığı ve mal birliği rejimlerinde koca ödeme güçsüzlüğünde düşerse mal ortaklığına dahil mallar bu borçları ödemeye yetmezse ikinci derecede sorumlu olmaktaydı (EMK. 187/2).

743 sayılı Medeni Kanun evlilik birliğini temsil etme yetkisini kocaya tanımakla birlikte karıya da bu husus da önemli bir imkan tanımış onun da bir dereceye kadar birliği temsil edebileceğini kabul etmiştir. EMK. 155/1’e göre “evin daimi ihtiyaçları için koca gibi kadın dahi birliği temsil hakkını haizdir”. Bu hükümden hareketle birliği temsil hususunda önceki medeni kanun kadına sınırlı bir temsil hakkı tanımıştır. Buna göre karı ancak evin daimi ihtiyaçları için temsil hakkına haiz olacaktır<sup>31</sup>. Bu da gösteriyor ki birliği temsil konusunda kocayla karının yetkileri eşit değildir.

743 sayılı MK. karıya sınırlı bir yetki tanımakla birlikte bazen hal ve durum karının daha geniş bir temsil yetkisine haiz olmasını evin daimi ihtiyaçları dışındaki birtakım işlemlerde de birliği temsil etmesini gerekli kılabilir. Böyle durumlarda koca karısının temsil yetkisini genişletebilir. Genişletme tek taraflı irade beyanı ile yapılır. kadın, böyle bir genişletme

---

<sup>27</sup> ÖZTAN, s. 183; HAUSHEER/GEİSER/KOBEL, s. 70; DURAL /ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 220.

<sup>28</sup> OĞUZOĞLU, H. C., Evlilik Birliğinin Temsilinde Medeni Kanunumuzun Dayandığı Esaslar, AÜHFD. 1950, C. 7, S.1-2, s.312.

<sup>29</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 154.

<sup>30</sup> TEKİNAY, s. 304.

<sup>31</sup> TEKİNAY, s. 304; KÖPRÜLÜ/KANETİ, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 125.

olmadıkça kendiliğinden olağan temsil yetkisini aşamaz aksi takdirde yapılan işlemlerden kendisi şahsen sorumlu olur<sup>32</sup>. Kadının birliği temsile ilişkin kanuni temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı konusunda EMK. 155. madde iyiniyetli üçüncü kişileri korumuştur. Eğer üçüncü kişilerin ailenin durumuna göre girişilen borcu ailenin daimi ihtiyacı sayması mümkünse karının yüklendiği borçtan kocayı sorumlu tutmak mümkündür<sup>33</sup>. Kocanın bu tür işlemlerin sorumluluğundan kurtulabilmesi için evlilik birliğine son verildiğinin üçüncü kişilerce bilindiğini veya işlemin ev ihtiyacını aştığını üçüncü kişinin bildiğini ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek olduğunu ispat etmesi gerekir<sup>34</sup>.

743 sayılı Medeni Kanununun 154,155/1,156/1, 157 ve 158. madde hükümlerinin eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı ve anayasaya da aykırı olduğu ileri sürülerek eşlerin eşit hak ve borçlara sahip birer partner olması gerektiği haklı olarak ifade edilmekte idi<sup>35</sup>. Çünkü birliği temsil kapsamında yapılan hukuki işlemler evlilik birliğinin ekonomik geleceği ve mutluluğu açısından oldukça önem taşımaktadır. Bu tür işlerde karar verme yetkisinin eşlerden yalnızca birine tanınması hayat ortaklığı olan evlilik birliğinin amacı ile bağdaştırılamaz. Bu sebeple İsviçre Medeni Kanununda 1984 yılında yapılan değişikliklere uygun olarak 4721 sayılı Medeni Kanunda temsile ilişkin konularda eşlere eşit yetki tanıdığı bazı hukuki işlemlerde birlikte karar verme ilkesi getirilmiş<sup>36</sup> böylelikle 743 sayılı MK. da yer alan ve eşitlik ilkesine aykırı olan hükümlerde kaldırılmıştır.

4721 sayılı Medeni Kanununun 189. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temsili müessesesi teknik anlamda kullanılmamıştır<sup>37</sup>. Temsilden maksat aile birliği için yüklenen borçlardan kimin sorumlu olacağı meselesidir. Eşlerden birinin evlilik birliği ile ilgili günlük olağan ihtiyaçların giderilmesi maksadıyla üçüncü kişilerle hukuki işlemler yapabilmek için sahip olduğu yetkinin kullanılmasına evlilik birliğinin temsili denir<sup>38</sup>. Bu tanımdan anlaşılması gereken husus, eşlerden her birinin ailenin ihtiyaçları dışında yaptığı hukuki işlemlerin örneğin kendi şahsi işleriyle ilgili veya bir mesleğin icrasıyla

<sup>32</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 154; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 126; FEYZİOĞLU, s. 193.

<sup>33</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 157.

<sup>34</sup> KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 126.

<sup>35</sup> TEKİNAY, s: 299-308.

<sup>36</sup> KILIÇOĞLU, A., Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 3

<sup>37</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 154; ÖZTAN, s. 183.

<sup>38</sup> ÖZTAN, s. 183.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

İlgili hukuki işlemler evlilik birliğinin temsili kavramına dahil edilemez. Bu işlemlerden dolayı işlemi yapan eş kendisi sorumlu olur.

Evlilik birliğinin temsili kapsamında eşlerin sahip oldukları yetki sınırsız olmayıp evlilik birliğini doğrudan doğruya ilgilendiren hukuki işlemlerle sınırlıdır. Birliği temsil hususunda eşlerin sahip olduğu yetki kanuna dayanan bir yetkidir<sup>39</sup>. Bu sebeple eşlerden her biri evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yaptığı hukuki işlemlerde bunu birlik adına yaptığını üçüncü kişilere bildirmese bile yine temsil hükümleri geçerli olur. Burada önemli olan üçüncü kişilerin bilgisi değil yapılan hukuki işlemin niteliğidir. Başka bir ifadeyle yapılan işlemin birliğin sürekli ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması ve bu ihtiyaçların sınırını aşmamasıdır<sup>40</sup>. Bu kapsamda eşlerden birinin yaptığı hukuki işlemin diğer eş adına da yapıldığı için işlemi yapmayan eş de hukuki işlemde doğan borçtan sorumlu olacaktır.

Eşlerin sorumluluğunu düzenleyen MK. 189/1 hükmü emredici bir düzenleme olmadığı için müteselsil sorumluluk durumu ortadan kaldırılarak diğer eşin sorumlu tutulmayacağı öngörülebilir<sup>41</sup>. Ancak diğer eşin sorumlu tutulamayacağına ilişkin sınırlamanın geçerli olabilmesi için alacaklıların rızası gerekir. Böyle bir rıza olmadan yapılan sınırlama geçerli değildir<sup>42</sup>.

### B. ŞARTLARI

Eşlerin temsil yetkisine sahip olabilmesi için fiil ehliyetine sahip olmaları, eşlerin birlikte yaşamaları ve yapılan hukuki işlemin birliğin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması gerekir.

#### 1. Fiil Ehliyeti

Evlilik birliğinin temsili ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla üçüncü kişilerle hukuki işlemler yapılmasını kapsadığı için eşlerin tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Eşlerden birinin ayırt etme gücüne sahip

<sup>39</sup> ÖZTAN, s. 183; AKINTÜRK, s. 116; TEKİNAY, s. 303; HASENBÖHLER, F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Familienrecht Teilband II 1 c, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen Art. 159-180, Zürich 1998, Art 166, N. 11; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 220.

<sup>40</sup> ÖZTAN, s. 183; AKINTÜRK, s. 116; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 233; TEKİNAY, s. 303; FEYZİOĞLU, s. 188.

<sup>41</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 233; HASENBÖHLER, N. 172; ÖZTAN, s. 183; HAUSHEER / REUSSER / GEİSER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Das Familienrecht Bnad II, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen Artikel 159-180 ZGB, Bern 1999, N. 88.

<sup>42</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEİSER, N. 88; HOLSEL/VOGT/GEİSER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, Art 1-456, Basel 2002, N. 20.

olmaması veya kısıtlı olması MK. 188. maddeye göre eşin sahip olduğu birliği temsil yetkisini ortadan kaldırır. Eşlerin birliği temsil yetkisi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar içersinde yer aldığı için yasal temsilci tarafından kullanılamaz ve başkasına da devredilemez<sup>43</sup>. Ancak kendisine yasal danışman atanan eşin temsil yetkisi devam eder. Çünkü yasal danışmanın görüşünün alınacağı hususlar Medeni Kanununun 429. maddesinde belirtilmiş olup bunlar içinde temsil yetkisinin kullanılması yer almamaktadır. Fakat eşlerden birinin vesayet altına alınması birliği temsil yetkisine sahip olmasını engeller. Evlilik birliğini temsile yetkili olan eşler fiil ehliyetine tam olarak sahip oldukları ve evlilik birliği devam ettiği sürece kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça hem birbirleriyle hem de üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilirler. Bu sebeple evlenme kural olarak eşlerin fiil ehliyetinde bir sınırlama meydana getirmez<sup>44</sup>. Medeni Kanununun 193. madde hükmü gereğince hukuki işlemlerde eşlerin serbestliği ve eşitliği ilkesi geçerlidir<sup>45</sup>. Bu ilke gereğince eski Medeni Kanunda öngörülen cinsiyet farklılığına dayanan ehliyet sınırlamaları ortadan kaldırılmış ve fiil ehliyeti bakımından eşler eşit konuma getirilmiştir<sup>46</sup>. Ancak Medeni Kanun bazı hukuki işlemlerde eşler için sınırlamalar öngörmüştür. Bu sınırlamalardan bazıları MK. m. 194 de aile konutu ile ilgili işlemlerde diğer eşin rızasının aranması, madde 213/2 de paylı mülkiyet konusu mal üzerindeki tasarruflarda diğer eşin rızasının aranması, madde 229 da belirtilen işlemlerde diğer eşin rızasının aranması madde 265 de düzenlenen durumlarda, mirasın reddi veya kabulü konusunda diğer eşin rızasının aranması gibi.

Medeni Kanunda istisnai olarak düzenlenen sınırlamalarda, eşlerin fiil ehliyetinin mi yoksa tasarruf ehliyetinin mi kısıtlandığı hususu doktrinde tartışmalı bir konudur. Özellikle aile konutu ile ilgili işlemlerdeki sınırlamaların hukuki niteliği konusunda yoğun tartışmalar söz konusu olup, değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler belli başlı olarak üç grupta toplanmaktadır. Bunlardan birinci görüş taraftarlarına göre, aile konutu ile ilgili işlemlerdeki sınırlamalar bir fiil ehliyeti sınırlamasıdır<sup>47</sup>. Çünkü burada fiil ehliyetinin

<sup>43</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEİSER, N. 21; HAUSHEER/GEİSER/KOBEL, s. 71; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 221; ÖZTAN, s. 185.

<sup>44</sup> ÖZTAN, s. 183; KILIÇOĞLU, s. 1.

<sup>45</sup> ÖZTAN, s. 185; AKINTÜRK, s. 111.

<sup>46</sup> NAEF/HOFMANN, s. 57; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 199.

<sup>47</sup> HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 80; HEGNAUER/ BREİTSCHMİD, s. 183; RİEMER, H. M; Personenrecht des ZGB, Bern 2002, s. 78- 79; NAEF/HOFMANN, s. 57; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 169, N. 37a; ÖZTAN, s. 205; AKİPEK/ AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükmüleri, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s. 352- 353.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

sınırlanması, kanunun sistematik düşüncesine uygundur. Zira ZGB Art. 169 ve MK. 194. maddeleri, ZGB Art. 168 ve MK. m. 193. maddesinden hemen sonra düzenlenmiştir. MK. m. 193' de eşlerin fiil ehliyetine sahip oldukları belirtilmişse de, bunun kanunda aksine düzenleme olmadığı sürece olduğu açıkça ortaya konmuştur. Burada fiil ehliyetinin kısıtlanmasının amacı, aileyi ve dolayısıyla eşleri korumaktır.

İkinci görüş taraftarlarına göre ise, ZGB Art. 169 ve MK. m. 194' deki düzenlemeler bir tasarruf yetkisi kısıtlamasıdır<sup>48</sup>. Bu görüşe göre, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, üçüncü kişilerle borçlandırıcı işlemler yapabilecek, ancak diğer eşin rızası sağlanmadan yapılan işlem tasarruf yetkisindeki eksiklikten dolayı geçersiz olacaktır. Bunun sonucu, aile konutunun mülkiyetinin devri sağlanamayacak, yapılan tescil, yolsuz bir tescil olacaktır.

Aile konutu ile ilgili işlemlerdeki sınırlamanın, bir tasarruf yetkisi kısıtlaması olduğu görüşü, Türk Hukuku doktrininde, ağır basan görüş olarak kabul edilmektedir. Buna karşın fiil ehliyetinin kısıtlanması görüşü ise, İsviçre Hukuk doktrininde hakim görüştür.

Üçüncü görüş taraftarlarına göre; MK. 194' deki düzenleme, ne fiil ehliyeti kısıtlaması ne de tasarruf yetkisi kısıtlamasıdır, burada birlikte hareket etme, karar verme ve katılma hakkı söz konusudur<sup>49</sup>.

Kanaatimizce, aile konutu ile ilgili işlemlerde, diğer eşin rızasının aranmasıyla getirilen sınırlama, ilgili işlemle sınırlı olmak üzere<sup>50</sup> fiil ehliyetini kısıtlayan bir düzenlemedir. Her ne kadar, MK. m. 193' de eşlerin fiil ehliyetine sahip oldukları düzenlenmişse de, bunun ancak kanunda aksine bir hüküm olmadığı sürece mümkün olacağı da açıkça ifade edilmiştir. MK. m. 194, “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” hükmü ile MK. m. 193' e getirilen sınırlamanın ilkinin oluşturmaktadır. Fiil ehliyetinin sınırlandığı durumlarda, diğer eşin rızası sağlanmadan hem taahhüt işlemi hem de tasarruf işlemi geçersiz olacaktır<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 211; OĞUZMAN/ SELİÇİ, Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 177; ERTAŞ, Ş, Eşya Hukuku, Ankara 2002, s. 172; DOĞAN, M, Tapu Siciline Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 93; OĞUZMAN, K./ BARLAS, N., Medeni Hukuk, İstanbul 2004, s. 141.

<sup>49</sup> BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 169, N. 38; KILIÇOĞLU, s. 3; ŞİPKA, Ş, Türk Medeni Kanununda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2002, s. 45- 47.

<sup>50</sup> ÖZTAN. S. 206.

<sup>51</sup> HEGNAUER/ BREİTSCHMİD, s. 183; HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 80-81.



Kanun Koyucu MK. m. 194' deki düzenlemeyle aileyi korumayı amaçlamaktadır. Özellikle aile içi geçimsizlik baş gösterdiği durumlarda, eşlerden biri düşüncesizce veya kızgınlıkla hakkını kötüye kullanmasıyla, diğer aile bireylerine zarar verebilir. Bu zararlı davranışlar, MK. m. 194 ile henüz ortaya çıkmadan önlenmeye çalışılmaktadır.

MK. m. 194' deki sınırlamanın, tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabul edildiğinde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, taahhüt işlemi yapabilecek, fakat diğer eşin rızasını sağlamadan tasarruf işlemi yapamayacaktır. Tasarruf işlemi yapmadığı zaman, diğer tarafa tazminat ödemek zorunda kalacak<sup>52</sup>, bunu da diğer eş üzerinde baskı unsuru olarak kullanabilecektir<sup>53</sup>. Bu sonuç da MK. m. 194' ün koruma amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira Kanun Koyucu, MK. m. 194 ile evlilik birliğini, dolayısıyla aile bireylerini ve eşleri korumayı amaçlamaktadır<sup>54</sup>.

## 2. Birlikte Yaşama

Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkileri, yalnızca eşlerin birlikte yaşadığı, evlilik birliğinin devam ettiği süre zarfında söz konusudur. Bu yüzden, evlilik birliği fiilen ortadan kalktığında, temsil yetkisi de, MK. m. 190' a göre, temsil yetkisinin kaldırılması kararına gerek kalmadan kendiliğinden durur<sup>55</sup>. Ancak, eşlerden biri için, askerlik, öğrenim, sağlık, hükümlülük ve meslekle ilgili sebeplerden dolayı birlikte yaşama belli süre geçici olarak mümkün olmasa, bu durum birlikte yaşamayı sona erdirmez ve esas itibarıyla eşlerin temsil yetkisi de devam eder<sup>56</sup>.

Birlikte yaşama ortadan kalktığında, eşlerin birliği temsil yetkisi de ortadan kalkar, bu durum üçüncü kişiler tarafından bilinmese bile, bir hukuki işlem yapıldığında, bu işlemde işlemi yapan eş sorumlu olur. Eşlerin müteselsil sorumluluğu birlikte yaşama devam ettiği sürece geçerlidir. Eşlerin birlikte yaşarken, yaptıkları hukuki işlemlerden müteselsilen sorumlu olmaları, hukuki güvenlik ve işlem güvenliği açısından gereklidir<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 213; ÖZTAN, s. 205.

<sup>53</sup> ÖZTAN, s. 205.

<sup>54</sup> ÖZTAN, s. 199.

<sup>55</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 20; HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 71; ÖZTAN, s. 186; BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 28, 70.

<sup>56</sup> BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 27; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 32.

<sup>57</sup> BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 70; ÖZTAN, s. 186; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 98.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

Eşler tekrar birlikte yaşamaya başladıklarında, birliği temsil yetkisini kanundan dolayı tekrar elde ederler<sup>58</sup>.

Eşler birlikte yaşadıkları müddetçe, hukuki işlemi, eşlerden biri yapsa bile, birliği temsil kapsamında yapılan işlemlerden müteselsilen sorumludurlar (MK. m. 189/I), işlemi yapan eş temsil yetkisini aşı ve üçüncü kişi de iyiniyetli ise, diğer eşin müteselsil sorumlu olma durumu devam eder (MK. m. 189/II).

Eşlerin, evlilik birliğini temsil kapsamında, sahip oldukları temsil yetkisi, birbirlerinin iradelerinden bağımsız, kanundan doğan bir yetkidir<sup>59</sup>. Bu yetki, şahsa sıkı sıkıya bağlı, bundan dolayı devredilemeyen, vazgeçilemeyen ve miras yoluyla intikal etmeyen haklardandır<sup>60</sup>. Bu sebeple yasal temsilci tarafından da kullanılamaz. Fakat, eşlerden biri, bir işin yapılması için bir başkasını görevlendirebilir, bu durum temsil yetkisinin devri değildir<sup>61</sup>. Temsil yetkisi, daraltılmadığı gibi genişletilemez, mal rejimi sözleşmesiyle de değiştirilemez<sup>62</sup>. Ancak Türk Medeni Kanununun 190. maddesindeki şartlar olduğu zaman, hakim kararıyla temsil yetkisi, kısmen veya tamamen kaldırılabilir.

### 3. Temsil Yetkisinin Birliğin İhtiyaçları ile Sınırlı Olması

Evlilik birliğinin temsili yalnızca “ ailenin ihtiyaçları” kavramı kapsamındadır. Bu ölçülü kapsam, MK. m. 186’daki “ birliğin giderleri” kavramına da uygundur. Ailenin ihtiyaçları, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarına göre belirlenir. Böylelikle eşler, ailenin ihtiyaçlarını karşılayan her türlü hukuki işlemi, birliğin temsili kapsamında gerçekleştirebilirler. Ancak, haksız fiiller, temsil yetkisinin kapsamında değildir<sup>63</sup>.

### C. TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

Evlilik birliğinin temsili, Türk Medeni Kanununun 188. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede eşlerin temsil yetkisi, ailenin sürekli ihtiyaçları ve ailenin diğer ihtiyaçları olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Ailenin sürekli ihtiyaçlarına ilişkin temsil yetkisi, ortak yaşamın devamı süresince her iki eşe eşit biçimde tanınmıştır. Her bir eş bu ihtiyaçların karşılanmasına yönelik işlemleri tek başına yapabilir. Ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan, diğer

---

<sup>58</sup> HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s.71; ÖZTAN, s. 186; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 30

<sup>59</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 11; ÖZTAN, s. 186; BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 10.

<sup>60</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 21; ÖZTAN, s. 186.

<sup>61</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 21.

<sup>62</sup> ÖZTAN, s. 186.

<sup>63</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 60; ÖZTAN, s. 187.

ihtiyaçları için birlikte hareket etme ararır. Diğer ihtiyaçların karşılanmasında, eşlerden birinin tek başına temsil etmesi için, diğer eşin yetki vermesi, hakim tarafından yetkili kılınması veya istisnai bir durum söz konusu olmalıdır.

### 1. Ailenin Sürekli İhtiyaçlarına İlişkin Temsil Yetkisi

Evlilik birliğinin temsili müessesesi 743 sayılı Medeni Kanununun 154. maddesinin “ birliği koca temsil eder” biçiminde kocaya geniş yetkiler tanınarak düzenlenmişti. Kadın ise sınırlı bir yetkiye sahipti. Kadının, birliği temsil yetkisi ise, Medeni Kanununun 153. maddesinde düzenlenmiş ve “ ailenin mutlak ihtiyaçları” ile sınırlanmıştı. Temsil yetkisi içerisinde kadının yaptığı işlemlerden koca sorumludur, kadının sorumluluğu ikinci derecede öngörülmüştü, koca borç ödemediğinde içerisinde olursa, kadın yapılan işlemlerden sorumlu tutulur, aksi takdirde sorumluluğu söz konusu olamaz. Evlilik birliğinin temsilinde eşler, işlemlerin yapılmasında ve ortaya çıkan borcun üstlenilmesinde eşit konumda değil idiler. Buradaki eşitsizlik, İsviçre Medeni Kanununun 166. maddesi göz önüne alınarak düzenlenen 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 188. maddesi ile ortadan kaldırılmıştır. 188. maddeye göre; “ Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.” denilmek suretiyle, ailenin sürekli ihtiyaçları için, her iki eşe, kadın-erkek eşitliği prensibine uygun olarak, temsil yetkisi eşit biçimde tanınmıştır. Bu sebeple, eşlerden her biri, ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması için, her türlü hukuki işlemler yapabilecektir, bu işlemler için diğer eşin rızasına ihtiyaç yoktur<sup>64</sup>.

Eşlerden her birine tanınan temsil yetkisi, yalnızca “ailenin sürekli ihtiyaçları” içindir. Bu ihtiyaçlar, 743 sayılı Medeni Kanunda “ evin daimi ihtiyaçları” olarak ifade ediliyordu. 4721 sayılı Medeni Kanunda ise bu ifade, “ailenin sürekli ihtiyaçları” olarak belirtilmiştir. “Ailenin sürekli ihtiyaçları” kavramına hangi hususların dahil olacağını belirlemek, temsil ile alakalı önemli bir sorundur. Bu sorunun çözümünde kıstas belirlemek mümkün değildir. Bu sebeple, “ailenin sürekli ihtiyaçları” kavramına hangi hususların girdiğini her somut olay göz önüne alınarak belirlemek gerekir. Çünkü, ailenin sürekli ihtiyaçlarının ne olduğu kanunda açıkça belirtilmemiştir<sup>65</sup>. Ailenin sürekli ihtiyaçları belirlenirken, ailenin ekonomik ve sosyal durumu, eşlerin gelir düzeyi, yaşam tarzları ve o yörede yerleşik değer hükümleri ile mahalli örf ve

<sup>64</sup> ÖZTAN, s. 187; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 11; BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 21; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 221.

<sup>65</sup> ÖZTAN, s. 187.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

adetler göz önüne alınması gerekir<sup>66</sup>. Geliri sınırlı olan ailelere nazaran zengin ailelerin sürekli ihtiyaçları farklılık arz eder<sup>67</sup>. Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre<sup>68</sup>; yiyecek, içecek maddelerinin, ilaçların tedariki, evin ve çamaşırların temizlenmesi için temizlik maddeleri, eş ve çocuklara giyim eşyalarının alınması, evdeki zorunlu tamiratların yapılması, doktora muayene olma, kültürel ihtiyaçlar ve serbest zamana ilişkin hukuki işlemler, öğrenime devam eden çocuklar için gerekli eğitim malzemeleri olan kitap, defter alınması, eve günlük gazete, dergi alınması gibi işler ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamındadır. Bunların yanında, evle ilgili, ısıtma, elektrik masraflarının ödenmesi, buzdolabı, elektrik süpürgesi, çamaşır, bulaşık makinelerinin alınması, konser, tiyatro, sinema bileti temin edilmesi de duruma göre, ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamına dahil edilir. Fakat eve hizmetçi tutulması, bazı aileler için sürekli ihtiyaç olarak değerlendirilirken, bazı aileler için bu kapsamda değerlendirilemez<sup>69</sup>.

Birliği temsil, birlikte yaşayan aile üyelerinin ortak yararına olan her türlü işlemlerin yapılması yetkisini sağlar. Fakat, günümüzde, ticari hayatta, işlemlerin finansmanının sağlandığı her türlü işlemi, aynı nitelikte değerlendirmek mümkün değildir. bu sebeple bu tür işlemleri ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Kredi ile yapılan işlemlerde, yapılan işlemin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında olduğunun krediyi veren tarafından bilinmesi gerekir<sup>70</sup>. Buna karşılık, bankadan az miktar kredi alma veya başka birinden ödünç alma, ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında değerlendirilmez; çünkü, banka ve ödünç veren, alınan meblağın hangi amaç için alındığını bilemez. Alınan meblağdan diğer eşin de sorumlu tutulabilmesi için krediyi alan eşin, birliğin yayarı açısından, kredi almadaki gecikmede sakınca doğacağıının ( MK. m. 188/I) ispatlanması lazımdır<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s.72; AKINTÜRK, s. 117; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 223; ÖZTAN, s. 188; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 49.

<sup>67</sup> TEKİNAY, s. 305; SCHWARZ, s. 188.

<sup>68</sup> ÖZTAN, s. 188; OĞUZMAN/ DURAL, s. 157; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 39; HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 72; AKINTÜRK, s. 117; HONSEL/ VOGT/ GEİSER, Art. 166, N. 7; NAEF/ HOFMANN, s. 52.

<sup>69</sup> OĞUZMAN/ DURAL, s. 157.

<sup>70</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 52; BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 43.

<sup>71</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 52.

Kredi kartı ile yapılan bütün harcamalar, ailenin sürekli ihtiyaçları (MK. m. 188/I) kapsamında değildir. Bu işlemlerden hangilerinin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında, hangilerinin kapsam dışında olduğunun tespiti için her bir işlemin tek tek değerlendirilmesi gerekir<sup>72</sup>.

Kredili eşya satın alınması halinde, bu işlemin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamına girdiği satıcı tarafından biliniyorsa, işlem ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında değerlendirilir ve işlem olağan temsil yetkisinin sınırlarına dahil olur<sup>73</sup>.

Ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında yapılan işlemlerden eşler, müteselsil sorumludur (MK. m. 189). Eşlerin, ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılayan işlemlerden müteselsilen sorumlu olmaları ticari hayatın korunması açısından gereklidir<sup>74</sup>. Yapılan işlem eşlerden biri tarafından yapılmış olsa bile, yapılan işlem ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında ise, her iki eş yine müteselsilen sorumlu olacaktır, müteselsil sorumluluk, eşler ile hukuki işlem yapan taraf açısından bir güvencedir<sup>75</sup>. Sorumluluğa ilişkin olarak, eşlerin aralarında farklı anlaşma yapmaları, üçüncü kişileri bağlamaz, zira, Türk Medeni Kanununun 188. maddesindeki hüküm, emredici niteliktedir<sup>76</sup>.

Ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamına girmeyen ihtiyaçlara, diğer ihtiyaçlar denir. Bu sebeple, bir otomobil alınması, evin mobilya aksamının yenilenmesi, evin güzelleştirilmesi için değişiklik yapılması, hayat sigortası, çocuğun özel okula gönderilmesi gibi, işlemler, ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamına girmeyip, diğer ihtiyaçlar kapsamındadır.

Ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında, eşlerin sahip oldukları temsil yetkisi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için eşler sahip oldukları bu yetkiye bir başkasına devredemedikleri gibi bu yetkiden vazgeçemezler<sup>77</sup>. Fakat, kanunda öngörülen şartların oluşması halinde, hakim tarafından, eşlerin temsil yetkisi, sınırlanabilir hatta tamamen ortadan kaldırılabilir (MK. m. 190).

<sup>72</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 52; ÖZTAN, s. 188; HAUSHEER/ BRAEM, Art. 166, N. 43; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 225.

<sup>73</sup> BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 43; ÖZTAN, s. 189.

<sup>74</sup> BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 7.

<sup>75</sup> BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 64; ÖZTAN, s. 189.

<sup>76</sup> ÖZTAN, s. 189; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 14.

<sup>77</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 21; ÖZTAN, s. 189; HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 73.

## 2. Ailenin Diğer İhtiyaçlarına İlişkin Temsil Yetkisi

Ailenin diğer ihtiyaçlarının karşılanmasında, evlilik birliğini temsil yetkisi eşlerden her birine, ayrı ayrı tanınmamıştır<sup>78</sup>. Bu sebeple, ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan diğer ihtiyaçların karşılanmasında eşlerin, kural olarak birlikte hareket etmeleri gerekir. Bunun sonucu olarak diğer ihtiyaçların karşılanması için gerekli hukuki işlemleri eşlerden biri tek başına yapamaz. Burada eşlerin, temsil yetkisini birlikte kullanmaları şarttır. Türk Medeni Kanununun 188/II'nin karşıt kavramından ortaya çıkan sonuç budur<sup>79</sup>. Ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanmasında, eşlerden her biri bireysel olarak temsil yetkisine haiz iken, diğer ihtiyaçların karşılanmasında, eşlerin tek başına temsil yetkisi yoktur. Ancak Türk Medeni Kanununun 188/II' de belirtilen durumlarda, diğer ihtiyaçların karşılanmasında da eşlerden yalnızca birinin temsil yetkisine sahip olacağı düzenleme altına alınmıştır. Diğer ihtiyaçların karşılanmasında, eşlerin yalnız başına temsil yetkisine sahip olması, ancak MK. m. 188/II' de öngörülen şartların varlığı halinde mümkündür. Eğer kanunda öngörülen şartlardan biri sağlanmadan eşlerden biri diğer ihtiyaçların karşılanmasıyla ilgili bir hukuki işlem yaparsa, işlemde dolayı yalnızca işlemi yapan eş sorumlu olur, diğer eşin müteselsilen sorumlu olması söz konusu değildir<sup>80</sup>. Yapılan işlemde diğer eşin de sorumlu tutulabilmesi için kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi lazımdır. Eşlerin, diğer ihtiyaçların karşılanmasında tek başına temsil yetkisine sahip olabilmesi, MK. m. 188/II' de belirtilen üç şarttan birinin sağlanması ile mümkündür. Bunlar; eşlerden birinin diğerini yetkili kılması, eşlerden birinin hakim tarafından yetkili kılması ve sonuncusu da istisnai durumlarda diğer eşin rızası alınmadan işlem yapılması biçiminde üç grupta toplanmaktadır.

Eşlerden birinin diğer eşini yetkili kılmasıdır (MK. m. 188/II.b.1). Diğer eşin yetkili kılması açık biçimde olabileceği gibi örtülü biçimde de olabilir<sup>81</sup>. Çünkü, kanunda yetki verilmesi hususunda özel bir şekil öngörülmemiştir. Yetki verilen işlemin şekle bağlı olması, temsil yetkisinin diğer eşe bırakılmasının da

---

<sup>78</sup> AKINTÜRK, s. 117; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 228.

<sup>79</sup> ZEVLİLİLER, A, Medeni Yasa Değişiklikleri Toplantılar, İzmir 2002; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 228.

<sup>80</sup> ÖZTAN, s. 190.

<sup>81</sup> HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 73; HEGNAUER/ BREİTSCHMİD, s. 191; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 68.

şekle bağlı olmasını gerektirmez<sup>82</sup>. Verilen yetki, örtülü biçimde verilmişse, örtülü yetkili kılma geniş yorumlanmamalıdır<sup>83</sup>.

Ailenin diğer ihtiyaçlarının karşılanmasıyla ilgili olarak, eşlerden birinin diğerini yetkili kılması, belli bir işleme yönelik olabileceği gibi belli bir süreye de bağlanabilir ya da süresiz olabilir veya belli bir işlem grubuna da yönelik olabilir<sup>84</sup>. Fakat, MK. m. 188/II kapsamında, diğer eşin genel olarak yetkili kılması mümkün değildir. Diğer eşe verilen yetki her zaman geri alınabileceği gibi, sonradan sınırlanabilir de ( BK. m. 34).

Diğer ihtiyaçların karşılanmasında eşlerin müteselsilen sorumlu tutulabilmesi için, işlemi yapan eşin temsil yetkisine sahip olduğunun üçüncü kişilerce ispat edilmelidir<sup>85</sup>.

Eşlerden biri, hakim tarafından yetkili kılınabilir ( MK. m. 188/II, b.1). Hakimin eşlerden birini yetkili kılması, ancak eşlerin belli bir konuda anlaşmaları zorunlu olmasına rağmen, eşlerden birinin haklı bir sebep olmaksızın, gerekli izni vermekten kaçınması durumunda söz konusu olur<sup>86</sup>. Böyle bir durumda hakim izin talebinde bulunan eşi, izinden haksız biçimde kaçınan eşin de müteselsilen sorumlu olacağı biçiminde gerekli işlemi yapmaya yetkili kılar<sup>87</sup>. Hakim, eşlerden birini yetkili kılabilmesi için üç şartın gerçekleşmiş olması gerekir<sup>88</sup>. Bunlar;

- ailenin günlük ihtiyaçlarının karşılanmasıyla ilgili bir konuda eşlerin birlikte karar verecek olmaları,
- yapılacak işlem, aile birliğinin yararına hizmet etmeli,
- haklı bir sebep olmaksızın yapılacak işleme izin verme konusunda, eşlerden birinin kaçınmış olmasıdır. Örneğin; evde zorunlu bir tamiratın yapılması gerekirken, eşlerden birinin bu işleme izin vermemesi veya aile

<sup>82</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 68; BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 56; ÖZTAN, s. 190.

<sup>83</sup> HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 73; ÖZTAN, s. 190.

<sup>84</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 70; HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 73.

<sup>85</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 71; HAUSHEER/ BRAEM, Art. 166, N. 56.

<sup>86</sup> ÖZTAN, s. 190; HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 73; HEGNAUER/ BREİTSCHMİD, s. 193; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 73; NAEF/ HOFMANN, s. 54; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 230.

<sup>87</sup> HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 73; HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 73.

<sup>88</sup> BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 67.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

konutunun kira yoluyla sağlandığı durumlarda, kiralaayanın diğer eşin de birlikte sorumlu olmasını talep ettiğinde diğer eşin buna izin vermekten kaçınması durumunda hakim, diğer eşi yetkili kılabilir.

Hakimin, talepte bulunan eşi yetkili kılması, hukuki işlemin gerçekleşmesinden önce olabileceği gibi yetkili kılma sonradan da olabilir<sup>89</sup>. Hakimin yetkili kılması bir işleme yönelik olabileceği gibi belli bir işlem grubuna da yönelik olabilir. Ancak yetkili kılma genel bir yetki mahiyetinde olamaz.

Birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunan ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle diğer eşin rızasının alınmadığı, istisnai durumlarda eş, diğer eşin rızasını sağlamadan da, ailenin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik hukuki işlemlerde bulunabilir ( MK. m. 188/II, b. 2). Örneğin, acil bir tıbbi müdahale yapılması gerektiği durumunda veya aile konutunda önemli ve ertelenemez bir tamiratın gerekli olduğu durumda eş birliğin yararı açısından gereken hukuki işlemi tek başına yapacaktır. Böyle bir durumda eşin gerekli hukuki işlemi yapabilmesi istisnai bir durumu gerektirir<sup>90</sup>. Yapılan işlemde her iki eş de müteselsilen sorumludur. Ancak, üçüncü şahısların, işlem yapmayan eşe, sorumluluk bağlamında başvurabilmeleri için, işlemi yapan eşin yetkili olduğunu ispatlamaları gerekir<sup>91</sup>. Üçüncü şahıslar işlemi yapan eşin, diğer eş tarafından veya hakim tarafından yetkili kılındığını veya yapılan işlemin gecikmesinde doğurabilecek bir işlem olduğunu ispat etmelidirler. Eğer belirtilen durumlar ispatlanamaz ise, işleme katılmayan eşin sorumlu tutulması mümkün değildir. Üçüncü kişiler böyle durumda yalnızca işlemi yapan eşe yönelebilirler, diğer eşi sorumlu tutamazlar<sup>92</sup>.

### D. EŞLERİN SORUMLULUĞU

Evlilik birliğinin temsili kapsamında, ailenin sürekli ve diğer ihtiyaçlarının karşılanması ile ilgili olarak eşlerin, üçüncü kişilerle yaptıkları hukuki işlemlerden doğan sorumlulukları MK. M. 189 da düzenleme altına alınmıştır. Bir kanun koyucu, MK. M. 189 da eşlerin temsili kapsamında yaptıkları hukuki işlemlerden dolayı üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olacaklarını ifade etmiştir. Bu durum, temsil yetkisinin, cinsiyet farklılığına gitmeden karı ve kocaya eşit olarak tanınmasının tabii bir sonucudur.

<sup>89</sup> NAEF/ HOFMANN, s. 54; ÖZTAN, s. 191.

<sup>90</sup> BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 59; HAUSHEER/ GEİSER/ KOBEL, s. 73; ÖZTAN, s. 191.

<sup>91</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 80; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 231.

<sup>92</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 92- 94; BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 84b.



Halbuki eski MK. Evlilik birliğini temsil etme yetkisinin kural olarak kocaya tanınmıştı (m. 154). Karı ise, ancak evin daimi ihtiyaçları için, koca gibi birliği temsil yetkisine sahip idi. Eski MK., birliği temsil kapsamında yapılan işlemlerden dolayı meydana gelen borçlardan kocanın şahsen sorumlu olacağını düzenlemiş idi. Yani evlilik birliğinin temsil kapsamında yapılan işlemlerden yalnızca koca sorumlu idi, karının sorumluluğu ise ancak istisnai durumlarda söz konusu idi. Bu da ancak kocanın acze düşmesi haliyle sınırlı idi (m. 203). Karının sorumluluğu, ancak kocanın birliğin ihtiyaçlarını karşılayan işlemlerinden doğan borçlarla sınırlıdır. Birliğin ihtiyaçları dışındaki işlemler kocanın şahsi işlemleri kabul edildiğinden karı bunlardan sorumlu tutulmazdır<sup>93</sup>.

MK. m.189'a göre eşler, birliği temsil kapsamındaki işlemlerden müteselsilen sorumlu tutulurken, temsil yetkisine haiz olmadan yaptığı işlemlerden dolayı ise şahsen sorumlu tutulmaktadır.

### 1. Eşlerin Müteselsil Sorumlulukları

Eşlerin, birliği temsil kapsamında yaptıkları işlemlerden müteselsilen sorumlu tutulmaları, MK. m. 189/ 1 de düzenlenmiştir. MK. m. 189/1 e göre; "birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hallerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar". Medeni Kanun burada, birliği temsil etme hususunda her iki eşe de eşit yetki tanıdığı esastan hareketle, eşlerin, temsil yetkisi kapsamında yaptıkları işlemlerden dolayı üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olacaklarını düzenleme altına almıştır<sup>94</sup>. Medeni Kanun m. 189/1 deki düzenleme ile, birliği temsil kapsamındaki işlemlerden doğan borçlardan sadece kocanın şahsen sorumlu olmasını öngören ilke değişmiş olmakta ve Medeni Kanunun özüne uygun kadın- erkek eşitliği sağlanmaktadır<sup>95</sup>. Müteselsil sorumluluk ilkesi gereği birliği temsil kapsamındaki işlemlerden doğan borçlardan her iki eş de sorumlu olacağından, alacaklıların doğrudan doğruya kariya başvurmaları için artık kocanın borç ödemediği halinde olmasına gerek yoktur<sup>96</sup>.

Eşlerin, birliği temsil yetkisiyle bağlantılı olarak, müteselsilen sorumlu tutulmaları, hem sürekli ihtiyaçların hem de diğer ihtiyaçların karşılanmasına yönelik işlemlerden doğan borçlarla sınırlıdır<sup>97</sup>. Eşlerin, müteselsilen sorumlu tutulabilmeleri için geçerli bir hukuki işlemde doğan geçerli bir borcun

<sup>93</sup> SCHWARZ, s. 188.

<sup>94</sup> AKINTÜRK, s. 118-119.

<sup>95</sup> MK. Genel Gerekeçe, Evliliğin Genel Hükümleri Bölümü.

<sup>96</sup> AKINTÜRK, s. 119.

<sup>97</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 232.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

bulunması gerekir. Bu sebeple, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlardan dolayı, müteselsil sorumlu olmaları söz konusu değildir<sup>98</sup>.

Eşlerin müteselsil sorumluluğu, temsil kapsamında yapılan işlemlerden doğan bütün borçların ifasına kadar devam eder. Bu sebeple, eşler, üçüncü kişilere karşı borç ödeninceye kadar borcun bir kısmından değil, borcun tamamından sorumludurlar<sup>99</sup>. Eşlerin müteselsil sorumlu tutulabilmeleri için, sorumluluğun şartlarının gerçekleştiği ispatlanması gerekir. Bu konuda ispat yükü, eşlerin müteselsilen sorumlu olduklarını ileri süren alacaklıya aittir<sup>100</sup>. Alacaklı, sürekli ihtiyaçların karşılanmasını sağlayan hukuki işlemlerde, işlemin sürekli ihtiyaçları karşılayan bir işlem olduğunu ve eşlerin birlikte yaşadıklarını ispatlaması yeterlidir. Fakat diğer ihtiyaçların karşılanmasını sağlayan işlemlerde, işlemin diğer ihtiyaçların karşılanmasına hizmet ettiğini ve eşlerin birlikte yaşadığını ispatlaması yeterli olmayıp bunların yanında işlemi yapan eşe, diğer eşin yetki verdiğinin veya eşin hakim tarafından yetkili kılındığını ya da işlemin yapılmasının ivedilik gerektirdiğini veya diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması vb. sebeplerle rıza alınamayacağını ispatlanması gerekir<sup>101</sup>. Alacaklı gerekli ispatı yapamazsa, eşlerin müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayıp, yapılan işlemde yalnızca işlemi yapan eş sorumlu tutulacaktır.

### 2. Eşlerin Şahsi Sorumlulukları

MK. m. 189/2 de eşlerden birinin evlilik birliğini temsil yetkisine sahip olmaksızın yapmış olduğu işlemlerden doğan borçlardan üçüncü kişilere karşı kişisel olarak sorumlu olacağı düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, eşlerden biri sürekli ihtiyaçlar dışındaki diğer ihtiyaçların karşılanmasına yönelik bir hukuki işlemi diğer eşin rızasını almadan veya hakim tarafından yetkili kılınmadan yapar ise bu işlemde dolayı kişisel olarak sorumlu tutulacaktır<sup>102</sup>. Ayrıca MK. m. 189/1 hükmü, emredici bir düzenleme olmadığı için üçüncü kişiyle yapılan bir anlaşmayla müteselsil sorumluluk yapısı ortadan kaldırılabilir. Bunun sonucu olarak yapılan işlemde ya işlemi yapan eş veya işlemi yapan eş diğerini temsilen işlemi yapıyorsa diğer eş tek başına kişisel

<sup>98</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEİSER, Art. 166, N. 85; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 232.

<sup>99</sup> HAUSHEER/REUSSER/KOBEL, s.74; ÖZTAN, s. 191.

<sup>100</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.234; HAUSHEER/REUSSER/GEİSER, Art. 166, N.92; BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 56.

<sup>101</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 234; HAUSHEER/REUSSER/GEİSER, Art. 166, N. 93-94; HAUSHEER/REUSSER/KOBEL, s.75; BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166, N. 56.

<sup>102</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEİSER, Art. 166, N. 87; AKINTÜRK, s. 119.

olarak sorumlu olacaktır<sup>103</sup>. Ancak böyle bir anlaşmanın varlığının ispatlanması gerekir.

### 3. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Korunması

Eşlerden biri, evlilik birliğini temsil yetkisini aşarak MK. m. 188/2 deki istisnai durumlardan biri mevcut olmadan sürekli ihtiyaçları aşan, birlik ihtiyaçları için bir hukuki işlemi gerçekleştirir ve işlemin tarafı üçüncü kişi, bu yetkinin aşıldığının farkına varamaması halinde yani yetki aşımını bilmiyor veya bilmesi de gerekmiyorsa korunur<sup>104</sup>. Bunun sonucu olarak, üçüncü kişiler her iki eşe de başvurabilirler. Her iki eş bu işlemde dolayı müteselsilin sorumludur (MK. m. 189/2). Bu sorumluluk, üçüncü kişinin ailenin ihtiyaçları kapsamına giren bir işlemin yapılmasında, eşin temsil yetkisi bulunduğu ilişkin güveninin bir sonucudur. Burada iyi niyetli üçüncü kişiler korunmuştur. Üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmaması eşlerin üçüncü kişiler nazarında oluşturdukları görüntüye göre belirlenmesi gerekir, zira üçüncü kişilerin ailenin iç yapısını bilmeleri beklenemez. Eğer eşler, harcamalarında çok zengin bir görüntü yaratmış iseler, yapılan işlem ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşıladığı kabul edilmelidir<sup>105</sup> ve eşler müteselsilin sorumlu tutulmalıdır. Eğer işlem tarafı üçüncü kişi iyiniyetli değilse, yani , yetki aşımını bilecek bir konumda olduğu ispatlanırsa, işlemi yapan eş, yapılan işlemde tek başına sorumludur<sup>106</sup>.

### IV. TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASI VE SINIRLANMASI

Temsil yetkisinin kaldırılması ve sınırlandırılması MK. m. 190 da “eşlerden biri birliği temsil yetkisini aşar ve bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hakim, diğer eşin istemi üzerinde temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlandırabilir” biçiminde ifade edilmiştir.

Eski MK da (m. 156) bu düzenleme karının temsil yetkisinin nez’i kaldırılması şeklinde idi. Karının sahip olduğu temsil yetkisi koca yönünden bazı sakıncalar ortaya koyabilir. Bu sakıncaları bertaraf etmek için koca isterse karının temsil yetkisinin kaldırılmasını ya da sınırlandırılmasını hakimden

<sup>103</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 233; HAUSHEER/REUSSER/GEİSER, Art. 166, N. 88.

<sup>104</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 90; HAUSHEER/ REUSSER/ KOBEL, s.74; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 233; ÖZTAN, s. 192; AKINTÜRK, s. 119.

<sup>105</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ KOBEL, s.74; ÖZTAN, s. 192; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 233.

<sup>106</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ GEİSER, Art. 166, N. 90; BRAEM/ HASENBÖHLER, Art. 166 n. 68; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 233.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

isteyebilir<sup>107</sup>. Karının temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması ancak belli sebeplerin varlığı halinde mümkün idi. Kanun koyucu karının temsil yetkisinin kaldırılmasını iki sebebe dayandırmıştır. Bunlar; temsil yetkisinin kötüye kullanılması veya temsil yetkisini kullanmada yetersiz kalması idi.

Günümüzde kanun koyucu birliği temsil yetkisini her iki eşe eşit biçimde tanıdığı için (MK. m. 188/1), temsil yetkisinin kaldırılması ve sınırlanması da her iki eş açısından söz konusu olacaktır. Burada da temsil yetkisinin kaldırılması ve sınırlandırılması eski MK. da olduğu gibi (m. 156) aynı sebeplere dayandırılmıştır. Bu sebeple, eşlerin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması için, eşlerden birinin sahip olduğu yetkiyi aşması veya yetkiyi kullanmada yetersiz kalması gerekir.

Kaldırılması veya sınırlanması talep edilecek temsil yetkisi, eşlerin, sürekli ihtiyaçların karşılanması için sahip oldukları temsil yetkisidir<sup>108</sup>. Diğer ihtiyaçların karşılanmasına yönelik temsil yetkisi her zaman geri alınabileceğinden, temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması tedbiri burada önemli değildir.

### A. EŞLERDEN BİRİNİN TEMSİL YETKİSİNİ AŞMASI

Eşlerden birinin temsil yetkisini kötüye kullanması, birliğin temsil yetkisini suiistimal etmesi demektir. Kötüye kullanmadan maksat eşlerin, üçüncü kişilere evin sürekli ihtiyacı sayılan fakat gerçekte ailenin mali gücünü aşan veya gereksiz bulunan, ailenin sürekli ihtiyaçları ile alakası olmayan borçları ailenin ihtiyaçları için yüklenildiğinin görüntüsü verilerek yüklenirse temsil yetkisi kötüye kullanılmış olur<sup>109</sup>. Başka bir ifade ile temsil yetkisinin amaca aykırı bir şekilde kullanılması demektir.

Eşin, temsil yetkisini kötüye kullandığının kabul edilebilmesi için, kötüye kullanmanın ya da amacı aşan kullanmanın çokça tekrarlanması ve yetki aşımının gelecekte de ortaya çıkacağına ihtimal dahilinde olması gerekir<sup>110</sup>.

Temsil yetkisinin kaldırılması için, eşlerden birinin temsil yetkisini kötüye kullandığını veya temsil yetkisini kullanmada yetersiz kaldığının görülmesi üzerine diğer eş mahkemeye başvurarak eşinin temsil yetkisini kaldırılmasını veya sınırlanmasını talep etmelidir. Eşlerden birisi, kaldırılmanın sebepleri mevcut olmasına rağmen, böyle bir talepte bulunmadıkça hakim

---

<sup>107</sup> FEYZİOĞLU, s. 194; TEKİNAY, s. 240; SCHWARZ, s. 188

<sup>108</sup> HAUSHEER/ REUSSER/ KOBEL, s. 75; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 286; ÖZTAN, s. 193.

<sup>109</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 285.

<sup>110</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 286; ÖZTAN, s. 192.

kendiliğinden hareketle buna karar veremez ( MK m. 190) ve eşin temsil yetkisini kaldırmaz.

### **B. EŞLERDEN BİRİNİN TEMSİL YETKİSİNİ KULLANMADA YETERSİZ KALMASI**

Temsil yetkisini kullanmada yetersizlik eşlerden birinin temsil yetkisini kullanmada acz olmasını, bilgisizliğini ve tecrübesizliğini ifade eder. Başka bir ifadeyle eşlerden birinin ayırt etme gücüne sahip kısıtlı olamamasına rağmen bir hukuki işlem yaparken temsil yetkisinin sınırlarını bilecek veya hukuki işlemin kendisine ne gibi bir menfaat veya ne gibi yük getirebileceğini kavrayamaması gibi durumlarda eşin yetersizliği söz konusu olur<sup>111</sup>. Örneğin, eşlerden birinin basit hesaplama işlemini bilmemesi yüzünden diğer eşin sürekli zarara uğratması gibi

### **C. TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DUYURULMASI**

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanmasına ilişkin mahkeme kararının üçüncü kişilere duyurulması da MK. m. 190/ 1-2, eski Medeni Kanundan ( m. 156/2) farklı olarak kişisel duyuru yolunu esas almış, mahkeme yoluyla ilan ise ikinci plana itilmiştir. Temsil yetkisinin kaldırılmasını talep eden eş, kaldırma veya sınırlama kararını yalnızca kişisel duyuru yoluyla üçüncü kişilere bildirebilir. Fakat temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanmasının iyiniyetli üçüncü kişiler açısından sonuç doğurması için kısıtlama veya kaldırmanın hakim kararıyla ilan edilmesi gerekir ( MK. m. 190/2).

Kişisel duyuru, aile konutunun bulunduğu yerde faaliyet gösteren ve eşin sürekli alış veriş yaptığı market, kasap, fırıncı, manav gibi esnafla bizzat yüz yüze veya yeterli iletişim vasıtalarıyla ( mektup, telefon, fax, basın organları, e-mail vs.) eşinin bundan böyle evlilik birliği adına hukuki işlem yapma yetkisinin hakim kararıyla kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını bildirmesiyle gerçekleştirilir<sup>112</sup>. Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması kişisel duyuru veya hakim kararıyla ilan yoluyla üçüncü kişilere duyurulduğu zaman üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmaları sona erer.

### **D. TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASININ SONUÇLARI**

Eşlerden birinin temsil yetkisi, hakim kararıyla sınırlanır veya ortadan kaldırılır ve gerekli duyuru yollarıyla üçüncü kişilere duyurulduğu zaman eşlerin müteselsilen sorumluluğu sona erer. Temsil yetkisi kaldırılan eş kaldırma veya sınırlama kararına rağmen, hukuki işlem yapmaya devam ederse, bu işlemden

<sup>111</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 288.

<sup>112</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 288; AKINTÜRK, s. 119.

## Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu

dolayı yalnız kendisi sorumlu olur<sup>113</sup>. Çünkü kaldırma ve sınırlama kararını üçüncü kişilere, kanunla öngörülen yollarla duyurulmasından sonra üçüncü kişilerin iyiniyeti ortadan kalkar ve eşin şahsi, sorumluluğu söz konusu olur. Fakat temsil yetkisinin aşılması yoluyla üçüncü kişiler ile yapılan hukuki işlemler kaldırma kararının ilanından önce gerçekleştirilmiş ise, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumluluk devam eder ( MK. m. 189/2).

### **V. TEMSİL YETKİSİNİN GERİ VERİLMESİ**

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanmasına ilişkin verilen mahkeme kararı kesin veya değişmez nitelikte değildir<sup>114</sup>. Bu durum temsil yetkisinin geri verilmesini düzenleyen MK. m. 191'den anlaşılmaktadır. MK. m. 191'e göre; "Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin karar koşullar değiştiğinde eşlerden birinin istemi üzerine değiştirilir".

Eşlerin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanmasına neden şartlarda daha sonra değişiklik veya ortadan kalkma meydana gelirse, temsil yetkisi kısıtlanan veya kaldırılan eşin talebi üzerine hakim, temsil yetkisinin kaldırılmasına sebep olan şartların ortadan kalktığını belirler ise daha önceden vermiş olduğu kaldırma kararını değiştirerek temsil yetkisini eşe geri verebilir<sup>115</sup>.

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması kararı daha önce ilan edilmişse kaldırma ve sınırlama kararı değiştirildiği mahkeme kararının da ilan edilmesi gerekir ( MK. m. 191/2).

---

<sup>113</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 290.

<sup>114</sup> AKINTÜRK, s. 120.

<sup>115</sup> AKINTÜRK, s. 120; ÖZTAN, s. 193; HAUSHEER/ REUSSER/ KOBEL, s. 75.

## İŞVERENE ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK YETKİSİ VEREN KAYITLAR

Yrd. Doç. Dr. Erdem Özdemir\*

### I. Giriş

Çağın gereksinimlerine uygun olarak yer verilen kayıtlar, iş sözleşmelerinin içeriğini her geçen gün daha da zenginleştirmekte ve iş sözleşmesinin sadece görünüşte bir sözleşme olduğu yolundaki görüşler geçerliliğini yitirmektedir<sup>1</sup>. Bu kayıtlara örnek olarak, işverenin işçiye sağladığı eğitimin karşılığı olarak onun bir süre işyerinde çalışması yükümlülüğü getiren ve buna uymamayı belirli bir tazminata bağlayan, Fransız Hukukunda da “*débit formation*” deyimıyla anılan ve ülkemizde de özellikle bankacılık sektöründe görülen hükümler, kalifiye işçilerin başka işte çalışmasını engellemek üzere getirilen, yan işte çalışma yasağına ilişkin hükümler (*clauses d'exclusivité*), işçinin iş sözleşmesinin bitiminden sonra rekabet etmemesine ilişkin olarak getirilen hükümler (*clauses de non-concurrence*) gösterilebilir<sup>2</sup>. Nitekim, inceleme konumuzu oluşturan, işverene çalışma koşullarında değişiklik yetkisi veren kayıtlar (*clauses de mobilité*), son zamanlarda gündeme gelen ve geçerliliği tartışılmaya başlanan düzenlemeler arasında önemli bir yer kazanmış bulunmaktadır.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> *Lyon-Caen*, Antoine, *Actualité du Contrat de Travail*, Dr. Soc, Juillet-Aout 1988, 541-542; *Fieschi-Vivet*, *Contrat de Travail (Existence/Formation)*, Enc. Juridique Dalloz (Contrat de Travail), Janvier 1993, 3; *Jeammeaud*, *Les Polyvalences du Contrat de Travail*, Mélanges Lyon-Caen, Dalloz 1989, 299; A. Güzel, *Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek*, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, 175.

<sup>2</sup> *Fieschi-Vivet*, *Contrat de Travail (Existence/Formation)*, 3; *Jeammeaud/Friant/A.Lyon-Caen*, *L'Ordonnancement des Relations de Travail*, Réc . Dalloz, 1998, Cahier (Chronique), 363.

## II. Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtların Geçerliliği Sorunu

İş sözleşmesinin ifa sürecinde, sözleşmeyle belirlenmiş koşulların zamanla değişen şartlara uyumsuzluğu söz konusu olabilir. Ancak, işverenin iş sözleşmesi hükümlerini tek taraflı olarak değiştirmesi mümkün bulunmamaktadır. Gerçekten, iş sözleşmesindeki herhangi bir değişiklik ancak her iki tarafın da rızası ile yapılabilir. Ancak, iş sözleşmesi taraflarının, ileride meydana çıkabilecek değişiklik ihtiyaçlarını, başlangıçta, sözleşmenin kuruluş aşamasında düşünerek bu konuda işverene yetki veren düzenlemeler getirebilmelerinin mümkün olup olmadığı tartışmaya açıktır.

İşverene çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren kayıtların geçerliliği mukayeseli iş hukukunda da oldukça tartışmalıdır. Hukukumuz bakımından, çalışma koşullarını değiştirme konusunda sıkı bir prosedür getiren 4857 sayılı Yasa, konunun önemini daha da arttırmış bulunmaktadır<sup>3</sup>.

Bilindiği gibi, 1475 sayılı İş Yasasının 16. maddesinde, iş şartlarının esaslı tarzda değişmesi, başkalaşması veya uygulanmaması durumunda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği; ancak, sözleşme ile bu kuralın aksinin kararlaştırılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu şekilde eski iş yasası, işverene çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren sözleşme hükümlerinin geçerliliğini yasal bir zemine oturtmuştu. Yeni iş yasasının Bilim Kurulunca hazırlanan ilk şeklinde (Tasarı m.23), işverence çalışma koşullarını değiştirme hakkının saklı tutulduğu hallerde ve belirli süreli iş sözleşmelerinde değişikliğe ilişkin fıkra hükmünün uygulanmayacağı öngörülmüştü. Ancak, hükmün yasalaşması sırasında, verilen önergelerle ikinci fıkra hükmü kaldırılmış ve bunun sonucunda, işverence çalışma koşullarını değiştirme hakkının saklı tutulması durumunda madde hükmünün uygulanmayacağına ilişkin bir ifadeye yasalaşan madde metninde yer verilmemesinin ne şekilde yorumlanacağı tartışmalı hale gelmiş bulunmaktadır.

Bu konuda öğretide ileri sürülen bir görüşe göre<sup>4</sup>, kanun hükmünde bu nitelikte bir ifadeye yer verilmemiş olması karşısında artık çalışma koşullarını değiştirme hakkını saklı tutan sözleşme hükümlerine yer verilemeyecektir. Yargıtay, 4857 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, bu gibi hükümlerin geçerliliği ile ilgili önemli bir karar vermiştir. Yüksek Mahkeme çalışma koşullarının değiştirilmesi konusunda işverene yetki veren bir TİS hükmünün uygulanmasını, yeni iş yasasının 22. maddesinin söz konusu toplu iş sözleşmesi

<sup>3</sup> G.Alpagut, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004, 52 vd.

<sup>4</sup> A.Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı, 119-120.



hükmüne göre işçi bakımından daha lehte bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir<sup>5</sup>. Yargıtayın bu kararı, yeni iş yasasının 22. maddesinin işverene değişiklik yetkisi veren düzenlemeleri engellediği yolundaki görüşü<sup>6</sup> desteklemektedir.

Yargıtayın ulaştığı bu sonuç isabetli değildir ve öğretide de haklı olarak eleştirilmiştir<sup>7</sup>. Gerçekten, Tasarıda yer alan bir hükmün madde metnine alınmamış olması, doğrudan yasakoyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu göstermez. Çalışma ilişkilerinin dinamik yapısı, iş piyasalarının gelişimi, çalışma ilişkilerinde değişikliği gerektirebilir. Bu nedenle hiçbir değişikliğe izin vermeyen katı bir sistem söz konusu olmamalıdır. Ancak, bir yandan da bu gibi kayıtların işçi bakımından zararlı sonuçlar doğurabileceği de gözardı edilmemesi gereken bir konudur. Gerçekten, iş hukukunda sınırsız bir sözleşme serbestisi düşünülemez. Daima işverenin işçiye karşı olan üstünlüğü dikkate alınmalı ve sözleşme hükümleri bu anlayışla yorumlanmalı ve denetime tabi tutulmalıdır. Sonuç olarak, işçi ve işverenin karşılıklı menfaat dengesi göz önünde tutulmak kaydıyla, bu kayıtların belirli sınırlar dahilinde geçerli olması gerekir<sup>8</sup>.

İşverene çalışma koşullarında değişiklik hakkı veren hükümlerin geçerli sayılması gerektiği görüşü, mukayeseli iş hukuku incelendiğinde de doğrulanmaktadır. Nitekim Fransız ve İsviçre Hukukunda da iş yasasında işverene çalışma koşulları değişiklik yetkisi veren açık bir düzenleme olmamakla birlikte, iş sözleşmesi taraflarının bu gibi hükümler getirebilecekleri kabul olunmaktadır<sup>9</sup>.

Sonuç olarak, tarafların işverene çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren sözleşme hükümlerine yer verebilecekleri hukukumuz bakımından da kabul edilmelidir. Ancak bu düzenlemelerin geçerliliği birtakım sınırlar dahilinde mümkün olup, bunlar yargısal denetime konu olabilir.

### III. Çalışma Koşullarını Değiştirme Yetkisi Veren Kayıtların Hukuki Temelleri

Çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren bir düzenleme kaynağını iş sözleşmesinde bulmalıdır. Kanımızca, iş sözleşmesinin bir parçası dahi sayılsa

<sup>5</sup> Y.9HD, 26.1.2004, E.2003/23105 K.2004/1204, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004, 52-53.

<sup>6</sup> Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 119-120.

<sup>7</sup> Alpagut, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, 52 vd.

<sup>8</sup> Alpagut, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, 58-59; Bkz. M.Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, 243 vd.

<sup>9</sup> Gaudu/Vatinet, Traité des Contrats, Les contrats du travail, LGDJ, 2001, 280 vd; Mazeaud, Droit du travail, 264-265; R.Wyler, Droit du travail, Berne 2002, 98..

## İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar

çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren bir düzenlemeye “iç yönetmeliğin” kaynaklık etmesi çağın iş hukuku anlayışına uygun değildir. Ancak bunun hukukumuz bakımından teorik ve pratik açıdan mümkün olduğunun altını çizmek isteriz. Gerçekten, hukukumuzda işverenler, herhangi bir sınırlama ve idari denetim söz konusu olmaksızın iç yönetmeliğin muhtevasını belirleyebilmektedir. Nitekim, Yargıtay kararına konu olan bir olayda, iç yönetmelikte işverenin işçileri serbestçe nakledebileceği düzenleme konusu yapılmıştı. Yargıtay da bu düzenlemeye dayanarak, değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshinin haklı nedene dayandığını saptamıştır<sup>10</sup>. Kuşkusuz, 1475 sayılı Yasanın 16. maddesinin II. bendinin (e) fıkrası karşısında bu sonuç tutarlı görünmekle birlikte, işçinin fiilen pazarlık yapmasının söz konusu olmadığı bir hukuki araç vasıtasıyla işverenin yönetim hakkının bu ölçüde genişletilebilmesinin hakkaniyete uygun düşmediği düşüncesindeyiz<sup>11</sup>. İç yönetmeliğin, işçinin işe girerken kabulü sonucunda akdi nitelik kazandığı kuramı, teorik açıdan tutarlı görünmekle birlikte, hayatın gerçeklerine uygun düşmemektedir<sup>12</sup>. İşçi, işe girerken iç yönetmelik hükümleri konusunda bir tartışma olanağına sahip değildir. İşçinin böyle bir tartışmaya girmesi halinde, işverenin kendisini işe almak istemeyeceği açıktır<sup>13</sup>.

Yine toplu iş sözleşmesiyle bu konuda getirilen düzenlemelerin geçerliliği de tartışmaya açıktır<sup>14</sup>. Toplu iş sözleşmesiyle, işçi açısından bazı yükümlülükler getirilmesi ve bu konuda hizmet akdinde bir açıklık

<sup>10</sup> Y.9.HD, 29.3.1984, 3368/3271, TÜTİS Temmuz–Eylül 1984, 35

<sup>11</sup> Krş. M.*Ekonomi*, Yargıtayın İş Hukukuna ilişkin 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi İstanbul 1986, 64.

<sup>12</sup> Fransız Hukukunda, iç yönetmeliğin hukuki niteliği konusundaki ileri sürülen akdi teoriyi eleştiren *Ducros*'a göre, akdi teori, işçinin işe girerken iç yönetmeliği kabul ederek işe girdiği faraziyesine dayanmaktadır. Buna göre, işçi işe girerken bir şey söylemezse, bu iç yönetmeliği kabul ettiği anlamına gelmektedir. Yazara göre, bu tez hukuki bir yalandan başka bir şey değildir. Zira, işçinin iç yönetmeliği serbestçe kabul etmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Bu aşamada, taraflar arasındaki eşitsizlik çarpıcı boyutlardadır. Yazara göre, işçinin, işyerinin duvarlarında asılı olan iç yönetmeliği incelemesi ve buna itiraz etmesi olası değildir (Le Règlement Interieur, Droit Ouvrier, Mai 1979, 155); *G.Lyon-Caen*, Une Anomalie Juridique: Le Règlement Interieur, Dalloz Chronique, 1969, 40. Cahier, 40 vd; *M.Cohen*; Le Règlement Interieur et le Pouvoir Disciplinaire du Chef de l' Entreprise, Droit Soc, 1980, 165 vd; ayrıca bkz. *J.Rivero*, Note Sur le Règlement Interieur, Droit Social Janvier 1979, 1 vd.

<sup>13</sup> Genel işlem şartları ve çalışma koşullarında değişiklik yetkisi veren kayıtlar ilişkisi için bkz. *Alp*, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 303 vd.

<sup>14</sup> *E.Dockès*, La Réciprocité des Dispositions dans la Convention Collective, Dr. Ouvrier, Déc. 1997, 505-506; *M.Engin*, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi (doktora tezi), Ankara 1998, 200-201 ; *E.Özdemir*, Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri Ve Bunların Hizmet Akdine Etkileri (doktora tezi), İstanbul 1999, 223 vd.

bulunmaması durumunda, söz konusu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği, son yıllarda Fransız Hukukunda çok tartışılan konulardan birini oluşturmuştur. Özellikle, deneme süresi, rekabet yasağı ve işverene nakil yetkisi veren toplu iş sözleşmesi düzenlemeleri, doğrudan uygulanabilirliği tartışılan hükümlerin başında gelmektedir. Fransız Yüksek Mahkemesinin konu ile ilgili kararları da bu konudaki tartışmaları genişletmiştir. Nitekim, Fransız Yüksek Mahkemesi, toplu iş sözleşmesinde öngörülen, deneme süresi ve rekabet yasağı gibi koşulların uygulanabilmesi için, bu koşullar hakkında “önceden işçiye haber verilmiş olması” ölçütünü geliştirmiştir<sup>15</sup>. Yüksek Mahkeme, 1997 tarihli bir kararında, işçiler hakkında getirilen bu gibi yükümlülükler hakkında bir ayırım yapmaksızın “toplu iş sözleşmesinde işçi için getirilen yükümlülüklerin” uygulanmasının, işçinin bundan haberdar edilmiş olması koşuluna bağlı olduğunu açıklamıştır<sup>16</sup>.

Fransız Hukukunda konu öğretide de geniş bir şekilde tartışmaya açılmıştır. *Dockès*, konu ile ilgili incelemesinde, öncelikle deneme süresini örnek vermektedir. Buna göre, işçi ve işveren, açıkça hizmet akdinin kesin bir şekilde deneme süresi olmaksızın akdedilmesini kararlaştırıp bunu sözleşmeye geçirdiklerinde, yararlılık ilkesi gereği deneme süresi öngören toplu iş sözleşmesi hükmü uygulanma olanağı bulamayacaktır. Buna karşılık tarafların bu gibi açık bir kararlaştırma yapmaması durumunda ortaya çıkan durumu *Dockès* şu şekilde açıklamaktadır: Toplu iş sözleşmesi veya hizmet akdinde deneme süresi konusunda bir açıklığın bulunmadığı durumlarda, hizmet akdi deneme süresiz olarak akdedilmiş sayılacaktır. Bu düşüncenin kaynağı ise, tamamen tarafların, deneme süresiz hizmet akdi kurmak istedikleri şeklinde yorumlanan iradeleridir. Başka bir deyişle, hizmet akdinde deneme süresinin mevcut olmaması tarafların yorumlanan iradelerine dayanmakta, dolayısıyla akdi bir değer taşımaktadır. Buna göre, deneme süresi öngören bir toplu iş sözleşmesi, bu konudaki bir boşluğu doldurmamakta, bilakis, iş sözleşmesine göre bir ağırlaştırma ve gerileme getirmektedir. Bu ağırlaştırmanın yararlılık

<sup>15</sup> Bu konuda bkz. J.Y. *Frouin*, *Licéité et existence de la Periode d’Essai*, CSBP, No.72; 239 vd; *Desjardins*, *Sur les Conditions d’Application de la Période d’Essai Prévue par une Convention Collective*, Dr. Soc, Mai 1995.

<sup>16</sup> Soc. 8 Janvier 1997, Dr. Soc. 1997, 323 ve G. *Couturier*’in incelemesi; Fransız Yüksek Mahkemesi deneme süresi ile ilgili olarak vermiş olduğu kararda, hizmet akdi taraflarının açıkça akitte deneme süresi öngörmüş olmalarına gerek olmadığını, işçinin işe girerken deneme süresi öngören toplu iş sözleşmesinden haberdar edilmiş olmasının deneme süresinin işçiye uygulanabilmesi için yeterli olduğunu açıklamıştır. Kararı inceleyen *Couturier*, Yüksek Mahkemenin işçinin tamamen deneme süresini rıza göstermesini aramamakla birlikte, işe girerken bilgisine sunulması zorunluluğu kabul etmekle, hemen hemen aynı sonuca ulaştığını belirtmektedir (Soc 23 Avril 1997, G.*Couturier*’in incelemesi ile birlikte Dr. Soc. 6 Juin 1997, 641-642).

## İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar

ilkesi ile ilgili hükümle (L.135-2) önlenebileceğini belirten yazar, bu analizin işverene nakil yetkisi veren veya işçi için bir rekabet yasağı getiren hükümler açısından da geçerli olduğunu belirtmektedir. Sonuç olarak *Dockès*, işçinin durumunu ağırlaştıran bu gibi hükümlerin uygulanabilmesi için, bunların hizmet akdi taraflarınca açık bir şekilde kabul edilmiş olması koşulunun aranması gerektiğini açıklamaktadır. Buna göre, söz konusu hükümler açısından toplu iş sözleşmesinin doğrudan etkisi söz konusu olmamalıdır<sup>17</sup>.

*Couturier* de, toplu iş sözleşmesi ile getirilen rekabet yasağı gibi hükümlerin toplu iş sözleşmesi ile doğrudan empoze edilemeyeceğini, bu düzenlemelerin fazlasıyla (bireysel) akdi nitelikte olduğu gerekçesiyle açıklamaktadır. Yazar, deneme süresinin doğrudan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmasının da şüpheli bulunduğunu belirtmektedir<sup>18</sup>. Rekabet yasağı ile ilgili olarak *Y. Serra*<sup>19</sup> *Vatinet*<sup>20</sup> ve *M. Crionnet*<sup>21</sup>de, toplu iş sözleşmesinin doğrudan etkisinin söz konusu olmaması ve bunun ancak hizmet akdi taraflarınca açıkça kabul edilmesi halinde uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Belirttiğimiz bu görüşlere çok yakın bir düşünce, hukukumuzda *M.Engin* tarafından ileri sürülmüştür. *Engin*' e göre, hizmet akdine veya toplu iş sözleşmesine hüküm konulduğu takdirde, işçinin çalışma koşullarının değiştirilmesinin, işçi açısından haklı fesih nedeni olmayacağı ve değişikliğe uymaması halinde işverenin hizmet akdini derhal feshedebileceği kabul edilemez. Yazara göre, toplu iş sözleşmesi ile böyle bir hükmün getirilmesi mümkün, fakat yeterli değildir. Söz konusu toplu iş sözleşmesi hükmünün uygulanabilmesi için, bireysel hizmet akdinde açıklık olmalı veya işçi rıza göstermelidir. Aksi takdirde, işçi yararlılık ilkesi gereğince (TSGLK m.6/II), eski koşulların devamını talep edebilir veya sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Sözleşmeler yoluyla esaslı değişiklik olanağı tanıyan İş K. m.16/II-

---

<sup>17</sup> *Dockès*, La Réciprocité des Dispositions dans la Convention Collective, 505-506.

<sup>18</sup> *Couturier*, Droit du Travail, Les Relations Individuelles de Travail, PUF 1991, 453-454.

<sup>19</sup> *Y. Serra*, Obligation de Non-Concurrence, Recueil Dalloz, Contrat de Travail, Janvier, 1994, 4.

<sup>20</sup> *R.Vatinet*, Les Principes Mis En Oeuvre par la Jurisprudence Relatives aux Clauses de Non-Concurrence en Droit du Travail, Dr. Soc, Juin 1998, 539-540 .

<sup>21</sup> *Crionnet*, rekabet yasağına ilişkin hükmün doğrudan uygulanmamasını daha farklı bir gerekçeyle savunmaktadır. Yazara göre, Fransız İş Kodu L. 134-2' ye göre toplu iş sözleşmesi yürürlükteki kanun ve düzenlemelere göre, ancak işçinin lehinde olan hükümleri düzenleme konusu yapabilir. Buna göre, rekabet yasağı ile ilgili bir toplu iş sözleşmesi hükmü işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtlamakta ve dolayısıyla işçinin lehinde bir düzenleme oluşturmamaktadır (*Crionnet*, karar incelemesi, Dalloz (Jurisprudence) 1977, 341-342).

e hükmü, yararlılık ilkesi (TSGLK m.6/II) ile birlikte ele alınmalıdır<sup>22</sup>. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay, bu konuda bir ayırım yapmaksızın, toplu iş sözleşmeleri ile çalışma koşullarında işverene değişiklik yetkisi veren kayıtları geçerli olarak kabul etmektedir<sup>23</sup>.

#### IV. Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Taniyan Kayıtların Denetimi

Yargıtayın 1475 sayılı yasa döneminde verdiği kararlar incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin çalışma koşullarında değişiklik yetkisi taniyan kayıtlara kural olarak geçerlilik tanıdığı<sup>24</sup> ancak bunların geçerliliğini birtakım koşullara

<sup>22</sup> Engin, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, dok. tezi, Ankara 1998, 200-201.

<sup>23</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 5.11.1986 gün ve 1986/8696 - 9799 sayılı kararında; "...Davacı davalı Bankanın Ankara'daki işyerinde çalışmakta iken bu işyerinin İstanbul'a nakli dolayısıyla kendisinin de İstanbul'a naklinin yapılması üzerine İK'nin 16'ncı maddesi uyarınca iş akdini iş şartlarının başkalaşmasını sebep göstererek feshettiği anlaşılmaktadır. Gerçekten Yargıtay uygulamalarında işçinin yerleşik bulunduğu yerden başka yere nakli, İK'nin 16/II-e maddesinde iş şartlarında esaslı değişiklik ve başkalaşma olarak kabul edilmekte ise de bunun haklı feshe yol açıp açmayacağı konusu değerlendirilirken sözleşmelerde aksine hüküm olup olmadığı da araştırılmaktadır. Yasa'da da sözleşmelere başka türlü kayıt konmamak şartıyla haklı fesih sebebi kabul edilmiştir. Davacının bağlı olduğu TİS'nin 12'nci maddesinde ise işverenin sendika üyelerini aynı şehirdeki veya diğer şehirlerdeki ünitelere ve görevlere serbestçe nakledilebileceği kabul edilmiş ve davacının bu maddenin devamındaki, göz önünde bulundurulması gereken şartları da haiz olmadığı anlaşılmaktadır. Böyle olunca davacının İ.K'nin 16/II-e maddesinden yararlanması olanak dışıdır. Mahkemenin kıdem ve özellikle ihbar tazminatına hükmetmesi isabetsizdir..." gerekçesiyle yer Mahkeme kararını bozmuş, Hukuk Genel Kurulu ise, "...Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre davacının fesih sebebinde haklı olmadığına anlaşılmamasına ve kaldı ki İş Kanunu'nun 18'nci maddesinde öngörülen 6 iş günlük süreyi de geçirmiş bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına bu nedenle de uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır" sonucuna ulaşmıştır (Y.HGK, 13.1.1988, E. 1987/9-478, K. 1988/7, *Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası*, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

<sup>24</sup> Yargıtayın, 19.6.2001 tarihli kararında, "taraflar arasında düzenlenen yazılı hizmet sözleşmesinin 10. maddesinde, işverene nakil yetkisi tanınmış ve davacı bu yerde çalışmayı kabul etmiştir. Dairemizin istikrarlı uygulamasına göre, bu tür hükümler geçerlidir ve davacı davacı işçinin işyerinin nakledildiği yerde gidip çalışması gerekirdi. Böyle olunca nakil işleminin iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturduğu söylenemez" anlatımına yer verilmiştir (Y.9HD, 19.6.2001, 2001/5315 2001/10499, E. *Akyiğit*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, İstanbul 2003, 640); Yüksek Mahkeme, 21.4.2005 tarihli kararında ise, "...Davacının İstanbul'dan Ankara'daki işyerine nakledilmesi sebebiyle haklı olarak iş sözleşmesini feshettiği gerekçesiyle kıdem tazminatı alacağı hüküm altına alınmış ise de taraflar arasında bağtılanan hizmet sözleşmesinin 2/6. maddesinde işverenin davacıyı diğer şehirlerdeki

## İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar

bağladığı görülmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, sözleşmede yer alan ve işverene işyeri değişikliği konusunda yetki veren kayıtları; iş, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından işçi aleyhinde bir farklılaşma getirmediği kabul etmektedir<sup>25</sup>. Örneğin Yargıtayın 17.05.2005 tarihli kararında yer verilen, “...Taraflar arasındaki iş sözleşmesinde her ne kadar nakil serbestisi var ise de, davacının önce işyerinden 35 km. uzaklıkta bir işyerine kendi ücretinden fedakarlık yaparak yol parasını karşılaması beklenemez. Başka bir anlatımla iş sözleşmesinin esaslı bir unsurunda değişiklik olmuştur. İş koşulları zorlaşmıştır. Davacının Pınarbaşına yol parası verilmediğinden iş şartlarında ağırlaşma olduğu kabulü gerekir. Bu durumda davacının iş akdinin 1475 sayılı iş yasasının 16/II-e maddesi uyarınca feshi nedeniyle kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekir”<sup>26</sup> anlatımı, Yüksek Mahkemenin bu konudaki genel yaklaşımını yansıtmaktadır<sup>27</sup>.

İşverene çalışma koşullarında değişiklik yetkisi veren kayıtların geçerliliği ve denetimi mukayeseli iş hukukunda da tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır. Fransız Hukukundan da istifade ederek, çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren kayıtların denetimindeki esasları şu şekilde ortaya koyabiliriz;

Fransız Hukukunda, özellikle işverene çok geniş bir coğrafi alan içinde, işçinin aile hayatını etkileyebilecek biçimde nakil yetkisi veren sözleşme hükümlerinin bu anlamda ölçülülük denetimine tabi tutulması gerektiği kabul

---

işyerlerine nakil imkanı verildiğinden nakil dışında iş şartlarının ağırlaştığı da iddia edilip kanıtlanmadığından kıdem tazminatı isteğinin reddedilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir” Y.9HD, 7.3.2002, 2001/18292 2002/3415, *Akyiğit*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 622; Y.9.HD, 21.4.2005, 2004/24670 2005/14022, Legal İHD, 2005, Sayı: 7, 1322.

<sup>25</sup> Bkz. K. *Doğan-Yenisey*, Hizmet Akdine Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi, İstanbul Barosu Çalışma Komisyonu Bülteni, Sayı5, 2001, 118 vd; *Alpagut*, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, 56 vd.

<sup>26</sup> Y.9HD, 17.5.2005, 2004/27850 2005/18819, Legal İHD, 2005, Sayı: 7, 1251.

<sup>27</sup> Nakil hükümlerini geçerli sayan Yargıtay, nakil işleminin dışında çalışma şartlarında bir ağırlaşma olup olmadığını işçinin ispat etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek mahkemeye göre; “...Davacının İstanbul'dan Ankara'daki işyerine nakledilmesi sebebiyle haklı olarak hizmet akdini feshettiği gerekçesiyle kıdem tazminat alacağı hüküm altına alınmış ise de taraflar arasında bağitlanan hizmet sözleşmesinin 2/6 maddesinde işverenin davacıyı diğer şehirlerdeki işyerlerine nakil imkanı verildiğinden, nakil dışında iş şartlarının ağırlaştırıldığı da iddia edilip kanıtlanmadığından kıdem tazminatı isteğinin reddedilmemesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Y.9HD, T. 21.4.2005, E. 2004/24670, K. 2005/14022, *Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası*, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

olunmaktadır<sup>28, 29</sup>. Nitekim Hukukumuzda da, Yargıtayın da bu doğrultuda kararları mevcuttur. Gerçekten Yüksek Mahkeme, işçinin Türkiye'nin her yerinde çalışacağına ilişkin bir sözleşme hükmüne geçerlilik tanımamış<sup>30</sup>, işçinin, işverenin göstereceği her işi yapacağına ilişkin sözleşme hükmüne dayanamayacağı açıklanmıştır<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> 19 Ocak 1999 tarihinde verdiği bir kararda, Fransız Yargıtayı Avrupa İnsan Hakları Ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesinin 8. maddesine atıf yaparak ölçülülük denetimi yapmıştır. Fransız Yargıtayına göre; "...bu hükme göre, her insanın ikametgahına saygı beklemeye hakkı vardır, kişinin ve ailesinin ikametgahı serbestçe seçebilmesi bu hak ve özgürlüğün bir parçasıdır; dolayısıyla böyle bir hakka işverence getirilecek bir sınırlama ancak işçiden yapması beklenen iş ve bunda izlenen amaç dikkate alındığında, işletmenin meşru menfaatlerini koruma amacına dayalı olduğu ve ölçülü olduğu müddetçe geçerli olabilir" (Gaudu/Vatinet, Traité des Contrats, Les contrats du travail, LGDJ, 2001, 281).

<sup>29</sup> Öğretide Yargıtayın bu kararının rekabet yasağına ilişkin olarak kabul edilen esaslarla paralellik gösterdiği; burada işçinin temel hakları ve işletmenin menfaatleri arasında bir denge sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Buna göre, temel haklara getirilecek bir sınırlama geçerli bir sebebe dayanmalı ve aşırıya kaçmayıp, ölçülü olmalıdır (Gaudu/Vatinet, 281-282).

<sup>30</sup> Y.9HD, 11.4.1988, 2824/4094 ve Ü.Narmanlıoğlu'nun incelemesi, İHU, İş K m.16 (No.7); ancak Yargıtayın işçinin başka bir ile nakledebileceğini öngören sözleşme hükümlerini geçerli sayan kararları da mevcuttur. Nitekim, bankada çalışan bir işçi ile ilgili verilen kararda"... Taraflar arasındaki yazılı hizmet akdinin 6. maddesinde davacı işçinin bankanın bir şubesinden diğer şubesine nakledilebilmesi yetkisi davalı işverene verilmiştir. Hüküm böylece düzenlenmişken bunun sadece il içindeki bir şubeden diğer şubeye nakledilme yetkisine ilişkin olduğu şeklindeki düşüncenin benimsenmesi olanağı yoktur" sonucuna ulaşılmıştır. Y.9HD, 24.9.2001, Y.9HD, E. 2001/10241, K. 2001/14276, Kazancı Mevzuat Ve İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr; benzer şekilde; Y.9HD, 7.6.2005, 2004/24500, K. 2005/20470, Kazancı Mevzuat Ve İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

<sup>31</sup> "...Mahkemece davacı işçinin işe girerken işverenin göstereceği her işi yapacağını taahhüt ettiği gerekçesi ile ihbar ve kıdem tazminatlarının reddine karar verilmiş ise de bu taahhünameye dayanılarak sonuca gidilmesi olanağı yoktur. Gerçekten uzun yıllar ilk girdiği görevi devam ettiren bir kimsenin daha sonra çöp toplama gibi bir işe verilip, verilen bu görevini yerine getirmesinin istenmesi objektif iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Bu somut olayda 1475 sayılı (Ş Kanununun, 16/II-e maddesindeki işin esaslı/tarzda değiştirilmesi yada başkalaştırılması hali söz konusu olmaktadır ki böyle bir durum işçiye hizmet akdini haklı olarak feshetme yetkisi verir. Böyle olunca kıdem tazminatının hüküm altına alınması ihbar tazminatının ise reddedilmesi gerekir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine, geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Bunun üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, "...bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davacının akdin feshinden önce, çalıştığı iş bölümünde yedi yıla yakın bir zaman eylemlerle bir şekilde devamlı çalıştığının anlaşılmasına, böylece oluşan, çalışmaya ilişkin bu olgunun yanlar arasında bir iş koşulu olarak; kararlılık kazanmış olmasına daha sonra koşullar, daha ağır bir iş bölümünde görevlendirilmesinin anılan iş şartı karşısında

## İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar

İşyeri değişikliğine ilişkin nakil hükümlerinin dışında, iş ilişkisinin temel edimlerini oluşturan ücret ve iş görme edimlerini değiştiren kayıtlara son derece duyarlı yaklaşılması gerekir. Ücrette değişiklik yetkisi veren kayıtların geçerliliği konusunda Fransız Yargıtayının 2002 yılında verdiği kararında ortaya koyduğu esasların hukukumuz bakımından da benimsenebileceğini düşünüyoruz. Gerçekten Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesine göre ücrette değişiklik yetkisi veren hükmün geçerliliği üç koşula bağlıdır<sup>32</sup>;

- İlk olarak, değişiklik yetkisi veren hüküm işverenin iradesinden bağımsız olarak objektif koşullara dayanmalıdır.
- İkinci olarak, bu hüküm “işletme riskini” işçinin üzerine yüklememelidir.
- Üçüncü olarak bu hüküm, ücreti, kanun ve toplu iş sözleşmelerinin belirlediği sınırların altına düşürmemelidir.

Fransız Hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da, ücrette değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtlara duyarlılıkla yaklaşıldığı ve gerek öğretilerde, gerekse de yargı kararlarında sınırlamalar getirildiği görülmektedir<sup>33</sup>.

Çalışma koşullarında değişiklik yetkisi veren hüküm, işverenin iradesinden bağımsız objektif koşullara dayanmalı, uygulanma kriterleri açık ve belirli olmalıdır. Nitekim, Fransız Yargıtayı, işçinin ücretinin miktarını işletmenin ürünlerinin pazardaki gelişimine bağlayan bir sözleşme hükmünü geçersiz olarak kabul etmiştir<sup>34</sup>. Buna göre, ücret miktarının belirlenmesi tamamen işverenin iradesine bırakılmamalıdır<sup>35</sup>.

---

MK.nun 2. maddesine aykırı düşeceğinin açık bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır” (Y.H.G.K.14.3.2001, E.2001/19-150, K.254, İKİD, Aralık 2002, 1486).

<sup>32</sup> Soc. 2 Juillet 2002, RJS 10/02, No: 1076; bkz. P. *Morvan*, Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié, La négociation du contrat de travail, sous la direction de B. Teyssié, Dalloz 2004, 48.

<sup>33</sup> Bkz. *Alp*, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 373 vd.

<sup>34</sup> Karar için bkz. P. *Morvan*, Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié, 48.

<sup>35</sup> 2 Temmuz 2002 tarihli kararında, Fransız Yargıtayı, bir hukuk firmasında çalışan avukat-işçi ile ilgili olarak verdiği kararda, işçinin ücretini görülen davaların sayısına bağlayan bir koşulu geçerli kabul etmiştir. Somut olayda, hukuk firmasında çalışan iki avukatın ayrılmasıyla birlikte firma müşteri kaybetmiş ve görülen dava sayısında düşüş söz konusu olmuştu. Fransız yargıtayı, hukuk firmasında görülen davaların sayısının işverenin iradesinin dışında söz konusu olan açık bir kriter olduğunu, bu nedenle geçerli sayılması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz: [http://lexinter.net/JPTXT/clause\\_de\\_remuneration\\_variable.htm](http://lexinter.net/JPTXT/clause_de_remuneration_variable.htm).



İşçinin ücretinin yanısıra, çalışma sürelerine ilişkin kayıtlara da son derece hassas yaklaşılması gerekir. Çalışma süreleri açısından iş ilişkisini tümüyle değiştiren ve yeni bir iş ilişkisi olarak nitelenmesine sebep olacak şekilde biçimlendiren kayıtlar da geçerli sayılmamalıdır<sup>36</sup>. Nitekim Fransız Yargıtayı, işverene iş sözleşmesini tam zamanlıdan kısmi zamanlıya dönüştürme yetkisi veren bir iş sözleşmesi hükmünü geçersiz olarak kabul etmiştir<sup>37</sup>.

## V. Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtların Uygulanması

### 1. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

İş sözleşmesinde nakil koşulunun varlığı ve bunun yukarıda açıklanan esaslara uygunluğu dışında, işverenin bu hükmün uygulanması aşamasında dürüstlük kuralına uygun davranma ve hakkını kötüye kullanmaktan kaçınma yükümlülüğü de mevcut bulunmaktadır<sup>38</sup>. Bilindiği üzere, Medeni Kanunumuz 2. maddesinde hakların kullanılmasında ve borçların ifasında dürüstlük kuralına uygun davranma zorunluluğu getirmiş ve hakkın kötüye kullanılmasının korunmayacağını açıklamıştır. Dolayısıyla, işverenin kendisine nakil yetkisi veren ve belirttiğimiz esaslar çerçevesine geçerli sayılan bir sözleşme hükmünü uygularken de dürüstlük kuralını gözetmesi ve hakkını kötüye kullanmaktan kaçınması gerekir. 1999 yılında Fransız Yargıtayı tarafından verilen karar hakkın dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasına örnek gösterilebilecek niteliktedir. Karara konu olan olayda, işveren sözleşmedeki nakil hükmüne dayanarak, eşi hamile olan bir işçiden derhal yeni görevine başlamasını istemişti. Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi bunu dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur<sup>39</sup>. Yüksek Mahkeme kararında, sadece işverenin nakletmek istediği işçinin değil, diğer işçilerin de verilmesi planlanan görevi yapabileceğini, dolayısıyla, işverenin mutlak şekilde bu işçiyi seçerek nakletmek zorunda olmadığını belirterek bu sonuca varmıştır<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> *Alpagut*, İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, 60.

<sup>37</sup> Somut olayda, belirli süreli bir sözleşme söz konusuydu ve bunun belirli bir tarihten sonra kısmi zamanlı belirsiz süreli sözleşmeye dönüştürülebileceği hükmü yer almaktaydı. Karar için bkz. *Gaudu/Vatinet*, 277-278.

<sup>38</sup> K. *Doğan-Yenisey*, İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt:II, İstanbul 2001, 1192. vd.

<sup>39</sup> Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bu kararı için bkz. *Gaudu/Vatinet*, 283-284.

<sup>40</sup> *Gaudu/Vatinet*, 284.

## İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar

Çalışma koşullarını değiştirme konusunda yetki veren sözleşme hükümlerinin, akdedildikten çok uzun bir sonra yürürlüğe konulması<sup>41</sup>, ya da bunların uygulanmasının ardında, işçiyi cezalandırma ya da iş sözleşmesini feshetmeye zorlama gibi düşüncelerin bulunması<sup>42</sup>, hakkın kötüye kullanıldığını gösteren olgular olarak kabul edilebilir. Ancak işverenin uygulamasının hakkın kötüye kullanılması olduğunu işçinin ispat etmesi gerekecektir<sup>43</sup>.

### 2 İşçinin Kaydın Uygulanmasına Rıza Göstermemesinin Sonuçları

İşverene değişiklik yetkisi veren kayıtlar (*mobilité klotzları*) hukuka uygun ve geçerli olarak kabul edilince, işçi tarafından bunlara uyulmaması işçinin iş görme borcunu ifa etmemesi anlamına gelecek ve bu da işverene iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirmeye olanağı sağlayacaktır. Nitekim, Yargıtay da işverene nakil yetkisi veren düzenlemeye rağmen, işyeri değişikliğini kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshinin haklı

<sup>41</sup> *Doğan-Yenisey*, İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, 1195.

<sup>42</sup> Yargıtayın, 19.6.2001 tarihli kararı bu açıdan tartışılabilir niteliktedir. Anılan kararda, "... taraflar arasında düzenlenen yazılı hizmet sözleşmesinin 10. maddesinde, işverene nakil yetkisi tanınmış ve davacı bu yerde çalışmayı kabul etmiştir. Dairemizin istikrarlı uygulamasına göre, bu tür hükümler geçerlidir ve davacı davacı işçinin işyerinin nakledildiği yerde gidip çalışması gerekirdi. Böyle olunca nakil işleminin iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturduğu söylenemez" anlatımına yer verilmiştir (Y.9HD, 19.6.2001, 2001/5315 2001/10499, E.*Akyiğit*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, İstanbul 2003, 640). Ancak, karşı oy yazısında, anılan sözleşme hükmünde "*doğan gereksinim*" nedeniyle naklin gerçekleştirileceğinin kabul edildiği, buna karşılık, davacıya Adana'da sürekli veya geçici olarak gereksinim olduğunun kanıtlanamadığı, davacının Başhekim ile tartışması ve görevi olmayan işlerin davacıya yaptırılmasının istenmesi üzerine tartışma çıkması sonrası nakil işleminin gerçekleştirildiği ileri sürülerek çoğunluğun görüşüne itiraz edilmiştir.

<sup>43</sup> "...Davacı işçi 8.3.1984 tarihinde işyerinde çalışmaya başlamış ve taraflar arasında 27.8.1999 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinde, işçinin başka şehirlerde olan İşyerlerinde de görevlendirebileceği açıklanmış ve çalışanın bu nakil ve atamayı koşulsuz olarak kabul ettiği belirtilmiştir. Davacı işverence iş sözleşmesinde öngörülen yetki çerçevesinde 10.5.2002 tarihi itibarıyla mevcut unvan ve ücreti ile Diyarbakır temsilciliğine atandığı açıklanmıştır. Davacı işçi söz konusu atama işlemini kabul etmeyerek iş sözleşmesini feshetmiştir. Somut olayda davacı işçi iş sözleşmesi kapsamında yapılan bu atama işlemini kabul etmek durumundadır. İşverence işçinin mağdur edilmek için bu yola gidildiği hususu da davacı işçi tarafından ileri sürülüp yöntemince kanıtlanmış değildir. Böyle olunca davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda kıdem tazminatına hak kazanılması da olanaksızdır. Mahkemece anılan isteğin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. (Y.9HD, 7.6.2005, 2004/24500, K. 2005/20470, *Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası*, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

nedene dayandığını saptamıştır<sup>44</sup>. Yüksek Mahkemenin bu yoldaki bir kararında ifade edildiği üzere; “...*Davalı işverence, anılan sözleşme hükmüne dayanarak 25.7.2001 tarihinde davacı işçinin bir başka ilde ve aynı işinde çalışması için görevlendirme yapılmış, davacı işçi bu görevlendirmeyi kabul etmeyerek iş başı yapmamıştır. Bu gelişme üzerine davalı işverence davacının iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre işverene nakil yetkisi veren bu tür sözleşme hükümleri geçerlidir ve buna uymayan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle işverence sonlandırılması mümkündür*”<sup>45</sup> Benzer biçimde, Fransız Yüksek Mahkemesi çeşitli kararlarında, işyeri değişikliği yetkisi veren hükme rağmen işçinin değişikliği reddetmesini, feshi haklı kılan bir neden olarak nitelmiştir. Gerçekten Yüksek Mahkemeye göre, böyle bir koşulun varlığı halinde, işverenin yönetim yetkisi genişletilmiş olmaktadır. Buna göre, işverence yapılan değişiklik teknik anlamda akdin değiştirilmesi değil, sadece işverenin tek taraflı olarak belirleme yetkisi dahilinde olan çalışma koşullarının değiştirilmesidir. Dolayısıyla, bu değişikliklere işçinin itiraz hakkı olmayıp, verilen talimata uyulmaması sözleşmenin haklı nedenle feshini gerektirecektir<sup>46</sup>. Buna karşılık Fransız Yargıtayın geçerli bir nakil hükmüne rağmen yeni koşullarda çalışmayı reddeden işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirileceği biçimindeki görüşünü, bazı kararlarında bu görüşünü yumuşatarak, bu durumun bir “geçerli fesih” (*cause réelle et sérieuse*) olarak nitelendirilebileceği sonucuna da ulaşmıştır<sup>47</sup>. Öğretide, feshin haklı ya da geçerli fesih niteliğinde olup olmadığının işçinin kişisel durumu ve değişikliğin gerekçeleri dikkate alınarak tespit edileceği belirtilmektedir. Ağır kusur biçimde nitelendirilebilecek bir durum söz konusu değilse işverenin ihbar önellerine uymak suretiyle sözleşmeyi sona erdirmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>48</sup>.

## VI. Sonuç

İşverene çalışma koşullarında değişiklik yetkisi veren hükümler, belirli sınırlar dahilinde geçerli sayılması gereken düzenlemelerdir. Öncelikle, bu hükümlerin kaynağı, bireysel iş sözleşmesi olmalıdır. Bunun dışındaki araçlarla getirilen düzenlemelerin geçerliliği tartışmaya açıktır. Çalışma koşullarında değişiklik yetkisi veren düzenlemeler, içerik açısından denetlenmeli ve işverenin yetkilerinin sınırsız biçimde genişletilmesi söz konusu olmamalıdır. İşveren bu

<sup>44</sup> Y.9HD, 29.03.1984, 3368/3271, Tütis Temmuz–Eylül 1984, 35.

<sup>45</sup> Y.9HD, 21.9.2004, E. 2003/21979, K. 2004/19484, *Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası*, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

<sup>46</sup> Fransız Yargıtayının içtihadı için bkz. *Gaudu/Vatinet*, 284-285.

<sup>47</sup> Cas soc. 25 nov. 1997, Dr soc. 1998, 82, Favennac hery, 21 mars 2000, Dr. soc. 200, obs. Mouly.

<sup>48</sup> *Gaudu/Vatinet*, 284-285.

## İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar

gibi hükümleri uygularken, dürüstlük kuralını gözeterek hareket etmek durumundadır. Hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek şekilde, sadece işçiyi cezalandırmak maksadıyla veya işçiyi işten ayrılmaya zorlama amacına yönelik olarak, bu gibi hükümlerden istifade edilebilmesi kabul edilmemelidir. Belirttiğimiz kıstaslara göre geçerli olarak kabul edilen sözleşme hükümlerine işçinin uymaması, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açabilecektir.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> *Gaudu/Vatinet*, 284-285.

## MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE LEX MERCATORIA'NIN UYGULANMASI

Dr. Musa AYGÜL\*

### I. GİRİŞ

Uluslararası ticaret, birden fazla ülke arasında gerçekleşen ve etkilerini birden fazla ülkede meydana getiren ticarî ilişkiler olarak tanımlanmaktadır. Günümüzde uluslararası ticarî ilişkilerin hacimce ve sayıca artmasına bağlı olarak, uluslararası ticarî toplum oluşmuştur. Uluslararası ticaret her biri farklı hukuk sistemine sahip olan devletler arasında gerçekleşmektedir. Devletlerin hukuk sistemleri arasında, temel politik, idarî ve yapısal farklılıklar, uluslararası ticareti engelleyen bir faktör olarak kabul görmektedir<sup>1</sup>. Bu sebeple uluslararası ticaretin geliştirilmesi amacıyla, uluslararası ticarete ilişkin kuralların yeknesaklaştırılması çalışmaları yapılmaktadır<sup>2</sup>.

Uluslararası ticaretin aktörleri, hukuk sistemleri arasındaki farklılıklarından ve bu hukuk sistemlerinin uluslararası ticarî ilişkiler için uygunsuzluğundan hareketle kendi uyacakları kurallarını kendileri oluşturmaya başlamışlardır. Tacirler, aralarında geçerli olacak kuralları oluştururken kendi ihtiyaçlarını gözetmekte; hiçbir devletin ekonomik ve politik anlayışını veya herhangi bir ideolojiyi dikkate almamaktadır<sup>3</sup>. Üstelik hukuk sistemleri tacirlere bu imkanı da vermektedir. Çünkü

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> WIENER, J.: Globalization and Harmonization of Law, London/New York 1999, s. 151; VOLCKART, O. – MANGELS, A.: Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?, Southern Economic Journal, Vol. 65/3, 1999, s. 428.

<sup>2</sup> BERGER, K. P. : The Lex Mercatoria Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Law and Policy in International Business, Vol. 28, 1997, s. 943, (Lex Mercatoria).

<sup>3</sup> STOECKER, C.W.O.: The *Lex mercatoria*: To what Extent does it exist?, Journal of International Arbitration, V.7, No.1, 1990, s. 101.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

uluslararası ticarî ilişkilerde eşit kişiler arasındaki menfaatlerde tarafların iradesine önem verilmekte; taraflar da kendilerine tanınan irade özgürlüğü çerçevesinde ticarî ilişkilerini mümkün olduğu ölçüde devletlerin müdahalelerinden kurtarmaya çalışmaktadırlar.

Tacirler, kendilerine tanınan irade muhtariyeti sebebiyle, aralarındaki yabancı unsurlu ilişkilere istedikleri hukukun uygulanmasını temin edebilmektedirler. İrade muhtariyeti, hemen hemen evrensel nitelikte bir ilkedir ve bütün hukuk düzenlerinde kabul edilmiştir. Bu nedenle tacirler, istedikleri bir ülkenin hukukunu aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmak üzere seçebilmektedirler<sup>4</sup>. Yine tacirlere ulus devlet yargısından kurtulma imkânı da tanınmaktadır. Taraflar, millî mahkemelerin yetersiz olduğunu düşündüklerinde, aralarındaki ihtilâfları hakem mahkemelerine götürebilmektedir. Bunun sebepleri, daha seri ve hızlı muhakeme yapılması, delillerin daha iyi ve daha âdil değerlendirilebilmesi ihtimali, hakem mahkemelerinin konusunda uzman kişilerden oluşması nedeniyle daha adil bir karar verme imkânının olması, hakem mahkemelerinin hakkaniyet ve nısfet esaslarına göre karar verebilmeleridir. Uluslararası ticarî ilişkilerde tahkimin seçilmesinin bir diğer nedeni de onun gizlilik özelliğidir. Çünkü tahkim muhakemesi, kamuya kapalı yapılmakta ve tarafların izni olmaksızın yayımlanamamaktadır<sup>5</sup>.

Hukuk düzenleri tarafından tanınan bu imkanlar sayesinde, tacirler, kendilerine özgü hukuk kuralları oluşturmaya başlamışlardır. Taraflar arasında devamlı şekilde tekrarlanan uygulamalar neticesinde, uluslararası ticarete örf, âdet ve teamül hukuku oluşmaya başlamıştır. Ayrıca uluslararası ticaretin aktörleri, millî devletlerden bağımsız olarak kendi birliklerini, kendi odalarını kurmaya başlamışlardır. Bu birlikler, Milletlerarası Müşavir Mühendisleri Federasyonu (FIDIC) ve Hububatçılar Birliği (GAFTA) gibi sektörel bazda olabildiği gibi, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) gibi ticaretin tüm alanlarını kapsayacak şekilde de olabilmektedir<sup>6</sup>. Örneğin hububat, petrol, banka sektörü ve inşaat gibi spesifik alanlarda, uygulamalardan oluşan ticarî örf ve âdetler

---

<sup>4</sup> DOĞAN, V. : Banka Teminat Mektupları, Ülke İçi Ticarî İlişkiler - Milletlerarası Ticarî İlişkiler, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 274 vd, (Teminat Mektupları); TİRYAKİOĞLU, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 23 vd.

<sup>5</sup> Daha fazla bilgi için bkz. ŞANLI, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 62 – 68, (Ticarî Tahkim).

<sup>6</sup> HOUTTE, H.V.: The Law of International Trade, London 1995, s. 26.

bulunmaktadır. Tacirler tarafından kurulan bu birlikler, ilgili oldukları alanlardaki var olan örf ve âdet kurallarını kodifiye etmektedirler. Kodifiye edilen bu kurallara uyulmadığı zaman, uymayanlar, bu birliklere bildirilmekte ve birlikler de uymayan kişi ve kuruluşlara fiilî yaptırım uygulamaktadır. Kurallara uymayanlar bu birlikler vasıtasıyla uluslararası ticarî hayattan dışlanmaktadır<sup>7</sup>. Bu şekilde uluslararası ticarî toplumunda, spontane olarak gelişme gösteren yeni kurallar oluşmaya başlamıştır. Üstelik bu kurallara uymayanlara fiilî yaptırım da uygulanmaktadır. Bu hukukun temelinde teamül hukuku vardır. Çünkü zamanla tekrarlanan davranışlar sonucu bu kurallar oluşmaktadır. Kısaca yeni oluşan bu hukuk; millî devletler dışında, kendiliğinden, bireyler arası ticarî ilişkilerden, teamül hukuku kurallarından oluşmaktadır<sup>8</sup>. Bu yeni oluşum değişik isimlerle anılmaya başlamıştır. Ancak en yaygın olarak kullanılanı *lex mercatoria*'dır.<sup>9</sup>

#### A) TARİHİ GELİŞİM

*Lex mercatoria*, Orta Çağda tacirler arasında oluşmaya başlamıştır<sup>10</sup>. Batı Avrupa'daki millî devletlerin feodal ve katı bir sisteme sahip olmalarından dolayı, uluslararası ticaret hukuku oluşmamıştır. Orta çağ taciri ise coğrafi bakımından dinamik olması sebebiyle birbirinden farklı ve birbiri ile çelişen kurallarla karşı karşıya kalmıştır. Bu nedenle ülkeler arasında gelişmekte olan ticarete tacirler, kendi ilişkilerini idare edecek kurallara ihtiyaç duymuşlardır. Mahalli devletlerde hükümdarlar tarafından konan kurallar olsa bile bu kurallar, farklı değer sistemine sahip ülkeler arasında yapılan ticarete, tacirlerin ihtiyaçlarına yeterince cevap verememiştir. Uluslararası ticaretle uğraşanların ihtiyaçlarına cevap veren hukuk sisteminin eksikliği nedeniyle, uluslararası ticaretin aktörleri kendi

<sup>7</sup> HOUTTE, s.26.

<sup>8</sup> HOUTTE, s. 26; FASSBERG, C. W.: *Lex Mercatoria – Hoist with Its Own Petard?*, Chicago Journal of International Law, Vol. 5/1, 2004, s. 69.

<sup>9</sup> *Lex mercatoria* yerine yeni ticaret hukuku (*new law merchant*), uluslararası hukuk (*transnational law*), uluslararası ticaret hukuku (*international trade law*), uluslararası *lex mercatoria* (*international lex mercatoria*), yeni *lex mercatoria* (*new lex mercatoria*) kavramları da kullanılmaktadır: STOECKER, s. 101; WILKINSON, V. L. D.: *The New Lex mercatoria Reality or Academic Fantasy?*, Journal of International Arbitration, Vol. 12, 1995, s. 103.

<sup>10</sup> WILKINSON, s.105; ÖZDEMİR, D.: *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, 2003, S. 1 – 2, s. 96.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

uygulamalarından ve kendi koydukları kurallardan oluşan bir hukuk sistemi oluşturmaya başlamışlardır<sup>11</sup>.

Deniz ticareti ve taşımacılığına ilişkin olarak Akdeniz'de M.Ö. 300'lü yıllarda yaşanan gelişmeler, Rodos'un deniz hukukunu (*Lex Rhodia*) oluşturmuştur. Bu hukuk, Romalılar ve Yunanlılar tarafından iktibas edilmiş, geliştirilmiş ve buradan da Avrupa'ya yayılmıştır. Deniz ticareti hukuku 9. Yüzyılda Doğu Roma imparatoru I. Basil tarafından Roma'da kodifiye edilmiştir, 11. Yüzyılda İtalya'da Amalphi Cumhuriyetinde, 12.Yüzyılda da Fransa'da *Oleron içtihatları* ile geliştirilmiştir. 1350 tarihinde Baltık ülkelerinde Wisby Deniz Kanunları kabul edilmiş ve aynı tarihlerde İspanya'nın Barselona şehrinde derlenen ve *Consolato del Mare* olarak isimlendirilen kanunlar mahkemelerde uygulanmaya başlamıştır. Böylece deniz hukuku açısından yeknesak kurallar oluşmuştur. Denizciliğin örf ve âdetlerinden oluşan bu kurallar, bütün Akdeniz'deki ticarî merkezlerde kabul edilmeye başlamıştır<sup>12</sup>.

Kara ticareti alanında da, 11 ve 12. yüzyıllarda paralel bir gelişme yaşanmıştır. Uluslararası ticaretle uğraşan tacirler, farklı ülkelere seyahat etmekte ve ticaret yapmaktaydılar. Ayrıca tacirler, ticarî örf, âdet ve teamülden oluşan, kendi devletlerin hukuklarından bağımsız bir hukuk sistemine sahiptiler. Bu tarihlerde tacirlerin, millî devlet mahkemelerinden bağımsız, kendileri tarafından kurulmuş ticaret mahkemeleri de bulunmaktaydı. Bu mahkemeler, yine tacirler topluluğunun çoğunluğu tarafından oluşturulan ticarî örf ve âdetlerden oluşan hukuka göre ihtilâfları çözüyordu<sup>13</sup>. Bu hukuk çoğunlukla kendiliğinden yürürlüğe girdiği için mahalli kurallardan bağımsızdı. *Lex mercatoria* millî devlet hukuklarından bağımsız olarak, kendi kendine oluşan gelenek hukukunun üstüne bina edilmiştir<sup>14</sup>. Tacirler arasından bilgi ve deneyim esas alınarak seçilmiş hakemlerden oluşan ticaret mahkemeleri, bu kuralları tanımlamış ve hukukîlik kazandırmışlardır. Bu mahkemeler bir uyuşmazlığın çözümünde, uluslararası ticarî ihtiyaçları göz önüne alıyorlardı. Bu kurallara ve mahkeme kararlarına uymayanlar tacirler arasından dışlanır, unvanlarını kaybederler ve ticaret yapamazlardı. Mahalli hükümdarlar da

---

<sup>11</sup> STOECKER, s.102.

<sup>12</sup> STOECKER, s.102; TELLİ, S.: Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşma, Ankara 1991, s. 28; TETLEY, W.: The Lex Maritima, CARBONNEAU, T. E.(ed): The lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant, 1998, s. 44.

<sup>13</sup> STOECKER, s. 103.

<sup>14</sup> WILKINSON, s. 105.



tacirlerin arasında böyle bir hukukun oluşmasına itiraz etmemişler; bilakis desteklemişlerdir. Çünkü bu sayede onların da vergi gelirleri artmaktaydı<sup>15</sup>.

Orta Avrupa'da tacirler tarafından oluşturulan ve uluslararası karakterli ilişkilerde uygulanan örf, âdet ve teamüller, millî devletler tarafından 18 ve 19. yüzyıllarda kodifiye edilerek iç hukuklara intikalleri sağlanmıştır. Bu şekildeki kanunlaştırma hareketinin nedenleri, ülkeden ülkeye değişmekteydi. Bazı devletlerin bağımsızlık endişesi ile millî hukuklarından bağımsız bir hukukun varlığını tehdit olarak algılamaları; bazılarının da kendi ticaret politikası ve millî menfaatleri doğrultusunda kanunlaştırma yapmayı tercih sebebiyle, devletler kanunlaştırma yoluna gitmişlerdir. Bunun neticesinde de uluslararası ticarî ilişkiler millî hukukların yetkisine girmiştir. Millî mahkemeler bu tür ilişkilerde kendi usul ve maddî hukuk kurallarını uygulamaya başlamışlardır. Bu şekilde, uluslararası ticarî ilişkileri idare eden ticaret hukuku bağımsız bir nitelikte iken, uluslararası tacirler topluluğunun menfaatlerini aksine, bu niteliği sona ermiş ve millî hukukların yetkisine girmiştir<sup>16</sup>.

#### **B) LEX MERCATORIA'NIN TEKRAR ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ**

İkinci Dünya Savaşının sona ermesinden sonra uluslararası karakterli ekonomik ilişkilerin artmaya başlaması ile yeni *lex mercatoria* oluşmaya başlamıştır<sup>17</sup>. Yirminci yüzyılda iletişimin ve ulaşımının kolaylaşmasıyla uluslararası ilişkiler hızlı bir şekilde artmaya başlamıştır. Hava ve posta ulaşımı gibi karmaşık nakliye metodları ve iletişimdeki yeni gelişmeler sonucu, dünya küçülmeye başlamış, farklı ülkeler arasındaki ticaret hiçbir coğrafi uzaklığa aldirmeden kolaylaşmış ve bu yüzden birçok yeni pazar oluşmuştur<sup>18</sup>. Gelişen bu uluslararası ticaret nedeniyle, aralarında temel farklılıkların olduğu hukuk sistemlerinin karşı karşıya

<sup>15</sup> STOECKER, s. 103; TELLİ, s. 30; *lex mercatoria*'nın orta çağda gelişimi hakkında fazla bilgi için bkz: s. VOLCKART – MANGELS, s. 435 vd.

<sup>16</sup> STOECKER, s. 103.

<sup>17</sup> WILKINSON, s. 105.

<sup>18</sup> STOECKER, s. 104; WILKINSON, s. 106; Modern ekonomi pek çok uluslararası ticarî toplum ortaya çıkarmıştır. Mesela uluslararası teknoloji, bankacılık ve muhasebe alanlarında kendine özgü topluluklar ortaya çıkmıştır. Üstelik uluslararası ekonomik ilişkiler de şekil değiştirmiştir. Artık uluslararası ticaret basit satım sözleşmeleri üzerine bina edilmemektedir. Kendi alanlarında uzmanlaşmış uluslararası tacirler, pek çok sözleşmenin iç içe olduğu karmaşık yapılar içerisinde uluslararası faaliyette bulunmaktadırlar: VOLCKART – MANGELS, s. 429.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

gelmesi ve günümüz millî devletlerin hukuklarının muhtelif uygulamaları küresel ticaretin gelişmesine ve büyümesine engel olmaktadır. Millî hukuk sistemleri, uluslararası ticaretin aynı mahiyetteki sorunlarına yeknesak çözümler getirmemektedir. Bu nedenle nerede meydana gelirse gelsin, uluslararası ticarî ilişkileri idare edecek ve millî hukuklardan bağımsız bir hukuka duyulan ihtiyaç giderek kendini hissettirmeye başlamıştır<sup>19</sup>. Uluslararası seviyede tacirlerin mülkiyet ve sözleşme yapma özgürlüklerini garanti altına alacak bir otoritenin olmaması da yeknesak kurallara olan ihtiyacı artırmıştır. Mahalli hukukların uluslararası ticarî ilişkileri idare etmedeki yetersizliği *lex mercatoria*'nın gelişmesine neden olmuştur. Devletler de bu eksikliğin farkında olarak uluslararası ticarete ilişkin ortak kuralların oluşturulması amacıyla uluslararası örgütler tarafından hazırlanan birçok uluslararası sözleşmeye taraf olmuşlardır<sup>20</sup>.

*Lex mercatoria*'nın ilk savunucuları, bu hukukun, uluslararası ticaretteki örf ve adetler ile uluslararası ticarî uyumsuzluklarda uygulanan genel ilkelerden oluştuğu fikrini ileri sürmüşlerdir. Birçok yazar, bütün dünyada varolan uluslararası ticaretin tekniklerinin ve ilkelerinin benzerliğinin, *lex mercatoria*'nın yeniden keşfedilmesine neden olduğunu ileri sürmektedir. Bir başka anlatımla yeni *lex mercatoria*'nın, uluslararası ticaret hukuku tekniklerinin evrensel kabulü nedeniyle geliştiği ifade edilmektedir<sup>21</sup>. *Lex mercatoria*'nın ortaya çıkışının bir diğer sebebi olarak da, uluslararası ticarî uyumsuzlukların hallinde tahkim müessesinin kullanılmasının artması gösterilmektedir. Yine *lex mercatoria*'nın ortaya çıkışının sebeplerinden birisinin de tacirlerin karmaşık kanunlar ihtilâfi kuralların ve tekniklerinden kurtulmak olduğu ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

Ayrıca tarafların millî hukuk sistemleri yerine millî olmayan kural ve prensipleri seçmelerinin nedenleri olarak aşağıdaki gerekçeler de sayılmaktadır. Bunlar:

Taraflara uygulanacak hukuku seçme hususunda irade muhtariyeti tanındıktan sonra artık bu özgürlük sınırlandırılmamalıdır. Milletlerarası

---

<sup>19</sup> STOECKER, s. 105; FASSBERG, s. 68; VOLCKART – MANGELS, s. 428.

<sup>20</sup> STEPHAN, P. B.: The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law, Virginia Journal of International Law, Vol. 39, 1999, s. 745; bu sözleşmelerden bazıları şunlardır: Menkul Satımına dair 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi, Hava Yolu ile Eşya Taşımacılığına dair Varşova Sözleşmesi, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Hakkında New York Sözleşmesi vs.

<sup>21</sup> WILKINSON, s. 106.

<sup>22</sup> WILKINSON, s. 106; FASSBERG, s. 68.

sözleşmelerde tarafların herhangi bir hukuk sistemini seçebilmesindeki haklı sebep ve gerekçeler<sup>23</sup>, aynen hatta daha da fazla millî olmayan hukuk sistemlerini seçebilmesinde de mevcuttur. Millî olmayan kural ve sistemlerinin amacı, uluslararası akitlerde istikrar ve güven sağlamaktır. Özellikle devlet veya devlet kuruluşları ile özel kişilerin yapmış oldukları sözleşmelerde bu açıkça hissedilir. Bu tür sözleşmelerde, akdin tâbi olduğu âkit devletin hukukunun her zaman sonradan keyfi değişikliklere uğrama ihtimali vardır. Bunun ise, diğer âkit taraf için getireceği sakıncalar ortadadır. Bu sebeple akdin, bir millî hukuk yerine herhangi bir ülkeye ait olmayan, milletlerarası ticaret hukukunun genel prensiplerine tâbi kılınması, taraflar için güven ve istikrar sağlar. Ayrıca devletler, taraf oldukları sözleşmenin yabancı hukuka tâbi olmasını, egemenlik ya da prestij gibi nedenlerle istememektedirler. Uluslararası akitlerde, âkit devletler de millî olmayan bir hukuka tâbi olmayı tercih etmektedirler<sup>24</sup>.

Millî hukuklar daha çok mahalli ihtiyaçlar ve menfaatler gözetilerek oluşturulmaktadır. Bu kurallar uluslararası ilişkilerin mahiyetine uygun düşmeyebilmektedir. Uluslararası tacirlerin, ticarî ilişkilerinin mahalli ilişkilerini düzenlemek amacıyla getirilen kurallar yerine daha eklektik, milletlerarası karakterli akitler bakımından daha uygun çözümler getiren ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarından doğan millî olmayan ticarî örf ve âdetleri seçmelerinde menfaatlerinin olduğu kuşkusuzdur<sup>25</sup>.

Milletlerarası ticarî tahkimde hakemler her zaman hukukçu kişilerden teşekkül etmeyebilir. Bu nedenle hukukçu olmayan kimselerin millî hukuk sistemleri çerçevesinde karar verebilmeleri zordur. Özellikle ihtilâf konusu olay bakımından uzman kişilerden olan hakemler, o alandaki carî örf ve âdetleri bilmeleri sebebiyle seçilmektedir. Bu sebeple tarafların millî olmayan sistemleri seçmedeki haklılıkları ortadadır<sup>26</sup>.

### C)TANIM

*Lex mercatoria* hakkında çok farklı görüşler ve buna bağlı olarak da farklı tanımlar bulunmaktadır. Bu tanımlardan bazıları aşağıdaki gibidir:

<sup>23</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 123 vd; FASSBERG, s. 77

<sup>24</sup> LANDO, O.: The *lex mercatoria* in International Commercial Arbitration, International and Comparative Law Quaterly, Vol. 34, 1985, s. 747 – 748; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 80; SELDEN, B. S.: Lex Mercatoria in European and U.S. Trade Practice: Time to Take a Closer Look, Annual Survey of International and Comparative Law, Vol. 2/1, 1995, s. 114.

<sup>25</sup> SELDEN, s. 115.

<sup>26</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s.144 – 146.

*Lex mercatoria*, hiçbir milli hukuk sistemini referans almaksızın, uluslararası ticaret anlayışı içinde kendiliğinden oluşmuş ya da seçilmiş, örf ve âdet ve genel prensipler dizisidir(GOLDMAN) veya uluslararası ticaretle ilgili devletlerin tamamı veya çoğu veya uyumsuzlukla ilgili devletler tarafından kabul edilmiş kurallardır. Eğer bu ortak kurallar tespit edilemiyorsa somut olay için en adil ve uygun kurallardır (LANDO)<sup>27</sup>. Bir başka tanıma göre ise *lex mercatoria*, milletlerarası ticarî ilişkileri düzenlemek amacıyla geliştirilmiş bulunan kurallar ile bu ticarete beynelmilel bir kabule mazhar olmuş(veya en azından yaygın biçimde benimsenmiş) ticarî örf, âdet ve teamülleri kapsar. Bunların bir kısmı genel, bir kısmı ise milletlerarası ticaretin muayyen ve sınırlı alanları ile ilgilidir<sup>28</sup>.

Tanımlardan anlaşıldığı üzere *lex mercatoria'nın* tam ve kesin bir şekilde muhtevasını tespit etmek güçtür. Her bir tanıma göre muhteva değişmektedir. Ancak tanımların birleştikleri nokta, *lex mercatoria'nın* uluslararası ticaret toplumunun aktörleri tarafından aralarındaki ilişkilerine uygulanmasını arzu ettikleri kurallardan oluştuğudur. Bu kurallar millî hukuklardan bağımsız karakterdedir<sup>29</sup>.

## II. LEX MERCATORIA'NIN KAPSAMI

Yukarıda yapılan tanımlardan anlaşılacağı üzere, *lex mercatoria* yalnızca uluslararası ticarî akitlerle ilgilidir. Diğer bir deyişle, *lex mercatoria'nın* konusu akitlerdir. Taraflar arasındaki uluslararası karakterli akdî ilişkilerden kaynaklanan ihtilâflar yalnızca maddî hukuk kuralları ile sınırlı değildir. Ayrıca akdî ilişkinin tâbi olacağı kanunlar ihtilâfî kuralları ve usul hukuku problemleri de gündeme gelecektir. Özellikle akdî ilişkiden doğan ihtilâf, millî mahkeme yerine hakem mahkemesinin önüne geldiği

---

<sup>27</sup> LANDO, s. 748; başka tanımlar da bulunmaktadır. Bunlar:

- *Lex mercatoria*, bütün ülkelerin taraf olarak katıldığı bankacılık, deniz ve kara ticareti, sigorta vs. gibi işlemlerde, uluslararası topluluğun akdî uygulamalarından ve ticarî anlayışından oluşan bir uluslararası hukuk sistemidir(BERMANN/ KAUFMANN). *Lex mercatoria*, ticarî ilişkilere ilişkin bir prensibi kendi kendine oluşturabilen ve hukukun genel prensiplerini birleştirebilen ticaret topluluğunun örf ve âdetleridir(CRAIG). *Lex mercatoria*, uluslararası ticarî ilişkilerle ilgili olarak hukuk sistemlerinde bulunan ortak prensiplerdir(SCMITHOFF). Daha fazla tanım için bkz: STOECKER, s. 105 – 106; MOLINEAUX, C.: Moving toward a Construction Lex Mercatoria: A Lex Constructionis, Journal of International Arbitration, Vol. 14/1, 1997, s. 56.

<sup>28</sup> ŞANLI, Ticarî tahkim, s. 314.

<sup>29</sup> WIENER, s. 151 – 152.

zaman, bu problem daha da önem kazanacaktır. Özellikle tahkim usulü, hakem mahkemesinin işleyişinde belirleyici bir role sahiptir<sup>30</sup>. *Lex mercatoria*'nın bağımsız bir düzen olduğunu iddia eden müellifler, bu hukukun kanunlar ihtilâfi ve usul hukuku kurallarını da kapsadığını savunmaktadırlar. Böylelikle *lex mercatoria*'nın, uluslararası ticarî ilişkilerin her yönünü idare etmesi amaçlanmaktadır<sup>31</sup>. Bu şekilde bir uluslarüstü hukuk, uluslararası ticaretin aktörleri tarafından şiddetle arzulanmasına rağmen, bu tarzda anlaşılabilir *lex mercatoria* doktrinine, dikkatle yaklaşmak gerekir. Her bir bölümü ayrı ayrı incelemek ve *lex mercatoria*'nın bu bölümleri kapsayıp kapsamadığına karar vermek gereklidir.

#### A) KANUNLAR İHTİLÂFI ALANINDA *LEX MERCATORIA*

*Lex mercatoria*'nın ortaya çıkış nedenlerinden birisi olarak, uluslararası ticaret aktörlerinin karmaşık kanunlar ihtilâfi kurallarından kurtulmak istemeleri olduğunu belirtmiştik. Fakat bir uluslararası ticarî ilişkiden doğan uyuşmazlık millî mahkemeler ya da hakem mahkemeleri önüne geldiğinde, uyuşmazlığı çözecek hâkim ya da hakemin ilk karşılaşacağı sorunlardan birisi, uyuşmazlığın esasına hangi hukukun uygulanması gerekeceğidir.

Bazı yazarlar kanunlar ihtilâfi kurallarının amaçlarının *lex mercatoria* ile karşıtlığına dikkat çekmektedirler<sup>32</sup>. *Lex mercatoria*

<sup>30</sup> Türk hukukunda doktrin Yargıtay'ın kabul ettiği görüşe göre, hakem kararının yabancılığı, tahkim usulüne uygulanan hukuka göre belirlenecektir. Buna göre, yabancı kanun otoritesi altında verilmiş hakem kararları yabancı hakem kararı olarak kabul edilmektedir: NOMER, E. - ŞANLI, C.: Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 2003, s. 465–461.

<sup>31</sup> STOECKER, s. 109.

<sup>32</sup> GOODE, R.: Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law, International and Comparative Law Quartely, Vol. 46, 1997, s. 27; aslında milletlerarası özel hukukun amaçları ile *lex mercatoria*'nın amaçlarının farklı olduğu ifade edilmektedir. Birincisi, bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku tespit ederken; ikincisi hukukî ihtilâfi doğrudan çözmeyi amaçlamaktadır. *Lex mercatoria* bir kanunlar ihtilâfi kuralına istinad etmeksizin doğrudan hukukî olaya uygulanmaktadır. Bu bakımdan bu iki hukukun birbiri ile bir bağlantısının olmadığı intibai doğabilir. Ancak evrensel anlamı ile *lex mercatoria* orta çağdaki milletlerarası özel hukuk anlamına geldiği bazı yazarlarca da belirtilmiştir. Çünkü orta çağdaki sınır ötesi ticarî ilişkiler tamamen lokal olmayan bu kurallar aracılığı sağlanmıştır: JUENGER, F. K.: The Lex Mercatoria and Private International Law, Louisiana Law Review, Vol. 60, 2000, s. 1133 – 1334.

herhangi bir uyuşmazlığa doğrudan uygulanmak amacıyla geliştirilmiş kurallardır. Bu nedenle bir kanunlar ihtilâfı kuralına gerek olmaksızın doğrudan *lex mercatoria*'nın uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak maddî anlamda *lex mercatoria*'ya dair kuralların uygulanmasında kanunlar ihtilâfı probleminden kurtulabilmek için *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığın tüm meselelerine çözüm getirmesi gerekir. Aksi halde kanunlar ihtilâfı problemi varlığını halen devam ettirecektir<sup>33</sup>.

Milletlerarası akitlerden kaynaklanan uyuşmazlık, millî mahkemeler önüne geldiği zaman hâkimler, *lex forin*'in tayin ve tespit ettiği çerçeveyi aşamazlar. Hâkim, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı kuralları ile bağlı olduğu için, uygulanacak hukuku bu kurallara göre belirleyecektir<sup>34</sup>.

Uluslararası ticarî ilişkilerde taraflara irade özgürlüğü tanınmıştır. Bütün ülkelerin kanunlar ihtilâfı hukukunda tanınmış olan bu ilke, taraflara istedikleri hukuka tâbi olma imkânını vermektedir. Hakem mahkemelerinde ise, taraflar akdin esasına uygulanacak hukuku seçebildikleri gibi teorik olarak akit statüsünü tespit edecek kanunlar ihtilâfı sistemini de seçebilmektedirler. Bu gibi durumlarda herhangi bir problem yoktur. Tarafların seçmiş oldukları kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen hukuk, akde uygulanacaktır. Taraflar açık olarak akde uygulanacak hukuku seçmedikleri zaman zımnî bir hukuk seçiminin yapıp yapılmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Aynı somut olayda bazı hukuk sistemleri, zımnî hukuk seçiminin yapıldığını kabul edebilecekken, diğer

---

<sup>33</sup> STOECKER, s. 112 – 113; yeknesak ve millî devletlerden ayrı bir uluslararası ticaret hukukunun varlığına inanan ve evrenselci okul (*universalist school*) olarak isimlendirilen görüş taraftarları milletlerarası özel hukukun, bağımsız milletlerüstü bir ticaret hukukunun oluşmasını engellediğini ileri sürmektedirler. Çünkü milletlerarası özel hukuk, milletlerarası ticarî ilişkileri millî hukuk sistemlerine bağlamaktadır. Milletlerarası özel hukuk küreselleşen ticarî aktiviteleri mülkîlik anlayışı içerisinde değerlendirmektedir. Bu konu hakkında fazla bilgi için bkz: CARBONNEAU, T.: *The Remarking of Arbitration: Design and Destiny*, CARBONNEAU, T. E.(ed): *The lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, 1998, s. 30 vd; milletlerarası özel hukukun küreselleşmiş uluslararası ticaret hukukuna dair ihtilâfları çözmekte yetersiz kaldığı için *lex mercatoria*'nın ortaya çıktığı da savunulmuştur. Milletlerarası özel hukukun küreselleşmiş uluslararası ticarî ilişkileri çözmede yetersizliği hakkında fazla bilgi için bkz: WIENER, s. 152 vd.

<sup>34</sup> ŞANLI, *Ticarî Tahkim*, s. 250; STOECKER, s. 107; Uluslararası Adalet Divanı *Serbian Loans* davasında devletler arasında yapılmayan herhangi bir akitte tarafların ehliyetine bir devletin maddî hukuk kuralının uygulanacağını belirtmiştir: WIENER, s. 152.

bazıları zımnî hukuk seçimin yapılmadığına karar verebilecektir. Yine bazı hukuk sistemleri ise hiçbir şekilde zımnî hukuk seçimine izin vermemektedir. Böyle bir durumda hakem, esasa uygulanacak hukuku ya bir millî kanunlar ihtilâfı kuralı ya da kanunlar ihtilâfına ilişkin bir *lex mercatoria* kuralı ile tespit edecektir<sup>35</sup>. Eğer hakem mahkemesi, ikincisini tercih ederse muhtemelen esasa da maddî anlamda *lex mercatoria*'yı uygulayacaktır. Bu halde bile *lex mercatoria*'nın, ihtilâfın çözümünde yeterli olmamasından dolayı, esasa uygulanacak hukuku tespit için bir kanunlar ihtilâfı kuralına ihtiyaç vardır<sup>36</sup>.

Tarafların, millî mahkemeler yerine tahkimi seçmelerinin en önemli sebeplerinden birisi de, aralarındaki ihtilâfı muayyen bir hukuka tâbi kılmaktan ziyade, tarafsız milletlerarası kurum ve kuruluşlara çözdürme arzusudur. Bu arzu, mahalli kanunlar ihtilâfı sistemlerinin sıkı sıkıya uygulanması ile ortaya çıkacak sonuçların dışlanmasını da kapsamaktadır<sup>37</sup>. Ayrıca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespiti, mahalli kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenirse *lex mercatoria*'nın esasa uygulanması, mahalli kanunlar ihtilâfı sisteminin *lex mercatoria*'ya bakış açısına göre değişecektir. Bu hukuk sistemi *lex mercatoria*'yı bağımsız bir hukuk sistemi olarak tanımazsa- ki birçok hukuk sistemi *lex mercatoria*'yı bir hukuk sistemi olarak tanımakta çok isteksizdirler- uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria* uygulanmayacaktır. Ancak *lex mercatoria* hukuk sistemi olarak kabul edilirse uyuşmazlığın esasına uygulanabilecektir. Bu ise milletlerarası ticarete tarafların arzulamadığı bir sonuçtur. Bu nedenle uluslararası tahkimde, *lex mercatoria*'ya uyuşmazlığın esasına uygulanma şansını tanımak için, *lex mercatoria*'yı tanımayan millî kanunlar ihtilâfı kurallarının bir tarafa bırakılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>38</sup>.

Hakemlerin mutlaka uygulamak zorunda oldukları bir millî kanunlar ihtilâfı sistemi bulunmamaktadır. Hakemler uygun gördükleri bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarını seçebilecekleri gibi, millî olmayan bir kanunlar ihtilâfı kuralını da seçebilirler. Hakemler; hakemlerin bulunduğu, tarafların ortak merkezlerinin bulunduğu ülke, hakem kararının tenfiz edileceği yerin, tarafların seçtiği ülkenin ya da akdin sıkı irtibatlı olduğu ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarını seçebilirler<sup>39</sup>. Hakem bu durumda en

<sup>35</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 248.

<sup>36</sup> STOECKER, s. 110.

<sup>37</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 248; CARBONNEAU, s. 30.

<sup>38</sup> STOECKER, s. 110.

<sup>39</sup> STOECKER, s. 111.

fazla aşına olduğu veya en iyi bildiği hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını tercih edecektir. Kuvvetle muhtemeldir ki bu hukuk da buldukları, tahkimin cereyan ettiği ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralları olacaktır<sup>40</sup>. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi hakem mahkemelerinin uymak zorunda oldukları bir *lex fori* yoktur. Hakem mahkemeleri, yetkilerini tarafların iradelerinden almaktadırlar. Tahkimin yapıldığı yer ile hakemlerin bağlantısı genellikle geçici ve zayıftır. Bu nedenle hakem mahkemelerine tahkimin yapıldığı yerin kanunlar ihtilâfi kurallarına tâbi olmalarını hissettirecek bir neden yoktur. Bu nedenle hakemler, uygulayacağı kanunlar ihtilâfi kurallarını belirlemede kendilerini serbest hissetmektedir. Üstelik hakemler, herhangi millî hukuk sistemine ait kanunlar ihtilâfi kurallarını da uygulamak zorunda değildirler. Hakemler ya kanunlar ihtilâfinin genel prensiplerini ya da uygun gördüğü bir millî kanunlar ihtilâfi kuralını tercih edebileceklerdir<sup>41</sup>. Mesela hakem, akdin sıkı ilişki içinde olduğu ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralını veya satım akitlerinde satıcının iş merkezinin bulunduğu ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralını uygulayabilecektir<sup>42</sup>.

Kuşkusuz hakemlerin herhangi bir hukuk sistemine ait olmayan kanunlar ihtilâfi kuralını uygulayacakları zaman karşılaşacakları en büyük güçlük, hakemlerin bu kuralları nasıl ve nereden tespit edeceğidir. Ancak genellikle, milletlerarası veya millî olmayan kanunlar ihtilâfi kurallarının kaynağı olarak, milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası nitelikli uygulama kodları ve milletlerarası ticarî tahkim tatbikatında hüsnü kabul görmüş tatbikat ve teamüller gösterilmektedir<sup>43</sup>. 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticarî Tahkim Sözleşmesinin 7. maddesinde, kanunlar ihtilâfına ilişkin bir kurala yer verilmiştir. Bu maddeye göre “...Eğer taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, hakemler uygun gördükleri kanunlar ihtilâfi kuralının gösterdiği hukuku uygulayacaklardır”<sup>44</sup>. Aynı şekilde bir ifade UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuk Komisyonu) Tahkim Kurallarının 33. maddesinde de yer almıştır. Bu maddeye göre, hakem mahkemesi, uygun gördüğü kanunlar ihtilâfi kuralının gösterdiği hukuku uygulayacaktır. 1985 tarihli Paris MTO Tahkim Kurallarının 13(3). maddesi de taraflarca akde uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yokluğunda, hakemler uygun gördüğü kanunlar ihtilâfi kuralının gösterdiği

---

<sup>40</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 247; STOECKER, s. 112.

<sup>41</sup> JUENGER, s. 1139.

<sup>42</sup> GOODE, s. 28.

<sup>43</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 250; STOECKER, s. 111.

<sup>44</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 253; STOECKER, s. 111.



hukuku, akit hukuku olarak uygulayacaklarını kabul etmiştir. Bu kurallar göstermektedir ki, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konusunda hakeme çok geniş bir takdir hakkı tanınmaktadır. Hakemler de vicdanına ve aklına uygun kanunlar ihtilâfî kuralını tespit edeceklerdir<sup>45</sup>.

Bazen hakemler, bu şekilde akdin esasına uygulanacak hukuku belirleyecek kanunlar ihtilâfî kurallarının tespit edilmesi problemlerinden kurtulmak için doğrudan akde uygulanacak hukuku tespit etmektedirler. Bazı olaylarda hakemler, uyuşmazlığın esasına farklı hukuk sistemlerinin uygulanmasının neticeyi değiştirmeyeceğinden hareketle, ilgili maddî hukukları birlikte uygulamaktadırlar. Burada uygulanması muhtemel hukuklar uyuşmazlığın esası hakkında aynı çözümü içermektedir<sup>46</sup>. Bunların haricinde hakem mahkemesi herhangi bir kanunlar ihtilâfî kuralına müracaat etmeksizin uyuşmazlığın esasına doğrudan *lex mercatoria*'yı uygulayabilecekleri de kabul edilmektedir<sup>47</sup>.

#### **B) ULUSLARARASI TİCARÎ TAHKİME İLİŞKİN USUL KURALLARI OLARAK LEX MERCATORIA**

Millî bir mahkemede hâkimin uyuşmazlığı çözerken tâbî olduğu usul kuralları olduğu gibi, hakem mahkemesinin de uyuşmazlığı çözerken usul kurallarına ihtiyacı vardır. Devlet yargısında usule daima *lex fori* uygulanır. Buna karşılık tahkimde, hakemlerin yetkisi mahkemelerde olduğu gibi devlet otoritelerinin kendilerine verdiği yetkilerden kaynaklanmadığı ve hakemler devlet adına karar vermediği için, tahkim ile belirli bir devletin usul hukuku arasında sıkı bir bağ bulunmamaktadır<sup>48</sup>. Bununla birlikte kabul edilmektedir ki tahkim, tahkim yeri ülkesinin (*lex loci arbitri*) hukukuna tâbî olmalıdır. Hakem kararının bağlayıcılığını, verildiği ülke hukukundan aldığı ve bu çözüm tarzının belirginlik ve önceden bilinebilirlik sağladığı için en uygun çözüm olduğu vurgulanmıştır<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> STOECKER, s. 111; hakem mahkemesinin millî olmayan kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulamaları hakkında geniş bilgi için bkz. ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 247 – 259.

<sup>46</sup> STOECKER, s. 112; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 291.

<sup>47</sup> STOECKER, s. 112; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 314.

<sup>48</sup> AKINCI, Z.: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 57, (Milletlerarası Ticarî Tahkim).

<sup>49</sup> SMIT, H.: Proper of Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis, CARBONNEAU, T. E.(ed): The lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant, 1998, s. 94; AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 58.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Tahkim yeri, usul kuralları dikkate alınmadan pratik mülahazalarla seçildiği için bu çözüm tarzının arzu edilmeyen sonuçlara neden olduğu itirazları yapılmaktadır. Çünkü millî tahkim usulü kuralları tamamen mahalli ihtilâflar gözetilerek çıkarılmıştır. Yabancı hakem kararları da tamamen millî bir devletin usul kurallarına istinaden verilmiş kararlardır. Milletlerarası tahkimde ise ihtilâf birden fazla ülke ile irtibatlıdır. Bu sebeple milletlerarası tahkim (*delecolised arbitration*) adı ile anılan millî olmayan tahkim usul hukuku oluşmuştur. Bu tahkimde millî olmayan usul kuralları (*lex mercatoria arbitralis*) uygulanmaktadır<sup>50</sup>.

Tahkim usulünün, tahkim yeri hukukundan ayrılarak millî olmayan usul kurallarına tâbi kılınmasında, taraf iradelerinden ve milletlerarası ticarî tahkimin niteliğinden hareket edilmiştir. Eğer taraflar farklı usul kurallarına tâbi millî mahkemelerden, tahkimi seçerek kurtulmayı amaçlamışlarsa, tahkim usulünü milletlerarası nitelikteki kurallara tâbi tutmak istedikleri sonucu çıkarılmaktadır. Taraflardan birisinin devlet olup olmadığına bakılmaksızın hakem mahkemelerinde, millî olmayan usul kurallarının uygulanması da bu teoriyi desteklemektedir<sup>51</sup>.

Bu teorinin arkasındaki neden, mahalli ihtiyaçları gözeterek yürürlüğe konmuş olan millî hukuk sistemlerinin katılığından kaynaklanan dezavantajlardan kurtulmak ve milletlerarası ticaret hayatının dinamizmine uygun, esnek, liberal, tarafsız ve tarafların beklentilerine cevap veren bağımsız bir uluslararası tahkime ulaşmaktır<sup>52</sup>. Üstelik millî devletlerden bağımsız bir uluslararası ticaret hukukunun varlığı da bağımsız bir hakem yargılamasını gerekli kılmaktadır<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> SMIT, s. 93; STOECKER, s. 113; ŞANLI, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler Tartışmalar, II.Tahkim Haftası, Ankara 1983, s. 176, (Tahkim Yeri); AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 59.

<sup>51</sup> STOECKER, s. 113; ŞANLI, Tahkim Yeri, s. 173 – 174.

<sup>52</sup> STOECKER, s. 114; CARBONNEAU, s. 33; AKINCI, Milletlerarası Ticarî tahkim, s. 62 – 63; millî olmayan tahkim kurallarının gelişmesinin bir sebebi olarak da tarafların millî hukuktaki sınırlamalardan kurtulmak olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca tahkimin bir millî hukuk sistemi olmaksızın işleyemeyeceği ve var olamayacağı sebebiyle millî olmayan bir tahkimden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Hatta millî olmayan bir tahkime de ihtiyaç olmadığı itirazı yapılmıştır: SMIT, s. 95.

<sup>53</sup> CARBONNEAU, s. 33.

Millî olmayan tahkim usulü kavramı uluslararası konvansiyon ve tahkim enstitülerinin kurallarına yansımıştır. Paris MTO Tahkim Kurallarının 11.maddesinde “Tahkim usulüne uygulanacak kurallar, bu tüzükte gösterilmiştir. Bu tüzükte hüküm bulunmayan hallerde; taraflar anlaşamadıkları takdirde, hakem, tahkime uygulanabilecek bir iç hukuk usul hükmünü kaynak göstererek veya göstermeyerek, uygulanacak usul kurallarını karara bağlar” hükmünü getirmiştir. UNCITRAL Model Kanununda da tahkim usulüne ilişkin kurallar getirilmiştir. Bu Model Kanunun 19.maddesine göre:

(1) Bu kanunun hükümlerine tâbi olarak, taraflar tahkim mahkemesince tahkim davasının yürütülmesinde izlenecek usul üzerinde serbestçe anlaşabilirler.

(2) Böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde, tahkim mahkemesi, bu kanun hükümlerine tâbi olmak üzere, tahkimi uygun gördüğü şekilde yürütebilir. Tahkim mahkemesine tanınan bu yetki, delillerin kabul edilebilirliğini, uyuşmazlıkla ilgili olup olmadığını, önemini ve ispat gücünü belirleme yetkisi de içerir<sup>54</sup>.

Bu iki örnek göstermektedir ki farklı millî usul hukuku kurallarından evrensel olarak kabul görmüş ve uluslararası ticaretin aktörleri tarafından uygun görülen millî olmayan kurallara doğru bir kayış söz konusudur. Özellikle *UNCITRAL* Model Kanunu tahkim usulü kurallarının yeknesaklaştırılmasında büyük bir payı bulunmaktadır. Birçok ülke bu kanunu uluslararası ticarî tahkimde uygulanmak üzere iç hukuklarına intikallerini sağlamışlardır<sup>55</sup>. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Hakkındaki New York Sözleşmesi de millî olmayan usul kurallarına göre verilmiş hakem kararlarının tenfizini kabul etmektedir<sup>56</sup>. Hakem yargılamasında millî olmayan kuralların uygulanmasını savunanlar, bu kurallara göre verilen hakem kararlarının başıboş ve yasal dayanağı olmayan kararlar olmadığını, nihayetinde bu kararların da bir millî hukuk sistemlerine bağlanacağını ileri sürmektedirler. Bu görüş taraftarları da millî hukuk sistemlerinin tamamen göz ardı edilemeyeceğini kabul etmektedirler. Çünkü millî olmayan tahkim usulüne göre verilmiş hakem kararları, millî mahkemeler tarafından tenfiz edilecektir<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Model Kanunun İngilizce ve Türkçe tam metinleri için bkz: Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum, Bildiriler – Tartışmalar, Ankara 1997, s. 224 – 250.

<sup>55</sup> STOECKER, s. 114.

<sup>56</sup> CARBONNEAU, s. 33.

<sup>57</sup> CARBONNEAU, s. 34.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

Bütün bu gelişmelere rağmen herhangi bir millî hukuka tâbi olmaksızın verilen hakem kararlarının tam bir emniyet içinde tenfiz şansına sahip olamayacağı iddia edilmektedir. Her ne kadar bugün çeşitli devlet mahkemeleri bu nitelikteki hakem kararları hakkında tenfiz kararları vermiş olsalar da hakem kararlarının hukukî rejimini millî hukuk dışı kurallara tâbi kılmakta ısrar etmenin, uygulama açısından emniyetli bir tercih olamayacağı itirazları da yapılmaktadır<sup>58</sup>.

### C) MADDÎ ANLAMDA LEX MERCATORIA

#### 1. Genel Olarak

Maddî anlamda *lex mercatoria* hakkında yeknesak bir anlayış bulunmamaktadır. *Lex mercatoria* hakkında iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Birinci görüş (otonomist görüş), *lex mercatoria*'nın, uluslararası ticarî toplum tarafından oluşturulan millî olmayan, bağımsız ve kendine özgü yapısı olan bir hukuk sistemi olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, *lex mercatoria* uluslararası ticarete var olan teamüller, örf ve âdetler ve uluslararası tacirler tarafından ittifakla kabul edilen hukukun genel prensiplerinden oluşmaktadır. İkinci görüşe göre (pozitivist görüş) ise, *lex mercatoria*, ülke hukuk sistemlerine intibakları gerçekleştirilmiş uluslararası sözleşmeler, uluslararası organizasyonlar tarafından kodifiye edilmiş kurallar ile hukuk sistemlerince kabul edilen ticarî örf ve âdetlerdir<sup>59</sup>.

Otonomistler, tarihî olarak *lex mercatoria*'ya ilişkin kuralların bir devlet sistemine dahil edilmeksizin uygulandığını savunmuşlardır. Avrupa'da millî devletler öncesinde uluslararası ticaret hukukuna ilişkin kurallar, çoğunlukla devletlerin dışında tacirler arasında oluşan teamül hukukuna dayanmaktaydı<sup>60</sup>. Bu görüş taraftarlarına göre, uluslararası ticaret hukuku, uluslararası karakterdedir. Günümüzde uluslararası ticaretin önündeki millî hukuktan kaynaklanan sınırlamalar kaldırılmaktadır. Uluslararası ticaret evrenselleşme yolunda önemli aşamalar kaydetmiştir. Bu sebeple, bu hukuka milletlerarası bir bakışla yaklaşmak

---

<sup>58</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz: STOECKER, s. 114 – 118; AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 63 – 81; SMIT, s. 95; BERGER, K. P.: The Lex Mercatoria Doctrine and The Unidroit Principle of International Commercial Contracts, Law and Policy in International Business, Vol. 28/4, 1997, s. 949 – 950.

<sup>59</sup> WIENER, s. 161; NYGH, P.: Autonomy in International Contracts, Oxford 1999, s. 178.

<sup>60</sup> Bkz. tarihi açıklamalar

gerekmektedir<sup>61</sup>. Bu bakış açısına göre de millî hukuk sistemlerinden ayrı ve hatta üzerinde kabul edilmesi gereken *lex mercatoria*, taraflarca seçilip seçilmediğine bakılmaksızın milletlerarası ticarî ilişkilerde uygulanmalıdır<sup>62</sup>. Bazı yazarlar bu görüşün yumuşatılması taraftarıdır. *Lex mercatoria* millî hukuk sistemlerini bertaraf etmemelidir. Çünkü *lex mercatoria*'ya ait kurallar, bir uyumsuzluğu çözmede yetersiz olabilir. Bu gibi durumlarda millî hukuk sistemlerine ihtiyaç duyulacaktır. Çünkü henüz *lex mercatoria* uluslararası ticaret hukukunun tüm konularına çözüm getirebilmiş bir hukuk sistemi kuramamıştır. Bununla birlikte *lex mercatoria*, milletlerarası ticarî toplumun ihtiyaçları için yapay ve uygun olmayan sonuçların ortaya çıkmasına yol açan kanunlar ihtilâfî kurallarının yerine kullanılabilir<sup>63</sup>.

Pozitivist görüşe göre ise, millî hukuklardan bağımsız bir *lex mercatoria* yoktur. *Lex mercatoria* olarak kabul edilen kurallardan bazıları millî hukuk sistemleri tarafından iç hukukun bir parçası haline getirilmiştir. Yine milletlerarası ticarete var olan örf ve âdet kuralları da hukuk sistemleri tarafından hukukun kaynağı olarak kabul edilmektedir. Üstelik bu kuralların hukuk sistemlerine intibaklarının sağlanmasının sebebi *lex mercatoria* da değildir. Bu kuralların kabul edilmesinin sebebi, hukuk sistemlerinde sağlanacak uyumlaştırmadan elde edilecek avantajlardır. Bu durumda uluslararası ticarî ilişkilere uygulanacak *lex mercatoria*'nın kaynağı millî hukuk sistemleridir<sup>64</sup>. *Lex mercatoria* ilişkin kuralların uygulanışı da millî hukuk sistemlerindeki hiyerarşisine göre değişebilecektir.

## 2. *Lex Mercatoria*'ya Getirilen İtirazlar

### a) *Lex Mercatoria*'nın Tespitindeki Belirsizlik

*Lex mercatoria*'yı bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul edenler dahi *lex mercatoria*'nın kapsamı hakkında ittifak edememiş ve bu kuralların tam bir listesinin verilmesinin mümkün olmadığını kabul etmişlerdir. Mesela *Lord Mustill*, *lex mercatoria*'ya dahil 20 adet ilke saymıştır. *Lord Mustill* dahi bu 20 ilkenin dışında bir başka kuralın olup

<sup>61</sup> WIENER, s. 162.

<sup>62</sup> NYGH, s. 178.

<sup>63</sup> LOWENFELD, A. F.: *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*, CARBONNEAU, T. E.(ed): *The lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, 1998, s. 84.

<sup>64</sup> WIENER, s. 162; FASSBERG, s. 72 – 73; NYGH, s. 179.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

olmadığından emin değildir<sup>65</sup>. Yine bütün yazarlar bu ilkeler üzerinde uzlaşmamışlardır<sup>66</sup>. Bunun sonucu olarak, bir kimsenin ya da bir hukuk sisteminin bu ilkelerden birisini reddetmesi imkan dahilindedir<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> LOWENFELD, s. 88 – 89; *Lord Mustill*, bu ilkelerin hakem mahkemelerin kararlarından çıkarıldığını ileri sürmüştür: NYGH, s. 183; Bu ilkelerden bazıları şunlardır:

- Pacta sunt servanda (Ahde vefa ilkesi). Sözleşme kurulduğu andaki şartlarla geçerlik kazanır. Taraflar sözleşmede taahhüt ettikleri edimleri yerine getirmelidirler.
- Rebus sic stantibus (Sözleşmenin değişen şartlara göre revizyonu). Sözleşmenin kurulduğu andaki hükümleri öngörülemeyen nedenlerden dolayı bir taraf için yerine getirilemeyecek derecede ağırlaşırsa akdin hükümlerinin yeniden değiştirilmesini isteyebilir.
- Abus de droit (Hakkın kötüye kullanılması yasağı).
- Culpa in Contrahendo (Akit öncesi sorumluluk). Akit kurulmadan önce kusurlu davranışlarıyla zarara sebebiyet veren kimse, zararı tazminle sorumludur.
- Good faith (İyiniyet karinesi).
- Ahlâka ve adaba aykırı akitler geçersizdir.
- Akitte kararlaştırılmış olmasa bile umulmayan ve beklenmedik halleri taraflar müzakere yolu ile çözebilirler.
- Akitlerde yer alan altın kayıtları geçerlidir.
- Akdî sorumluluk öngörülebilir zararlarla sınırlıdır.
- Kesin şartlar altında, mücbir sebep, tarafları akitten doğan borçtan kurtarır.
- İspat külfeti davacıya aittir.
- Alıcı tarafından eşyanın kullanılması, alıcının eşyayı kabul ettiğine dair bir karine teşkil eder.
- Akdin yorumu gerçekçi ve adil olmalıdır.
- Karşı âkit tarafından itiraz edilmemek koşuluyla, bir tarafın davranışı, şüpheye yer bırakmayacak şekilde akdin değiştirilmesi şeklinde yorumlanabiliyorsa, akdin şartları değiştirilmiş kabul edilir.
- Akit konusu bir malın teslim edilmemesinden doğan zarar, o malın piyasadaki fiyatı esas alınarak tespit edilir. Piyasa fiyatından maksat, o malın satın alınmasında cari olan fiyattır.
- Borçlu karşı iddiada (mukabil dava, takas, mahsup) bulunabilir.
- Hiç kimse kendi kusurlu davranışıyla akitten doğan edimini ifa etmekten kaçınamaz: MOLINEAUX, s. 56 – 57; HUOTTE, s. 26 – 27.

*Lex mercatoria*'ya dahil bazı kurallarda yeknesak sağlanmıştır. Özellikle bazı uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan sözleşmelerin düzenlendiği alanlarda kesinlik sağlanmıştır. Örneğin Birleşmiş Milletler ya da meslek birlikleri gibi kuruluşlar tarafından hazırlanan standart sözleşme tiplerinde ve davranış kodlarında (*Incoterms*) bir yeknesaklığın ve kesinliğin sağlandığı kabul edilmektedir. Yine de bu kuralların sadece belli alanlara ilişkin olduğu ve bütün hukuk sistemlerince de kabul edilemeyebileceği itirazları yapılmaktadır<sup>68</sup>. Ancak *lex mercatoria*'nın içeriğinin tespit edilmesi uygulanacak hukukun kapsamını tayin sorunu ile ilgilidir. Bu ise ayrı olarak ele alınması gereken bir husustur<sup>69</sup>.

Aşağıda açıklanacağı üzere *lex mercatoria*'ya ait kurallar, uluslararası organizasyonlar tarafından, gerek davranış kodları gerek milletlerarası sözleşmeler olarak kodifiye edilmekte ve kesinlik kazandırılmaktadır. Üstelik *lex mercatoria*'nın savunulmasını, öngörülebilirlikten vazgeçilerek anarşinin tercih edilmesi olarak değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü klasik kanunlar ihtilâfi hukukunda da birçok belirsizlik söz konusudur. Mesela kanunlar ihtilâfi hukukundaki kaçış kuralları, takdir yetkisi ve kamu düzeni sebebiyle, akit statüsünün tespitinde bir belirsizliğin olduğu ileri sürülmektedir. Üstelik klasik kanunlar ihtilâfi hukukunda bu kuralların uygulanacak hukuk konusunda “eve dönüş=hâkimin hukukunun uygulanması” için birer araç olarak kullanılması eğilimi de vardır<sup>70</sup>.

#### **b) Bağımsız Bir Hukuk Sistemi Olmadığı İtirazı**

*Lex mercatoria* 'ya yapılan itirazlardan en önemlilerinden birisi de bu kuralların millî bir devlet ya da organ tarafından yürürlüğe konmadığı için, bir hukuk sistemi olmadığıdır. *Lex mercatoria*'nın aleyhinde görüş bildiren müellifler, yetki eksikliği nedeniyle *lex mercatoria*'nın tam bir hukuk sistemi kuramadığını ve bu nedenle bir hukuk sistemi olarak kabul edilemeyeceği iddiasını ileri sürmektedirler<sup>71</sup>. Millî bir hukuk sistemine

<sup>66</sup> HIGHET, K.: The Enigma of the Lex Mercatoria, CARBONNEAU, T. E. (ed): The lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant, 1998, s. 139.

<sup>67</sup> NYGH, s. 183.

<sup>68</sup> WILKINSON, s. 113; NYGH, s. 184.

<sup>69</sup> SARGIN, F.: Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002, s. 194.

<sup>70</sup> NYGH, s. 185.

<sup>71</sup> STOECKER, s. 118; NYGH, s. 182; *Lex mercatoria*'nın, akademik bir fantezi olduğu ve özellikle hukuk sisteminden bahsedebilmek için asgarî bulunması

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

göre yapılmayan sözleşmenin geçerli olamayacağı, çünkü sözleşme ile talep edilebilen haklar oluşturulabileceği halde bir hukukun yaratılamayacağı itirazları yapılmaktadır<sup>72</sup>. Bu kuralların bir hukuk sistemi tarafından yürürlüğü kabul edilmediği sürece, hukuk olarak kabul edilmeleri zordur

Bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için dört tane unsur bulunmalıdır. Bunlar; kural koyan bir makam, kural (norm), uygulama makamları ve icra makamlarıdır. İlk ikisi kurucu unsur, sonrakiler etkinlik unsurlarıdır<sup>73</sup>. Bu unsurların *lex mercatoria*'da olup olmadığını test ettiğimizde, *lex mercatoria*'nın bir hukuk sistemi olduğunu kabul etmek durumunda kalmaktayız. Öncelikle kuralı koyan bir organ vardır ki bu uluslararası ticarî toplumun aktörleridir. Ancak bu sistemde millî hukuk sistemlerinde olduğu gibi kuralı koyan ve kurala uyanlar arasında tam bir ayırım henüz gerçekleşmemiştir. Fakat bu konuda gelişmeler de kaydedilmektedir. Uluslararası organizasyonlar bazı davranış kodları hazırlamakta tacirler de bu kurallara riayet etmektedirler. Bu hukuk sisteminde kural da bulunmaktadır. Uygulama ve icra makamları açısından baktığımızda da bazı gelişmeler görmek mümkündür. Öncelikle günümüzde millî hukuk sistemleri dışında millî olmayan hakem mahkemeleri bulunmaktadır. Örneğin Milletlerarası Ticaret Odasının tahkim mahkemeleri ve tahkim kuralları bulunmaktadır. Bu gelişme *lex mercatoria*'nın uygulama makamlarının da geliştiğini göstermektedir.

---

gereken şartların bulunmaması sebebiyle bir hukuk sistemi oluşturamadığı yönünde bkz: WILKINSON, s. 112 – 115.

<sup>72</sup> WIENER, s. 168.

<sup>73</sup> Bir görüşe göre bu unsurlar şunlardır: Birincisi, kabul edilebilirlik ve genel uygulanma kabiliyeti; ikincisi yetki ve tutarlılık; üçüncüsü, öngörülebilirlik ve dördüncüsü adil olmasıdır. *Lex mercatoria*'nın kabul edilebilirliği, genel uygulanma kabiliyeti ve adil olması hususunda bir itirazla karşılaşmayacağı belirtilmektedir. Zorlukların daha çok öngörülebilirlik, yetki ve tutarlılık bakımından ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Uzun yıllardan sonra oluşan uluslararası tahkim içtihadı göstermiştir ki bu kurallarda bir tutarlılık ve uyum da sağlanmıştır. Uluslararası ticaret toplumu için tahkim kararlarından bazı temel ilke ve kaideler çıkarılmıştır. *Lex mercatoria* milletlerarası ticarî toplumda carî olan uygulamalardan ve teamüllerden oluştuğu için öngörülebilirlik bakımından bir sıkıntının olmayacağı da kabul edilmektedir. Ancak aynı kesinliğin yetki bakımından olmadığı kabul edilmektedir. Uluslararası ticarete var olan teamüllerin uluslararası ticaret hukukunun *jus cogens* kuralları olduğuna dair iddialar da henüz bir kesinlik kazanmamıştır. Bu konuda fazla bilgi için bkz: LOWENFELD, s. 140 – 141.



Uluslararası ticarî toplumun kabul ettiği ya da uluslararası tahkim mahkemelerinden verilen kararlara uyulmadığı zaman da, uluslararası ticarî toplum bu kararlara uymayanlara kendine özgü yaptırımlar uygulamaktadır<sup>74</sup>. Mesela kurallara uymayan kimseler meslekî birliklerden atılmakta ve ticaret hayatından uzaklaştırılmaktadır. Bu unsurlar birlikte değerlendirildiğinde *lex mercatoria*'nın bir hukuk sistemi olduğunu kabul etmek gereklidir. Bununla birlikte *lex mercatoria*'nın uygulama ve icra makamlarını millî hukuk sistemleri ile karşılaştırdığımızda henüz tam ve etkin bir hukuk sistemi olmadığını da kabul etmek gereklidir. Aynen uluslararası hukuk gibi *lex mercatoria* da gelişmekte olan bir hukuk sistemidir. Henüz gelişmesini tamamlamamış etkin bir hukuk sistemi haline gelememiştir. Üstelik bu kuralların uygulanması millî hukuk sistemlerine bağlıdır. Bu bakımdan millî hukuk sistemleri ile kıyasladığımızda *lex mercatoria*, tekemmül etmemiş veya eksik bir hukuk (*soft law*) sistemidir<sup>75</sup>.

*Lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk sistemi olmadığı itirazı, bu kuralların ortaya çıkış nedenlerini ve uluslararası ticarî ilişkileri idare etmede millî hukukların yetersizliğini göz ardı etmektedir. Bu itiraz teorik olarak doğru kabul edilse bile realiteyi göz ardı etmektedir. Bu hukuk sisteminin mevcudiyeti kabul edilmese bile bu kurallar varlığını devam ettirmekte ve tacirler arasında uygulanmaktadır. Üstelik hakem mahkemelerinden verilen kararların millî hukuk sistemlerince tanınması da bu kuralların dolaylı olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir<sup>76</sup>.

## 2. *Lex Mercatoria*'nın Kaynakları

*Lex mercatoria* olarak ifade edilen kuralların kaynakları konusunda, doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bazı yazarlar<sup>77</sup> *lex mercatorina*'nın kaynakları olarak; hukukun genel ilkeleri, devletler umumî hukuku kuralları, örf, âdet ve teamül hukuku kuralları, standart sözleşmeler ve yayınlanan hakem kararlarını saymaktadırlar. Bu yaklaşım

<sup>74</sup> BERGER, s. 956; bir hukuk kuralının etkinliğinin mutlaka millî hukuk sistemlerinde olduğu gibi cebir ile sağlanmasının şart olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Mesela uluslararası hukukta karşılıklılık ilkesi bir yaptırım aracı olarak kullanılabilir ve bu yaptırım aracı millî hukuktakilerden farklıdır. Milletlerarası hukuk ve *lex mercatoria*'nın yaptırım sorunları hakkındaki karşılaştırma için bkz: WIENER, s. 168 vd.

<sup>75</sup> LOWENFELD, s. 140.

<sup>76</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 322; STOECKER, s. 118; NYGH, s. 182.

<sup>77</sup> STOECKER, s. 120; LANDO, s. 749.

geniş kapsamlıdır<sup>78</sup>. Dar kapsamlı yaklaşım ise, *lex mercatorina*'nın uluslararası ticarî örf ve âdetlerden oluştuğunu kabul etmektedir<sup>79</sup>. Bu çalışmada geniş kapsamlı olarak *lex mercatorina*'nın kaynaklarına kısaca değinilecektir.

**a) Ticarî örf, âdet ve teamüller**

*Lex mercatoria*'nın en önemli kaynaklarından birisi, uluslararası tacirler arasında uygulanan ticarî örf, âdet ve teamüllerdir. *Lex mercatoria*'nın özünü bu kurallar oluşturmaktadır<sup>80</sup>. Ticarî örf ve âdetler bir meslek ya da alanda bütün tacirler arasında genel kabul görmüş ve hukuk sistemlerinde belli bir hiyerarşiye yerleşmiş uygulamalardır<sup>81</sup>. Ticarî örf ve âdetler mahalli hukuklarda da hukuk kaynağı olarak kabul edilmişlerdir. Ancak mahalli hukuk sistemlerinde örf, âdet ve teamüller boşlukları doldurmada tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kaynağıdır. Oysa milletlerarası ticarî ilişkilerde örf, âdet ve teamüller daha önemli ve daha üst derecede bir kaynak olarak telâkkî edilmektedir<sup>82</sup>.

Bir kuralın teamül kuralı olabilmesi için, bütün ticaret topluluğu tarafından kabul edilmesi ve uygulanması gerektiğine dair genel inancın olması gerekmektedir. Bir kuralın *lex mercatoria*'ya dahil olduğunun kabul edilebilmesi için uluslararası ticaret topluluğu tarafından benimsenmelidir. Taraflar kararlaştırmamış olsalar bile bu tür kuralların uygulanması gerektiğine dair bir inanışın olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile taraflar sözleşmelerinde açık olarak kararlaştırmaları bile bu kurallarla bağlıdırlar. Tacirin böyle bir kuralın varlığından haberdar olmaması halinde, kendisinden haklı olarak bu kuralı bilmesi beklenmekteyse, kural bağlayıcı olacaktır<sup>83</sup>.

Örf ve adet kuralları hakkında iki yaklaşım bulunmaktadır. Birinci yaklaşıma göre bu kurallar, yazılı olmayan uluslararası teamül hukukunun bir parçasıdır. İkinci yaklaşıma göre ise bu tür kurallar, akdin yazılı

---

<sup>78</sup> DOĞAN, s. 84.

<sup>79</sup> WILKINSON, s. 107; STOECKER, s. 119 – 120; DOĞAN, s. 84.

<sup>80</sup> VOLKART – MANGELS, s. 430;

<sup>81</sup> GOODE, s. 7; VOLKART – MANGELS, s. 430.

<sup>82</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 342; Örneğin *lex mercatoria* içinde kabul edilen bir uluslararası sözleşmenin uygulanabilmesi için, sözleşmenin devletlerce iç hukuklarına intikali gerekmektedir. Hâlbuki ticarî teamüller için bu şekilde bir şart bulunmamaktadır: GOODE, s. 4.

<sup>83</sup> VOLKART – MANGELS, s. 430.

olmayan şartlarıdır. İngiliz Hukukunda ikinci yaklaşım tercih edilmiştir<sup>84</sup>. Milletlerarası alanda ticarî örf, âdet ve teamül; bir kısmı genel olarak milletlerarası ticarete; diğer bir kısmı ise özel alanlarda, milletlerarası ticaretin aktörlerinin tamamı ya da çoğunluğu arasında yazısız da olsa, yıllarca uygulana uygulana oluşmuş, uyulması zorunlu davranış kurallarıdır. Uluslararası ticarete katılan aktörler, sözleşmede açıkça belirtmemiş olsalar bile, bu kuralların kendiliğinden uygulanacağını kabul etmektedirler<sup>85</sup>.

Birçok milletlerarası konvansiyon ve belgede ticarî örf, âdet ve teamüllerin, taraflar için bağlayıcı olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Menkul satımına ilişkin 1980 tarihli Viyana Konvansiyonunun 9. maddesinde; *UNDRUIT* tarafından hazırlanan "Uluslararası Ticarî Akitlere ilişkin Prensipler" belgesinin 1.8. maddesinde; akit hukuku alanında Avrupa Birliği Komisyonunun hazırlamış olduğu "Avrupa Akit Hukukunun Prensipleri" belgesinin 1.103. maddesinde, tarafların aralarında carî olan örf, âdet ve teamüllerle bağlı oldukları vurgulanmıştır<sup>86</sup>.

Özellikle milletlerarası ticarî tahkimde, milletlerarası ticarî örf âdet ve teamüllerin önemli bir yeri bulunmaktadır. Çünkü uluslararası tahkimi düzenleyen konvansiyon ve belgelerde, taraflarca esasa uygulanacak hukuk seçilsin ya da seçilmesin, ihtilâfın çözümünde hakemlere daima ticarî örf, âdet ve teamülleri uygulama talimatı verilmiştir. Bunun nedeni, ticarî örf, âdet ve teamüllerin, milletlerarası ticaret camiası için objektif kural ve uygulamalar olarak mütalâa edilmesidir. Milletlerarası ticarî tahkimde, ticarî örf, âdet ve teamüllere, akitlerin icrasında, akit hükümlerinin tarif ve tefsirinde, tarafların hak ve borçlarını tayinde sıkça başvurulmaktadır<sup>87</sup>.

Uluslararası ticarî camiada cari olan örf, âdet ve teamüller uluslararası kuruluşlarca kodifiye edilmektedir. Özellikle, uluslararası ticaretin belirli bir dalındaki uygulamalarından doğan örf, âdet ve teamüller, uluslararası kuruluşlar tarafından "kodlar", "genel şartlar" veya "standart tip sözleşmeler" olarak kodifiye edilmektedir. Kodifiye edilen bu kuralların özü, milletlerarası ticaret camiasının zaman içindeki uygulamalarından doğan ortak anlayış ve tatbikatlardır<sup>88</sup>. Bu tür düzenlemeler, özellikle Milletlerarası Ticaret Odası tarafından

<sup>84</sup> GOODE, s. 7 – 8; DOĞAN, Akreditif, s. 36.

<sup>85</sup> WILKINSON, s. 100; s. 465; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 342 – 243.

<sup>86</sup> VOLCART – MANGELS, s. 430; bu kurallar hakkında fazla bilgi için bkz: BERGER, s. 965 vd.

<sup>87</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 343 – 344.

<sup>88</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 332 – 333.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

yapılmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odasının en yaygın ve tanınmış düzenlemeleri, milletlerarası karakterli ticarî terimlerin tefsirine ilişkin "INCOTERMS"<sup>89</sup> ler ve "Vesikalı Kredilerle İlgili Yeknesak Kurallar ve Teamülleri"<sup>90</sup> dir. Ayrıca milletlerarası ticaretin pek çok sektörü ile ilgili örf, âdet ve teamüller Milletlerarası Ticaret Odası ve o alanda kurulmuş birlikler tarafından kodifiye edilmiştir. Mesela, bankalar, sigorta şirketleri ve diğer garantörler tarafından verilen teminatlar için düzenlenen "Akdî Teminatlar İçin Yeknesak Kurallar" başlığı altında bir düzenleme Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yapılmıştır<sup>91</sup>. Bu tür kodların amacı, ilgili oldukları milletlerarası ticaret alanını düzenlemektir. Bu tür düzenlemelerin gerek şekli gerek maddî kaynakları ve gerekse düzenleyen kişi ve kuruluşların nitelikleri göz önüne alındığında bunların *lex mercatoria*'nın kaynaklarından olduğu şüphe edilemez. Hatta bunların gerçek anlamda milletlerarası ticaret hukuku olduğu söylenebilir. Çünkü bu uygulama kodları, ilgili alanlarda milletlerarası ilişkilerden doğan örf, âdet ve teamüllerden oluşmaktadır<sup>92</sup>.

*Lex mercatoria*'nın kaynaklarından ticarî örf, âdet ve teamül kurallarının bir kısmı da standart sözleşme tipleridir<sup>93</sup>. Standart sözleşme tipleri, milletlerarası ticaretin muayyen alanlarında faaliyet gösteren işadamlarının oluşturduğu kurum ve kuruluşlarca, kendi aralarında ortak norm ve uygulamalarının geliştirilmesi amacıyla hazırlanmaktadır. Neticede bir standart sözleşme formu da o alanda var olan ticarî örf, âdet

---

<sup>89</sup> Milletlerarası Ticaret Odası uluslararası ticarî sözleşmelerde tarafların sorumluluklarını tespit etmek amacıyla sözleşmede kullanılan terimlerin – özellikle de teslim şekillerine dair terimlerin – tanımlanmasına dair ortak bir anlayış geliştirmiştir. Burada kullanılan terimler uluslar arası ticaretin bütün branşlarında kabul görmektedir: VOLCKART – MANGELS, s. 431.

<sup>90</sup> WILKINSON, s. 110; düzenlemelerin tam metinleri için bkz: EKŞİ, E.: Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, İstanbul 1999, s. 169 – 235, 119 – 156; bu kuralların hukukî niteliği hakkında; hukuk normu, örf ve adet kuralı, ticarî teamül, *lex mercatoria* ve genel işlem şartı görüşleri bulunmaktadır. Bu görüşler hakkında fazla bilgi için bkz: DOĞAN, V.: Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Ankara 2003, s. 30 – 36, (Akreditif).

<sup>91</sup> Geniş bilgi için bkz: ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 336 vd.

<sup>92</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 337; DOĞAN, Akreditif, s. 34.

<sup>93</sup> LANDO, s. 751; WILKINSON, s. 110; VOLCKART – MANGELS, s. 431.

ve teamüllere göre oluşturulmaktadır<sup>94</sup>. Bu nedenle daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bir milletlerarası kuruluşun standart sözleşme hazırlaması ve bunu *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak ileri sürmesi yeterli değildir. Bunun yanında standart sözleşme tipinin o alanda carî olan ticarî örf, âdet ve teamüle göre hazırlanması gerekmektedir<sup>95</sup>. Standart sözleşme tiplerinin *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak değerlendirilebilmesi ancak geniş bir uygulama alanına sahip olması ile mümkündür. Bu gün için genel kabul görmüş olarak uygulanan bir standart sözleşme tipinin bulunmadığı itirazları yapılmaktadır. Bu nedenle de bu kuralların uygulanacağı kararlaştırılmadığı müddetçe hâkimlerin ya da hakemlerin kendiliğinden bu kuralları uygulamayacakları ileri sürülmektedir<sup>96</sup>. Bu tür örf, âdet ve teamüller âkit taraflarca akde uygulanması kararlaştırılmışsa uygulanacaktır. Ancak taraflarca böyle bir seçim yapılmamış olsa bile bu tür kuralların, mahkemelere ve hakemlere yol gösterici nitelikte olduğu da kabul edilmektedir<sup>97</sup>.

#### **b) Devletler Umumî Hukukunun Genel Prensipleri**

Devletler umumî hukukunun genel prensipleri, *lex mercatorina*'nın önemli kaynaklarından birisidir. Özellikle akdî ilişkinin taraflarından birisi devlet ya da bir devlet kuruluşu olduğu zaman tercihen bu prensipler uygulanmaktadır. Devletler hukukunun prensipleri, milletlerarası karakterli ticarî ilişkilerin mahiyet ve özelliklerine uygun olduğu ölçüde uygulanabilmektedir. Ayrıca bu prensipler, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklara da uygulanabilmektedir<sup>98</sup>.

Bazı yazarlar devletler umumî hukukuna ait bir kuralın devletler umumî hukukuna ait bir kural olduğu için değil, uluslararası ticaret toplumunun anlayışına uygun bir örf ve âdet kuralı olması sebebi ile *lex mercatoria*'nın bir bölümü olarak kabul edilmesinin gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>99</sup>. Bu kuralların milletlerarası ticarî ihtilâflara uygulanabileceği konusunda, 18 Mart 1965 tarihli Dünya Bankası Konvansiyonunda bir hüküm bulunmaktadır. Bu Konvansiyonun 42. maddesinde, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda milletlerarası hukukun genel prensiplerinin uygulanabileceği belirtilmiştir.

<sup>94</sup> AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 10; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 333; VOLCKART – MANGELS, s. 431.

<sup>95</sup> STOECKER, s. 120; WILKINSON, s. 111.

<sup>96</sup> AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 31; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 334; WILKINSON, s. 111.

<sup>97</sup> LANDO, s. 751.

<sup>98</sup> LANDO, s. 749.

<sup>99</sup> STOECKER, s. 120.

Konvansiyonun 42. maddesinde ifade edilen kurallar, millî hukuk sistemlerini, milletlerarası hukuku, hukukun genel prensiplerini ve millî olmayan hukuk sistemlerini kapsamaktadır<sup>100</sup>. Özellikle hakemlere, uyuşmazlığı, dostane çözüm aracına (*amiable compositeurs*) göre çözüme yetkisi tanındığında, bu kuralların uygulamasına karşı çıkmanın zor olduğu kabul edilmektedir<sup>101</sup>.

### c) Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri, millî hukuk sistemlerinin tamamı ya da büyük çoğunluğu tarafından ortak olarak kabul edilen prensip ya da kurallardır<sup>102</sup>. Milletlerarası ticarete kabul görmüş bazı teamüller millî hukuk sistemlerinde de bulunduğu için hukukun genel prensipleri olarak kabul görmeye başlamıştır<sup>103</sup>. Bu kurallar *lex mercatoria*'nın gelişmesine paralel olarak örf ve âdet kuralları gibi zaman içerisinde uygulanıyormuş gibi görünmektedir. Gerçi tarihî süreç içerisinde daha ulus devletlerin henüz teşekkül etmediği zamanda bu kuralların oluşmaya başladığı kabul edilmekle birlikte modern anlamda *lex mercatoria* oluşmaya başlamadan önce de bu kurallar millî hukuk sistemlerinde bulunmaktaydı<sup>104</sup>. Netice olarak bu kurallar bütün insanlığın ortak değerlerine dayanmaktadır.

Doktrinde hukukun genel ilkeleri olarak; ahde vefa (*pacta sunt servanda*), akdın değişen şartlara uyarlanması (*rebus sic stantibus*), iyiniyet (*bono fide*), kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılmaması, kimsenin sahip olduğu haklardan fazlasını devredemeyeceği, verilen zararın tazmini vs. gibi millî ve milletlerarası hukuk sistemlerinde müştereken bulunan prensipler sayılmaktadır<sup>105</sup>.

Ancak hukukun genel ilkelerinin tespiti her zaman kolay olmayabilir. Buna rağmen hukuk sistemlerinin karşılaştırılarak bir analizinin yapılması suretiyle, Dünyadaki millî hukuk sistemlerinin çoğunda mevcut olan genel prensipler tespit edilebilir. Ayrıca bu ilkelerin bütün millî hukuk sistemlerinde bulunmasının gerekli olmadığı da ileri

<sup>100</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 143; LANDO, s. 749.

<sup>101</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 302.

<sup>102</sup> WILKINSON, s.108; benzer bir tanım için bkz: DOĞAN, Teminat mektupları, s. 81.

<sup>103</sup> Milletlerarası ticarete var olan teamül kuralları ile hukukun genel prensipleri arasındaki ilgi ve bağlantı hakkında fazla bilgi için bkz: GOODE, s. 16 vd.

<sup>104</sup> Hukukun genel ilkelerinin antik çağlardan itibaren oluşmaya başladığı kabul edilmektedir: VOLCKART – MANGELS, s. 431.

<sup>105</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 151; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 82; VOLCKART – MANGELS, s. 431.

sürülmektedir. Uyuşmazlıkla ilgili ülkelerde kabul edilen ve aynı sonucu veren genel hukuk prensiplerinin, velev ki diğer ülkelerde kabul edilmemiş olsa da, yeterli olacağı savunulmaktadır<sup>106</sup>.

Bazı yazarlar<sup>107</sup>, uluslararası ticaret toplumunun farklı ülke insanlarından meydana geldiği ve bütün ülkelerde kabul görmüş genel ilkelerin az sayıda olduğu gerekçesiyle *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında bu kuralların sayılamayacağını ileri sürmektedirler. Üstelik hukukun genel ilkelerinin, hukuk sistemlerinde zor bulunduğu, sanıldığı kadar kullanışlı olmadığı ileri sürülmektedir. Bunun yanında bu prensiplerin çok genel olduğu ve somut olay için çözüm getiremeyeceği itirazları da yapılmaktadır<sup>108</sup>.

Bu gün için bu görüş azınlıkta kalmaktadır. Hukukun genel ilkeleri bir ihtilâfın çözümünde kullanılabilir<sup>109</sup>. Tatbikatta hakem mahkemelerinde bu prensiplerin seçilmesine büyük bir itina gösterilmektedir. Bu tür kuralların seçimi, muayyen akitler bakımından hayati bir ihtiyacı karşılamaktadır. Özellikle taraflardan birinin devlet ya da bir devlet kuruluşu olduğu ihtilâflarda yaygın biçimde kullanılmaktadır<sup>110</sup>. Hukukun genel ilkeleri modern anlamda *lex mercatoria*'nın emniyet ağı olarak kabul edilmektedir. Milletlerarası ticarete kabul edilen teamüller hukukun genel ilkeleri tarafından tamamlanmaktadır<sup>111</sup>.

#### **d)Uluslararası Organizasyonların Kodifiye Ettiği Kurallar**

Uluslararası ticaretin serbestleşmesi amacıyla, uluslararası alanda faaliyet gösterecek organizasyonlar kurulmuştur. Bu organizasyonların kimi kamu hukuku karakterlidir. Yani devletler tarafından kurulmuştur. Mesela UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu), UNCTAD (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı), UNDROIT (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına dair Milletlerarası Hukuk Enstitüsü) gibi kuruluşlar bu karakterdedir. Kimileri de özel hukuk karakterli olup uluslararası ticaretin aktörleri tarafından

<sup>106</sup> LANDO, s. 750.

<sup>107</sup> WILKINSON, s. 108.

<sup>108</sup> WILKINSON, s. 108; Mesela *rebus sic stantibus* kuralı bir genel hukuk kuralı olarak kabul edilmesine rağmen uygulanışı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde olabilmektedir: GOODE, s. 18.

<sup>109</sup> Geniş bilgi için bkz: ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 295.

<sup>110</sup> Geniş bilgi için bkz: ŞANLI, Ticarî Tahkim, s.150 – 163.

<sup>111</sup> VOLCKART – MANGELS, s. 431.

kurulmuştur. Örneğin Paris'te kurulan Milletlerarası Ticaret Odası bu karakterdedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, sektörel alanlarda kurulmuş uluslararası organizasyonlar da bulunmaktadır. Bu uluslararası kuruluşlar, kendi alanlarında uluslararası ticarî ilişkilerle ilgili olarak çözümler ve tavsiyeler getirmekte ve bu ilişkileri idare eden kodlar kabul etmektedir<sup>112</sup>. Kural olarak bunlar ülke hukukları için bağlayıcı değildir ancak yol göstericidir. Bu kurallar, uluslararası hakem mahkemelerine rehberlik etmektedir<sup>113</sup>.

Sektörel alanlarda kurulmuş olan uluslararası kuruluşlar üyelerinin uyacağı kurallar ve standart tip sözleşmeler hazırlamaktadırlar. Örneğin milletlerarası inşaat sektörü alanında kurulmuş *FIDIC* (Milletlerarası Müşavirler Mühendisleri Federasyonu) inşaat sözleşmeleri ile ilgili olarak standart kurallar hazırlamış ve yayınlamıştır<sup>114</sup>. Yine bu kuruluşlar, milletlerarası ticarî ilişkilere doğrudan uygulanmak üzere bazı konvansiyon ve model kanun tasarıları hazırlamaktadırlar. Bu konvansiyon ve model kanun tasarılarının amacı uluslararası ticaretin hukukî rejimini oluşturmaktır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu tür konvansiyon veya belgeleri imzalayıp iç hukuklarına intikallerini sağlayan devletler, bu kuralları iç hukukun bir parçası haline getirmişlerdir. Bu nedenle bu kurallar millî mahkemelerde uygulanacaklardır. Hakem mahkemelerinin bu kuralları uygulamaları, bu belge ve konvansiyonların, menşei itibariyle tarafsız normlar teşkil etmesi ve ihtilâf konusu ilişkinin mahiyetine uygun düşmesidir<sup>115</sup>. Bu tür düzenlemelere örnek olarak Deniz ticaretine ilişkin olarak *La Haye-Wisby* kuralları, Uluslararası Ticarî Tahkime ilişkin *UNCITRAL* Model Kanunu, Uluslararası Menkul Satımına Dair Viyana Sözleşmesi, 1930 ve 1931 tarihli Milletlerarası Poliçe, Bono ve Çek Hukukuna ilişkin Yeknesak Kanun Sözleşmeleri sayılabilir<sup>116</sup>.

#### f) Hakem Kararları

*Lex mercatoria*'nın kaynaklarından bir tanesi de yayınlanmış gerekçeli hakem kararlarıdır. Özellikle milletlerarası camiada kabul edilen kuralları belirleyen, ortaya koyan hakem kararları, *lex mercatoria*'nın

---

<sup>112</sup> LANDO, s. 750.

<sup>113</sup> LANDO, s. 750.

<sup>114</sup> MOLINEAUX, C.: Moving Toward a Construction Lex Mercatoria, A Lex Constructionis, Journal of International Arbitration, Vol.14. No.1, 1997, s. 59; AKINCI, Z.: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s. 24, (İnşaat Sözleşmeleri).

<sup>115</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 326.

<sup>116</sup> WILKINSON, s. 109; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 327.



kaynaklarından kabul edilmektedir. Bu nitelikteki kararların yayınlanması *lex mercatoria*'nın gelişmesini sağlamaktadır<sup>117</sup>. Aynı nitelikte bir ihtilâf hakkında hakem mahkemelerinin benzer kararlar vermesi ve bu kararların da tenfiz edilen ülkelerin kamu düzenlerine aykırı olmaması, *lex mercatoria*'ya ilişkin genel prensiplerin oluşumuna katkıda bulunmaktadır. Hatta hakem kararlarının yayınlanması ile birlikte bir içtihat (*case-law*) hukukunun oluşabileceği dahi ileri sürülmektedir<sup>118</sup>. Milletlerarası hakemler tarafından *lex mercatoria*'ya dayanılarak verilmiş hakem kararlarının bağlayıcı bir güce sahip olabileceği konusunda bir konsensüs olması durumunda, hakem kararları *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında yer alabilecektir<sup>119</sup>. Ancak, tarafların tahkime başvurma sebeplerinden birisi olan gizlilik, hakem kararlarından milletlerarası (ticarî örf, âdet ve teamüllerin) genel prensiplerin tespitini güçleştirmektedir. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yapılan ve tarafların izin verdiği hakem kararları yayınlanmaktadır. Sadece bu kararların yayınlanması ise *lex mercatoria*'ya ait prensiplerin tespit edilmesinde yetersiz kalmaktadır. Bunun yanında, bağımsız olarak yapılan *ad-hoc* hakem kararları da yayınlanmalıdır. Ancak hakem kararlarının yayınlanması, tacirler tarafından arzu edilmemektedir. Bunun başlıca sebebi ticarî sırlarının yayılması ve kamuoyunda oluşabilecek menfi düşüncelerdir. Bu nedenle hakem kararlarının yayınlanması tahkimin ana sebeplerinden olan gizlilik perdesinin kalkması anlamına gelmektedir<sup>120</sup>.

Hakemler, uymak zorunda oldukları bir *lex fori*'ye sahip olmadıkları ve hakkaniyet ve nısfete göre karar verebildikleri için somut olay bakımından öncelikle adaletli bir karar vermek zorundadırlar. Bu nedenle hakem mahkemesi, daha önceki hakem kararlarıyla kendilerini bağlı hissetmemektedirler. Bu şekilde oluşacak bir *case-law* hukuku da *lex mercatoria*'nın gelişimine uygun değildir. Çünkü bir hakem, ticarî örf ve âdetleri diğer bir hakemden farklı yorumlayabilir ve farklı bir sonuca varabilir. Üstelik bir olayda uygulanan katı kurallar, milletlerarası ticaretin çabuk değişmesinden dolayı anlamsız hale gelebilir<sup>121</sup>. Bununla beraber, son zamanlarda kısmen de olsa, yayınlanabilen hakem kararlarından, hakemlerin ticarî örf, âdet ve teamüllere istinat eden milletlerarası ticaretin

<sup>117</sup> LANDO, s. 751; STOECKER, s. 120; WILKINSON, s. 111.

<sup>118</sup> WILKINSON, s. 111.

<sup>119</sup> STOECKER, s. 121.

<sup>120</sup> STOECKER, s. 121.

<sup>121</sup> STOECKER, s. 121.

ihtiyaç ve özellikleri ışığında, yeni bir *lex mercatoria*'nın yaratılmasına katkıda buldukları müşahede edilmektedir<sup>122</sup>.

### III. LEX MERCATORIA VE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

#### A) GENEL OLARAK

*Lex mercatoria*'nın ortaya çıkış sebeplerinden birisinin de karmaşık kanunlar ihtilâfi kurallarından kurtulmak olduğunu zikretmiştik. Gerçekten de kanunlar ihtilâfi hukukunun ve *lex mercatoria*'nın aynı probleme yaklaşım tarzı birbirine tamamen zıttır. Kanunlar ihtilâfi kuralları bir ihtilâfi millî hukuk sistemlerinden birine bağlamaya çalışırken, *lex mercatoria* ihtilâfin çözümünü millî hukuk sistemlerinin dışında aramaktadır. Kanunlar ihtilâfi kurallarının tarafların hiç öngörmediği bir hukuku yetkili kılabilmesi ihtimali için bazı yazarlar<sup>123</sup> “karanlığa atlama” nitelemesi yapmaktadırlar. Bu sebeple klasik kanunlar ihtilâfi kurallarının tarafların menfaatlerini ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını dikkate almadığı itirazları yapılmaktadır. Bu yazarlara göre, milletlerarası özel adaleti ancak bir ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanmasını diğerlerine tercih etmektedir. Üstelik mahkemeler de kendi hukuklarını uygulama gayreti içinde olmaktadır<sup>124</sup>.

Bununla birlikte *lex mercatoria*'nın millî mahkemelerde uygulanışı ile hakem mahkemelerinde uygulanışını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Yine *lex mercatoria*'nın taraflarca seçilmesi ile seçilmemesinin farklı sonuçları olabilmektedir.

#### B) LEX MERCATORI'NIN MİLLÎ MAHKELERDE UYGULANMASI

Millî mahkemelerde *lex mercatoria*'nın uygulanması çeşitli ihtimallerde ortaya çıkmaktadır. İlki, tarafların hiçbir ülke hukukunu seçmeden *lex mercatoria*'yı uygulanacak hukuk olarak seçmeleridir. İkincisi de tarafların bir ülke hukuku ile birlikte *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırmalarıdır.

##### 1. Herhangi Bir Ülke Hukuku Seçilmeden *Lex Mercatoria*'nın Uygulanması

Millî mahkemeler, ülkelerinde mer'î hukuk kuralları ile – ki bu kurallar bir kanun koyucu tarafından yürürlüğe konulmuş olsun ya da örf ve âdet hukuku şeklinde oluşmuş olsun – bağlıdır. Hâkim kendi ülkesinde yürürlükte olan kanunlar ihtilâfi kuralına göre tespit ettiği yetkili hukuku

<sup>122</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 344.

<sup>123</sup> BERGER, s. 952.

<sup>124</sup> Milletlerarası özel hukuk kurallarının milletlerarası ticarî ihtilâflar çözmede yetersizliği ve uygunsuzluğu hakkında fazla bilgi için bkz: BERGER, s. 953.

uygulamak zorundadır. Millî hukuklarda taraflara tanınmış olan irade muhtariyeti gereğince, taraflar akde uygulanacak hukuku serbestçe tespit edebileceklerdir. Pek çok hukuk sisteminde taraflara hukuk seçimi imkanı bir sınırlama olmaksızın tanınmaktadır. Taraflar aralarındaki akdî ilişkinin hükümlerini istedikleri gibi düzenleyebilecekleri gibi akdin hükümlerini tamamen yabancı bir hukuka da tâbi kılabilenlerdir. Pek az hukuk sistemi seçilen hukukun ya da kuralların akitle ya da taraflarla bir bağlantısı olma şartını aramaktadır. Taraflar bir hukuk sisteminin kurallarını akdin hükümleri olarak akde açıkça yazabilecekleri gibi bir ülkenin hukuk kurallarını akit hükümleri olarak da kararlaştırabilirler<sup>125</sup>.

*Lex mercatoria*'nın akit statüsü olarak seçilip seçilemeyeceği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, seçilebilecek hukuk sistemleri açısından bazı sınırlamaların olduğu kabul edilerek, taraflar, ancak bir ülkede bağımsız bir otorite tarafından yürürlüğe konmuş hukuk sistemlerini seçebileceklerdir. Bu bağlamda, akdin tarafları akde uygulanmak üzere, herhangi bir ülkenin hukukunu seçmeden, hukukun genel ilkelerini (iyi niyet, nısfet, akde vefa, hakkaniyet adalet...vs.) ya da *lex mercatoria*'yı seçemezler<sup>126</sup>. Şimdiye kadar millî mahkemelerde, *lex mercatoria*'nın akdi idare eden hukuk olarak doğrudan uygulanmadığı iddia edilmiştir<sup>127</sup>. Bunun nedeni olarak da millî hukuk sistemlerinde seçilecek hukukun ancak "ülke hukuku" olması şartı gösterilmiştir. *Lex mercatoria*, asgarî oranda bir hukuk düzeni olmadığı için bir ihtilâfin çözümünde de dayanak olarak kabul edilemeyecektir. Yani tarafların hak ve borçları, sorumlulukları bu kurallara göre tespit edilemez. Tarafların talepleri ve sorumluluklarını tespit bu kurallar hem belirsiz hem de yetersizdir. Yine mahkemeler bir hukuk kuralına istinaden ihtilâfı çözmek zorundadır. Millî mahkemelerin, millî hukuk kurallarını dikkate almadan hakkaniyet ve nısfet esaslarına göre karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Bu sebeple bir millî hukuk sisteminden bağımsız olarak *lex mercatoria*'nın seçilmesi mümkün değildir. Akdî ilişkiden doğan

<sup>125</sup> FASSBERG, s. 75; NYGH, s. 187; sözleşmeye yabancı hukukunun sadece belli hükümlerinin sözleşme hükmü olarak seçilmesi hakkında fazla bilgi için bkz: EKŞİ, N.: Incorporation, MHB, C. 19 – 20, 2000, s. 263 vd.

<sup>126</sup> DICEY – MORRIS, The Conflict of Laws, London 1993, s. 1218; JILLANI, A.: The Choice of Law in Commercial Relations: A German Perspective, International and Comparative Law Quartely, Vol. 37, 1998, s. 941; TİRYAKİOĞLU, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 24.

<sup>127</sup> STOECKER, s. 107; JILLANI, s. 941.

hukukî ihtilâfın çözümünde mutlaka bir millî hukuk sistemi ile bağlantı kurulmalıdır<sup>128</sup>.

Ayrıca bir ülkenin millî mahkemelerinde *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk olarak seçimine imkan verilmesi, milletlerarası tacirlere millî hukuk kurallarından imtina edebilmelerine izin verilmesini ve alternatif bir hukuk olarak kendilerinin oluşturmuş olduğu *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kabul etmek anlamına gelmektedir. Taraflar akde uygulanacak herhangi bir millî hukuk sistemini seçmeden *lex mercatoria*'yı seçmişlerse bu seçim geçersiz kabul edileceğinden, akit statüsü objektif kriterlere göre tespit edilecektir<sup>129</sup>. Günümüzde hâkim olan doktrin ve mahkeme uygulamalarına göre, âkit taraflar milletlerarası unsuru havi akdî ilişkilere uygulanmak üzere yetkili hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçmişlerse bu seçim, millî mahkemeler tarafından dikkate alınmamaktadır<sup>130</sup>. Bu görüş taraftarlarına göre, belli bir ülkede pozitif

<sup>128</sup> NYGH, s. 186; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 284.

<sup>129</sup> DOĞAN, s. 283 – 284; Avrupa Birliğinde Akitlere Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesinin raportörlerinden olan LAGARDE, Sözleşmenin 3. maddesinde kabul edilen irade muhtariyeti ilkesinin millî olmayan bir hukuk sisteminin seçilmesine izin vermediğini, eğer bu şekilde bir seçim yapılmışsa seçimin geçersiz kabul edilerek objektif bağlama esaslarına göre akde uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir: NYGH, s. 187; İngiliz Hukukunda da aynı yaklaşım benimsenmiştir: DICEY – MORRIS, s. 1218.

<sup>130</sup> Bu görüşe göre, böyle bir seçimin tamamen geçersiz ve etkisiz değildir; yalnızca milletlerarası özel hukuk anlamında irade muhtariyeti anlamına gelmemektedir. Bu görüşte olanlar, tarafların, bir millî hukuku seçimi yapmadan *lex mercatoria*'yı seçmelerinin, iç hukuk anlamında irade muhtariyeti anlamına geldiği, diğer bir ifade ile akit statüsünün izin verdiği ölçüde, bu kuralların uygulanabileceği ileri sürmektedir: DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 283; bir diğer görüşe göre ise, taraflarca seçilen bu kuralların akit hükümleri olarak değerlendirilmesidir. Bu görüşe göre, *lex mercatoria*'ya ait kurallar maddî karakterde kurallardır. Taraflarca bu kuralların sözleşme hükmü haline getirebileceği ancak bunun bir hukuk seçimi anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir. Hâkimin yetkili hukuka göre geçerliliğini saptadığı bu kuralları dikkate almak zorunda olduğu hatta taraflarca bu kurallar seçilmemiş olsa bile uygulanacak yetkili yabancı hukukta konuya dair bir düzenleme bulunmamak ve bu ülke hukukunda ticarî örf ve adet bir hukuk kaynağı olarak öngörülmüş olmak kaydıyla, doğrudan uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bu görüş hakkında fazla bilgi için bkz: ERDEM, B. B.: Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği, MHB, 1990, S. 1 – 2, s. 69 – 79.

geçerliliği olmayan kuralların akit statüsü olarak seçilmesi mümkün görünmemektedir<sup>131</sup>. Taraflarca yapılan bu seçimin hukukî sonuçları akit statüsüne göre tespit edilecektir. Akit statüsü bu şekilde bir hukuk seçimine izin vermesi halinde tarafların seçtikleri kurallar uygulanabilecektir<sup>132</sup>.

Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, *lex mercatoria*'ya ait bazı kurallar ya da prensipler, millî hukukların bir parçası haline gelmiş olabilir. Millî mahkemelerin akit statüsünün bir parçası haline gelmiş bu kuralları uygulayacaklarında bir ihtilâf bulunmamaktadır. Ancak mahkemeler, bu kuralları *lex mercatoria* olarak değil, millî hukuk olarak uygulamak durumdadırlar. Her hukuk sisteminin farklı hukuk politikası ve öncelikleri olduğu için, bu kuralların millî hukuk sistemlerine intikallerinde farklı yaklaşımlar tercih edilebilmektedir. Her ülkenin hukuk uygulaması da farklı olabileceği için *lex mercatoria*'ya ait kuralların millî hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirilmesi yeknesak bir uygulamanın ortaya çıkmasına mani olmaktadır.

*Lex mercatoria*'nın taraflarca seçilmesi hakkında diğer bir görüş ise, bunun bir hukuk seçimi olarak kabul edilmesidir. Bu görüşe göre, *lex mercatoria*'nın millî mahkemelerde uygulanmasına izin verilmesi, kendi ihtiyaçlarına göre kendi kurallarını oluşturan uluslararası ticaret camiasının sürekli değişen ihtiyaçlarını karşılayan bir çözüm şeklidir<sup>133</sup>. Bugün milletlerarası ticarete esnek ancak yeknesak bir hukuk sistemine ihtiyaç duyulmaktadır. *Lex mercatoria* millî mahkemelerde doğrudan uygulanmasa da, hakem mahkemelerinde geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca millî mahkemeler dolaylı olarak *lex mercatoria*'yı tanımak zorunda kalmaktadır. Millî mahkemeler, *lex mercatoria*'nın uygulanmış olduğu bir hakem kararının tenfizine karar verdikleri zaman, dolaylı olarak *lex mercatoria*'ya etki tanımış olmaktadır<sup>134</sup>.

Taraflarca *lex mercatoria*'nın seçilmesinin, milletlerarası özel hukuktaki anlamı ile bir hukuk seçimi anlamına gelip gelmeyeceği, *lex mercatoria*'nın bir hukuk düzeni olup olmadığına bağlıdır. Bu kuralların "hukuk" olarak kabul edilmesi durumunda, taraflarca yapılan seçimi geçerli saymak gereklidir. Milletlerarası toplumda oluşan ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılayan bu kurallar, milletlerarası hukuk düzenine aittir. Bu kurallar bağlayıcı gücünü, uluslararası hukuktan almaktadır. Uluslararası hukukta teamüller, örf ve adetler de bir hukuk kaynağı olarak

<sup>131</sup> NYGH, s. 186; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 283.

<sup>132</sup> NYGH, s. 187; SARGIN, s. 191.

<sup>133</sup> STOECKER, s. 108.

<sup>134</sup> STOECKER, s. 108.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

kabul edilmektedir. Ayrıca devletler de bu kuralları genel olarak uygulamaktadır. *Lex mercatoria*'ya ait kuralları kodifiye eden ya da bu kuralların oluşumuna katkıda bulunan uluslararası kuruluşlar devletlerce tanınmakta hatta devletler katkıda bulunmaktadır. Bu sebeple *lex mercatoria*'nın hukuk kuralı olmadığını ileri sürmek zor görünmektedir. Çünkü, bu kurallar bağlayıcılığını, ilgili uluslararası kuruluşu tanıyan ve bizzat oluşumuna katkıda bulunan devletten almaktadır. Bazı devletlerin bu kuruluşların kuruluşuna katılmamış ya da bu kuruluşları tanımamış olması, söz konusu kuralların hukuk kuralı olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Çünkü daha önce belirttiğimiz üzere, bu kuralların kendine özgü yaptırım gücü bulunmaktadır. Uluslararası toplum bu kurallara uymayanlara kendine özgü yaptırımlar uygulamaktadır.<sup>135</sup>

Birçok hukuk sisteminde, taraflara, aralarındaki akdî ilişkiye uygulanmak üzere istedikleri hukuku seçme hakkı tanınmıştır. Seçilen hukuk sisteminin akitle bir bağlantısının olması aranmamıştır. Taraflar akitle hiçbir bağlantısı olmayan bir hukuk sistemini de seçebilmektedirler<sup>136</sup>. Taraflara bu şekilde geniş bir özgürlük tanındıktan sonra, kendi aralarında carî olan kuralları seçemeyeceklerini kabul etmek, taraflara tanınan irade muhtariyeti ile tezat teşkil etmektedir. Amerika Kıtasındaki devletler arasında imzalanan 1994 tarihli Akitlere Uygulanacak Hukuk Hakkında Amerika Konvansiyonu konu ile yeni düzenlemeler getirmiştir. Konvansiyonun 7. maddesinde, tarafların bir ülke hukukunu seçebilecekleri; 9. maddesinde de hukuk seçiminin yokluğunda akitle sıkı irtibatlı ülke hukukun akde uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak Konvansiyonun 10. maddesinde ticarî örf ve adetler de dahil olmak üzere milletlerarası ticarete kabul edilen teamüller, rehber ilkeler ve ticarî prensiplerin de dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Hatta taraflar açıkça bu kurallara gönderme yapmamış olsalar bile, mahkemelerin bu kuralları dikkate alacakları kabul edilmiştir. Gerçi Konvansiyon, ülke hukuklarını tam olarak dışlamamıştır; ancak Konvansiyonun *lex mercatoria* lehine bir eğilim içinde olduğu da kabul edilmektedir<sup>137</sup>.

Türk Hukukunda da MÖHUK m. 24'de taraflara uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınmıştır. Seçilebilecek hukuk sistemleri açısından bir sınırlama da getirilmemiştir<sup>138</sup>. *Lex mercatoria*'nın seçilip

---

<sup>135</sup> SARGIN, s. 193.

<sup>136</sup> FASSBERG, s. 75.

<sup>137</sup> NYGH, s. 188.

<sup>138</sup> TEKİNALP, G.: Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları, İstanbul 1999, s. 260; NOMER. – ŞANLI, s. 293; DOĞAN, Teminat Mektupları, 275.

seçilemeyeceği hakkında ise, farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre<sup>139</sup>, bir hukuk sistemi olmaması sebebiyle *lex mercatoria*'nın seçilemeyeceği ileri sürülmektedir. Diğer bir görüş<sup>140</sup> ise, 24. maddede ifade edilen “seçilen kanun” ifadesinin *lex mercatoria*'yı da içine alacak kadar geniş olduğunu ve dolayısı ile *lex mercatoria*'nın akde uygulanmak üzere seçilebileceği şeklindedir<sup>141</sup>. Kanaatimizce de ikinci görüş, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına cevap veren daha uygun bir çözüm yolu olarak görünmektedir. Üstelik irade muhtariyeti gereğince taraflara istedikleri hukuku seçme hakkı tanındıktan sonra, tacirler arasında geçerli olan kuralların seçilmesini geçersiz saymak irade muhtariyeti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

## 2. *Lex Mercatoria*'nın Millî Hukuk Sistemi ile Birlikte Uygulanması

Milletlerarası ticarî sözleşmelerde taraflar, hem bir millî hukuku hem de *lex mercatoria*'yı akit statüsü olarak seçebilmektedirler. Taraflara tanınmış olan irade muhtariyeti çerçevesinde, tarafların böyle bir seçimi yapabilecekleri genelde kabul edilmektedir<sup>142</sup>.

Bir millî hukuk sistemi ile birlikte *lex mercatoria*'nın seçilmesi halinde, bu kurallar iki şekilde değerlendirilebilir. Birincisi, bu kuralların bir sözleşme hükmü olarak kabul edilmesidir<sup>143</sup>. İkincisi ise, bu kuralların seçilmesini, akit statüsünde kabul edilen sözleşme özgürlüğü içinde değerlendirilmesidir<sup>144</sup>. Aslında her iki görüş de sonuç itibarıyla aynıdır. Çünkü bu kuralların uygulanması, akit statüsünün bu kurallara tanıdığı etkiye bağlı olacaktır.

Bir milletlerarası sözleşmede âkit taraflar, akde uygulanacak bir hukuk seçimi yaptıkları zaman, uyumsuzluğa bu hukuk düzeni tarafından

<sup>139</sup> DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 285; TİRYAKİOĞLU, s. 24; ERDEM, s. 69.

<sup>140</sup> SARGIN, s. 194.

<sup>141</sup> “...Türk hâkimi için sorun, milletlerarası toplumca geliştirilen ve iç hukuklardan bağımsız bir hukuk düzeni yarattığı kuşkusuz kabul edilmesi gereken *lex mercatoria*'nın hukuk niteliği değil, *lex mercatoria*'yı oluşturan kuralları, tanıyıp tanımayacağı noktasında ortaya çıkacaktır. Bu çerçevede kanımızca, uygulamada, özel hukuk teşebbüsleri arasında ya da özel hukuk teşebbüsleriyle devletin özel hukuk ilişkisine giren kamu teşebbüsleri arasında akdedilen ticarî sözleşmelerde sıklıkla başvurulacak kuralların, her ne kadar belli bir devletin millî hukukuna tâbi olmasa da seçimi, Türk Hukuku bakımından da mümkün olmalıdır”: SARGIN, s. 194.

<sup>142</sup> DOĞAN, s. 282; AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 24 – 25.

<sup>143</sup> ERDEM, s. 70.

<sup>144</sup> DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 282.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

tanınan sözleşme özgürlüğü gereğince, sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Taraflar *lex mercatoria*'yı ya da uluslararası ticaretin genel prensiplerini akde uygulanmak üzere seçmişlerse, bu kurallar, seçilen hukukta taraflara tanınan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde uygulama alanı bulabilecektir. Burada taraflar, aralarındaki akdî ilişkiye herhangi bir kanun koyucu tarafından yürürlüğe konmamış kuralların uygulanmasını arzulamaktadırlar. Bu durumda sözleşme hükümlerinden sonra uyuşmazlık, *lex mercatoria*'ya göre çözülecektir. Mesela taraflar, *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında gördüğümüz uluslararası kuruluşlar tarafından düzenlenen bir "kod"a atıfta bulunmuşlarsa, uyuşmazlık bu kurallara göre çözülecektir. Ancak hem akdin hükümleri hem de *lex mercatoria*, akit statüsü olarak seçilen hukukun emredici hükümlerine aykırı olamayacaktır. Yani *lex mercatoria*'nın uygulanması seçilen hukukun emredici kuralları ile sınırlı olacaktır<sup>145</sup>.

Türk hukukunda akitler hukuku alanında taraflara sözleşme özgürlüğü tanınmıştır. BK m.19 – 20'ye göre, taraflar aralarındaki sözleşmeyi, kanundaki emredici hükümlere uymak şartıyla istedikleri gibi düzenleyebilmektedirler. Buna göre, *lex mercatoria* ile birlikte akit statüsü olarak Türk hukuku seçildiği vakit, *lex mercatoria* Türk hukukunda emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla uyuşmazlığa uygulanabilecektir. Bu sonuç, irade muhtariyetinin tâbii bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır<sup>146</sup>.

### **B) LEX MERCATORIA'NIN HAKEM MAHKEMELERİNDE UYGULANMASI**

Uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde, tahkim en çok başvurulan bir yoldur. Bunun sebeplerinden birisi de tarafların yetki vermesi ile hakemlerin, hakkaniyet ve nısfet esaslarına göre karar verebilmeleridir. Devlet mahkemelerinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde hâkimin kanunlar ihtilâfı kuralları, hiçbir tereddüde yer vermeden uygulanırken, tahkimde böyle bir zorunluluk söz konusu olmamaktadır. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, hakemlerin uymak zorunda oldukları bir *lex fori* bulunmamaktadır.

Hakem mahkemelerinde *lex mercatoria*'nın uygulanması, son zamanlarda en çok tartışılan konulardan birisi olmuştur. Hakem mahkemelerince *lex mercatoria*'nın uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalarına rağmen, bu kurallar, milletlerarası ticarî ilişkilerin bünyesine uygun olması sebebi ile hakemlerce tercih edilmektedir. Ayrıca tahkimle

<sup>145</sup> AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 25.

<sup>146</sup> DOĞAN, s. 283.



ilgili hazırlanan milletlerarası sözleşmelerde ve metinlerde, açıkça *lex mercatoria*'ya gönderme yapılmaktadır. Hakem mahkemelerinde, milletlerarası ticarî teamüllerin yeri her geçen gün artarak devam etmektedir. Özellikle taraflardan birisinin devlet olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, *lex mercatoria*'nın önemi daha da artmaktadır. Bu önem, sözleşmeye taraf olan devletin hukuk sisteminin iyi işlememesi ve istikrarlı olmaması halinde daha da artmaktadır. Bu sebeple hakemler, taraflar kararlaştırmamış olsa bile *lex mercatoria*'yı uygulayabilmektedirler<sup>147</sup>.

*Lex mercatoria*'nın hakem mahkemelerinde uygulanması iki şekilde olabilir. Birincisi, *lex mercatoria*'nın taraflarca seçilmesidir. Taraflar tahkim sözleşmesi ile birlikte aralarındaki ihtilâfa millî olmayan kuralların uygulanmasını kararlaştırabilirler. Milletlerarası ticarî tahkimde, taraflara akdî ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilme hakkı hem millî hukuk sistemlerinde hem de tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmelerde tanınmaktadır<sup>148</sup>. Taraflar millî hukuk sistemlerini seçebilecekleri gibi millî olmayan bir hukuk sistemini de seçebilirler. Bu seçim, tarafların sözleşmeye *lex mercatoria*'nın uygulanacağına dair açık bir şart koyarak hukukun genel ilkelerine, milletlerarası ticaretin yeknesak kurallarına ve milletlerarası ticarete mevcut olan örf ve adet kurallarına gönderme yapılarak açıkça yapılabilirdiği gibi zımnî olarak da yapılabilir<sup>149</sup>. *Lex mercatoria*'nın akde uygulanmak üzere seçilmiş olması halinde, kendilerine hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisi verilmiş olan hakem mahkemeleri, uyuşmazlığa *lex mercatoria*'yı uygulayabileceklerdir. Ayrıca tarafların iradelerinden, yeterli güvenlikte, zımnen *lex mercatoria*'nın uygulanmasını istedikleri sonucuna varılıyorsa, *lex mercatoria*'nın seçildiği kabul edilmektedir<sup>150</sup>.

Ancak unutulmamalıdır ki, bir hakem kararının sonuçlarını doğurabilmesi için ilgili ülkelerde geçerli ve tenfiz kabiliyetine sahip olmalıdır. Bu nedenle uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria* uygulanırken, ilgili ülkelerin *lex mercatoria*'ya yaklaşımları, emredici hükümleri ve kamu düzeni göz ardı edilmemelidir. Tarafların akdin esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırmaları durumunda, millî mahkemelerin

<sup>147</sup> NYGH, s. 191 – 192.

<sup>148</sup> Milletlerarası tahkimde esasa uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi hakkında fazla bilgi için bkz: ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 123 vd.

<sup>149</sup> DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 286 – 287; ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 177; ÖZDEMİR, s. 108 – 112.

<sup>150</sup> DOĞAN, s.89.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

müdahalesine konu olabilecek herhangi bir durumun söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir<sup>151</sup>.

İkincisi, taraflarca açıkça bir seçim yapılmadığı halde, hakemlerin bir millî hukuk sistemi yerine millî olamayan kural ve prensipleri uygulamasıdır. Hakemler, hiçbir kanunlar ihtilâfi kuralına müracaat etmeksizin, doğrudan muayyen bir maddî hukuk veya *lex mercatoria*'yı uygulayabilmektedirler<sup>152</sup>. Hakemler, bir kanunlar ihtilâfi kuralının gösterdiği hukuk olarak veya doğrudan *lex mercatoria*'yı uygulayarak ihtilâfi çözüme yoluna gidebilmektedirler. Özellikle, açıkça bir hukuk seçimini yapılmadığı veya taraflarca uluslararası bir tahkim kuruluşunun hakem mahkemesi olarak seçildiği durumlarda, *lex mercatoria*'nın uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>153</sup>. Bu çözüm tarzı, milletlerarası tahkimin mahiyetine de uygundur. Çünkü uluslararası karakterli akdî ilişkilere millî hukukun uygulanması, tarafların beklentilerine ve uyumsuzluğun niteliğine uygun düşmeyebilir. Zira millî hukuk sistemlerinde yer alan maddî hükümler, ne milletlerarası ilişkileri ne de milletlerarası ticaret hukukunun kendine özgü niteliklerini ve gelişmelerini dikkate almaktadır<sup>154</sup>. Esasen, uyumsuzluğun devlet mahkemesi yerine, milletlerarası ticarî tahkimde çözülmesini kararlaştıran tarafların arzuları, meseleyi millî hukuklar çerçevesinin dışına taşımak ve milletlerarası platformda çözüm bulmaktır<sup>155</sup>.

Tarafların açıkça *lex mercatoria*'yı seçmedikleri halde hakemlerin doğrudan *lex mercatoria*'ya göre karar verdikleri kararların tenfizinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Uygulamada tarafların açıkça seçim yapmadıkları durumlarda hakemlerin *lex mercatoria*'ya göre karar vermelerinin, hakem kararının tenfizine engel olunabileceği kabul edilmektedir. Özellikle hakemlerin kendilerine verilmiş yetkileri aşmış

---

<sup>151</sup> AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 111; Türkiye'nin kabul ettiği 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinin VII. maddesi, milletlerarası ticaretin uygulamasının her halükarda dikkate alınacağını öngörmektedir. Dolayısıyla tarafların, hakemlerin milletlerarası ticaretin söz konusu kurallarını dikkate alarak ve herhangi bir millî hukuka tabî olmaksızın karar verilebileceklerini kararlaştırmalarının, 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesini kabul eden Türk hukuku açısından da bir sorun yaratmaması gerekir: AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 177.

<sup>152</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 291; AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 93.

<sup>153</sup> STOECKER, s.118.

<sup>154</sup> ŞANLI, Ticarî Tahkim, s. 289; AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 59 vd.

<sup>155</sup> AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s.97; karşı görüş için bkz. DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 289.

olmasından veya kamu düzenine aykırılıktan dolayı, hakem kararının tenfizine engel olunabilmektedir<sup>156</sup>. Ancak hakemlere uyumsuzluğu dostane çözüm aracı (*amiable compositeurs*) yetkisi verildiğinde, taraflarca *lex mercatoria*'nın uygulanması kararlaştırılmamış olsa bile, hakemlerin milletlerarası ticaretin kendine özgü kurallarını dikkate alabilecekleri kabul edilmektedir<sup>157</sup>.

*Lex mercatoria*'nın mahkemelerde uygulanmasına örnek olarak, bir Türk Şirketi Pabalk Ltd. Şti. ile Fransız şirketi *Norsolor* arasında çıkan ihtilafa dair hakem kararının ilgili ülkelerde tenfizidir. Tarafların aralarında yapılan akitte, Milletlerarası Ticaret Odasının tahkime ilişkin kurallarının 13. maddesinin 3. paragrafına atıfta bulunulmuştur. Bu paragrafta ise, hakemlerin uyumsuzluğun esasına uygun gördükleri bir hukuku uygulayabilecekleri hükmü yer almaktadır. Bu paragraftan hareketle uyumsuzluğu çözmekle görevli hakemler, uyumsuzluğun uluslararası bir akitten doğması sebebiyle bir milli hukuk yerine *lex mercatoria*'nın uygulanması kanaatine varmışlardır. Böylelikle hakemler, ihtilafa *lex mercatoria*'yı uygulayarak davalı *Norsolor* şirketini tazminat ödemeye mahkûm etmişlerdir. Davalı *Norsolor* şirketi hakem kararının iptali için Viyana mahkemesinde iptal davası açmıştır. Davalı şirket gerekçe olarak, ihtilafın millî bir hukuk sistemi olmayan *lex mercatoria*'nın uygulanmasını ileri sürmüştür. Ancak mahkemece davalının bu itirazı yerinde görülmemiş ve dava reddedilmiştir. Temyiz mahkemesi de mahkemenin bu kararını onamıştır.

Davacı Pabalk şirketi de kararın tenfizi için Fransız mahkemelerine müracaat etmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi de kararın tenfizine karar vermiştir. Bu şekilde hakem mahkemelerinin uyumsuzluğun esasına *lex mercatoria*'yı uygulamaları millî mahkemelerce de tanınmaktadır. Ayrıca Fransız Temyiz Mahkemesinin bu kararı, Fransız Medenî Usul Hukukunun yeni düzenlemesine de uygundur. Fransız Medenî Usul Kanununun 1496. maddesinde, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa hakem mahkemesinin uyumsuzluğa uygun gördüğü bir hukuku uygulayabileceği ve ticarî örf ve adetleri de göz önüne alabileceği kabul edilmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi bu kararla, taraflarca akde uygulanmak üzere *lex mercatoria*'nın seçilmemiş olması halinde bile, hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygulayabileceklerini kabul etmektedir.

İkinci karar ise, Londra İstinâf Mahkemesi tarafından verilmiştir. Olay milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesinin İsviçre'de verdiği

<sup>156</sup> AKINCI, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 178.

<sup>157</sup> AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 113.

## Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması

bir kararın tenfizine dairdi. Uyuşmazlığın tarafları, sözleşmeye koydukları tahkim şartının yanında, uluslararası toplumda kabul edilmiş hukukun genel prensiplerinin de akdi idare edeceğini kararlaştırmışlardı. Hakem mahkemesi de bu şartı dikkate alarak uyuşmazlığı bu prensiplere göre karara bağlamıştır. Davalı taraf, tenfiz aşamasında, bir millî hukuk sistemi yerine bu prensiplerin uygulanmasının, kamu düzenine aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur. Londra İstinâf Mahkemesi ise, kararın İsviçre'de verildiğini ve uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanmasının kamu düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu şekilde Londra İstinâf Mahkemesi de *lex mercatoria*'nın seçimini dolaylı olarak kabul etmiştir<sup>158</sup>.

Bu iki olay göstermektedir ki milli mahkemeler, hakem mahkemelerinin *lex mercatoria*'yı uygulamalarını ve tarafların akdi ilişkiye uygulanmak üzere *lex mercatoria*'yı seçebileceklerini kabul etmektedir. Hakem mahkemelerinde *lex mercatoria*'nın uygulanmasına bu tür olumlu yaklaşımlarına rağmen, *lex mercatoria*'nın uygulanmasında kararın tenfiz edileceği hukuk sistemlerinin dikkate alınması gerektiği de belirtilmektedir. Hakem mahkemesi ne kadar adil bir karar verirse versin, kararın ilgili olduğu ülkelerdeki emredici ve kamu düzenine ilişkin kurallar göz ardı edilmemelidir. Hakem kararının netice verebilmesi için, millî mahkemelerin kararlarına da mutlaka ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle hakem mahkemesi, verilecek kararın tenfiz kabiliyetine sahip olabilmesi için elinden geleni yapmalıdır. Nitekim Milletlerarası Ticaret Odasının tahkime ilişkin kuralların 26. maddesinde "Hakem mahkemesi kararının tenfiz kabiliyetine sahip olabilmesi için elinden geleni yapmalıdır" hükmü yer almıştır. Buna göre hakem mahkemesi, kararın iptal edilmemesi ve tenfizi için ilgili ülkelerin *lex mercatoria*'ya bakış açılarını göz önünde tutmalıdır. *Lex mercatoria*'ya göre verilmiş hakem kararının tenfiz kabiliyeti, millî mahkemelerin bu hukuka nasıl yaklaştığına bağlı olacaktır<sup>159</sup>.

### SONUÇ

Bu çalışmada milletlerarası ticarî ihtilâflarda öne çıkmaya başlayan *lex mercatoria* ile milletlerarası özel hukuk arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalıştık. Çalışmanın başlangıç kısmında *lex mercatoria*'nın tarihî gelişimi ile ortaya çıkış sebepleri üzerinde durulmuştur. *Lex mercatoria*'nın ortaya çıkış sebepleri olarak mahallî ihtiyaçlar ve menfaatler gözetilerek

---

<sup>158</sup> STOECKER, s. 123 – 124.

<sup>159</sup> STOECKER, s. 122.

yürürlüğe konan millî hukuk sistemlerinin, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını karşılamaması ve milletlerarası tacirler arasında geçerli olan kuralların aralarındaki ihtilâflara uygulanmasını istemeleri gösterilmiştir.

Milletlerarası ticarî ihtilâflarda sadece akdî ilişkinin esasına uygulanacak hukuk değil kanunlar ihtilâfı ve usul hukuku sorunları da gündeme gelmektedir. Ancak asıl olarak maddî anlamda *lex mercatoria*'ya ait kurallar milletlerarası tacirler tarafından rağbet görmektedir. Teorik itirazlar bir yana bırakılırsa, bu kuralların millî hukuk sistemlerince göz ardı edilemeyeceği ortadadır. Geniş kapsamda maddî *lex mercatoria*'ya ait kuralların; milletlerarası ticarî örf, adet ve teamüllerden, devletler umumî hukukunun genel prensiplerinden, hukukun genel ilkelerinden, uluslararası organizasyonların kodifiye ettiği kurallardan ve hakem kararlarından oluştuğu kabul edilmektedir.

Çalışmanın son kısmında ise, *lex mercatoria*'nın millî mahkemeler ile tahkimde uygulanmasına dair sorunlar incelenmiştir. Her ne kadar millî mahkemelerde *lex mercatoria*'nın bir millî hukuk sistemi olmadığı gerekçesi ile uygulanacak hukuk olarak seçilemeyeceğine dair itirazlar varsa da vardığımız sonuç bu kuralların da taraflarca akde uygulanmak üzere seçilebileceği olmuştur. Çünkü taraflara tanınan irade muhtariyeti, taraflarca *lex mercatoria*'nın seçilebilmesine de imkan tanımaktadır. Hakem mahkemelerinde de tarafların seçimi ile ya da taraflar arasında böyle bir seçim olmasa bile hakemlerce doğrudan *lex mercatoria*'nın uygulanması mümkündür. Ancak hakem kararlarının icrasında millî mahkemelere duyulan ihtiyaç sebebiyle, kararın tenfiz edileceği ülke hukuklarının *lex mercatoria*'ya yaklaşımları hakemlerce dikkate alınmalıdır.

**Makaleler**

---

---

**Kamu Hukuku**

## OSMANLI İNFAZ HUKUKUNDAKİ GELİŞMELERE GENEL BİR BAKIŞ

Doç.Dr. Mustafa AVCI\*

### I-KAVRAMLAR

#### A-İnfaz Kavramı

Hukuk mahkemelerinin kararlarının yerine getirilmesine icra,<sup>1</sup> ceza mahkemelerinden sadır olan mahkumiyet kararlarının yerine getirilmesine ise infaz (execution) denilmektedir.<sup>2</sup>

Türk hukukunda “infaz”, “yerine getirme” ve “cezanın çektirilmesi”<sup>3</sup> olarak adlandırılan kurum, fıkıh kitaplarında “istifau’l-ukubat”<sup>4</sup> “ikametü’l-hudud”<sup>5</sup> ve “tenfiz” kelimeleriyle ifade edilmektedir.<sup>6</sup>

---

\* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

<sup>1</sup> 1295/1296 tarihli İlamât-ı Hukukiyyenin Suret-i İcrasına Dair Kanun-ı Muvakkat, metin için bkz. UYAR, Talih, İcra ve İflâs Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflâs Suçları) Manisa, 1987, s.2. 16.06.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, hukuk mahkemelerinden verilen ilamların yerine getirilmesi esaslarını düzenlemektedir.

<sup>2</sup> Geniş bilgi için bkz. ATAR, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı, Ank.1991, s.218-219. 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, kesinleşmiş ceza mahkumiyetlerinin yerine getirilmesini düzenlemektedir.

<sup>3</sup> Bu kavramın kullanılması örneği için bkz. SELÇUK, Sami, “Cezanın Çektirilmesinin Değişmezleri”, *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu Bildirileri*, Ank.2000, s.27vd.

<sup>4</sup> UDEH, Abdülkadir (1954): et-Teşrîu’l-Cinâiyyi’l-İslâmî Mukarinen bi’l-Kanuni’l-Vad’i, Beyrut, Ty. I, No:512-520. “İstifau’l-kısas” ifadesi için bkz. EBU ZEHRA, Muhammed, el-Ukûbe, Mısır, Ty. No:349, “İstifa-yı kısas” ifadesi için bkz. BİLMEN, Ö. Nasuhi (1971): Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, İst. Ty. III/17, 88. Yine “recmin ifası” ve “recmin icrası” ifadeleri için bkz. BİLMEN, III/223, 226. “Tazir cezasının ikame ve istifa salâhiyeti” ifadesi için bkz. BİLMEN, III/324. “Ceza-yı nakdi tahsil ve istifa edilir” ifadesi için bkz. ZÖHRAP, Kirkor, Hukuk-ı Ceza, İst. 1325, s.259.

<sup>5</sup> Vezâratü’l-Evkâf ve’ş-Şüûni’l-İslâmiyye, el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye, “İkametü’l-Hudud”, C:XX, Kuveyt, 1992, s.200-214.

5271 sayılı CMK 44/2 maddesine göre: “*Askerler hakkındaki zorla getirme kararı askerî makamlar aracılığıyla infaz olunur.*” Bu maddede koruma tedbiri olan zorla getirme kararının yerine getirilmesi için “infaz” ifadesi kullanılmıştır. Modern Türk hukuku uygulamasında yazılmış olan ceza muhakemesi hukuku<sup>7</sup> ve infaz hukuku kitaplarında tutuklama, akıl hastaları ile uyuşturucu ve alkol müptelaları ile ilgili tedbirler ve hapsen tazyik kararlarının yerine getirilmesine de infaz denmektedir.<sup>8</sup> Yani geniş anlamda infaz, sanığın tutuklanmasına karar verilmişse tutukevine, hapis mahkumiyeti kesinleşmişse cezaevine konulması, para cezası verilmişse ödetme şeklinde olur.<sup>9</sup>

Dar anlamda infaz ise, ceza ve güvenlik tedbiri mahkumiyetlerinin yerine getirilmesidir.

Bu kısa açıklamalardan sonra infazı kısaca şöyle tanımlayabiliriz: “İnfaz, yetkili kamu merciinin cezai nitelikli tedbir veya yaptırım kararının yine kamu gücü aracılığıyla uygulamaya konulmasıdır.”<sup>10</sup>

#### **B-İnfaz Hukuku Kavramı**

Ceza hukukunun suç ve cezalara göre tedvin edildiği klasik dönem fıkıh literatüründe infaz hukukunun genel teorisi verilmemiş, belki her bir ceza türünün nasıl infaz edileceği ayrı ayrı ele alınmış ve her ceza yaptırımının infazı konusunda ayrıntı sayılabilecek açıklamalar yapılmıştır.<sup>11</sup>

En geniş anlamda infaz hukuku, mahkemelerin ceza ve güvenlik tedbirlerine ilişkin kesinleşmiş kararlarının yerine getirilmesi için uyulması zorunlu usul kurallarını içeren ve ceza hukuku ile yakın ilişkisi olan bağımsız bir

---

<sup>6</sup> UDEH, I, No:521-524.

<sup>7</sup> “Tutuklama kararı ve infazı” ve “tutuklama kararı tutuklama müzekkeresi ile infaz olunur (yerine getirilir)” ifadeleri için bkz. KUNTER-YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, İst. 2000, s.610, No:366. “Tutuklama kararının yerine getirilmesi” ifadesi için bkz. CENTEL-ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İst.2003, s.220, YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İst.2002, s.506.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ikinci kısım ikinci bölüm başlığı “tutuklama kararının yerine getirilmesi” şeklindedir.

<sup>8</sup> Bkz. GÜNAY, Erhan, Türk İnfaz Hukuku, Ank. 2002, s.47vd. 400vd. 417-424.

<sup>9</sup> KUNTER-YENİSEY, s.1006, No:496.

<sup>10</sup> Benzer tanım için bkz. ÖZEN, Şükrü, “İnfaz”, DİA, C:XX, İst.2000, s.290.

<sup>11</sup> ÖZEN, s.290.



hukuk dalıdır.<sup>12</sup> İnfaz hukuku mahkumiyet kararlarının kesinleşmesi ile başlar ve cezanın tamamen infaz edilmesine kadar devam eder.<sup>13</sup>

Bir başka görüşe göre ise infaz hukuku (penoloji), hürriyeti bağlayıcı cezalarla (hapis) hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesine ilişkin esasları gösteren hukuk dalıdır.<sup>14</sup>

## II-İSLAM HUKUKU KAYNAKLARINDA İNFAZ VE İNFAZ HUKUKU

Kur'an'da suç ve ceza dengesine,<sup>15</sup> yargılama esaslarına<sup>16</sup> ya da bazı suçların cezalarına ilişkin açıklamalar<sup>17</sup> bulunmakla birlikte yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin özel hükümler sarıh biçimde yer almaz.<sup>18</sup> Ancak celde cezasını öngören Nur 24/2 ayetinde bu cezanın yasa da soyut olarak yer

<sup>12</sup> ÖZKAYA, İhsan, "Türk İnfaz Hukukunun Başlıca sorunları", *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu Bildirileri*, Ank.2000, s.125. Ceza infaz hukuku, maddi ve şekli ceza hukuku yanında ve ceza hukuku bütünü içinde kendine özgü bir hukuki cevher teşkil eder. DEMİRBAŞ, Timur, *İnfaz Hukuku*, Ank.2003, s.39.

Hürriyeti bağlayıcı cezaların (habsin) infazı ve infaz hukuku 19. yy.ın sonlarından itibaren bağımsız bir bilim dalı olarak gelişmeye başlamış ve ceza hukukundan ayrılmıştır. DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ank.2005, s.52.

<sup>13</sup> CENTEL, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İst.2002, s.11; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ank.2002, s.38-39.

<sup>14</sup> İÇEL-DONAY, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap*, İst.1999, s.20, DEMİRBAŞ, *İnfaz Hukuku*, s.31.

<sup>15</sup> Bkz. Yunus, 10/27; Şura, 42/40.

<sup>16</sup> Örneğin ceza yargılaması hukukunun en önemli ilkelerinden olan "şüpheden sanık yararlanır" ilkesine kaynaklık eden ayetler: İsrâ, 17/36; Necm, 53/28.

<sup>17</sup> Kasten öldürmenin cezası: Bakara, 2/178-179; Maide, 5/45, taksirle öldürmenin yaptırımı: Nisa, 4/92; kasten yaralamanın cezası: Maide, 5/54, Hırsızlık cezası: Maide, 5/33, Hırsızlık cezası: Maide, 5/38, Zina suçunun cezası sırasıyla: Nisa, 4/16, Nur, 24/2, Kazif suçunun cezaları: Nur, 24/4.

Ayrıca yaptırımı belirtilmeden yasaklanan içki ve kumar suçlarını beyan eden ayet: Maide, 5/90.

Tazir türü yaptırımlara ilham kaynağı olarak terk için: Nisa, 4/34, mağdurdan özür diletme için bkz. Yusuf, 12/51.

<sup>18</sup> ÖZEN, s.290.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

almasına “Allah’ın yasası” anlamında “dinillah”,<sup>19</sup> infaz edilmesine ise failin cezalandırılması anlamında “azab” kelimesi kullanılmıştır.<sup>20</sup>

“*Haksız yere öldürülenin velisine bir yetki verdik. Artık o da kısısta ileri gitmesin...*”<sup>21</sup> ayeti, cezaların şahsiliği ilkesini ihlal ederek failden başkalarının da cezalandırılmasını yasaklamaktadır.<sup>22</sup>

“*Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine yüz sopa vurun, Allah’a ve ahret gününe inanyorsanız Allah’ın tayin ettiği cezaya hükmedip infaz etmekte hissi davranmayın* (merhamet ve re’fete kapılmayın).<sup>23</sup> Ayeti infazda tefrit yasağını anlatmakta,

“*Cezayı müminlerden bir topluluğun hazır olduğu bir anda ve aleni olarak infaz edin.*”<sup>24</sup> Ayeti ise infazda aleniyeti ermemektedir. Had cezalarında bir amaç da korkutma olduğundan infazın aleni olması gerekir.<sup>25</sup>

Hadislerde, cezalar infaz edilirken en güzel şekilde infaz edilmesi emredilmiş, suçlunun insanlık onurunu ve genel insani duyguları incitecek uygulamalar örneğin suçluya hakaret ve beddua edilmesi yasaklanmıştır. İnfaz sırasında herkese eşit davranılması, suçluya mahkeme kararında belirtilenden başka ya da onu aşan bir muamele yapılmaması, yani sadece hükmedilen yaptırımın infaz edilmesi, yaptırımın başkaca bedeni ve ruhi hasar meydana getirmemesi, işkence türü şeylerden uzak durulması, suçlunun akıl hastası olması durumunda infazın durdurulması, hastalık, sarhoşluk, gebelik veya süt emzirme gibi durumlarda da infazın tehiri üzerinde önemle durulmuştur.<sup>26</sup>

Hız. Peygamber bir kadın hakkında verdiği recm cezasının infazını Üneys’e,<sup>27</sup> Maiz’in recm edilmesini de bir topluluğa havale etmiştir. Yine bir

<sup>19</sup> Kralın yasası anlamında “fi dini’l-melik” ifadesi için bkz. Yusuf, 12/76.

<sup>20</sup> ESED, Muhammed: Kur’an Mesajı (Çev: Cahit Koytak-Ahmet Ertürk), İst. 1999, s.705.

<sup>21</sup> İsrâ, 17/33,

<sup>22</sup> KURTUBÎ, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (671/1273): el-Câmiu li-Ahkâmî’l-Kur’an, Beyrut, 1988, X/166.

<sup>23</sup> Nur, 24/2, ayetle ilgili açıklama için bkz. Ahmed Naim, Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Terceme ve Şerhi, Ank. 1977, I/185.

<sup>24</sup> Nur, 24/2.

<sup>25</sup> MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ank. 1985, s.122.

<sup>26</sup> Örnek olarak bkz. Buhari, *Cihad*, 149, *Hudud*, 4, *Fezailu Ashabi’n-Nebi*, 18, *Mezalim*, 30; Müslim, *Sayd*, 57, *Hudud*, 11, 22-24, Ebu Davud, *Hudud*, 3, 32-33, 35, 38, *Edahi*, 11, ayrıca bkz. ÖZEN, s.290-291.

<sup>27</sup> Buhari, *Sulh*, 5, *Şurut*, 9, Müslim, *Hudud*, 25.

hırsızın elinin kesilmesine hükmetmiş, infazla başkalarını görevlendirmiş,<sup>28</sup> Hz. Ömer'e hakimlik, Hz. Ali ve Muhammed b. Mesleme'ye ise cezaların infazı görevini vermiştir.<sup>29</sup>

Bir cariye'nin başını, onun malını almak için ezen bir Yahudi, cariye'nin şüpheli isimler anılırken bu failin adı geçince, başını sallayarak teşhis ve itham etmesi üzerine yakalanmış,<sup>30</sup> sanık suçunu itiraf edince de kısas olunması emredilmiştir.<sup>31</sup> Yine Safvan b. Ümeyye, Mescid-i Nebi'de uyurken ridasını çalan hırsız suçu'stüyü yakalayarak Hz. Peygambere getirmiş, Hz. Peygamber failin elinin kesilmesine hükmetmiştir.<sup>32</sup>

Vail b. Hucr'den: Hz. Peygamber zamanında bir kadın, namaz kılmak maksadıyla evinden çıktı. Yolda bir adam üzerine çullanarak tecavüz etti. Kadın bağırdı ama adam kaçtı. Çılgılığa yetişen bir kişiye kadın: "Bir adam bana tecavüz etti" dedi. Adam faili aramaya koyuldu. Kadın yanına gelen muhacirlerden bir topluluğa da olayı anlattı ve onlar da faili ararken önceki yardıma gelen adamı yakalayıp getirdiler. Kadın: "Evet, fail işte budur!" dedi. Adamı Hz. Peygamber'e götürdüler. Hz. Peygamber adamın recm edilmesini emredince gerçek fail kalkıp: "Ya Rasulallah, ona tecavüz eden benim" dedi. Hz. Peygamber kadına: "Git, Allah seni bağışladı!" dedi. Zan altında kalan adamın gönlünü aldı, failin recm edilmesini emretti.<sup>33</sup>

Cezaların infazına geçmeden önce infaz ve infaz hukuku ile ilgili ilkelerden kısaca söz etmek gerekecektir.

İnfaz emri topluma gelmiştir. Had ve tazir cezaları, tamamen veya ağırlıklı olarak kamuyu ilgilendirdiğinden (topluma karşı suçlar olduğundan) ceza soruşturması ve kovuşturması ile hükmedilen yaptırımın infazı tamamen

<sup>28</sup> Nesai, *Sarik*, 3, ÜDEH, I, No: 512vd.

<sup>29</sup> KETTÂNÎ, M. Abdülhay, et-Terâfibu'l-İdâriye, (Çev. A. Özel), İst. 1991, II/70.

<sup>30</sup> Bu olay şüphelinin töhmet karinesine (başlangıç şüphesi) binaen yakalanabileceğine delildir. İBN KAYYIM, el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin (751/1350), et-Turuku'l-Hukmiyye, Kahire, 1977, s.19.

<sup>31</sup> Buhari, *Husumat*, 1, Müslim, *Kasame*, 15-17, Nesai, *Kasame*, 26, 27, ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali (1250/1834), Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, Ty. VII/16-18.

<sup>32</sup> Ebu Davud, *Hudud*, 15, İbn Mace, *Hudud*, 28, İBN TEYMIYE, Takıyyuddin Ahmed (728/1327), Siyaset (Çev: V. Akyüz) İst. 1985, s.96, ATAR, Adliye Teşkilatı, s.47.

<sup>33</sup> Ebu Davud, *Hudud*, 8; Tirmizi, *Hudud*, 22; İbn Hanbel, VI/399.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

devletin yetkili mercilerine aittir.<sup>34</sup> Devlet, infazı toplum adına ve yetkili organı aracılığı ile yapar.<sup>35</sup> Had cezalarının infazı devletin yetkili (yargısal veya idari faaliyet olarak infazla görevlendirilmiş bulunan) organına aittir, suçtan zarar gören (mağdur) cezayı kendiliğinden infaz edemez.<sup>36</sup> Gerek kamuya, gerek kişilere karşı işlenen tazir suçlarında cezayı infaz yetkisi, öncelikle ülüemrin, sonra da onun naibi olan hakimlerle vülat-ı ceraim: vülat-ı mezalim memurlarınıdır. İslâm hukukunda infazın, mahkumiyet kararı veren kişilerden bağımsız, aynı otoriteyi temsil etseler bile infaz işinde uzmanlaşmış kişilerce yapıldığını söylemek mümkündür.

Had cezalarına hükmetme işi hakime, infaz ise infazla görevli memurlara aittir. Hz. Peygamber bizzat karar verdiği had cezalarının infazını kendi zamanında Ali b. Ebi Talip ve Muhammed b. Mesleme gibi zatlara emretmiştir.<sup>37</sup>

Schacht'a göre İslâm hukukunda resmi bir infaz mercii yoktur, infaz işi devletin idari organları ve tarafların inisiyatifindedir, ancak had cezalarını devlet başkanı, hapis dahil tazir cezaları da kadı tarafından infaz edilir.<sup>38</sup>

Had cezalarında hüküm kesinleştiği anda infaz edilir, ancak ridde suçunda infaz için acele edilmez, failin tövbe etmesi için kendisine mehil verilir, hatta tövbe etmesi için telkinde bulunulur.<sup>39</sup>

İki had cezası verilmişse infaz sırasında birinci ceza infaz edildikten sonra ikinci cezanın infazına kadar birkaç gün ara verilmesi gerekir.<sup>40</sup> Had ve tazir cezaları içtima etse, önce tazir cezası infaz edilir.<sup>41</sup>

---

<sup>34</sup> UDEH, I, No: 513, SCHACHT, Joseph (1969): İslâm Hukukuna Giriş, (Çev. M. Dağ-A. Şener), Ank. 1986, s.197, 207.

<sup>35</sup> Kurtubi'den aktaran, ŞELTUT, Mahmut, el-İslâm Akide ve Şeria, Kahire, 1997, s.361.

<sup>36</sup> ŞABAN, Zekiyyüddin, İslâm Hukuk İlminin Esasları (Çev. İ. K. Dönmez) Ank. 1996, s.289.

<sup>37</sup> İBN ARABİ, Ebû Bekir Muhammed b. Abdullah, Ahkâmu'l-Kur'ân, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1972, IV/1645, KETTANİ, II/70.

<sup>38</sup> SCHACHT, s.201. Tazir cezalarının infazı (hakimin sorumluluğu altında) muhtesibin görevidir. İBN KAYYİM, Hisbe, s.82. çünkü muhtesip günümüzdeki savcının görevine giren işleri de yapıyordu. ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, s.177.

<sup>39</sup> ŞİRBİNİ, Muhammed el-Hatib (977/1570): Muğni'l- Muhtâc, Mısır, 1958, IV/139.

<sup>40</sup> ZEYLAİ, Fahreddin Osman b. Ali (743/1343), Tebyînü'l-Hakaik Şerhu Kenzi'd-Dekaik, Bulak, 1315, III/207, İBN HÜMAM, Kemaleddin Muhammed

Hukuk kaynaklarına göre tazir cezalarının infazı adli mercilerce (infaz hakimi veya onun görevlendireceği kişilerce), yapılır.<sup>42</sup> Emeviler devrinde kadı cezaların infazı ile de meşgul olmuşsa da Abbasilerin ilk zamanlarından itibaren tahkik (soruşturma) ve infaz işini polise (şurta) bırakmıştır. Yani şurta görevlileri diğer görevleri yanında infaz işinde de istihdam edilmişlerdir.<sup>43</sup>

Ayrıca herkesin, işlenmekte olan suçu münasip, hikmete muvafık ve fesada yol açmayacak tarzda önleme yetkisi vardır.<sup>44</sup> Bu husus cezalandırma veya cezanın infazı anlamına gelmez.

İslam hukukunda ceza mahkumiyetinin infazı suç ve cezaların kısas-diyet, had ve tazir şeklindeki ayrımına göre incelenebilir. Ancak biz yaptırımın türünü esas alarak ölüm, diğer bedeni cezalar ve mali cezaların infazını özet olarak, hapis cezasının infazını ise modern infaz hukuku ile bağlantılarıyla biraz daha ayrıntılı olarak vereceğiz. Osmanlı hukukuna örfi hukuktan (Tanzimat sonrası batı hukukundan) geldiği kabul edilen idam (1858 CK m.16'daki ölüm cezası ve askerler için kurşuna dizmek), kürek, kalebentlik, hapis,<sup>45</sup> nefy<sup>46</sup>,

---

b. Abdulvahid (861/1456): Şerhu Fethi'l-Kadir, Mısır, 1970, V/340, İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrâhim el-Mısri: el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik, Mısır, 1310, V/43, İBN ABİDİN, M. Emin (1252/1836): Reddül-Muhtâr, İst. 1984, IV/51, KARAMAN, Hayrettin, İslâm Hukuk Tarihi, İst.1997, s.186.

<sup>41</sup> Ali Efendi (Çatalcalı) (1103/1697), Fetava, İst. 1257, s.136.

<sup>42</sup> BEHNEŞİ, A. Fethi, el-Mevsuatü'l-Cinaiyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Beyrut, 1991, I/70. Kadının icra ve infaz yetkisi olmadan sadece kanuna (şeriata) göre hükmeden kişi olduğuna dair görüş için bkz. SCHACHT, s.60, ORTAYLI, İlber, "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", *AHFD, Bülent N. Esen Armağanı*, Ank. 1977, s.248.

<sup>43</sup> SCHACHT, s.60, ATAR, Adliye Teşkilatı, s.181, 219.

<sup>44</sup> BİLMEN, III/324.

<sup>45</sup> Kürek ve kalebentlik cezası hapsin özel infaz şekli olarak ele alınmıştır. Bu yaptırımları başka bir çalışmada inceleme konusu yapmıştık: bkz. AVCI, Mustafa, "Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik Kürek ve Prangabentlik", *Yeni Türkiye Dergisi Türkoloji ve Türk Tarihi Özel Sayı*, C:45, Mayıs-Haziran 2002, s.128-147. Esasen hapis cezası İslam hukukunda ve tarihinde geniş uygulama alanı bulmuştur. Geniş bilgi için bkz. "Osmanlı Hukukunda Hapis Cezası", *Kamu Hukuku Arşivi*, Mart 2002, s.19-35.

<sup>46</sup> Nefy, hırabe: eşkıyalık suçunun yaptırımlarından biri olarak Kur'an'da yer almıştır. Bkz. Maide, 5/33.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

zaptiye nezareti, para cezası, müsadere<sup>47</sup>, ticaretten men, rütbe ve memuriyetten müebbet men, memuriyetten tart,<sup>48</sup> ilmiye sıfatının kaldırılması,<sup>49</sup> yer değiştirme,<sup>50</sup> medeni haklardan ıskat, muamelat-ı adiyeye-i zatiyeden ıskat: mahcuriyet<sup>51</sup>, teşhir,<sup>52</sup> hükmün ilanı ve veli-vasiye teslim<sup>53</sup> yaptırımlarının infazından bahsetmeyeceğiz.

### **B-Ölüm cezasının infazı**

İslam hukukunda ölüm, kasten öldürme suçlarında kısas, hırabede ve muhsanın zinasında had cezası olarak, sai bil fesat olanlar için de taziren ölüm (siyaseten katl) olarak öngörülmüştür. Sa'y bi'l-fesâd kavramının tam anlamı ile bir genel bir ölçü olmadığı ifade edilerek bu hususta bir keyfilik olduğu ima edilmiş<sup>54</sup> ise de esasen günümüz hukuk literatürüne yeni yerleşmiş ifadesiyle bu kavrama suç meslek edinme (ittihâzül-icrâm hurfeten) dememiz mümkündür.<sup>55</sup>

### **1-Kisas Cezasının İnfazı**

**a)İnfaz yetkisi:** Adam öldürme ve yaralama suçları, daha çok öldürülenin yakınlarını ve / veya yaralananı ilgilendirdiğinden mağdur tarafa özel bir yetki tanınmış, mahkumiyet hükmü kesinleşmiş olsa bile onların onayı alınmadan kısasın infazı uygun görülmemiştir.<sup>56</sup> Kisas, ölüm cezası olarak infaz

---

<sup>47</sup> Para cezası ile müsadereyi de İslam hukukundan gelen yaptırımlar olarak kabul etmek gerekir. Geniş bilgi için bkz. AVCI, Mustafa, "Osmanlı Hukukunda Para Cezaları", *Türkler, Yeni Türkiye Yayınları*, Ank. 2002, X/91-106.

<sup>48</sup> Kamu görevinden çıkarılma (azil) de İslam hukuku kaynaklı yaptırımdır. Bkz. UDEH, I/7704.

<sup>49</sup> Bkz. MUMCU, Siyaseten Katl, s.130.

<sup>50</sup> yer değiştirme yaptırımı ile ilgili olarak bkz. MUMCU, Zulüm, s.28.

<sup>51</sup> Bu yaptırımın İslam hukukunda ganimet ve nafaka hakkından yoksunluk şeklinde yer alışıyla ilgili geniş bilgi için bkz. UDEH, I/705VD.

<sup>52</sup> Teşhir ve ilan cezalarının da İslam hukuku kaynaklı olduğuna dair geniş bilgi için bkz. AMİR, Abdülaziz, et-Tazir fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye, Mısır, 1969, s.457vd.

<sup>53</sup> Bkz. 1858 Ceza Kanunu m.40.

<sup>54</sup> MUMCU, Siyaseten Katl, s.53.

<sup>55</sup> Bkz. Süleymân Câd el-Hüseynî, el-Ukûbetü'l-Bedeniyye fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Dâru'ş-Şurûk, Kahire, 1991, s.176, 181, 225, KOŞUM, Adnan, İslâm Hukukunda Cezayı Ağırlaştırıcı Nedenler, MÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, İst. 1999, s.200.

<sup>56</sup> UDEH, I, No:519, ÖZEN, s.290. Kisas cezalarında infaz yetkisi resmi mercilerde değil mağdur taraftadır, kısas kararını hakim kararı verir, mağdur

edilecekse infazın yapılmasını isteme veya şikayet hakkından vazgeçerek infazı düşürmek, veliyyü'l-kısasa ait bir yetkidir, kısas isteme hakkı olanlar infaz sırasında hazır bulunur. Bazıları kısasa dair kesinleşmiş mahkeme kararının maktul yakınları veya mağdur tarafından infaz edilebileceğini söylemişlerse de,<sup>57</sup> cezaların ve özellikle kısasın infazı özellik arz edip maharet gerektirdiği için devletin bu işle görevlendirdiği memurlar eliyle yapılması gerekir. Mağdur tarafın, infazın tamamlanmasına kadar kısas hakkından vazgeçmesi mümkün olduğu için onların da kısas anında ve yerinde hazır bulunmaları gerekir.<sup>58</sup> Mağdur taraf infaz sırasında hazır bulunursa acıyarak affetme ihtimalleri vardır. Fail, mağdur tarafa teslim edilir ve onlar faile her istediğini yapar demek çok yanlıştır.<sup>59</sup>

Yaralanmada kısas infaz edilecekse, yetkili mahkemenin kesinleşmiş mahkumiyet hükmü<sup>60</sup> yanında ve infaz hakimi nezaretinde kısasta uzmanlaşmış biri eliyle infaz yapılır.<sup>61</sup> Yaralamalarda uygulanacak kısas infazının, failin mağdura verdiği zarar miktarını aşmaması için uzman kişiler eliyle yapılması gerekir.<sup>62</sup> Kısas cezasını yerine getiren infaz memuru, kusurlu hareketi sebebiyle

---

taraf infaz eder, devlet yalnızca kendi idari mercilerini ilgili mağdur tarafın emrine verir şeklindeki görüş için bkz. SCHACHT, s.197.

<sup>57</sup> HALLAF, Abdülvehhab, İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usuli'l-Fıkh) (Çev: Hüseyin Atay), Ank. 1985, s.395.

<sup>58</sup> Cahiliye devrinde kısas hakkından vazgeçmek ayıp olarak kabul ediliyordu. ÂLÛSÎ, Mahmut Şükrü, "Ukubâtü'l-Arab fi Câhiliyyetihâ", *Mecelleti'l-Mecmai'l-İlmi el-İraki*, C.XV, S.2, Bağdat, Nisan, 1994, s.38vd. Kur'an, kısas hakkından vazgeçmeyi teşvik etmiş ve özendirmiştir.

<sup>59</sup> ZERKA, M. Ahmed: el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm (el-Fıkhü'l-İslâmî fi Sevbihi'l-Cedîd) I-III, Dimaşk, 1965-1968, II/620-621.

<sup>60</sup> Kısas cezasına hakim hükmeder, mahkumiyet hükmü kesinleşmeden ölüm cezası infaz edilemez. "İslâm hukukunda mahkemece verilmiş bir hüküm olmadıkça kısas cezasının uygulanmasına yer verilmediği gibi..." ÜÇOK-MUMCU-BOZKURT, Türk Hukuk Tarihi, Ank.1999, s.75

<sup>61</sup> KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (587/1191): Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerai', Mısır, 1327, VII/236, İBN KUDAME, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed (620/1223): el-Muğni, Kahire, Ty. IX/393, İBN ABİDİN, V/358, BİLMEN, III/95-96, DAĞCI, Şamil, İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ank.1996, s.95.

<sup>62</sup> Kısas cezası ölüm şeklinde verilmişse infaz yetkisinin mağdur tarafa verilebileceği, yaralamayla ilgili kısas hükmünün failin mağdura verdiği zarar miktarını aşmaması için uzman kişiler eliyle yapılabileceği iddiası için bkz. TOSUN, Öztekin, Suç Hukuku Dersleri, İst. 1967, s.6.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

kıyas edilecek uzvun dışında bir uzva da zarar verirse, bu fiilinden dolayı ceza sorumluluğu olmasa da, o uzvun diyetini ödemesi gerekir.

Hüküm verilmezden önce maktul yakınlarının sanığı öldürmesi durumunda bir görüşe göre ilgili ayette (İsra, 17/33) kendilerine bir yetki verilmiş bulunduğu için kıyas cezası verilemez,<sup>63</sup> ancak bu durum devletin yargılama ve cezalandırma yetkisine tecavüz sayılacağı cihetle tazir cezası verilir.<sup>64</sup> Başka bir görüşe göre ise öldüren kimseye de kıyas cezası gerekir.<sup>65</sup>

Osmanlı uygulamasında kısasa hükmedilmişse katil idam olunurdu, bu durumda görevlilerin ayrıca cerime (para cezası) alması yasaktı. Fail affolunmuşsa maktulün varisleri diyet alırlar, o zaman cerime alınabilirdi. Cerimenin yarısını tımar sahibi, yarısını da defterde kime yazılmış ise (subaşı, sancakbeyi veya beylerbeyi) o alırdı.<sup>66</sup>

Osmanlı kadısının yönetme erki olmadığı için ehli örften olan subaşı, önleme görevini onun adına yapıyordu. Suç işleyenleri takip edip yakalamak, kovuşturmak ve kadının suçlu bulup mahkum ettiği kimsenin cezasını infaz etmek yanında suçları önlemekle de görevli olan subaşı, şüpheli kimseleri yakalayabilir, ancak kadı hükmü (marifeti) olmadan kimseyi cezalandıramazdı.<sup>67</sup>

**b) İnfaz Şekli:** “Kıyas kılıçla infaz edilir.”<sup>68</sup> Hadisine göre fail, işkence ile insan öldürmüş katil olsa bile kendi cezası infaz edilirken işkence

<sup>63</sup> Hatta fail bu durumda ihkak-ı hak etmiş sayılacağından diyet ödemek zorunda bile kalmaz. İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrâhim el-Mısrî (970), Fetâvâ, Bulak, Ty. (Şeyhzade b. Yusuf el-Hatib, Fetava'l-Ğıyasiyye Kenarında), s.180.

<sup>64</sup> BARDAKOĞLU, Ali, “Katil”, DİA, XXV/46.

<sup>65</sup> SERAHSÎ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed: el-Mebsût, Beyrut, 1986, IX/62, UDEH, I/607-610, BARDAKOĞLU, “Katil”, DİA, XXV/48.

<sup>66</sup> İNALCIK, Halil, “Adaletnameler”, *Türk Tarih Belgeleri Dergisi*, 1965, C:II, S:3-4, s.80, BARKAN, Ö. Lütfi: XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları-I Kanunlar, İst. 1943, s.286, m.53. “*Cerimeye müstahak olanlar sahiplerine teslim oluna ki cürümlerine göre cerimelerin alalar.*” BOA, 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm: 880.

Aşiret veya konar-göçer olarak adlandırılan Yörüklerin belli bir yerleri olmadığı için sancakbeylerine tabi olmayıp, doğrudan bey veya başbuğlarına bağlıydılar. Bunların cezaları kendi beyleri tarafından infaz edilirdi. HALAÇOĞLU, Yusuf, XVIII. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğunun İskan Siyaseti ve Aşiretlerin Yerleştirilmesi, Ank. 1997, s.21.

<sup>67</sup> ORTAYLI, İlber, “Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine”, *Amme İdaresi Dergisi*, C: IX, S: I, Ank. 1976, s.100-101.

<sup>68</sup> İbn Mace, *Diyat*, 25.



yapılamaz.<sup>69</sup> İmam Malik ve Şafii ile –bir rivayette- Ahmed b. Hanbel'e göre öldürme suçu nasıl işlenmişse failin ölüm cezası da aynı usullerle infaz edilir.<sup>70</sup> Ancak failin infaz sırasında acı duymaması için bayıltılması veya uyuşturulması amaca uygun değildir.<sup>71</sup>

**c) İnfaz Zamanı:** Hz. Peygamber devrinde verilen kararlar kısa ve mücmel olup genellikle derhal infaz ve tatbik olunurdu. Daha sonraki dönemlerde idam cezalarının halifenin onayı olmadan infaz olunamayacağı kabul edildi.<sup>72</sup> Osmanlıda mahkemenin kısas hükmü Bab-ı Meşihat'a gider, tasdik olunursa Divan-ı Hümayun'da görüşülür ve Ferman çıkarıldıktan sonra infaz edilirdi.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> ÜÇÖK, Coşkun: “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, AHFM, C:IV, S: 1-4, s.373. Ayrıca İsra, 17/33 ayetine bkz. Mi'yar-ı Adalet m.81'e göre katil maktulü vahşi usullerle (örneğin ateşe atarak veya el, ayak, burun ve kulak gibi uzuvlarını keserek) öldürse bile, kılıçla boynunu kesmek gibi onu kolay ve çabuk öldüren usuller uygulanır. Vahşi usulleri kullanan infaz görevlisi tazir cezasına çarptırılır. DEDE CÖNGİ, Minkarizade İbrahim Kemaleddin (ö.973/1565): Siyasetname Tercümesi, (Çev: M. Arif Efendi) in: *AKGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Şer'i Tahlilleri*, C:IV, İst.1992, s.132-133. ARIKAN, Baha, İslâm Ceza Hukukunun Esasları, *Adalet Dergisi*, 1962, s.1192, ŞELTUT, s.359.

<sup>70</sup> NESEFİ, Ebu Hafs Ömer b. Muhammed: *Nazmü'l-Hilâfiyyât Tercümesi* (Türkçe'ye Çev: İbrahim b. Mustafa b. Alişir el Melifdevi), Haz: Azmi Bilgin, Ank. 1996, s.212, UDEH, II, No:174.

<sup>71</sup> KARAMAN, Hayrettin, İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri, İst. 2002, s.681.

<sup>72</sup> HAMİDULLAH, Muhammed, İslâm Peygamberi (Çev: Salih Tuğ), İst. 1979, II, No:1563.

<sup>73</sup> BİLMEN, III/184-185. “*Kasaba-i Vidin'de Niko ve Lazari nam zimmiler Dergah-i Âli çavuşlarından Ali Çavuş'un Piyale nam kulun ayartıp evlerine iletip boğduklarını Vidin mahkemesinde ikrar eylediklerin Vidin kadısı sicil edip suret-i sicil paye-i serir-i âlâya arz olundukta biri siyaset olunmak ve biri küreğe gönderilmek buyrulmuştur deyü kadıasker hattıyla tezkere gelmeğin kaydolunmak buyruldu.* 4 S 980/16.06.1572” BOA, RD. No:225, s.33, akt. ŞENEL, Şennur, Osmanlı Hukuk Sisteminde Suçlar ve Cezalar Üzerine-II, *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi*, Ank. Şubat, 1997, s.29.

Osmanlıda bir defa uygulanan reem cezası da aynı prosedür takip edilerek infaz yapılmıştır. Rumeli Kazaskeri Beyazizade'nin verdiği hüküm, sadrazam tarafından padişaha sunulmuş ve padişah hükmü tasdik etmiştir. AKYAVAS, Rağıp, *Resimli Tarih Mecmuası*, S:8, İst. 1950, akt. GÖKCEN, Ahmet, *Tanzimat Devri Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İst. 1989, s.68.

**d) İnfaz Mahalli:** Had ve kısas cezalarının mescit içinde infaz edilmesi yanlıştır.

Osmanlıda bedeni cezalar halkın içinde alenen infaz ediliyordu. İdam mahkumlarının camiye bitişik dükkanlar önünde cezalandırılmaları, Üsküdar Mihrimah Sultan Camii cemaatinin azalmasına, dolayısıyla dükkan sahiplerinin zarar görmelerine sebep olduğu belirtilerek infazın bu mekanda gerçekleştirilmemesi talep olunmuştur.<sup>74</sup>

Haklarında ölüm cezası verilen yeniçeriler, orta çavuş hapsine verilir, sonra asesbaşına teslim edilirdi. Baba Cafer Zindanına götürülür, akşam namazından sonra boğulurlardı.<sup>75</sup>

Devlet erkani veya siyasi mahkumların ölüm cezası ise kendi evlerinde veya hapsedildikleri veyahut sarayda infaz edilirdi. Saray dışındaki ölüm cezası mahkumları Yedikule Zindanına hapsedilir ve infaz burada gerçekleştirilirdi.<sup>76</sup> Adi suçlardan mahkum olanlar suç işledikleri yerlerde, bazen soydukları ev veya dükkanın kapısı önünde asılırlardı.<sup>77</sup>

## 2-Recm cezasının infazı

---

Yine el kesme cezasının infazı da padişah onayıyla olmaktadır. Bkz. aşağıda dipnot: 121.

<sup>74</sup> “Üsküdar’da büyük iskele kurbunda Mihrimah Sultan Camii hatibi Hafız Süleyman Efendi ve İmamı Hafız Mustafa Efendi vesair cemm-i ğafir kimesneler, Meclis-i Şer’i hatirde ez-kadim taraf-ı devlet-i aliyeden Şer’an yahut siyaseten tertib-i ceza için salb ve kat’ı ser iktiza eyledikte salifü’z-zikr iskelede arabalar ikamet olunan mahalde kebir ağaçlarda ve arsasında icra olunur bu esnada tertib-i cezaya memur olan kimesneler cami-i şerif kapısı ittisalinde dekakin önüne salb u mürur u übur eden rical ü nisadan pir ü ihtiyar kimesneler rüyet eyledikte akılları perişan ve cemaat-i müslimin cami-i şerife duhullerinde müteezzi ve taklil-i cemaati bais ve dekakin-i mezkurenin tatiline sebep ve ızrara badi olmakla ba’de’l-yevm tertib-i ceza eyledikte kadimi üzere dekakin önünde icra olunmamak için rahmen li’l-ibad ve siyaneten li’l-fukara tertib-i cezaya memur olan kimesnelere tenbih ve Üsküdar’a memur olan çorbacı kulları nezaret eylemeleri babında... 1193/1779.” İŞSA Üsküdar Mahkemesi, No:504, v.49a/3, akt. MENEKŞE, Ömer: XVII. ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası, MÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, İst. 1998, s.107.

<sup>75</sup> Hezarfen Hüseyin Efendi, Telhîsü’l-Beyân fî Kavânîn-i Âl-i Osmân (Haz: S. İlgürel) Ank.1998, s.153.

<sup>76</sup> İPŞİRLİ, Mehmet, “Cellat” DİA, VII/270-271.

<sup>77</sup> AKMAN, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, s.135.

Hız. Peygamber Maiz,<sup>78</sup> Gamidiye,<sup>79</sup> Asif'in suç ortağı<sup>80</sup> ve iki Yahudi'yi recm cezasına çarptırmış ve cezaları infaz edilmiştir.<sup>81</sup> Sünnette, İncest ilişki için ölüm cezası uygulaması<sup>82</sup> ile üvey annesi ile evlenene ölüm ve genel müsadere cezasının infazı örneklerine de rastlarız.<sup>83</sup> Yine livata faillerinin ikisine de ölüm cezası emri verilmiştir.<sup>84</sup>

Osmanlıda muhsan olanların cezasının recm olduğunu gösteren bir fetva şöyledir: “*Bir taife karye karye gezip avretlerine ve kızlarına ve cariyelerine zina ettirmeyi adet edinseler şer'an ne lazım gelir? El-cevap: Cumhuru ile fevkal-*

<sup>78</sup> Maiz'in recmedilmesi rivayeti için bkz. Müslim, *Hudud*, 16-22.

Hız. Peygamber, Maiz'in recmin infazı sırasında kaçtığını duyunca da: “*Onu bıraksaydınız, belki tövbe eder, Allah da tövbesini kabul ederdi.*” demiştir. Bu durum, recmin Hız. Peygamberin içtihadıyla siyaseten uygulanmış ceza olma ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Zira recm had cezası olsaydı tövbe ile cezadan kurtulma ihtimalinden bahsetmezdi. KESKİN, Yusuf Ziya, Recm Cezası, İst. 2000, s.219-220. İnfazdan sonra, bu infazı “suçlunun köpekler gibi taşlanması” şeklinde anlatan iki kişiyi işiten Hız. Peygamber az sonra rastladığı kokuşmuş eşek leşini göstererek: “*İnin, şu leşten yiyin!*” demiş, adamlar: “*Bundan kim yer ki!*” demişler, Hız. Peygamber de: “*Kardeşinizin dedikodusunu yapmanız bu leşten yemenizden daha kötüdür, yemin ederim ki cezasını çekmiş olan o suçlu, şimdi cennetin nehirlerine dalmaktadır.*” buyurmuştur. Ebu Davud, *Hudud*, Babu Recme Maiz.

<sup>79</sup> Gamidiye'nin recmi rivayeti için bkz. Müslim, *Hudud*, 25.

<sup>80</sup> Bu infaz için bkz. Müslim, *Hudud*, 26.

<sup>81</sup> İBN KAYYİM, et-Turuk, 82, MİRAS, VIII/137. Hız. Ali: “*Recm Hız. Peygamberin sünnetidir, celdeyi Allah'ın kitabına göre, recmi ise Resulünün sünnetine göre tatbik ettim.*” demiştir. İBN HÜMAM, V/230. Yine Hız. Ali'ye zina isnadı ile Şurahatü'l-Hemedaniyye adlı gebe bir kadın getirilmiş, doğum yapıncaya kadar cezası tehir edilen kadın tutuklanmış, doğumdan sonra çıkartılıp 100 değnek vurulmuş, tekrar tutukevine gönderilmiş, ertesi günü recm edilmiştir. CANAN, V/194-195.

Serahsi'nin el-Mebsut adlı eserinde de, “muhsanın cezasının recm oluşu sünnet ile sabittir” ifadesi geçer. Akt. KADIZADE, Şemseddin Muhammed b. Koca (988/1580): Netâicu'l-Efkâr (Tekmiletü Şerhi Fethi'l-Kadîr, Fethu'l-Kadîr kenarında), Mısır, 1970, V/225.

<sup>82</sup> Tirmizi, *Hudud*, 25; İbn Mace, *Hudud*, 13.

<sup>83</sup> Ebu Davud, *Hudud*, 21; Nesai, *Nikah*, 58.

<sup>84</sup> Tirmizi, *Hudud*, 24; Nesai, *Hudud*, 12.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

*hadd darb-ı şedidden sonra salahları zahir oluncaya dek zindandan çıkarılmayıp zinası sabit olan avretler cemian recm olunmak lazımdır.*<sup>85</sup>

Osmanlı uygulamasında recm cezasının infazı ile ilgili olarak 1091/1680 tarihli bir olay<sup>86</sup> nakledilmektedir.<sup>87</sup> Bu olayda suç, 25 Cemaziyülevvel 1091

<sup>85</sup> Ebussuud Efendi Fetvaları, akt. DÜZDAĞ, Ertuğrul: Ebussuud Efendi Fetvâları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İst.1983, s.159.

<sup>86</sup> “Mahmiye-i İstanbul’da Aksaray kurbunda Murat Paşa-yı Atik Mahallesinde sakin işbu baisü’l-kitab Abdullah Çelebi b. Mehmed nam kimesne, meclis-i Şer’i enverde halen zevce-i menkuhesi... olan Ayşe bt. Mehmed muvacehesinde üzerine dava ve takrir-i kalam edip işbu mah-ı Cemaziyevvelinin 25. günü vakt-i zuhrda mahalle-i mezburda vaki menzilimin hariciyesinde olan hâli küçük odada mezbure Ayşe... Balat kapısı dahilinde sakin işbu hazır bi’l-meclis Mihail veled-i Robin nam Yahudi ile ihtiyarlarıyla ber-vech-i ati zina ederlerken mezburanı ahz etmiştir. Husus-ı mezburu sual olunup ihkak-ı hak alınmak matlubumdur dedikte gibbe’s-sual mezbure Ayşe cevabında filhakika işbu mezkur Mihail ile vakt-i mezburda marru’z-zikr hâli odada oldukların ikrar lakin zinayı inkar edicek merkur Abdullah Çelebi’den husus-ı mezkura beyyine talep olundukta yine mahalle-i mezburede sakin udul-i müslimin... Salih Çavuş, Mehmed Beğ, Mustafa b. Ahmed ve Süleyman b. Ali nam kimesneler li-ecli’ş-şahade Meclis-i Şer’a defaten hazırın olup eserü’l-istişhad filvaki Cemaziyevvelin 25. günü vakt-i zuhrda... işbu merkume Ayşe arkası üzerine yatıp ve işbu mezbur Mihail çatalına girip tayian ikisi zina ederlerken biz ale’l-fi’leti üzerlerine varıp tahammül-i şahadet için nazar eylediğimizde mezkur Mihail mezbure Ayşe’yi fercinden vat’ eylediğini “ke’l-mil fi’l-mikhale” muayene ve müşahede eyledik... mezburenin zinasına bu vech üzere şahitleriz, şahadet dahi ederiz... emr-i ta’dil ve’t-tezkiye tamam şahadetleri makbul olmağın mucebiyle mezkure Ayşe recm olunmak üzere hüküm ve işbu vesika bi’t-talep ketbolundu. 27 Cemaziyülevvel 1091” Şer’iye Sicilleri Arşivi, Rumeli Kazaskerliği Mahkemesi, 128, 41a-1, akt. MENEKŞE, Ömer, “Osmanlıda Zina Cezası Olarak Recm”, *Marife*, Y:3, S:2, Güz 2003, s.18.

<sup>87</sup> “Asitane-i Saadette Aksaray semtlerinde (yeniçeri emeklisi) Haffaf Abdullah Çelebi nam şahsın hatununu yine ol mahalle karib erbab-ı dükkandan bir gazzaz Yahudi ile halet-i mücamaatta bulduk deyü iki nefer kimesne şahadet edip lakin bu ahval re’yü’l-ayn müşahedesini ma’dümü’l-imkan olan mevaddan olup “ke’l-mil fi’l-mikhale” görüldüğü surette Şer’an şahadetleri makbule olmak lazım iken bir tarik ile bu gune muayenesi ise adimü’l-imkan olup veyahut hatunun kendi itirafı ve ikrarına muhtaç iken hatun-ı mezbure inkarında ısrar ve kezalik Yahudi dahi haberi olmamak üzere iddiasında istimrar etmiş iken Rumeli Kadıaskeri Beyazi-zade (Ahmed) Efendi şahitlerin şahadetlerin makbule tutup hatun-ı mezbureye recm ve Yahudi’ye dahi katl üzere hüccet vermeğın Sultan Ahmed Han Camii pişgahında olan at meydanında ruyin-i ten-i

tarihinde işlenmiş, mahkeme 27 Cemaziyülevvel günü karar vermiş ve hüküm 1 Cemaziyelahir 1091 günü infaz edilmiştir.<sup>88</sup> Bu uygulamanın, ilk ve son recm uygulaması olduğu iddiası vardır.<sup>89</sup>

II. Bayezid ve Kanuni Kanunnamelerinde (m.10-11) ırza geçenin cinsel organının kesilmesi, zina eden kadının fercinin dağlanması,<sup>90</sup> bazı suçluların da kazığa vurulması<sup>91</sup>

### 3-Hırabe Suçunda Salb Suretiyle İnfaz

Hırabe suçunda netice insan öldürme ve mal alma (yağma) şeklinde gerçekleşmişse ceza, Ebu Hanife'ye göre: Ya el-ayak çapraz kesilir ve ölüm cezası verilir, veya el ve ayaklar çapraz kesilir ve asılarak (salb) idam edilir,<sup>92</sup> yahut yalnız ölüm, veyahut da yalnız salb cezası verilir.

---

*ejderha tasviri yanında bir çukur hafır ihzar eylediler. Ve Şehriyar-ı kâm-gar dahi meydan-ı mezkura nazır olan Fazlı Paşa Sarayı demekle maruf saraya teşrif-i nüzul buyurdular. Ve yevm-i mezburede recm olunacağı malum-i sığar u kibar olmağla meydan-ı Camiu'l-Ahmed Hani'ye teraküm-pay-ı isticâl ederek rical-i ziham-ı mahşerden peyam-ı hal verip kesret-i nas ile ol meydan vakıa-i haile-i Kerbela'dan mümudar olmuştu. Hatun-ı mezbureyi hafır ü hazır olan çukura kollarına gelince gömdüler ve cem olan nasın herbiri bir taş tutup ol vecihle recm ile helak eylediler. Ve Yahudi dahi bu girdab-ı mehlekeden tahlis-i giriban etmek ümidiyle bir gün mukaddem şeref-i İslâm ile müşerref olmuştu. Hasılı onu dahi ol mecma-i azimede katl eylediler, sene 1091/1680.”* Defterdar Sarı Mehmet Paşa, Zübde-i Vekayiat, (Haz: Abdülkadir Özcan) Ank. 1995, s.114-115, ayrıca bkz. Silahdar Tarihi, I/731, AKGÜNDÜZ-ÖZTÜRK, Bilinmeyen Osmanlı, s.430. Bu olayda Şeyhülislâm Çatalcalı Ali Efendi şahitlerin beyanına göre suçun Şer'an sabit olmadığını söyleyerek recm fetvası vermez. Bundan sonra gelişen bazı olaylar sonucu Çatalcalı görevden alınır. Rumeli Kazaskeri Beyazizade'nin verdiği hüküm sadrazam tarafından padişaha sunulur ve padişah hükmü tasdik eder. AKYAVAŞ, Rağıp, Resimli Tarih Mecmuası, S:8, İst. 1950, akt. GÖKCEN, s.68.

<sup>88</sup> MENEKŞE, Recm, s.17.

<sup>89</sup> YÜCEL, Erdem, “Osmanlı İmparatorluğunda ilk ve Son Recm” *Hayat Tarih Mecmuası*, S:7, İst. 1970, s.88-89, ACAR, “Osmanlılarda Zina Suçu ve Cezası”, in: *Türkler*, X/86, MENEKŞE, Recm, s.17.

<sup>90</sup> HEYD, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, 1973, s.58-59.

<sup>91</sup> HEYD, *Criminal Law*, s.212, 262, MUMCU, Ahmet, *Divan-ı Hümayun*, Ank.1985, s.89.

<sup>92</sup> Salbden gaye suçlunun işkence görmesi ve cezanın ağırlaştırılması değil, toplumun uyarılmasıdır. Suçlunun teşhiri kamu vicdanının yatıştırılması ve genel önleme açısından önemlidir. BARDAKOĞLU, “Eşkîya”, *DİA*, XI/466.

İmameyne göre, idam cezası asmak (salb) suretiyle infaz edilir.

“(Haramiler) *mısra mesire-i seferce baid mağarada müctemi olan kuvvet ve şevket sahipleri kıvam olup yola çıkıp müslümanlardan malların alıp, mabeynlerinde her birine onar dirhem-i şer’i düştiyse elleri ve ayakları sağ olanların sağ elleri, sol ayakları kat’ olunur, eğer yola çıkıp adam katlettiler ise imam onları hadden katl eder, verese-i maktulün affına itibar olunmaz. Eğer hem nisap miktarı mal alıp hem katl-i nefis eylediler ise muhtardır, dilerse sağ ellerin ve sol ayakların kat’ edip badehü salb eder, ya iptida katl eder. Dilerse salb eder ve böğrünü süngü ile şak eder. Ba’del-hadd aldıkları mal baki ise ashabına verilir, zayi olduysa tazmin olunmaz. Eğer yola çıkmayıp gaspla mal aldılar ise tazmin olunup tazir-i şedid ve habs-i medid olunurlar.”<sup>93</sup>*

Osmanlı uygulamasında hırsızlık suçunu içeren öngörülen ölüm cezasına da “siyaset” denildiğini gösteren belge şöyledir: “On beş nefer eşkıya rüfekasıyla daima kendi hallerinde olmayıp leyl ü nehar Müslümanların yollarını ve evlerini basıp kat-ı tarik ve katl-i nüfustan ve emval ve erzakların sirkat ve yağma ve garetten hali olmayıp... siyaseten haklarından gelinmek üzere kaymakam-ı mezbure teslim... 1076/ 1666”<sup>94</sup>

Eşkıyalık suçunda infazın suçun işlendiği yerde yapılması emredilmiştir.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> Ebussuud Efendi Fetvaları, akt. DÜZDAĞ, s.151.

<sup>94</sup> Akt. ULUÇAY, M. Çağatay, XVII. Asırda Saruhan’da Eşkıyalık ve Halk Hareketleri, İst. 1944, s.387-388.

<sup>95</sup> “Bir kimseden hırsızlık ve haramilik veya katl-i nefis ve yan kesip şenaat zahir olup hasımları gelip şikayet eyleyip ol kimesne tutulmak lazım gele ol vakit kadı veya naip marifetiyle varmak mümkün ise onlardan birinin marifetiyle varalar. Şöyle ki, onlar irak yerlerde olup kadı ve naip hazır bulunmayıp onların marifetiyle mübaşeret edinceye değin ol şenaat ve fesat eden kimesne gaybet etmek ihtimali olup tehir etmekle zarar lazım gele ol vakit tehir eylemeyip voyvodalar varıp fesat ve şenaat edenler her kim ise tutup eğlendirmeyip Meclis-i Şer’e iletip bi-hasebi’ş-Şer’ ve’l-kanun teftiş ve tefahhus olunup şer’ ile ve kanun ile kat’ı uzva salb ve siyasete müstahak oldukça hükm-i kadı lahık olduktan sonra bedel-i siyaset deyi nesnesi alınmayıp ve harice alıp gitmeyip mücrimi, günah sadır olduğu mahalde kanunname-i hümayun mucibince haklarından geleser. Ve siyasete müstahak olmayıp kanun üzere cerimeye müstahak oldukça dahi cerimeleri kanun üzere kadı marifetiyle alınıp kanunnameye muhalif ziyade nesne alınmayıp emrime muhalif kendi kolaylarında kimse habsolunmayıp...” İNALCIK, Adaletnameler, s.111-112.

#### 4-Siyaseten (Taziren)<sup>96</sup> Katlin İnfazı

Hız. Peygamber Müslümanlara fazlasıyla zarar veren Ka'b b. Eşref<sup>97</sup>, İbn Ebi'l-Hukayk<sup>98</sup> ve Üzeyr b. Rasim'i gizlice öldürtmüştür.<sup>99</sup>

Ahmet Mumcu tarafından "İslam hükümdarının mutlak otoritesine (tazir hakkına) dayanarak verdiği en ağır ceza (ölüm cezası)" şeklinde tanımlanan<sup>100</sup> siyaseten katl, İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Hanefilerin tazir suçları karşılığında öngörüp "siyaseten katl"<sup>101</sup> şeklinde ifade ettikleri cezaya, diğer üç mezhep hukukçuları "taziren katl" demişlerdir.

Hanefilere göre livata, anal ilişki, hırsızlık<sup>102</sup>, zimmilerin Hız. Peygambere sövmesi, boğaz sıkarak (hanak) veya taşla ezerek öldürme (el-katl bi'l-müsakkal) suçlarını mükerrir veya itiyadi olarak işleyenlerle bidatçilik propagandasını yapanlar -mürted sayılmasa da- ölüm cezasına çarptırılabilirler.<sup>103</sup>

Malikiler ölüm cezası gerektirmeyen suçların -örneğin malını elde etmek amacıyla birini tasarlayarak veya yolcu olan misafirini zehirleyerek öldürme (el-katlü'l-ğayle)-suçunu hırsızlık suçuna sokarak hadden ölüm cezası gerektirdiğini söylemişlerdir. Yine İmam Malik, kadercilerin ridde kapsamında değil, fesad ehli sayılarak öldürülebileceğini söyler.<sup>104</sup>

Şafiilerden Suyuti (911), yakın akrabasıyla cinsel ilişki (incest) suçunda failerin cezasının taziren katl şeklinde ağırlaştırılabileceğini söylemiş, bazı fıkıh

<sup>96</sup> Tazir ve siyaset kelimeleri birbirinin müteradifidirler. BİLMEN, III/

<sup>97</sup> Geniş bilgi için bkz. MİRAS, X/174.

<sup>98</sup> Geniş bilgi için bkz. MİRAS, X/180-185.

<sup>99</sup> Bu uygulamaların siyaseten katle kaynaklık ettiği iddiası için bkz. MUMCU, Siyaseten Katl, 8-11.

<sup>100</sup> MUMCU, Siyaseten Katl, s.2, 50-51.

<sup>101</sup> Bu ifadeyi kullanan ilk hukukçu Serahsi(483)dir. bkz el-Mebcut, IX/159, 166.

<sup>102</sup> Şeyhülislam Abdurrahim Efendi (1128/1716) hırsızlık yapmak için beytülmalin demirlerini keserken yakalanan kişinin siyaseten katledilebilmesine fetva vermiştir. Fetva metni için bkz. HEYD, Criminal Law, s.197, MENEKŞE, Hırsızlık, s.128.

999/1591 tarihli bir belgeye göre hamr mukataasından para çalan bir Yahudi idam edilmiş, İstanbul bezzazistanında emanet akçeleri çalan kişiye de ölüm cezası verilmiştir. Akt. MENEKŞE, s.128.

<sup>103</sup> İBN ABİDİN, IV/67, AMİR, Abdülaziz, et-Tazir fi 'ş-Şeriatü'l-İslâmiyye, Mısır, 1969, s.305.

<sup>104</sup> KOŞUM, s.192-193.

kitaplarında da livata failleri ile propagandacı bidatçilerin –baği gibi düşünülerek- ölüm cezasına çarptırılacağı ifadesi geçmiştir.<sup>105</sup>

Hanbelilerden İbn Teymiye ve öğrencisi İbn Kayyım, fesadın önlenmesinde had cezaları yetersiz kalıyor ve suçlunun fesadı ancak ölüm cezasıyla izale edilebiliyorsa, ölüm cezası verilebileceğini söylerler.<sup>106</sup> Örneğin mükerrir casus, dördüncü tekerrürde şübhü suçü faili, tembellikten dolayı namaz, oruç, zekat gibi farzları terk edenler, düşman ülkesine sığınıp Müslümanlara zarar verenlerle bidate davet edenlere ölüm cezası verilebilir.<sup>107</sup>

20. yy. İslam hukukçusu Ö. N. Bilmen, taziren katl cezası verilebilecek suçları şöyle sıralamıştır:

- İslâm hükümetinin kamu rahatı için çıkardığı kanun ve nizamlara, yetkili mercilerin hukuka uygun emirlerine, muhalefet (çok ağır ise), meşru devlet başkanı aleyhinde çalışarak onun şeref ve şanını kıracak ve bu şekilde halkın rahatsız olmasına yol açmak,<sup>108</sup>

-Resmî makamlara gerçeğe aykırı ihbar ve gammazlıkta bulunanlar çeşitli ta'zîr cezalarından sonra uslanmazlar ise (itiyadi iftira ve suç uydurma), memurluk görev ve yetkilerini kötüye kullanma (hakimin ihtarına rağmen bu hallerine devam edenler),<sup>109</sup> kamunun selâmeti aleyhine çalışmayı itiyat edinenler (sözgelimi casuslar), halkın malını çalanlar, etrafta zulüm yapmayı itiyat edinenler,<sup>110</sup>

-Gayri meşru mukarenetlerde cebir bulunursa (ağır cinsel saldırı gibi), faile siyaseten katl cezası verilebilir.<sup>111</sup>

Bilmen tarafından sayılan bu suçlar, sa'y bi'l-fesât kapsamında değerlendirilerek bunlar karşılığında ölüm cezası verileceği belirtilmiştir. Dikkat edilirse ölüm cezası verilebilmesi için her bir suçun itiyadi olarak işlenmesi şart koşulmuştur. Çünkü bu suçların ilk kez işlenmesi sadece şiddetli taziri gerektirir.

<sup>105</sup> ŞİRBİNİ, IV/144.

<sup>106</sup> İBN KAYYİM el-Cevziye, Ebu Abdullah Şemseddin (751/1350), Zadü'l-Mead, (Çev: M. Yolcu) İst. 1990, III/310.

<sup>107</sup> İBN FERHUN, Burhâneddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemseddîn Ebî Abdillâh Muhammed (799/1397): Tabsîratü'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdîyeti ve Menâhici'l-Ahkâm, Kahire, 1986, II/189, 297, KOŞUM, s.192-194.

<sup>108</sup> BİLMEN, III/313.

<sup>109</sup> BİLMEN, III/314.

<sup>110</sup> BİLMEN, III/315; Ali Efendi, Şeyhülislam Fetvaları, (sadeleştiren: İbrahim Ural), s. 134.

<sup>111</sup> BİLMEN, III/320.



Ayrıca, bu ifadelerin kaynağı fetvâ kitapları olup, müellif tarafından, hangi özel vakıya binaen verildiği bilinmeden genellemeler yapılmıştır.<sup>112</sup>

Osmanlı uygulamasında sabıkalı eşkıyalık, belgede ve resmi damgada sahtecilik, kalpazanlık, itiyadî zulüm (zulüm adet-i müstemirresi olup) altın ayarını bozma ve izinsiz ihraç etme, sa'y bi'l-fesad suçlarının siyaseten katli cezası gerektirdiğine dair örnekler vardır.

Siyaseten katlin prosedürü şöyledir: Herhangi bir yerde siyaseten katli gereken biri varsa, kadı bunu İstanbul'a bildirir, bu cezanın verilmesi uygun görülürse kadıya infaz için buyruldu gönderilirdi.<sup>113</sup>

Askeri sınıftan olanlara verilen siyaseten katlin infazından, infaz sarayda yapılacaksa bostancıbaşı, İstanbul dışında yapılacaksa kapıcıbaşı sorumlu idi. Bazen kapıcıların veya çavuşların veyahut da mahalli büyük memurların infaza nezaret ettikleri olurdu. İnfaz sırasında mahkuma saygı gösterilmesi, hatırının hoş tutulması gerekirdi. İnfazda işkence usulleri yasaktı.<sup>114</sup> Yüksek rütbeli memurların ölüm cezası genellikle boğulmak veya asılmak suretiyle, bazen de başın kılıçla kesilmesi şeklinde olurdu. Direnme ihtimalini yok etmek için infaz bazen mahkum uykuda iken gerçekleştirilirdi. Ulema sınıfından olanların cezası genellikle boğularak infaz edilirdi.<sup>115</sup>

Reyanın ölüm cezası Divan-ı Hümayun tarafından verilmişse muhızırağa, subaşı, bazen de asesbaşı infaza memur edilirdi. Bunun dışındaki idam cezaları subaşının sorumluluğunda, mahalli kadınlarca verilen idam cezaları da yine o yerin subaşı sorumluluğunda cellatlarca asılmak veya kafa kesmek suretiyle infaz edilirdi. Mağaraya hapsedip içine duman salarak boğmak veya fahişelerin çuvala konulup denize atılmak şeklinde istisnai usuller de uygulanmıştır.<sup>116</sup>

Padişah, valide sultan veya şehzadeler gibi hanedan üyelerinin ölüm cezası, Türk geleneğine göre kan dökme yasağı çerçevesinde mutlaka yay veya kementle boğmak şeklinde infaz edilirdi.<sup>117</sup>

<sup>112</sup> Aynı paralelde görüş için bkz. KOŞUM, s.222.

<sup>113</sup> Örnekler için bkz. MUMCU, Siyaseten Katl, s.50-51.

<sup>114</sup> İslam hukuku kaynaklarına göre taziren katlin infazı, işkence teşkil etmeyecek ve mahkumun en kolay şekilde ölmesini sağlayacak usullerle yapılır. AMİR, s.326-327.

<sup>115</sup> MUMCU, Siyaseten Katl, s.113.

<sup>116</sup> MUMCU, Siyaseten Katl, s.139-140.

<sup>117</sup> MUMCU, Siyaseten Katl, s.202-204.

## **B-Bedeni Cezaların İnfazı**

### **1-El Kesme Cezasının İnfazı**

Hırsızlık suçunun cezası Kur'an ayetiyle (Maide, 5/38) belirlenmiştir. Hz. Peygamber, ilk olarak erkeklerden Hıyar b. Adiy b. Nevfel'e, kadınlardan da Mahzumoğulları kabilesinden Mürre bt. Ebi Süfyan b. Abdilesed'in elini hırsızlık sebebiyle kestirmiştir.<sup>118</sup> Yine Safvan b. Ümeyye'nin elbisesini çalan suçüstü yakalanarak kısa süren yargılama sonucu el kesme cezası verilerek derhal infaz edilmiştir.<sup>119</sup>

Hz. Ali devrinde iki kişi birinin hırsızlık yaptığına tanıklık etmişler, sanık el kesme cezasına mahkum edilip cezası infaz edildikten sonra ise asıl faili bulup getirerek önceki kişi hakkında yanlışlıkla tanıklık yaptıklarını söylemişler, Hz. Ali onlara: “*Eğer kasten yalan tanıklık yapmış olduğunuzu bilsem sizin de elinizin kısasen kesilmesine hükmederdim.*” demiş, haksız yere eli kesilen adamın elinin diyetini bu tanıklık yapanlara ödettirmiştir.<sup>120</sup>

Osmanlıda el kesme cezaları hakkındaki kadı hükümleri de kazasker denetiminden geçtikten sonra padişaha arz edilmekte ve ceza padişah emriyle infaz edilmekteydi.<sup>121</sup>

### **2-Dayak Cezasının İnfazı**

Dayak cezasının infazında aşırılığa kaçmak ve ölüme yol açacak şekilde şiddetli davranmak da yasaklanmıştır. Hadlerde ceza miktarı muayyen olduğu için ağırlatıcı sebeplerin varlığı durumunda cezanın ağırlaştırılması, infaz anında daha şiddetli davranmak (sayı aynı olsa bile dayak cezasında kamçıyı daha sert vurmak) şeklinde olabilir.

Hz. Peygamberin suçunu itiraf eden hamile kadının recm cezasını doğum, hatta çocuğun sütten kesilmesi çağına kadar tehir ettiğine dair örnek vardır. Hz. Ali, zina haddini infaz için görevlendirildiği cariyenin nifas kanı

---

<sup>118</sup> KURTUBİ, VI/160.

<sup>119</sup> Ebu Davud, *Hudud*, 15; İbn Mace, *Hudud*, 28; Nesai, *Sarik*, 4-5; Malik, *el-Muvatta'*, *Hudud*, 28.

<sup>120</sup> Buhari, *Diyat*, 2, Darekutni, Sünen, III/182, TEHANEVİ, Zafer Ahmed (1394/1974): İ'lâü's-Sünen, Karaçi, 1415, XVIII/118.

<sup>121</sup> AKMAN, Ahmet, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, İst.2004, s.132. “*Haslar kadısına hüküm ki, Mora'dan Yorgi nam levend kafir katip Hasan nam kimesnenin bir gümüş at zincirin serika edip Meclis-i Şer'de koynundan çıkartılıp sual olundukta “şeytana uydum” deyü cevap vermeğin kat'ı yed olmak emredip buyurdum ki... vardıkta tehir etmeyip mahallinde Şer' ile kat'ı yed ettiresiz ki sairlere mucib-i ibret ola.*” BOA 62 Numaralı Mühimme Defteri, s.103/228, akt. MENEKŞE, Hırsızlık, s.114, ayrıca bkz. s.129.

aktığını görünce cezayı infaz etmemiş ve Hz. Peygamber Ona: “Kanı kesilince infaz et!” buyurmuştur.<sup>122</sup> Bir kimseye dayak cezası infaz edildikten sonra tekrar dayak cezası gerektiren bir suç işlerse, önceki dayak cezasının tesiri geçinceye kadar hapsedilir, daha sonra cezası infaz edilir.<sup>123</sup>

Dayak cezası budaksız ve düz bir sopa ile infaz edilir. Kasları parçalayacak kadar şiddetli vurulmaz, infaz memuru elini başı hizasından yukarı kaldırmaz, hep aynı yere, cinsel organlara, göğse, karına, başa ve yüze<sup>124</sup> vurulmaz; darbeler sırt, omuzlar, kollar, baldırlar ve pazulara eşit olarak dağıtılır.<sup>125</sup>

**a)Zina suçunda dayak cezası:** Zina suçunda dayak cezasının infazı aleni veya asgari sayıda bulunması gerekli insan huzurunda yapılır. Ayette “*İnananlardan bir topluluk onların cezalandırılmasına şahitlik etsin...*” (Nur, 24/2) buyrulmaktadır. Bu ayette tanık olacakların sayısı belirsiz tutulmuştur. İnfazın aleni olması gereklidir, ancak “seyirlik bir tören”e dönüştürülmesine lüzum yoktur.<sup>126</sup> İnfazın aleniliği tamamlayıcı cezadır. İnfazla ilgili ayrıntılar gerek fıkıh kitaplarında gerekse Osmanlı uygulamasını gösteren belgelerde görülmektedir. “...merkum muhsan değil ise ayak üzerinde durdurularak üzerinden körük gibi kalın libasları çıkarılıp fakat elbise-i muzadesi kaldığı ve setri lazım gelen uzvu mestur olduğu halde baş ve yüz ve göğüs ve karın ve uzvu mestur-u malumundan başka her yerlerine darba memur olan kimesne değneği ancak kendi başı hizasına kaldırarak ve bade'd-darp değneği merkumun teninden sıyrarak kaldırmayarak ve öldüresi gibi ve hiç tesir etmeme mertebesinde olmayarak ber veçhi itidal müteferrikan ve münteşiren merkum yüz değneğin darbyla icra-yı hadd-i şer'i olunarak eğer ki mahbeste ise sebilinin tahliyesi. .. 1257”<sup>127</sup>

<sup>122</sup> Ebu Davud, Hadis No: 3764, İbn Mace, Hadis No:3286, RUDANİ, Muhammed b. Süleyman: Cem'u'l-Fevâid (Büyük Hadis Ansiklopedisi) (Çev: Naim Erdoğan), İst.Ty. III/68.

<sup>123</sup> EBU YUSUF, Yakub b. İbrahim: Kitabu'l-Harâc (Çev. A. Özek) İst. 1970, s.262.

<sup>124</sup> Hz. Peygamber: “*Dayak cezasını infaz eden yüze vurmaktan sakınsın!*” buyurmuştur. Ebu Davud, *Hudud*, Bab: fi darb el-vech, AKŞİT, M. Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İst.1976, s.111.

<sup>125</sup> SERAHSİ, IX/72, KASANİ, VII/59, MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz, Dureru'l-Hukkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm, İst. 1978, II/63, AKŞİT, s.110.

<sup>126</sup> ESED, s.706.

<sup>127</sup> BOA, Ayniyat Defteri, No:370, s.113.

Örnek sicil kayıtlarını içeren Dürrü's-Sukûk adlı eserde bir kıza tecavüz ettiğini dört ayrı mecliste ikrar eden bekar bir gence, yüz kırbaç vurulduğundan bahsedilmektedir. Yine pezevenklik edenin burnunun,<sup>128</sup> genç kız çeken, bir kimsenin evine kız ve avret çekmeye varan kimseye tazir cezası cinsinden zekerin (erkeklik organı) kesilmesi, zorla nikah ettirenin zorla boşattırdıktan başka ölüm cezasına çarptırılması, nikahı kıyanın da sakalının kesilmesi gibi şer'i cezalardan sapmalar görülmektedir.<sup>129</sup>

Yine had cezası olarak dayak uygulandığında telef olacağından korkulan bir fail hakkında sembolik bir ceza uygulamakla yetinilebilir.<sup>130</sup>

Zina ettiği delillerle sabit olan kadının cezası, hamile olması sebebiyle tehir edilmişse fail infaz anına kadar hapsedilir,<sup>131</sup> suç ikrarla sabit olmuşsa hapsedilmez.

Osmanlı uygulamasında evine yabancıları alan ve hamile kalan kadına tazir cezası verildiği, ancak cezasının doğuma kadar tehir edildiğini görürüz.<sup>132</sup>

**b)Şürb suçunda dayak:** Hz. Peygamber zamanında ayakkabı, elbise ucu vb. aletlerle sayısı belirsiz şekilde dayak cezası uygulanmıştır.<sup>133</sup>

---

<sup>128</sup> 898/1493 tarihli Aydın İli Siyasetnamesinin 4. maddesinde geçen burun ve cinsel organın (içmeğin) kesilmesi hükümleri için bkz. AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, II/169.

<sup>129</sup> Bkz. I. Selim Kanunnamesi, s.17.

<sup>130</sup> “Said b. Sa’d b. Ubade’den şöyle nakledilir: Zayıf bir komşumuz vardı. Bu adam bir cariye ile habaset işlemiş. Hz. Peygamber: “Ona haddini vurun!” buyurmuş, çok zayıf olup cezaya tahammül edemeyeceği bildirilince: “İçinde 100 tane filiz bulunan bir hurma salkımı ile bir defa vurun” buyurmuş ve öyle yapılmıştır.” İbn Mace, *Hudud*, 18, Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/222.

<sup>131</sup> *Fetâvâ-yı Hindîyye* (Fetâvâ-yı Alemgirîyye) (Çev: Mustafa Efe) Ank. Ty. Akçağ Yayınları, IV/18.

<sup>132</sup> “Fiil-i şeni kastıyla evine alıp cem eylediği... hamile olmakla hakkında tazir cezası ikamesi vaz’ı hamline tevkif (tehir) olunduğu... 25 L 1179” Kasımpaşa Mahkemesi, 58, v.56/b, 57/a, akt. TEKİN, Yaşar, Şer’iye Sicilleri Işığında Osmanlı Devletinde Tazir Suç ve Cezaları, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst. 1995, s.103-104.

<sup>133</sup> Ebu Yusuf, Hz. Ali’ye atfen şöyle bir söz nakleder: “Hz. Peygamber şarap içene 40 değnek vurdurmuştur, Hz. Ebubekir döneminde aynı uygulama devam etmiştir, Hz. Ömer bu cezayı 80 değneğe çıkarmıştır. Bu uygulamaların hepsi de sünnettir.” EBU YUSUF, s.261.

Hz. Ali: “Hz. Peygamber bize şürb haddi hakkında mazbut bir sünnet bırakmamıştır (belirli sayıda vurduğumuz had, bizim kendi eser-i

Şürb suçundan dolayı cezası infaz edilen birine Allah seni rezil etsin” diye beddua suretiyle hakaret edene Hz. Peygamber: “Böyle söylemeyin, Ona karşı şeytana yardım etmeyin!” buyurdu.<sup>134</sup> Yine suçluya söven birini duyan Hz. Peygamber: “Yavaş ol (sövme)” dedi.<sup>135</sup> Anı şekilde mahkuma lanet eden bir diğerine: “Ona lanet etmeyiniz, Vallahi o Allah ve Resulünü seviyor!” dedi.

Şürb suçu sebebiyle verilen cezanın infazı fail sarhoş iken yapılmaz, ayılıncaya kadar tehir edilir.<sup>136</sup> Bu sırada mahkum hapsedilir.<sup>137</sup>

### c)Tazir cezası olarak dayak

Zina suçunun failinin dayak cezası şürb suçunun failinin cezasından, şaribin dayağı ise kazif suçunun failine verilen cezadan daha ağırdır. Tazir nevinden verilen dayak cezası ise sayısı az olmakla birlikte darbenin şiddeti bakımından hepsinden daha ağırdır.<sup>138</sup>

## C-Mali Cezaların İnfazı

### 1-Diyetin İnfazı

Kasten öldürme suçunda kısas hakkından vazgeçilmiş, diyet talebi baki kalmış ise cumhura göre ödeme yükümlüsüne vade tanınmaz. Hanefilere göre diyet sulh bedeli olduğu için tarafların anlaşmalarına bağlıdır. Kastın aşılması ve taksirle öldürmede ödeme 3 yılda, 3 eşit taksitle tamamlanır.<sup>139</sup> Vadenin başlangıcı suç tarihi mi, yoksa mahkumiyet hükmünün kesinleşme tarihi mi olduğu konusu tartışmalıdır.

Mahkumun ölümü, diyetin ödenme mecburiyetini ortadan kaldırır. Hanefilere göre yaralamalarda kısasa konu olan organın tabii bir afet, hastalık

---

icthadımızdır.)” demiştir. Bkz. Tecrid, Hadis no: 2085, MİRAS, XII/252. Bu ifade Serahsi'nin usulünde Sahabeye atfen şöyle yer alır: “Şürb cezası bizim reyimizle tespit edilmiştir.” SERAHSİ, Usul, I/301.

<sup>134</sup> Buhari, Hudud, babu'd-darb bi'l-cerid ve'n-nial...

<sup>135</sup> Müslim, Hudud, Babu men i'terafe ala nefsih, III, s.1324.

<sup>136</sup> UDEH, II, No:583.

<sup>137</sup> ÇİVİZADE, Şeyhülislâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas (ö.954/1547): “Risale Müteallika bi't-Teazir” Tahkik: Abdullah Özer, *İslâm Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülislâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas Çivizade'nin Risale Müteallika bi't-Teazir Adlı Risalesi*, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst. 2000, s.54.

<sup>138</sup> EBU YUSUF, s.263.

<sup>139</sup> ZEYDAN, Abdülkerim, el-Medhal li Dirâsâti's-Şerîati'l-İslâmiyye, Beyrut, 1985, s.37. Diyetin üç taksitle ödenmesi, İslâm hukukunda para cezalarının infazında taksit sisteminin uygulandığını gösterir. ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: I, İst. 1991, s.73.

veya üçüncü bir şahsın saldırısı sonucu yok olması halinde kısas ve diyet cezası düşer. Ancak failin organı, (örneğin eli hırsızlık) suçu sebebiyle had veya bir başkasına karşı işlediği yaralama sonucu kısas cezası olarak kesilmişse, kendisine kısas uygulanamaz, ceza diyete dönüşür.<sup>140</sup> İmam Malik'e göre kısas uygulanacak organ hangi sebeple yok olursa olsun diyet sorumluluğu da düşer, İmam Şafii (ö.204) ve Ahmed İbn Hanbel (ö.241) zıt görüştedir.<sup>141</sup> Anlatılanlardan anlaşılıyor ki, diyetin ceza yönü olmasa idi borcun mirasçılara intikal etmesi ve onlardan alınması gerekirdi.<sup>142</sup>

### 2-Para cezası (cerime) nın infazı

Hz. Peygamberin para cezası ile ilgili olarak zekat vermeyenlerin mallarından zekat tutarı ve malvarlığının yarısının alınması yönündeki emri<sup>143</sup> ile had cezası gerektirmeyen hırsızlık suçunda, suçta konu malın değerinin iki katı para cezası ödenmesi uygulaması mevcuttur.<sup>144</sup>

Osmanlıda kadı şeriat ve kanunlara göre hüküm verir,<sup>145</sup> infazı ehl-i örf denen ve daha çok idari mekanizma içinde yer alan görevliler yapardı.<sup>146</sup> Hakim kararı olmadan ehl-i örf hiç kimseyi cezalandıramazdı.<sup>147</sup> Subaşılar şehir zeameti cümlesinden olmak üzere mukataalar (ekili arazi için verilen ve kesimi önceden

<sup>140</sup> SERAHSİ, XXVI/64, KÂSÂNÎ, VII/246.

<sup>141</sup> ÜDEH, II/257-258, DAĞCI, Müessir Fiiller, s.251.

<sup>142</sup> KÂSÂNÎ, VII/246, BİLMEN, III/99, AKŞİT, s.126. Diyet alacağı ve borcunun miras yoluyla intikal edeceğine, diyet borçlusunu ölenin terekesinden bu borcun ödeneceğine dair görüş için bkz. ÜÇÖK, Kanunnamelerde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, s.377.

<sup>143</sup> Ebu Davud, *Zekat*, 5, Nesai, *Zekat*, 4, 7, İbn Hanbel, V/402, İBN KAYYIM, *İ'lam*, II/75. Vergi kaçırın mükellefe ödemesi gereken vergi tutarından başka mali bir cezanın da verilmesi hususunda ihtilaf vardır. Bu ihtilaf yukarıdaki hadisin yorumu ve nesih iddiasından kaynaklanmaktadır. YENİÇERİ, Celal, *İslam'da Devlet Bütçesi*, İst.1984, s.421-422. İbn Kayyim bu örnekleri 15'e kadar çıkarır. İBN KAYYIM, *et-Turuk*, s.352.

<sup>144</sup> Bkz. Ebu Davud, *Hudud*, 3; Nesai, *Sarik*, 12.

<sup>145</sup> Cerimeler hakkında hüküm vermek yalnız kadının yetkisindeydi. İNALCIK, *Adaletnameler*, s.82.

<sup>146</sup> AYDIN, M. Akif, "Ceza" DİA, VII/480. "Cürmü cinayet toprağa tabidir." "Reaya kimin ise cerimeyi o alır." ifadeleri için bkz. HEYD, *Criminal Law*, s.289. "Cürm-i cinayet badi heva toprağa tabidir gerek defterli reayasıdır ve gerek hariç reyadır cümlesinden alır." I. Selim Kanunnamesi, s.41. Para cezalarının merkezi hükümetten çok köy, aşiret vb. otoriteler tarafından infaz edilen bir yaptırım olduğu iddiası için bkz. SCHACHT, s.86.

<sup>147</sup> ORTAYLI, *Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme*, s.255.

yapılmış vergiler) yanında cerime denen para cezalarını toplayarak üç ayda bir merkez hazinesine devrederdi.<sup>148</sup>

Osmanlı uygulamasında infaz yetkisi ehli örfte (idari mercilerde) dir.<sup>149</sup> Verilen ceza şer'i ise infaz edenlerin takdir hakları yok, örfi ise vardır.<sup>150</sup>

Gece suç işleyen asesler tarafından yakalanmış ve para cezasına çarptırılmış suçlulardan hükmedilen para cezasının onda biri oranında ayrıca aseslerin de para cezası almaları, ancak gündüz yakalananlardan ek bir cezanın alınmaması hükme bağlanmıştır.<sup>151</sup> Dolayısıyla bu para cezalarından ehli-i örf mensup kişilerin aldığı pay sebebiyle bu cezaları idari para cezası saymak doğru olmaz sanırım.

İştirak halinde suç işleyen failerin para cezalarını birbirine müteselsil sorumlu olarak ödemeleri gerekirdi.<sup>152</sup>

<sup>148</sup> Subaşılar topladıkları vergi ve para cezalarını iltizam usulü topladıkları için bundan belli bir ödenek almaktaydı. AKDAĞ, Mustafa, Türkiye'nin İktisadi ve İctimai Tarihi, Ank. 1971, s.72.

<sup>149</sup> “*Avam arasında bazı muhasama... oldukta hakimu'ş-şer' meclisine (mahkemeye) varmadan vali-yi şehir katına varıp anda fasl-ı husumet olurmuş, bu vaz' dahi memnudur... Kadı hükmedip subaşı onunla amel eyleye, kadı marifetinsiz subaşı asla ve kat'a iş etmeye...*” Mısır Kanunu m.41, akt. BARKAN, s.382.

“*Kadı marifeti olmadan fellahtan zulmen cerime alıp teaddi ve zulüm etmeyeler.*” Mısır Kanunu m.13, BARKAN, s.362.

Karaman Vilayeti Kanunu, m.12'ye göre: “*Hırsızlık ile müttehem olanları ummal ve subaşıları kadı katına iletmeden cürm alırlarmış, ummâle ve nüvvâba yasak oluna ki; kadı katına iletmeden kimseden cürm almayalar, kadıyı tatil edip işine kendileri mübaşir olmayalar.*” Akt. BARKAN, s.44.

“*Bir kimse mücrim olsa naip kanun üzere cürm aldıktan sonra bir cürm dahi subaşı almış, naipten başka kimse cürm almaya.*” Karaman Vilayeti Kanunnamesi m.8, akt. BARKAN, s.43.

<sup>150</sup> AYDIN, “Ceza” DİA, VII/480. Valiler ve emri altındakiler (subaşı, voyvoda, asesbaşı vb.) ile tımar sahiplerinin hiçbir vatandaşı kadı tarafından usulünce yargılanıp mahkum edilmeden cezalandıramayacakları esası konulmuştur. HEYD, Uriel, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat” (Çev: S. Eroğlu) AÜİFD, C:XXVI, Ank. 1983, s.640.

<sup>151</sup> 947/1540 tarihli Diyarbekir Vilayeti Kanunu m.22: “*Gece tutulan sarhoşlardan ve hırsızlardan ki asesler tutmuşlar, subaşılar ne miktar cerime alırsa ases dahi öşür (1/10) ala. Amma gündüz tutulan hırsızlarda ve sarhoşlarda ve sair ceraimde asesin methali yoktur.*” Akt. BARKAN, s.135.

<sup>152</sup> “*Berren Anadolu'ya naklolunacak emtia ve eşyanın gümrük rüsumundan merkumanın 26.261 kuruş 17 parayı yevmiye defterlerine noksan kayd ile ketmü*

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

Abdülaziz devrinde (1861-1876) Tuna Vilayeti mahkemelerinin hükmettiği para cezası ile kolluk memurlarının buldukları nahiye ve köylerde tahsil edecekleri para cezalarının infaz şekline dair bir talimatname yayınlanmıştır.

Bu talimatnamenin 1. maddesine göre kural olarak para cezasına hükmetmek mahkemelerin yetkisindedir. Ancak istisnaen m.6'ya göre 1858 Ceza Kanununun üçüncü babında sayılan başkasının ekili arazisine hayvan sokmak (m.261), sağlığa zararlı yiyecek satmak (m.257), sokaklara süprüntü veya kokuşmuş eşya dökmek (m.257) gibi kabahat nevinden suçlarda kolluk veya kontrol memurları tarafından para cezası kesilebilirdi.<sup>153</sup> m.2'ye göre para cezaları kaymakamlık nezdinde tutulan deftere kaydedilecek, m.3'e göre, her ay başında mal sandığına aktarılacak, infaz edilen para cezaları kontrol bakımından mahkuma makbuz verilerek tahsil olunacak ve üç ayda bir merkeze gönderilecektir.<sup>154</sup>

### C-İnfaz Memuruna Mukavemet

Bir beldeden birkaç kişinin sürgün edilmesi emrini tebliğ ve cezaı infaz edecek mübaşir beldeye gelince “*bazı müfsit kimesneler belde-i mezbure ahalisinden kırk elli nefer kimesnelerin katline fetva gelmiş deyü halka işaat ve istima etmeleriyle ahali-i belde hayfa düşüp vali-yi vilayet üzerine tecemmu' ve nefylerine ferman kimesneleri mübaşir elinden alıp ferman-ı âlîye adem-i itaat gösterdiklerinden*” bu kişiler sai bil-fesad sayılarak şer'an katillerine fetva istenmiş ise de, fermana itaatsizliğin cezasının sadece tazir cezası olup “*salahları zahir olunca(ya kadar) habs ve içlerinde muzır nas olanlar re'y-i ülülemr ile tağrib ve nefy ve icla olunmakla iktifa olunur*” denilerek ölüm cezası verilmesine karşı çıkmış, sadece hapis cezası önerilmiştir.<sup>155</sup>

Rumeli valisi Kerküklü (firari) Hasan Paşanın katline Sultan II. Mustafa zamanında irade çıkmışsa da Hasan Paşa infaza memur Bayram Ağa'yı

---

*ihtilas eyledikleri imrariye pusulalarının icmalleriyle tatbikinden ve kendileri dahi müştereken ve müttefikan faziha-i sirkate cüretlerini istintaklarında ikrar eylemiş olduklarından bahisle... şayet bunlardan biri sirkat eylemiş olduğu akçeyi iki kat olarak itaya muktedir değilse cürümde müşterek olanların tazmin-i emvalde dahi şerik olması kaide-i kanuniyesine tevfikan onun hissesinin diğer refikinden tahsili iktiza edeceğinin dahi vilayet-i müşarünileyhe tastir buyurulacak tahrirata derci... 8 Teşrin-i evvel 1284.” Bab-ı Asafî Mektubi Kalemi Şurâ-yı Devlet A.MKT.ŞD. No:3/55.*

<sup>153</sup> Burada idari para cezalarının bir şekli görülür.

<sup>154</sup> Talimatname metni için bk. Ahmet Lütfi, Osmanlı Adalet Düzeni (Sad: Erdinç Beylem) İst. 1979, s.187vd.

<sup>155</sup> TSA. N. E/12079, akt. MUMCU, Siyaseten Katl, s.227.



öldürerek kaçmış ve III. Ahmet'in cülusunda affedilmiş, ancak veziriazam padişahı adeta sıkboğaz ederek izin almış ve Hasan Paşa katledilmiştir.<sup>156</sup>

### III-HAPSİN İNFAZI

#### A-Genel Olarak

Başta fıkıh ve tarih kitapları olmak üzere klasik literatürde hapsin nasıl uygulanacağı, mahpusların ve infaz memurlarının hak ve vazifeleri, hapishanelerin idaresi gibi konulara da temas edilmiş, yer yer bu hususlarda ayrıntılı bilgiler verilmiştir. Bu bilgiler o dönemin uygulamasını yansıttığının yanında bu uygulamanın insani ve hukuki esaslara bağlanmasına yönelik eleştiriler ve teklifleri de içermektedir.<sup>157</sup>

Hapsi, kişi özgürlüğünü kısıtlayan tedbirler ve yaptırımlar olarak düşünürsek, bu husustaki yetkinin de devlet organlarında olduğunu söylemek mümkün olur.

**B-Tutuklama Kararının Yerine Getirilmesi:** Usulüne uygun olarak verilen tutuklama kararı, kolluk güçleri tarafından infaz edilir.<sup>158</sup> Hiç kimse hak sahibi olduğu iddiası ile bir kişiye ait tutuklama kararı veya mahkumiyet hükmünü bizzat infaza kalkışamaz. Aksi takdirde hem ihkak-ı hak, hem de hürriyeti tahdit suçunu işlemiş olur.<sup>159</sup> Bu kararın yakalanan kişiye ait olup olmadığı araştırılır, kimlik tespiti yapılır. Tutuklanan kişiye tutuklama sebepleri bildirilir.<sup>160</sup> Tutuklu, tutukevi denen bir yere kapatılır, kaçmasını önleyecek tedbirler alınır,<sup>161</sup> tutuklama kararı ve işlemi tutuklu yakınlarına haber verilir.

<sup>156</sup> UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi, IV72, MUMCU, Siyaseten Katl, s.81, 114.

<sup>157</sup> BARDAKOĞLU, Ali, "Hapis", DİA, XVI/61.

<sup>158</sup> "Kadı hapsedmez, ancak habs ile hükmeder... memur-ı zabıta marifetiyle ilka-ya mahbes..." DEDE CÖNGİ, s.163.

<sup>159</sup> DEDE CÖNGİ, s.168.

<sup>160</sup> Sanığın kendini savunabilmesi için isnat edilen suç veya suçlar ile gerekirse kendisini bir müdafî ile savunabileceği kendisine bildirilir. AWAD, M. Awad: "The Rights of the Accused Under İslâmic Criminal Procedure", in: *The Islamic Criminal Justice System*, New York, 1982, s.97.

<sup>161</sup> "Yakalayın, hapsedin, yani tutukevine koyun, kaçmasını önleyici tedbirleri alın, gerekirse kaçma noktalarını tutup gözetin..." Tevbe, 9/5 ayetinin tefsiri için bkz, RAZİ, Mefatihü'l-Ğayb, XI/413, YAZIR, M. Hamdi: Hak Dini Kur'an Dili, İst.1979, IV/2457. Fatih Sultan Mehmed'in veziriazamı Çandarlı Halil Paşa İstanbul'un Fethini müteakip tutuklanmış, bağlı olarak bir araba ile Edirne'ye gönderilmiştir. Geniş bilgi için bkz. İNALCIK, Halil, Fatih Devri Üzerinde Tetkikler ve Vesikalar, Ank. 1987, s.132-133.

Çünkü tutuklu yakınları haberdar edilmezse tedirgin olurlar, insanları haksız yere tedirgin etmek caiz değildir.<sup>162</sup>

Tutukevi, devlet fonksiyonlarının işleyiş kronolojisine göre önceleri ev, mescit<sup>163</sup> vb. özel mekanlar olabilmüş, hak sahibi olduğunu iddia eden kişilere kolluk yetkisi verilerek kendi özel hapisanelerinde bu kararı infaz etmeleri sağlanmıştır. Merkezi otoritenin artması ile devlet ceza ve tutukevleri gelişmiş, böylece tutuklama kararları devlete ait tutukevlerinde infaz edilmeye başlanmıştır.

### C-Hapis Cezasının İnfazı

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmanın kendisi ceza olduğu için mahpuslara uygulanacak rejimin, hapsin içeriğinde mevcut ıstırap vericilikten<sup>164</sup> daha fazla ve daha ağır olmaması, yani mahpusun ceza veya tutukevi koşullarıyla ayrıca cezalandırılmaması gerekir.<sup>165</sup> “İslâmiyet... hürriyet nimetinden mahrum kalanlara karşı büyük bir şefkat ve himaye göstererek onların haklarına riayet edilmesini kendi müntesiplerine emir ve tavsiyede bulunmuş, hürriyetlerini kaybetmiş olan insanları, tekrar hürriyetlerine kavuşturmayı esasen bir umde olarak iltizam etmiştir.”<sup>166</sup>

#### 1-İnfaz Kurumları

Hz. Peygamber ve Ebubekir dönemlerinde hapisane olarak tahsis edilmiş özel binalar yoktu. Evler, mescit ve koridorlar ile dehlizler (kuyular)

<sup>162</sup> Bkz. Ebu Davud, *Edeb*, 93, Tirmizi, *Fiten*, 3.

<sup>163</sup> Hz. Peygamber Sümame b. Üsâl'i tutuklamış ve mescide koymuştur. Buhari, *Meğazi*, 70, KETTÂNÎ, II/53.

<sup>164</sup> Hapsedilenlerin aşağılanmış kişiler olduğuna dair ayet için bkz. Yusuf, 12/32.

<sup>165</sup> Mahpusların bazı hakları kısıtlanmışsa da insan hakları tümünden kaldırılmamıştır. Hükümlü ve tutukluların insanlık onuruna yakışır maddi ve manevi şartlar içinde tedavi edilmeleri infaz sisteminin temel kuralıdır. YENİSEY, Feridun, “İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü”, *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu Bildirileri*, Ank.2000, s.237, 241.

Bu husus, 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 6. maddesinin b fıkrasında şöyle ifade edilmiştir: “Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir...”

Aynı yasanın “İyileştirmede başarı ölçütü” başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasına göre: “Hapis cezasının, kendisinde var olan zararlı etki yapıcı niteliğini mümkün olduğu ölçüde azaltacak biçimde düzenlenecek programlar, usüller, araçlar ve zihniyet doğrultusunda yerine getirilmesi esasına uyulur.”

<sup>166</sup> BİLMEN, IV/32.

hapishane olarak kullanılıyordu.<sup>167</sup> Hz. Ömer Mekke’de Safvan b. Ümeyye’den dört bin dinara bir bina satın alarak hapishane şeklinde kullanıma tahsis etti.<sup>168</sup> Ayrıca onun devrinde Basra’da Daru’l-İmare denilen yerde bir de hapishane vardı.<sup>169</sup> “*Ashab-ı ceraim için ittihaz-ı mahbes ve zindan emsali nice umur-i müstahsene ki Hz. Ömer’in re’y-i savâb-bedîdleriyle suret-pezir-i vuku bulmuştur.*”<sup>170</sup>

İslâm tarihinde ilk olarak özel hapishane binası inşa ettiren kişi Hz. Ali’dir. Önce “Nâfi” isminde bir hapishane yaptırmış, mahpuslar buradan kolayca firar ettikleri için onu yıktırılmış ve yeniden bir bina inşa ettirerek ona “muhyyes” (veya mahbis) adını vermiştir.<sup>171</sup> Hapis cezasında ıslah unsuru ilk olarak Hz. Ali’nin inşa ettirdiği hapishane ile ortaya çıkmıştır. Bu hapishanede ibadet, ahlâki eğitim ve Kur’an talimi gibi uslandırıcı faaliyetler yanında mahpusun Cuma ve bayram namazları, cenazeye katılma gibi sebeplerle geçici izinlerle dışarı çıkmasına müsaade ediliyordu.<sup>172</sup>

İslam hukuku kaynaklarına göre, hapishaneler tutukevleri, ıslahî ve tenkîlî özelliği olan cezaevleri şeklinde üçe ayrılır. Nezarethaneleri de yakalananların geçici olarak konuldukları yerler olarak bir nevi hapishane saymak mümkündür.

**a)Nezarethane:** Şüpheli veya sanıkların, haklarındaki işlemlerin tamamlanıp adli mercilere sevk edilinceye kadar bekletilmesi amacıyla yapılmış yerlere nezarethane denir. Yakalanan kişiler kaçmaması için nezarethaneye konulur. Nezarethanenin kapalı bir yer olması gerekmez, açık bir yer de olabilir.<sup>173</sup> Kadı Şureyh, borç sebebiyle hapsedeceği borçluyu önce mescitte geçici bir süre tutar (alikor), ödememekte ısrar edenleri tutukevi veya cezaevine gönderirdi.<sup>174</sup>

<sup>167</sup> Dehliz veya kuyu olarak adlandırılan zindanlar yer altında tünel veya tahıl ambarı gibi önceki hükümdarlar tarafından yaptırılmış mekanlardır. Kapı girişleri dar olup yer altında bulunduğu için kuyu olarak adlandırılmıştır. KETTANİ, II/57.

<sup>168</sup> Buhari, *Husûmât*, 7, KURTUBÎ, XII/23, ATAR, İslâm İcra ve İflâs Hukuku, s.254-255.

<sup>169</sup> BELAZÜRÎ, *Fütuhu’l-Büldan*, Beyrut, 1978, s.347.

<sup>170</sup> DEDE CÖNGİ, s.136. Aynı anlamda ifadeler için bkz. İBN FERHUN, II/126.

<sup>171</sup> SERAHSÎ, XX/88, İBN DEYRÎ, v.8/a.

<sup>172</sup> VÂİLÎ, Ahmed: *Ahkâmu’s-Sücûn Beyne’s-Şeriati ve’l-Kanun*, Beyrut, 1987, s.123.

<sup>173</sup> YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İst.1998, s.341.

<sup>174</sup> el-Mevsûatü’l-Fıkhîyye, “Hapis” XVI/292.

**b) Tutukevi:** Tutukevi: “*Mücrimin tevkiği ile cezasının tayinine kadar bulunduğu yer...*”<sup>175</sup> yani henüz suçluluğu mahkeme kararıyla kesinleşmemiş olan ve yargılaması süren kişilerin koruma amacıyla konuldukları mekanlardır.

**c) Cezaevi:** Cezaevleri, ıslahî ve tenkîlî özelliği olan cezaevleri şeklinde ikiye ayrılır. İslahi cezaevleri daha çok basit suç faillerinin uslandırılması amacıyla, bu amaca uygun olarak infaz rejimi oluşturulmuş kurumlardır.

Tenkili cezaevleri ise ağır suç faillerinin uslanması imkanı yoksa toplumun korunması amacıyla tutuldukları ve ağır işlerde çalıştırma esasına dayalı kurumlardır.<sup>176</sup> Tutuklu ve mahkumların bu amaçlara uygun olarak tasnif edilmesi ve kendi durumlarına uygun kurumlarda hapsedilmesi gerekir.

İslâm hukukçuları, biri velayet-i ceraim görevini yapan kişinin sorumluluğundaki infaz kurumu olan “sicnü’l-vali”,<sup>177</sup> diğeri de genellikle hukuk davalarına bakan hakimlerin idaresi altındaki “sicnü’l-kâdî” denilen hapisshaneden bahsederler. Abbasiler zamanında tutukevi olarak ayrı bir bina yapılmış ve buna “habsü’l-kâdî” denmiştir.<sup>178</sup> Ağır suçlardan mahkum olanlar emniyet yönünden daha güvenli olan vali hapisshanesine, hafif suçlar veya borç için hapis olanlar ise kadıya ait hapisshaneye konulurlardı. Firar tehlikesi varsa kadı hapisshanesindeki mahpusun vali hapisshanesine nakli mümkündür.<sup>179</sup>

Osmanlıda mahkumiyet hükümlerinin infazı teorik olarak kadıya aitti. Hapis, sürgün ve siyaset gibi önemli cezaları sadrazam, para cezaları vb. küçük

<sup>175</sup> Meclis-i Tanzimat Mazbatası, akt. BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Ank.1996, s.110.

<sup>176</sup> VÂİLÎ, s.104.

5275 sayılı CGTİHK m.9’da Yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumları öngörülmüş, bu kurumların iç ve dış güvenlik görevlilerine sahip, firara karşı teknik, mekanik, elektronik ve fizikî engellerle donatılmış, oda ve koridor kapıları sürekli kapalı tutulan, ancak mevzuatın belirttiği hâllerde aynı oda dışındaki hükümlüler arasında ve dış çevre ile temasların geçerli olduğu sıkı güvenlik rejimine tâbi hükümlülerin bir veya üç kişilik odalarda barındırıldıkları tesisler olduğu belirtilmiştir.

<sup>177</sup> Makrizi tarihinde valilik memuriyetine “sahibü’l-medine”, Kahire hapisshanesine “habsü’l-maune” denildiğini söyler. Akt. ERGİN, O. Nuri: Mecelle-i Umûr-i Belediye, İst. 1995, II/841.

<sup>178</sup> ŞEBÂRU, İsam Muhammed, el-Kadâu ve’l-Kudât fi’l-İslâm el-Asru’l-Abbasi, Beyrut, 1983, s.69-70.

<sup>179</sup> EBU GUDDE, Hasan: Ahkâmu’s-Sicn ve Muâmeleti’s-Sücenâ fi’l-İslâm, Kuveyt, 1987, s.338, ATAR, Fahrettin, İslâm İcra ve İflâs Hukuku, İst. 1990, s.256.

cezaları ise mahalli mülki amirler infaz ederdi.<sup>180</sup> Ceza işlerinde infaz, fiilen hükümet merkezinde çavuş, taşrada ise subaşı,<sup>181</sup> muhızır<sup>182</sup> veya (Bosna'da) kaptanlar gibi başka kamu hizmetlileri tarafından yapılırdı.<sup>183</sup>

Hapishane ihdası resmi müsaadeye tabi idi, kurallara uygun olmayan hapishaneler kapatılırdı. “*Bundan akdem Tımişvar Beylerbeyi iken fevt olan Mustafa Bey'in voyvodalarına ve bazı zuama ve sipahilere ruhsat verilmekle karyelerinde hapishaneler ve tomruklar ihdas edip reayayı suçsuz ve suçlu tutup envai işkence edip reayadan külli mal ahz etmekle... reayaya cevr ü teaddi ve ihanet kastın eylediklerin bildirmişsin... Onun gibi hapishane varsa ref edip... 26 S 975*”<sup>184</sup>

Osmanlıda kaleler cezaevi olarak kullanıldığı gibi, tutukevi olarak da kullanılmıştır. Örneğin Hüsamettin Ankaravi (ö.964/1557) bazı iddialar sebebiyle ahvali teftiş edilmek üzere Ankara Kalesine hapsedilmiş ve orada vefat etmiştir.<sup>185</sup>

Kaleler ve burçlar müstahkem mevkiiler olduğu için bu gibi yerler daima hapishane olarak kullanılmış<sup>186</sup>, burçların bodrum katları da adeta bir kuyu gibi olduğundan cezası pek ağır olanlar bu bodrumlarda hapsedilmiş, kuyudakilere ihtiyaçları yukarıdan sarkıtılmıştır.

Ayrıca Bizans'tan kalma bazı binalar, örneğin: Fatih'in tadilat yaptırdığı Yedikule Zindanı hapishane olarak kullanılmıştır. Bu zindan yüksek rütbeli

<sup>180</sup> CİN-AKGÜNDÜZ, Türk-İslâm Hukuk Tarihi, İst. 1990, I/315-316.

<sup>181</sup> CİN-AKGÜNDÜZ, I/280.

<sup>182</sup> Muhızırın aslında tarafları mahkemeye celp, mahkemede katip ve duruşma düzeninden sorumluluk gibi görevleri olduğuna dair görüş için bkz. Mecelle, m.1833, ALİ HAYDAR, Hoca Emin Efendizade (1334/1915): Dürerü'l-Hukkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm, İst. 1319, IV/676, 784-786, UZUNÇARŞILI, İ. Hakkı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı, Ank. 1988, s.155, CİN-AKGÜNDÜZ, I/280.

<sup>183</sup> “*Kadırlara ait olup hapis ve itlak hususlarına vüzera mirimiran mütesellimlerin müdahalelerinin meni istidasını havi... Kayseri kadısı tarafından ilam...*” BOA, Cevdet Adliye, N.4733, akt. MUMCU, Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet, Ank. 1985, s.146.

<sup>184</sup> BOA 7 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm: 125

<sup>185</sup> Abdullah Efendi, Semeretü'l-Fuad fi'l-Mebdei ve'l-Mead, İst. 1288, s.247-248.

<sup>186</sup> Hava ve ışık girmeyen, menfezi olmayan karanlık ve nemli mekanlara Türkçe'de zindan denilmektedir. ERGİN, II/863.

siyasi suçluların da hapsedildiği yer idi.<sup>187</sup> “*Yedikule demekle maruf hisar ki bazı müluk ve vüzerâ ve bazı üserâ-yı nâmdâr anda habs u hıfz ederler.*”<sup>188</sup>

Savaş ilan edilen devletin elçilik personeli de Yedikule’ye hapsedilirdi.<sup>189</sup> III. Selim’den sonra elçilerin Yedikule’ye hapsedilmesi uygulamasından vazgeçilmesi ve Osmanlı vatandaşlarının da cezalandırılmasında eski şiddet zail olmaya başlaması ile 1247’den itibaren Mehterhane hapishane olarak kullanılmaya başlamış, Yedikule büsbütün terk edilmiştir.

Askeri suçlular Rumelihisarı’na, küreğe konulması gerekenler ise Seddülbahir Kalesine hapsedilirdi.<sup>190</sup>

Cünha nevinden veya hafif suç işleyenler ile borçlular için Zindan kapısındaki hapishane tahsis edilmişti. 1247 yılında Sultan Ahmet’teki Tâbhaneye nakledilmiş, mezkur bina karakola dönüştürülmüştür. Son zamanlarda zindanlarda mahpus kadınlar, Haseki’deki Dâül-cevn Hastanesine nakledilerek Mehterhane genişletilip kadınlar için ayrı bir yer tahsis edilinceye kadar mezkur bina kadın hapishanesi olarak kullanılmış, 1286’da orası da hastaneye dönüştürülmüştür.

İstanbul’da ve Üsküdar’da “tomruk” namıyla da hapishaneler vardı. Bab-ı Âli’nin karşısındaki yere Tomruk Dairesi denir, çavuşbaşı ve sonra Divan-ı Deavi Nezareti Bab-ı Âli’de görev yaparken bu tomruk dairesi, hapishane idi.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> Fatih’in sadrazamı Mahmut Paşa, Girit fatihlerinden Deli Hüseyin Paşa, Tabaniyassı Mehmet Paşa ve Genç Osman ile onu Yedikuleye hapsedtiren Bosnalı Kara Davut Paşa, bu zindanda bir süre hapsedildikten sonra idam edilmişlerdir. Bu zindanda idam edilenlerin kellelerinin atıldığı başka bir kuyu da vardı.

<sup>188</sup> Hezarfen Hüseyin Efendi, *Telhîsü’l-Beyân fî Kavânîn-i Âl-i Osmân* (Haz: S. İlgürel) Ank.1998, s.56.

<sup>189</sup> 1182 senesi Lehistan’ın Rusya tarafından işgalini protesto etmek için Rus kethüdası ve elit Rus vatandaşları Yedikule’ye hapsedilmişti. Büyük elçi Obreska burada hastalandığı için, diğer devletlerin elçilerinin verdikleri dilekçe ile hapsedilenlerin zindana atılmayıp kale içinde bir evde ikametlerine müsaade istemeleri üzerine hisar içinde 10 hane ile bir ağa, bir kethüda, altı bölükbaşı ve 50 nefer koruma askeri tayin edilmiştir. ERGİN, II/863vd.

<sup>190</sup> Küreğe konulanları bir süre hapsedmek ve ihtiyaç halinde gemilere vererek kürek çekirtmek için Tersanede zindan namıyla bir hapishane de vardı. ERGİN, II/871.

<sup>191</sup> Geniş ilgi için bkz. ERGİN, II/863-865.

Hırsızlık ve zina gibi suçlarda suçüstü yakalanan kadınlar Baba Cafer Zindanı'nda hapsedilirdi.<sup>192</sup>

## 2-Özel İnfaz Şekilleri

a) **Evde İnfaz:** İslâm hukuku eserlerinde “*ihtilât-ı nâsdan men ve nehy ile menziline habs...*”<sup>193</sup> veya “*ikamet-i cebriye*” şeklinde ifade edilen<sup>194</sup> evde infaz, İslâm'ın ilk yıllarında, henüz suçlular çoğalmadan ve özel kurum veya koşulların bulunmadığı yer ve zamanlarda mevcut olan uygulamadır. Özellikle kadınlar, köle ve cariyeler,<sup>195</sup> adiyen yaralama suçunun failleri,<sup>196</sup> küçükler<sup>197</sup> ve bakışlarıyla başkalarını rahatsız edenler (ain) evlerinde hapsedilir.<sup>198</sup> Suçlular çoğalıp güçlenince özel mekanlar hapisane olarak tahsis edilmeye başlanmıştır.<sup>199</sup>

Osmanlıda evlerinden dışarı çıkmamak kaydıyla basit suç işleyenlerin affedildiklerine dair örnekler vardır ki, bu durumu evde infaz olarak kabul etmek mümkündür.<sup>200</sup> II. Mehmed, vezir-i azam Mahmud Paşa'yı azledip çiftliğinde ikamete memur etti (1474). Daha sonra tevkif ve idam ettirdi.<sup>201</sup>

<sup>192</sup> Bu konudaki yolsuzlukları gösteren 1 B 1192/1778 tarihli İst. Kadılığı, No:62 belge için bkz. ERGİN, II/870.

<sup>193</sup> DEDE CÖNGİ, s.146.

<sup>194</sup> EBU GUDDE, s.339.

<sup>195</sup> “*Bir şahıs bir kul üzerine kazif dava eylese tanık getirirse mevlası huzurunda kulu hapseyleyer...*” NESEFİ, s.64. Cariye irtidat etse, efendisi onu kendi evinde hapseder. KASANI, VII/135, BİLMEN, IV/11.

<sup>196</sup> İBN ABİDİN, IV/66, VI/364.

<sup>197</sup> EBU GUDDE, s.340vd. 1851 Osmanlı CK Üçüncü Fasil m.16'ya göre, ağır hasta olan mahkumların izinli olarak evde geçirdikleri ikamet süreleri hapisten mahsup edilirdi.

<sup>198</sup> TRABLUSİ, Alaeddin Ali b. Halil: Muînu'l-Hukkâm fîmâ Yetereddü beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm, Mısır, 1973, s.197, İBN ÂBİDÎN, VI/364, ŞİRBÎNÎ, IV/120.

<sup>199</sup> KURTUBÎ, V/56.

<sup>200</sup> “*Eben an ceddin ulema ve müderrisinden Sadızkade Mehmet Efendi ve biraderi Ahmet Efendi... evza' ve etvarından cümle razı ve şükran üzre iken bundan akdem hilaf-ı inha sui hareketleri ilam olunduğuna binaen hanelerinden dışarı çıkarmayıp umur-ı beldeye karışmamak üzere bâ-işaret-i şeyhülislâm haklarında sadır olan emr-i alişanîma imtisalen hanelerinden taşra çıkmayıp itaat-i emr-i ali üzere olmalarıyla... 1180/1766*” Akt. ULUÇAY, M. Çağatay, 18 ve 19. Yüzyıllarda Saruhan'da Eşkîyalık ve Halk Hareketleri, İst. 1955, s.97.

XVI. yy. sonlarında kardeş katli uygulamasının hemen hemen sona ermesini müteakip,<sup>202</sup> şehzadeler şimşirlik denilen kafese gönderiliyorlardı.<sup>203</sup>

Kafes hayatı oldukça sefildi. Buradaki şehzadelere, şehzadeden çok mahpus gibi davranılıyordu.<sup>204</sup> Şehzadeler burada sürekli ve şiddetli bir ölüm korkusu içinde yaşarlardı.<sup>205</sup> Kafesten çıkararak padişah olmuş kimsenin çocuğu da kafese konuyor, böylece güneşsiz odalarda sırayla hapsedilen padişahlar tahta

---

13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı CGTİHK'nın 110/2, 5. maddesine göre: “*Kadın veya altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkûm oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine karar verilebilir. Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.*”

Aynı maddenin 3. fıkrasına göre: “*Yetmişbeş yaşını bitirmiş olup da üç yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkûm olanların, bu cezalarının ceza infaz kurumlarında çektirilmesi sağlık durumları itibarıyla elverişli olmadığı, tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanelerince verilecek raporla tespit edilenler hakkında cezanın konutlarında çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir...*”

<sup>201</sup> MUMCU, Siyaseten Katl, s.66.

<sup>202</sup> Kardeş katlinin kalkması ile sarayın özel dairelerinde yaşanan bu hapis hayatının, başka bir katil şekli olarak değerlendirilmesi için bkz. MUMCU, Siyaseten Katl, s.201.

<sup>203</sup> Hareme bitişik ve şimşir ağaçlarıyla çevrili olan bu mekana, şimşirlik veya kafes denirdi. UZUNÇARŞILI, İ. Hakkı, Osmanlı Devletinin Saray Teşkilâtı, Ank. 1988, s.113, AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devletinde Kardeş Katli, İst.1997, s.167vd. I. Mustafa 12 yaşında kafese gönderilmiş, şehzade olarak 14 yıl orada kalmıştır (I. Mustafa'nın akıl hastası olmasının sebebinin hapsedilmesi olduğuna dair iddia için bkz. AKGÜNDÜZ-ÖZTÜRK, s.180). II. Osman 3 ay, IV. Murad 6 yıl, İbrahim 22 yıl, II. Süleyman 39 yıl, I. Ahmed 43 yıl, II. Mustafa 7 yıl, II. Ahmed 16 yıl, I. Mahmud 27 yıl, III. Osman 51 yıl, III. Mustafa 27 yıl, I. Abdülhamit 43 yıl, III. Selim 15 yıl, IV. Mustafa 18 yıl, II. Mahmud 19 yıl, Abdülaziz 22 yıl, V. Murad 15 yıl, II. Abdülhamid 15 yıl, V. Mehmed 48 yıl, VI. Mehmed 57 yıl şehzade olarak kafes hayatı yaşamışlardır. Geniş bilgi için bkz. ALDERSON, A. Dolphin, Bütün Yönleriyle Osmanlı Hanedanı (Çev: Ş. Severcan) İst. 1998, s.74.

<sup>204</sup> Şehzadeler sıkı kontrol altında kimseyle görüştürülmez, haberleşmelerine müsaade edilmez, bayram tebrikleri hariç, padişah bile kafes hayatı yaşayanları kabul etmezdi. UZUNÇARŞILI, Saray Teşkilatı, s.114.

<sup>205</sup> Vefat eden şehzadenin bir suikasta uğrayıp uğramadığını Yeniçeri Ocağı adına kul kethüdası muayene ederdi. UZUNÇARŞILI, Saray Teşkilatı, s.116.



geçse bile oldukça güçsüz oluyorlar, saray idaresinde kadınlar daha fazla söz sahibi oluyordu.

Kafes hayatı yaşayanlar serbest hareket edemezler, ancak ileride muhtemelen idareye geçer düşüncesiyle yetersiz bir eğitime tabi tutulurlardı.<sup>206</sup> IV. Mehmed tahttan indirilip yerine hanedanın en yaşlı şehzadesi kardeşi II. Süleyman davet edildiğinde güçlükle ikna edilebilmiş, idam edileceğini sanarak gelenlere: “*İzalemiz emrolundu ise söyle iki rekat namaz kılayım, ondan sonra emri yerine getir. Sabavetimden beri kırk yıldır habs çekerim, her gün ölmektense bir gün evvel ölmek yeğdir. Bir can için ne bu çektiğimiz korku!*” demiştir.<sup>207</sup> II. Ahmet de biraderinin vefatı ile 44 yıl hapis çektikten sonra en yaşlı üye sıfatıyla vükelanın kararıyla padişah olmuş, cülus töreninde Nakîbü’l-eşraf Başmakkızade Ali Efendi’ye “*Allah’tan korkmaz, ak sakalından utanmaz, beni bu hale koyup hapis çektirdiniz, saltanata layık değildir demenizin sebebi ne ola?*” diye azarlamıştır.<sup>208</sup>

Aynı şekilde tahttan indirilen padişahlar da hapsediliyor, serbestçe gezmesine müsaade edilmiyordu. Örneğin V. Murad tahttan indirildikten sonra 27 yılını Çırağan Sarayı’nda mahpus olarak geçirdi. II. Abdülhamit azledilince Jön Türkler onun başkentte kalmasının çok tehlikeli olacağını düşünerek Selanik’e sürgüne gönderdiler, Balkan Savaşı’nın çıkması üzerine esir düşeceğinden korkarak 1912 yılında Beylerbeyi Sarayı’na geri getirdiler.<sup>209</sup>

**b)Kalebentlik:** Kalebentlik hapsin infazının özellik gösterdiği durumlardan ve tazir cezalarından biridir.<sup>210</sup> Mükerrir suçluların kalede

<sup>206</sup> Şehzadelerin tahsili cariyeler vasıtasıyla olur, bazıları can sıkıntısından mücevhercilik, kuyumculuk, tornacılık gibi sanat öğrenirler, ok ve yay yaparlar, bağa, fildişi ve abanoz işlerle sahtiyan üzerine nakışlar yaparlar, yazı yazarlar, Kur’an istinsah ederlerdi. UZUNÇARŞILI, Saray Teşkilatı, s.115.

<sup>207</sup> Akt. AKMAN, Kardeş Katli, s.169. Tahta geçtikten sonra sadrazam Siyavuş Paşa’ya: “*Kırk yıldır bir karanlık yerde mahpus ve hayattan meyus iken yeniden dünyaya gelip gözüm açtım ve alemi herç ü merç buldum.*” demiştir. Akt. UZUNÇARŞILI, Saray Teşkilatı, s.115.

<sup>208</sup> UZUNÇARŞILI, Saray Teşkilatı, s.98, 185.

<sup>209</sup> Ayrıca I. Mustafa 19 yıl, IV. Mehmed 5 yıl, II. Mustafa 2 ay, I. Ahmed 6 yıl, III. Selim 1 yıl, IV. Mustafa 4 yıl, V. Murad 28 yıl mazûl padişah olarak kafes hayatı yaşamışlardır. Ayrıntı için bkz. ALDERSON, s.74.

<sup>210</sup> “*Boğazkesen Kalesinde tazir için mahpus olup müddet-i mezkurda salahı zahir olup ve fima ba’d hilaf-ı nizam nân-ı aziz tabh etmemek üzere nefsine şeriki... meclis-i şer’i hatirde kefil ve kefaletleri tescil olunup... 6 B 1179/1765*” akt. AKGÜNDÜZ ve Diğerleri, Şer’iyye Sicilleri, İst. 1988, II/139. ERİM, Neşe, Osmanlı İmparatorluğunda Kalebentlik Cezası ve Suçların Sınıflandırılması

hapsedilmesi ve asla salıverilmemesi istenmiştir.<sup>211</sup> Narha aykırı mal satmak suçunda itiyadı olanlara cezirebentlik cezası verildiğine dair örnek şudur: “...*Edirne bakkallar pazarbaşısı kendi halinde olmayıp daima esnaftı tahrik ile nizamına mani ... birkaç defa nefy ve icla ve... kalebent olunup... yine ıslah-ı nefis etmeyip Mehmet ıslah-ı nefis edinceye dek Bozcaada'ya cezirebent...*”<sup>212</sup>

Kalebentlik cezasının infazı sırasında mahkumun yeni bir suç işlemesi halinde cezası daha ağır bir ceza olan küreğe çevrilir.<sup>213</sup>

Hüküm kesinleştikten sonra infaza başlanır, tutukluluk süresi muvakkat kalebentlikten mahsup edilir. Haksız yere kalebent edilenlerin itirazı dikkate alınarak tahliye edildiklerine dair örnekler de vardır.<sup>214</sup>

Önceden kanunla belirlenmiş kalelerden biri Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tespit edilir. Mahkumlar, zaptiye nizamının sağladığı imkanlar dahilinde yani firar ve benzeri durumlar olmamak şartıyla kale halkıyla bir araya gelip konuşabilir, dışarıdakilerle haberleşebilir, kale içindeki mabet vb. yerlere gidebilirler. Davalarının duruşmasına bir memur refakatinde gönderilir, meslek ve sanatlarını icra edebilirler, ancak meşakkatli işlerde çalıştırılmaz, teşhir edilmez ve demire vurulmazlar. Kale içindeki arazilerden kiralayarak bir şeyler yetiştirebilir, ailelerini yanlarına alabilir, bekar

---

Üzerine Bir Deneme, *Osmanlı Araştırmaları*, S: IV, İst. 1984, s.79. Kale içindeki tutukevinde tutulmaya da kalebentlik denmektedir. “*Şakavet üzere olanları kalebent edip cezaları tertip olunmak için bu tarafa arz ve ilam olunmak babında emr-i şerif... 1095/1684*” Akt. ULUÇAY, XVII. Asırda Saruhan'da Eşkîyalık, s.415.

<sup>211</sup> “*Mehmed nam kimesne, ilm-i kimya öğretiyim ve define buluveresin diye Müslümanların mal ü rızıklarını alıp ve nicesinin iyaline fiil-i şenia edip... haramzade kimesne olmağın kal'a-i Kastamonu'da habs olunmuş iken bazı mücrimler ile bendlerin bozup urgan ile bedenlerden inip gaybet etmeğın adamlar gönderilip geri ele getirilip Kal'a-i Kangırı'da... habs olunup asla itlak olunmamasını emredip...*” BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1301.

<sup>212</sup> BOA, Cevdet, Belediye, 4612, 13 RA 1177/1863. Akt. TABAKOĞLU, s.146.

<sup>213</sup> “*Draç Kazasının bir kalesinde Mehmet isimli birinin hırsız ve ehl-i fesad olması sebebiyle küreğe konulmasına dair Elbasan Sancağı beyine...7 L 973/1565*” akt. UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.81.

<sup>214</sup> “*Mezbur rahip Adana Kalesinde kalebent olmakla bunlar dahi mezbur ile mean kalebent olunup gadr olunduğın (haksızlık yapıldığını) bildirip itlak olunmak babında emr-i şerif reca eylediğın ecilden bila cürm olmalarıyla itlak olmak için yazılmıştır. fi evahiri RA 1115.*” BOA 113 numaralı Mühimme Defteri, Hüküm: 167.

olanlar evlenebilirler. Ancak kalelerin her birinde farklı uygulamalar da mevcuttur.<sup>215</sup>

**c)Kürek:** Kürek, hapis cezasının daha ağır bir tarzda infaz edilmesidir. Buharlı makinenin icadından önce gemiler yelkenle hareket eder, hava şartlarının müsait olmadığı zamanlarda ise kürekle yürütülürdü. Osmanlı donanması büyümüş ve harp sebebiyle yeni gemi yapma ve mürettebatını karşılama ihtiyacı çok fazla gemici ve kürekçi personelin bulunmasını gerektirmiş, gönüllü olarak çalışacak yeterli eleman bulunmadığı zamanlarda avarız vergisi,<sup>216</sup> harp esirleri<sup>217</sup> ve köleler (forsa); bunlar da yetmediği zaman suçlular bu insan gücünü karşılamakta kullanılmıştır.<sup>218</sup> Makinenin icadından sonra suçluların gemilerde istihdamı usulü terkedilmiş, ancak kürek tabiri cezanın infaz tarzı olarak kullanılmaya devam etmiştir.<sup>219</sup>

Hükümlerde genellikle suçluların küreğe konulmak üzere İstanbul'a gönderilmesi ve kaçmasının önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması emredilmekte, bazen de küreğe mahkum edilenlerin İstanbul'a gelmeden doğrudan cezanın infaz edileceği yere gönderilmesi istenmektedir.<sup>220</sup>

Kürek cezasına mahkum olmuş kişilerin ailelerinin sefalete düşmüş olmaları gerekçe gösterilip, evlerinde edepleriyle meşgul olarak ömürlerini

<sup>215</sup> Bkz. GÖKCEN, s.44-45.

<sup>216</sup> “Donanma-yı Hümayunum deryaya çıkmak emrim olup kürekçi lazım olmağın taht-ı livanıza vaki kadınlara her yirmi haneye bir kürekçi tayin olunup...” BOA, Mühimme Defteri, No: 241, akt. UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.515. Avarız vergisi olarak kürekçi istihdamı ile ilgili olarak bkz. BARKAN, s.72, m.57, s.205, m.6, s.228, m.5, s.238, m.5, s.247, m.6, s.304. Bu kanunnamelerde kürekçilerin tarım işçiliğinde de istihdam edildiğini görüyoruz.

<sup>217</sup> “Ağrıboz kadısına hüküm... hapsolunan kâfirleri muhkem kadunaya urup gereği gibi hıfzedip hapisten utlak etmeyip donanma-i hümayun geldikte kaptana teslim eylesin ve ne miktar kâfir teslim ettiğın yazıp bile arz edesin.” BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No:1504.

<sup>218</sup> HEYD, Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat, s.650, UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.482, BOSTAN, İdris, Osmanlı Bahriye Teşkilatı XVII Yüzyılda Tersane-i Âmire, Ank. 1992, s.213. İPŞİRLİ, s.205. Küreğin açık hava hapsi olarak nitelendirilmesi için bkz. FOUCAULT, s.143.

<sup>219</sup> CİN-AKGÜNDÜZ, I/336. Osmanlıda donanmada kürekçiye ihtiyaç bulunduğu dönemlerde kürek cezalarının ağırlık kazandığına dair görüş için bkz. AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, İst.1999, s.72.

<sup>220</sup> İPŞİRLİ, s.212.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

geçireceklerini beyan ile affedilip salıvermelerini isteyen 11 kişi, yukarıda zikredilen şarlara riayet kaydıyla salıverilmiştir.<sup>221</sup>

İnfaz tarzını hükmü veren mahkeme belirlemez, infaz idaresince takdir olunurdu. Çalışmalarına karşılık ödenen ücret, önceleri yapılan masraflara karşılık, hükümet tarafından alınırken sonradan mahkuma ödenmeye başlanmıştır. Ödeme tahliye sırasında yapılırdı.

### 3-İnfaz Personeli

Cezaevi personeli disiplini sağlayan gardiyanlar (infaz memurları), mahkumlara çeşitli bilgileri verecek öğretmenler, idari personel, ustabaşılar, doktor, psikolog, psikiyatir, sosyal hizmet uzmanları ve cezaevi müdürüdür. İnfaz personeli, güvenilir (emin), dürüst, zeki, merhametli, mürüvvet ve salah sahibi, güzel huylu ve tatlı dilli, sabırlı, mahpusun haklarını bilen ve bedenen güçlü olanlar arasından seçilir,<sup>222</sup> hasis ruhlu olanlar bu mesleğe alınmaz.<sup>223</sup> İnfaz personelinin firar, isyana teşebbüs ve isyan gibi durumlarda zor kullanma yetkisi olduğu için bu iş için eğitilmiş kişiler olması gerekir. Firar veya isyanda infaz

<sup>221</sup> “*Kalecik Ayan-ı Sabıkı, müteveffa Ahmed Bey’in idamı fazihasından dolayı mukadem liecli’t-tedib vaz-ı kürek olunmuş olan 15 nefer eşhasın evlad ü ıyalleri duçar-ı sefalet ve şayese-i merhamet olduklarından bahisle hanelerinde ırz u edepleriyle meşgul olarak devam-ı ömür ve şevket-i şahane duasına müdavemet etmek üzere afv ve ıtlakları iltimas ve istirhamına dair... katle bedel vaz-ı kürek kılınmış olacağından böyle tez vakitte tahlislerine müsaade kabul-i mevaddan değilse de vaki olan iş’ar-ı iltimasımıza müsaade-i şer’iyye-i şayan buyrularak merkumlardan kable’l-halas fevt olan 4 neferden maada hayatta olan 11 neferin sebilleri tahliye kılınmış ve merkumlar sefil ve üryan gelmemek üzere tarafımızdan beherine 100’er kuruş verilmiş...1251” Belge No:92. akt. KANKAL, Ahmet, Kalecik’in 1 Numaralı Şer’iyye Sicili Transkripsiyon ve Değerlendirme, AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ank. 1987, s.199.*

<sup>222</sup> EBU GUDDE, s.571.

<sup>223</sup> İBN ÂBİDÎN, V/377, SAVVÂ, Ali, “el-Haczü’l-Muvakkat ve Hukmuhû fi’ş-Şeriatil-İslâmiyye”, *Dirâsât*, Amman, 1986, s.60, el-Mevsûatül-Fıkhıyye, “Hapis” XVI/330, BARDAKOĞLU, “Hapis”, DİA, XVI/63. Osmanlıda hapis cezasına mahkum olanlar infaz memurlarına rüşvet vererek dışarı çıkıp çalışmışlar veya hastanede kalarak istirahat, hatta firar etmişlerdir. 1565 yılında Sinop’ta bir Musevi’yi öldürdükleri sabit olanlar hapsedildikleri kale kethüdasına mal vererek serbest bırakılmışlardır. Yine Rodos Metropoliti ayaklanma hazırlığında olduğu için sanık olarak hapse atılmış, yani tutuklanmış; ancak sancakbeyi ondan 400 duka alarak salıvermiştir. Geniş bilgi için bkz. MUMCU, Rüşvet, s.149.

personelinin bir kusuru varsa onlar da kusur derecesine göre cezalandırılır ve gerekirse görevden azledilirler.<sup>224</sup>

Hapsin infazından kural olarak hakim sorumludur.<sup>225</sup> Dolayısıyla tayin olunan hakim ilk önce hapisaneleri teftiş eder ve orada bulunan mahpusların hapsedilme sebepleri ile tahliye şartlarının oluşup oluşmadığını inceler, mahpusları gerekirse teminat alarak, gerek görmezse teminatsız da salıverir.<sup>226</sup>

Abbasilerin ilk dönemlerinden itibaren ceza konularındaki tahkik, teftiş ve infaz görevi kısmen polis ve jandarmanın günümüzdeki görevlerini de ifa eden şurtaya bırakılmıştır.<sup>227</sup>

Selçuklularda “emir-i hares” denilen ve cezaların infazı ile görevli bulunan infaz emirleri vardı.<sup>228</sup> Memlukularda ise kadılıkudatlık, en yüksek dini makam, şer’i ve hukuki işlere bakmakla ve (cezaları) infaz etmekle görevli idi.<sup>229</sup>

Osmanlıda ceza mahkumiyetlerine dair kararları subaşı veya muhızır infaz ederdi.<sup>230</sup> Hapsine karar verilen kişileri hapsedmek, hapisaneye nezaret etmek, para cezalarını sancakbeyi adına toplamak subaşının göreviydi.<sup>231</sup>

<sup>224</sup> EBU GUDDE, s.551.

<sup>225</sup> “Kadıllara ait olup hapis ve ıtlak hususlarına vüzera ile mîr-i mîran ve mütesellimlerin müdahalelerinin meni istidasını havi... Kayseri Kadısı tarafından ilam... 1195/1781” BOA Cevdet Adliye, No: 4733, akt. MUMCU, Rüşvet, s.146.

<sup>226</sup> ŞİRBİNİ, IV/387, BİLMEN, VIII/226.

<sup>227</sup> SCHACHT, s.50-55, 201, ORTAYLI, Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme, s.248, ATAR, Adliye Teşkilatı, s.179.

<sup>228</sup> NİZAMÜLMÜLK, Ebu Ali Hasen b. Ali: Siyasetname (Çev: N. Bayburtlugil) İst. 1998, s.191.

<sup>229</sup> UZUNÇARŞILI, Medhal, s.386.

<sup>230</sup> Hicri 1247 yılına kadar hapisane çavuşbaşının idaresinde ve İstanbul kadıları gözetiminde idi. Hapisane idaresi subaşılardan görevli idi, asesbaşılardan dahi korumakla görevli idi. Hasekiler de hırsız, katil ve sair eşkıyanın takip ve yakalanmasında memur idiler. Odabaşı ve zindan katibini de personel arasında saymak gerekir. Bosna kaptanları pek çok idari ve askeri işleri yanında mahkeme kararlarının infazı ve hapisanenin yönetimi ile de ilgilenirdi. Hukuk davalarında icra yetkisi ise muhtesipte idi. MUMCU, Rüşvet, s.145-146. Muhtesibin ayrıca suçüstü hallerinde suçluları ve emirlere aykırı hareket eden esnafı cezalandırma yetkisi de unutulmamalıdır. Geniş bilgi için bkz. Aynı eser, s.151vd. NİZAMÜLMÜLK, s.73-74.

<sup>231</sup> ÖZKAYA, Yücel, XVIII. Yy. da Osmanlı Kurumları ve Osmanlı Toplum Yapısı, Ank. 1985, s.203. “Kayseri subaşısı Piri Beğ meclis-i Şer’e kara

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

Osmanlıda infaz, kalelerde de yapıldığı için kale dizdarı ve diğer kale personeli aynı zamanda ceza infaz memuru olarak da değerlendirilebilir. Bu personelin yetersiz kaldığı durumlarda başka memurlardan da yararlanılmıştır.<sup>232</sup>

Adı geçen personel, hakim tarafından sürekli teftiş ve murakabe edilir.<sup>233</sup>

Gece asayiş ve emniyet görevlisi olan aseslerin<sup>234</sup> dış görevleri arasında çarşı pazar ve şüpheli yerlerde gezmek, zanlıları yakalamak, suçu sabit olanları ya yeniçeri karakolunda dayakla cezalandırmak veya ilgili makama göndermek de vardır.<sup>235</sup> Ayrıca hırsızları yakalamakla görevli böcekbaşılar (gendarme spécialement chargé de rechercher les valeurs), şüphelileri yakalar, kadı celp ederek muhakemesini bil-icra mahkum edip efrad-ı ahaliden ise Ağakapısı Mahbesine (Baba Cafer Zindanı'na), Yeniçeri ise mensup olduğu ocağın zabiti marifetiyle kaldırılıp kabahati zayıf ise hapsedilmek üzere Rumelihisarına, ağır

---

vazifesinden Mezd b. Kasım ve Şeyh Ali b. Karagöz ve Şahin b. İbrahim 'i ihzar eyleyip dedi ki: "mezbur pir-i sabıkan subaşı olan İbrahim Subaşı'yı tutup 46 gün hapseylemiş, bana verdi, ben dahi 46 gün var ki hapsederim. Kimesne buralarda hakk-ı dava eylemedi, nefislerine kefil verseniz saliveriyom" deyicek... 1 CA 953/1546." Akt. AKGÜNDÜZ ve Diğerleri, Şer'îye Sicilleri, II/138.

<sup>232</sup> "Ohri Kalesi Dizdarına; Mektup gönderip kal'a-i mezburenin hisar eri yedi neferden ziyade olmamağın onun dahi biri kapıcı ve biri ambarcı ve biri sipahizade olup mukataat ve cizye ve sair mal-i miri kalede hıfz olduğundan gayri, tutsaklar dahi hapsolünmeğla bu kadar dört neferin beklemeğe aczi olup kal'a-i mezburenin meremmatı için tayin olunan müsellemlerden ve üç nefer kale cebecilerinden tutsak vaki oldukta beklenmeğe adam lazım olduğun arz eylediğın ecilden buyurdum ki: Vakti hacette hisara müteallik olan kimesnelerden eğer müsellemler ve eğer cebeciler ve eğer gayrilerdir her kim ise beklettirip zarar ü ziyan olmaktan hazer edesiz." BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 883.

<sup>233</sup> MERGINANİ, Ebü'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr (593/1197): el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, İst. 1986, III/102.

<sup>234</sup> Hz. Peygamberin ases olarak görevlendirdiği kişilerle ilgili geniş bilgi için bkz. KETTANİ, II/51-52.

İlhanlılarda şehir ve pazar yerlerini geceleri koruyan asesler gece kol gezerek ayak takımından serserileri tutup asesgah denilen karakollara götürür, kimliklerini tahkik eder, kabahatleri varsa tutuklar, yoksa yasak yerlerde gezdikleri için cezalandırılırdı. UZUNÇARŞILI, İ. Hakkı, Osmanlı Devleti Teşkilâtına Medhal, Ank. 1988, s.259.

<sup>235</sup> ÖZCAN, Abdülkadir, "Asesbaşı", DİA, III/464.

ise Kilitbahir Kalesine gönderilirdi.<sup>236</sup> Asesler suçu sabit olanların cezalarını infaz ederlerdi.<sup>237</sup>

#### 4-Mahpusların Tasnifi

İslâm hukukçusu İbn Ferhun'a göre sicn, ıslâhî, ihtibârî ve tenkîlî olmak üzere üçe ayrılır. Basit suç işleyen faillere uslandırıcı rejim uygulanır. Ağır suçluların ıslahı pek mümkün olmadığı için toplumun korunması amacıyla hapsedilirler (tasfiye). İhtibari denilen hâbis ise tutuklamadır.<sup>238</sup> Bu amaçların gerçekleşmesi için mahpusların tasnifi gerekir. Çünkü mahpuslar tasnif edilmezse onların uslandırılması mümkün olmaz, hatta daha da bozulmalarına yol açılmış olur.<sup>239</sup>

**a) Tutukluların Mahkumlardan Ayrı Bir Yerde (tutukevinde) Tutulması:** Tutukevi ve cezaevi ayrı ayrı mekanlar,<sup>240</sup> tutuklulara uygulanacak disiplin kuralları da mahkumlardan daha hafif olmalıdır.<sup>241</sup> Tutuklular henüz mahkum olmadıkları için mahkumlardan ayrı bir rejime tabi tutulmalı,<sup>242</sup> onlara katı disiplin kuralları uygulanmamalıdır.<sup>243</sup> Bir de polis şefi olan sahib-i şurta tarafından yakalanan sanıkların gözaltında tutuldukları nezarethaneler vardı ki

<sup>236</sup> ERGİN, II/621.

<sup>237</sup> ERGİN, II/859, MANTRAN, Robert: 17. Yüzyılın İkinci Yarısında İstanbul (Çev: M.A. Kılıçbay-E. Özcan) Ank. 1990, I/146, ÖZCAN, Abdülkadir, "Böcekbaşı", DİA, VI/323.

<sup>238</sup> Akt. VÂİLÎ, s.104.

<sup>239</sup> VÂİLÎ, s.100.

<sup>240</sup> İBN ÂBİDİN, V/512.

5275 sayılı CGTİHK m.111/1'e göre: "Tutuklular... tutukevlerinde veya maddî olanak bulunmadığı hâllerde diğer kapalı ceza infaz kurumlarının bu amaca ayrılmış bölümlerinde tutulurlar."

Aynı Kanun m.111/3'e göre: "Kadın, çocuk ve gençlik tutukevleri müstakil olarak kurulabilir. Tutuklular, tutukevlerinde veya maddî olanak bulunmadığı hâllerde kapalı ceza infaz kurumlarının tutuklulara ayrılan bölümlerinde, büyükler, kadınlar, gençler, çocuklar olmak üzere ve suç türleri de gözetilerek ayrı yerlerde barındırılırlar."

<sup>241</sup> HUSARÎ, Ahmet, İlmü'l-Kadâ, Beyrut, 1986, II/330.

<sup>242</sup> İBN ÂBİDİN, V/512, BEHNEŞİ, A. Fethi, el-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslâmi, Beyrut 1983, s.204, EBU GUDDE, s.321.

<sup>243</sup> İBN ÂBİDİN, V/379.

bunlara Abbasilerde habsu'l-maunet denirdi.<sup>244</sup> Vali hapishaneleri bina ve koruma yönünden daha emniyetli olduğu için ağır suçlardan (insan öldürme vb.) mahkum olanların cezası burada, kadı hapishaneleri ise, daha az emniyetli olduğu için hapsen tazyik, borç için hapsedilenler vb. burada tutuluyordu.<sup>245</sup>

Ömer b. Abdülaziz, borç için hapsedilenlerle ceza olarak hapsedilenlerin özellikle yüz kızartıcı suçlar sebebiyle mahkum olanların bir araya getirilmemesini emretmiştir.

**b)Mahpusların Cinsiyetine Göre Tasnifi:** “Kadınlar erkeklerle muhtelit (karışık) olmaksızın ayrı bir yerde hapsedilir.”<sup>246</sup> Tay Kabilesinden Adiy b. Hatim’in kızı esirlerle birlikte Medine’ye getirilince Hz. Peygamber onu Mescid-i Nebevi’nin kapısı yanında, hanımların hapsedildiği hurma dallarıyla çevrili bir yere koymuştur.<sup>247</sup> Ömer b. Abdülaziz, valilere gönderdiği talimatta kadın ve erkek mahpusların ayrı ayrı mekanlarda tutulmasını istemiştir.<sup>248</sup>

Hünsa (erdişi) tutuklanırsa erkek ve kadınlardan ayrı kurum veya koğuşlara yerleştirilir. Hatta bunların cinsiyeti belli olmadığı için hücre hapsine tabi tutulur, yanlarına ne kadın, ne de erkek tutuklu veya mahkum konulur.<sup>249</sup> Kadınlara benzemeye çalışan (muhannes) erkeklerle, erkeklere benzemeye çalışan (mütereccil) kadınların da evde infaz şeklinde olsa bile hücre hapsine tabi tutulacakları ve dışarı çıkmalarına müsaade edilmeyeceği söylenir.<sup>250</sup>

---

<sup>244</sup> ŞEBARU, İsam Muhammed: el-Kadâu ve'l-Kudât fi'l-İslâm el-Asru'l-Abbasi, Beyrut, 1983, s.69-70, FENDOĞLU, H. Tahsin. Türk Hukuk Tarihi, İst. 2000, s.361.

<sup>245</sup> EBU GUDDE, s.338, ATAR, İslâm İcra ve İflâs Hukuku, s.256. Borç için hapiste infaz rejimi için bkz. SERAHSİ, XX/88-90. Osmanlıda tutukevleri ceza mahkemeleri nezdinde idi. GÖKCEN, s.48. Yedikule zindanlarının tutukevi olarak kullanılması hakkında bkz. UZUNÇARŞILI, İ. Hakkı, Osmanlı Devletinin Saray Teşkilâtı, Ank. 1988, s.414-415.

<sup>246</sup> BİLMEN, VII/306.

<sup>247</sup> KETTÂNÎ, II/58, SİRAC, M. Abdulhâdî: “Ukubetü's-Sicn fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiye”, *Dirâsât Arabiyye ve'l-İslâmiye*, S:V, Kahire, 1986, s.21, VÂİLÎ, s.100.

<sup>248</sup> BARDAKOĞLU, “Hapis”, DİA, XVI/61.

<sup>249</sup> EBU GUDDE, s.312, el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, “Hapis” XVI/317.

<sup>250</sup> el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, “Hapis” XVI/306.



**c) Küçüklerle Büyüklerin Ayrılması:** Çocuklar da tutuklanmış veya hapsedilmişse çocuklara mahsus tutukevi veya hapishaneye konulur, veli veya vasilerine teslim edilebilir,<sup>251</sup> ıslahevine yerleştirilebilir.

Suçluların kişilik özelliklerine göre ilk defa suç işlemiş tesadüfi suçlularla itiyadi suçluların cezalarının ayrı yerde infazı gerekir.<sup>252</sup>

**d) Hapis Sebebine Göre Tasnif:** Önleme hapsi, hapsen tazyik ve ceza olan hapsin infaz yerleri de ayrı olur.<sup>253</sup> Önleme hapsine tabi tutulanlar, henüz bir suç işlememiş kişiler olduğu için, bunlara uygulanacak rejim de tutuklu ve hükümlülere uygulanacak rejimden daha yumuşak olmalı, zarar veya tehlike ihtimali ortadan kalkınca derhal salıverilmelidir.<sup>254</sup> Borç için hapsedilenlerin infaz rejimi nispeten daha hafif olduğu için,<sup>255</sup> mahpuslardan firar edeceğinden korkulanlar infaz rejimi daha sıkı olan hapis cezası mahkumlarının bulunduğu cezaevine nakledilir.<sup>256</sup>

Suçlular mümkünse suç nevine göre (genel ahlak ve aile düzenine, mala ve kişilere karşı suç failleri olarak) ayrılır.<sup>257</sup> Gerekirse hücre hapsine hükmedilir.<sup>258</sup> Mahpusun isteği ile de hücre hapsi uygulaması yapılabilir. Firarından korkulan mahpus kayd u bend edilir.<sup>259</sup> Terör veya çıkar amaçlı suç örgütleri mensuplarına daha sert bir infaz rejimi uygulanabilir.<sup>260</sup>

<sup>251</sup> İBN ÂBİDÎN, V/426, EBU GUDDE, s.316, el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, "Hapis" XVI/318, 1858 Osmanlı CK m.40.

<sup>252</sup> VÂİLÎ, s.102, EBU GUDDE, s.320.

<sup>253</sup> İBN ÂBİDÎN, V/293, EBU GUDDE, s.323.

<sup>254</sup> EBU GUDDE, s.110.

<sup>255</sup> FENDOĞLU, Türk Hukuk Tarihi, s.604.

<sup>256</sup> ŞİRBİNÎ, IV/390. Bunların hırsızlar kısmına konulacağına dair görüş için bkz. İBN MAZE, Hüsameddin Ömer b. Abdilaziz: Kitabu Şerh-i Edebi'l-Kâdî li'l-Hassaf, Bağdat, Ty. (Matbaatu İrşad), II/375.

<sup>257</sup> İBN ÂBİDÎN, V/370. "Zindanda cürm-i galiz ile mahpus olanlar..." BOA, 69 Numaralı Mühimme Defteri, s.225, Hüküm: 449.

<sup>258</sup> İBN ÂBİDÎN, V/377. İbn Kayyım'ın ifadesiyle hapis, mahkumu dar bir mekana koymak, yani hücre hapsine tabi tutmak değildir. Zorunlu olmayan hallerde hücre hapsi uygulaması ile mahpusun özgürlüğünün kısıtlanmasının da ötesine geçilmesi pek hoş karşılanmamıştır. Hapis cezalarının infazında aslolan toplu infazdır iddiası için bkz. SİRAC, s.22. Ancak disiplinin temini vb. sebeplerle başka türlü zararı önlenemeyen mahpusların hücre hapsine tabi tutulması mümkündür. BARDAKOĞLU, "Hapis", DİA, XVI/61.

<sup>259</sup> BİLMEN, VII/307.

<sup>260</sup> EBU GUDDE, s.326.

Tutuklama yetkisinin vali-yi ceraiime ait olduğunu belirten hukukçular, tutukluların sicnü'l-valiye konulacağını söylemişlerdir. Bu tür cezaevinde de öteden beri tutuklu ile mahkumlar ayrılmıştır.<sup>261</sup>

**e) Tasnifte Osmanlı Uygulaması:** Osmanlı hukuk teorisinde ve uygulamayı gösteren belgelerde,<sup>262</sup> kadınların erkeklerden ayrı bir yerde tutulması hususu benimsenmiştir.<sup>263</sup>

1851 tarihli Ceza Kanunu Üçüncü Fasal m.19/son: “*Nisaya mahsus mahbeste hapisle müddet-i mahbusiyetinde infak ve iksasına icbar olunacak veli ve akrabası olmadığı takdirde canib-i beytülmalden infak ve iksa oluna.*” ifadesi ile kadınlara mahsus hapishaneden bahsetmektedir. Klasik dönemde gayrimüslim din adamları olan ruhani reisler, cemaatin huzurunu bozan ve dini suç işleyenleri aforoz etmek, cenazesini kiliseye kabul etmemek ve bazı maddi cezaları vermek yetkisini haizdi. Bu sebeple Fener Rum Patrikhanesinde bir hapishane oluşturulmuştu.<sup>264</sup> Tanzimat Döneminden itibaren Rahiplerin haklarındaki hüküm kesinleşinceye kadar diğer tutukluların buldukları yere götürülmeyip hal ve sıfatlarına uygun bir odada tevkif olunacakları, suçları sabit olur ve kabahat derecesinde bulunursa haklarında verilecek hapis cezasının da o odada infaz edileceği, cürüm sebebiyle mahkum olmuşlarsa ruhbanlık sıfatları kaldırılarak cezalarının genel hapishanelerde infaz olunacağı belirtilmiştir.<sup>265</sup>

---

<sup>261</sup> İBN ÂBİDÎN, V/512.

<sup>262</sup> “*Bursa kadısına hüküm ki; haliya bazı acem oğlanı suretindeki kimesneler Bursa’da avretler zindanın basup şefaet ile ele gelip Bursa’da acem başı olan kimesneye teslim olunmuş idi...*” BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri Hüküm No: 482.

<sup>263</sup> “*Zeyd’in zevci Hind’e olan deyni için Hind Zeyd’i hapsedtirmek diledikte Zeyd dahi “senin beni hapsedtirmekten muradın hilaf-ı Şer’ işe salık olmaktadır, bu takdirde seni dahi avretler zindanına hapsedsinler, nafakayı vereyim” demeye kadir olur mu? El-cevap Hıfz eder kimesesi olmayacak re’yi hakimle kendi ile bir müstakil mahbes var ise hapsedtirmeye kadirdir.*” Ebussuud Efendi Fetvaları, akt. DÜZDAĞ, s.56.

Meclis-i Tanzimat mazbatasında tutukevlerinin çocuklara, cinayet, cünha ve kabahat türü suç işleyenlere göre ayrılacağı, kadınların da mahalle imamlarının evlerinde tutuklanacakları belirtilmiştir. BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, s.111. Kadınlar için ayrı tutukevlerinin bulunmadığı zamanlarda kadın mahpusların imam evlerinde tutulması sebebiyle daha sonra da kadın hapishanelerine imam evi denilmiştir. PAKALIN, M. Zeki: Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, İst. 1993, s.60.

<sup>264</sup> AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s.156.

<sup>265</sup> BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, s.108-109.

21 Kanunusani 1327 tarihli bir tamimde: “*Binası muttasıl fakat methal (giriş) ve mahreci (çıkışı) ile bahçeleri ayrı olarak mevkufin ve mahkumîn-i nisaiyye (tutuklu ve hükümlü hanımlara) mahsus kısımların tefrik ... olunması*” emredilmiştir.<sup>266</sup> Meclis-i Tanzimat Mazbatasında en fazla önem verilmesi gereken konunun tutukevinin cezaevi gibi olmaması, sanığın beraat edebileceği göz önüne alınarak bunlara peşinen suçlu muamelesi yapılmaması (masumluk karinesi) konusu olduğu vurgulanmıştır.<sup>267</sup> Tesadüfi suçlularla itiyadi suçluların da tutuk ve cezaevlerinde ayrılması lüzumu bu Mazbatada şöyle açıklanmıştır: “*Bab-ı zaptiyeye gelen her cins sanığın karışık olarak bir yere doldurulup mesela fakirlikten bir ekmek çalan genç bir adamla sirkati itiyat edinmiş bir kişi bir yere konularak muhakeme sıraları gelinceye kadar aylarca bir arada kalınca üç ay hapisle ıslahı nefis edecek fakir gencin bu sürede arkadaşından kötü şeyler öğrenebileceği, bu sebeple tevkifhane denilen mahpusların talimhane-i cinayetleri...*”<sup>268</sup>

### 5-Mahpusun Hakları

**a)Ziyaretçi Kabulü:** Mahpusun eşi dışındaki yakınlarının kendisini ziyaretine izin verilmesi, hatta teşvik edilmesi gerekir. Çünkü ziyaretler mahkumun ıslahında çok büyük etkiye sahiptir.<sup>269</sup> Ömer b. Abdülaziz, valilere gönderdiği bir talimatta tutukluların kötü düşüncelerinden vazgeçmelerine ve ıslah olmalarına katkısı olsun diye yakınlarıyla görüşmesine izin verilmesini emretmiştir.<sup>270</sup> Bu gayeye uygun olarak tutukluların da ziyaretçileri ile görüştürülmesi mümkündür.<sup>271</sup>

Henüz tutuklu olanların ziyaretine izin verilmesi, kovuşturmanın selametine zarar verecekse bu hak kısıtlanabilir.<sup>272</sup>

<sup>266</sup> Bkz. KUNTER, Nurullah: “Yirmibeş Cumhuriyet Yılıının Ceza Tarihiçesi” *İstanbul Barosu Dergisi*, Y:XXII, S:3, Ekim 1948, s.575.

<sup>267</sup> BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, s.110. 1296 tarihli kanuna göre tutukevinin hapisshaneden ayrı olması gerekliydi. Sorgu hakimi tutukluyu ihtilattan men edebilirdi. CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s.32.

<sup>268</sup> Akt. BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, s.110.

<sup>269</sup> ALFI, Ahmad Abd al-Aziz: “Punishment in Islâmic Criminal Law”, in: *The Islamic Criminal Justice System*, New York, 1982, s.235, AKŞİT, s.111.

<sup>270</sup> Abdurrezzak, b. Hemmâm es-San’ânî, el-Musannef, Beyrut, 1983, X/118.

<sup>271</sup> İBN HÜMÂM, VII/288, BABERTİ, Ekmeleddin Muhammed b. Mahmud (786/1384): *Şerhu’l-Înâye ale’l-Hidâye*, Mısır, 1970, VII/289, ALFI, s.235.

<sup>272</sup> 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı CGTİHK’nın “Kısıtlayıcı önlemler” başlıklı 115. maddesine göre: *Tehlikeli hâlde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya*

Osmanlıda ziyaret ve mektuplaşmanın sınırlandırıldığına dair örnekler vardır.<sup>273</sup>

**b)Mahpusların Aile Bağlarının Korunması:** Evli olan mahkum veya tutukluların eşi ile cinsel temasına müsaade edilip edilmeyeceği konusunda İslâm hukukçuları arasında üç görüş vardır. Bunlardan birincisine göre hapisanede uygun bir yer varsa mahpusun eşi ile baş başa kalmasına<sup>274</sup> ve cinsel temasına müsaade edilir.<sup>275</sup> Hanbeliler, Hanefilerin çoğu ve Şafiilerden nakledilen bir görüşe göre yemek ve içmek gibi cinsel temas da bir ihtiyaçtır.<sup>276</sup> Kişinin hapsedilmesi onun bu ihtiyacını karşılaması hakkını ortadan kaldırmaz. Kimi bilginlere göre en az dört ayda bir cinsel münasebette bulunmak vaciptir, (dolayısıyla bu periyot gözetilmelidir) kimine göre ise, güç ve ihtiyaca göre belirlenir.<sup>277</sup>

İkinci bir görüşe göre; cinsel temas asli ihtiyaçlardan değil, zevklerden biridir. Cezanın caydırıcı etkisini hissettirmek için mahpusu bu zevkten mahrum

---

*suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutuklulara soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince belirli süre ile dışarıyla ilişkisinin, ziyaretçi kabulünün ve telefon görüşmeleri kısıtlanabilir.*

<sup>273</sup> “Rodos kadısına ve dizdarına hüküm ki; Rodos’a irsal olan Kırım Han’ın iç kalede habs olunmasını emredip buyurdum ki; emrim üzere mezkuru iç kalede habs eyleyip kendi adamlarından gayri bir ferdi buluşturmayasın. Eğer onun gibi hariçten gelip mektup sunarlarsa kendileri tutup habs edip sunduğu kağıtları bir keseğe koyup mühürleyip mezbur ile Südde-i Saadetime gönderesin. Emri şerifime mugayir kimesneyi buluşturmayasın.” BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No: 1323.

*“Filibe kadısı ve Dergâh-ı Muallâ çavuşlarından Filibe Subaşı olan Hüseyin Çavuşa hüküm ki; ...mezkur Eyüp katl eylediğini ikrar eylemeğin Şer’ ile siyaset olunup ve mezbur Bayramlı ikrar eylemeyip lakin maktulün esbabından elinde esbab bulunmağın habs olunmuş iken hâlâ bazı kimesneler mezkur Yahudi’yi hapisten utlak eylemek istediklerin bildirip imdi mezkur Yahudi habs-i ebedi ile habs olunsun emredip buyurdum ki; mezkur Yahudi habs-i ebedi ile hapsedip min ba’d utlak eylemeyesin ve kimesne ile buluşturmayasın.” BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri Hüküm No:1714.*

<sup>274</sup> SİRAC, s.22.

<sup>275</sup> İBN HÜMÂM, VII/278, HALEBİ, s.289, İBN ÂBİDÎN, III/432, AKŞİT, s.111.

<sup>276</sup> İBN MAZE, II/376.

<sup>277</sup> İBN TEYMİYE, Siyaset (Çev: V. Akyüz) İst. 1985, s.184, İBN HÜMÂM, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid (861/1456): Şerhu Fethi’l-Kadir, Mısır, 1970, VII/278, İBN ÂBİDÎN, III/432.

etmek gerekir. Bu görüş Malikîlere ve Hanefîlerin bir kısmına aittir, Şafîîlerden aktarılan ikinci görüş de budur.<sup>278</sup>

Üçüncü bir görüşe göre; cinsel temasta bulunmak mahpus için de meşru haklardandır. Maslahat gerektirmeden o bu haktan yoksun bırakılamaz. Hakim mahpusun ziyaretçileri, yakınları ve arkadaşlarından sorarak (veya bilirkişi beyanına göre) bu hakkını kullanması için bir takvim hazırlar. Bir kısım Şafîîlerin görüşü de budur. İslâm hukukçularının yüzyıllarca önce inceledikleri konu sonunda modern hukukçuların da gündemine girmiştir.<sup>279</sup>

Yine hapis cezası, mahpusun eşi ile cinsel temasına müsaade edilmemesi şeklinde infaz edilirse cezaların şahsiliği ilkesinin bir de bu açıdan zedelenmesine sebep olabilir. Çünkü bu durumda suç işlememiş eş de cezalandırılmış olmaktadır. Ayrıca bu eşin de uzun süre ihtiyacı karşılanmazsa gayri meşru ilişkilere yönelmesi tehlikesi olabilir. Bu sebeple imkan hazırlayarak eşlerin belirli periyotlarla bir araya getirilmesi gerekir.<sup>280</sup>

Mahpuslara zaman zaman verilecek izinlerle aile bağlarının takviyesi ya da özgür ortama intibakları sağlanabilir.<sup>281</sup>

Caferîlere göre eşlerin istedikleri zaman beraber olma imkânına sahip olmaları gerekir; bu nedenle eşinden uzakta veya hapiste bulunan kimse muhsan sayılmaz. Bazı Caferîler bu uzaklığı kasr mesafesi olarak takdir etmişlerdir.<sup>282</sup> Caferîler bu konuda Hz. Ali ve diğer imamlarından naklettikleri rivayetlere dayanmaktadırlar. Meselâ Hz. Ali'den rivayet ettiklerine göre "...aynı şehirde karısı bulunsa da hapiste olduğu için karısına ulaşamayan bir adam zina etse, recm cezası düşer ve dayak cezası verilir."<sup>283</sup> Ancak bu rivayetler Sünnî kaynaklarda mevcut olmadığı gibi buna zıt rivayetler vardır. Örneğin Hz. Ali'nin kocası Şam'da olduğu halde zina eden bir kadını recm ettiği rivayet edilmektedir.<sup>284</sup>

<sup>278</sup> İBN FERHÛN, II/205.

<sup>279</sup> ALFİ, Ahmad Abd al-Aziz: "Punishment in Islâmic Criminal Law", in: *The Islamic Criminal Justice System*, New York, 1982, s.235.

<sup>280</sup> EBU GUDDE, s.457vd.

<sup>281</sup> MAVERDÎ, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed (458/1058): *Nasihâtü'l-Müluk (Siyaset Sanatı)* (Çev: M. Sarıbyık), Konya, 1996, s.289.

<sup>282</sup> NECEFÎ Muhammed Hasen, *Cevâhiru'l-Kelâm fi Şerhi Şerâii'l-İslâm*, Beyrut, T.y. XLI/269, 273, 277, ATFEYYÎS, Muhammed b. Yusuf İsâ, en-Neylü ve Şifâü'l-Ğalîl, Beyrut, 1972, VII/348.

<sup>283</sup> NECEFÎ, XLI/273.

<sup>284</sup> Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/121, 143, 153, Beyhakî, *Sünen*, VIII/220.

**c)Hükümlü ve Tutukluların Masrafları**

Mahpusların yiyecek ve giyeceklerini temin etmek devletin görevlerindedir. Çünkü onlar özgürlükleri ile birlikte her türlü kazanç imkanlarını ve hukuki tasarruf ehliyetlerini kaybetmişlerdir.<sup>285</sup> Tutuklunun yiyecek,<sup>286</sup> giyecek vb. ihtiyaçları ile tedavi giderleri devlet bütçesinden karşılanır.<sup>287</sup> Ebu Yusuf, Hz. Ali ve sonraki halifelerin uygulamalarının bu yönde olduğunu, sahabe ve tabînin muhalefet etmediğini, böylece bu konuda icma oluştuğunu söyler.<sup>288</sup> Mahkumların masrafları devlet bütçesinden karşılanınca, tutukluların masraflarının karşılanması evleviyetle caizdir. Mahkumların mali durumu iyi olanlar veya ailesinin nafakayı karşılama imkanı bulunanlardan<sup>289</sup> bu masraf tahsil edilse bile, tutuklamanın kısa süreli olması ve adaleti ikamenin kamu yararına olması sebebiyle mali durumu iyi olan tutuklunun masrafları kendisinden tahsil edilemez.<sup>290</sup> Hanefilerden Ebu Yusuf, devletin mali durumu müsait olanlara rücu edeceğini söyler. Ancak tutuklu eğer fakir ise nafaka ödemekle yükümlü olduğu ailesinin masrafları bile zekat fonundan karşılanır.<sup>291</sup>

<sup>285</sup> MAVERDÎ, Nasihatü'l-Müluk, s.285. Esirler de maişetlerini kazanmakla mükellef değildirler, bunların masrafları esir alan devlet tarafından karşılanmalıdır. HAMİDULLAH, İslâm'da Devlet İdaresi, s.332.

<sup>286</sup> Kur'an (İnsan, 76/8-9) esirlerin yiyeceklerinin devlet tarafından ücretsiz olarak karşılanmasını emretmektedir. Bkz. EBU YUSUF, s.239, SAVVÂ, s.62, HAMİDULLAH, Muhammed, İslâm Peygamberi (Çev: Salih Tuğ), İst. 1979, I/246.

<sup>287</sup> FERRÂ, Kadı Ebu Ya'lâ Muhammed b. Hüseyin (458/1065): el-Ahkâmu's-Sultaniyye, Mısır, 1987, s.270, AKŞİT, s.111. Mali durumu müsait olmayan tutuklunun gıda ve giyim masrafları bütçenin harac gibi gelirlerinden karşılanabileceği gibi zekat fonundan da karşılanabilir. Bu konuda devletin yetkili organının takdir hakkı vardır. YENİÇERİ, s.199.

<sup>288</sup> EBU YUSUF, s.241, ALFI, s.235.

<sup>289</sup> Gözaltında bulunmak ve tutukluluk hali de çalışıp kazanma özgürlüğüne engel haller olduğu için nafakasını karşılamakla yükümlü olanların bu yükümlülükleri devam eder. ÖZCAN, Ruhi, İslâm Hukukunda Hısımlık Nafakası, İzmir, 1996, s.182. Hapis süresince tutuklu kadınların nafaka hakkına sahip olmayacağına dair görüş için bkz. Kadri Paşa, el-Ahkamu's-Şer'iyye fi'l-Ahvali's-Şahsiyye, m.170 (Çev: A. Akgündüz), in: AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, s.185, SCHACHT, s.173, CİN, Halil, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya, 1988, s.203, CİN-AKGÜNDÜZ, II/99.

<sup>290</sup> SAVVÂ, s.62. YENİÇERİ, s.199, MAVERDÎ, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed (458/1058): el-Ahkâmu's-Sultaniyye, Beyrut, 1990, s.362. SİRAC, s.21.

<sup>291</sup> EBU YUSUF, s.242.

Hapis cezası alan ve infazına başlanan kişinin mallarının müsaderesi çocuklarını mağdur edecekse, bu müsadereden vazgeçilir ve malları çocuklarına verilir.<sup>292</sup>

Osmanlıda hicri 1247 yılına kadar mahpusların iâşesi için devletin tahsisatı olmadığından mahpusların ahalinin yardımları ve adak kurbanlarıyla beslendikleri bilinmektedir. Zindanın kulesinde her gün bir adamın “burada açız, bize yardım edin, yiyecek verin” diye bağırdığı sanılmaktadır. Hayır sahiplerinin verdiği sadaka akçesinden her gün her mahpusa bir paralık ekmek ve birer kase çorba verilir, adak etleri eşit olarak paylaşılırdı. Paranın artan kısmı da borcunu ödeyemeyenlere yardım için kullanılırdı.<sup>293</sup> Aynı hapisanedeki gayrimüslimlerin Müslüman mahkumlardan daha müreffeh vakit geçirdikleri söylenir. Ancak bu tarihten sonra mahkumların masraflarının devlet bütçesinden karşılanması esası benimsendi.<sup>294</sup>

Baba Cafer Zindanına konulanlar hapsedildiklerinde para vermeyip, salıverildiklerinde harç olarak 18 para, dilekçe akçesi namıyla da 2 akçe vere gelmişlerdir.<sup>295</sup>

1851 Osmanlı CK Birinci Fesıl m.15'e göre infak ve iksasına icbar olunacak veli ve akrabası olmadığı halde mahpusun masrafı canib-i

<sup>292</sup> “...tarafından habs ve emvali zaptolunan Rusçuk Ayanı Burunsuz Ahmed'in çocuklarına gadr edilmiş ise emvalinin mahkeme vasıtasıyla iadesine dair...” BOA, CVT A.N. 5941, akt. MUMCU, Siyaseten Katl, s.164.

<sup>293</sup> “Verilen sadakât ü nüzûrdan cem olunan akçeden taam tabh ve firaş ve pazara giden ücreti ve odun ve kömür ve kandil ve hasır ve dilekçe akçesi masarifi ba'de'l-ihrac fazla kalan meblağ der-kis ve temhir olunup zaviyedar... Salih meblağ-ı mezbura kayyum ve hafız ve subaşı nazır nasb olunmakla yedinde hıfz için her dört ayda bir defa İstanbul kadısı marifetiyle hesabı rüyet ve fazla kalan akçe ile eda-yı deyne adem-i kudreti olan medyunların dayinleri ırzâ ve bedel-i sulh için ita olunmak üzere taht-ı zabıta-i nizama idhal olunmakla... ZA 1180/1767” İstanbul Kadılığı, No:229, akt. ERGİN, II/868.

<sup>294</sup> “Heyet-i Devlet-i Aliyye aleyhinde teşkil-i cemiyet-i ihtilaliyeye mütesaddi ve mütecasir olmalarından dolayı müddet-i muayyene ile kalebent edilmek üzere Kıbrıs ve Rodos cezirelerine nefy ve tağrip buyrulmuş olan... bu on nefere de Kıbrıs takiler gibi on kuruş yevmiye tahsisi meşmulu'l-ifak olan merhamet-i celile-i hazret-i vekaletpenahilerine mütevakkıf bulunmuş olmakla... Rodostan 5 SA 1285/16.05.1284.” Bab-ı Asafî Mektubi Kalemî Meclis-i Vâlâ A. MKT. MVL. No: 2/56.

<sup>295</sup> Bu yardımların mahalline sarf edilmeyip infaz memurları tarafından suiistimal edildiği de oluyordu. ERGİN, II/866.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

beytülmaldden (hazineden) karşılanır.<sup>296</sup> Üçüncü Fasl 17. maddeye göre: “*Hapsolunmuş olan fukara-yı ahab-ı cünhadan müddet-i mahbusiyetlerinde infak ve iksasına icbar olunacak veli ve akrabası bulunmayanların nafakaları buldukları mahallin emval-i mürettebe-i mîrîyesinden verilerek...*” ifadesi masrafın aslında mahpus veya yakınlarına ait olduğu, mahpus fakirse ve yakınlarının da imkanı olmazsa devlet tarafından karşılanacağı belirtilmiştir. Mahpuslara verilen tahsisat az gelirse sonradan bunun artırılması mümkündür.<sup>297</sup>

1295/1296 tarihli İlâmât-ı Hukukiyenin Suret-i İcrasına Dair Kanun-ı Muvakkat’ın 35. maddesine göre: (borç için hapisteye) alacaklı borçluyu infaka mecbur olup, nafaka bedeli olarak günde 5 kuruş vermekle mükelleftir.<sup>298</sup>

Osmanlı döneminde gerektiğinde mahkumlara<sup>299</sup> ve muhtaç mahkum yakınlarına maaş bağlanmıştır.<sup>300</sup>

Hapishane veya tutukevinde ölen mahpus veya tutukluya diğer insanlara yapılan dini merasim yapılır,<sup>301</sup> yakınları yoksa veya ilgilenmezse cenaze masrafları da hazineden karşılanır.<sup>302</sup>

<sup>296</sup> Bkz. ŞEKERCİ, Osman: İslâm Ceza Hukukunda Tazir Suçları ve Cezaları, İst. 1996, s.121. Kanun metni için bkz. GÖKCEN, Tanzimat, s.115.

<sup>297</sup> “*Geçen sene Tuna Vilayetinde zuhur eden Bulgar meselesinden dolayı nefy ve tağrib edilen takımdan kalebentlik cezasıyla Diyarbekir’de bulunan 27 nefer Bulgar’a yevmiye 300 dirhem ekmek verilmekte ise de bunlar fakr ve muzayakaya duçar olduklarından fil-cümle def’i zaruretileri zımında sadaka-i ser şevket... her birine bazı emsali misillü altmışar para yevmiye tahsisi ve itası... icabının icrasına himmet buyrulsun... 1284” A. MKT. ŞD, No:2/36.*

<sup>298</sup> Kanun metni için bkz. UYAR, Talih: İcra ve İflâs Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflâs Suçları) Manisa, 1987, s.2.

<sup>299</sup> “*Heyet-i devlet-i aliyye aleyhinde teşkil-i cemiyet-i ihtilaliyeye mütesaddi ve mütecasir olmalarından dolayı müddet-i muayyene ile kalebent edilmek üzere Kıbrıs ve Rodos cezirelerine nefy ve tağrip buyrulmuş olanlardan Kıbrıs’takilere onar kuruş yevmiye tahsis buyrulmuş ise de, Rodos’ta bulunanların altısına ikişer kuruş yevmiye tayin buyrulup dördüne henüz bir şey tahsis olunmamış ve cümlesi hal-i ihtiyaç ve zarurette bulunmuş olduğundan... bu on nefere de Kıbrıs’takiler gibi on kuruş yevmiye tahsisi... Rodos’tan 5 S 1285/16.05.1284.” A. MKT. MVL. No: 2/56.*

<sup>300</sup> Beş yıl müddetle küreğe konulan Bekir’in ceza müddeti dolmamış ise de çok fakir olup... çocukları sefaletе düşmüşler, bu sebeple Bekir’in affını istemişlerdir. Cezanın bitimine üç yıldan fazla süre olduğu ve tahliye şartları oluşmadığı için Bekir’in tahliyesine kadar çocukların infakı için mahallin emvalinden 60 kuruş bağlanmasına ilişkin tezkere için bkz. BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, s.111.



#### d) Tıbbi Bakım (Tedavi)

Hastalanan mahkum ve tutuklu mümkünse ceza veya tutukevinde, değilse dışarıda bir kurumda tedavi ettirilir.<sup>303</sup> Hastanın helakinden korkulmuyorsa ve kendisine hapisanede hizmet edecek birisi varsa, tedavi için dışarı çıkarılmaz, infaza ara verilmez.<sup>304</sup> Özellikle borç için hapsen tazyik edilenler hastalığı sebebiyle hapsin etkisini daha fazla hissedeceği ve ödeme imkanı arayacağı için hapisanede tedavi edilir. Ancak tehlikeli bir durum söz konusu ise, amaç borçlu mahpusu helak etmek olmadığı için dışarıda tedavi edilir.<sup>305</sup>

Osmanlı uygulamasında kürek cezası da, hapsin özellik gösteren bir türü olduğu için, bu cezanın infazı sırasında hastalanan mahkumlar tedavi ettirilmiştir.<sup>306</sup>

1851 CK Üçüncü Fesil m.16'ya göre: “*Mahpus olanlardan ağır hasta olanların kavi kefile raptıyla tahsil-i bür'ü tam edinceye kadar hanelerinde ikamet ve tedavi eylemelerine ruhsat verilip eyyam-ı hastalıkları müddet-i muayyene-i mahbusiyetlerine mahsup oluna. Ve bu vecihle hasta olduğu indinde tebeyyün ederek ruhsat verilen mahpusun kesb-i ifakat edip etmedikleri 15 günde*

<sup>301</sup> AKŞİT, s.111.

<sup>302</sup> EBU YUSUF, s.243, SALEH, Osman Abd al-Malek: “The Right of the Individual to Personal Security in Islâm”, in: *The Islamic Criminal Justice System*, New York, 1982, s.85.

<sup>303</sup> SUYÛTÎ, Celaleddin Abdurrahman b. Ebubekir (911/1505): *el-Eşbâh ve'n-Nezair*, Beyrut, 1983, s.491, İBN ÂBÎDÎN, V/378, ŞİRBÎNÎ, II/157, ALFİ, s.235. Osmanlı uygulamasında hapis cezasına mahkum olanlar, hapisane görevlilerine rüşvet vererek arada bir dışarı çıkabilmiş, hastanede kalıp rahat edebilmiş, hatta hapisten kaçabilmiştir. Özellikle idam kararı verilip infaz için hapisanede bekletilenlerin kaçma örnekleri çoktur. Geniş bilgi için bkz. MUMCU, Rüşvet, s.149vd.

<sup>304</sup> HALEBÎ, İbrahim b. Muhammed: *Haşiyeli Multeka*, Dersaadet, 1316, s.289.

<sup>305</sup> İBN MAZE, II/374-375.

<sup>306</sup> “*Anadolu kadılarına hüküm ki: Darende Yorgi nam zimmi gelip nefsi İzmir'de kefere kethüdası olup sene-i sabıkada donanma-yı hümayunum ol canibe vardıkta, kaptanım kürekte olan mücrimlerden on üç nefer kimesneyi mariz olmağın kendüye tumar etmek için teslim olunup mezburlar ifakat bulup habs olunmuşlar iken bir gece mahbesi bozup gaybet ettiklerinde müşarünileyh avdet edip gelip zikrolunan mücrimleri talep edip gaybet etmiş bulunmağın kendüye bulmak teklif edip kefile verdiğin arz etmeğın buyurdum ki... ele getirip yarar adamlara koşup gönderip küreğe konmak için Rodos Beyine teslim ettiresin... 10 L 966/15.07.1559. BOA, 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm: 113.*

*bir kere tahkik olunmasına ol beldenin umur-ı mülkiyesine memur tarafından dikkat kılın.*” 1880 yılında çıkarılan bir Tezkire-i Âliye’de, 1858 Ceza Kanununun 43. maddesine dayanılarak doğum yapacak kadınlarla diğer hastaların doktor raporu ile mahalli hastanelere nakilleri hükme bağlanmıştır.<sup>307</sup>

Mahpuslar kendi rızaları olsa bile tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.

Haksız yere hapsedilenler ile infaz rejimini ve idarenin tutumunu protesto etmek isteyenlerin açlık grevi yaparak seslerini duyurabilecekleri söylenmiş ise de,<sup>308</sup> kişinin özgürlüklerini koruma yollarından biri olarak kabul edilen açlık grevinin insani, dini, ahlaki, idari ve hukuki boyutları olduğu için, infazla görevli olanların açlık grevine müdahale ile görevli oldukları ve mahkumların helakine göz yumanların ceza sorumluluğundan kurtulamayacakları belirtilmiştir.<sup>309</sup>

İnfaz sırasında akıl hastası olanların infazı durdurulur.<sup>310</sup> İmam Muhammed’e ait olan ve uygulamada kabul gören görüşe göre, akıl hastalığına yakalanan tutuklu derhal salıverilir.<sup>311</sup> Ancak topluma zarar vermesinden korkulursa güvenlik tedbiri olarak bir tedavi kurumuna yerleştirilir ve özgürlüğü bu şekilde kısıtlanır.

#### e)Din ve İbadet Özgürlüğü

Hükümlü ve tutukluların manevi kalkınmalarının sağlanması, ıslah çalışmaları içinde büyük önem taşır. Hükümlülerin inanç dünyalarının zenginleştirilmesi, Allah’a yönelip bağlanmaları uslanmalarının en önemli tezahürü ve toplumun menfaati için zorunludur. Birlik ve beraberliği sağlamada, iradeleri iyi ve güzelde birleştirmede toplu ibadetin önemi büyüktür. Böylece

<sup>307</sup> BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, s.112. “*Hamile olarak mevkufen veya mahkumen hapishanelerde bulunan kadınların vaz’ı haml zamanı takarrup eylediği halde tabibin raporu üzerine mahalli hastanesinin nisaya mahsus olan dairesine nakil ve izamı lazım geleceği... hastanede bulundurulmalarını istilzam eden ahval ber-taraf olduğu tubben tahkik edildikten sonra ikmal-i cezaları zımında yine hapishaneye ideleri muvafık-ı maslahat olacağından...*” bkz. GÖKCEN, Tanzimat Devri Ceza Kanunları, s.189.

<sup>308</sup> EBU SERİ, Muhammed Abdulhadi: Fıkhu’s-Sücûn ve’l-Mutekalât, Kahire, 1993, s.172.

<sup>309</sup> İBN KUDAME, XII/102-103. Dini yönden kişinin kendi isteği ile aç kalarak ölmesi, intihar etmesi demektir. Yahudilik ve Hıristiyanlık, intihar edenleri dini törenden mahrum etmişler, bu fiil İslâm’da da büyük günahlardan sayılmıştır.

<sup>310</sup> KASANİ, VII/63, TRABLUSİ, s.197.

<sup>311</sup> ŞİRBÎNÎ, II/157.

dini inançları güçlenen hükümlü, tahliye sonrası mükerrirlik yönünden de güvenceye alınmış olur. Mahpuslar, cuma ve bayram namazları veya cemaatle namaz veyahut hac farızasını ifa için kefil gösterse bile dışarıya çıkarılmaz, bir kavle göre usul-füruundan biri vefat ederse cenaze için kefaletle çıkarılabilir.<sup>312</sup>

#### f) Mahpusa İşkence Yasağı

Mahpuslara iyi muamele edilmelidir,<sup>313</sup> işkence yapmak yasaktır.<sup>314</sup> Yaralamak (kulak, burun kesmek, dudak yırtmak, kemik kırmak gibi) dövmek, bağlamak, suya batırmak, sıcak<sup>315</sup> veya soğukta bırakmak, elbisesini soymak,

<sup>312</sup> BİLMEN, VII/307.

5275 sayılı CGTİHK'nın "Din ve vicdan özgürlüğü" başlıklı 70. maddesine göre: "Hükümlü, ceza infaz kurumunda, mensup bulunduğu dinin ibadetlerini, düzeni bozmayacak ve çalışmayı engellemeyecek biçimde serbestçe yerine getirebilir ve ibadette kullanılan eşyayı, dini yaşamı bakımından zorunlu olan kitap ve eserleri temin ve bulunduğu yerlerde muhafaza edebilir.

*Hükümlünün, mensup bulunduğu dinin görevlilerince ziyaret edilmesine ve onlarla iletişim kurmasına, kurum güvenliğini tehlikeye düşürmemek koşuluyla izin verilir."*

<sup>313</sup> EBU YUSUF, s.241. Yargılanan bir kimse aleyhinde mahkumiyet hükmü verildiğinde bu durum ona acı verir. Tabibin hastasına hoşuna gitmeyen ilacı benimsetmesi gibi güzel ve yumuşak söz ve fiillerle bu mahkumiyeti kabullenmesi sağlanmalıdır (bunlardan birincisi tedavinin, ikincisi ise cezanın amacına ulaşması bakımından önemlidir). İBN TEYMİYE, Takıyyuddin Ahmed (728/1327): es-Siyasetü'ş-Şer'iyye fi Islâhı'r-Râî ve'r-Raiyye, Beyrut, 1993, s.161.

<sup>314</sup> İşkencenin İslâm yargılama hukukunda hiç bir zaman bir usul kurumu olarak mevcut olmadığı söylenmiştir. DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İst.1994, I/120, DEMİRBAŞ, Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ank. 1992, s.17-18, Aynı Müellif, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996, s.48, AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, s.250. İslâm hukukuna göre dayak ancak hükmedilmiş bir ceza olarak uygulanır, mahpus keyfi olarak dövülemez. TRABLUSİ, s.179.

13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun "İnfazda temel ilke" başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasına göre: "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz."

<sup>315</sup> Hişam b. Hakim Şam'da (Humus rivayeti de var) (Acem) çiftçilerinden veya Kıptilerden güneş altında bekletilen başlarına zeytinyağı dökülmüş kimselere rastladı. "Bu nedir?" diye sordu. "Haraç veya cizye vergilerini ödemedikleri için hapsediliyorlar" cevabı verildi. Bunun üzerine O, ben bizzat Allah Resulünün: "Allah muhakkak dünyada insanlara işkence edenlere (kıyamet gününde) azap

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

ibadetine ve tuvalet ihtiyacına engel olmak, haysiyetine dokunacak sözler söylemek (tahkir etmek) caiz değildir.<sup>316</sup> Savaş sırasında düşmandan esir alınan kimselere bile işkence (müsle), aç ve susuz bırakmak gibi gayri insani muameleler yasak olduğuna göre,<sup>317</sup> bir Müslüman suçlu olduğu için kanunun öngördüğü cezadan başka bir şekilde tazip veya işkence etmek evleviyetle yasaktır.<sup>318</sup> Mahpusun kaçmasını önleyecek asgari şartları haiz hapisanede ayrıca zincire vurulması Ebu Yusuf'un valilere yazdığı bir mektupla yasaklanmıştır.<sup>319</sup> Borç için hapsedilen kişiler ayrıca zincire vurulmaz.<sup>320</sup> Firara teşebbüs eden veya disiplini bozanlar infaz hakiminin takdirine göre ayrıca cezalandırılırlar.<sup>321</sup>

Osmanlı uygulamasında mahpusların tehlikeli olan yerlerde hapsedilmesi yasaklanmış, onların can güveliği garanti altına alınmıştır.<sup>322</sup>

---

*edecektir.*" dediğini duydum dedi. Sonra mahpuslar serbest bırakıldı. Müslim, *Birr*, 117, 118, Ebu Davud, *İmare*, 32, Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/403-404, DAVUDOĞLU, Ahmet, *Sahih-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, İst. 1977, X/576.

<sup>316</sup> EBU YUSUF, s.240, KETTÂNÎ, I/295, KASANÎ, VII/64, DEHLEVÎ, Şah Veliyyullah b. Abdurrahim(1176/1762), *Huccetullahi'l-Bâliğa*, Beyrut, 1992, II/441, AKŞİT, s.111.

<sup>317</sup> MOLLA HÜSREV, I/285.

<sup>318</sup> İBN TEYMİYE, *Siyaset*, s.111. İşkence yasağını belirten hadis için bkz. Buhari, *Mezalin*, 30, Ebu Davud, *Cihad*, 110.

<sup>319</sup> EBU YUSUF, s.242, SİRAC, s.8, ŞEKERCİ, s.120.

Tutukevi muhkem değilse kaçmayı önlemek için bağlamak mümkündür. Bedir Harbi sonrası alınan esirlerin kaçmasına meydan vermemek için onları bağlamaya Hz. Ömer görevlendirilmiş, Hz. Abbas'ı pek sıkı bağladığından O sabaha kadar inlemiş, Hz. Peygamber bu iniltileri işitip müteessir olarak uyuyamamış, Ensar durumu anlayınca kollarını çözüp meccanen affedilip bırakılmasını istemişlerdir. SEYDİŞEHİRİ, Mahmud Esat, *Tarih-i Din-i İslâm* (Haz: A. L. Kazancı-O. Kazancı) İst.1983, s.603. Hz. Peygamber din işine iltimas sokmamak ve esirleri müsavi muameleye tabi kılmak için gönlündeki ağır ıstıraba rağmen muvafakat etmemiş, fidiye bedelinden bir dirhem bile eksik alınamaz diyerek Ensar'ın teklifini reddetmiştir. MİRAS, Kamil-Ahmed Naim: *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi*, Ank. 1974, VIII/408.

<sup>320</sup> Ali Efendi, *Fetava*, II/19.

<sup>321</sup> HAMİDULLAH, *İslâm'da Devlet İdaresi*, s.333.

<sup>322</sup> "Belgrad Kalesinin bâlâsında... maruf kaleler barut ile dopdolu olup ateş havfi olduğu... ızzar olacak yerlerde katil ve hırsız ve muzırlar koyulmağı teklif olunmuş istida olunmakla buyruldu; vusul buldukta min ba'd evvel ve ahir

İşkence ve kötü muamele suç teşkil eder, mutlaka cezalandırılması gerekir.<sup>323</sup>

Mahpusu tahkir de memurların efrada kötü muamelesi sayılacağından yasaktır.<sup>324</sup> Hz. Peygamberin cezalandırılmasına hükmettiği bir mahkuma Hz. Ömer, “Allah’ım, şu adamı rahmetinden uzak kıl” diye lanet etti... Bunun üzerine Hz. Peygamber, “Ya Ömer, ona lanet etmeyiniz.” buyurdu (mahkuma lanet etmek suretiyle tahkir edilmesini yasakladı).<sup>325</sup>

### 6-Mahpusun Hukuki Tasarrufları

**a)Mahpusun Kamu Hukuku ile İlgili Tasarrufları:** Hapsedilen kişinin hareket özgürlüğü kısıtlanır. Ancak bunun dışındaki hangi özgürlüklerinin ne ölçüde ve nasıl kısıtlanacağı konusunda genel ilkeleri tespit etmek gerekir. Bu ilkeler tutuklulukta asgari olarak tutuklunun kaçmasını ve delilleri karartmasını önleyecek ve tutukevinin düzenini sağlayacak kadar olmalıdır. Mahpus dövülemez, kaçmasından korkulması hariç bağlanamaz, kelepçe takılamaz.<sup>326</sup>

Osmanlıda Zaptiye-i Asâkirden Mahbus Âsâline Memur Olan Zabitan ve Neferatın Vazife-i Memuriyetleri Hakkında Tenbihatı Havi Varaka’da, katil,

---

*ızzar olacak yerlere kimesne habs olunmaya böyle şer’i şerife mugayir barut dolu olan yerlere lede’l-fasl kimesneler habs olunmaya neticesi sana ait olup ona göre ihtimam eylesin.” BOA 5 Numaralı Mühimme Defteri Hüküm No:982.*

<sup>323</sup> AYDIN, Hakkı: İslâm Hukuku ve Modern Hukukta İşkence, İst. 1997, s.241. 1856 tarihli İslahat Fermanı’nda sanık ve mahkumlara işkence etmek kesinlikle yasaklanmış, 1858 Osmanlı CK m.103’e göre sanığa cürmünü söylemek için işkence eden devlet memurlarının muvakkat kalebentlik ve müebbet memuriyetten men cezasına çarptırılacakları belirtilmiştir.

<sup>324</sup> Müslim, *Hudud*, 30, Buhari, *Hudud*, 415, MİRAS, XII/251.

<sup>325</sup> Hadis için bkz. Tecrid, No: 2086, MİRAS, XII/253.

<sup>326</sup> EBU YUSUF, s.243, TRABLUSİ, s.197.

Kur’an’daki esirlerin bağlanması emrinin kaçmasını önleyecek tedbirlerin alınması şeklinde anlaşılması gerektiğine, Hz. Peygamber devrinde bunu sağlayacak muhkem tutukevleri olmadığı için tutuklu ve esirlerin bağlandığı (örneğin Bedir esirleri bağlanmıştı), evlerinde muhafaza imkanı olan bir kısım insanların evlerine bırakıldığı, günümüzde de özellikle nakil sırasında kaçmasının önlenmesi için kelepçeye müsaade edildiği iddiası için bkz. FENDOĞLU, H. Tahsin, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik, İst. 1996, s.145-146.

Hapisten firara teşebbüs edenlere dayak cezası uygulanacağına dair görüş için bkz. ÇİVİZEDE, s.53.

haydut gibi (kürek cezası gerektiren) cinayet nevi suç faillerinin nakilleri sırasında kollarının bağlanması, boyunlarına zincir vurulması ve gerekirse ellerine bilekçe takılması caiz olduğu yazılıdır. Adi hırsızlık, hafif darp ve cerh gibi cünha ve kabahat faillerinin naklinde boyunlarına zincir ve ellerine bilekçe takılması memnudur. Firar ihtimalleri varsa en büyük zabıta reyiyile kolları bağlanabilir.<sup>327</sup>

Kendi davasını izlemek için duruşma salonuna getirilir.<sup>328</sup> Savunma hakkının kısıtlanmaması için infaz makamları sanığı duruşma salonunda hazır eder.<sup>329</sup>

Tanıklık yapmak üzere de tutuklu ilgili mahkemeye götürülür. Ancak tutuklunun mahkemeye götürülmesi onun can güvenliği açısından sakıncalı ise naip hakim onu bulunduğu yerde dinler.

**b)Hapsin Özel Hukuk ile İlgili Sonuçları:** Mahpusun bu sıfatına halel gelmemek şartıyla bazı hukuki işlemleri yapmasına izin verilir.<sup>330</sup>

Kadın bir borçtan dolayı hapsedilirse, kocasından alacağı nafaka hakkını kaybeder.<sup>331</sup>

İslâm hukukçularının çoğunluğuna (cumhura) göre kocanın hapsedilmesi boşanma sebebi sayılmaz. Ancak Malikîlere göre eşinden bir yıldan fazla ayrı kalan kocası hakkında boşanma davası açan kadının davası

---

<sup>327</sup> Bu belge için bkz. Düstur, C:II, s.753.

<sup>328</sup> SUYÛTÎ, s.492, ŞİRBÎNÎ, II/157, İBN ÂBİDÎN, V/499. EBU GUDDE, s.443vd.

*“Kadısına hüküm... karyesi reayası... sipahilerinin... ziyade zulüm ve taaddi ettiklerini bildirip... mezburu kayd ve bend ile gönderesin”.*

*“Kadısına hüküm... Kethüda Mustafa Çavuş... zulüm ve taaddi eylediğinden... şikayetçinin önünde hakları alındıktan sonra mukayyet ve mahpus (tutuklu) südde-i saadete gönderesin.”* BOA, Mühimme Defteri, No:73, Hüküm; 382, akt. MUMCU, Ahmet, Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, Ank. 1985, s.26 dn.97.

<sup>329</sup> EBU GUDDE, s.474, 545vd.

<sup>330</sup> 4721 sayılı 2002 Türk Medeni Kanunu m.407’ye göre; *“Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her ergin kısıtlanır. Cezayı yerine getirmekle görevli makam böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür.”*

<sup>331</sup> SCHACHT, s.173.

kabul edilir.<sup>332</sup> Evli kadın bir suçtan dolayı hapsedilirse, kocasının nafaka yükümlülüğü sona erer.<sup>333</sup>

1917 tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi uzun süreli bile olsa kocanın hapsedilmesini, kadın bakımından boşanmayı isteme sebebi olarak kabul etmemiştir.<sup>334</sup>

Mahpusun şikayetçi veya alacaklı ile sulh olması onun hapisten çıkmasına sebep olur mu? “*Sirkat ve emsali töhmet ile zindanda mahpus olan kimesne, tahlis-i nefis için bir miktar mal ile an inkarin musalaha olsa, nazar olunur; eğerçi ol kimesne vali yahut vali tarafından memur zabita marifetiyle hapsolunmuş ise, sulh-ı merkum sahih ve caizdir...*”<sup>335</sup>

### 7-Mahpusun Yükümlülükleri

Çalışma, çalışmak isteyen mahkum için hak; istemeyen için ise yükümlülük olarak telakki edilebilir. Dolayısıyla mahkumların çalışması teşvik edilir ve isteyenlere imkan hazırlanır.<sup>336</sup>

Ebu Yusuf’a göre, mahpus borcunu ödeyebilmesi için zorla çalıştırılabilir.<sup>337</sup> Zahirilere göre de borçlu mahpus borcunu ödeyebilmesi için

<sup>332</sup> CİN, Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, Ank.1976, s.109, DÖNDÜREN, Hamdi, İslâm Aile İlmihali, İst. 1995, s.428. Bu içtihadın temelinde, esir düşmenin evlilik bağına çözeceğini Medinelilerin kabul etmesine rağmen Iraklıların kabul etmemesi yatar. Bkz. SCHACHT, s.52. Koca 3 yıldan fazla süreli hapis cezası almışsa eşi boşanma davası açabilir, bu boşanma bina talak sayılır.” ÂMİR, Abdülaziz, İslâm’da Aile Hukuku, (Çev: Ali Keleş) İst. 1997, s.104. Kocanın hapsedilmesinin evliliğin feshi için bir sebep teşkil ettiğine dair görüş için bkz. CİN, Evlenme, s.182.

<sup>333</sup> SCHACHT, s.173.

<sup>334</sup> Geniş bilgi için bkz. AYDIN, M. Akif, İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, İst. 1985, s.203.

<sup>335</sup> DEDE CÖNGİ, Minkarizade İbrahim Kemaleddin (ö.973/1565): Siyasetname Tercümesi, (Çev: M. Arif Efendi) in: AKGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Şer’i Tahlilleri, C:IV, İst. 1992, s.163.

<sup>336</sup> ATAR, İslâm İcra ve İflâs Hukuku, s.263.

<sup>337</sup> BİLMEN, VII/307. Esirlerin ve dolayısıyla mahpusların kendi maişetlerini kazanmak gibi bir yükümlülüklerinin olmadığı, onların zorla çalıştırılması uygulamasının İslâm’ın ilk zamanlarında mevcut olmadığına dair görüş için bkz. HAMİDULLAH, Muhammed, İslâm’da Devlet İdaresi (Çev: K. Kuşçu) Ank. 1979, s.332.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

ücretli olarak çalıştırılabilir. Bu durum borçlunun bolluk anına kadar beklenmesini emreden (Bakara, 2/280) ayetine aykırı değildir.<sup>338</sup>

*Tutuklunun Çalışması:* İslâm hukukunda her ne kadar tutuklama süresi kısa tutulmuşsa da, çalışma konusu modern mevzuat gibi tutuklu ve hükümlüler açısından farklı şekilde düzenlenmemiş, aynı hükümlere tabi tutulmuştur. Bu konuda hukukçuların üç görüşü vardır:

*Birincisi:* Çalışmasına engel olunmaz, aksine kendi masraflarını, ailesinin nafakasını ve varsa borçlarının ödenmesi için çalışmasına imkan hazırlanır. Şafîiler, Hanbeliler ve bir kısım Hanefîlerin görüşü budur.<sup>339</sup>

*İkincisi:* Hanefîlerin muteber görüşüne göre, çalışması onun ceza ve tutukevi havasına alışması, orayı atölye gibi hissetmesi ve acıyı unutmasına yol açacağı için buna imkan verilmez.<sup>340</sup>

*Üçüncüsü:* Mahpusun kişiliğini göz önüne alan hakim onun çalışıp çalışmayacağını takdir eder.<sup>341</sup> Zorla çalıştırmaya, hacir sayılacağı gerekçesiyle olumsuz bakılmıştır.<sup>342</sup>

Osmanlıda mahpuslar hallerine uygun işlerde rızalarıyla çalıştırılırdı. Hatta sokak serserileri bile yakalanınca, gece boyu hapsedmek yerine hamam ocaklarına odun taşımak suretiyle çalıştırılıyorlardı.<sup>343</sup>

Çalıştırılan mahpuslara ücretlerinin yarısı ödenir, diğer yarısı da emanet sandığına konurdu. Uygulamanın her zaman başarılı olduğunu söylemek mümkün değildir. Cezasını çeken mahkumun suçlulukta maharet kesp ettiği ve tekrar suç işlediği de görülmüştür.<sup>344</sup>

---

<sup>338</sup> BİLMEN, VII/309.

<sup>339</sup> ÂMİR, et-Tazir, s.384, ATAR, İslâm İcra ve İflâs Hukuku, s.263.

<sup>340</sup> KASANİ, VII/174, HALEBİ, s.289, İBN ÂBİDİN, V/378, BARDAKOĞLU, “Hapis”, DİA, XVI/62.

<sup>341</sup> el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye, “Hapis” XVI/322.

<sup>342</sup> SERAHSİ, XX/90.

13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı CGTİHK'nın “Tutukluların hakları” 114. maddesine göre: “Tutuklulardan çalışmaları istenebilir; ancak, buna mecbur tutulamazlar. Tutuklular istediklerinde idare, barındırıldıkları odalarda çalışmalarına izin verebilir. Odada çalışma imkânı yoksa, tutukluların iş yerlerinde çalışmalarına da izin verilebilir. Bu takdirde kendileri hakkında çalışmakta olan hükümlülere ait rejim uygulanır.”

<sup>343</sup> MANTRAN, I/145.

<sup>344</sup> DÖNMEZER-ERMAN, No:1455.



Borçlu olup ödeme gücü bulunmayan mahkumun çalıştırılmak ve elde edeceği ücretten borcu ödenmek üzere çalıştırılması örneklerine de rastlanır: *“Diyet-i şer’iyeden verese-i saire-i merkumenin iddia etmekte oldukları hisselerinin tediyesine her çend merkumun şimdilik kudreti yoksa... Küre nühas madenine gönderilerek... bir sene müddet ücret-i cariye ile prangabent olarak bil-istihdam ücretinden kifayet miktarı kendisine verilip maadası müdür tarafından hıfz olunarak marifet-i şer’de vereseye ita ve bade hitam-ı müddet sebili tahliyesinde diyetten ne miktar kalır ise kezalik ber nehc-i şer’i iktizasının icrası hususu Meclis-i Vâlâ-yı mezkurda tensip olunmuş ve irade-i seniyye hazret-i padişahi dahi bu vecihle şeref sünuh ve sudur buyrulmuş olmakla mucibince ber minval-i muharrer iktizasının icrasına hususan mübaderet eylemeniz siyakında..... 1257.”<sup>345</sup>*

1858 CK m.34’e göre: *“Mahbuslar devletçe tayin olunan usul ve nizama ve hallerine göre ve kendilerinin istidadı olan münasip işler ile işgal olunurlar.”* Ücretlerinin yarısı kendilerine ödenir, yarısı da emanet sandığına konurdu.

21 RE 1292 tarihli Mahbûsünün Hidemat-ı Miriye ve Şahsiyyede İstihdamları ile Alacakları Ücretleri Hakkında Emirname-i Sami’ye göre: *Mahbeste bulunup da bir-rıza ücret-i münasiple hidemat-ı miriye ve şahsiyyede istihdam olunanlardan alınan ücretin nisfi kendilerine verilip nisf-ı diğeri küşad edilmiş olan sandığa konulmakta bulunduğu cihetle bundan şimdîye değin hayli akçe teraküm ettiğiinden ve idanesi halinde tekessür edeceğinden bahisle ne yolda idare olunmak lazım geleceği ve bunlardan ikmal-i müddet ile sebili tahliye kılınanlara işbu akçeden bir şey verilip verilmeyeceği bazı mahalden sual edilmiş ve icra-yı sanat eden mücriminin mamulâtı fûruht ile esman-ı hasilasından mesarif-i vakıası ifraz ve kendilerinin dahi iktiza edip aldıkları miktar-ı akçe tenzil edildikten sonra üst tarafı emanet sandığında hıfz olunmak ve her birerlerinin istihkakı yedlerinde bulunan sened-i mahsuslarına derç edilerek ikmal-i müddet-i mahbusiyetiyle tahliye kılınanların matlupları her neye balığ olursa yedlerine verilmek hapishane-i umumice cari ... mahbusinin semere-i sa’yi ve amelleri olan nukuttan bir miktarının zaman-ı mahbusiyetlerinde def-i ihtiyaçları için kendilerine itasıyla maadasının bil-istirbah sebillerinin hin-i tahliyesinde maa temettü kamilen yedlerine teslimi mebalığ-i müterakimesinin hüsnü muhafazasıyla beraber mahbusinin ücüratından hasil olacak akçenin emniyet sandığı muamelatına tevfikân idaresinin her tarafta usul ittihazı ve işbu idarenin emniyet sandığı bulunmayan mahallerde daire-i belediyeye ve daire-i belediyesi olmayan yerlerde dahi hükümet-i mahalliyenin münasip göreceği*

<sup>345</sup> Ayniyat Defteri, No:370, s.114.

*me'men bir vasıtaya tevdi ve ihalesi Şura-yı Devletten ba-mazbata ifade olunmuş...*<sup>346</sup>

Uygulama her zaman başarılı olmamış, cezasını çeken hükümlünün tekrar suç işlemekte maharet kazandığı görülmüştür.

### **8-Hapsin Sona Ermesi (Bihakkın veya Şartla Salıverme)**

Önleme hapsinde tehlike halinin sona ermesi, tutuklamada şüphenin yenilmesi (ya suçlu olduğu kesinleşerek mahkum statüsüne geçmesi, ya da suçluluğu konusunda şüphe kalması sebebiyle veyahut suçu işlemediği anlaşıldığı için berat etmesi,<sup>347</sup> yaptırım olan hapiste süreli ise sürenin dolması (mahpus tarafından çekilmesi)<sup>348</sup> müddetsiz hüküm şeklinde ise ıslah hali,<sup>349</sup> borç için hapiste de ödeme veya aciz halinin anlaşılması ile hapis sona erer<sup>350</sup> ve mahpusun salıverilmesi gerekir. Anlatılanlar bihakkın tahliye örnekleridir.

Süreli hapis cezalarında belli bir süre geçtikten sonra mahpusun iyi hali görülür ve asgari süre çekilmiş olursa şartla tahliye imkanı mevcuttur.<sup>351</sup> Ancak

<sup>346</sup> Bkz. Düstur, C:III, s.567.

<sup>347</sup> “*Samako Kadısına hüküm ki; Menteşoğlu Ahmed nam kimesne katildir deyu anda mahbus imiş, maktulün varisleri anınla husümetimiz yoktur deyu haber vermeğin utlak olunmasın emredip buyurdum ki, mezkuru yarar kefillere verip emrim üzere hapisten utlak edesin.*” BOA MÜD, N.5, S.343, sıra.904, akt. MUMCU, Divan-ı Hümayun, s.96.

<sup>348</sup> EBU GUDDE, s.553.

<sup>349</sup> Mahpusun ıslah olduğu ve bir daha suç işlemeyeceğine dair komşularının beyanda bulunması, gerektiğinde onun ihzarına kefil olmalarıyla tahliye edilmesi, tahliye sırasında bir daha suç işlemesi halinde daha ağır bir ceza ile cezalandırılacağı ihtarı içeren belge şöyledir: “*Narh-ı ruzi ile eşyalarını fūruht etmeyip huşunetle muamele edip ibadullahı ızrarları teşekki birle ... hapsine verilip ... tediben 18 günden beri Boğazkesen Kalesine vaz olunmuştu... mezbur Ömer için fima ba'd salahı zahirdir ve şimdiden sonra taraf-ı Şer'i Şeriften verilen narh-ı ruziye kendisi ve ademisi itaat ve ibadullahı ızrardan mücanebet etmek üzere müteahhittir deyu haber verdiklerinden maada eğer bir daha hilaf-ı taahhüt zuhur ederse nefisine ve hin-i mutalebede ihzarına kefiliz deyu kefaletleri tescil olunmakla ba'de'l-yevm yine adem-i itaati zahir olursa Seddülbahir Kalesinde müddet-i medide habsolunmak şartıyla utlakına müsaade... 8 Z 1179.*” İst. Kadılığı, 25, s.47, akt. TEKİN, s.45.

Mahpusun “*vilayet umuruna asla karışmayıp talim-i Kur'an ve tedris ile meşgul olmak şartıyla afv ve utlakı babında... 27 Ş 1179*” İstanbul Kadılığı, 25, s.243, akt. TEKİN, s.102.

<sup>350</sup> Geniş bilgi için bkz. BARDAKOĞLU, “Hapis”, DİA, XVI/63.

<sup>351</sup> EBU GUDDE, s.79.

süresini tamamlamasına rağmen ıslah olmayanların süresi, salahı zahir oluncaya kadar temdit kılınır.<sup>352</sup>

İyi hal kararı verilenler, infaz memurları tarafından salıverilir.<sup>353</sup> Ayrıca cezaları sona erdiren genel sebepler olarak akıl hastalığı,<sup>354</sup> genel veya özel af,<sup>355</sup>

<sup>352</sup> Osmanlı 1851 CK Üçüncü Fesil m.13'e göre: "Bir sene müddetle nefy ve tağrib ve prangabent olunup, eğerçi bu misilli eşhas müddet-i merkume içinde ıslah-ı nefis edip kendisinden emniyet hasil ettirerek ahaliden kefil verebilirse sebili tahliye ve bu suretle salahı zahir olmadığı takdirde salah hali zahir oluncaya kadar müddeti temdit kılınır."

<sup>353</sup> İBN FERHÛN, II/185. İlhanlılarda hakim kararı (hükm-i şer'i) ile (hapse) mahkum olanlar kadılıkudatın muvafakati olmadan tahliye edilmezlerdi. UZUNÇARŞILI, İ. Hakkı, Osmanlı Devleti Teşkilâtına Medhal, Ank. 1988, s.246.

Osmanlı uygulamasında hacca gitmek isteyen kişi bu sebeple tahliye edilmiştir. "Asitane-i Saadete ihzar olunmak ferman olunan kasaba-i mezbure serdari medine-i mezbureye mübaşir gedikli Ahmed yediyle ihzar ve Asitane-i Saadete irsal olunmak sadedinde iken mezbur Nasuh Beşe Mekke-i Mükerrerme'ye azimet edip istiğfar ve tövbe etmeğin affolunmuş idi. Hâlâ Kâbe-i Mükerrerme'ye gitmeyip yoldan Katırcızade izzetli Mehmed Paşa'ya varıp kasaba-i mezbureye niyet-i fasidesi olduğun istima eyledik..." akt. ULUÇAY, XVII. Asırda Saruhan'da Eşkıyalık, s.335.

<sup>354</sup> Hanbeliler ve Hanefilerden Ebubekir el-İskafi'ye göre akıl hastası tahliye edilmez. Hapsin uslandırma fonksiyonu ortadan kalkmış olsa bile toplumu koruma fonksiyonu gereği infaza devam edilir. KASANİ, VII/63-64.

<sup>355</sup> Osmanlıda fuhuşla meşhur biri, müddetsiz hüküm şeklinde kalebent edilmişken eşi ve çocuklarının yalvarması ve salah hali sebebiyle üç ay kadar yattıktan sonra af ve tahliye edilmiştir. "Bozcaada Kalesi Dizdarına hüküm ki: Üsküdar'da sakin Mehmet Mecdi daima hanesinde ehl-i fisk ve fevahiş ile ihtilat ve bunun emsali şakavetin nihayeti olmadığını... Üsküdar Kadısı ilam etmekle sen ki dizdar-ı mezburesun, mezburu kale-i mezburda ıslah-ı nefis etmek için kalebent ve salah hali zahir oldukça ferman-ı şerifim sadır olmadıkça ıtlak eylemeyesiz deyü hüküm-i şerif yazılmıştır. Fi evasıt-ı L 1114. Zevcesi Rukiye ve evladının iltimasları üzere salah hali zahir olup cürmü afv olmağla ıtlak için yazılmıştır. Fi evasıt-ı M 1115." BOA 113 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm:137. Yine vergi görevlisi (amil) olan ve zimmetine mal geçiren, bu sebeple de hapsedilip uzun süre hapiste kalanların Padişahın affına mazhar olarak salıverildiğine dair belgeler vardır. "Padişah-ı alem hullidet hulafetühü saadetli İstanbul'da bina eyledikleri imaret-i cedidenin ibtida cumasını eda ettiklerinden sonra İstanbul ve Edirne'de olan bazı mahpus amillerin uhdesinde olan malın miktarını ve hapislerinin zamanını malum eylemek emrettiklerinde mezkur Atmaca 12 yıl 4 ay 19 gün mahpus olup uhdesinde olan

şikayetten vazgeçme ve hapsin bir başka cezaya çevrilmesi gibi durumlarda da hapis cezası sona ereceği için mahpusun salıverilmesi gerekir.<sup>356</sup>

Osmanlıda hapisten firar edenlerin yakalanarak muhkem bir kalede hapsedilmesi ve asla salıverilmemesi emredilmiştir.<sup>357</sup> Ayrıca mükerrir suçlu kişi eski bir hakim olmasına rağmen hapsedilmiş ve Padişah izni olmadan salıverilmemesi emredilmiştir.<sup>358</sup>

---

*187.101 akçe bi tefasiliha malum olup izz-i huzurlarına arz olundukta mezid-i inayet edip mezkur Atmaca'nın uhdesinde olan malı müflis olduğu sebepten rıza-yı Hak için affedip habsden halas edip azat eylediler ve emreylediler ki min ba'd nesne talep olunmaya..."* 21 CA 911. Kepeci, No:4988, s.111, akt. ÖZTÜRK, Said, Osmanlı Arşiv Belgelerinde Siyakat Yazısı ve Tarihi Gelişimi, İst.1996, s.333.

<sup>356</sup> BARDAKOĞLU, "Hapis", DİA, XVI/63. "Divan-ı Hümayun tercümanı İskerlet oğlu Aleksandr zimmi bir müddet zindanda mahpus ve neyl-i nakdine-i hayattan meyus olmuş iken nukud ü zimem ü cevahir ve hane vü eşyası bahasından müctemi olan iki yüz elli kese akçesi taraf-ı miriye ahz olunmakla kayd-ı bend-i mahbesten tahlis-i giriban eyledi. 1095." Defterdar Sarı Mehmet Paşa, Netaic-i Vekayiât (Haz: Abdülkadir Özcan) Ank. 1995, s.171.

<sup>357</sup> "Kal'a-i Kastamonu'da hapsolünmüş iken bazı mücrimler ile bentlerin bozup urgan ile bedenlerden inip gaybet etmeğin adamlar gönderilip geri ele getirilip kal'a-i Kangırı'da muhkem hapsolüdüğü ilam etmişsin. İmdi mezkurun bir hasîn kalede hapsolünup asla itlak olunmamasını emredip..." BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm:1301.

"Mahbusların pasbanı olan Arap, takrir-i kalam kılıp bu gece işâ namazı vaktinde dört müsellah adam hapishane üzerine gelip kapısını kırıp kopardı, mahbus olan Ramazan b. Mustafa el-Hisari ve İshak b. Hadde ve deyr-i İlyadan Hamis zimmi.. cebren çekip alıp gittiler, mani olmak istediğimde sen bizim yaranımızı tutarsın deyi beni katletmek istediler üzerlerine varılıp tehabbüs olunmak talep ederim dedikte canib-i şer'den bu faikîr varıp nazar ettikte fil-vaki kapının ökçesi meksur ve demir rezesi bozulmuş bulup ve mezbur Ramazan bir köhne yağmurluk ve bir kilim ve bir köhne yastığı ve Hadde oğlunun kayasa kuşak ve bir mavi destmalı hapiste kalmağın vaki hali muhırbaşı.. talepleriyle kaydolundu. 1008" 259 Numaralı Mardin Şer'iyeye Sicili, Belge No:896, akt. GÜNAY, Ramazan, 259 numaralı Hicri 1006/1008 (Miladi 1598-1600) Tarihli Mardin Şer'iyeye Sicilinin Transkripsiyon ve Değerlendirmesi, DÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2002, s.152-153.

<sup>358</sup> "Şam Beylerbeyine hüküm ki; ... bundan akdem niyabetten ref olunup Şam kalesinde hapsolünmek ferman olunan Alaeddin nice zamandır gah Şam'da ve Ba'lbek'te ihtifa edip yine enva-i fitne vü fesada mübaşir olup Müslümanların malına ırzına müteallik taaddiden hali olmadığın bildirmiş ... kendüyi emri

1253/1838 tarihli AsCK Altıncı Fasil m.4'e göre, "Gülleband cezası alanlar senede bir defa Serasker Paşa tarafından memur kimse vasıtasıyla yoklanıp ol memur mahpuslardan her birinin işgüzarlığını ve itaat veya adem-i itaatte olduklarını velhasıl kaffe-i hareket ve sekenatlarını gereği gibi tahkik edip **merhameten tahliye-i sebile** şayan olanları Serasker Paşa'ya ledel-ifade müşarünileyh reyi üzere hareket oluna."<sup>359</sup>

Tutuklulukta geçen süre süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan mahsup edilmelidir. "Bir cinayetin zahire ihracı zımında icap eden tetkikattan dolayı şahs-ı mücrim biz-zarure müddet-i medide mevkuf ve mahpus kaldığı halde sonradan tayin olunacak müddet-i cezaiyeye işbu hapis ve tevkifleri zamanının mahsup olunmaması o makuleler hakkında teşdid-i ceza edecek olduğundan bade ezin her nevi erbab-ı cinayet ve töhmet ve kabahat haklarında tahdit ve hükmolunacak müddet-i cezaiyenin iptida-yı habs ve tevkifleri tarihinden itibar olunması... 29 Muharrem 1276."<sup>360</sup>

### 9-Salıverme Sonrası Yardım ve Himaye

İnfaz sonrası mahkumların topluma entegrasyonlarının sağlanabilmesi için onların yalnız bırakılmaması ve gerekirse sosyal yardımlarla desteklenmesi gerekir.<sup>361</sup> Hz. Peygamberin eşi Hz. Ayşe'ye iftira edenler içinde yer almış ve bu suça iştirak etmiş kişiler arasında bulunan ve daha önce mağdurenin babası olan Hz. Ebubekir'in yardımıyla geçinen Mistah'a<sup>362</sup> bir daha yardım etmemeye yemin etmiş bulunan Hz. Ebubekir'in bu davranışının yerinde olmadığını

---

*şerifim olmadan habsden ıtlak etmeyisin."* BOA 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No:1336.

<sup>359</sup> Metin için bkz. SEVİĞ, V. Raşit: Askeri Adalet, Ank. 1955, s.148.

<sup>360</sup> BA. DÜİT, 49/3 Gömlük No:17. akt. BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Belgeler, No:23-25.

<sup>361</sup> 5275 sayılı CGTİK'nın "İnfaz kurumuna dış yardımlar" başlıklı 102. maddesine göre: (1) Hükümlülerin ceza infaz kurumlarından salıverilmelerinden önce veya salıverilmelerinden sonra kişisel zorluklarını aşmalarını, iyileştirilmelerini ve dışarıdaki yaşama uyumlarını sağlamak amacıyla ilgili bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu tüzel kişileri görev alanlarına giren konularda gerekli desteği ve hizmeti vermekle yükümlüdürler.

(2) Bu konuda gönüllü kişi, kurum ve kuruluşlardan yardım alınabilir.

(3) Bu yükümlülük ve yardımların yöntem ve esasları tüzükte belirlenir.

<sup>362</sup> Suçun faileri olan Mistah b. Üsase, Hassan b. Sabit ve Hamne bt. Caşş hakkında kazif haddi infaz edilmiştir. Geniş bilgi için bkz. Ebu Davud, *Hudud*, 34, İbn Mace, *Hudud*, 15, Tirmizi, *Tefsir*, 25, KETTÂNİ, II/58-59, ÜDEH, I, No: 205, YAZIR, V/3490, MİRAS, VIII/91.

belirten ayet (Nur, 24/22) inince O, yeminini bozmuş ve faile yardıma devam etmiştir.<sup>363</sup>

Tahliye edilen mahpusun eline salıverme müzekkeresi verilir, eğer işsiz ise bildiği ve becerdiği veya cezaevinde kendisine öğretilen meslek ve sanata uygun bir işe yerleştirilir. Mümkün ise kendisini suça iten önceki çevresine dönmemesi sağlanır.<sup>364</sup>

Osmanlıda Yavuz Sultan Selim tarafından katledilmesi emredilip tutuklanan hazine amire muhafızlarından 150 kişi, Şeyhülislâm Zenbilli Ali Efendi'nin bu emrin dinen caiz olmadığını belirterek suçluların affedilmesi yönündeki aracılığından sonra, Padişah hepsini affetmiş, Ali Efendi'nin affedilen bu kişilerin eski işlerine döndürülmesi yönündeki ricasını da kabul etmiştir.<sup>365</sup>

11 R 1261/1845 tarihli Polis Nizamnamesi m.9'da polislerin görevleri arasında, "*Hapishanelere dikkat ve nezaretle bir müddet-i muayyene mahbusiyetlerine hükmolunup ba'de itmami'l-müddet sebilleri tahliye olunan fakiru'l-hal kesanın memleketleri tarafına muavedetleri (dönmeleri) hususunda teshilat-ı mukteziyenin icrasına sarf-ı miknet*" de sayılmıştır.<sup>366</sup>

#### IV-OSMANLIDA HAPSİN İNFAZIYLA İLGİLİ REFORM ÇALIŞMALARI

1856 İslahat Fermanı'nda ceza ve tutukevlerinin ıslahı yanında, mahkum ve tutuklulara kötü muamelenin cezalandırılacağı şöyle ifade edilmiştir: "*Hukuk-ı insaniyeyi hukuk-ı adalet ile tevfiğ etmek için mazanne-i sû olanların veyahut te'dibat-ı cüz'iyeye müstahak bulunanların habs ve tevkiflerine mahsus olan kaffe-i mahbes ve mahalli sairede usul-i habsiye mümkün mertebe müddet-i kalile zarfında ıslahına mübaşeret olunması ve her halde hapishanelerde bile canib-i saltanat-ı seniyyemden vaz' kılınan nizam-ı inzibatiyeye muvafik olan muamelâttan maada hiçbir gûnâ mücâzât-ı cismaniye ve eziyet ve işkenceye müşabih kaffe-i muamele dahi kâmilen lâğıv ve iptal kılınması ve bunun hilafında vuku bulacak hareket, şediden men ve zecir olunacağından bunun icrasını emreden memurîn ile bilfiil icra eyleyen kimsenin dahi ceza kanunnamesi iktizasınca tekdîr ve tedip olunması...*"<sup>367</sup> Bu ifadelerle aynı zamanda hapis cezasının infazında insancıl esaslara uyulması gerektiği vurgulanmaktadır.

<sup>363</sup> Geniş bilgi için bkz. KURTUBİ, XII/138.

<sup>364</sup> EBU GUDDE, s.557-558.

<sup>365</sup> ERGİN, I/231.

<sup>366</sup> Akt. ERGİN, II/876.

<sup>367</sup> Düstur, I. Tertip, C:I, s.11. aynı doğrultuda değerlendirme için bkz. KARAL, E. Ziya, Osmanlı Tarihi, VI/3-4.

1274/1858 tarihli Meclis-i Tanzimat Mazbatası özetle şöyledir: “Memalik-i Saltanat-ı seniyyede bulunan hapisanelerin ıslah-ı halleri arzu olunarak yapılacak şey malumat-ı sahihaya tevfiğ olunmak için İngiltere devleti zabitanından olup bu işlere vukufu olan Binbaşı Mösyö Gordon mahsusan hizmet-i Devlet-i Aliyyeye alınıp birlikte müzakere-i maslahat zmnında Meclis-i Tanzimat dairesinde bir meclis-i mahsus ve muvakkat yapılmıştı... gerek erbab-ı ceraimin kemal-i hakkaniyet ile bit-tetik meydana çıkarılması ve gerek bunların mücazat-ı mürettebelerinin kanunen tayin olunan derecata göre icra ettirilmesi her millette en ziyade ehemmiyet verilen ve hakikat-i halde esas-ı ma’delet olan bir madde olup bir mücrimin tevkifiyle ta cezasının tayinine kadar bulunacağı yerin ceza mahalli olmaması lazım geleceği misillü cezadan kurtulmaya dahi girizgâh olması caiz olmayacağından, daha mücrim denilemeyip müttehem itibar olunan eşhasın bulunacakları yerlerin men-i ihtilatla usul-i istintaka muvafık olacak surette olması ve mücazaten hapsolunacak kimselerin dahi tescin olunacak yerlerin derecat-ı ceraimi göre tefrik olunması kaideten mer’iye-i umumiye iktizasındandır. Taşralarda ne olduğunu aramaya hacet olmayıp İstanbul’da görülen keyfiyet yalnız bâlâda beyan olunan kaidenin değil alel-umum ma’delet ve merhamet-i seniyyenin hilafı bir halin vücuduna delil-i kafidir. Bab-ı zaptiyyeye gelen her cins müttehem karma karış bir yere doldurulup mesela fakrı ve açlığı eseri olmak üzere bir ekmek çalmış bir genç adamla sirkat ve lusuhiyeti itiyat edinmiş bir kişi birlikte bir yere konularak nevbet-i muhakemeleri gelinceye değin aylarca yadaş olduklarından ba’del-muhakeme üç ay hapisle ıslah-ı nefis edecek fakir bu müddette arkadaşı kadar sarıklığı taallüm ederek hapisten çıktığı vakit bir büyük cinayet ile avdet etmeklik halinde bulunduğu ve bu cihetle tevkifhane denilecek mahbeslerin talimhane-i cinayet denilecek bir yolda olduğu derkârdır. Bir fenalığı dahi bir küçük yere bir çok adam doldurularak esbab-ı illel ve emraz müheyya olduğundan mahbusinin ekseri ağır hastalıklara müptela olup bazıları hastanelere gönderilmekte ise de mil-i saire hastanelerine gidenler öldü veya kaçtı denilerek hem ölümden ve hem de cezadan kurtarılmakta oldukları cihetle çaresiz cinayât-ı cesime ashabı ölünceye kadar hapiste alıkonularak bu suretle bil-muhakeme cezası taayyün eylemezden evvel ölüm cezasını gördükleri memurların dahi itiraf gerdeleridir. İşte mühim olan eşhasın muhakemeleriyle ceraim ve cezalarının tayinine kadar geçen hal bu surette olup mücrim olan eşhasın usul-i hapisleri dahi bu fenalıkları cami olduğundan başka esasen bir uygunsuz haldedir. Her yerde ceraim-i mütenevvia üç derece itibar olunup birinci derecesinde yani ceraim-i cesimeyi mürtekip olanların cezasında asıl maksad-ı hükümet emsalini terhip olduğundan tazip ve terzil usulü ittihaz olunup ikinci ve üçüncü derecede olan ceraim-i hafife için mürtekinin ıslah-ı nefis ümidiyle cezasında yalnız tedip ve tekdir yoluna gidilmesi ve bunun için her derecenin usul-i mahbusiyetleri ve mahbesleri tefrik olunmuştur. Mücazat-ı terzileden olan kürek ayaklarında demir olarak hidemat-ı süfliyyede istihdam olunmak olup bu cezayı görenler artık

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

namusları bitmiş adamlar olmak lazım geldiğinden ve ceraim-i hafife ashabının mücazaten hapisleri iktiza ederse de bu ceza terzil olmayıp ıslah-ı nefis için bir şey olacağından bu iki cezanın birbirinden pek büyük farkı olmak lazım gelirken şimdiye kadar bu şeylere hiç dikkat olunmayarak ceraim-i hafife ashabının hal-i mahpusiyetlerinde ashabı cinayet ile hiç fark olmayıp her ne kadar küreğe konulanlar tersane zindanına götürülerek bununla bir fark görmekte iseler de ceraim-i hafife ashabı dahi ayaklarında pranga ile işlettirilmekte olduğundan hetk-i namus ve terzilde müsavat görülmekte ve mesela üç ay için hapis ile ıslah-ı nefis ettirilecek bir şahsı bir hal-i rezalete düşürülerek olanca edebi dahi izale eylemekte olduğu bî-iştibah olup bunun sebebi ise o makule ceraim-i hafife ashabını hıfzedecek mahbesler olmadığından mücrimin firarına mani olacak divar-ı sırtına ve ayağına zincir urulmak mecburiyeti olduğu derkârdır. Meclis-i Tanzimat vezaif-i memuriyetinin en mühimi olan ceza kanunname-i hümayunu ile buna teferru' eden muhakemat kanununun tanzimine çalışmakta olduğundan bâlâda arz ve beyan olunan usul ve kavaidi yapmakta olduğu layihaya esas ittihaz ederek müttehem olarak tevkif kılınanlar ile bil-muhakeme ceraimi taayyün eden eşhas tefrik olunmuş ve alel-umum ceraim dahi cinayet ve cünha ve kabahat itibarıyla üç dereceye taksim olunarak her biri için ayrı ayrı usul-i mahpusiyet tayin kılınmış olmakla mahbesler meclis-i mahsusus dahi işbu usulü esas-ı müzakere ittihaz ederek gerek tevkifhanelerin ve gerek mahpeslerin nizamat-ı umumiyesini mütalaa ile beraber iptida Dersaadet'te yapılması lazım gelen tevkifhane ve mahbesler ile müteferriatının suret-i inşa ve tanzimini derpiş ederek memur-i mumaileyhin yapmış olduğu resimlerle bir kıta müzakere hülasesini meclis-i âli dairesine ita eylemiş... Dersaadet'çe yapılması mutasavver olan şeyler iptida bab-ı zaptiyede bir büyük tevkifhane ve buna mahsus olmak üzere bir büyük hastane ile müteaddit zaptiye merkezlerinde birer küçük tevkifhanelerden ve ikinci derecede ıslah ve tedip mahbeslerinden ibaret olarak bunların müceddeden inşaları lazım olduğu misillü Tersane-i Amire'de mevcut olan kürek mahalli, sair mahbeslere nazaran zararsız bir halde ise de bunun dahi yine bazı mertebe-i ıslahı iktizayı halden olduğu beyan olunmuştur. Bu bapta meclis-i muvakkat tarafından arz olunan mütalaaat pek yolunda görünüp bahis bu şeylere gidecek akçede olduğundan burası araştırıldıkta ..... yirmi bin kese akçe ile hasıl olabileceği ve bir de bab-ı zaptiyeye böyle bir cesim tevkifhane ve hastane ilavesi kabil olmadığından bunun için müceddeden bir mahal tedarikine ihtiyaç olacağı misilli mücazat-ı tedibiyeye için yapılacak mahbesler için dahi başka başka yerler bulunması lazım geleceği anlaşılıp eğer ki, şu hesaba göre bütün memalikin hapisanelerini yola koymak yüz-yüz elli bin keseye mütevakkıf olarak bunun topu bir çok şey olduğu gibi şimdi İstanbul için edilecek masraf dahi hayli ağır olduğundan hazine-i celileye tahmili istenmez ise de... saltanat-ı seniyyenin alel-umum Düvel-i Avrupa'da cari olan usulün burada dahi şümülüne vusulü usulü muhakeme ve hapsin ıslahına talik olduğuna ve eğer ki sefaretler tebaasından olan ashab-ı ceraimi bize teslim etmediklerine ve



*mücazalarını hükümet-i devlet-i aliyyeye terk eylemediklerine can sıkılmakta ise de nazar-ı insafla bakılınca bunlar sahib-i ceraim olan tebaalarını şu bizim zaptiye meclisinin muhakemesine bıraksınlar veya malum olan halde olan hapishanelerimize koysunlar demek mümkün olmayacağından şu tadilatı istihsal her halde bu makule mevaddın ıslahına menut ve mütevakkıf olmakla şu hapishaneler maddesi ki umur-i cezaiyenin esasıdır, buna ne kadar himmet olursa ve ne miktar para sarf kılınsa havaya gitmeyip zaten usul-i adl ve hakkaniyete hizmet edilmiş olacağından başka böyle bir kaide faide-i cesimenin dahi satın alınmış olacağı emr-i bedihidir. Ol emirde İstanbul için yapılacak şeylere sarfi lazım gelen yirmi bin kese kadar akçe ise defaten verilecek olmayıp bu şeylerin iki senede hitam bulması ihtimaline göre senevi bir on bin kese tertip buyrulsa kifayet eder. Ve bu suretle hazinece akçe vermek maddesi mümkün mertebe kesb-i hıffet eyler zannolunur.*

*Yapılacak şeylerin mahalline gelince filhakika bab-ı zaptiyenin bulunduğu yer pek dar olduğundan başka şey ilavesi mümkün olmayacağına ve yeniden arz olursa etrafının şerefi ve kıymetinin ziyadeliği münasebetiyle çok akçeye muhtaç idiğüne, bab-ı zaptiyenin daha vasi ve böyle şeyleri yapmaya müsait bir mevkie kaldırılması tahattur olunup ticarethane etrafında bulunan .... hane arsasıyla beraber hayli cesim bir yer olup bab-ı zaptiye oraya naklolunarak gerek tevkifhane ve gerek muhakemat için yapılması lazım gelen daireler oraya inşa olursa ve ticaret nezaret-i celilesi dairesi dahi şimdiki bab-ı zaptiyeeye nakledilse yukarının mevkii zaptiyece ve aşağının yeri ticaretçe daha elverişli olup şu tahmin olunan masrafla bunun dahi tesviyesi mümkün idiği ve ticarethanede bulunan maarifi umumiye nezaret-i celilesi dairesiyle mekteb-i maarifin başka münasip yerlere nakli dahi kabil olacağı tezekkür olunmuştur. Asıl yerce düşünülecek şey burası olup hapishaneler bittabi haric-i şehirde yapılacağından ve bunun için .... bu yolda istimali tasavvur olunup, olmaz ise haric-i surda münasip yerler bulunabileceğinden bir kere şu masraf cihetine karar verildikte bu yerlerin aranmasına ve sahih keşiflerin yapılmasına ibtidar olunacağı misilli derdest tezekkür olan nizam-ı dahiliyesinin dahi kararlaştırılarak arz ve istizana müsâraat olunur. Bu cihetle esas-ı madde olan şu iki meselenin yani masrafla bir cihetlerin bir kere huzur-ı âlî-yi vekaletpenahilerinde müzakeresiyle verilecek karara göre icab-ı halin icrasına menut irade-i aliyye cenab-ı sadaretpenahileri olmağın ol babda ve her halde emr u ferman hazret-i men lehül-emrindir. 14 CA 1274.”<sup>368</sup>*

25 Mart 1292 (6 Nisan 1876) tarihli “Hapishaneler Gardiyanları İçin Talimat” ile 5 Recep 1296 (1879) tarihli Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanununun 448-458. maddeleri ceza ve tutukevlerinden bahsetmektedir. 8

<sup>368</sup> Akt. BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Belgeler, No:26-27.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

Mayıs 1296/1879 tarihli Memalik-i Mahruse-i Şahanede Bulunan Tevkifhane ve Hapishanelerin İdare-i Dahiliyelerine Dair Nizamname de hapis cezasının infaz şeklini düzenlemekteydi.<sup>369</sup>

5 Haziran 1879 tarihli Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-ı Muvakkati m.83'e göre: "*Müfettişler müddet-i mahkumelerinden ziyade veyahut hilaf-ı kanun hapsedilmiş eşhas bulunup bulunmadığını ve hapishanelerin usul-i idare-i dahiliyeleri ve mahbusin haklarında memurlarının muameleleri yolunda olup olmadığını ve hapishanelerin mevkileri hıfz-ı sıhhat kaide-i umumiyesine muvafik bulunup bulunmadığını tahkik için hapishaneleri yoklama edeceklerdir.*"<sup>370</sup> 8 Mayıs 1296 (21 Mayıs 1880) tarihli "Memalik-i Mahruse-i Şahane'de bulunan Tevkifhane ve Hapishanelerin İdare-i Dahiliyelerine Dair Nizamname" mahkumların yiyecek, içecek ve giyeceklerinden, yıkanmalarından, çalışmalarından, yatıp-kalkmalarından hatta okumalarından bahsetmekte idi. Buna rağmen cezaevlerinin kötü hali bir makaleye konu olmuştur. Bu makaledeki ifadeler şöyledir: "*Bizde ... tarz-ı mücazat ile iştilal edilmemiş olduğundan binlerce mahlukat-ı insaniyenin bir sürü behaim (hayvan) gibi doldurulduğu murdar ve mülevves hapishaneler girdabına bir kere sukut edenler (düşenler) için zihayat (canlı) olarak çıkmak imkanı mutasavver değildi. O sefaletgedelerin hava-yı mesmum ve katili içinde hayat-ı maddiye ve ahlakiyenin muhafazası adimül-imkan (imkansız) olduğundan o girdaba düşenler için ya cismen ya ahlaken meyyit (ölü) olarak çıkmaktan başka çare yok idi. Cahil ve sefil yüzlerce kişinin bir koğuşta bila-meşgale aylarca, senelerce imrar edecekleri (geçirecekleri) hayatın ne kadar bulaşık ve mülevves olacağı tahmin olunmaz bir şey değildir. Bu temas-ı daiminin husule getirdiği fesad-ı ahlaka, esrarkeşlik vs. gibi fezayihi de ilave ederseniz hapishanelerimizin bir mahall-i tedip ve terbiye değil, bir menba-ı fisk-ı fücür olduğuna, onlardan salih ve faziletkar olarak değil mücrim ve cani olarak bir fail-i şerrü fesat olmak istidadıyla çıktığına bihakkın kani olmak tabii olur.*"<sup>371</sup>

1312 yılında yayımlanmış olan ve Mecmua-i Malûmât-ı Adliye başlığını taşıyan Osmanlıca bir broşürde cezaevlerinin durumu şöyle anlatılmaktadır: "*Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanununun fasl-ı mahsusunda gösterildiği üzere mücazat için müesses olan hapishanelerden maada her mahkeme-i cezaiye nezdinde bir tevkifhane bulunur.*

*Memalik-i Osmaniye'de bulunan umum hapishanelerin muhtac-ı ıslah olan ahval-ı gayri muntazaması tensik ve mahbusin-i mevcudeyi istiap edecek derecede tevsi olunduktan maada ceraim-i mütenevvia ashabından olanlar yani*

<sup>369</sup> ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C:III, İst.1989, s.35.

<sup>370</sup> Metin için bkz. I. Tertip Düstur, C:4, s.235vd.

<sup>371</sup> Akt. KUNTER, s.575.

*cinayet ve cünha ve kabahat maddelerinden dolayı maznun-ı aleyh ve müttehem ve mahkum bulunanlar tefrik edilmek ve bunların ekserisi çiftçi ve zürra takımından olmak cihetiyle hapisanede hem seyiyat-ı sabıklarının nisyanıyla tehzib-i nefis ve ahlak ve islah hallerine ve hem de **meşakk-ı hapsiyeden** dolayı **teselli-i bálllerine** medar olacak **amel ve sanatla iştigal** ettirilmek gibi tedabir-i islahiyye-i esasiye ve müessire ittihaz olunmuştur.*

*Memalik-i mahruse-i şahanede bulunan tevkifhane ve hapisanelerin idare-i dahiliyelerine dair nizamname layihasının ahkam-ı mündericesine nazaran her kaza ve liva ve vilayet merkezlerinde birer tevkifhane ve hapisane bulunacaktır. Tevkifhaneler kable'l-hüküm taht-ı istintak ve muhakemede bulunan maznun-ı aleyh ile müttehemine ve hapisaneler dahi mahkumine mahsustur.*

*Kaza hapisaneleri kabahat ve cünhadan dolayı nihayet üç aya kadar mahkum olanlara ve elviye (livalar) hapisaneleri o sancak dahilinde bulunan kaza mehakiminden üç seneye değin hapis cezasıyla mahkum-i aleyh bulunanlara ve merkez vilayet hapisaneleri dahi o sancaktan üç sene hapis cezasıyla mahkum edilenlere mahsus bulunmuştur.*

*İşbu tevkifhaneler mücazat için tesis olunan hapisanelerden bütün bütün ayrı olacaktır. Bir kazada hapisaneler bulunmadığı halde dahi tevkifhanenin bir dairesi muvakkaten hapisane ittihaz olunur.*

*Memalik-i Şahanedan münasip mahallerde birer hapisane-i umumi bulunup bunlar umum vilayette beş seneden ziyade kürek cezasıyla mahkum olanlara mahsustur ki bilcümle vilayetlerden beş seneden aşağı kürek cezasıyla mahkum olanların mahall-i münasibede kürek mevkii tayin olunan merkezlere gönderilmeyip vilayet-i mahsusasında ve altı seneden on beş seneye kadar kürek cezasıyla mahkum olanların dahi hapisane-i umumi ittihaz olunan merakiz-i muayyenede küreğe konulmaları usul-i caridendir.*

*Tevkifhaneler ile umumi kürek mevkilerinde nisaya mahsus ayrıca birer daire bulunur. Ve kürek cezasıyla mahkum olanlar o mahallin mensup olduğu umumi hapisanelere gönderilir. Hapisane-i umumilerde on seneye kadar kürek cezasıyla mahkum bulunanlar ile müebbetlerin koşulları başka başka dairelere tefrik olunduğu gibi on sekiz yaşını tekml etmemiş olan çocuklar mevkuf buldukları halde sair mahbusinden bütün bütün ayrı bir mahalde ikamet ettirilir. Lüzumu takdirinde mahbusinin hapisane-i umumilerin birinden diğerine nakli, Adliye Nezaretinin iş'arıyla caiz olabilir.*

*Hükümet memurları tevkifhane ve hapisanelerin emniyet ve nezafetine ve sıhhat-i bedeniyeyi ihlal ve ifsat etmeyecek derecede bulunmasına dikkat ve itina ile tedabir-i lazime-i sıhhiyeyi ittihaz ve icra edeceklerdir. Memurin-i hükümetten Dersaadet'te zaptiye nazırı vilayette valiler alel-umum tevkif ve*

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

*hapishanelerin tanzifat-ı dahiliye ve umur-i inzibatiyesine nezaret etmek vazifesiyle mükelleftir.*

*Hapishane müdürlerinin vazifeleri dahi evvela taht-ı idarelerinde hapishanelerce cereyan eden her gūna ahval ve muamelat ile tevkif ve hapishanelerin inzibat ve intizamına saniyen mekūlata dair idarece akdolanmış olan mukavelatın icrayı ahkamına dikkat etmek, salisen mahbusinin hapishane hizmetinde istihdam olunabilecek olanlarını rabian kavanin ve nizamata tevfikān mahbusinin sınıflarını tayin hamisen bunların ithal ve ihraçlarını havi muhaberat-ı resmiye evrakını tetkik etmekten ibarettir.*

*Mevkufinin mamulāt-ı sınaiesine müteallik kâffe-i imalāt ile ashab-ı sanayiin hapishane derūnunda icra-yı sanata mahsus mahallere taksimi hapishane müdürüne muhavvel vezâiftendir.*<sup>372</sup>

Nezaret ve tutukevleri hapishaneden ayrıdır, mahkemeler nezdinde tutukevleri vardır.

Kısa süreli hapis cezasının ıslaha elverişli olmadığı, cezaevinin suç okulu haline geldiği ve mahpusların kötü etki altında kaldıkları belirtilerek vahamet arz etmeyen suçlarda kısa süreli hapis cezalarının para cezasına çevrilmesi veya suç olmaktan çıkarılması hususu daha o tarihlerde savunulmuştur.<sup>373</sup>

Osmanlıda ilk cezaevleri olarak Manavgat 1852, Şırnak 1886, Alaçam 1890, Kınık 1907, Manyas 1910, Cide 1318, İpsala 1324, Çicekdağ 1340 tarihlerinde kiralanmıştır. Diyarbakır 1317, Bilecik 1324, Nevşehir 1849, Suruç 1852, Vezirköprü 1870, Kozan 1875, Kars 1900, Kastamonu 1889, Erzurum 1900, Hınıs 1905, Üsküdar Paşakapısı 1916 ve Zara 1919 senelerinde inşa edilmiştir.<sup>374</sup>

### V-SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İnfaz ceza yargılamasına ait bir tedbir kararı veya ceza hukukuna ait bir yaptırım mahkumiyetinin kağıt üzerinde bırakılmayıp hayata geçirilmesi, infaz hukuku da bu hayata geçirmenin bir kurala bağlanmasıdır.

Osmanlı ceza ve infaz hukukuna kaynaklık eden İslam hukukunun oluşum ve tedvin dönemlerinde günümüzdeki anlamıyla bir kanunlaştırmadan söz edilemese de infazla ilgili kurallar –dağınık da olsa- mevcuttur.

Kaynaklarda yer alan ve anılan tedbir ve yaptırımların o zamanın sade hayat tarzıyla paralel olarak derhal uygulandığı, karar veren merci ile yerine

<sup>372</sup> Mecmûa-i Malûmât-ı Adliye, İst. 1312, s.42-44.

<sup>373</sup> GÖKCEN, s.47.

<sup>374</sup> MENGÜÇ, Ali Rıza, Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri, İst. 1968, s.308.

getirenlerin ilk zamanlardan itibaren ayrıldığı, infazın toplumun gözü önünde gerçekleştirildiği, böylece cezanın genel önleme –ibret-i müessire- amacına ulaşıldığı, bu durumun da suçun önlenmesinde önemli etkisinin olduğu görülmektedir. Örneğin recm cezasının altıyüz yıllık Osmanlı uygulamasında bir defa infaz edilmiş olması, el kesme cezasının da sanıldığı kadar çok olmaması, aynı zamanda bu suçların çok az işlendiğine delalet eder.

İnfaz sırasında hükmedilenden başka veya ek bir yaptırımın uygulanmaması, mahkum veya tedbire konu süjenin onurunun kırılmaması esasları üzerinde titizlikle durulmuştur.

Diyet tazminat kabilinden para cezası olduğu için infaz mercilerinin fazla bir dahli söz konusu olamaz. Ancak diğer para cezalarından belli bir kısmı infaz edenlerin payı olarak kendilerine verilmiştir.

Hapsin infazı ile ilgili ilkeler de özetle şöyledir: İnfaz hakiminin yetki, görev ve sorumluluğundadır.<sup>375</sup>

Tutukevi ile cezaevi ayrı ayrı olmalıdır.<sup>376</sup>

Hapsen tazyik ile hapis cezasının infaz edildiği kurumlar da ayrı olmalıdır.<sup>377</sup>

Küçükler ıslahevine yerleştirilebilir, veli veya vasiye teslim edilebilir.<sup>378</sup>

Kadın erkek koğuşları ayrılır,<sup>379</sup> erdişi olanlar da ayrı koğuşlarda barındırılır.<sup>380</sup>

Hapis cezasının infazında mahpuslar suç nevine göre: ahlak ve aile düzenine, mala karşı ve kişilere karşı suçlar esas alınarak tasnif edilir.<sup>381</sup>

Basit yaralama vb. hafif suçlarda hapis, evde infaz edilebilir.<sup>382</sup>

Gerektiğinde hücre hapsi uygulanabilir.<sup>383</sup>

Mahpusların yiyecek, içecek, giyim ve yatak gibi ihtiyaçların temini, hastalanan mahpusun tedavisi vb. için gerekli masraflar devlet bütçesinden, mahpus yakınları fakirse nafakaları, zekat fonundan karşılanır.<sup>384</sup>

<sup>375</sup> MERGINANİ, III/102.

<sup>376</sup> İBN ABİDİN, V/512.

<sup>377</sup> İBN ABİDİN, V/293.

<sup>378</sup> İBN ABİDİN, V/426.

<sup>379</sup> KETTANİ, II/58.

<sup>380</sup> el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye, "Hapis", XVI/317.

<sup>381</sup> İBN ABİDİN, V/370.

<sup>382</sup> İBN ABİDİN, IV/66, VI/364.

<sup>383</sup> İBN ABİDİN, V/377.

## Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış

İşkence yasaktır, yaralamak, dövme, bağlamak, sıkmak, suya batırmak, aç, susuz, sıcak ve soğukta bırakmak,<sup>385</sup> elbisesini soymak,<sup>386</sup> onurunu kırmak, ibadet ve tuvalet ihtiyaçlarını engellemek yasaktır.<sup>387</sup>

Akıl hastası olanların infazı durdurulur, iyileştikten sonra devam edilir.<sup>388</sup>

Diğer hastalıklar infaza engel değildir, tedavi mümkünse infaz kurumunda yapılır, değilse mahpus geçici olarak tedavi kurumuna gönderilir.<sup>389</sup>

İçeride ibadet hakları mevcut olmakla birlikte, Cuma ve bayram namazları için çıkış izni verilmez.<sup>390</sup>

Mahpusların çalışması teşvik edilir, çalışma imkanı hazırlanır,<sup>391</sup> hatta zorla çalıştırılabilir.

Evli mahpusların eşleri ile baş başa kalması sağlanır, cinsel temasına engel olunmaz.<sup>392</sup>

Tutukluya kendi davasının duruşmasına gitmesine izin verilir, başka bir davada tanık olan mahpusun da mahkemeye gitmesine müsaade edilir.<sup>393</sup>

Ceza infaz ve koruma memurları güvenilir, zeki, dürüst, merhametli, bedenen güçlü olanlar arasından seçilmeli, hasis ruhlu insanlar alınmamalıdır.<sup>394</sup>

Hapsin ve özgürlüğü kısıtlayan diğer tedbirlerin infazı da önemli bir sorundur. Mahpusların tasnifi, cezaevinde çalışma imkanı verilmesi, hatta çalışmaya özendirilmesi, aile bağlarının korunması, ziyaretçi kabulü ve denetimli iletişim imkanı tanınması mahpusun tretmanı ve rehabilitasyonu açısından önemlidir.

---

<sup>384</sup> EBU YUSUF, s.239-240.

<sup>385</sup> EBU YUSUF, s.240, KETTANİ, I/295.

<sup>386</sup> İBN ABİDİN, IV/13.

<sup>387</sup> KASANİ, VII/64.

<sup>388</sup> KASANİ, VII/63.

<sup>389</sup> İBN ABİDİN, V/378, SCHACHT, s.198.

<sup>390</sup> MERĞİNANİ, I/84.

<sup>391</sup> ATAR, İslam İcra ve İflas Hukuku, s.263.

<sup>392</sup> İBN HÜMAM, VII/278, İBN ABİDİN, III/432.

<sup>393</sup> İBN ABİDİN V/499.

<sup>394</sup> SAVVA, s.60, İBN ABİDİN, V/377, el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, "Hapis", XVI/330.

Cezanın infazının yol açtığı makul ve beklenen zararlar için devletin tazmin sorumluluğu yoktur. Ancak meşru sınırlar aşılır ve mahkuma ek zarar verilirse bu zararı devletin tazmin etmesi gerekir.<sup>395</sup>

Hapsin ıslah yönü Batılı hukukçulardan önce İslâm hukukçularınca vurgulanmış, hakimlerin ilk işinin atandığı yerdeki hapisane ve mahpusların hali ile ilgilenmek olduğu belirtilmiştir. Uygulama diğer hukuk sistemlerine paralel olarak gelişmiş ve genişlemiş, özellikle ilk zamanlardan beri infazla ilgili aksaklıklar en üst seviyeden hukukçular ve aydınlarca yetkililere iletilmiş, işkence hiçbir zaman ne yargılama safhasında, ne de infaz aşamasında bir hukuki kurum olarak mevcut olmamıştır.

Fetva mecmualarında ve Osmanlı kanunnamelerinde yer almayan ancak arşiv belgelerinde çokça rastlanan kürek, hapis cezasının bir infaz şeklidir ve hapse göre daha ağır bir ceza olarak kabul edilir. Bu ceza, suçluluğu hakim tarafından tespit edilen kimselerin cezalarının Sultan tarafından küreğe çevrilmesi şeklinde uygulanır, hapsin bir infaz tarzı olduğu için süreli ve süresiz hüküm olarak uygulanırdı.

Hapis ve sürgün cezalarını yapısında birleştiren kalebentlik, suçluların devletçe belirlenen kalelerin birinde hapsedilmesi olup, mahkumun ailesini yanına alabilme, kale içinde mabetlere gidebilme ve küçük çaplı üretim yapabilme gibi haklara sahip olduğundan, küreğe ve hapse göre daha hafif sayılırdı.

Ağır suçluların kaçmalarını önlemek amacıyla ayaklarında zincir ve ağırlıklarla hapsedilmesi şeklindeki ceza türünün adı da prangabentlik idi.

İnfaz hukukuyla ilgili klasik fıkıh kitaplarında yer alan ilke, tedbir ve tavsiyelerin uygulamaya aynen yansıdığını söylemek fazlaca bir iyimserlik olsa bile fıkıhın toplumsal realite ile bağlantısı göz önüne alındığında doktrinin bir yönüyle İslam toplumlarının tarihi tecrübesini yansıttığı, diğer yönden fiili durumu denetleyici ve iyileştirici işlev gördüğü de inkar edilemez.<sup>396</sup>

Hapis cezasının uslandırıcı yönü her zaman beklendiği gibi olmamış, bazı suçlular uslanmak yerine daha da fazla bozulmuş, birden fazla suç tekniğini öğrenmiş, tahliye sonrası topluma âdeta profesyonel suçlu olarak dönmüştür. Bu sebeple hapis cezasını eleştiren hukukçular kendileri açılarından haklı gerekçeler sıralamışlardır.

Osmanlının son dönemlerinde ekonomik, siyasal ve sosyal gerileme, hukuk alanında da kendini göstermiş, Batıda gelişen infaz hukuku ve cezaevleri reformundan yararlanmak amacıyla İngiltere'den bir uzman getirtilmiştir.

<sup>395</sup> ÖZEN, s.291.

<sup>396</sup> ÖZEN, s.291.





## AVRUPA BİRLİĞİ'NDE İNSAN HAKLARININ KORUNMASI

Arş. Gör. Ali Tarık GÜMÜŞ\*

### I. GENEL OLARAK

Her bireyin, doğuştan kazanılmış temel hakları olduğu kabul edilmektedir. Bu durum dikkate alındığında, ülkesel farklılıkların bireylerin belirli haklardan yararlanmaması sonucunu doğurmaması, aksine her bireyin uluslararası standartlarda belirli haklara sahip olabilmesi için XX. Yüzyılım ortalarından itibaren çeşitli sözleşmelerle bölgesel veya uluslararası organlar oluşturulmuştur<sup>1</sup>.

İnsan haklarının daha iyi korunabilmesi amacıyla oluşturulmuş bu organlar sayesinde, “Uluslar-üstü Hukuk” ve “Uluslar-üstü Hukuka bağlılık” kuralları ortaya çıkarılmış, böylelikle insan haklarının korunmasında yeni bir dönem başlamıştır. Söz konusu dönemde oluşan uluslar-üstü insan hakları anlayışı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Hukuku uygulamaları ile artan bir önem kazanmıştır. Anayasa yargısıyla etkin bir görünüm kazanan hukuk devleti ve insan haklarının korunması hususunda “Anayasaya uygunluk” ilkesine “Uluslar-üstü Hukuka bağlılık” ilkesinin de eklenmesiyle; insan haklarının korunmasında önemli bir aşama kaydedilmiştir. Bugün artık, uluslararası alanda insan haklarını korumayı kendisine amaç edinen bir hukuktan söz edilmektedir<sup>2</sup>.

İnsan haklarının uluslararası alanda korunması konusunda son yıllarda daha da önem kazanan oluşum Avrupa Birliği'dir. AB başlangıçta ekonomik hedefleri esas alan bir birlik olarak kurulmuş, fakat daha sonra siyasal bir yapılanma içerisine girmiştir. Dolayısıyla Birlik içerisinde insan haklarının

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

<sup>1</sup> WALLACE, Rebecca, International Human Rights, Sweet and Maxwell Publishing, London 1997, s. IX; REX, Martin, A System of Rights, Oxford University Press, London 1997, s. 73-74; DAĞ, Rıdvan, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Türkiye, www.jura.uni-sb.de/turkish/RDag, 05.01.2004.

<sup>2</sup> ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Avrupa İnsan Hakları Anayasasına Doğru, AÜSBFD, c. XLVI, Ocak-Haziran 1991, s. 41.

## Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Korunması

korunması hususu son derece önemli hale gelmiştir<sup>3</sup>. İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa'da barışı hakim kılmak ve Avrupa ülkeleri arasında işbirliği ve dayanışmayı sağlamak üzere kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu,<sup>4</sup> sınırların kalktığı bir ortak pazar ve ortak para sistemini adım adım uygulamaya geçirmiştir. Git gide ilerleyen entegrasyon sonucu, bugün Avrupa Birliği sadece ekonomik alanda değil, aynı zamanda siyasal alanda da bir bütünleşmeyi amaçlar hale gelmiştir<sup>5</sup>.

Avrupa ülkelerini siyasal, sosyal ve ekonomik anlamda bütünleştirmeyi amaçlayan AB, uluslararası sistemde yer alan diğer uluslararası örgütlerden oldukça farklıdır. Esas itibariyle Avrupa Birliği'ni, Birleşmiş Milletler ve NATO gibi diğer uluslararası örgütlerden farklı kılan temel özellik; Avrupa Birliği'nin parlamentoların geleneksel egemenliklerini, üye devletlerin hukuklarının üzerinde hukuk yaratabilme yetkilerini kullanarak aşındırması<sup>6</sup> ve üye devletler arasında işbirliğinden çok kapsayıcı bir sosyal, ekonomik ve siyasî bütünleşmeyi amaçlamasıdır<sup>7</sup>. Kısacası günümüzde Avrupa Birliği; bir çok konuda bütünleşmeyi ifade eder hale gelmiştir. Bu bütünleşme içerisinde ise, insan hakları konusu önemini gün geçtikçe arttırmaktadır.

Avrupa bütünleşmesinin ayrılmaz bir parçası olan insan haklarının korunması konusu, Avrupa Birliği'nde sıklıkla tartışma konusu olmuştur. Öyle ki, bu

---

<sup>3</sup> BARNETT, Hilaire, *Constitutional & Administrative*, Cavendish Publishing Limited, London 1998, s. 261-262; ARSAVA, A. Fusun, *Topluluk Hukukunun Genel Yapısı*, AÜSBFD, c. XLVI, Ocak-Haziran 1991, s. 73; SEZGİNER, Murat, *Avrupa Birliği Türkiye İlişkileri*, *Türk Hukuk Dergisi*, y. 7, sy. 81, Kasım-2003, s. 3; DAĞCI, Kenan, *Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması*, KHuKa, c. 3, sy. 2-3, s. 199; BÜYÜKÇINAR, S. Aydın, *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Sözleşmesi*, ABD, sy. 2002/1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2002, s. 253.

<sup>4</sup> STEVENS, Irving, *Constitutional & Administrative Law*, Pitman Publishing, London 1996, s. 49.

<sup>5</sup> MARSTON J., RICHARD W., *Cases & Commentary on Constitutional & Administrative Law*, Pitman Publishing, London 1997, s. 87-88; METİN, Yüksel, *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*, AÜSBFD, c. 57, Ekim-Aralık 2002, s. 36.

<sup>6</sup> STEVENS, 49-50.

<sup>7</sup> İSKENDEROĞLU, Muharrem, *Avrupa Birliği Hukuku ve Millî Egemenliğin Devri*, *Türkiye ve Siyaset Dergisi*, Mart-Nisan 2002, <http://www.turkiyevesiyaset.com/sayi7/0706.htm>, 26.05.2003.

tartışmalar ulusal yargı organları ile Avrupa Birliği Adalet Divanı<sup>8</sup> arasında da gündeme gelmiştir. Ancak ABAD, kurucu anlaşmaların asıl hedefinin ekonomik bir bütünleşmeden yana olmasını gerekçe göstererek, uzun bir süre insan haklarını kendi yetki alanı içerisinde değerlendirmemiştir<sup>9</sup>. Şüphesiz bu konuda kurucu anlaşmalarda yer alan ve belli bir döneme kadar varlığını devam ettiren boşluklarda etkili olmuştur.

Söz konusu kurucu anlaşmalarda; AET anlaşmasının girişine Avrupa Tek Senediyle yapılan ilaveye kadar insan hakları ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almamıştır<sup>10</sup>. Ancak Avrupa Birliği'nde insan haklarının korunması hususunda önemli bir etkinin başlangıcı da yine kurucu anlaşmalar sayesinde gerçekleşmiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması'ndan Amsterdam Antlaşması'na uzanan süreç içerisinde bütünleşmenin içeriği zenginleştirilmiştir. Böylelikle Birlik yetkileri konu bakımından artmış ve Birlik işlemleri de yoğunluk kazanmıştır. Bu süreç hemen her konuda bütünleşen ve genişleyen Avrupa Birliği'nde insan haklarının etkili bir biçimde korunmasını zorunlu kılmıştır<sup>11</sup>.

Bu zorunluluk kurucu anlaşmalara da yansımış, kurucu anlaşmalardan olan Maastricht ve Amsterdam Antlaşmalar'ında insan haklarına saygı göstermenin Birliğin temel ilkelerinden olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca 26 Şubat

<sup>8</sup> Avrupa Birliği Anayasası'nda yer alan düzenlemeden önce; Adalet Divanı, diğer kurumlardan farklı olarak Avrupa Birliği'nin Adalet Divanı değil, Avrupa Toplulukları'nın Adalet Divanı (*The Court of Justice of the European Communities*) şeklinde adlandırılmaktaydı. Çünkü üçlü bir yapı üzerine kurulu olan AB'nin, birinci sütununda, Avrupa Toplulukları; ikinci sütununda, ortak savunma ve dış politika ve üçüncüsünde de adalet ve içişleri konuları düzenlenmekte ve ifade edilen son iki alanda Divan'ın yetkisi bulunmamaktaydı. Bu nedenle Adalet Divanı'na, Avrupa Toplulukları'nın Adalet Divanı denilmekteydi. Ancak 29 Ekim 2004 tarihinde, Üye Devletlerin Hükümet Temsilcileri tarafından kabul edilen Avrupa Birliği Anayasası'nın 29. maddesinde; Adalet Divanı, "Avrupa Birliği Adalet Divanı" (*The Court of Justice of the European Union*) olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla biz de çalışmamızda söz konusu kurumu "Avrupa Birliği Adalet Divanı" şeklinde ifade edeceğiz.

<sup>9</sup> DAĞCI, s. 196; METİN, s. 37.

<sup>10</sup> TEZCAN, Ercüment, Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey, İletişim Yayınları, İstanbul 2002, s. 148; GEMALMAZ, M. Semih, Ulusalüstü Hukuk Düzeni: Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları, AÜSBFD, c. XLVI, Ocak-Haziran 1991, s. 206.

<sup>11</sup> ODER, B. Emrah, Avrupa Bütünleşmesinin Temel Hak Boyutu, İnsan Hakları (Cogito), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 478.

## Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Korunması

2001'de imzalanan Nice Antlaşması ile, insan haklarına saygı göstermeyen üye ülkelere karşı bir önleme prosedürünün uygulanması kabul edilmiştir. Yine bu temel ilke sonucu; Avrupa Birliği bünyesinde yeni ve çok önemli bir gelişme de, Avrupa Birliği Konvansiyonu'nun hazırladığı ve Avrupa Parlamentosu Anayasa Komisyonunun Biarritz ve Nice Zirveleri'nde onayladığı "Temel Haklar Şartı" ile sağlanmıştır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartını hazırlayan konvansiyona katılan Avrupa Parlamentosu Başkanı de Vigo, "Temel Haklar Avrupa Birliği'nin kimliğini belirler ve böyle bir şartın oluşumu birliğin siyasal niteliğini tanıma anlamına gelir" açıklamasını yaparak bu AB Temel Haklar Şartı'nın önemine dikkat çekmiştir<sup>12</sup>.

Yakın bir zamanda yaşanan ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na esas önem kazandıran husus ise, 29 Ekim 2004'de Üye Devletlerin Hükümet Temsilcileri tarafından kabul edilen Avrupa Birliği Anayasası ile ortaya çıkmıştır. Avrupa Birliği Anayasası'na göre; AB Temel Haklar Şartı, Anayasanın II. Bölümünü oluşturmuştur. Böylelikle Avrupa Birliği Anayasası, tüm üye devletler açısından bağlayıcılık kazandığı zaman, Avrupa Birliği kodifiye edilmiş bir temel haklar kataloğuna kavuşmuş olacaktır.

Avrupa Birliği'nde insan haklarının etkili bir biçimde korunması amacıyla ortaya konulan söz konusu bütün gelişmelere rağmen, bu güne kadar Avrupa Birliği'nde insan haklarının korunması hususu atipik bir gelişim göstermiş, ve bu gelişimde aşağıda da ele alınacağı üzere, Alman ve İtalyan yargı organları ile Adalet Divanı'nın etkisi oldukça fazla olmuştur<sup>13</sup>.

## II. AVRUPA BİRLİĞİ KURUCU ANTLAŞMALARINDA İNSAN HAKLARI

### A. Avrupa Tek Senediyle Sağlanan Gelişmeler

2-3 Aralık 1985 tarihleri arasında Lüksemburg'ta gerçekleştirilen Zirve'de, mutabakata varılan AET Antlaşması'nın değiştirilmesi ve genişletilmesi hususlarını düzenleyen Avrupa Tek Senedi (Single European Act) 17 Şubat 1986'da Lahey'de imzalanmıştır. Senet'in insan hakları açısından taşıdığı önem ise, giriş kısmında insan haklarına yapılan atıftan kaynaklanmaktadır. Söz konusu atıfla insan hakları ilk kez AT Antlaşmasında yer almış olmaktadır<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> ÇAĞLAR, Bakır, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda Türkiye, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara, 2003, s. 22.

<sup>13</sup> TEZCAN, s. 161.

<sup>14</sup> BARNETT, s. 308; GÜNUĞUR, Haluk, Avrupa Topluluğu Hukuku, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi Yayını, Ankara 1996, s. 260; KARAKAŞ, A. Işıl,

Avrupa Tek Senedi'nin giriş kısmının üçüncü paragrafında; "üye devletlerin, üye devlet anayasaları ve yasaları ile İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmede ve Avrupa Sosyal Şartında tanınan temel haklar ve özellikle özgürlük, eşitlik ve adalete dayanan demokrasi anlayışını geliştirme konusunda işbirliği yapmaya kararlı oldukları" ifade edilmektedir<sup>15</sup>.

Avrupa Tek Senedi'nin giriş kısmında yer alan bu ifadelerin hukuki bir hüküm ifade etmeyip, üye devletlerin niyetlerini dile getirdiği öne sürülebilir. Ancak Adalet Divanı, söz konusu ifadelerle atıfta bulunularak bu ifadeleri temel hakların tanınmasının bir teyidi olarak değerlendirmiştir<sup>16</sup>.

### **B. Maastricht Antlaşmasıyla Sağlanan Gelişmeler**

Resmi adı "Avrupa Birliği Antlaşması" olan Maastricht Antlaşması (Treaty of Maastricht) 7 Şubat 1992 tarihinde imzalanmış ve 1 Kasım 1993 yılında yürürlüğe girmiştir. Maastricht Antlaşması'nı insan hakları açısından önemli kılan husus; Antlaşma'nın bir çok bölümünde; insan hakları, temel özgürlükler ve demokrasi ile hukukun üstünlüğüne saygıyla ilgili doğrudan ifadelerin bulunmasıdır<sup>17</sup>.

Maastricht Antlaşması'nın Başlangıç bölümünde; üye devletler "Bağımsızlık, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlükler ile hukuk düzenine ilişkin prensiplere bağlılıklarını teyit etmişlerdir."

Maastricht Antlaşması ile getirilmiş esas önemli hüküm ise; F maddesinin ikinci paragrafında yer almıştır. Bu hükme göre: "Birlik, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme ile güvenceye alınan ve hem Üye Devletler'in ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel hakları Birlik Hukukunun genel ilkeleri olarak kabul eder." Böylelikle Avrupa Birliği'nde, temel hak ve hürriyetlerin iki kaynağı kurucu antlaşmalarda yer almıştır. Bunlardan ilki üye

---

Avrupa Birliği, İnsan Haklarının Korunması ve Avrupa Anayasası, Hukuk ve Adalet, y. 1, sy. 3, Temmuz-Eylül 2004, s. 43; ARSAVA, A. Fusun, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Temel Haklar, AÜSBFD, c. 52, Ocak-Haziran 1997, s. 117; ÇAPOĞLU, Seval, Avrupa Birliği'ne Üyelik Koşulu Olarak İnsan Hakları ve Türkiye'nin Durumu, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/SCapoglu.html>, 20.11.2004.

<sup>15</sup> BARNETT, s. 270; KARAKAŞ, s. 39.

<sup>16</sup> TEZCAN, s. 162; DAĞCI, s. 197.

<sup>17</sup> ALLEN M., THOMPSON B., Cases & Materials on Constitutional & Administrative Law, Blackstone Press Limited, London 1998, s. 100-102; BARNETT, s. 263.

devletlerin ortak anayasal gelenekleri, ikincisi ise tüm üye devletlerin taraf olduğu AİHS'dir<sup>18</sup>.

Maastricht Anlaşması ile kabul edilen bu maddeye ABAD'ın, insan haklarının korunmasıyla ilgili içtihadı yerleştirilmiş, böylelikle Divan'ın bu konudaki içtihadı, Avrupa Birliği'nin Kurucu anlaşmalarına aktarılmıştır<sup>19</sup>.

### C. Amsterdam Antlaşmasıyla Sağlanan Gelişmeler

1996 yılının Mart ayında başlayan Hükümetlerarası Konferans süreci 16-17 Haziran 1997 tarihleri arasında gerçekleştirilen Amsterdam Zirvesi ile sonuçlanmış ve 2 Ekim 1997'de Amsterdam Anlaşması (Treaty of Amsterdam) imzalanmıştır<sup>20</sup>.

1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşmasıyla, insan hakları konusunda iki önemli gelişme sağlanmıştır. Bunlardan ilki, Birlik

---

<sup>18</sup> CLEMENTS L., MOLE N., SIMMONS A., European Human Rights: Taking A Case Under The Convention, Sweet and Maxwell Publishing, London 1999, s. 107; MARSTON J., RICHARD W., s. 95-96; ALLEN M., THOMPSON B., s. 105; BARNETT, s. 260-261; KARAKAŞ, s. 44.

<sup>19</sup> ARSAVA, A. Fusun, Nice Anlaşması Sonrasında Avrupa Birliği'nin Geleceği, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, Ankara 2003, s. 108; ODER, s. 483-490; TEZCAN, s. 162; "ABAD ilk dönem içtihadını oluşturan 1959 ve 1960 yılındaki kararlarında, Topluluk işlemlerinin temel hak ve hürriyetlere uygun olmadığı iddiaları karşısında, Topluluk hukukunun ulusal kurallar çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini vurgulamakla yetinir. ABAD 1969 verdiği *Stauder* kararında aynı iddia ile önüne gelen olayda içtihadını farklılaştırmıştır. Bu kararda ABAD, Topluluk kurallarının ulusal anayasal kurallar çerçevesinde denetlenemeyeceğini vurgulamakla yetinmeyerek, Topluluk hukuk düzenindeki *genel hukuk ilkelerinin* temel hak ve hürriyetleri de kapsadığını vurgulamıştır. Daha sonra ABAD, topluluğa özgü temel hak ve hürriyetlerin korunmasıyla *üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri* arasında bağlantı kurmaktadır. Birliğe özgü temel hak ve hürriyetlerin korunması, topluluğun yapı ve amaçları karşısında üye devletlerdeki temel hak hürriyetlerin korunmasından farklı ve onlardan bağımsızdır. Ancak bu durum, onun üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlenmesini etkilemez. ABAD, *Nold II* kararıyla, Birliğin temel hak ve hürriyet düzeninin hukuksal kaynakları arasına *insan haklarına ilişkin uluslar arası antlaşmaları* da katmıştır. İnsan haklarına ilişkin uluslar arası antlaşmalar, ortak anayasal geleneklerin yorumunda başvuru bir araç değil, bağımsız bir kaynak olarak Birliğin temel hak ve hürriyet düzeninin dayanaklarından birini oluşturur." Nakl. ODER, s. 483-484.

<sup>20</sup> KABAALIOĞLU, Haluk, Avrupa Birliği ve Kıbrıs Sorunu, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997, s. 357-358.

kurumlarının eylemlerinde, insan haklarına uyup uymadıklarına ilişkin yargısal kontrol yetkisinin ABAD'a verilmiş olmasıdır. İkincisi ise, insan haklarının üye devletlerden birisi tarafından "ciddi şekilde ve devamlı " olarak ihlal edilmesi durumunda, o devletin anlaşmadan kaynaklanan haklarının (Konseyde kullandığı oy hakkı da dahil olmak üzere) askıya alınabilmesine imkan veren bir mekanizmanın getirmiş olmasıdır<sup>21</sup>.

AB Antlaşmasının Amsterdam metnininin 46. maddesine göre; bundan böyle ABAD, Avrupa Birliği kurumlarının yaptıkları eylem ve düzenlemelerde insan haklarına uyup uymadıklarını kontrol etmekle yetkili kılınmıştır. 46. maddenin d fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, AB ve AT'yi kuran antlaşmalar uyarınca ABAD'ın yetkili olduğu durumlarda 6 maddenin 2. paragrafında belirtilen ilkelere Birlik kurumlarının riayet edip etmediklerini kontrol etme yetkisi ABAD'a tanınmıştır. Ancak ABAD'ın adı geçen antlaşmalar tarafından yetkili kılınmadığı durumlarda ya da yetkisinin dışında bırakılan konularda, insan haklarıyla ilgili herhangi bir kontrolü söz konusu olmayacaktır<sup>22</sup>.

Adalet Divanı'nın, Amsterdam Antlaşması ile kurulan yeni sistemin merkezinde yer alması; AİHS'in resmi yorumcusu olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile Birlik hukukunun ağırlığını ve otoritesini arkasına alan ABAD'ın yorumunun karşı karşıya gelebilme ihtimalini gündeme getirmiştir. Bu durumda ulusal yargı mercileri, aynı temel hakkın iki farklı uygulamasıyla karşı karşıya kalabilecekleri gibi çözümü oldukça zor olan problemler de ortaya çıkabilecektir<sup>23</sup>.

Amsterdam Antlaşması ile düzenlenen başka bir husus da, "özgürlük, demokrasi, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı ve hukuk devleti gibi hususların, Birliğin üzerine kurulu olduğu ve üye devletlere ait ortak ilkeler olduğudur." Yine Amsterdam Antlaşması'yla getirilen düzenlemede, ortak

<sup>21</sup> ARSAVA, A. Fusun, Amsterdam Anlaşmasının Ortak Hükümlerinin Analizi, GÜİİBFD, c. 2, Güz 2000, s. 191-192; GÜNDÜZ, Aslan, Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Yeri: Kurumsal Düzenleme ve Bireylerin Hakları, Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Dergisi, c. 7, 1999, s. 98-100; BOZKURT, E., ÖZCAN, KÖKTAŞ, Avrupa Birliği Hukuku, Nobel Yayınları, Ankara 2001, s. 46-47; KARAKAŞ, s. 44; ODER, s. 490-491; TEZCAN, s. 170-173; DAĞCI, s. 198-199.

<sup>22</sup> BARNETT, s. 270; ARSAVA, Amsterdam Anlaşması, s. 191-192; TEZCAN, s. 170; DAĞCI, s. 198-199.

<sup>23</sup> GÖÇER, Mahmut, Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu ve Uluslararası Hukuk, AÜSBFD, c. 56, Temmuz-Eylül 2002, s. 56; KARAKAŞ, s. 48-50.

ilkelerin *ciddi ve sürekli* olarak ihlal edilmesi durumunda, üye devletlere karşı bir yaptırım sisteminin uygulanması hükme bağlanmıştır<sup>24</sup>.

Amsterdam Antlaşması'yla öngörülen yaptırım sistemine göre; Konsey, üye devletlerin 1/3 nün ya da Komisyon'un önerisi ve Avrupa parlamentosu'nun onayı üzerine, oybirliğiyle ve şikayet edilen üye devletin hükümetinin raporunu da istedikten sonra, herhangi bir üye devletin "ortak ilkelere" aykırı davrandığını belirleyebilir. Oybirliğine dayalı bu belirlemenin ardından, yaptırım olarak söz konusu üye devletin (Konseyde kullandığı oy hakkı da dahil olmak üzere) antlaşmadan kaynaklanan belirli hakların kullanımının durdurulması kararlaştırılabilir<sup>25</sup>.

#### **D. Nice Antlaşmasıyla İnsan Hakları Konusunda Sağlanan Gelişmeler**

Avusturya'da 2000 yılının başında ırkçı söylemlere sahip bir partinin hükümet ortağı olması, Amsterdam Antlaşması'yla getirilen yaptırım mekanizmasının bir üye devlete karşı uygulanması durumunu gündeme getirmiştir. 14 Şubat 2000'de toplanan Hükümetler arası Konferans bu fiili durumdan hareket ederek, bu gibi durumlara karşı bir ön uyarı sistemi geliştirmiş ve Nice Antlaşması'yla (Treaty of Nice) AB antlaşmasının 7. maddesine bir paragraf ekleyerek ön uyarı sistemini yürürlüğe koymuştur<sup>26</sup>.

Bu hükme göre: "üye devletlerden üçte birinin ya da Avrupa Parlamentosu veya Komisyon'un teklifi üzerine Konsey, Parlamentonun uygun görüşünü aldıktan sonra bir üye devlette, AB antlaşması'nın 6. maddesinin 1. paragrafında belirtilen ilkelerin ciddi ihlaline ilişkin açık bir riskin bulunduğunu 4/5 çoğunlukla karara bağlayabilir. Konsey böyle bir saptamayı yapmadan önce, ilgili üye devletin görüşünü alır ve aynı prosedürle karar vererek bu konuyla ilgili bağımsız kişilerden kendisine bir rapor sunmalarını isteyebilir. Konsey, düzenli olarak kendisini böyle bir saptamaya iten nedenlerin hala geçerli olup olmadığını kontrol eder."

<sup>24</sup> BARNETT, s. 270, 310; KABAALIOĞLU, s. 361.

<sup>25</sup> BARNETT, s. 270, 310; DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 124; GÜNDÜZ, s. 98-99; ODER, s. 490-491; TEZCAN, s. 171; ARSAVA, Amsterdam Anlaşması, s. 194; DAĞCI, s. 199.

<sup>26</sup> KARAKAŞ, s. 45; TEZCAN, s. 188-189. 26 Şubat 2001'de imzalanan Nice antlaşması 1 Şubat 2003'de yürürlüğe girmiştir.



### III. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI VE AİHM'İN İNSAN HAKLARININ KORUNMASI HUSUSUNA YAKLAŞIMLARI

#### A. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın İnsan Haklarının Korunması Hususuna Yaklaşımı

##### 1. Genel Olarak

Avrupa Birliği'nin temel yargı organı olan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın görevi, Avrupa Antlaşmaları'nın hukuka uygun biçimde yorumlanması ve uygulanmasını sağlamaktır<sup>27</sup>. Bu anlamda, Avrupa demokrasisinin hukuki çerçevesi içerisinde yer alan insan hakları gibi pek çok konuya ilişkin düzenlemelerin içeriğinin saptanması ABAD'ın görevidir<sup>28</sup>. Bu husus Avrupa Birliği Antlaşmasına, Amsterdam Antlaşması'yla eklenen 46. madde ile pekiştirilmiştir. 46. maddeyle, ABAD'ın, Avrupa Birliği kurumlarının yaptıkları eylem ve düzenlemelerde insan haklarına uygun davranıp davranmadığını kontrol etme ile resmen yetkili kılınması, önceki dönemde var olan durumu resmileştirmiş. Ancak bu durum ABAD'ın insan haklarına uyulup uyulmadığını neye göre denetleyeceğini, Birlik içerisinde yer alan insan haklarının nelerden ibaret olduğu sorularını akla getirmiştir.

<sup>27</sup> BARNETT, s. 302; STEVENS, s. 52; CLEMENTS L., MOLE N., SIMMONS A., s. 107; BOZKURT, Veysel, Avrupa Birliği ve Türkiye, Vıpaş Yayınları, Bursa 2001, s. 97; BOZKURT, E., ÖZCAN, KÖKTAŞ, s. 83.

<sup>28</sup> Buradan hareket eden bazı araştırmacılar ABAD'nın yetkileri ve görevleri bakımından incelendiğinde, ulusal anayasa mahkemelerinin fonksiyonlarını icra ettiğini iddia etmişlerdir. 29 Ekim 2004'de Üye Devletlerin Hükümet Temsilcileri tarafından kabul edilen "Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma" ile kabul edilen Avrupa Birliği Anayasası, 29. maddesinde "Adalet Divanı, Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanmasında hukuka uygun hareket edilmesini sağlar." Diyerek bu hususu açıkça vurgulamıştır. Ancak doktrinde bazı yazarlar bu hususa karşı çıkmaktadırlar. Karşı görüşte olan yazarlara göre ABAD, iki açıdan ulusal anayasalardan farklıdır. Öncelikle ABAD, Sözleşme'nin uygulanmasında ve yorumlanmasında hukukun korunmasını güvence altına almakla görevlendirilmiştir. Ancak Sözleşme'de öngörülmemiş, Hükümetler arası Konferanslarda oluşturulan yeni kurum ve yetkileri denetleme hakkından yoksundur. ABAD'ın ulusal anayasa mahkemelerinden ayıran ikinci ve esas faktör ise, genellikle anayasaların değiştirilemez sert çekirdekli olması ve Anayasa Mahkemelerinin bu sert çekirdekteki değişiklikleri denetleme yetkisine sahip olmasında düğümlenmektedir. Öncelikle AT Sözleşmesi herhangi bir sert çekirdeğe sahip değildir. Ayrıca Topluluk Sözleşmesi'ne yön veren temel ilkelerin Hükümetler arası Konferansla değiştirilebilmesi, ABAD'ın ulusal anayasa mahkemelerinden ayırmaktadır. ÇELEBİ, Aykut, Avrupa: Halkların Siyasal Birliği, Metis Yayınları, İstanbul 2002, s. 59-60.

Avrupa Birliği kurucu antlaşmaları, insan hakları ile ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir. Kurucu antlaşmaların başlangıçta insan hakları konusuna değinmemiş olması bilinçli olarak yapılmış bir tercihtir. Çünkü, o dönemde ki bakış açısına göre; antlaşmaların tarafı olan devletler, insan haklarının ulusal yargı mercilerince korunmasından hareket etmişlerdir. Bundan dolayı, Birlik hukuk düzeni içerisinde insan haklarına bir koruma sağlanması çok gerekli görülmemiştir. Ancak gün geçtikçe Birliğin hak ve yetkilerinin genişlemesi sonucu, Birlik organlarıncı yapılan tasarruflar kişilerin hukuki durumunu etkiler hale gelmiştir. Bazı istisnalar dışında, Birlik Antlaşmalarında hakları tespit eden ve koruyan bir insan hakları katalogunun bulunmaması<sup>29</sup>, Birlik işlemleri karşısında üye devlet vatandaşlarının temel haklarının korunması sorununu gündeme getirmiştir. Birlik Hukukunda yer alan söz konusu bu boşluk, daha sonraları ABAD içtihatlarıyla doldurulmaya başlanmıştır<sup>30</sup>.

Ancak hemen belirtelim ki, ABAD'ın insan hakları konusundaki bu uygulamaları, bazı fiili durumların ABAD'ı zorlaması (Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerinin Birlik Hukukunun önceliğiyle örtüşmeyen içtihatlar benimsemeleri) sonucunda ortaya çıkmıştır<sup>31</sup>. Burada önem taşıyan husus, ABAD'ın bir yargı organı olarak ortaya koyduğu içtihatlarla hukuk yaratması ve bu şekilde bir insan hakları katalogu oluşturmasıdır<sup>32</sup>.

## **2. İnsan Haklarının Korunması Konusunda Bir İctihat Geliştirme Zorunluluğu**

Avrupa Birliği, teknik ve ekonomik niteliği ağır basan bir oluşum olması sebebiyle, insan haklarının korunması hususu başlangıçta kurucu

---

<sup>29</sup> 7 Aralık 2000'de ilan edilen ve bildiri niteliğinde olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı bir temel hak ve hürriyetler katalogu ortaya koymaktadır. Şart, bağlayıcı olmamasına rağmen oldukça önemlidir. Çünkü Şart, ABAD tarafından dikkate alındığı ölçüde, dolaylı olarak hukuki etkide bulunabilir. ARSAVA, A. Fusun, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Ankara Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Dergisi, c. 3, Güz 2003, s. 15-17; Ayrıca Şart 29 Ekim 2004 tarihinde Üye Devletlerin Hükümet Temsilcileri tarafından kabul edilen "Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma" ile Avrupa Birliği Anayasası'na II. Bölüm olarak eklenmiş ve şartın bağlayıcı olması yönünde önemli bir adım atılmıştır.

<sup>30</sup> DÖNER, s. 118-119.

<sup>31</sup> ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1994, s. 141-142; TEZCAN, s. 191-192

<sup>32</sup> ARSAVA, A. Fusun, ABAD'ın Hukuk Yaratma Yetkisi, AÜSBFD, c. 54, Temmuz-Eylül 1999, s. 13; GEMALMAZ, s. 208.

antlaşmalarda yer almamıştır. Bu durum, eylemleri teknik ve ekonomik nitelik taşıyan Birliğin insan haklarına zarar vermeyeceği teziyle açıklanmıştır. Nitekim söz konusu teze uygun olarak, başlangıçta ABAD da ulusal anayasalarla güvence altına alınan insan haklarının Birlik tasarruflarıyla bağdaşıp bağdaşmadığı noktasında bir inceleme yapmayı reddetmiştir. Ancak 60'ların sonunda ABAD'ın bu yaklaşımı değişmiş ve ABAD, büyük ölçüde ulusal anayasaların standartlarına uygun düşen bir insan hakları korumasına yönelmiştir<sup>33</sup>.

ABAD'ın söz konusu içtihat değişikliğini gerçekleştirmesinin nedeni, ABAD'ın 60'lı yıllarda Birlik hukukunun önceliği ve doğrudan etkisini benimsemeye başlamasıdır. Ancak, Almanya ve İtalya gibi bazı üye ülkelerin anayasal düzenlerinde insan haklarının korunmasına yönelik hükümlerin bulunmasına rağmen, Birlik hukukunda buna benzer hükümlerin bulunmaması Birlik hukukunun önceliği ilkesinin zedelenmesine yol açmıştır. Çünkü ulusal anayasalar ile teminat altına alınan temel hakların Birlik organları tarafından yapılan düzenlemeler ile ihlal edilme riski, ulusal anayasa mahkemelerini (özellikle de Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerini) harekete geçirmiştir. Bu çerçevede ulusal mahkemeler, temel haklarla ilgili hükümlerin ihlal edilip edilmediği yönünde bir inceleme yapmışlardır. Söz konusu inceleme de "Birlik hukukunun önceliği" sorununu gündeme getirmiş ve bu çerçevede ABAD, Birlik hukuk düzeni içerisinde insan haklarının korunmasına ilişkin bir içtihat geliştirmeye mecbur olmuştur<sup>34</sup>.

ABAD tarafından ilk kez *Costa v. Enel* kararıyla ortaya konan Birlik hukukunun önceliği ilkesiyle,<sup>35</sup> Birlik içerisinde yer alan düzenlemelerin, insan haklarını garanti altına alan anayasal kuralların kontrolünden geçirilmesi yolu kapatılmıştır<sup>36</sup>. Böylelikle üye devletlerin egemenlikleri, Birlik hukuku ile önemli ölçüde sınırlanmış ve iç hukuk sistemleri karşısında Birlik hukukuna öncelik verilmiştir. Söz konusu içtihattan sonra üye devletler, kurucu antlaşmalar çerçevesinde Birlik hukukunda yer alan hakları kendi hukuklarına transfer etmişlerdir<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> TEZCAN, s. 192-193; METİN, s. 37-38.

<sup>34</sup> TEZCAN, s. 193; METİN, s. 37-38; ÇAVUŞOĞLU, s. 154-155; ARSAVA, Hukuk Yaratma Yetkisi, s. 15; Topluluk hukukunun üstünlüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. ÇAVUŞOĞLU, s. 114-140.

<sup>35</sup> STEVENS, 49-50; BARNETT, s. 308-309.

<sup>36</sup> TEZCAN, s. 193; ÇAVUŞOĞLU, s. 115-117; ARSAVA, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, s. 118.

<sup>37</sup> MARSTON J., RICHARD W., s. 97-98; ALLEN M., THOMPSON B., s. 140-141; GÜNUĞUR, s. 6-7.

ABAD, daha sonra bu konuda geliştirdiği içtihadında “hukukun genel ilkeleri” teorisini kullanmış, bu çerçevede insan haklarının Birlik hukukunun genel ilkeleri arasında yer aldığını ifade etmiştir. ABAD, Birlik hukukunun genel ilkelerine atıfla vermiş olduğu kararda (*Stauder kararı*)<sup>38</sup>, Birlik kurallarının ulusal anayasal kurallar çerçevesinde denetlenemeyeceğini ifade etmekle birlikte, Birlik hukuk düzeninde yer alan *genel hukuk ilkelerinin* temel hak ve hürriyetleri de kapsadığını vurgulamıştır<sup>39</sup>.

ABAD, *Internationale Handelsgesellschaft* kararında ise önceki kararlarından farklı olarak, Birliğe özgü temel hak ve hürriyetlerin korunmasıyla *üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri* arasında bağlantı kurmuştur. Bu hususta ABAD, Birliğe özgü temel hak ve hürriyetlerin korunmasının üye devletlerdeki temel hak hürriyetlerden bağımsız olduğunu ancak bu durumun üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlenmesini etkilemediğini vurgulamıştır. ABAD daha sonra *Internationale Handelsgesellschaft* karardaki çerçeveyi genişlettiği *Nold II* kararını vermiştir. ABAD söz konusu kararıyla, Birliğin temel hak ve hürriyet düzeninin hukuksal kaynakları arasına *insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaları* da dahil etmiştir. Bu anlamda bağımsız bir kaynak olan, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar, Birliğin temel hak ve hürriyet düzeninin dayanaklarından birini oluşturmuştur. Diğer bir anlatımla ABAD, sonraki içtihatlarında Birlik hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde korunan insan haklarına, üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaları da bir referans kaynağı olarak dahil etmiştir<sup>40</sup>.

ABAD'ın insan haklarının korunmasıyla ilgili geliştirdiği içtihadi açılımda iki nokta dikkati çekmektedir. Bunlardan birincisi; üye devletlerin ve

---

<sup>38</sup> Topluluk hukukunda temel hak ve hürriyetlerin korunması hususu ilk kez *Stauder kararıyla* gündeme gelmiştir. ÇAVUŞOĞLU, s. 156.

<sup>39</sup> MARSTON J., RICHARD W., s. 117; BARNETT, s. 309; GÜNUĞUR, s. 261; KARAKAŞ, s. 39; ODER, s. 483-484; ARSAVA, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, s. 118; DÖNER, s. 119-120; GÜNDÜZ, s. 101-102; KABOĞLU, Ö. İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 242; GEMALMAZ, s. 210; ÇAVUŞOĞLU, s. 155; ARSAVA, A. Füsün, *Kurucu Anlaşmalar ve Anlaşmaların Anayasa Hukuku Karakteri*, AÜSBFD, c. 52, Ocak-Aralık 1997, s. 130.

<sup>40</sup> MARSTON J., RICHARD W., s. 117-118; BARNETT, s. 309, 331; ALLEN M., THOMPSON B., s. 141-143; KARAKAŞ, s. 39-40; ODER, s. 483-484; TEZCAN, s. 196; DÖNER, s. 119-120; ARSAVA, A. Füsün, *Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 22 Ekim 1986 Tarihli “Mittlerweile” Kararının Topluluk Hukuku Bakımından Taşıdığı Önem*, AÜSBFD, c. XLIV, Temmuz-Aralık 1989, s. 188-190; GEMALMAZ, s. 210; GÜNDÜZ, s. 101-103.

Birlik organlarının tasarruflarında, insan haklarının korunmasına riayet etmeleri gerektiğidir. Bu husus ulusal yargı organları ve ABAD tarafından kontrol edilecektir. ABAD'a göre; söz konusu korumanın sağlanmasında Birlik hukuku çerçevesinde kalmak şartıyla, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden yararlanılabilir. Ancak Birlik organlarıncı verilen bir kararın, ulusal anayasa kurallarını çiğnemesi veya bu ulusal anayasalarca teminat altına alınan ilkelere uymaması, o kararın geçerliliği için bir engel teşkil etmemektedir<sup>41</sup>.

ABAD'ın içtihadı açılımda dikkati çeken ikinci nokta ise; insan haklarının kendi niteliklerinden değil de, Birlik hukukun genel prensipleri içerisinde yer almasından hareket edilerek koruma altına alınmış olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, Birlik hukuk düzeninde insan haklarının korunması "genel prensipler" teorisi aracılığıyla yapılmış ve bu çerçevede, gerek üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ABAD için önemli birer referans olmuştur<sup>42</sup>.

### **3. İnsan Haklarının Korunması Çerçevesinde Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Yararlandığı Kaynaklar**

#### **a) İnsan Haklarının Korunması Çerçevesinde Üye Devletlerin Ortak Anayasal Geleneklerinden Yararlanılması**

ABAD bugüne kadar verdiği kararlarında, genel hukuk ilkelerini korumakla yükümlü olduğunu, insan haklarının da genel hukuk ilkelerinin ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulamıştır. Buna göre insan haklarını koruma; üye devletler için ortak olan anayasal geleneklerden ilham alır. Dolayısıyla, üye devletlerin Anayasaları tarafından kabul edilen ve korunan temel hak ve hürriyetlerle bağdaşmayan hiçbir önlem hukuki değildir<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> TEZCAN, s. 195-196; ARSAVA, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, s. 118; ÇAVUŞOĞLU, s. 155-157.

<sup>42</sup> ODER, s. 483-484; TEZCAN, s. 196; DÖNER, s. 119-120; ARSAVA, "Mittlerweile" s. 188-190; GEMALMAZ, s. 210.

<sup>43</sup> ABAD, *Internationale Handelsgesellschaft* kararında Birliğe özgü temel hak ve hürriyetlerin korunmasıyla *üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri* arasında bağlantı kurmuştur. Bu hususta ABAD, Birliğe özgü temel hak ve hürriyetlerin korunmasının üye devletlerdeki temel hak hürriyetlerden bağımsız olduğunu ancak bu durumun üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlenmesini etkilemediğini vurgulamıştır. BARNETT, s. 309, 331; GÜNDÜZ, s. 101; ARSAVA, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, s. 118-119; TEZCAN, s. 211; GEMALMAZ, s. 210. ABAD'na göre, bu konuda üye devletler tarafından yapılan düzenlemelerden en ileri olanı, Toplukta korunacak temel hak ve hürriyetlere ölçü oluşturmaktadır. Bu konuda Bkz. ARSAVA, Hukuk Yaratma Yetkisi, s. 16.

ABAD'ın bu konu ile ilgili vurguladığı bir başka husus da, üye devletlerin ortak anayasal gelenekleriyle sağlanan korumada Birliğin yapısı ve amaçlarının göz önünde bulundurulmasıdır. Bu itibarla, Birlik hukukunun üstünlüğü ve birliği ile bireysel hakların korunması arasında dengeli davranılması gereklidir<sup>44</sup>.

**b) İnsan Haklarının Korunması Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden Yararlanılması**

**(1) Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Bağlı Olup Olmadığı Konusu**

Birliğe üye olan bütün devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olması, Birliğin AİHS'e taraf olup olmadığı sorunu gündeme getirmektedir. Doktrinde bazı görüş sahipleri; Birliğin da üye devletler gibi, AİHS ile bağlı olduğunu iddia etmektedirler. Ancak ABAD, insan haklarıyla ilgili uluslararası belgelerden esinlenebileceğini kabul etmesine rağmen, Birliğin bu sözleşmelerle bağlı olduğunu kabul etmemiştir<sup>45</sup>.

ABAD insan haklarının korunması konusunda AİHS'i esin kaynağı olarak kabul etmiş, ancak AİHS'in doğrudan doğruya uygulamasını kabul etmemiştir. Bu çerçevede Birliğin AİHS'e taraf olması gündeme gelmiş ve ABAD'ın 2/94 sayılı görüşü ortaya çıkmıştır. ABAD 28 Mart 1996 tarihli görüşünde; "...hali hazırdaki Birlik hukuku bağlamında Birliğin AİHS'e katılım yetkisi bulunmamaktadır." şeklinde görüş bildirmiştir. ABAD'ın bu görüşüne göre: Birliğin kurucu antlaşmaları ve özellikle Avrupa Birliği Antlaşması, insan hakları alanında genel bir yetkilendirme hükmü içermediğinden Birlik AİHS'e katılamayacaktır. Birliğin AİHS'e katılımının Birlik hukuk düzeninde yapısal bir değişiklik yaratacağı göz önüne alındığında, bu yapısal değişikliğin Avrupa Birliği Antlaşması değişikliğini de gerektireceği ortadadır<sup>46</sup>. Ancak doktrinde pek çok yazar, ABAD'ın söz konusu kararını eleştirmektedir. Bu yazarlara göre; temel itibariyle devletler düzeyinde bir yasayla taraf olunabilen AİHS'e, Birliğin taraf olması söz konusu olduğu zaman, kurucu antlaşmalarda değişiklik yapılması gerektiği yönündeki görüş anlamsızdır<sup>47</sup>.

Birliğin AİHS ile bağlı olup olmadığı konusuyla ilgili esas önemli gelişme, 29 Ekim 2004'de Üye Devletlerin Hükümet Temsilcileri tarafından

<sup>44</sup> ODER, s. 484; TEZCAN, s. 212; DÖNER, s. 120; GÜNDÜZ, s. 102.

<sup>45</sup> ARSAVA, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, s. 119-120; TEZCAN, s. 213; METİN, s. 61; DÖNER, s. 122-123.

<sup>46</sup> KARAKAŞ, s. 48; ODER, s. 483-484; DAĞCI, s. 198; TEZCAN, s. 238-240; ÇAVUŞOĞLU, s. 176; METİN, s. 61; DÖNER, s. 122-123.

<sup>47</sup> TEZCAN, s. 250.

kabul edilen “Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma” ile yaşanmıştır. Bu antlaşmayla kabul edilen Avrupa Birliği Anayasası'nın 9. maddesine göre; “*Birlik, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması hakkındaki Avrupa Sözleşmesi'ne katılır. Bu katılma, Birliğin bu Anayasa'da tanımlandığı şekildeki yetkilerini etkilemez.*” Avrupa Birliği Anayasası, henüz yürürlüğe girmemiştir. Ancak AB Anayasası yürürlüğe girdiği zaman,<sup>48</sup> Avrupa Birliği AİHS'e katılmış olacak ve bu güne kadar tartışma konusu olan bu husus da çözüme kavuşmuş olacaktır<sup>49</sup>.

(2) Adalet Divanı'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni Esin Kaynağı Olarak Kullanması

ABAD, *Nold II* Kararı ile, Birliğin temel hak ve hürriyet düzeninin hukuksal kaynakları arasına *insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaları* da dahil etmiş ve bu antlaşmaların insan haklarının korunmasında bir esin kaynağı olacağını dile getirmiştir. Söz konusu kararın önemi; ABAD'nın ilk kez ve doğrudan doğruya insan haklarının korunmasına yönelik bir belgeyi referans olarak kullanmasından kaynaklanmaktadır. Ancak söz konusu referans, sıradan bir yollamadan ibaret değil, ABAD içtihatlarında bir dönüm noktası niteliğindedir<sup>50</sup>.

ABAD *Nold II* Kararı'ndan sonra, insan haklarının korunmasıyla ilgili verdiği kararlarda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni esin kaynağı olarak kullanmış,<sup>51</sup> bu durum Amsterdam Antlaşması'yla yapılan bir değişiklik de

<sup>48</sup> Avrupa Birliği Anayasası'nın 447. maddesine göre, “*Anayasa'yı Oluşturan Antlaşma, tüm onay belgelerinin emanet edilmiş olması şartıyla 1 Kasım 2006 tarihinde veya bu şartın gerçekleşmemesi halinde, bu adımı atmaya üzere en son imza atan Ülkenin onay belgesinin verildiği tarihi izleyen ikinci ayın ilk gününde yürürlüğe girer.*”

<sup>49</sup> KARAKAŞ, s. 48-49; Avrupa Birliği'nin AİHS'ne katılmasıyla, Birliğin temel hak ve hürriyetlere riayetinin kendi kurumsal yapısı dışından da denetlenebilmesi mümkün hale gelecektir. Böylelikle Avrupa Birliği, temel hak ve hürriyetlere inancını ortaya koymuş ve Avrupa'da temel hak ve hürriyetlere uyulmasına katkı sağlamış olacaktır. ARSAVA, A. Füsün, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Avrupa Birliği Siyasi Kriterlerine Etkisi, *Stratejik Araştırmalar Dergisi*, Eylül 2003, s. 34-35.

<sup>50</sup> GEMALMAZ, s. 211.

<sup>51</sup> ODER, s. 483-484; TEZCAN, s. 196; DÖNER, s. 119-120; ARSAVA, “Mittlerweile”, s. 188-190; GEMALMAZ, s. 210; GÜNDÜZ, s. 101-103; TANGÖR, Burak, Avrupa Birliği'nde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, GÜİİBFD, c. 3, Bahar 2001, s. 238-241; ABAD'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni esin kaynağı olarak kullandığı kararlar için “*Hauer Kararı*”,

kurucu antlaşmalarda yer almaya başlamıştır. Amsterdam Antlaşması'yla, Avrupa Birliği Antlaşması'nda yapılan değişlikle ABAD'ın AİHS'i yorumlama yetkisi kabul edilmiş ve böylelikle ABAD'ın AİHS'e gönderme yapmasıyla ilgili hukuki dayanak da çözümlenmiştir. Ancak hemen belirtelim ki; AİHS, Birlik ve ABAD açısından sadece bir referans kaynağıdır, yoksa hukuki bir bağlayıcılığı söz konusu değildir<sup>52</sup>.

#### **4. Avrupa Birliği Adalet Divanı Tarafından Geliştirilen Koruma Mekanizmasının Değerlendirilmesi**

ABAD, insan haklarını içtihadi yolla koruma altına almıştır. ABAD tarafından geliştirilen bu korumaya yapılan en büyük eleştiriler; korumanın sistematik olmadığı, ABAD'ın önüne gelen davalara göre korumanın bir gelişim gösterdiği ve içtihadi yolla sağlanan korumanın ABAD'ı anayasa koyucu niteliğine sokarak meşruluk sorununu gündeme getirdiği yönündedir. Söz konusu eleştirilerin önüne geçebilmenin en iyi yolu; Birliğe özgü bir insan hakları kataloğu oluşturmaktır. Böyle bir katalog, ABAD içtihatlarındaki boşlukları doldurur, sorunlar ortaya çıkmadan önce sorunları engeller ve kişilerin haklarını, Birlik kurumlarının da yükümlülüklerini bilmelerini sağlar<sup>53</sup>.

Avrupa Birliği bünyesinde hazırlanan “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı” bu eleştirileri gidermeye yönelik olarak hazırlanmış ve 29 Ekim 2004'de Üye Devletlerin Hükümet Temsilcileri tarafından kabul edilen “Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma” ile Avrupa Birliği Anayasası'na II. Bölüm olarak ilave edilmiştir. Böylelikle Avrupa Birliği Anayasası tüm üye devletler açısından bağlayıcılık kazandığı zaman Avrupa Birliği kodifiye edilmiş bir temel haklar kataloğuna kavuşmuş olacaktır.

#### **B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnsan Haklarının Korunması Hususuna Yaklaşımı**

AİHS, kurduğu sistemle insan haklarını belli bir güvence altına almıştır. AİHS'e göre; sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve sözleşmenin taraf devletlere uygulanması AİHM'in yetkisindedir. Ancak Birlik, AİHS'e taraf olmadığından AİHM tarafından yargılanamaz.

AİHM de kararlarında bu hususu belirtmiş ve Birliğin üye devletlerin halefi olmadığını vurgulamıştır. Ancak AİHM'e göre; AİHS'e taraf olan üye devletler, Birlik hukukunun uygulamaya konulması çerçevesinde yaptıkları ulusal düzenlemelerden dolayı da Sözleşme çerçevesinde sorumludurlar. Diğer

---

*“Peacasting Kararı”, “Johnston Kararı”, “Heylens Kararı”, “National Panasonic Kararı”, “Commission v.Germany Kararı” ayrıntılı bilgi için Bkz. ÇAVUŞOĞLU, s. 157-170.*

<sup>52</sup> TEZCAN, s. 184, 213-215.

<sup>53</sup> METİN, s. 38; TEZCAN, s. 220.



bir ifadeyle AİHS'e taraf olan devletler, bazı yetkilerini uluslararası örgütlere devredebilirler. Ancak bu yetki devri söz konusu taraf devletleri AİHS'e uyma yükümlülüğünden kurtarmamaktadır<sup>54</sup>.

Konuya bu çerçevede yaklaşan AİHM, "Matthews Kararı"yla daha da ileri gitmiştir. Söz konusu Kararında AİHM, Birlik hukuku çerçevesinde kabul edilen düzenlemeleri sanki üye devletler tarafından yapılmış gibi değerlendirerek, Birlik çerçevesinde temel hak ve hürriyetlere riayet edilip edilmediğini denetleme konusunda kendisini yetkili görmüştür. Matthews Kararı'yla AİHM, AİHS'i asıl akdedenlerin üye devletler olduğunu söyleyerek, Birliğin sözleşmeye taraf olmamasından kaynaklanan engeli kolayca aşmış ve böylelikle kendisini insan hakları konusunda Birlik hukukunun en üst yargı mercii konumuna getirmiştir. AİHM, söz konusu kararıyla Birlik hukuk sistemiyle AİHS sistemi arasındaki ilişkileri açıklığa kavuşturmuş, bu çerçevede insan haklarının korunması hususunda AİHM'in Birlik hukukuna ek bir koruma sağladığını meşrulaştırmıştır<sup>55</sup>.

#### IV. AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI

##### A. Şartın Hazırlanma Aşamaları ve İçeriği

ABAD tarafından; Birliğin AİHS'e katılımının Avrupa Birliği Antlaşması'nda gerekli değişiklik yapılmadan mümkün olmadığını belirtilmesinin ve üye devletler arasında bu konuda gerekli anlaşmanın sağlanamamasının ardından 1999 yılının Haziran ayında yapılan Köln Zirvesi'nde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın hazırlanması gündeme gelmiştir. Daha sonra aynı yıl içerisinde toplanan Tampere Zirve'sinde Temel Haklar Şartı'nın hazırlanması için bir konvansiyon kurulmuştur<sup>56</sup>.

Temel Haklar Şartı'nı hazırlayacak Konvansiyon oluşturulurken şimdiye kadar görülmemiş ve oldukça farklı bir yöntem benimsenmiştir. Avrupa Birliği bünyesinde ilk kez Avrupa Parlamentosu ve Ulusal Parlamento temsilcilerinden oluşan kendine özgü bir organa, temel haklar kataloğu hazırlama görevi verilmiştir. Tampere Zirvesi'nde oluşturulan Konvansiyon 62 üyeden ve üyeler ise, dört gruptan oluşmaktadır. Ulusal Parlamentolar ve Avrupa Parlamentosu üyeleri, devlet ve hükümet başkanları, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından atanan üyeler ile ABAD'dan iki temsilci ve biri

<sup>54</sup> ARSAVA, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, s. 120; TEZCAN, s. 228-235. Bu yöndeki AİHM kararları için Bkz. "Matthews Kararı" ayrıntılı bilgi için Bkz. TEZCAN, s. 232-233. "CM&Co Bundersrepublik Kararı" ayrıntılı bilgi için Bkz. ARSAVA, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, s. 120.

<sup>55</sup> TEZCAN, s. 233-236; KARAKAŞ, s. 51-52.

<sup>56</sup> ARSAVA, Temel Haklar Şartı, s. 3; TEZCAN, s. 257-258; METİN, s. 61; DAĞCI, s. 186-187.

## Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Korunması

AİHM'den olmak üzere Avrupa Konseyinden iki temsilci gözlemci olarak katılmıştır. Şartı Hazırlayacak olan Konvansiyon'un üyelerinin ¾'nün parlamenterlerden oluştuğu dikkate alındığında böyle bir durumun Avrupa Birliği tarihinde bir yenilik olduğu görölmektedir<sup>57</sup>.

Avrupa Parlamentosu'nun 2 Ekim 2000 tarihinde gerçekleştirdiği "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Tasarısı", daha sonra Konsey tarafından 7 Aralık 2000 tarihinde Nice zirvesinde bir bildiri olarak kabul edilmiştir. Şart, bir bildiri olması nedeniyle henüz bağlayıcılık kazanmamıştır<sup>58</sup>. Ancak Avrupa Birliği Temel Şartı'nı; Konsey, Komisyon ve Avrupa Parlamentosu imzalamış, böylelikle Şart, imzalayan kurumlar için bağlayıcı hale gelmiştir. Söz konusu kurumlar, tasarruflarında Temel Haklar Şartı'nı görmezden gelemezler. Öte yandan Şart, ABAD, açısından bağlayıcı olmamasına rağmen bir esin kaynağı niteliğindedir<sup>59</sup>.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na esas önem kazandıran husus ise; 29 Ekim 2004'de Üye Devletlerin Hükümet Temsilcileri tarafından kabul edilen ve dört bölümden oluşan Avrupa Birliği Anayasası'na II. Bölüm olarak eklenmesidir. Dolayısıyla Şart, AB Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, bütün Avrupa Birliği kurumları için hukuki bakımdan bağlayıcı hale gelecektir<sup>60</sup>.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın içeriği ele alındığında; bir giriş bölümü ve yedi alt başlıktan oluştuğu görölmektedir. Bu başlıklar; Onur (I. Bölüm), Özgürlükler(II. Bölüm), Eşitlik(III. Bölüm), Dayanışma(VI. Bölüm), Vatandaşlık(V. Bölüm), Adalet (VI. Bölüm) ve Genel Hükümlerdir(VII. Bölüm). Şart'ın maddeleri incelendiğinde ise; kişisel, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara Temel Haklar Şartı'nda yer verildiği görölmektedir<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> METİN, s. 61; ARSAVA, Temel Haklar Şartı ve Siyasi Kriterlerine Etkisi, s. 34-35; TAŞDEMİR, H., DEMİR, H., Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Ankara Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Dergisi, c. 2, Güz 2002, s. 90-91; ÇAĞLAR, s. 23-24.

<sup>58</sup> METİN, s. 54; DÖNER, s. 125; BÜYÜKÇINAR, s. 254.

<sup>59</sup> ARSAVA, Temel Haklar Şartı, s. 16-17; TEZCAN, s. 260; METİN, s. 61-62.

<sup>60</sup> KARAKAŞ, s. 52, 56; Avrupa Birliği Anayasası'na II. Bölüm olarak eklenmeden önce, bu konuyla ilgili yaşanan gelişmeler için Bkz. ARSAVA, Temel Haklar Şartı ve Siyasi Kriterlerine Etkisi, s. 43-44.

<sup>61</sup> KARAKAŞ, s. 53-54; METİN, s. 47-49; DÖNER, s. 125; TEZCAN, s. 261-263; ODER, s. 496; TAŞDEMİR, H., DEMİR, H., s. 95; ARSAVA, Temel Haklar Şartı, s. 5; ARSAVA, Temel Haklar Şartı ve Siyasi Kriterlerine Etkisi, s. 31-34; TEZCAN D., ERDEM M., SANCAKDAR O., Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 25-26.

### B. Şartın Değerlendirilmesi

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, temel hak ve hürriyetleri sistematik hale getirmesi sebebiyle, kişilerin hak ve hürriyetlerinin tanınmasını ve geçerli hale getirilmesini kolaylaştırmakta ve bunun bir sonucu olarak da insan haklarının koruma seviyesini yükseltmiş olmaktadır<sup>62</sup>.

Temel Haklar Şartı, yeni bir takım haklar ortaya koymaktan ziyade şimdiye kadar mevcut olan temel hak ve hürriyetleri tek bir belgede toplamıştır. Esas itibarıyla Temel Haklar Şartı'nı hazırlayan Konvansiyondan da, bu şekilde bir düzenleme yapması beklenmiştir. Beklentilere uygun olarak Temel Haklar Şartı'nı oluşturan Konvansiyon, Şart'ı hazırlarken belli bazı kaynaklardan yararlanmışır. Söz konusu kaynaklar:

- 1) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,
- 2) Üye Devletlerin Ortak Anayasal Gelenekleri,
- 3) Avrupa Sosyal Şartı ve İşçilerin Temel Sosyal Haklarıyla İlgili Topluluk Şartı
- 4) Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Çalışma Örgütünün Değişik Sözleşmeleri,
- 5) AİHM ve ABAD İçtihatlarıdır<sup>63</sup>.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 52. maddesinin 3. fıkrası; Şart ile AİHS arasındaki ilişkiyi düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre; AİHS ile garanti altına alınan bir hakkı Temel Haklar Şartının da içermesi durumunda, AİHS'de buna verilen anlamın aynı şekilde Şart bakımından da geçerli olacağı belirtilmiştir. Öte yandan Birlik Hukukunun Temel Haklar Şartı'na göre daha kapsamlı koruma sağlaması durumunda; Birlik Hukuku kurallarının uygulanacağı hususu da 52. maddede vurgulanmıştır<sup>64</sup>.

### V. SONUÇ

Başlangıçta ekonomik bir Birlik olan Avrupa Birliği, gün geçtikçe siyasal birliğe doğru giden bir yapılanma içerisine girmiş ve bu yapılanma içerisinde insan hakları konusu zamanla önemini arttırmıştır. Bu çerçevede, Avrupa Birliği Hukuku'nda kurucu antlaşmalarda yapılan revizyonlar ve ABAD'ın yargısal uygulamaları sonucunda insan haklarına yer verilmiştir.

<sup>62</sup> METİN, s. 62; TEZCAN, s. 264.

<sup>63</sup> METİN, s. 47; TEZCAN, s. 265-266; TAŞDEMİR, H., DEMİR, H., s. 95,99.

<sup>64</sup> KARAKAŞ, s. 49; TEZCAN D., ERDEM M., SANCAKDAR O., s. 26; ARSAVA, Temel Haklar Şartı ve Siyasi Kriterlerine Etkisi, s. 39; TEZCAN, s. 267; DÖNER, s. 127128

## Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Korunması

Avrupa Birliği'nde insan haklarının korunması hususunda, ABAD'ın yargısal uygulamaları oldukça önemli bir yere sahiptir. ABAD, başlangıçta insan haklarının korunması hususunda kendini yetkili görmemiş ve insan haklarına herhangi bir gönderme yapmamıştır. Ancak daha sonra ABAD; Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri'nin verdiği kararların, Birlik hukukunun üstünlüğüne karşı bir risk oluşturması nedeniyle Avrupa Birliği Hukuku'nda insan haklarının korunmasını içtihatlarıyla sağlamıştır.

ABAD'ın içtihadi yöntemle yaptığı bu koruma zamanla eleştiri konusu olmuş ve doktrin tarafından çeşitli alternatifler sunulmuştur. Doktrin tarafından içtihadi yolla gerçekleştirilen bu korumaya karşı sunulan alternatiflerden birincisi; Birliğe özgü bir insan hakları kataloğu oluşturmaktır. Böyle bir katalog, ABAD içtihatlarındaki boşlukları dolduğu gibi, sorunları da henüz ortaya çıkmadan engeller. Ayrıca Kişilerin haklarını, Birlik kurumlarının da yükümlülüklerini bilmelerini sağlar ve ABAD'a yazılı bir metin sunar. Böylelikle kişiler kendilerini hukuki güvenlik içerisinde hissederler. Bütün bunlara ilaveten hazırlanacak böyle bir katalog, ABAD'ın vermiş olduğu kararların değerlendirilmesinde ve eleştirilmesinde de somut bir ölçü teşkil eder.

İçtihadi yolla gerçekleştirilen korumaya karşı sunulan ikinci alternatif; Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılmasıdır. ABAD, Doktrinde bu konuda yapılmış uzun tartışmalardan sonra Antlaşma değişikliğine gidilmeden bunun mümkün olmayacağını belirtmiştir.

Doktrin tarafından sunulan her iki alternatif de zamanla uygulamaya aktarılmaya çalışılmıştır. Bu konuda ilk gelişme; Birliğe özgü bir temel hak ve hürriyetler kataloğu niteliğinde olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabul edilmesiyle yaşanmıştır. Ancak, Şart'ın üye devletler açısından bağlayıcı nitelik taşınamaması, doktrin tarafından yapılan eleştirilerin tam olarak hayata geçirilemediği sonucunu ortaya çıkarmıştır. Konuyla ilgili İkinci ve esas önemli gelişme ise, 29 Ekim 2004 tarihinde kabul edilen Avrupa Birliği Anayasası ile gerçekleştirilmiştir. Avrupa Birliği Anayasası ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Anayasa'ya II. Bölüm olarak ilave edilmiş, böylelikle Şart'ın bağlayıcılığı konusunda önemli bir adım atılmıştır.

Anayasa ile getirilen diğer önemli düzenleme de ise; Avrupa Birliği'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılması öngörülmüştür. Anayasa'nın getirdiği bu düzenlemelerle, doktrin tarafından öne sürülen görüşler yönünde çok önemli gelişmeler sağlanmıştır. Ancak Avrupa Birliği Anayasası'nın getirdiği söz konusu düzenlemeler henüz yürürlüğe girmemiştir. Söz konusu düzenlemeler yürürlüğe girdiği zaman bu gelişmeler uygulamaya aktarılmış olacaktır. Anayasanın yürürlüğe giriş tarihini düzenleyen 447. maddesine göre, "Anayasa'yı Oluşturan Antlaşma, tüm onay belgelerinin emanet edilmiş olması şartıyla 1 Kasım 2006 tarihinde veya bu şartın

GÜMÜŞ

gerçekleşmemesi halinde, bu adımı atmak üzere en son imza atan Ülkenin onay belgesinin verildiği tarihi izleyen ikinci ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.”

---

karar incelemesi

**EVLATLIK KARARININ KALDIRILMASI**  
( Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)

Yrd. Doç. Dr. Süleyman YALMAN\*\*

**I. KARAR METNİ\*\***

**T.C. YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**

**ESAS NO : 2003/9116**

**KARAR NO : 2003/10804**

**TARİH: 14. 07. 2003**

**İLİGİLİ KANUN: 4721 Sayılı Kanununun 313, 316'ncı maddeleri.**

**DAVA** : Davacı, evlat edinme kararının kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme davanın reddine karar vermiştir. Hüküm, süresi içinde davacı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

**KARAR** : Erginlerin evlat edinilmesinde, evlat edinenin alt soyu bulunmaması koşuluyla, diğer haklı sebepler mevcut ve evlat edinilenin, en az beş yıldan beri evlat edinen ile aile halinde birlikte yaşamaları gerekmektedir. Toplanan delillerden evlat edinenin evlatlığa 14. 04. 2000 tarihinde vekaletname verdiği, daha sonra 11. 03. 2002 tarihinde Beşiktaş 12. Noterliğinin 3486 yevmiye numaralı ölünceye kadar bakma akdiyle dört taşınmazını davalıya temlik ettiği, 18.10.2002 tarihli kimlik bildirme belgesinde sadece evlat edinen Suna'nın kayıtlı olduğu belirlenmiştir. Dinlenen davacı tanık beyanlarıyla davalının evlat edinen ile aile halinde birlikte yaşamadığı anlaşılmış, bu olgu evlat edinenin oturduğu apartman yönetiminin 18.10.2002 tarihli yazılarıyla da doğrulanmış, davalının evlat edinenin ölümünden önceki son üç, dört ayda apartmanda görüldüğü belgelendirilmiştir. Evlat edinme kararı ile ilgili dosyada ise; Türk Medenî Kanununun 316'ncı maddesine uygun araştırma yapılmadığı

---

\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Karar metni için bkz. Yargıtay Kararlar Dergisi, Cilt 30, Sayı 5, Mayıs 2004, 685,686.

## Evlatlık Kararının Kaldırılması

görülmüştür. Toplanan deliller ve açıklanan nedenlerle; Türk Medeni Kanununun 313/3'üncü maddesi koşulları oluşmamıştır. Davanın kabulü gerekirken, reddi ve olaya uymayan gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

**SONUÇ** : Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA 14.07.2003 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

## II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evlatlık kararının kaldırılmasına ilişkin Yargıtay kararının içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla, 4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde kurulan bir evlatlık ilişkisi söz konusudur. Bu durum delillerin değerlendirilmesi paragrafından anlaşılmaktadır. Evlat edinen, evlatlığa 14.04.2000 tarihinde vekaletname vermiş, daha sonra 4721 sayılı Yeni Medeni Kanunu yürürlükte olduğu 11.03.2002 tarihinde Beşiktaş 2. Noterliğinde yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle dört taşınmazını evlatlığa devretmiştir. Daha sonra evlat edinenin ölmesiyle, davacı, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep ederek evlatlık aleyhine dava açmıştır. Karardan davacının kim olduğu anlaşılamamaktadır. Ancak evlatlık ilişkisinin kaldırılması halinde, menfaati olabilecek bir kişi olduğu değerlendirilebilir.

İlk derece mahkemesi, evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasını reddetmiştir. Verilen kararın temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay, dinlenen tanık beyanlarına göre evlatlığın evlat edinenle aile halinde birlikte yaşamadığını, bu durumun evlat edinenin oturduğu apartman yönetiminin yazısı ile doğrulandığını, ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 316. maddesine göre, evlatlık kararı verilirken uygun araştırma yapılmadığının anlaşıldığını, bu sebeple davanın kabulü gerekirken olaya uymayan gerekçelerle hüküm kurulmasının, yasaya aykırılıktan bozmayı gerektirdiğini belirterek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

İlgili Yargıtay kararı hakkında sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için, 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun ile 743 sayılı Eski Medeni Kanunun evlat edinme ve evlatlık kararının kaldırılmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen hükümler çerçevesinde incelenmesi gerekir.

1. Evlat edinme, 743 sayılı eski Medeni Kanun ile hukukumuza giren bir müessesedir. Bu müessesenin, çocuksuz veya istediği cins ve sayıda çocuk sahibi olamayan kimselerin, çocuk özlemini gidermek, kimsesiz ve yardıma muhtaç çocukların ve bazı erginlerin bir aile ortamında hayatını devam ettirmesi, evlilik dışında doğmuş çocukların soy bağlarının ve statülerinin iyileştirilmesini sağlamakla, faydalı olduğu kadar, saklı paylarının azaltılması,



miras kaçırılması, evlatlığın ucuz hizmetçi gibi kullanılması yönüyle de mahsurları bulunmaktadır.<sup>1</sup>

743 sayılı Eski Medeni Kanun döneminde, evlat edinmenin hukuki mahiyeti hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Fakat doktrinde hakim görüş,<sup>2</sup> evlat edinmenin bir Aile Hukuku sözleşmesi olduğu yönündedir. Hakim görüş, Yargı Kararlarında da<sup>3</sup> benimsenmiştir.

743 sayılı eski Medeni Kanunun m. 256 “evlat edinme, evlat edinenin oturduğu yer sulh hakiminin izni üzerine yapılacak resmi senetle olur ve evlat edinme doğum kütüğüne yazılır” hükmü ve m. 257’nin “akdin hükmü” şeklinde ifade edilen kenar başlığı da sözleşme görüşünü desteklemekte idi. Bu hükümler çerçevesinde evlat edinme işlemi, evlat edinenle evlatlık arasında yapılan sözleşmeyle düzgün soy bağına yol açan bir hukuki müessese niteliğini taşıyordu.

4721 sayılı Medeni Kanunun 315. maddesi, evlat edinme kararının evlat edinenin oturma yerindeki, eşlerin birlikte evlat edinmeleri durumunda eşlerden birinin oturma yerindeki mahkeme tarafından verileceğini, evlatlık ilişkisinin mahkeme kararıyla kurulacağını ifade ederek, evlat edinmeyi, taraflar arasında sözleşmeyle soy bağı ilişkisine yol açan bir kurum olmaktan çıkarmıştır. Bundan sonra, soy bağı ilişkisi, bir özel hukuk sözleşmesinin konusunu oluşturmayacaktır.<sup>4</sup>

4721 sayılı Medeni Kanundaki düzenlemeler karşısında, evlat edinme, bir “medeni hukuk işlemi”<sup>5</sup> veya “yargısal işlem”<sup>6</sup> olarak ifade edilmektedir.

<sup>1</sup> Öztan B.; Aile Hukuku, Ankara 5. Bası Ankara 2004, s.567; Zevkliler/ Acabay / Gökyayla ; Medeni Hukuk; Giriş Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2000, s.1017; Akıntürk T.; Aile Hukuku, İstanbul 2002,s.361; Ataay A.; Medeni Hukukta Evlat Edinme, İstanbul 1957, s.14 ; Oğuzman / Dural: Aile Hukuku , İstanbul 1998, s.245.

<sup>2</sup> Kılıçoğlu, A.; Medeni Kanunumuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 109-110; Oğuzman/ Dural, s.245; Ataay, s.270.

<sup>3</sup> Yargıtay, 10.11.1954 tarih ve 17/24 sayılı İçtihatı Birleştirme kararında “Evlat edinme Aile Hukukuna ilişkin özel bir mukavele ile evlat edinenle evlatlık arasında ebeveyn ve evlat rabita ve münasebetinin tesisinden ibaret bir hukuki müessesedir.” ,aile hukuku sözleşmesi görüşü benimsenmiştir. (R.G. 27.02.1955787889).

<sup>4</sup> Kılıçoğlu, s.110.

<sup>5</sup> Akıntürk, s. 362; Kizir, M.; Türk Hukukunda Evlat Edinme, Konya 2004 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) s.18; Altaş, H.; Evlatlık sözleşmesinde Amaç, THD, Mayıs 2000,s.103.

## Evlatlık Kararının Kaldırılması

2. Kanun koyucu, 4721 sayılı Medeni Kanun ile evlat edinme müessesini düzenlerken, evlatlığın durumunu iyileştirici düzenlemelere yer vermekle birlikte, Kaynak Kanundan ayrılmış bunun sonucu olarak, gerekli radikal değişiklikleri yapamamış, evlatlığı evlat edinenin kan bağına dayanan çocuğu konumuna getirmemiş ve evlatlığın, asıl anne babası ile olan ilişkisini de sona erdirmemiştir. Fakat yine de 743 sayılı Medeni Kanundaki evlat edinmeye ilişkin düzenlemelere göre, 4721 sayılı Medeni Kanun bu konuda da farklı ve yeni düzenlemelere yer vermiştir. Yeni Kanun, öncelikle küçüklerin ve yetişkinlerin evlat edinilmesini birbirinden ayırmış, küçüklerin evlat edinilmesini 305-312 . maddelerde, ergin ve kısıtlıların evlat edinmesini 313. madde de düzenlemiş ve 314-320. maddeleri de ortak hükümler olarak düzenlemiştir.

Ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde bazı özel şartlar aranmakla birlikte, burada özel şartlar dışında, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabileceği de belirtilmiştir (MK. m. 313).

743 sayılı Medeni Kanunda, evlat edinme açısından gerekli olan şartlardan biri de, evlat edinenin alt soyunun bulunmaması idi. Bu şart 4721 sayılı Medeni Kanunda biraz değişikliğe uğrayarak düzenlenmiştir. Yeni Kanuna göre; küçüklerin evlat edinilmesinde bu şart aranmamakta, yalnızca ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde, evlat edinenin alt soyunun bulunmaması şartı yerini muhafaza etmektedir(MK. 313/1). Bu şart, evlat edinenin hukuki anlamda alt soyunun bulunmamasını ihtiva eder. Ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde, alt soyun bulunmaması, şartının muhafaza edilmesini, bu yaştaki kişilerin evlat edinilmesinde, evlat edinenin, çocuk sahibi olma ihtiyacının giderilmesinin söz konusu olmaması ve bu yaştaki insanların artık bir aile ortamında yaşama ve barınma ihtiyaçlarının bulunmaması düşüncesine dayanmaktadır<sup>7</sup>.

Ergin ve kısıtlıların evlat edinilebilmesi için 4721 sayılı Medeni Kanunun 313. maddesine göre;

-evlat edinenin, alt soyunun bulunmaması,

-evlat edinilen, bedensel veya zihinsel özü sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç olmak ve evlat edinen tarafından en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmekte ise,

-evlat edinen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş ise,

---

<sup>6</sup> Kılıçoğlu, s.110; Öztan, ise; hakim kararna dayanan maddi fiil olarak nitelendirmektedir.(s.267).

<sup>7</sup> Kılıçoğlu, s.111; kızir, s.55.

Diğer haklı sebepler mevcut ve evlat edinilen, en az beş yıldan beri evlat edinen ile aile halinde birlikte yaşamakta ise evlat edinilebilir<sup>8</sup>. Ayrıca ergin ve kısıtlı kişi evli ise eşinin de rızası aranır.

Evlat edinmeye ilişkin şartların tamamlanması evlatlık ilişkisinin doğması için yeterli değildir. Evlatlık ilişkisi ancak mahkeme kararı ile kurulur (MK.315). Hakim, evlatlık ilişkisine karar vermeden önce, 4721 sayılı Medeni Kanunun 316. maddesi gereğince geniş ve kapsamlı bir araştırma yapmakla yükümlüdür. Bu sebeple evlat edinmeye, ancak kapsamlı bir araştırma sonucunda, yani esaslı sayılan her türlü durum kapsamlı bir biçimde araştırılarak, taraflar dinlenerek ve gerekli olduğu durumlarda uzmanların görüşüne başvurulduktan sonra karar verilmelidir. Araştırmada, ilgililerin kişiliği ve sağlığı karşılıklı münasebetleri, ekonomik ve sosyal durumları, evlat edinenin eğitime yeteneği ve bakım ilişkileri aydınlığa kavuşturulması gerekir<sup>9</sup>. Evlat edinmede hakim araştırma yükümlülüğü 743 sayılı Medeni Kanunun 256. maddesinde “hakim, evlat edinmeye izin vermeden önce duruma göre gerek görülebileceği her türlü soruşturmayı kendiliğinden yapar” şeklinde ifade edilmiştir. 4721 sayılı Medeni Kanunda, bu yükümlülük, daha geniş kapsamlı olarak 316. madde de düzenlenmiştir.

Yargıtay, söz konusu davada 316. madde kapsamında bir araştırma yapılmadığını, davacı tanıkları ve apartman yönetiminin dosyada mevcut yazısıyla da davalının evlat edinen ile aile halinde birlikte yaşamadığını, dolayısıyla söz konusu evlat ilişkisinin 4721 sayılı Medeni Kanunun 313. maddesinde belirtilen şartları taşımadığı ve evlatlık ilişkisinin kurulurken MK.’nın 313. maddesinde düzenlenen araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ifade etmektedir.

**3. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması, 743 sayılı Medeni Kanunun 258. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre evlatlık ilişkisi ya tarafların anlaşmasıyla ya da taraflardan birinin kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanarak hakim kararı ile sona erdirilebilir. 4721 sayılı Medeni Kanunda ise, 317-318. maddelerde düzenlenmiştir.**

Bu hükümlere göre, evlatlık ilişkisi, artık tarafların anlaşması ile ortadan kaldırılamaz. Ancak, rızası gereken kişilerin, rızası alınmadığı durumlarda, bu kişilerin talebi ile veya esasa ilişkin diğer eksikliklerin bulunması halinde Cumhuriyet Savcısı veya her ilgilinin talebi üzerine hakim

<sup>8</sup> Hagnauer, C.; Berner Kommanter Das Familienrecht 2.Abteilung, Die Verwandtschaft, Artikal 252-269 c ZGB, Bern 1984, Art.266 N-20; Öztan, s.581.

<sup>9</sup> Hegnauer, Art. 268 a N.4-7

## Evlatlık Kararının Kaldırılması

kararı ile ortadan kaldırılabilir<sup>10</sup>. Yeni Medeni Kanun, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasında, taraflardan başka Cumhuriyet Savcısı ve her ilgiliye de, ilişkinin kaldırılmasını talep yetkisi vermiştir. 4721 sayılı Medeni kanunun 317. maddesine göre, evlatlık ilişkisi, rızası alınması gereken kişilerin rızası, yasal bir sebep olmadan alınmamışsa, bu kişinin talebi üzerine hakim tarafından kaldırılabilir. Erginlerin evlat edinilmesinde, eşin de rızası gereklidir. Fakat incelediğimiz kararda davalının evli olduğu veya eşinin rızasının alınıp alınmadığı hususunda bilgi mevcut değildir. Kanunun 318. maddesine göre ise, evlat edinme esasa ilişkin diğer noksanlıklardan biriyle sakatsa, Cumhuriyet Savcısı veya her ilgili, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir<sup>11</sup>.

### III. SONUÇ

Yargıtay kararında, dava konusu olayda evlatlık ilişkisi kurulurken MK. m.316 kapsamında bir araştırma yapılmadığının, ayrıca davacı tanıkları ve apartman yönetiminin dosyada mevcut yazısıyla da davalının evlat edinen ile aile halinde birlikte yaşamadığını, dolayısıyla söz konusu evlatlık ilişkisinin 4721 sayılı Medeni Kanunun 313. maddesinde belirtilen şartları taşımadığı ve evlatlık ilişkisi kurulurken MK. m.316 kapsamında araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini gerekçe göstererek davanın kabulüne ve yerel mahkemenin aksi yöndeki kararının bozulmasına hükmetmiştir. Fakat Yargıtay Kararının muhtevassından anlaşıldığı kadarıyla, 4721 sayılı Medeni Kanunun yürürlüğü girmesinden önceki bir tarihte, o dönemin hukuki düzenlemeleri kapsamında bir evlatlık ilişkisi kurulmuştur. Bundan dolayı davanın çözümü, kanunların zaman bakımından uygulanması meselesinde saklıdır.

Kanunların zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili temel prensip, bir hukuk kuralının, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren meydana gelen olay ve hukuki ilişkilere uygulanmasıdır<sup>12</sup>. Bu sebeple, 4721 sayılı Medeni Kanunun 01.01.2002 tarihinden itibaren meydana gelen olay ve hukuki ilişkilere uygulanacaktır. Bazı durumlarda ise, yeni kanun daha önce meydana gelmiş olay ve ilişkilere uygulanması veya eski kanunun, yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra da etkisini devam ettirmesi mümkün olabilir. Böyle durumlarda kanunların zaman bakımından uygulanması problemi ortaya çıkmaktadır. Bu

<sup>10</sup> Akıntürk, s.380; Öztan, s.592-593; Hegnauer, Art. 269 a. N.3-5.

<sup>11</sup> Öztan, s.593; Akıntürk, s.380; Hegnauer, Art. 269 a, N.3-5.

<sup>12</sup> Akipek/Akıntürk; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s.100; Ayan, M.; Medeni Hukuka Giriş, Konya, s.66, Akıncı, Ş.; Yeni Medeni Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması, Eşya ve Miras Hukuku Alanında yapılan Bazı Değişiklikler, Adana Barosu ve Türk Hukuk Enstitüsünün 18.01.2002 tarihinde düzenledikleri Medeni Kanun Panelinde Sunulan Tebliğ, s.1.

problemi 4721 sayılı Medeni Kanun açısından, hukukun genel ilkeleri ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanması Hakkında Kanun kapsamında çözüme kavuşturmak gerekir.

4722 sayılı Kanunun 1. maddesine göre, yeni Medeni Kanun, kazanılmış haklara dokunmaz, eski kanun zamanında kazanılan haklar eski kanun hükümlerine tabi olmaya devam eder. Ayrıca, 4721 sayılı Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukuki sonuçları ile bu tarihten önce yapılmış işlemleri bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, gerçekleştirildikleri ya da yapıldıkları tarihteki kanunlar uygulanır.

Benzer problemler,<sup>13</sup> 743 sayılı Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği zamanda da ortaya çıkmış ve 864 sayılı Kanunu Medeninın Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un 1. maddesi ile kazanılmış haklara dokunulmayacağı hüküm altına alınarak çözüme kavuşturulmuştur.

Yeni Kanunun geçmişe etkili olamayacağı kuralının istisnaları da söz konusudur. Bunlar kamu düzeni ve ahlaka aykırılıktır. Bu istisnalar gereğince, kamu düzenine ve ahlak kurallarına aykırılık olduğu durumlarda kazanılmış haktan söz edilemez ve devam eden hukuki ilişkilere uygulanır. Bu sebeple, eski hukukun 4721 sayılı Medeni Kanunun kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olan kuralları bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir surette uygulanmaz (Yürürlük Kanunu m. 2).

Kamu düzeni, genel ahlak ve emredici hükümlere aykırılık gibi istisnalar dışında, yeni kanunun geçmişe etkili olmama kuralı gereğince, kazanılmış haklarla ilgili konularda, eski kanun yeni kanun zamanında etkisini sürdürür<sup>13</sup>.

743 sayılı Medeni Kanunun evlat edinmeye ilişkin (m. 253 - 258) hükümleri, 4721 sayılı Medeni Kanun açısından, kanunların geçmişe etkili olmama kuralının istisnasını oluşturacak bir düzenleme içermemektedir. Bu sebeple, Yargıtay kararı, 4721 sayılı Medeni Kanun açısından yerinde ve doğru bir karar gözüktü de, 4722 sayılı Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1 ve 14. maddeleri göz önüne alındığında, yerinde bir karar olarak nitelendirilemez. Zira 4722 sayılı Kanunun 14. maddesine göre; "Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlat edinme sözleşmeleri, bütün hükümleri ile birlikte geçerliliğini korur". Bu durumda, 743 sayılı Medeni Kanun hükümleri gereğince kurulmuş bir evlat edinme sözleşmesini, 4721 sayılı Medeni Kanun'un hükümlerine uygun olmadığını ileri sürerek, evlatlık ilişkisinin kaldırılması kanaatimizce yasaya uygun değildir. 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun, 1 ve 14. maddeleri göz

<sup>13</sup> Edis, S.; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri Ankara, 1993, s.177.

#### Evlatlık Kararının Kaldırılması

önüne alındığında, evlat edinme sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin şartları konusunda, sözleşmenin kurulduğu, yani 743 sayılı Medeni Kanunun düzenlemeleri gözetilerek karar verilmesi gerekirken, bu yapılmadan yerel mahkeme kararının bozulmasını ihtiva eden Yargıtay Kararının isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

---

---

## Tez Özetleri





## TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ALACAK ZAMANAŞIMI\*

Arş.Gör. Ayşe ARAT\*\*

### I.GİRİŞ

Hukuk borç ilişkilerini, kendi özelliklerine göre bir takım zaman kayıtlarına tâbi tutmuştur. Kanun koyucu hem şahsa ilişkin hakların talebini, hem kamu kurumlarına düşen görevlerin yerine getirilmelerini, sosyal ilişkilerin iyi bir biçimde devamı bakımından belirli zaman dilimleri ile sınırlamış ve bu sınırlara uyulmaması hallerini çeşitli müeyyidelerle karşılamıştır. Öyleyse bir şahsın sahip olduğu haklardan faydalanabilmesi ancak o hakkın ne gibi zaman kayıtlarıyla sınırlı olduğunu bilmesine bağlıdır. Vaktinde açılmayan bir dava, zamanında yapılmayan bir müracaat esas bakımından haklı olan şahsı haksız bir duruma düşürebilir.

Belirli bir zamanın geçmesi, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdirmez. Ancak hayatın normal akışı, zamanın geçmesine bazı sonuçlar bağlanması gereğini doğurmuştur. Zaten hayat tecrübeleri göstermektedir ki insanlar haklarını, durumun şartlarına uygun bir hızla aramakta ve bu konuda müsamaha göstermemektedirler. Öte yandan hak sahibinin hakkına karşı ilgisiz olması, karşı tarafın kusurundan daha ağırdır.

Hukukumuzda zamanaşımı kavramının iki yönü vardır. Birincisi belirli bir sürenin geçmesiyle bir hakkın talep edilebilirliğinin yitirilmesi şeklindeki iskatî zamanaşımı; diğeri yine belirli bir sürenin geçmesiyle bazı şartlar altında bir mülkiyet hakkının kazanılması şeklindeki kazandırıcı zamanaşımıdır. İskatî zamanaşımı Borçlar Hukuku'na, kazandırıcı zamanaşımı ise Eşya Hukukuna ilişkindir. Çalışmamızın konusu “Türk Borçlar Hukuku'nda Alacak Zamanaşımı” diğeri bir ifadeyle iskatî zamanaşımıdır.

---

\* Bu Çalışma 1999 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Prof. Dr. Şahin AKINCI' nın danışmanlığında, yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış, 09.07.1999 tarihinde oybirliği ile kabul edilmiştir. Bu makalede çalışmanın orijinal metnine bağlı kalarak özeti verilmiş, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Medeni Kanundaki değişiklikler ilgili yerlere işlenmiştir.

\*\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

### A) Kavram

Zamanaşımı kavramı Borçlar Kanununda borcu sona erdiren sebepler arasında sayılmasına rağmen aslında sadece alacağın talep edilebilme yetkisini zaman itibarıyla sınırlar<sup>1</sup>. Çünkü borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürmediği sürece alacak kendiliğinden sona ermez. Aynı şekilde zamanaşımına uğrayan borcunu ödeyen borçlu, bunu geri isteyemez (BK.m.62).

Buradan yola çıkarak zamanaşımı şöyle tarif edilebilir: “Kanunda belirtilen şartlar altında ve belli bir süre içinde alacaklının hareketsiz kalması sonucu alacağın ifasını isteme yetkisinin sona ermesidir”<sup>2</sup>.

Kanun koyucuların bu müesseseyi kabul etmesinin çeşitli nedenleri vardır: Uzun süre alacağını takip etmeyen bir alacaklının hakkının olmadığı, hakkının sona erdiği veya o haktan vazgeçtiğine dair kuvvetli bir kanaat oluşur. Aynı şekilde mahkemelerin çok eski uyuşmazlıklarla meşgul edilmesi önlenerek hem kişiler hem kamu menfaatleri korunmuş olur. Çünkü ihtilaf ne kadar eskiye ilişkinse ispatı da o kadar güçleşir. Hukuk kimseye uzun zaman önce gerçekleşmiş bir borç ilişkisinin delillerini saklama zorunluluğu getirmemiştir. Böylece mahkemelerin işleri hafiflerken, kişiler çok eski iddialara hedef olmaktan kurtulurlar<sup>3</sup>.

Zamanaşımına rağmen borç ilişkisi varlığını devam ettirir. Ancak alacaklı borçlunun rızası olmadan alacağını elde etme imkanını kaybetmiş olur<sup>4</sup>. Artık borç bir eksik borçtur (obligatio naturalis)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Von Tuhr, Borçlar Hukuku, C.1-2(Çeviren: Cevat Edege), Ankara 1983, s.683.

<sup>2</sup> Tunçomağ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1972, s.730.

<sup>3</sup> Von Tuhr, s.687; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2002, s.1269; Saymen /Elbir, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.2, İstanbul 1958, (Saymen/Elbir, I), s.910; Erman, Hukuk Davalarında Zamanaşımı, Adalet Dergisi 1974, sa.7, s.501; Dalamanlı, Kanunlarımızda Müruruzaman, Sükutu Hak ve Müddetler, Ankara 1976, (Dalamanlı, I), s.3; Berki, Müruruzaman, Adalet Dergisi 1955, sa.10, (Berki, Müruruzaman), s.949; Tunçomağ, s.738; Fezyioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 1977, s.518; Tekinay/Akman /Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.1030; Çandarlı, Borçlar Kanununda Müruruzaman ve Buna Mütedair Temyiz Mahkemesi Kararları, Ankara 1943, s.10; Eranlı, Borçlar ve Medeni Kanunda Müruruzaman ve Sükutu Hak Hükümleri ve Tatbikatı/Sistematik Temyiz Kararları, Ankara 1959, s.5.

<sup>4</sup> Von Tuhr, s.687; Von Tuhr, Müruruzaman, Hukuki Bilgiler Mecmuası, 1932, Y.6, No:9-69, (Von Tuhr, Müruruzaman),4605.

<sup>5</sup> Eren, s.1269; Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s.342; Fezyioğlu, s.520; Dalamanlı,I, s,3; Berki, Türk Borçlar Kanununda İskati

### B)Zamanaşımının Hak Düşürücü Süre İle Farkları

Hak düşürücü süre ile alacak zamaşımı birbirine çok benzeyen kavramlardır. Hukuk, her iki halde de zamanın geçmesine düşürücü bir sonuç bağlamıştır. Ancak bağlanan bu sonucun niteliği farklıdır. Hak düşürücü sürede zamanın geçmesi hakkı tamamen ortadan kaldırırken, zamaşımında alacağın talep edilebilmesi sınırlanmaktadır<sup>6</sup>. Hakim zamaşımını re'sen gözönüne alamaz (BK.m.140). Bunu borçlunun def'i olarak ileri sürmesi gerekir. Çünkü zamaşımının ileri sürülmesi bir hakkın ileri sürülmesidir. Borçlu bu hakkını kullanmayabilir. Hak düşürücü süre ise doğrudan doğruya hakkı ortadan kaldırdığından bir itirazdır ve hakim bunu kendiliğinden dikkate alır<sup>7</sup>. Zira burada, hakkın geçerli bir biçimde dolmadığı ya da sona erdiğine ilişkin bir olay ileri sürülmektedir. Zamaşımı kural olarak alacaklarda söz konusu iken hak düşürücü süre yenilik doğuran haklarda, ihtira ve telif haklarında söz konusudur<sup>8</sup>. Hak düşürücü süreler durmaz ve kesilmez. Zamaşımının hem kesilmesi hem de durması mümkündür. Buna ilişkin kurallar BK.m.132-133'de düzenlenmiştir. Zamaşımına rağmen borç, eksik borç olarak varlığını devam ettirir. Oysa hak düşürücü sürede tamamen ortadan kalkar<sup>9</sup>. Hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi, "öğrenme" tarihidir, yani bir hakkın alacaklı lehine doğduğu ve bundan alacaklının haberdar olduğu tarihtir. Zamaşımının

---

Müruruzaman, Dr.Recai Seçkin'e Armağan, Ankara,1974, (Berki, İskati Müruruzaman), s.716; Von Tuhr, s.709.

<sup>6</sup> Uygur, Zamaşımı ve Hak düşürücü Süreler, Ankara Barosu Dergisi 1975, sa.5, s.687; Çandarlı, s.23; Abadan, Akit Serbestisi ve Zamaşımı, Adalet Dergisi 1951, sa.9, s.1388; Berki, Hukukta Müddet Çeşitleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1968, C.CXXV, sa.1-2, (Berki, Müddet Çeşitleri),s.100; Sünuhi , Müruruzaman ve Sükutu Hak Müddetlerinin Tayini, Adliye Ceridesi 1930, y.9, sa.99, s.33. ; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop , s.1032; Erman, s.502; Dalamanlı, Borçlar Hukuku Davaları ve Tatbikatı, İstanbul 1959, (Dalamanlı, II), s.3; Feyzioğlu, s.521; Dalamanlı/ Karahacıoğlu, Kanunlarımızda Müddetler, Ankara 1979, s.8; Eren, s.1270; Tunçomağ, s.740; Reisoğlu, s.334; Saymen /Elbir, I, s.909.

<sup>7</sup> Eren, s.1270; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.1032; Feyzioğlu, s.521; Reisoğlu, s.342; Tunçomağ, s.740; Saymen/ Elbir, I, s.909; Çandarlı, s.9.

<sup>8</sup> Eren, s.1270; Reisoğlu, s.342; Tunçomağ, s.740; Dalamanlı/Karahacıoğlu, s.9; Dalamanlı, I, s.4.

<sup>9</sup> Eren, s.1270; Tunçomağ, s. 740; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.1032; Sünuhi, s.521; Saymen/Elbir, I, s.909; Çandarlı, s.9.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

başlangıç tarihi ise alacağın muaccel olduğu tarihtir (BK.m.128)<sup>10</sup>. Son olarak kanunlarımızda hak düşürücü sürelerle ilgili özel düzenleme bulunmazken, zamanaşımı BK. m.125-140 arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler kıyas yoluyla hak düşürücü sürelerle uygulanmaz<sup>11</sup>. Ancak Federal Mahkemenin sürelerin hesabında ve munzam süreler hakkında kıyasen zamanaşımı hükümlerini, hak düşürücü sürelerle de uyguladığı görülmektedir<sup>12</sup>.

Zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreleri birbirinden ayırmak hem son derece önemli hem de güç bir iştir. Bunun için elimizde kesin kıstaslar da bulunmamaktadır. Öyle ise ayırım neye göre yapılacaktır? Her şeyden önce kanun metinlerindeki ifadeler bize yol gösterecektir. Ancak metinlerin yazılışında gereken özen gösterilmediğinden bu şekilde her zaman doğru sonuca ulaşmak mümkün değildir<sup>13</sup>. Örneğin değişiklikten önce MK.m.119’ da hata, hile, tehdit gibi nisbî butlan sebeplerine dayanılarak açılacak evlenmenin feshi davasının, fesih sebebinin öğrenildiği veya tehdidin bittiği tarihten itibaren altı ay ve herhalde evlenmeden itibaren 5 yıl sonra “müruruzaman” a uğrayacağı yazılıydı. Oysa buradaki süre zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süreydi<sup>14</sup>. (MK.’daki değişiklikten sonra m.119’u karşılayan m.152’nin başlığı hak düşürücü süre olarak düzeltilmiştir.). Öyleyse sürenin niteliğini tespit etmek için konuluş amacına da bakmak<sup>15</sup> gerekmektedir. Hak düşürücü süreler genel olarak<sup>16</sup> kamu düzenine ilişkin sürelerdir. Bu yüzden hakim tarafından re’sen göz önüne alınır, kesilmez, durmaz ve zamanaşımı sürelerinden daha kısadır. Zamanaşımı sürelerinde ise kamu düzeni amacı ön planda olmadığından bu özellikler bulunmamaktadır.

<sup>10</sup> Sünühi, s.35.

<sup>11</sup> Dalamanlı, I, s.4; Dalamanlı/Karahacıoğlu, s.9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1069.

<sup>12</sup> Dalamanlı, I, s.4; Dalamanlı/Karahacıoğlu, s.9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1069.

<sup>13</sup> Tunçomağ, s.741; Dalamanlı, II, s.4; Feyzioğlu, s.523; Reisoğlu, s.334; Dalamanlı/ Karahacıoğlu, s.8.

<sup>14</sup> Feyzioğlu, s.523; Reisoğlu, s.334; Aynı şekilde İİK.m.284 ile 6183 sayılı Amme Alacaklarını Tahsili Usulü Hakkında

Kanununun 26. maddesinde söz konusu olan süreler de zamanaşımı değil, hak düşürücü sürelerdir.

<sup>15</sup> Reisoğlu, s.342; Tunçomağ, s.741; Berki, Müddet Çeşitleri, s.102; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu /Altop, s.1032.

<sup>16</sup> Örneğin icabın geri alınması, satıcının garanti ile mükellef tutulması hallerinde, hak düşürücü süreler kamu düzeninden

değildir. Feyzioğlu, s.524; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop s.1033.

Yargıtay<sup>17</sup> bir kararında konuyu amacın araştırılması gerektiği doğrultusunda çözümlenmiştir. Yargıtay'ın haklı olarak ifade ettiği gibi “Bir sürenin zamanasını veya hak düşürücü süre olduğunu kestirebilmek için kanun koyucunun o süreyi kabul etmekle güttüğü amacın, hakkın kendisini yok etmek mi, yoksa sadece o haktan doğan dava hakkını kaldırmak mı olduğunun tespiti gerekir”.

Hukukumuzdaki hak düşürücü süreler örnek olarak şunları verebiliriz: Hata, hile veya ikrah sonucu yapılan sözleşme ile bağlı olmak istemeyen taraf, sözleşmeyi feshedebilmek için bir yıllık süreye uymak zorundadır<sup>18</sup>. Bu süre geçerse sözleşme kesinleşir (BK.m.31). Gabinin varlığı halinde zarar gören, sözleşmeyi bir yıl içinde feshedebilir (BK.m.21). Bu süre hak düşürücü süredir<sup>19</sup>. Miras hukukundaki mirasın reddi (MK.m.606), tereke defterinin tutulması (MK.m.619)' na ilişkin süreler de hak düşürücü niteliktedir<sup>20</sup>. Sınırlı bir zaman için kefil olan kişiyi takipte, kanunun alacaklıya verdiği zaman hak düşürücü süredir<sup>21</sup>. Alacaklı bu sürede hakkını kullanmazsa kefil, kefaletinden kurtulur (BK.m.493). Şuf'a davası açmak için kanunun tayin ettiği süre (MK.m.733) hak düşürücü süredir<sup>22</sup>. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İcra İflas Kanununun takip hukukuna ilişkin belirlediği süreler de hak düşürücü sürelerdir<sup>23</sup>. Diğer kanunlarda da hak düşürücü süreler yer verilmiştir. Örneğin, 3402 sayılı Kadastro Kanunu madde 12' deki 10 yıllık süre<sup>24</sup>, 6183 sayılı

<sup>17</sup> YHGK. 10.10.1962, 64-34 (Feyzioğlu, s.525, dpn.165).

<sup>18</sup> Çandarlı, s.24; Saymen/Elbir, I, s.909; Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar, C.1, İstanbul 1959, s.80; Eren, s.383; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2000, s.105; Karahacıoğlu, Kanunlarımızda Müddetler, Ankara 1992, s.25; Belgesay, s.21; Reisoğlu, s.342.

<sup>19</sup> Oğuzman/Öz, s.115; Çandarlı, s.24; Saymen/Elbir, I, s.909; Karahacıoğlu, s.23; Eren, s.392.

<sup>20</sup> Oğuzman, Miras Hukuku, İstanbul 1984, (Oğuzman, II), s.306; Belgesay, s.21; Şener, Eski ve Yeni Miras Hukuku, Ankara 1981, s.196; İmre/Erman, Miras Hukuku, İstanbul 1993, s.341; mirasın reddindeki süre bakımından aksi görüş için bkz. Ayan, Miras Hukuku, Konya 2005, s.220.

<sup>21</sup> Belgesay, s.21; Karahacıoğlu, s.51.

<sup>22</sup> Belgesay, s.21.

<sup>23</sup> Belgesay, s.21.

<sup>24</sup> Özanalp, 3402 Sayılı Kadastro Kanununda Yer Alan Hak Düşürücü Süre İle İlgili Düşünceler, Yargıtay Dergisi 1988, C.14, sa.3, s.271; Karahacıoğlu, s.371.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun (AATUHK.) m.105/2 deki altı aylık süre<sup>25</sup>, Vergi Usul Kanunu m.379' daki süreler<sup>26</sup> bu türdendir.

### **II.ZAMANAŞIMININ ÖZELLİKLERİ, UNSURLARI VE ZAMANAŞIMI SÜRELERİ**

#### **A)ZAMANAŞIMININ ÖZELLİKLERİ**

##### **1)Zamanaşımı Süreleri Kesindir.**

BK.m.127, zamanaşımı sürelerinin kesin olduğunu ve sözleşme ile değiştirilemeyeceğini emredici bir hükümle düzenlenmiştir. Burada önemli olan sözleşmenin yapıldığı sırada (başlangıçta) bu sürelerin değiştirilemeyeceğidir. Borç doğduktan sonra süre uzatılabilir. Zaten kanun koyucu buna durma ve kesilme sebepleri ile fiilen imkan tanımıştır (BK.m.132-133).

##### **2)Zamanaşımından Feragat**

Borçlar Kanunu zamanaşımından iptidaen (önceden) feragati yasaklanmıştır (m.139/I). Önceden feragatle kastedilen, tarafların borç ilişkisi kurulmadan ya da bu ilişkinin kurulduğu sırada yaptıkları feragat sözleşmesi veya tek taraflı feragat beyanıdır<sup>27</sup>. Kanun böyle bir sınırlama getirmeseydi bir alacağın zamanaşımına uğramayacağı sözleşme ile kararlaştırılabilirdi. Buna karşılık zamanaşımı süresi dolmuşsa bu savunmayı ileri sürmekten feragat edilebilir. Çünkü BK.m.139/I sadece önceden yapılan feragati yasaklamış, süre dolduktan sonra yapılan feragate bir sınırlama getirmemiştir<sup>28</sup>.

Zamanaşımından sonradan feragat bir şekilde tâbi değildir<sup>29</sup>.

##### **3)Zamanaşımı Bir Def'idir**

Zamanaşımı süresinin dolması alacağı sona erdirmez ama borçlunun zamanaşımını ileri sürerek ifadan kaçınabilmesini sağlar. Zamanaşımının ileri sürülmesi ise def'i yolu ile olur. Zamanaşımı savunmasının bir def'i olduğu

---

<sup>25</sup> Karahacıoğlu, s.141.

<sup>26</sup> Çağan, Vergi Hukukunda Süreler, Ankara 1975, s.27; Karahacıoğlu, s.624.

<sup>27</sup> Eren, s.1281; Feyzioğlu, s.531; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1072; Arsebük, Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları I, Ankara 1937, s.497; Berki, İskatî Müruruzaman, s.731.

<sup>28</sup> Feyzioğlu, s.531; Arsebük, s.497; Reisoğlu, s.345; Oser-Schönenberger, İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, (Çeviren Ferit Ayiter), Ankara 1950, s.896; Çandarlı, s.37; Dalamanlı, I, s.54; Eranı, s.11; Tunçomağ, s.764; Eren, s.1281; Berki, İskatî Müruruzaman, s.731; Von Tuhr, s.708; Saymen/Elbir, I, s.912; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.1072.

<sup>29</sup> Çandarlı, s.37; Dalamanlı, II, s.55; Von Tuhr, s.708; Tunçomağ, s.764; Arsebük, s.497.

kanunda açıkça belirtilmemişse de BK.m.139 ve m.140'ın ifadelerinden bu anlaşılmaktadır. BK.m.139'a göre zamanaşımından sonradan feragat mümkündür. Yine BK.m.140' a göre hakim zamanaşımı savunmasını kendiliğinden göz önüne alamaz, hatta borçluya hatırlatamaz. Eğer zamanaşımı savunması bir itiraz olsaydı, hem feragat mümkün olmazdı, hem de hakim kendiliğinden bunu göz önüne alması gerekirdi <sup>30</sup>.

## **B)ZAMANAŞIMINA TÂBİ ALACAKLAR**

### **1)Genel Olarak**

Borçlar Kanunumuzda hangi hakların zamanaşımına tâbi olduğu konusunda bir hüküm yoktur. BK.m.125, “bu kanunda” başka hüküm yoksa “her davanın” 10 yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu ifade etmektedir. Oysa mehaz İsviçre Borçlar Kanununda aynı madde “Federal medeni hukukta başka suretle hüküm vazedilmediği taktirde bütün alacaklar 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” şeklindedir <sup>31</sup>. Bizde de BK.m.125'in her dava deyimini “bütün alacaklar” tarzında, “bu kanundaki” deyimini de “kanunlarımızdaki” biçiminde anlamak daha uygundur <sup>32</sup>. Çünkü sadece Borçlar Kanunundaki alacak hakları değil; aile, miras ve eşya hukukundan doğan alacak hakları da zamanaşımına tâbidir <sup>33</sup>.

Öyleyse bütün alacaklar kural olarak zamanaşımına uğrar. Bu alacakların sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğması arasında fark yoktur <sup>34</sup>. Hatta ferdin devlete, devletin ferde olan borçları dahi zamanaşımına uğrar. Amme kanunlarında özel zamanaşımı süreleri mevcut değilse, kamu alacaklarına da BK. m.125' deki genel zamanaşımı süresi uygulanır <sup>35</sup>.

### **2)Zamanaşımına Tâbi Olmayan Alacaklar**

Kural, bütün alacakların zamanaşımına uğraması olmakla birlikte kanun bazı hallerde zamanaşımının işlemeyeceğini kabul etmiştir. Bu hallerden birincisi alacağın bir gayrimenkul rehni ile teminat altına alınmasıdır. MK. m. 864'e göre gayrimenkul rehminin tapuya tescili, o alacak hakkında zamanaşımının işlemesini engeller. İkinci hal ise borçlu aleyhinde aciz vesikası alınmış olmasıdır. Bu hali İİK. m. 143 düzenlemiştir. Buna göre alacağın

<sup>30</sup> Von Tuhr, s. 708; Tunçomağ, s.762; Arsebük, s.497.

<sup>31</sup> Oser-Schönenberger, s.871.

<sup>32</sup> Feyzioğlu, s.534; Reisoğlu, s.344; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.1034.

<sup>33</sup> Feyzioğlu, s.534; Reisoğlu, s.344; Tunçomağ, s.741; Eren, s.1271; Von Tuhr, s.688; Arsebük, s.487.

<sup>34</sup> Eren, III, s.485.

<sup>35</sup> Oser-Schönenberger, s.871.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

tamamını elde edememiş olan alacaklıya icra memurluğunca verilen aciz vesikasında tespit edilmiş borç, borçlu bakımından zamanaşımına uğramaz. Borçlu, bu borcu ödemededen ölür ve mirasçıları da mirası kabul ederlerse alacaklının kabul tarihinden itibaren 1 yıl içinde alacağını talep etmesi gerekir. Aksi halde mirasçılar zamanaşımı def'ini ileri sürebilirler (BK.m.143/son).

Kanun mülkiyet hakkının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı konusunda bir hüküm içermemektedir. Federal Mahkeme bu hakkın zamanaşımına tâbi olmadığını kabul etmektedir<sup>36</sup>. Buna bağlı olarak malikin her türlü tecavüz ve müdahaleleri men etmek hakkı, müşterek maliklerin taksim talep etme hakları da zamanaşımına uğramaz<sup>37</sup>.

Nafaka isteme hakkı, isim üzerindeki hak, eşlerin birbirlerine karşı hakları gibi şahsa bağlı olan haklar zamanaşımına tâbi değildir<sup>38</sup>.

### C.ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

#### 1)On Yıllık Süre

##### a)Genel Olarak

Kanunda başka hüküm bulunmadığı takdirde bütün alacaklar 10 yıllık zamanaşımına tâbidir (BK.m.125). Bu süre sadece Borçlar Kanunundan doğan alacaklar için değil, Medeni Hukukun diğer dallarından kaynaklanan ve haklarında özel düzenleme bulunmayan borç ilişkilerinde de uygulanır<sup>39</sup>.

Hukukumuzda bazı istisnaî hallerde daha uzun süreler kabul edilmiştir. Bunlar; mirasçının kötü niyetli davalıya karşı sahip olduğu miras sebebiyle istihkak ve iptal davalarının tâbi olduğu 20 yıllık süre (MK.m.559 ve m.639) ile cezayı gerektiren bir fiilden doğan zarar ve ziyan hakkının, Ceza Kanunu'nda o fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi kabul edilmişse bu süreye tâbi olması (BK.m.60/II) halleridir.

Bazı alacaklara ise 10 yıllık sürenin mi yoksa özel zamanaşımı süreleri olan 1 veya 5 yıllık sürelerin mi uygulanacağı tereddütlere yol açmıştır. Bu alacakları şöyle değerlendirebiliriz:

---

<sup>36</sup> Von Tuhr, s.688; Arsebük, s.487; Eranıl, s.9; Reisoğlu, s.344 Yargıtay da bu görüştedir. Y.13.HD.31.3.1986, 86/1912 (YKD.1986, s.1670).

<sup>37</sup> Von Tuhr, s.689; Arsebük, s.487; Eranıl, s.8.

<sup>38</sup> Von Tuhr, s.688; Arsebük, s.487; Eranıl, s.9.

<sup>39</sup> Mehaz İBK.m.127 bu durumu açıkça belirtmiştir: "Federal Medeni Hukukta başka surette hüküm bulunmadığı takdirde bütün alacaklar on senenin geçmesi ile müruruzamana uğrar"



## aa)Haksız İşgal Tazminatını (Ecrimisil) Talep Hakkı

Yargıtay verdiği İçtihadı Birleştirme Kararları ile önce taşınmazın haksız işgali sonucu talep edilen tazminata, haksız fiilden doğan borç niteliğinde olmadığından BK.m.60' daki zamanaşımı süresinin uygulanmayacağını belirtmiş sonra da sözleşmeye dayanmayan ve fakat hukukî sonucu itibariyle kira sözleşmesine benzeyen bu talepleri, kira davaları hakkındaki BK.m.126 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutmuştur<sup>40</sup>. Oysa niteliği itibariyle haksız fiil olarak addedilebilecek taşınmazın malikin rızası dışında kullanılmasına, BK.m.60'daki zamanaşımı süreleri uygulanması daha doğru görünmektedir<sup>41</sup>.

## bb)Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Talep Hakkı

Bu talep hakkı on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir<sup>42</sup>. Çünkü sözleşmeden doğan bir sorumluluk söz konusudur. Kanun koyucu özel bir düzenleme ile başka bir zamanaşımı süresine tâbi tutmamıştır.

## cc)Haricen Satılan Gayrimenkulün Satış Bedelinin Geri İstenmesi

Tapuya kayıtlı bir gayrimenkulün, resmi biçimde satılması gerekir (MK.m.706; BK.m.213). Eğer harici bir satım yapılmışsa Yargıtaya göre satıcı ile alıcı arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Alıcı gayrimenkul mülkiyetinin kendi üzerine geçirileceği inancı ve şartı ile satış bedelini ödediğinden bu amacın gerçekleşmemesi üzerine verdiği parayı BK.m.125 uyarınca on yıl içinde isteyebilecektir<sup>43</sup>. Ancak burada sebepsiz zenginleşme hükümlerini (BK.m.66) uygulamak daha doğrudur.

## dd)Gayrimenkul Kirasında Zararın Tazmini Talebi

Kiracı, kiralanana sözleşmenin sonunda teslim aldığı biçimde iade ile yükümlüdür (BK.m.266). Eğer kiralanana hasar ve zarar verilmişse kiracı bundan sözleşmenin ihlali dolayısıyla sorumludur. Bu yüzden kiralananın isteyeceği tazminat da BK.m.125'deki on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacaktır<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> YİBK. 8.12.1931, 23-44 ve 25.5.1938, 29-37 (Eranıl, s.182).

<sup>41</sup> Tutumlu, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, İstanbul 1991, s.16.

<sup>42</sup> Kocayusufoğlu, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s.209; Bal, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerden Doğan Davalarla İlgili Bir İnceleme, Adalet Dergisi 1988, sa.6, s.17; Feyzioğlu s.547.

<sup>43</sup> 3.HD.7.4.1970, 1938-4262, Dalamanlı, I , s.12.

<sup>44</sup> 13.HD. 8.12.1987, 1987/5674-1987/6087, YKD.1989, C.XV, sa.5, s.692.

ee)Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü

Borçlunun temerrüdünde gecikme sebebiyle açılacak tazminat davası (BK.m.106/2) BK.m.125 uyarınca on yıllık zamanaşımına tâbidir<sup>45</sup>. Eğer alacaklı ademi ifa sebebiyle tazminat davası açacaksa (BK.m.106/2) bu da on yıllık zamanaşımına tâbidir<sup>46</sup>. Sözleşmeden dönülmesi halinde karşılıklı olarak ifa edilmiş bulunan şeylerin iadesi davasının da (BK.m.108/1) yine sözleşme hükümleri çerçevesinde BK.m.125'deki genel zamanaşımına tâbi olduğu İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay tarafından ifade edilmiştir<sup>47</sup>.

**2)Beş Yıllık Süre**

BK.m.126 bazı alacaklar hakkında 5 yıllık zamanaşımı süresi tespit etmiştir. Kanun koyucu burada söz konusu alacaklar için -hem ekonomik gerekler hem de teamülen seri ifa edilmeleri dolayısıyla- 10 yıllık genel zamanaşımı süresini kısaltmıştır<sup>48</sup>.

Beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi bu alacaklar sırasıyla şöyledir:

**a)Kira Alacakları, Sermaye Faizleri ve Belirli Zamanlarda İfa Edilecek Edimler (BK.126/b.1)**

Bu fıkradaki alacakların genel niteliği devri olarak ifa edilecek edimler olmalarıdır<sup>49</sup>.

aa)Kira Alacakları

Bu deyimle, hem adı kiralar hem de hasılat kiraları kastedilmiştir<sup>50</sup>. Adı kira sözleşmesinde kiralayan kiracıya ücret karşılığında bir şeyin kullanılmasını terk eder (BK.m.248). Hasılat kirasında ise kiracıya bir malın veya hakkın kullanılması ve semerelerinden yararlanma terk edilmektedir (BK.m.270/I).

---

<sup>45</sup> Önen, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü İle İlgili Genel Mahiyetteki Fikirler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını No:95, Ankara 1971, s.79; Dalamanlı, II, s.177.

<sup>46</sup> Önen, s.88.

<sup>47</sup> JdT 1936 I 143; 3.HD. 6.12.1960, 7583-6505, AD.1961, s.498.

<sup>48</sup> Von Tuhr, s.690; Arsebük, s.488; Tunçomağ, s.739; Çandarlı, Beş Yıllık Zamanaşımına Tâbi Alacaklar, Adalet Dergisi 1945, sa.12, (Çandarlı, Beş Yıllık Zamanaşımı),s.23.

<sup>49</sup> Feyzioğlu, s.553; Çandarlı, s.62; Von Tuhr, s.690; Saymen/Elbir, s 918; Tunçomağ, s.747.

<sup>50</sup> Çandarlı, s.62; Von Tuhr, s.690; Feyzioğlu, s.553; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp s.1038.

Kira toptan olarak örneğin yıllık ödenmekteyse bir devrilik söz konusu olmadığından 10 yıllık zamanaşımına tâbidir<sup>51</sup>. Ancak Federal Mahkeme, her yıl ödenmesi gerekli edimleri eşit olmayan miktar ve değişik muacceliyet tarihli olsalar da BK.m.126 anlamında devri edim kabul etmektedir<sup>52</sup>.

Kiracı ile kiralayan arasındaki tazminat borçlarında da 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır<sup>53</sup>.

#### bb)Sermaye Faizleri

Bu deyimle kastedilen “belirli zamanlarda ödenmesi gereken akdi faizler”dir<sup>54</sup>. Doğrudan doğruya kanundan doğan veya belirli zamanlarda muacceliyet kesbetmeyen faizler buraya dahil değildir<sup>55</sup>. Dolayısıyla haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve temerrütten doğan faizlere 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır<sup>56</sup>. Durum sermayeye ilave edilen faiz alacaklarında da aynıdır<sup>57</sup>. Gayrimenkul rehni ile güvenceye alınmış faiz alacakları zamanaşımına uğramaz (MK.m.864).

<sup>51</sup> Eren, s.1276; Feyzioğlu, s.554; Von Tuhr, s.691; Saymen/Elbir, I, s.918; Tunçomağ, s.747.

<sup>52</sup> Tunçomağ, s.747; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, dñn.12, s.1039.

<sup>53</sup> “BK.m.126`da yer alan kira parasına ilişkin 5 yıllık zamanaşımı bu yasanın genel zamanaşımı konusundaki kuralına bir

istisna olup, yalnız kira parası ile sınırlıdır. Bunun dışında kiralayanın yükümlülükleri ve yükümlenmesi gerekli öteki

giderler bakımından kiracının kiraya verene ödeyeceği sözleşme ile koşullanan ödeme, örneğin BK.m.258`e dayanmakta olup, kira bedeli olarak tanımlanamaz.” 4.HD. 21.6.1971 T., E. 6510,K.6095 (RKD. 1973, s.33); Y.13.HD. 8.2.1988 T., E. 6516, K.605 sayılı (YKD.1989, sa.3, s.381) ve 19.1.1989 T., E.5196, K.174 sayılı (YKD.1989, sa.12, s.1751) kararlarında da

kira sözleşmesine aykırılıktan doğan tazminat taleplerinin 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbi olduğu içtihad edilmiştir.

<sup>54</sup> “...BK126/b.1`e konu olan faiz belirli zamanlarda ödenmesi gereken akdi faizi ifade eder.”(YKD.1979, sa.8, s.1134).

<sup>55</sup> YHGK. 25.12.1972, E.630, K.955; 4.HD. 1.6.1959, E.958/1661,K.4161; 4.HD. 25.7.1957, E.6584, K.4791 (Dalamanlı, II, s.31-33); 4.HD. 14.12.1938, E.3066, K.2566 (Eranlı,s.183).

<sup>56</sup> “...BK.m.126/b,1`e konu olan faiz muayyen zamanlarda ödenen akdi faizi ifade eder. Haksız eylem, haksız iktisap ve

temerrütten doğan faizler restülmal faizi gibi beş yıllık değil, BK.m.125 gereğince on yıllık zamanaşımına tâbidir...”(YKD. 1976, sa.6, s.856).

<sup>57</sup> Oser-Schönenberger, s. 874; Eren, s.1276; Çandarlı, s.66.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

### cc)Belirli Zamanlarda İfa Edilecek Edimler

Burada kiralar ve anapara faizleri dışında kalan ancak yine belirli sürelerde ödenmesi gereken diğer alacaklar düzenlenmiştir. Bunlar da aynı borç ilişkisinden doğmakla birlikte, belirli aralıklarla tekrar eden ifalardır<sup>58</sup>.

### **b)Erzak Bedeli, Nafaka, Otel ve Lokanta Masraflarına İlişkin Davalar (BK.m.126/b.2)**

#### aa)Erzak Bedeli

Bundan alacaklı ve ailesinin geçimi için gerekli olan bedel anlaşılacak gerekir<sup>59</sup>. Dolayısıyla sadece yiyecek, içecek masrafları değil tüketmek amacıyla alınan günlük ihtiyaçlar, erzak bedeli kavramının kapsamına girer<sup>60</sup>.

#### bb)Nafaka Alacakları

Burada düzenlenen nafaka isteme hakkı değildir. Çünkü nafaka isteme hakkı, ne zaman buna ihtiyaç duyulacağı bilinmeyeceği için zamanaşımına uğramaz. Söz konusu olan nafakadan doğan alacaklardır<sup>61</sup>. Nafaka borçlusu belirlenen miktarı ödemekten kaçınırsa ifayı talep etmek hakkı beş yılda zamanaşımına uğrar.

#### cc)Otel ve Lokanta Masrafları

Bununla kastedilen otel veya lokanta sahibinin sağladığı yeme, içme ve barınma hizmetlerinden doğan alacaklardır<sup>62</sup>. Pansiyoncuların aynı nitelikteki alacakları da buraya dahildir<sup>63</sup>.

### **c)Esnafın, Sanatkârların, Perakendecilerin, Noterlerin ve İşçilerin Ücret Alacakları**

Bu hüküm Ticaret Kanununun Mer'iyet Tatbikine Dair Kanun m.41 ile yeniden düzenlenmiştir<sup>64</sup>. Doktorların m.126/b.3 hükmü kapsamında çıkarılmasıyla ihtilaf ortadan kalkmış ve ücret alacakları 2 yıllık zamanaşımına tâbi olmuştur<sup>65</sup>.

---

<sup>58</sup> Çandarlı, s.66.

<sup>59</sup> Von Tuhr, s.691; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1039; Tunçomağ, s.747; Feyzioğlu, s.554.

<sup>60</sup> Çandarlı, s.68.

<sup>61</sup> Çandarlı, s.69; Eranıl, s.8.

<sup>62</sup> Von Tuhr, s.691; Tunçomağ, s.747; Çandarlı, s.69; Dalamanlı, II, s.12; Saymen/Elbir, I, s.919.

<sup>63</sup> Oser-Schönerberger, s.875; Çandarlı, s.69.

<sup>64</sup> Saymen/Elbir, I, s.919; Tunçomağ, s.748; Feyzioğlu, s.556; Dalamanlı, II, s.30.

<sup>65</sup> Feyzioğlu, s.556; Tunçomağ, s.749; Saymen/Elbir, I, s.919.

Avukatlar bakımından ise durum biraz daha değişiktir. 1136 sayılı yeni Avukatlık Kanunu m.40 ile ikili bir zamanaşımı getirilmiştir. Buna göre “ İş sahibi tarafından sözleşmeye dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumundan sonra 5 yıl ve herhalde o işin sona ermesinden başlayarak 1 yıl sonra zamanaşımına uğrar.” Böylece iş sahibinin avukata karşı açacağı tazminat davaları, 5 yıl geçmese bile herhalde işin sona ermesinden itibaren 1 yıl içinde zamanaşımına uğrar. Fakat avukatın müvekkiline karşı sözleşmeden doğacak her türlü tazminat istekleri yine 5 yıllık zamanaşımına tâbidir<sup>66</sup>. Bu hükmün aynı sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebilecek tazminat taleplerini farklı sürelerle tâbi tutarak, bir ayırım yapması haklı olarak eleştirilmiştir<sup>67</sup>.

#### aa)Esnafın ve Sanatkârların Emeklerinin Karşılığı Olan Ücret

Sanatkâr hem el emeği hem de zihinsel emek sarfederek bir eser meydana getiren kişidir<sup>68</sup>. Bu anlamda ressam, heykeltıraş, marangoz, terzi, şarkıcı ve müzisyenler birer sanatkârdır. Ancak günlük hayatta marangoz, terzi veya benzer nitelikli iş sahipleri esnaf faaliyeti sınırları içinde kaldıklarından sanatkâr olarak değil esnaf olarak adlandırılmaktadırlar. Mimar ve mühendislerin yaptıkları plân ve projelerden doğan alacakları ise buraya girmez<sup>69</sup>.

Burada önemli olan unsur el emeğidir ve yapılan işte bu unsur ön plânda olmalıdır<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Feyzioğlu, s.557.

<sup>67</sup> Feyzioğlu, s.557; Müderrisoğlu, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, Ankara 1974, s.22.

<sup>68</sup> Çandarlı, s.70.

<sup>69</sup> Von Tuhr, s.691; Saymen/Elbir, I, s.919; Oser-Schönenberger, s.864. Aksi görüş Çandarlı, s.70. Yazara göre mimar ya da mühendis eğer bu eserin inşaatını da yüklenmişse alacağı BK.m.126/3' girmez. Sadece plan ve proje yapılması söz konusuysa o zaman alacak 5 yıllık zamanaşımına tâbidir. Federal Mahkeme de bu alacağı farklı bir gerekçeyle 5 yıllık zamanaşımına tâbi tutmuştur. Şöyle ki bir mimarın mimarlık sözleşmesinden doğan ücret alacağı bir vekalet ilişkisi meydana getirdiğinden 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. (Tekinay /Akman /Burcuoğlu /Altop,s.1040,dpn.16).

<sup>70</sup> “... Sanatkârın işi kavramı, sadece özel teknolojilerin kullanımını gerektirmeyen işlere değil, aynı şekilde özel organizasyon tedbirlerine müracaatı gerektirmeyen işlere tahsis edilmelidir... Sanatkârın işinde el emeği, makine ile çalışma organizasyon işleri, idari gayretler gibi diğer hizmetlere göre daha üstün ( veya en azından onlara eşit) olarak ortaya çıkar. Sanatkârlık, aletler veya basit takımlarla iş yapmak veya malzemelere şekil vermek için yapılan iktisadî bir

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

### bb)Perakendecilerin Sattıkları Malların Parası

Perakendeci, toptancıdan aldığı malları tüketiciye arz eden kimsedir<sup>71</sup>. İşte perakendecilerin bu şekilde doğrudan doğruya tüketicilere sattıkları mallardan doğan alacakları 5 yıllık zamanaşımına tâbidir<sup>72</sup>.

### cc)Noterlerin Meslekî Hizmetleri Karşılığı

Noterler iki tür ücret alırlar; birincisi devletin noterler dolayısıyla yapılan işlemlerden aldığı harç ve resim niteliğindeki ücretler, ikincisi noterin meslekî hizmetinin karşılığı olan ücretlerdir<sup>73</sup>. Bu bende dahil olan, noterlerin meslekleri gereği yaptıkları hizmetlerden doğan ücretlerdir. Harç ve resim niteliğindeki ücretlerden doğan alacaklara ise genel zamanaşımı süresi uygulanır<sup>74</sup>.

---

faaliyettir... Örneğin alçı veya boya işleri, istenen uzunlukta kesilen prefabrike çubuk ve malzeme ile çerçeve yapılması, hayvanlar için kulübe yapılması, sıhhi tesisat ve musluk montajı, wc havalandırma ve şeklinde değişiklik yapma işleri, kollektif anten takılması veya elektrik tesisatı ile temizlik ve bahçe işleri sanatkârın yaptığı işler olarak tanınmışlardır. Buna karşın bir evin ön cephesinin tamamen yapılması, standart kapı ve pencerelerin teslimi ve montajı , büyük bir yangın enkazının kaldırılması veya greyderlerle bir arazinin tesviye edilmesi işleri sanatkârların çalışmaları olarak kabul edilmemiştir... Sanatkârın çalışmalarına ilişkin işi genel olarak özel teknoloji kullanılmasını gerektirmeyen ve plânlama ve diğer mesleklerle işbirliği-işçi ve süreler hususunda tedbirler alınmasını zorlamayan ve özel idarî çarelere başvurmaksızın ifa edilebilen işlere hasretmek daha doğru olur. BK.m.128/ 3 (TBK.m.126/3)' de düzenlenen kısaltılmış zamanaşımı ancak tipik el ile yapılan geleneksel ve sınırlı sayıda işçi ile ifa edilen işlerin varlığı halinde onlara uygulanır... (Olaydaki) ihtilafı alacak, sanatkârın alacağı niteliğini ortaya koymamaktadır. Karoların döşenmesinin bir sanatkârın işi olduğu doğrudur ve bunu davacının hizmetlerinin %60'na tekabül ettiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte böyle bir faaliyetin yüzden fazla odada ifası (banyolar, mutfaklar, sahanlıklar, çamaşırhaneler) plânlama, organizasyon ve idarî işleri de zorunlu kılmaktadır. Bu ise örf ve adete göre bir sanatkârın işlerini hayli aşmaktadır ve genel olarak anlaşıldığı anlamda bir müteahhidin ifa ettiği iş gibi düşünülmelidir." Dayınlarlı, Sanatkârın İşine İlişkin Davada Zamanaşımı, Yargıtay Dergisi 1997, C.23, sa.4, (Dayınlarlı, Sanatkârın İş), s.581.

<sup>71</sup> Çandarlı, s.71.

<sup>72</sup> Von Tuhr, s.691.

<sup>73</sup> Çandarlı, s.71.

<sup>74</sup> Çandarlı, s.71.

dd)Başkalarının Maiyetinde Çalışan veya Müstahdemi Olan Kimselerin Ücretleri

Kanun koyucu başkalarının yanında çalışanların, müstahdemlerin, hizmetçilerin, yevmiyecilerin ve işçilerin ücret alacaklarını 5 yıllık zamanaşımına tâbi tutmuştur.Bu kapsama fazla çalışma parası, genel tatil, yıllık ücretli izin ve bayram ücretlerinden doğan alacaklar da girer<sup>75</sup>. İşçilerin kıdem tazminatı alacakları ise 10 yılda zamanaşımına uğrar<sup>76</sup>.

ee)Şirket, Vekalet, Komisyon, Acentalık, Tellallık ve İstisna Sözleşmelerinden Doğan Alacaklar (BK. m.126/b.4)

Bu bend m.126'ya 29.6.1956 tarih ve 6763 sayılı kanunla eklenmiştir. İsviçre Borçlar Kanununda böyle bir hüküm bulunmamaktadır. BK.m.126' ya yeni bendin eklenmesi Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanunun Adliye Mazbatasında şu şekilde açıklanmaktadır: "... İş hayatında çok geçen ve tarafların alacaklarını zamanında istememeleri yüzünden bir çok karışık ve çözümleniş gayet zor davalara sebebiyet veren şirket akdinden, vekalet akdinden, komisyondan, acentelikten ve adî tellallıktan, istisna akdinden doğan davalar hakkında on yıllık müruruzaman çok uzun ve bugünkü hayat ihtiyaçlarına aykırı görüldüğünden, bunların da beş senelik müruruzamana tâbi tutulması uygun bulunmuş ve bu bakımdan BK.m.126' ya 4. bent hükmü eklenmiştir."

aaa)Bir Şirket Sözleşmesinden Doğan Alacaklar

Kurulan şirketin ticarî olup olmadığına bakılmaksızın ortakların birbirleriyle veya şirketle olan tüm davalarında 5 yıllık zamanaşımı uygulanır. Yine şirketin veya ortakların şirket müdürleri, temsilcileri ya da murakıplarıyla olan davaları da aynı süreye tâbidir.

bbb)Vekalet, Komisyon, Acentalık ve Tellallık Sözleşmelerinden Doğan Alacaklar

Vekalet sözleşmesi, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen iş görmeyi bir zaman kaydına tâbî olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait

<sup>75</sup> "... Fazla mesaî, hafta ve genel tatil çalışma paraları niteliği itibariyle ücrettir. BK. m. 126/3' e göre işçi ücretleri hakkındaki davalar 5 yıllık zamanaşımına tâbidir..." Y. 9 HD. 21.2.1978 T., E.15784, K.2593 (YKD. 1978, sa.9, s.1490) Aynı nitelikte bir başka karar ; Y.9. HD.,11.3 1988 T., E.748, K.2843 (YKD.1988, sa.10, s.1387).

<sup>76</sup> Eren, s.1277.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

olmamak üzere yükler<sup>77</sup>. Vekille müvekkil arasında bu şekilde meydana gelen hukukî ilişkiden doğan davalar 5 yıllık zamanaşımı süresine tabîdir. Ancak burada söz konusu olan Avukatlık Kanunu kapsamı dışındaki vekalet sözleşmesidir.

Komisyon sözleşmesinde komisyoncu, kendi namına ve müvekkili hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım-satımı yapar (BK.m.416/1). Bu sözleşmeden doğan davalar hakkında 5 yıllık zamanaşımı uygulanır

Tellallık sözleşmesinde tellal, ücret karşılığında bir sözleşme yapılması imkanını hazırlamak veya sözleşmenin yapılmasına aracılık etmekle görevlendirilir (BK.m.404). BK.m.126, ticarî tellallık ücreti davası hariç olmak üzere tellallık sözleşmesinden doğan bütün davaları 5 yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutmuştur. Ticari tellallık ücreti davasına ise TTK.m.106/2 uyarınca 1 yıllık zamanaşımı uygulanır.

### ccc) İstisna Sözleşmesinden Doğan Alacaklar

İstisna sözleşmesinde, bir taraf (müteahhid) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt ettiği semen karşılığında bir şey imal etme borcu altına girer (BK.m.355). Bu sözleşmeden doğan bütün davalar 5 yıllık zamanaşımına tâbidir<sup>78</sup>. Ancak kanun koyucu buna iki istisna getirmiştir:

-Müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile sözleşmeyi hiç yerine getirmemesi ve

-Müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile sözleşmeyi gereği gibi yerine getirmemesi, özellikle ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir iş meydana getirmesi hallerinde açılacak davalara genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre uygulanır<sup>79</sup>. Müteahhidin hafif kusuru ile sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hallerinden doğan davalar ise 5 yıllık zamanaşımına tâbidir<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1987, (Tandoğan, II), s.356.

<sup>78</sup> Y. 15.HD., E.2106, K.5030, T.30.11.1989, YKD.1990, c.16, sa.8, s.1203;Y.15.HD., E.3754, K.5531, T.17.12.1990, YKD., 1991, c.17, sa.7, s.1059; Y.15.HD., E.5594, K. 1556, T.26.3.1992, YKD.1992, c.18, sa.10, s.1581; HGK., E.15-649, K.732, T. 9.12.1992, YKD. 1993, c.19, sa.3, s.331; Y.15.HD.,E. 2798 , K.929, T. 21.2.1994, YKD. 1995, c.21, sa. 1, s.68; Y.15. HD., E. 933, K. 1116, T.4.3.1996, YKD.1997, c.23, sa. 2, s.236.

<sup>79</sup> Eren, s.1277; Feyzioğlu, s.558.

<sup>80</sup> Eren, s.1277..



### 3) Bir ve İki Yıllık Süre

#### a) Haksız Fiillerde

Bir haksız fiil sonucu doğan maddî ve manevî tazminat istenmesine ilişkin dava, zarara uğrayan tarafın zararı ve faili öğrenmesinden itibaren 1 yıl ve herhalde zararın meydana gelmesinden itibaren 10 yılda zamanaşımına uğrar (BK.m.60/I). Ancak eğer haksız fiil aynı zamanda ceza kanunları uyarınca suçsa ve bu kanunlarca daha uzun bir zamanaşımına tâbi tutulmuşsa tazminat davası açma hakkı da o sürede zamanaşımına uğrar (BK.m.60/II) .

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda da haksız fiil zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, motorlu araç kazalarından doğan tazminat talepleri, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve kaza gününden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğrar (KTK.m.109/1). İki yıllık süre sadece maddî tazminat talepleri için kabul edilmiştir. Manevi tazminat talepleri yine genel hükümlere (KTK.m.90, BK.m.60) tâbi tutulmuştur<sup>81</sup>.

#### b) Sebepsiz Zenginleşmede

Sebepsiz zenginleşmeden dolayı açılacak dava, zarar görenin geri isteme hakkını öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl ve herhalde bu hakkın doğduğu tarihten itibaren 10 yılda zamanaşımına uğrar (BK.m.66).

### 4) Ceza Kanunundaki Zamanaşımı Süresinin Uygulanması

Ceza Kanunu uyarınca daha uzun zamanaşımı süresine tâbi tutulan bir fiilden doğmuş tazminat talebine, bu zamanaşımı uygulanır (BK.m.60/2). Böyle olmasaydı failin cezai sorumluluğu devam ederken aleyhindeki tazminat talebi zamanaşımından dolayı etkisiz hale gelerek adaletsiz bir duruma yol açabilirdi.

BK.m.60/2'nin uygulanabilmesi için bir ceza mahkumiyeti ilamına ihtiyaç yoktur. Fakat fiilin objektif bakımdan suç teşkil etmesi ve failin ceza ehliyetine sahip olması şarttır<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Kılıçoğlu, 2918 Sayılı Yasaya Göre Motörlü Araç İşletenin Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Dergisi, C.XII, sa.2-3'ten ayrı bası, Ankara 1984, (Kılıçoğlu, Araç İşletenin Sorumluluğu),s.149.

<sup>82</sup> Kudat, İş ve Trafik Kazalarında Ölüm Tazminatı, Ankara 1975, s.168; Kılıçoğlu, Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1973, C.XXIX, sa.3-4, (Kılıçoğlu, Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi), s.211; Ergenekon, s.55; Oser-Schönenberger, s.547; Von Tuhr, s.388; Oğuzman/Öz, s.532; Velidedeoğlu-Özdemir, Türk Borçlar Hukuku Şerhi (Genel-Özel), C.1-2, Ankara 1987, s.160; Tunçomağ, s.526.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

BK.m.53'e göre hukuk hakimi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile bağlı değildir. Ancak bağlı olmama keyfiyeti mutlak değildir<sup>83</sup>.

Ceza mahkemesinin verdiği mahkumiyet kararında ise fiilin fail tarafından işlendiği ve hukuka aykırı bulunduğu tarzındaki tespitleri hukuk hakimini bağlar<sup>84</sup>. Ancak ceza mahkemesinin kusurun takdiri ve zararın miktarını belirleme konusundaki kararları hukuk hakimini bağlamayacaktır (BK.m.53). Çünkü ceza hukukundaki ve özel hukuktaki kusur ve suç kavramları birbirinden farklıdır ve farklı esaslara göre tespit edilir<sup>85</sup>.

Eğer ceza davası beraat ile sonuçlanmışsa artık tazminat davasında ceza zamanaşımı uygulanmaz<sup>86</sup>.

Suç oluşturan haksız fiilin bir af kanunuyla suç olmaktan çıkarılmasını ise iki açıdan değerlendirmek gerekir. Bir genel af söz konusuysa fiilin suç niteliği ortadan kalkacağından ceza zamanaşımı uygulanmaz, artık dava hukuk zamanaşımına tâbi olur<sup>87</sup>. Fiilin suç olmaktan çıkmadığı, dava veya cezanın düştüğü özel afta ise ceza zamanaşımı yine uygulanır<sup>88</sup>.

BK.m.60/2, sadece fail ve onun hakkında uygulanır<sup>89</sup>. Failin mirasçıları için ise ceza zamanaşımı uygulanmaz

### III.ZAMANAŞIMININ BAŞLANGICI VE HESAPLANMASI

#### A.Zamanaşımının Başlangıcı

Alacağın muaccel olmasıyla birlikte zamanaşımı da işlemeye başlar (BK.m.128). Tek başına alacağın muaccel olması yeterli olup, ayrıca borçlunun

---

<sup>83</sup> Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C.1-2, İstanbul 1989, (Üstündağ, I), s.708; Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004, s.808 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004, s.410.

<sup>84</sup> Üstündağ, I, s.712; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1984, C.IV, (Kuru, II), s.3591; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.808; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.409.

<sup>85</sup> Üstündağ, I, s.712; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.802.

<sup>86</sup> Y.4. HD. 31.5.1951, 5403-4379, Eranıl, s.88; Oğuzman/Öz, 531.

<sup>87</sup> İBK. 7.12.1955, 17-26, Eranıl, s.16. Doktrinde de bu görüş hakimdir. Arık, s.253; Kılıçoğlu, s.219; Feyzioğlu, s.716; Eren, s.828; Tunçomağ, s.526; Ergenekon, s.58.

<sup>88</sup> Eren, s.828; Kılıçoğlu, Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi, s.220; Ergenekon, s.428.

<sup>89</sup> Velidedeoğlu-Özdemir, s.160; Ergenekon, s.56; Reisoğlu, s.209; Kudat, s.168; Eren, s.828; Y.4.HD.8.7.1986, 86/5453 (YKD.1986, s.1621).

temerrüde düşürülmesine gerek yoktur<sup>90</sup>. Hatta alacaklının ya da borçlunun borca vakıf olması dahi aranmaz<sup>91</sup>.

Bu durumda öncelikle alacağın ne zaman muaccel olacağına bakmak gerekir; alacaklının borcun ifasını talep yetkisini kullanma imkanının başlamasıyla yani ifa anının gelmesiyle alacak muaccel olur<sup>92</sup>.

İfası derhal talep edilebilen alacaklarda zamanaşımı alacağın doğumu ile başlar. Çünkü ifası için bir süre belirlenmemiş olan alacakların, doğumu anından itibaren muaccel sayılması esastır (BK.m.74).

Talikî şarta bağlı alacaklarda, borç şartın gerçekleşmesiyle muaccel hale gelir (BK.m.149/2). Bu andan itibaren zamanaşımı da işlemeye başlar. İnfisahi şarta bağlı bir borçta ise alacaklı borcun ifasını, sözleşmenin kurulması ile talep edebileceği için şarta rağmen zamanaşımı işlemeye devam eder<sup>93</sup>.

Vadeye bağlı alacaklarda, alacak vade tarihinde muacceliyet kazanacağından, zamanaşımının başlangıcı da bu an olacaktır.

Eğer kısım kısım ifa edilecek bir alacak söz konusuysa -taksitli ödemelerde ve kira alacaklarında olduğu gibi- bu alacaklardan her biri için zamanaşımı kendi muacceliyet tarihinde başlar<sup>94</sup>. Ancak kanun koyucu BK.m.129 ile bazı haller için bu kurala istisnalar getirmiştir. Buna göre kaydı hayat şartıyla irat ve belirli zamanlarda ödenecek benzer diğer borçlarda<sup>95</sup> alacağın tümü için zamanaşımı, ödenmemiş ilk taksitin muacceliyet kazandığı günden itibaren başlar. Alacağın tümü zamanaşımına uğramışsa, ödenmemiş

<sup>90</sup> Von Tuhr, s.693; Oser-Schönenberger, s.877; Feyzioğlu, s.537; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu /Altop, s.1043; Eren, s.1273.

<sup>91</sup> Ancak bunun çeşitli alacaklar bakımından istisnaları vardır: Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarda zamanaşımı öğrenme anından itibaren işlemeye başlar. Bununla birlikte kanun koyucu yine de ana kuralı koymuş, söz konusu fiillerin meydana gelmesiyle birlikte 10 yıllık genel zamanaşımı süresini işletmiştir. (BK.m.60-61); Von Tuhr, s.697; Oser-Schönenberger, s.877; Eren, s.1273; Oğuzman/Öz, s.455.

<sup>92</sup> Oğuzman/Öz, s.237; Von Tuhr, s.693.

<sup>93</sup> Von Tuhr, s.694 ;Feyzioğlu, s.539 ; Reisoğlu, s.347.

<sup>94</sup> Von Tuhr, s.694 ; Oğuzman/Öz, s.454 ; Feyzioğlu, s.539; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.1074.

<sup>95</sup> Anaparayla birlikte doğmayan ancak anapara yerine geçen edalarla ,düzenli taksitlere bağlı nafaka borçları buraya dahildir. Eğer iradın karşılığı bir gayrimenkul ise bu hüküm uygulanmaz. Oser-Schönenberger, s.878.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

taksitler de zamanaşımına uğramış olur (BK.m.129). Zamanaşımı süresi taksitler için beş, alacağın tümü için on yıldır <sup>96</sup>.

Bir def'i ileri sürülmesi alacağın muacceliyetini engellemeyeceğinden zamanaşımı da işlemeye devam eder. Def'inin kesin veya geciktirici olması arasında fark yoktur <sup>97</sup>.

Zamanaşımı, sözleşmeden doğan ifa taleplerinde temerrütten değil, muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar <sup>98</sup>.

Rücu yoluyla istenebilecek alacaklarda zamanaşımının başlangıcını tesbit etmek için rücu hakkının dayandığı hukukî ilişkiye bakılır <sup>99</sup>.

Sözleşmeden dönme halinde alacaklının tazminat hakkı (BK.m.108/2), borca aykırı davranışın bir sonucu olduğundan, BK.m.125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tâbidir <sup>100</sup>. Zamanaşımı dönme beyanının borçlunun hakimiyet alanına ulaşması ile işlemeye başlar <sup>101</sup>. Yapmama borcu, bu borca aykırı davranılmadığı sürece zamanaşımına uğramaz. Bu nedenle zamanaşımının işlemeye başlayabilmesi için borcun ihlal edilmiş olması gerekir <sup>102</sup>.

Muacceliyeti, alacaklının bir ihbarına bağlı olan borçlarda durum farklıdır. Kanun koyucu bu tür borçlarda zamanaşımının başlangıcı olarak söz konusu ihbarın verilebileceği günü kabul etmiştir (BK.m.128/c.2).

BK.m.128 seçimlik borçlarda da kıyasen uygulanabilir <sup>103</sup>. Seçim hakkını kullanmak borcun konusunu belirli hale getirmektir. Seçim hakkı alacaklıda ise zamanaşımı alacaklının seçimde bulunabileceği anda başlar <sup>104</sup>. Borçluda ise zamanaşımı bu hakkın kullanıldığı anda başlamalıdır.

Haksız fiillerde zamanaşımı için iki farklı başlangıç tarihi kabul edilmiştir; bir yıllık sürenin başlangıcı zarar ve failin öğrenildiği, on yıllık sürenin başlangıcı ise fiilin meydana geldiği tarihtir (BK.m.60/1).

Zararın öğrenilmesi, haksız fiil sonunda meydana gelen zararın kesin olarak tüm kapsam ve ayrıntısı ile öğrenilmesi değil, açılacak bir tazminat

---

<sup>96</sup> Von Tuhr, s.712.

<sup>97</sup> Von Tuhr, s.695; Tunçomağ, s.743; Arsebük, s.490.

<sup>98</sup> Eren, s.1273.

<sup>99</sup> Oğuzman/Öz, s.454; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.1045.

<sup>100</sup> Oğuzman/Öz, s.400 vd.

<sup>101</sup> Oğuzman/Öz, s.328; Eren, s.1273.

<sup>102</sup> Von Tuhr, s.695 ; Feyzioğlu, s.543 ;Eren, s.1273; Tunçomağ, s.743; Arsebük, s.490; Çandarlı, s.18.

<sup>103</sup> Tunçomağ, s.744.

<sup>104</sup> Von Tuhr, s.697; Arsebük, s.491; Oser-Schönenberger, s.877.

davasına dayanak oluşturacak derecede yeterli bilgiler elde edilmesi anlamına gelir <sup>105</sup>. Zamanaşımının başlaması için tek başına zararın öğrenilmesi yetmez. Aynı zamanda zarardan sorumlu kimsenin de öğrenilmesi gerekir (BK.m.60/1).

Sebepsiz zenginleşmede zamanaşımı, haksız fiil zamanaşımına benzer biçimde düzenlenmiştir. Bir yıllık zamanaşımı süresi sebepsiz zenginleşmeden zarar görenin geri isteme hakkını öğrenmesinden itibaren işlemeye başlar. On yıllık zamanaşımı süresi ise sebepsiz zenginleşmenin meydana geliş biçimine göre değişmektedir. Sebep baştan itibaren geçersizse zamanaşımı kazandırma anından; sebep daha sonra geçersiz hale gelmişse bu tarihten itibaren; ilerde gerçekleşmesi beklenen bir sebebe dayalı zenginleşmelerde de artık sebebin gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı tarihte zamanaşımı işlemeye başlar <sup>106</sup>.

### **B)Zamanaşımının Hesaplanması**

Zamanaşımının hesabında, başlangıç günü dikkate alınmaz. Zamanaşımı ancak sürenin son günü kullanılmaksızın geçtiği takdirde dolmuş olur (BK.m.130/1).

Borçların ifasında vadeyi düzenleyen sürelerle ilişkin kurallar, zamanaşımı sürelerinin hesabında da kullanılır (BK.m.130/2). Bu kurallar BK.m.75 ve devamında düzenlenmiştir.

### **C.ZAMANAŞIMININ DURMASI VE KESİLMESİ**

#### **1)Zamanaşımının Durması**

##### **a)Genel Kural**

Bazen zamanaşımının işlemeye devam etmesi haksız sonuçlar doğurabilir. Bunu engelleyebilmek için kanun bazı hallerde zamanaşımının duracağını kabul etmiştir. Zamanaşımı süresinin, işlemeye başladıktan sonra durmasına veya hiç işlemeye başlamamasına zamanaşımının durması denir (BK.m.132). Hangi hallerin zamanaşımını durduracağı BK.m.132'de gösterilmiştir. Bunun dışında diğer kanunlarda da zamanaşımını durduran sebepler düzenlenmiştir (MK.m.625,864; İİK.m.194,289; AATUHK,m.104).

##### **b) BK.132'de Öngörülen Durma Sebepleri**

###### **aa)Velayet Süresince Çocukların Ana-Babalarında Olan Alacakları**

Kanun koyucu velayet devam ettiği sürece çocukların ana-babalarında olan alacakları hakkında zamanaşımının işlemeyeceğini kabul etmiştir. Ancak

<sup>105</sup> Oser-Schönenberger, s.546; Von Tuhr, s.387; Tunçomağ, s.524; Feyzioğlu, s.709; Velidedeoğlu-Özdemir, s.159.

<sup>106</sup> Öz, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme ve BK.m.61-66'ya İlişkin İctihatlar, İstanbul 1990, s.178; Belgesay, s.34.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

üçüncü şahsın girdiği icraî takibata çocukların da katılması mümkündür (İİK.m.101).

Velayet sona ererse zamanaşımı da işlemeye başlar.

Buna karşılık, ana-babanın çocuğa karşı olan alacakları hakkında zamanaşımını engelleyen bir durum yoktur<sup>107</sup>.

### bb)Vesayet Süresince Vesayet Altında Bulunanların Vesayet Makamlarındaki Alacakları

Kanun koyucu velayette olduğu gibi vesayet ilişkisinde de vasi, vesayet altındaki şahsa göre daha kuvvetli konumu sebebiyle bu süre içinde zamanaşımının işlemeyeceğini kabul etmiştir<sup>108</sup>. Ancak 2.bendde sayılan vasi, sulh hakimi ve asliye hakimi dışında kayyım ve kanuni müşavirde olan alacaklar için zamanaşımı durmaz<sup>109</sup>.

### cc)Nikah Devam Ettiği Sürece Eşler Arasındaki Alacaklar

Nikah devam ettiği sürece eşler arasındaki alacaklar hakkında zamanaşımı işlemez. İlk iki bentte zamanaşımı tek taraf - velayet ya da vesayet altındaki şahıs- için dururken burada her iki taraf için de durmaktadır.

### dd)Hizmet Sözleşmesi Süresince Hizmetçilerin İstihdam Edenlere Karşı Olan Alacakları

Hizmet sözleşmesi boyunca hizmetçilerin işverende olan alacakları hakkında zamanaşımı işlemez. Bu hüküm hizmet sözleşmesiyle çalışan tüm işçileri değil, sadece hizmetçileri kapsar<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> Von Tuhr, s.699; Saymen / Elbir, I, s.924; Arsebük, s.493.

<sup>108</sup> "...BK.m.132'de yer alan alacak deyimi mutlaktır. Yani alacak hakkı ister vasilik görevinin yerine getirilmemesi yüzünden meydana gelmiş olsun, her halde vasi ile vesayeti altında bulunan kişi arasındaki davalarda zamanaşımı işlemez. Şayet işlemeye başlamış ise vesayet ilişkisi devam ettiği sürece durur (BK.m.132/2)...Öyle ise, mahkemece vesayet ne zaman bittiğinin araştırılması,bitiş tarihi ile dava tarihi arasında zamanaşımı süresinin geçip, geçmediğinin tespit olunması, süre geçmiş ise şimdiki gibi davanın reddedilmesi..." (Y.4.HD.,E.2914 / K.1589, YKD. 1983, sa.5,s.669).

<sup>109</sup> Çünkü BK.m.132/b.2' de kayyım ve kanuni müşavirden söz edilmemiştir. Dolayısıyla onlar bu kapsama girmezler. Von Tuhr, s.699; Oser-Schönenberger, s.882; Çandarlı, s.86; Feyzioğlu, s.569; Saymen / Elbir, I, s.924; Tunçomağ, s.751. Aksi fikir, Ergenekon, Türk Borçlar Hukukunda Müruruzamanın Kat'ı, Ankara 1960, s.12.

<sup>110</sup> Feyzioğlu, s.571; Çandarlı, s.89; Tunçomağ, s.751; Berki, İskatî Müruruzaman, s.724; Ergenekon, s.14; Saymen / Elbir, I, s.925. Yargıtay da aynı görüştedir.

Hizmetçinin alacağıının hizmet akdinden veya herhangi bir sebepten (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi) doğması arasında fark yoktur, zamanaşımı işlemez<sup>111</sup>.

ee) Borçlunun Alacak Üzerinde İntifa Hakkına Sahip Olması

Bir alacak üzerindeki intifa hakkı, onun gelirine sahip olma hakkı verir (MK.m.745/I). Eğer borçlu alacak üzerinde intifa hakkına sahipse, alacaklı için borcun ifası fiili bir değişiklik doğurmayacaktır. Çünkü borçlunun ödediği miktar üzerinde intifa hakkı sürecektir ve dolayısıyla alacaklının bundan faydalanması mümkün olmayacaktır<sup>112</sup>.

ff) Alacağıın, Bir Türk Mahkemesinde Dava Edilememesi

Alacağı bir Türk mahkemesi önünde ileri sürmek imkanı mevcut olmadığı takdirde, zamanaşımı da işlemeye başlamaz.

Alacak hangi hallerde bir Türk mahkemesi önünde ileri sürülemez? Bu hüküm iki ihtimali kapsamaktadır; birincisi yabancılık unsuru taşıyan borç ilişkisi, ikincisi de mahkemeler bakımından olağanüstü bir durumun varlığıdır.

---

İBK. 3.2.1954 T.,E.21, K.4 (Dalamanlı, I, s.52). Federal Mahkeme hizmetçi kavramını biraz daha genişletmiştir. Buna göre "hizmetçi deyimi sadece ev hizmetlerini gören kimse anlamına gelmez. Fakat patronun ev idaresiyle yakın ilgisi olan işleri için kullandığı ve ailenin bir üyesi olarak aile topluluğu içinde yaşayan kimseler de hizmetçi sayılır, mesela babasının işinde çalışan yetişkin evlat bakımından durum budur." BGE 90 II 443=JdT 1965 I 364 (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1050, dpn.27); Yargıtay bir kararında da taraflar arasında hizmet sözleşmesi bulunmasa bile davalının yanında çalışan davacının durumunun hizmetçiye benzemesi sebebiyle BK.m.132/b.4' ü uygulamıştır. Y.4.HD. 19.9.1957 T.,E.1930, K.5617 (Dalamanlı, I, s.54).

<sup>111</sup> Arsebük, s.493; Ergenekon, s.15; Feyzioğlu, s.572; Tunçomağ, s.752. Yargıtay' ın görüşü de bu yöndedir. "BK.m.132/4' deki alacak tabiri mutlak olmasına göre bu madde istihdam olunan kimsenin, istihdam eden zimmetindeki bütün alacaklarına şamildir. Binaenaleyh hizmet devam ettiği müddetçe istihdam edilen tarafından istihdam edene ödünç olarak verilen 400 lira hakkında müruruzaman cereyan etmez." Y.4.HD. 15.7.1936 T., E.2914, K.1589 (Tunçomağ, s.752; Feyzioğlu, s.572, dpn.247).

<sup>112</sup> Von Tuhr, s.700; Feyzioğlu, s.572; Tunçomağ, s.752; Çandarlı, s.90; Saymen / Elbir, I, s.926; Arsebük, s.493; Oğuzman/Öz, s.457.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

Alacaklının maddî imkansızlıklar sebebiyle dava açamaması -örneğin mücbir sebep veya alacaklının kusuru olmaksızın dava hakkını bilmemesi- halleri de BK. 132/b.6'nın kapsamına dahil değildir <sup>113</sup>.

### c)Diğer Kanunlardaki Sebepler

#### aa) MK.m.625

Mirası reddetmek hakkına sahip olan her mirasçı, defter tutulması talebinde bulunabilir (MK.m.619).

Kanun koyucu , defter tutma işleminin devamı süresince zamanaşımının duracağını kabul etmiştir (MK.m.625). Bu tatil sebebi MK.m.621 uyarınca yapılacak ilandan başlayıp, tayin edilen sürenin sonunda ortadan kalkar <sup>114</sup>.

#### bb) İİK.m.194 ve m.289

BK.m.132'nin karşılığı olan İBK.m.134' de 3.fıkra ile İcra ve İflas Kanunundaki özel hükümler saklı tutulmuştur <sup>115</sup>. Bu hüküm hukukumuzda alınmamakla birlikte İcra ve İflas Kanunumuzda zamanaşımını tatil eden sebepler bulunmaktadır.

Bunlardan ilki İİK.m.194' tür:

Kanun koyucu, davaların durduğu süre içinde yani ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonraya kadar zamanaşımının işlemeyeceğini kabul etmiştir (İİK.m.194/2).

İkincisi ise İİK.m.289' dur:

Konkordatoda tetkik merciinin verdiği süre içinde borçlu aleyhine rehlinli alacaklar hariç hiç bir takip yapılamaz, başlamış takipler de durur. Bir takip işlemiyle kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren süreler ise işlemez (İİK.m.289/1). Zamanaşımının işlemeyeceği bu sürenin başlangıcı konkordato talebinin mercie verildiği tarih değil, konkordato kararının verildiği tarihtir <sup>116</sup>.

#### cc)AATUHK.m.104/1

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) m.104/1'e göre "borçlunun yabancı memlekette bulunması, hileli iflas etmesi veya terekesinin tasfiyesi dolayısıyla hakkında takibat yapılmasına imkan yoksa bu hallerin devamı müddetince zamanaşımı işlemez."

---

<sup>113</sup> Von Tuhr, s.701; Tunçomağ, s.753; Oser-Shönenberger, s.884; Feyzioğlu, s.573; Çandarlı, s.91; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.1052; Saymen / Elbir, I, s.926; Oğuzman/Öz, s.380.

<sup>114</sup> Ergenekon, s.16.

<sup>115</sup> Oser-Schönenberger, s.881.

<sup>116</sup> Ergenekon, s.18.



#### **d)Durmanın Hükümleri**

Zamanaşımının durması, zamanaşımı süresinin hesabında tatil devresinin göz önüne alınmaması sonucunu doğurur. Demek oluyor ki, bir durma sebebi varsa artık zamanaşımı işlemez; sebep devam ettiği sürece zamanaşımı da durur, sebep kalktığı anda işlemeye başlar.

Durma sebebinin sona ermesinden itibaren zamanaşımı da işlemeye başlar ya da kaldığı yerden devam eder. Ancak bunun için sebebin kesin olarak ortadan kalkması şarttır <sup>117</sup>.

#### **2)Zamanaşımının Kesilmesi**

##### **a)Genel Olarak**

Zamanaşımının kesilmesi, kanunda belirlenen bazı sebeplerin gerçekleşmesiyle, işlemekte olan zamanaşımının işlemiş kısmının hiçbir etkisinin kalmamasıdır<sup>118</sup>. Zamanaşımının durması kavramı ile temel farkı da tam bu noktadadır. Zamanaşımı durduğunda, durma sebebinin ortaya çıkmasından önce işlemiş olan zamanaşımı süresi yok olmazken, zamanaşımı kesildiğinde önceki işlemiş süre hükümsüz hale gelmektedir (BK.m.135/1 ).

##### **b)Kesilme Sebepleri**

Zamanaşımını kesen sebepler borçlunun, alacaklının ya da hakimin işlemlerinden meydana gelmektedir (BK.m.133 ve m.136).

##### **aa)Borçlunun Zamanaşımını Kesen Fiilleri**

Borçlu borcunu ikrar ettiğinde zamanaşımı kesilmiş olur (BK.m.133/1). Borçlunun borcu ikrar etmesi açık bir irade beyanıdır. Bununla birlikte kanun koyucu, faiz, kısmi ödeme, rehin veya kefil gösterme fiillerine de birer örtülü ikrar olmaları sebebiyle zamanaşımını kesici etki tanımıştır.

##### **aaa)İkrar**

BK.m.133/1' e göre borçlu borcu ikrar ettiğinde zamanaşımı kesilir. İkrar, usul hukuku yönünden bir tarafın kendi aleyhindeki bir durumun doğruluğunu mahkeme önünde beyan etmesidir <sup>119</sup>. Oysa burada amaç

<sup>117</sup> Feyzioğlu, s.577.

<sup>118</sup> Oğuzman/Öz, s.458; Saymen/Elbir, I, s.928; Tekinay /Akman /Burcuoğlu /Altıp, s.1052; Von Tuhr, s.702.

<sup>119</sup> Feyzioğlu, s.579.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

borçlunun borcu kabul ettiğine dair herhangi bir fiil veya beyanda bulunmasıdır<sup>120</sup>.

Borç ikrarı yazılı veya sözlü olabilir<sup>121</sup>. Sözlü ikrarın borçlu tarafından mahkeme veya icra makamları önünde yapılması gerekir<sup>122</sup>.

İkrar, zamanaşımı süresi dolmadan yapılmış olmalıdır<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Saymen/Elbir, I, s.929; Ergenekon, s.32; Arsebük, s.494; Oser-Schönenberger, s.885; Berki, Müruruzaman, s.960; Çandarlı, Kesilme Sebepleri, s.26; Feyzioğlu, s.578.

<sup>121</sup> Feyzioğlu, s.589; Çandarlı, s.27; Ergenekon, s.32.

<sup>122</sup> Çandarlı, Kesilme Sebepleri, s.27; Ergenekon, s.32; Berki, Müruruzaman, 960.

<sup>123</sup> Ergenekon, s.34; Tunçomağ, s.755; Reisoğlu, s.341; Çandarlı, s.95; Feyzioğlu, s.581; Bu konu doktrinde bir Yargıtay kararı dolayısıyla çok tartışılmıştır. Karar şöyledir: “Müruruzaman müddeti geçtikten ve lehine müruruzaman geçen kimse için hakkı müktesep teşkil ettikten sonra ikrar müruruzamanı katetmeyeceği cihetle, müruruzaman noktasından davanın reddine karar verilmek lazım gelirken, ikrardan sonra müruruzaman dermeyan edilemeyeceğine karar verilemez”. (Y.3.HD. 26.3.1940 ve 2978 sayılı karar, HBM.1942, s.7378) Bu karar bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Arsebük, zamanaşımı tamam olduktan sonra ikrar ile kesilmemesini kanunun metni ve ruhuna aykırı bulmakta, alacağın doğumundan sonra borçlunun ikrarı üzerine zamanaşımı 10 yıl uzadığı halde, 10 yıldan sonra yapılan ikrarın bir etkisinin olmamasını tutarsızlık kabul etmektedir (HBM.1942, s.7379). Belgesay da BK.m. 133/1' e göre ikrarın zamanaşımını keseceği hakkındaki hükmün, o süre tamam olduktan sonra bile ileri sürülse aynı sonucu doğuracağı ve geçmiş zamanın dikkate alınamayacağı görüşündedir (HBM.1942,s.7382). Mardin ise ikrarın zamanaşımından önce veya sonra yapılmış olmasında fark görmemekte dolayısıyla sonradan da yapılırsa ikrarın zamanaşımını keseceğini savunmaktadır (HBM.1942,s.7384). Gönensay' a göre borçlunun borcunu, zamanaşımı süresinin geçtiğini bildiği halde ikrar etmesi bu def'iden feragattir ve zamanaşımını keser (HBM.1942,s.7385). Berki de borçlunun böyle bir beyanının borcu teyit ettiği dolayısıyla zamanaşımını keseceği fikrindedir (HBM.1642,s.7437). Karara taraftar olan yazarların fikirleri ise şöyledir: Hirsh' e göre zamanaşımının kesilmesi ancak bu zamanın tamamlanmasından önce söz konusu olabilir. Ondan sonra kesilecek bir şey yoktur. Zamanaşımı bir kere tamamlanınca mantıken ve hukuken, hiçbir olay sonucunda kesilemez (HBM.1942,s.7385). Temizer, zamanaşımından sonraki ikrarla zamanaşımının kesilemeyeceği, ref edilmiş ve ortadan kaldırılmış olacağı fikrindedir (HBM.1942,s.7424). Demiren' de BK.m.133'ün ancak herhangi bir borcun kanunen tâbi tutulduğu zamanaşımı süresi içinde mümkün olan kesilme hallerini gösterdiğini, bu yüzden borçlunun lehine zamanaşımı dolduktan sonraki bir sözün hukukî sonucu incelenirken zamanaşımının kesilmesine

### bbb) Borca İlişkin Faiz Ödenmesi

Kararlaştırılmış ya da yasal olarak doğmuş faizin ödenmesi ana borcun ikrarı olduğundan zamanaşımını keser<sup>124</sup>. Borçlunun bunu bilmemesi hatta bu sonucu istememesi dahi zamanaşımının kesilmesine engel değildir<sup>125</sup>.

### ccc) Borca Mahsuben Bir Miktar Para Ödenmesi

Alacaklıya, borcun tamamına mahsuben bir miktar para vermek, kısmi bir ödemedir ve zamanaşımını keser (BK.m.133/1). Çünkü borçlu bu fiiliyle borcun tamamını ikrar etmiş olur<sup>126</sup>. Borçlunun başka bir amaçla yaptığı ödeme zamanaşımını kesmez. Örneğin alacaklıya yapılan ödeme hibe edilmişse bunun zamanaşımını kesici nitelikte bir etkisi yoktur<sup>127</sup>.

### ddd) Rehin Verilmesi

Alacak için rehin gösterilmesi zamanaşımını keser. Çünkü borçlu bu fiiliyle borcun ödeneceğini taahhüt etmiş dolayısıyla varlığını kabul etmiş olur<sup>128</sup>.

Rehni borçlu veya onun muvafakatı ile üçüncü şahıs verebilir<sup>129</sup>.

Rehin gösterme işleminin zamanaşımını kesebilmesi için kanunen aranan şartlara uygun olarak (menkullerde rehin konusu malın teslimi, gayrimenkullerde tescil gibi) ve zamanaşımı süresi içinde yapılması gerekir<sup>130</sup>.

Rehine konu olan mal menkul veya gayrimenkul olabilir. BK.m.133 bu konuda bir ayırım yapmamıştır. Bununla birlikte alacak için gayrimenkul rehni söz konusuysa artık yeni bir süre işlemeye başlamayacaktır (MK.m.864).

---

ilişkin olarak tekrar m.133/1' e başvurulamayacağını savunmaktadır (HBM.1942,s.7425). Son olarak Milaslı ise zamanaşımının ancak işlemekte iken kesileceği ve m.133/1'in bu süre içinde uygulanacağı dolayısıyla zamanaşımı dolduktan sonra artık kesilmesinin söz konusu olamayacağı görüşündedir (HBM.1942,s.7459). Kanaatimce de zamanaşımı süresi dolduktan sonra ikrarla da olsa artık bu sürenin kesilmesi mümkün olmaz.

<sup>124</sup> Ergenekon, s.43; Çandarlı, s.94; Berki, Müruruzaman, s.961.

<sup>125</sup> Von Tuhr, s.702; Ergenekon s.43; Çandarlı s.94; Arsebük, s.494.

<sup>126</sup> Eren, s.1280; Tunçomağ, s.755; Saymen/Elbir, I, s.929; Ergenekon, s.41; Çandarlı, s.93.

<sup>127</sup> Oser-Schönenberger, s.86; Ergenekon, s.41.

<sup>128</sup> Çandarlı, s.95; Von Tuhr, s.703; Ergenekon, s.47.

<sup>129</sup> Ergenekon, s.46; Çandarlı, s.95; Berki, Müruruzaman, s.726; Reisoğlu, s.349; Oğuzman/Öz, s.459.

<sup>130</sup> Ergenekon, s.47.

**eee) Kefil Gösterilmesi**

Borç için kefil gösterilmesi zamanaşımını keser. Ancak kefilin zamanaşımının işlemesi sırasında gösterilmesi gerekir. Yoksa borcun doğumu anında gösterilen kefil zamanaşımını kesmez<sup>131</sup>.

**bb) Alacaklının Zamanaşımını Kesen Fiilleri**

**aaa) Genel Olarak**

Alacaklının yapacağı adli muameleler zamanaşımını keser<sup>132</sup>. Bunların hangi muameleler olduğu BK.m.133/b.2'de şöyle gösterilmiştir: "... dava veya def'i zımında mahkemeye veya hakeme müracaatla veya icraî takibat yahut iflas masasına müdahale ile ..."

Borçlunun zamanaşımını kesen işlemlerinin aksine alacaklının bu nitelikteki işlemleri sınırlı sayıdadır<sup>133</sup>. Yani alacaklının BK m.133/b.2'de sayılanlar dışındaki işlemleri örneğin ihtar veya temlik ihbarı zamanaşımını kesmez<sup>134</sup>.

**bbb) Dava Açmak**

Alacaklının dava açması zamanaşımını keser. Dava, dava dilekçesinin mahkeme kalemine kayıt edildiği ve harcının verildiği tarihte açılmış sayılacaktır<sup>135</sup>.

Dava alacağın bir kısmı için açılırsa, zamanaşımı ancak o kısım için kesilir<sup>136</sup>. Dava dışı kalan bölüm için zamanaşımı işler, hatta dilekçede dava hakkı saklı tutulmuş olsa bile durum aynıdır<sup>137</sup>.

Tek başına ceza davası açılması hukuk davasının zamanaşımını etkilemez. Ancak ceza davası görülürken şahsî hak talebinde bulunulmuşsa, zamanaşımı da kesilmiş olur<sup>138</sup>. Bununla birlikte alacaklının bazı adli

---

<sup>131</sup> Ergenekon, s.45.

<sup>132</sup> Von Tuhr, s.703; Arsebük, s.495; Oğuzman/Öz, s.460; Çandarlı, s.96.

<sup>133</sup> Oser-Schönenberger, s.886; Çandarlı, s.96; Ergenekon, s.49.

<sup>134</sup> Von Tuhr, s.703; Ergenekon, s.49.

<sup>135</sup> HGK. 22.12.1971, E.969/4-938, K.766 (Üstündağ, I, s.387, dpn.5).

<sup>136</sup> Von Tuhr, s.705; Arsebük, s.495; Tunçomağ, s.756; Reisoğlu, s.350; Oğuzman/Öz, s.460.

<sup>137</sup> Y.2HD. 6.4.1974, 2122/2083, İBD.1975, s.77; Y4HD. 17.1.1958, 7628/268 (Tunçomağ, s.757, dpn.66).

<sup>138</sup> Von Tuhr, s.704; Oser-Schönenberger, s.887; Tunçomağ s.757; Ergenekon, s.56; Berki, Müruruzaman, s.961

işlemlerine zamanaşımını kesici etki tanınmamıştır. Bunlar; delillerin tespiti davası açılması<sup>139</sup>, adli yardım talebi<sup>140</sup> ve davanın ıslahıdır<sup>141</sup>.

Dava usulüne uygun bir şekilde açılırsa zamanaşımını keser<sup>142</sup>. Eğer yetkisiz bir mahkemede dava açılırsa zamanaşımını kesilmez<sup>143</sup>. Fakat görevsiz bir mahkemede açılan dava zamanaşımını keser<sup>144</sup>.

Dava reddedilirse hiç açılmamış sayılacağından zamanaşımına bir etkisi olmaz<sup>145</sup>. Davadan feragat edilmesi halinde ise dava ile meydana gelmiş olan kesilme ortadan kalkmaz<sup>146</sup>.

### ccc) Def'i İleri Sürülmesi

Mahkeme veya hakem önünde açılan bir davada alacaklının söz konusu alacağa ilişkin def'i ileri sürmesi zamanaşımını keser. Alacaklı burada davacı değil, davalı konumundadır ve yargılama sırasında alacağını def'i olarak ileri sürmektedir<sup>147</sup>.

Alacaklı tarafından takas ileri sürülmesi de zamanaşımını keser, çünkü takas bir def'i niteliğindedir<sup>148</sup>.

### ddd) Hakeme Müracaat

Alacaklının dava veya def'iyi hakem önünde ileri sürmesi zamanaşımını keser (BK.m.133).

### eee) İcra Takibi

Alacaklının icra takibinde bulunması zamanaşımını keser (BK.m.133/II). Ancak icra takibinin kanunen aranan şartlara uygun olarak

<sup>139</sup> Y.4.HD. 10.2.1953, 316-628, Tunçomağ, s.757, dpn.58.

<sup>140</sup> Bu talep dava mahiyetinde olmadığından zamanaşımını kesmez. Y.4.HD. 15.10.1951, 3387-3314, Berki, Müruruzaman, s.961, dpn.34.

<sup>141</sup> İslah yeni bir dava niteliği taşımadığından zamanaşımını kesmez. Zamanaşımının kesilmesi hakkında ıslah tarihi değil, dava tarihi dikkat alınır. Y.3.HD. 5.10.1951, 13088-9912, Ergenekon, s.51, dpn.84.

<sup>142</sup> Oğuzman/Öz,s.460; Ergenekon, s.52.

<sup>143</sup> Y.4.HD. 15.10.1945, 3900-3615, Berki, Müruruzaman, s.961, dpn.32.

<sup>144</sup> YTD. 30.6.1952, 2355-3331, Ergenekon, s.52, dpn.92.

<sup>145</sup> Von Tuhr, s.707; Arsebük, s.497; Reisoğlu, s.350; Ergenekon, s.60.

<sup>146</sup> Von Tuhr, s.706; Oser-Schönenberger, s.886; Ergenekon, s.60.

<sup>147</sup> Feyzioğlu, s.585.

<sup>148</sup> Von Tuhr, s.705; Oser-Schönenberger, s.889, Arsebük, s.496; Ergenekon, s.68; Aksi fikir Tunçomağ, s.758.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

yapılması gerekir<sup>149</sup>. İcra ve iflas Kanunu'na göre alacaklı takip talebini yetkili icra dairesinde yazılı veya sözlü olarak yapar (İİK.m.58). Yetki meselesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre çözülür (İİK.m.50).

Yetkisiz icra dairesine yapılan takip talebi kural olarak zamanaşımını kesmez.<sup>150</sup>

### **fff) İflas Masasına Müdahale**

Alacaklının borçlu aleyhine açılan iflas masasına müdahalesi zamanaşımını keser (BK.m.133/II). İflas masasına müdahaleden kasıt alacaklının masaya müracaatla kendisinin de alacaklılar listesine dahil edilmesini istemesidir<sup>151</sup>. Bu da İİK.m.218, m.219 ve m.236 çerçevesinde olur.

### **cc)Zamanaşımını Kesen Diğer Fiiller**

#### **aaa)Davanın Devamı Sırasında Tarafların Muhakemeye İlişkin İşlemleri**

Alacaklının dava açması ya da bir def'i ileri sürmesi ile zamanaşımı kesilir ve yeni zamanaşımı süresi işlemeye başlar (BK.m.133/II). Ancak bunlara ilişkin davanın görülmesi esnasında tarafların muhakemeye yönelik işlemleri zamanaşımını tekrar keser (BK.m.136/I). Tarafların yaptığı bu işlemlerin "yargılamayı sonuca doğru ilerleten ve ihtilafı bulunduğu safhadan alıp, bir adım öteye götüren ve böylece fiilen takibini sağlayacak" nitelikte olması gerekir<sup>152</sup>.

#### **bbb) Davanın Devamı Sırasında Hakimin Emir ve Hükümleri**

Davanın devamı sırasında hakimin her emir ve hükmü ile zamanaşımı yeniden kesilir (BK.m.136/I). Ancak burada da hakimin emir ve hükümlerinin davaya ilişkin ve bunun sonuçlanmasına yönelik olması gerekir<sup>153</sup>.

#### **ccc) İcra Takibi Sırasındaki Fiiller**

Zamanaşımı, bir icra takibi ile kesildikten sonra, takip devam ettiği sürece alacaklının ve icra dairesinin yaptığı her işlemle yeniden kesilir (BK.m.136/II).

<sup>149</sup> Oser-Schönenberger, s.887; Çandarlı, s.96; Ergenekon, s.64.

<sup>150</sup> Çandarlı, s.97; Ergenekon, s.65; Tekinay/Akman /Burcuoğlu/Altop, s.1055, dpn.28h.

<sup>151</sup> Çandarlı s.97; Ergenekon s.67.

<sup>152</sup> BGE 85 II 187, Feyzioğlu, s.587, dpn.284; Reisoğlu, s.350, dpn.29; Tekinay /Akman/Burcuoğlu /Altop, s.1066.

<sup>153</sup> Oser-Schönenberger, s.893; Reisoğlu, s.350, dpn.29; Feyzioğlu, s.587; Çandarlı,s.101; Ergenekon, s.72; Saymen/Elbir, I, s.934.

### ddd) İflas Masasına Müdahale Sırasındaki Fiiller

Alacaklının iflas masasına müdahalesi ile kesilen zamanaşımı, iflasa ilişkin hükümlere göre alacağı yeniden talep etmek mümkün olduğu andan itibaren tekrar başlar (BK.m.136/3).

### 3) Kesilmeden Sonra Başlayacak Yeni Süre

#### a) Genel Kural

Zamanaşımı kesildikten sonra, kesilme tarihinden itibaren yeni bir süre işlemeye başlar (BK.m.135/1). Daha önce işlemiş olan süre artık hesaba katılmaz<sup>154</sup>.

Yeni süre kural olarak, eski sürenin aynıdır<sup>155</sup>. Yani beş yıllık bir zamanaşımı süresi kesilirse, yeni başlayacak süre yine beş yıldır.

#### b) İstisnalar

Kanun koyucu iki halde, ilk sürenin uzunluğunu hiç gözönüne almadan işleyecek olan yeni süreyi belirlemiştir. Bunlar borcun bir senetle ikrar edilmesi ve bir hükümlerle sabit olması halleridir (BK.m.1351/II). Bu ihtimaller söz konusu olduğunda yeni süre daima 10 yıldır.

#### c) Kesilmenin Borçlular Bakımından Sonuçları

Kural olarak zamanaşımının kesilmesi, kesilmeye sebep olan işlemi yapan (örneğin borcunu ikrar eden) veya o işleme muhatap olan (örneğin aleyhine dava açılan) borçluya karşı hüküm ifade eder<sup>156</sup>. Elbette ki borçlunun mirasçıları ve halefi de buraya dahildir<sup>157</sup>.

Ancak BK.m.134 ile bu kurala, müşterek ve müteselsil borçlarla kefalet sözleşmesi bakımından üç istisna getirilmiştir.

#### 4) Munzam Müddet

Alacaklı dava açtığı anda veya görülen bir davada def'i ileri sürdüğünde, bu işlemlerin zamanaşımını kesebilmeleri için mahkeme tarafından kabul edilmeleri gerekir<sup>158</sup>.

<sup>154</sup> Oser-Schönenberger, s.891; Saymen/Elbir, I, s.932; Tunçomağ, s.760; Eren, s.1279; Ergenekon, s.79;

<sup>155</sup> Von Tuhr, s.706; Arsebük, s.496; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1062; Eren, s.1280; Saymen/Elbir, I, s.932; Ergenekon, s.82; Reisoğlu, s.351; Berki, Müruruzaman, s.727; Çandarlı, s.100.

<sup>156</sup> Oğuzman/Öz, s.462; Feyzioğlu, s.594; Reisoğlu, s.351.

<sup>157</sup> Feyzioğlu, s.594; Saymen/Elbir, I, s.935.

<sup>158</sup> Von Tuhr, s.707; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1067; Tunçomağ, s.757.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

Reddedilen dava veya def'i zamanaşımını kesmez. Ancak hakimin reddi usul yönünden olmuşsa, alacaklı eksiklikleri giderip, tekrar dava açana kadar zamanaşımı süresi dolabilir. İşte böyle bir adaletsiz durumu önlemek isteyen kanun koyucu BK.m.137 ile alacaklıya 60 günlük ek süre tanımıştır.

### IV.ZAMANAŞIMININ HÜKÜMLERİ

#### A)Genel Olarak

Zamanaşımı, borcu ve alacaklının sahip olduğu hakkı tamamen sona erdirmez. Sadece borçluya bir def'i hakkı verir<sup>159</sup>. Borçlu alacaklıya karşı bu def'i hakkını ileri sürdüğünde borç sona ermemekte, eksik borç haline gelmektedir<sup>160</sup>.

Zamanaşımı def'ini hakim kendiliğinden dikkate alamaz (BK.m.140). Borçlunun ileri sürmesi gerekir<sup>161</sup>. Ancak yalnız ileri sürmek yetmez, aynı zamanda zamanaşımının varlığını da ispatlamak gerekir. İspat yükü borçluya aittir<sup>162</sup>.

Zamanaşımı def'i, ilk itirazlardan değildir. Çünkü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ilk itirazları düzenleyen 187. maddede sayılmamıştır. Dolayısıyla kural olarak davanın her aşamasında da ileri sürülebilir<sup>163</sup>.

Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinde mutlaka "zamanaşımı" kelimesinin kullanılmasına gerek yoktur, def'inin niteliğinden ve bu yoldaki beyanlardan uzun bir sürenin geçmesi sebebiyle böyle bir savunmanın yapılmak istendiğinin anlaşılması yeterlidir<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> Oser-Schönenberger, s.898; Eren, s.1283; Oğuzman/Öz, s.463; Feyzioğlu, s.603; Çandarlı, s.28; Reisoğlu, s.353; Tunçomağ, s.762; Dalamanlı, II, s.55.

<sup>160</sup> Von Tuhr, s.703; Eren, s.1284; Feyzioğlu, s.603; Çandarlı, s.28; Tunçomağ, s.762; Saymen/Elbir, I, s.938; Berki, Müruruzaman, s.732.

<sup>161</sup> Borçludan başka borçlunun vekili, halefleri, mirasçıları ve diğer ilgililer zamanaşımı def'ini ileri sürebilirler. Diğer ilgililer, zamanaşımı def'i sürülmediği takdirde malvarlığında bir eksilme meydana gelecek olan gerçek ve tüzel kişilerdir. Örneğin, zamanaşımına uğramış bir alacağın kefilisi bu def'i ileri sürebilir. Çandarlı, s.32.

<sup>162</sup> Oser-Schönenberger, s.898; Saymen/Elbir, I, s.939; Çandarlı, s.31.

<sup>163</sup> Y.4.HD. 22.11.1983, E.9302, K.9770, YKD. 1984, sa.9,s.1364. Aksi fikir, Berki, Müruruzamanı Dermeyan, s.5403, "Müruruzaman dahi diğer müdafaa sebepleri gibi ilk cevap layihasında iddia edilmezse sonradan dermeyan olunamaz. Çünkü zikri geçen misalde olduğu gibi tediye ve sebebin ademi tahakkuku nasıl birer müdafaa sebebi ise müruruzaman da böyle bir müdafaa vasıtasıdır."

<sup>164</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1074; Çandarlı, s.33.



Esasa ilişkin bir def'i olması itibariyle<sup>165</sup>, zamanaşımı iddiası mahkemece öncelikle incelenir<sup>166</sup>. Mahkeme zamanaşımını yerinde görürse davayı reddeder, aksi halde esasın incelenmesine geçer<sup>167</sup>.

Zamanaşımı def'i, dava mahkemede görülürken ileri sürülmezse, artık temyizen Yargıtay'a gittiğinde ileri sürülemez<sup>168</sup>.

### **B.Fer'i Haklar Bakımından**

Asıl alacak zamanaşımına uğradığında faiz ve diğer fer'i alacaklar da zamanaşımına uğramış olur (BK.m.131)<sup>169</sup>.

### **C.Zamanaşımı Def'ini İleri Sürme Hakkının Kötüye Kullanılması**

Borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez<sup>170</sup>. Ancak bazı hallerde borçlunun zamanaşımını ileri sürmesi her hakkın kullanılmasının sınırı olan dürüstlük kuralına (MK.m.2) aykırılık meydana getirebilir. Bu haller, borçlunun açıkça alacaklıyı aldatma

<sup>165</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1075; Çandarlı, s.32 ; Berki, Müruruzaman Nedir ve Ne Vakit Dermeyan Edilir? Hukuki Bilimler Mecmuası 1937,(Müruruzamanın Dermeyanı),s.5403.

<sup>166</sup> "Diğer sukut sebepleri yalnız borca taalluk etmekle davanın dinlenmesine mani değilken def'i davanın ve muhakemenin herhangi safhasında dermeyan edilirse evvel beevvel tetkik ve halledilmek ve def'in sıhhati tahakkuk ettiği surette artık esas hakkında muhakemeye ve tetkikata devam olunamayıp davanın düşmüş olduğuna karar verilmek lazım gelir." 11.4.1940 tarih ve 70 sayılı İBK. Saymen /Elbir, I, s.939; Oğuzman/Öz, s.464.

<sup>167</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1075.

<sup>168</sup> "...asliye mahkemesinde dermeyanı unutulmuş zamanaşımı def'inin, Yargıtay'a sunulan temyiz layihasında serdi hali ile karıştırmamak lazımdır. Zamanaşımı def'inin temyizen dermeyanı caiz değildir.YİBK. 11.4.1940, 15/70, Feyzioğlu, s.602, dpn.319.

<sup>169</sup> Bu kuralın fer'i hakları asıl borca tâbi kılan BK.m.133'ün mantıkî bir sonucu olduğu kabul edilmektedir. (Von Tuhr, s.711; Arsebük, s.500; Çandarlı, s.40; Tunçomağ, s.765) Saymen/Erbil ise bunu kabul etmemektedir: "BK.m.133'e göre asıl borç sakıt olunca fer'i haklar dahi sakıt olur. Halbuki müruruzamana uğramış bir alacak sukut etmemiştir; fer'ilerin de aynı mukadderata tâbi olması lazımdır, yani bunların da eksik bir borç olarak kalması iktiza eder. Bunun içindir ki, 131.madde fer'ilerin sukut ettiğini söylemeyip, sadece mururuzamana uğradıklarını ifade etmektedir." s.940.

<sup>170</sup> Feyzioğlu, s.606, dpn.326; Oğuzman/Öz, s.465, dpn.101; Tunçomağ, s.764; Reisoğlu, s.343.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

veya korkutma ile dava açmaktan alıkoyması biçiminde olabileceği gibi, onu oyalaması veya ifaya dair güven uyandırması yoluyla da olabilir <sup>171</sup>.

Hakim zamanaşımı def'inin kötüye kullanılmasını re'sen göz önüne alır.

### V.SONUÇ

Çalışmamızda incelemiş bulunduğumuz zamanaşımı, BK.m.125-140 arasında düzenlenmiş olan iskatî zamanaşımıdır. Her ne kadar Borçlar Kanununun borcu sona erdiren sebepler başlığı altında yer alsa da zamanaşımı sadece alacağın dava edilebilmesini önlemektedir. Yoksa alacak varlığını devam ettirmektedir. Hatta borçlu zamanaşımı süresinin dolmasına rağmen borcunu öderse bu geçerli olmakta ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak geri istenmesi mümkün olmamaktadır.

Zamanaşımı kavramının kökleri Roma Hukuku'na dayanır. Vadesi geldiği halde 30 yıl takip edilmeyen borç için dava açılırsa, davalı praescriptio longi temporis (uzun zaman geçtiği def'i) ileri sürebiliyordu. Eski hukukumuz bakımından ise sadece iskatî zamanaşımı kabul edilmiş, bu sonuca da yorum yoluyla varılmıştır.

Zamanaşımının iki temel unsuru vardır; zamanaşımına tâbi bir alacak bulunması ve zamanaşımı sürelerinin dolmuş olması.

Kural olarak bütün alacaklar zamanaşımına uğrar. Bu alacakların sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğması arasında bir fark yoktur. Hatta ferdin devlete, devletin ferde karşı olan borçları dahi zamanaşımına uğrar. Alacağın menkul rehniyle teminat altına alınmış olması o alacak hakkında zamanaşımının işlemesine engel olmaz. Ancak alacaklı, rehni paraya çevirme yetkisini korur. Eğer menkul rehni alacağı karşılayacak değerdeyse alacaklının bir kaybı olmaz. Bu değerde değilse artık borçlu kalan miktar için alacaklıyı takip edemez.

Bununla birlikte hukukumuzda zamanaşımına uğramayan haklar da bulunmaktadır. Bu hallerden birincisi alacağın bir gayrimenkul rehni ile teminat altına alınmasıdır. MK.m.864'e göre gayrimenkul rehninin tapuya tescili, o alacak hakkında zamanaşımının işlemesini engeller. Diğer hal ise alacağının tamamını elde edememiş olan alacaklıya icra memurluğunca verilen aciz vesikasında belirlenen borcun, borçlu bakımından zamanaşımına uğramamasıdır. Yine mülkiyet ve şahsa bağlı haklar (nafaka isteme, isim üzerindeki hak gibi) zamanaşımına tâbi değildir.

İkinci unsur olan zamanaşımı sürelerinin dolmasına gelince kanunda hüküm bulunmadığı takdirde bütün alacaklar on yıllık zamanaşımına tâbidir

---

<sup>171</sup> Von Tuhr, s.709; Oğuzman/Öz, s.466; Tunçomağ, s.764; Saymen/ Elbir, I, s.942.

(BK.m.125). Hukukumuzda bazı istisnai hallerde daha uzun zamanaşımı süreleri kabul edilmiştir. Bunlar, mirasçının kötüniyetli davalıya karşı açabileceği miras sebebiyle istihkak ve iptal davalarının tâbi olduğu 30 yıllık süre (MK.m.559 ve m.639) ile cezayı gerektiren bir fiilden doğan tazminat davası hakkının Ceza Kanununda o fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi kabul edilmişse bu süreye bağlı olması halleridir (BK.m.60/2) .

BK.m.125 ile düzenlenen genel kurala bir ve beş yıllık iki istisna getirilmiştir. Beş yıllık sürenin tâbi olduğu alacaklar şöyledir (BK.m.125): Kiralar, sermaye faizleri, düzenli olarak ödenecek aidat; erzak bedeli, nafaka, otel ve lokanta masraflarına ilişkin davalar; sanatkârların ve esnafın emekleri karşılığı, perakendecilerin sattıkları malların parası, noterlerin mesleki hizmetleri karşılığı, işçilerin, hizmetçilerin ve yevmiyecilerin ücret alacakları hakkındaki davalar; ticarî olsun olmasın bir şirket sözleşmesine dayanan ortaklar arasında veya şirketle ortaklar arasında açılmış bulunan bütün davalar, bir şirketin müdürleri, temsilcileri, murakıplarıyla şirket veya ortaklar arasındaki davalar, vekalet, komisyon, acentalık, tellallık (ticarî tellallık ücreti davası hariç) ve istisna sözleşmesinden (müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, özellikle ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç) bütün davalar.

Bir yıllık süre ise haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan davalar için kabul edilmiştir. Buna göre haksız fiil sonucu talep edilecek maddî ve manevî tazminata ilişkin dava, zarara uğrayan tarafın zararı ve faili öğrenmesinden itibaren bir yıldır. Karayolları Trafik Kanununda bu süre iki yıla çıkarılmıştır. Sebepsiz zenginleşmeden dolayı açılacak dava ise zarar görenin geri isteme hakkını öğrendiği tarihten itibaren bir yıldır. Her iki durumda da olayın gerçekleşmesinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

Zamanaşımı def'i bir kesin def'idir, dava mahkemede görülürken ileri sürülmezse artık temyizden Yargıtay'a gittiğinde ileri sürülemez. Zamanaşımı def'i ilk itirazlardan değildir. Çünkü ilk itirazları düzenleyen HUMK.m.187'de sayılmamıştır. Dolayısıyla kural olarak davanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bununla birlikte eğer esasa cevap süresi içinde ileri sürülmezse savunmanın genişletilmesi sayılır ki (HUMK.m.202) ancak karşı tarafın açık veya zımnî muvafakatı ile hüküm doğurabilir.

Asıl alacak zamanaşımına uğradığında faiz ve diğer fer'i alacaklar da zamanaşımına uğrar (BK.m.131). Faiz alacaklarından her biri, diğerinden ayrı olarak muacceliyeti tarihinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır (BK.m.126). Eğer faizler daha önce zamanaşımına uğramamışlarsa, asıl alacakla birlikte zamanaşımına uğramış olurlar. Bu kural özellikle alacağın zamanaşımına uğramasından sonra muaccel olan faizler için uygulanır.

## Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı

Kefalet sözleşmesinde asıl borç zamanaşımı ile sona erdiğinde kefil için de sona erer. Kaydı hayat şartıyla irat ve belirli zamanlarda ödenmesi kararlaştırılmış edimlere gelince kanunumuz bunlar için her taksitten ayrı olarak edimlerin tamamını kapsayan borç ilişkisi hakkında zamanaşımı işlemlerini ve bu zamanaşımının tamamlanması halinde, henüz kendilerine ait zamanaşımı dolmamış taksitlerin de zamanaşımına uğrayacağını kabul etmiştir (BK.m.129).

Borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez. Ancak borçlu, alacaklıyı aldatarak, korkutarak dava açmaktan alıkoyarsa veya ifaya dair güven uyandırarak zamanaşımı süresinin dolmasına sebep olursa, artık ileri sürdüğü def'i bir hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

## KARAPARANIN AKLANMASI SUÇU\*

Arş. Gör. Neslihan COŞKUN\*\*

### GİRİŞ

Türkiye’de, özellikle son yıllarda, üzerinde en çok konuşulan ve gündemi meşgul eden konulardan biri karapara aklamadır. Karapara aklama; dünya ekonomisinin globalleşmesiyle beraber sadece ülkemizi değil, tüm dünya ülkelerini tehdit eden ciddi bir sorun haline gelmiştir. Karapara aklamının önlenmesi çerçevesinde yapılan yasal düzenlemelerin özünde yatan düşünce, organize suçlulukla mücadeledir. Karapara aklamının önlenmesine yönelik olarak ilk izlenen yöntem, karapara aklama fiilinin yasalarda suç olarak tanımlanmasıdır. Fakat aklama sürecinde, genellikle finansal sistem kullanılmak suretiyle karaparaya yasal bir görünüm kazandırılmaya çalışıldığı için suçun ortaya çıkarılması son derece güçtür. Bu nedenle finansal sistem içinde, karapara aklamayı önlemeye yönelik olarak düzenleyici ve denetleyici tedbirlerin alınması zorunludur. Diğer taraftan karapara aklama fiili sınıraşan bir yapıya sahiptir. Karapara aklayıcılar, genellikle finansal sistem üzerinde denetimin zayıf olduğu, karapara mevzuatının olmadığı yahut esnek olduğu ülkeleri tercih etmektedirler. Bu nedenle karapara aklama ile mücadelede uluslararası işbirliği önem taşımaktadır.

Türkiye, 25.9.1991 tarihinde FATF’a (Financial Action Task Force-Mali Eylem Görev Grubu<sup>1</sup>) üye olmuştur. FATF’ın 40 Tavsiye Kararlarının

---

\* Bu çalışma, SÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD bünyesinde hazırlanan ve 2003 yılında savunulan “Karaparanın Aklanması Suçu” konulu Yüksek Lisans tezinin orijinal metnine bağlı kalınarak hazırlanmış olan özetidir.

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı.

<sup>1</sup> 1989 yılında G-7 ülkeleri tarafından OECD bünyesinde münhasıran karapara aklama ile mücadele etmek amacıyla kurulan ve bu amaçla ülkelerin uymasını istediği yasal, finansal ve idari düzeyde standartlar belirleyen kuruluştur. FATF, 1996 yılında yeniden revize ederek karaparanın aklanması ile mücadelede ülkeler tarafından alınması gereken tedbirleri içeren Kırk Tavsiye Kararlarını yayımlamıştır. (www.moneylaundering.com.tr., 27.10.2001).

## Kara Paranın Aklanması Suçu

gereğini yerine getirmek için yasal düzenlemeler yapılması yönünde çalışmalar yapılmıştır. 1996 tarih ve 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun<sup>2</sup> karapara aklama fiilini bir suç tipi olarak düzenleyen ilk yasal düzenleme olma özelliğine sahiptir. Bu çalışmada, ilk olarak kriminolojik açıdan karapara ve karapara aklama kavramları, karapara aklama-organize suçluluk ilişkisi üzerinde durulacaktır. İkinci olarak, 765 sayılı TCK'nun mevcut hükümleri karapara aklamının önlenmesi açısından değerlendirilecektir. Üçüncü olarak, 4208 sayılı Kanun'da düzenleniş şekli itibarı ile karapara aklama suçu incelenecektir.

### **§ 1. KARAPARA ve KARAPARA AKLAMA KAVRAMI, KARAPARA AKLAMA-ORGANİZE SUÇLULUK İLİŞKİSİ**

#### **I. KARAPARA ve KARAPARA AKLAMA KAVRAMI**

Karapara; kısaca, yasalarda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi neticesinde elde edilen maddi menfaatler biçiminde tanımlanabilir<sup>3</sup>. İşlenmesi neticesinde maddi menfaat elde edilmesi mümkün olan bütün suçlar, karaparanın kaynağını oluşturmaktadır. Ancak suçlu, suçtan elde ettiği menfaatin kaynağını gizleyemediği ya da yasal bir kaynaktan elde edilmiş olduğu izlenimini vermediği sürece risk altındadır. Zira, sözkonusu menfaatin kaynağını oluşturan suçtan dolayı hakkında ceza kovuşturması yapılması ve bu menfaatin müsadere edilme tehlikesi vardır. Özellikle -serbest piyasa ekonomisi benimsenmiş olsa dahi- finansal sistem üzerinde sıkı ve etkili bir denetim mekanizmasının bulunduğu, nakit para kullanımının düşük olduğu, alınan önlemler nedeniyle büyük miktardaki nakit işlemlerin dikkât çektiği, malvarlığı değerlerinin kaynağının araştırıldığı ülkelerde; suçlu, suç ile menfaat arasındaki bağlantıyı koparma ve menfaate yasal bir görünüm kazandırma ihtiyacı içindedir<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> 19.11.1996 tarih ve 22822 sayılı RG.

<sup>3</sup> Gümüşkaya, Hayrettin, Karaparanın Ulusal ve Uluslararası Finans Düzenine Etkileri, YL Tezi, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme ABD, İstanbul 1998, s. 2; Mavral, Ülker, Karapara Kayıtdışı Ekonomi İlişkisi ve Türkiye'ye Yansımaları, Vergi Denetmeleri Derneği Yayını, Ankara 2001, s. 21; İpek, Halim, Önemli Bir Sorun: Karapara ve Karaparanın Aklanması, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 3.

<sup>4</sup> Yumuşak, İbrahim, "Karaparanın Aklanması İle Mücadelenin Nedenleri ve Bu Konudaki Uluslararası Çabalar", Vergi Dünyası D, Eylül 2000/229, s. 44; Ergül, Ergin, "Kara Paranın Aklanmasının Hukuki ve Cezai Boyutları", TCMB Kara Para Aklama Faaliyetleri ve Önlemler Paneli (Ankara, 10 Haziran 1999), 1. Bası, TCMB Yayını, Ankara 1999, s. 23-24.

Bu ihtiyacın zorunlu bir sonucu olan karapara aklama; suç teşkil eden fiillerin işlenmesi neticesinde elde edilen maddi menfaatlerin, kaynağını gizlemek veya yasal görünüm kazandırmak amacıyla çeşitli işlemlere tâbi tutularak ekonomik sisteme kazandırılması sürecidir.

## II. KARAPARA AKLAMA-ORGANİZE SUÇLULUK İLİŞKİSİ

Karapara aklama ve organize suçluluk birbiri ile sıkı ilişki içindedir. Günümüzde, karapara ve karapara aklamanın önlenmesi konusunda yapılan yasal düzenlemeler; özünde, organize suçlulukla mücadele amacı taşımaktadır<sup>5</sup>.

Organize suçlulukta, hiyerarşik yapı içinde bir araya gelme “maddi menfaat temin etme” amacına yöneliktir. Maddi menfaat sağlamak; öncelikli amaç olabileceği gibi, bir başka amacın gerçekleştirilmesinde finansman kaynağı sağlamak için gerekli ve zorunlu olabilir<sup>6</sup>. Nitekim 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’nin<sup>7</sup> 2. maddesinde organize suç örgütünün tanımı yapılırken “doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla” ifadesi kullanılmak suretiyle “maddi menfaat temini” organize suçluluğun zorunlu bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Buna göre “maddi menfaat temini” organize suçluluğu belirleyen kriterlerden birisidir. Karapara, organize suç örgütünün hiyerarşik bir yapılanma içinde ortaya çıkışındaki temel nedendir.

<sup>5</sup> Ayrıntı için bkz. Taşkın, Mustafa, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Karapara İlişkisi ve Türkiyede Bu Suçlarla Mücadele, Doktora Tezi, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk ABD, İstanbul 2001, s. 108 vd.; Nitekim 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşme’nin amacı; sınırşan örgütlü suçların önlenmesi ve daha etkili bir şekilde mücadele edilmesi için işbirliğini geliştirmektir (m. 1). Bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak taraf devletler; kendi iç hukuklarında karapara aklama fiilini suç olarak tanımlama (m. 6), karapara aklamanın önlenmesi için gerekli olan düzenleyici ve denetleyici sistemi kurma ve bu alanda uluslararası işbirliği yapmakla (m. 7) yükümlüdürler.

<sup>6</sup> Öztürk, Bahri / Erdem, Musatafa R. / Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, no. 768-772; Sözüer, Adem, “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler”, Hukuk Araştırmaları, MÜHF Yayını, C. 9, 1995/1-3, s. 261.

<sup>7</sup> Türkiye, 30.1.2003 tarihli 4800 sayılı Kanun ile Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’nin onaylanmasını uygun bulmuştur (4.2.2003 tarih ve 25014 sayılı RG).

## Kara Paranın Aklanması Suçu

Önceleri uyuşturucu madde ticareti<sup>8</sup>, silah kaçakçılığı, tarihi eser kaçakçılığı, organ ve doku ticareti, ihale ve kredi yolsuzlukları gibi klâsik suç türlerinde faaliyet gösteren organize suç örgütleri; günümüzde, maddi menfaat elde etme imkânı olan bütün suç türlerinde faaliyet göstermektedir. Sözgelimi nükleer hammadde kaçakçılığı, zehirli atıkların yasadışı yollarla etkisiz hale getirilmesi, yasadışı teknoloji transferi son zamanlarda oldukça sık gündeme gelmektedir<sup>9</sup>. Bu suçların işlenmesi neticesinde büyük miktarda haksız menfaat elde edilmektedir. Ürkütücü boyutlara ulaşan bu gelir ve varlıklar, ulusal ve uluslararası finansal sistemdeki dengeleri bozabilecek düzeydedir<sup>10</sup>.

Organize suç örgütleri için asıl sorun; karaparanın finansal sistem içinde kullanılabilir hale getirilmesi için aklanmasıdır. Bunun iki temel nedeni vardır: Birincisi, sözkonusu menfaatlerin takip edilerek örgütün beynine ulaşılması ve örgütün çökertilmesi; ikincisi ise bu menfaatin kaynağını oluşturan suçtan dolayı ceza kovuşturması yapılması ve organize suç örgütlerinin hiyerarşik bir yapılanma içinde ortaya çıkışının temel gayesini oluşturan maddi menfaatlerin müsadere edilme tehlikesidir<sup>11</sup>.

Organize suçluluktan elde edilen gelirin aklanması ise; finans piyasasının mevcut durumunun, işleyişinin, piyasayı etkileyen faktörlerin ne olduğunun, bu alanda getirilen yasal düzenlemelerin vs. bilinmesini gerektirir. Karapara aklama sürecinde, genellikle uzman kişilere ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle bankacılık, sermaye piyasası, sigortacılık, borsa, uluslararası ticaret, uluslararası hukuk ve ekonomi alanlarında uzman kişilerin yardımına gereksinim vardır. Ayrıca teknolojik imkânlar kullanılarak yeni karapara

---

<sup>8</sup> Organize suçluluk tipleri içerisinde sağladığı menfaat bakımından uyuşturucu madde ticareti önemli bir yere sahiptir. Karaparanın, yaklaşık olarak yarısı uyuşturucu madde ticaretinden elde edilmektedir (Ergül, Ergin, Karapara Endüstrisi ve Aklama Suçu, 1. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara 2001, s. 60); Amerika Birleşik Devletleri'nde karaparanın kaynağını oluşturan suçların % 78'i ; G-7 ülkelerinde ise % 70'i uyuşturucu madde bağlantılıdır (Yetim, Sedat, Kara Paranın Aklanması, Boyutları ve Mafyokrazi, 1. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara 2000, s. 12)

<sup>9</sup> Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Doktora Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, İzmir 1997, s. 35; Nitekim 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesinin 6. maddesinde üye devletler için, organize suç örgütlerinin faaliyet konularını teşkil eden ve işlenmesi neticesinde maddi menfaat elde edilen suçların kapsamlı bir biçimde yasalarda karaparaya kaynaklık edecek suçlar arasında sayılması yükümlülüğü getirilmiştir.

<sup>10</sup> Mavral, s. 82.

<sup>11</sup> Ergül, Karapara Endüstrisi, s. 62 vd.



aklama yöntemleri geliştirilmektedir. Günümüzde, karapara aklama yöntemleri arasında bilişim sistemleri alanında teknik bilgiyi gerektiren “siber-aklama (cyber-laundering)” karşımıza çıkmaktadır. İnternet ve smart-card kullanılarak karapara aklanmaktadır<sup>12</sup>. Bu bağlamda, karaparanın aklanması; organize suç örgütü içindeki hiyerarşik yapının gerektirdiği işbölümünün bir parçasını oluşturmaktadır ve ayrı bir uzmanlık dalıdır<sup>13</sup>.

## **Ş 2. KARAPARA AKLAMANIN ÖNLENMESİ AÇISINDAN TÜRK CEZA KANUNU HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Türk hukukunda 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile karapara aklama fiili bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. TCK'nun bazı maddelerinde suç olarak tanımlanan fiiller ile karapara aklama fiili arasında benzerlikler bulunmaktadır. TCK'nun 512. maddesinde yer alan “eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak” suçu ile TCK'nun 296. maddesinde yer alan “cürüm işleyenleri saklamak ve cürüm delillerini yok etmek” suçları; unsurları arasındaki benzerlikler nedeniyle, dolaylı olarak karapara aklamaya yönelik fiilleri de kapsamaktadır. Burada, TCK'nun 512 ve 296. maddelerinde yer alan düzenlemelerin karapara aklama fiilini tam olarak karşılayıp karşılamadığı, karapara aklamanın önlenmesi açısından yeterli olup olmadığı ve bu bağlamda karapara aklama fiilinin neden 4208 sayılı Kanun ile bağımsız bir suç olarak düzenlendiği üzerinde durulacaktır.

### **I. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 512. MADDESİNİN KARAPARA AKLAMANIN ÖNLENMESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **1. Korunan Hukuki Menfaat Açısından**

TCK'nun 512. maddesi ile korunan hukuki menfaat, cürümden husule gelen eşyadan failin yararlanmasının önüne geçmektir<sup>14, 15</sup>. Eşyayı cürmiyeyi

<sup>12</sup> bkz. Mali Eylem Görev Grubu Karapara Aklama Tipolojileri, MASAK Yayın No. 7, Ankara 2000, s. 15-18.

<sup>13</sup> Erdem, s. 27.

<sup>14</sup> Gözübüyük, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 4, 5. Bası, Kazancı Yayınları, 1988, s. 795; Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, C. 2, Ankara 1965, s. 1262.

<sup>15</sup> Nitekim 1933 yılında 2275 sayılı Kanun ile TCK'nun 512. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde, “...bu maddede gösterilen hareket, hırsızlık cürmünü yapanların maddi istifadelerini temine asıl yardımcı olan yataklarla zahiren ticaret ve esnaflık yapar gibi görünen kimselerin cürümden hasil olan eşyayı bilerek ucuza satın alıp, asıl faile karşı iştiraki bir hareketleri olmayarak

## Kara Paranın Aklanması Suçu

satın almak ve saklamak fiilinin suç olarak tanımlanıp cezalandırılması suretiyle; suç işlenerek elde edilen para ve sair menfaatin suç failinin elinde kalması, böylece suçların sayısında, özellikle mal aleyhine işlenen cürümlerde bir azalma sağlanması amaçlanmaktadır<sup>16</sup>.

Karapara aklamanın önlenmesi çerçevesinde karapara aklama fiilinin yasalarda suç olarak tanımlanması suretiyle çeşitli hukuki menfaatlerin korunduğunu söylemek mümkündür<sup>17</sup>: Karapara aklama ile mücedelenin özündeki düşünce; kural olarak, organize suçlulukla mücadeledir. Karapara aklanmayla mücadele edilmemesi; organize suç örgütlerinin varlıklarını güçlendirerek devam ettirmelerine imkân sağlamakta, yeni suç örgütlerinin kurulmasını teşvik etmekte, başka ülkelerde faaliyet gösteren suç örgütleri için o ülkeyi cazip hale getirmektedir. Organize suç örgütleri; işledikleri suçtan elde ettikleri menfaatleri, işlemeyi plânladıkları yeni suçların finansmanında kullanmaktadırlar. Özellikle uyuşturucu madde ticaretinden elde edilen maddi menfaatlerin, silah ticareti ve terör faaliyetlerinin finansmanında<sup>18, 19</sup>

---

neticede maddi faydalar temin etmektedirler. Bunlara karşı şiddetli cezalar vermek asıl cürmün faillerine karşı da müessir olacağı mülahazasıyla bu fiili itiyat etmiş olanlar hakkında muvakkat sürgün cezası verilmesi muvafık görülerek maddeye o suretle bir fıkra konulmuştur.” (Çağlayan, M. Muhtar, Türk Ceza Kanunu, C. 4, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1984, s. 579)

<sup>16</sup> Savaş, Vural / Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 4, 1. Baskı, Ankara 1995, s. 5330; Tezcan, Durmuş, Kuyumculuk Sektörünün Sorunları, Panel, İzmir 1992 (Zikreden Tokuş, F. Özcan, Türk Ceza Hukukunda Cürüm Eşyası, YL Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, İzmir 1998, s. 40).

<sup>17</sup> Ayrıntı için bkz. Kocasakal, Ümit, Karapara Aklama Suçu, Doktora Tezi, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, İstanbul 2000, s. 25-36.

<sup>18</sup> BM tarafından 10 Ocak 2000 tarihinde imzaya açılan ve TC adına 27 Eylül 2001 tarihinde New York'ta imzalanan Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin (17.1.2002 tarih ve 24643 sayılı RG) “Giriş” bölümüne göre; “Genel Kurulun 17 Aralık 1996 tarih ve 51/210 Kararının, 3. Paragrafının (f) bendinde, Kurul'un, Devletleri, uygun iç düzenlemelerle, teröristlerin ve gerek doğrudan, gerek hayır, kültürel veya sosyal amaçları da olan veya olduğunu iddia eden örgütler aracılığıyla veya aynı zamanda kişilerin terörist faaliyetlerin finansmanı amacıyla kullanılması da dahil olmak üzere, silâh kaçakçılığı, uyuşturucu trafiği ve haraç toplama gibi kanunsuz eylemler yoluyla dolaylı olarak karışmış örgütlerin finansmanını önlemek ve engellemek için tedbir almaya davet ettiğini ve özellikle, gerektiği takdirde, meşru sermayelerin serbest dolaşımına hiçbir şekilde hâlel getirmeksizin, terörist amaçlara hizmet edeceğinden şüphelenilen malî kaynakların önlenmesi ve hareketlerin engellenmesi için hukuki düzenlemeler oluşturulması ve bu tür malî

kullanılması kamu güvenliği için ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. En yaygın organize suçluluk tipinin uyuşturucu madde ticareti olduğu ve dünya genelinde dolaşan karaparanın yaklaşık olarak yarısının uyuşturucu madde ticaretinde elde edildiği dikkâte alındığında kamu sağlığının<sup>20</sup> da tehdit altında olduğunu söylemek mümkündür.

Karapara aklama sürecinde genellikle finansal sistemin kullanıldığı gözönünde bulundurulduğunda, karapara aklanmayla mücadele edilmemesi; ülkedeki ekonomik ve finansal gücün suç örgütleri elinde toplanmasına yol

---

kaynakların uluslararası hareketleri konusunda bilgi değişimini yoğunlaştırmaya davet etteğini hatırlatarak,

Terörizmin finansmanı konusunun uluslararası toplumu bütünüyle ve ciddi şekilde kaygılandıran bir sorun teşkil ettiğini mülâhaza ederek,

Uluslararası terörizmin eylemlerinin sayısı ve vahametinin, teröristlerin elde edebildikleri malî kaynaklarla orantılı olduğunu not ederek,”

<sup>19</sup> Dünya Uyuşturucu Örgütü'nün 1998 yılında yayınladığı Dünya Uyuşturucu Raporu'na göre Avrupa'daki uyuşturucu trafiğinin % 30'u PKK tarafından yürütülmektedir (Yetim, s. 13-14); Elde edilen bilgilere göre PKK terör örgütü, verimli haşhaş tarlalarının bulunduğu Lübnan'ın Bekaa Vadisi'nden Avrupa'ya yapılan sevkiyatı gerçekleştirmektedir. PKK'nın 1990 yılında, sadece uyuşturucu trafiğinden 500 milyon Alman Markı elde ettiği bilinmektedir. Buradan elde edilen gelirler örgütün güçlenmesi ve genişlemesi için kullanılmıştır (Aysu, Murat Okan, Avrupa İç Güvenliğini Tehdit Eden Organize Suç Örgütleri ve Bunlarla Mücadele Amacıyla Oluşturulan Uluslararası Kuruluşlar, YL Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler ABD, Ankara 1997, s. 80).

<sup>20</sup> Ayrıntı için bkz. Ergül, Ergin, “Günümüz Dünyasında Uyuşturucu Maddeler Sorunu”, İBD., C. 69, Ekim – Kasım – Aralık 1993/10-11-12, s. 756 vd.; Amerikan Ulusal Uyuşturucu Kontrol Dairesi Örgütü'nün (ONDCP) 1998 yılında yayınladığı rapora göre, 1998 yılı itibarı ile Amerikan vatandaşlarının % 6.4'ü uyuşturucu madde kullanmaktadır. 1997 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde uyuşturucudan kaynaklanan ölümlerin sayısı 14.000'dir. Amerika'da 1979-1996 döneminde ise 180.742 kişi ölmüştür. Bu ülkede her yıl ortalama olarak 10.041 kullanıcı uyuşturucudan hayatını kaybetmektedir. 1988-1997 döneminde uyuşturucu ile bağlantılı olarak 11.621 kişi cinayete kurban gitmiştir. AIDS vakalarının % 35,8'i ise uyuşturucu bağlantılıdır. 1996 yılında 1.5 milyon kişi uyuşturucu suçlarından dolayı tutuklanmıştır. ONDCP'nin raporuna göre, 1998 yılı itibarı ile 1.8 milyon kişi uyuşturucu bağlantılı suçlardan dolayı cezaevindedir. Uyuşturucu suçlarıyla ilgili olarak 1.100 polis görev başında öldürülmüştür (Yetim, s. 12, 286-291).

## Kara Paranın Aklanması Suçu

açmakta, ekonomik krizlerin yaşanmasına neden olmaktadır<sup>21</sup>. Diğer taraftan, özellikle organize suç örgütleri tarafından kamu görevlilerine rüşvet verilmek suretiyle karapara aklama sürecindeki işlemlerin gerçekleştirilmesi kolaylaştırılabilmekte veya karapara aklama faaliyetinin ortaya çıkarılması önlenebilmektedir. Siyasal yozlaşmayı besleyen rüşvet, kamu idaresine duyulan güvenin sarsılmasına neden olmaktadır<sup>22</sup>.

Ayrıca, suçların işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatler, suçun eser ve delili olarak kabul edilmektedir. Suç işlenerek elde edilen maddi menfaatlere yasal görünüm kazandırılması aynı zamanda suç delillerinin gizlenmesi, değiştirilmesi niteliğinde olup; maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını ve âdil bir yargıya varılmasını engeller niteliktedir.

Bu bağlamda, TCK'nun 512. maddesinin, karapara aklamının önlenmesi ile korunmak istenen hukuki menfaatlerin tümünü ortak bir şekilde koruduğunu söylemek mümkün değildir.

### 2. Suçun Konusu Açısından

Karapara aklamadaki temel amaç, karaparaya yasal bir görünüm kazandırmaktır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için, karapara aklama sürecinde evvelce işlenen suçlardan elde edilen maddi menfaatler çeşitli yöntemler kullanılarak hızlı bir şekilde transfer edilmekte ve/veya başkaca ekonomik değerlere dönüştürülmektedir. Aklayıcılar, teknolojinin de gelişmesiyle oldukça karmaşık yöntemler kullanarak karaparayı kaynağından uzaklaştırmaya çalışmaktadırlar. Dolayısıyla, önceki suçların işlenmesi neticesinde doğrudan elde edilen maddi menfaatlerin aklama sürecinde başkaca maddi menfaat yahut değerlere dönüştürülmesi suçun özünde vardır. Buna karşılık eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak suçunda, TCK'nun 512. maddesinde geçen "cürümden husule gelme" kavramı Yargıtay<sup>23</sup> ve doktrindeki

<sup>21</sup> Karapara Aklama Tipolojileri, s. 2.

<sup>22</sup> 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile bu Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen suçun karaparaya kaynaklık edecek suçlar arasına dahil edilmesi öngörülmüştür. Sözleşmesi'nin 8. maddesinde "yolsuzluğun suç haline getirilmesi" başlığı altında 1. fıkrasında rüşvet alma ve rüşvet verme suçları; 2. fıkrasında ise yabancı kamu görevlilerinin katılımıyla işlenen rüşvet suçları düzenlenmektedir. Sözleşmenin 8. maddesi; taraf devletler için, yolsuzluğun diğer biçimlerini de suç haline getirmeyi değerlendirme yükümlülüğü getirmektedir.

<sup>23</sup> Yargıtay 6. CD, 27.11.1972 tarih ve 6539/6525 sayılı kararı, "İ...A..."in müşteki O...B..."in evinden çaldığı üç adet bileziği başka bir kuyumcuda bir adet örme altın bilezikle değiştirdikten sonra bu örme bileziği sanık A...U..."a sattığı anlaşıldığı halde T.C.K.nun 512. maddesinde yazılı suç unsurları olayda

bazı yazarlar<sup>24</sup> tarafından dar yorumlanmakta; cürmün işlenmesi suretiyle doğrudan elde edilen menfaatlerin yerine kaim olan değerler suçtan husule gelen eşya kapsamında değerlendirilmemektedir. Yine, Yargıtay; cürmün işlenmesi dolayısıyla elde edilen menfaatlerin suçtan husule gelen eşya sayılmayacağı görüşündedir<sup>25</sup>. Bu bağlamda TCK'nun 512. maddesi; “suçtan

---

tekevvün etmediği nazara alınmadığından mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.” (bkz. Esin, Kemal, Devlet ve Şahıs Mallarına Karşı İşlenen Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 1987, s. 570).

<sup>24</sup> Önder, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 1989, s. 96, Yazar'a göre, suçtan husule gelen eşya, suç tipinde belirtilmiş olan unsurların gerçekleştirilmesinden ve bunun doğrudan doğruya ortaya çıkardığı eşyadır. Yazar'ın ifadesi ile “dolayısıyla elde edilen eşya”, yani suçun işlenmesi suretiyle elde edilen menfaatlerin değerlendirilmesi ile ortaya çıkan menfaatler suçtan husule gelmiş değildir. Örneğin, çalınan para ile alınan eşya gibi; Aynı görüşte bkz. Gözübüyük, C. 4, s. 796; karşı görüşte Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1995, no. 459; Erem, C. 2, s. 1265, Yazarlar'a göre, burada genişletici yorum yapılarak, suç ürünü olan eşyanın satılmasından ya da değiştirilmesinden veya bununla yatırım yapılmasından elde edilen para ve sair eşya da suçtan husule gelen eşya kapsamında değerlendirilmelidir. Kanunkoyucunun bu fiili suç saymaktaki amacı dikkâte alındığında genişletici yorum yapılması zorunludur; Aynı görüşte bkz. Aydın, Öykü D., “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası'nda Müsadere”, AÜHF.M., C. 43, 1993/1-4, s. 149.

<sup>25</sup> *Yargıtay CGK, 2.3.1987 tarih ve 5-464/84 sayılı kararında*, “sanık (M) nin reşit olan mağdureyi kaçırma eylemine sağlamak için sanık (H) ya verdiği 50.000 TL. suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanmış veya suçtan husule gelen eşya sayılmayacağından” ifadesini kullanmıştır (Savaş, Vural / Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 1, Ankara 1994, s. 435); Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar doktrinde eleştirilmiş ve kararda belirtilen meblağın “suçtan husule gelen eşya” olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu para suça iştirak edene verilmese idi fail suça iştirak etmeyecek idi ise yani suça iştirak ile sağlanan menfaat arasında illiyet bağı mevcut ise fail ve/veya şeriklere sağlanan menfaat suçtan husule gelen eşyadır (Gökçen, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, DEÜ Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No. 49, Ankara 1994, s. 97).

Dönmezer, no. 459; Erem, C. 2, s. 1265, Yazarlar'a göre; azmettiren tarafından verilen para ve sair eşya ile bunun satılmasından ya da değiştirilmesinden veya bununla yatırım yapılmasından elde edilen para ve sair eşya da suçtan husule gelen eşya kapsamında değerlendirilmelidir; aynı yönde bkz. İçel, Kayıhan / Sokullu-Akıncı, Füsün / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoğlu, Fatih S. /

## Kara Paranın Aklanması Suçu

husule gelme” kavramına, doktrindeki bazı yazarlar ve Yargıtay kararlarında verilen anlam gözönünde bulundurulduğunda karapara aklamanın önlenmesi bakımından yetersiz kalmaktadır.

Diğer taraftan; TCK’nun 512. maddesinde yer alan “sair eşya” kavramının yol açtığı tartışmalardan biri gayrimenkul malları kapsamına alıp almadığıdır. Dönmezer, Gözübüyük, Erem, Savaş / Mollamahmutoğlu’na göre<sup>26</sup>; madde metninde “para veya sair eşya” denildiğine göre, bu suçun konusu ancak taşınabilir mal olabilir. Yazarlara göre gayrimenkuller bakımından TCK’nun 512. maddesi uygulanamaz. Buna karşılık karapara aklanmada sıkça başvurulan yöntemlerden biri de gayrimenkullere yatırım yapılmasıdır<sup>27</sup>. Bu itibarla “sair eşya” kavramının niteliğinin belirlenmesinde, TCK’nun 512. maddesi karapara aklamanın önlenmesi bakımından yetersiz kalmaktadır.

### 3. Suçun Önşartları Açısından

Suçun önşartları açısından TCK’nun 512. maddesinin karapara aklamanın önlenmesi bakımından yeterli bir düzenleme olup olmadığı iki ayrı açıdan ele alınmalıdır: Bunlardan birincisi, evvelce işlenen bir cürüm bulunması; ikincisi ise, failin evvelce işlenen cürme iştirak etmemiş olmasının aranmasıdır.

#### a. Evvelce İşlenen Bir Cürüm Bulunması

TCK’nun 512. maddesindeki “eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak” suçunun oluşabilmesi için; “para veya sair menfaat”in evvelce işlenen bir cürümden elde edilmiş olması şarttır. 4208 sayılı Kanun’a baktığımızda ise suçun konusunu oluşturan karaparanın; 2 (a) maddesinde sayılan kanun ya da kanun maddelerinde yer alan fiillerin işlenmesi neticesinde elde edilmiş olması şarttır. İşte TCK’nun 512. maddesindeki “eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak” suçu ile 4208 sayılı Kanun’da düzenlenen karapara aklama suçu arasında, ortada daha önce işlenen bir suçun bulunması noktasında benzerlik vardır. Fark, 4208 sayılı Kanun’un 2 (a) maddesinde karaparaya kaynaklık edecek olan suçların tahdidi olarak sayılmış olmasıdır. TCK’nun 512. maddesinde ise, böyle bir tahdidi sayım bulunmayıp; sadece işlenen suçun “cürüm” olması şartı aranmıştır.

---

Ünver, Yener, Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 138.

<sup>26</sup> Dönmezer, no. 459; Gözübüyük, C. 4, s. 796; Erem, C. 2, s. 1266; Savaş/Mollamahmutoğlu, C. 4, s. 5331-5332; Aynı görüşte Akdağ, Selami, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1976, s. 845; Özütürk, Nejat, TCK Şerhi ve Tatbikatı, C. 3, İstanbul 1970, s. 526.

<sup>27</sup> Karapara Aklama Tipolojileri, s. 32.

Ancak hemen belirtilmesi gerekir ki; mevcut düzenleme karşısında 4208 sayılı Kanun'un 2 (a) maddesinde tahdidi olarak sayılan suçlar dışında kalan cürümler neticesinde elde edilen menfaatler, bir başka deyişle “gri para” hakkında TCK'nun 512. maddesi uygulanmaya devam edecektir. Çünkü 4208 sayılı Kanun, bu kanunda sayılan suçlar neticesinde elde edilen menfaatlere ilişkin olup; “gri para” yı kapsamamaktadır. Bu nedenle, genel nitelikte düzenleme olan TCK'nun 512. maddesi “gri para” için uygulanabilecektir. Böylece 4208 sayılı Kanun'un 2 (a) maddesinde suçların tahdidi olarak sayılmış olmasının doğurduğu sakıncalar bir ölçüde bertaraf edilmiş olmakta ve fakat beraberinde başka bir sakıncayı gündeme getirmektedir. Bu sakınca maddi unsurla bağlantılı olması açısından aşağıda incelenecektir.

#### b. Failin Evvelce İşlenen Cürme İştirak Etmemiş Olması

TCK'nun 512. maddesi incelendiğinde, evvelki cürmün işlenmesine iştirak etmemiş olmak şartıyla herkes bu suçun faili olabilir. Evvelki cürmün işlenmesine iştirak eden kimsenin suçtan husule gelen para ve sair eşyadan istifadesi ise bu suçun doğal sonucu sayılmaktadır<sup>28</sup>. TCK'nun 512. maddesi getirdiği bu düzenleme ile karapara aklamının önlenmesinde yetersiz kalmaktadır. Çünkü karapara aklamadaki temel amaç, suçtan elde edilen maddi menfaatlere yasal görünüm kazandırmaktır. Suçtan elde edilen menfaatler, yani karapara herşeyden önce elde edenler tarafından aklanmaya çalışılacaktır.

Diğer taraftan, yukarıda “gri para” hususunda ifade edilmeye çalışılan sakıncalar burada da gündeme gelecektir. Gri para elde edenlerin, bu paraya yasal görünüm kazandırmak istemeleri durumunda “evvelki cürmün işlenmesine iştirak etmemiş olmak” şartı arandığı için TCK'nun 512. maddesine göre cezalandırılabilmesi önündeki engellerden biri de kalkmış olacak ve haksız bir durum yaratılmış olacaktır.

#### 4. Maddi Unsur Açısından

TCK'nun 512. maddesinde yer alan “eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak” suçunun maddi unsuru “kabul etmek”, “saklamak”, “satın almak”, “kabul etmek, saklamak ve satmak fiillerine aracılık etmek” fiillerinden ibarettir.

Karapara aklamadaki amaç, karaparanın finansal sisteme sisteme sokularak yasal görünüm kazandırılmasıdır. Karaparaya yasal görünüm kazandırılması, karaparanın kaynak ve niteliğinin değiştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Örneğin, uyuşturucu madde ticaretinden elde edilen karaparanın, hayali ihracat yapılarak ihracat geliri gösterilmesi gibi. TCK'nun 512. maddesinde düzenlenen eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak suçunun maddi unsuru, sözkonusu fiili içine almamaktadır. Bunun dışında, “cürümden

<sup>28</sup> Erem, C. 2, s. 1264.

## Kara Paranın Aklanması Suçu

husule gelme” kavramının Yargıtay kararlarında ve doktrinde dar bir şekilde yorumlanması; karaparanın kaynak ve niteliğinin değiştirilmesi fiilinin TCK’nun 512. maddesi kapsamında değerlendirilmesine de engeldir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 4208 sayılı Kanun; sadece bu kanunda sayılan suçlar neticesinde elde edilen karaparaya ilişkin olup, “gri para” yı kapsamamaktadır. Dolayısıyla gri para hakkında TCK’nun 512. maddesinin uygulanması gündeme gelecektir. Ancak TCK’nun 512. maddesi maddi unsur açısından dar kapsamlı bir düzenleme olduğu için, gri paraya yasal görünüm kazandırılması (gri paranın aklanması) amacını taşıyan fiillerin pekçoğu “kanunilik ilkesi” gereği bu maddeye göre suç teşkil etmeyecektir. Bu bağlamda aklayıcılar; hem 4208 sayılı Kanun’un hem de TCK’nun 512. maddesinin eksikliklerinden faydalanarak haksız menfaat sağlamakla kalmayacak, haklarında ceza kovuşturması da yapılamayacaktır. Bu durumun haksız uygulamalara sebebiyet vereceği açıktır.

### 5. Yaptırım Açısından

TCK’nun 512. maddesi, yaptırım açısından karapara aklamının önlenmesi bakımından yetersiz bir düzenlemedir. İlk olarak, hapis cezasının yukarı haddi üç yıl olarak belirlenmiş ve fakat her halükârda asıl fiil için verilecek cezanın üçte birini geçemeyeceği öngörülmüştür. Ayrıca evvelce işlenen suçun “ağır hapis” cezasını gerektiren bir cürüm olması durumunda, TCK’nun 512. maddesindeki suçu işleyen ve haksız menfaat sağlayan faile sadece “hapis” cezasının verilmesi ile yetinilmesi çelişkili bir durumdur. İkinci olarak, belirtilen ağır para cezası iki had arasında belirlenen (mütevafit) para cezası niteliğinde olup; evvelki cürmün işlenmesinden elde edilen para ve sair eşyanın değeri dikkâte alınmamıştır.

Karapara aklama sürecinde aklanan karapara miktarı, olağanüstü miktarlarda olup ülkelerin finansal sistemlerini ve globalleşmeyle bağlantılı olarak dünya ekonomisini etkileyebilecek düzeydedir. İşte bu durum karşısında sadece TCK’nun 512. maddesinde belirtilen yaptırımın uygulanması ile yetinilmesi cezanın caydırıcı ve önleyici olma fonksiyonu ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla TCK’nun 512. maddesi, öngördüğü yaptırım açısından karapara aklamının önlenmesinde yetersiz kalmaktadır.

## II. TÜRK CEZA KANUNU’NUN 296. MADDESİNİN KARAPARA AKLAMANIN ÖNLENMESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin araştırılması ve âdil bir yargıya varılmasıdır. Suçların işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatler, suçun eser ve delili olarak kabul edilmektedir. Suç işlenerek elde edilen maddi menfaatlere yasal görünüm kazandırılması; aynı zamanda suç delillerinin gizlenmesi, değiştirilmesi niteliğini taşımaktadır. Şöyle ki: Karapara



aklamadaki temel amaç; bu menfaatin kaynağını oluşturan suçtan dolayı ceza kovuşturması yapılması ve bu menfaatin müsadere edilme tehlikesini bertaraf etme ihtiyacı karşısında karaparaya yasal bir görünüm kazandırmaktır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için karapara aklama sürecinde, evvelce işlenen suçlardan elde edilen maddi menfaatler teknolojinin de gelişmesiyle oldukça karmaşık yapıda çeşitli yöntemler kullanılarak hızlı bir şekilde transfer edilmekte ve/veya başkaca ekonomik değerlere dönüştürülmekte, bu suretle karaparanın izinin bulunması güçleştirilmekte, hatta imkânsız hale getirilmektedir. Karapara aklama sürecinin başarı ile tamamlanması olasılığı karşısında, bu menfaatlerin kaynağını teşkil eden suçlardan dolayı ceza kovuşturması yapılamaması veya yapılacak olan ceza kovuşturmasının sonuçsuz kalması, dolayısıyla bu menfaatlerin müsadere edilememesi sözkonusudur. Bu bağlamda, suçların işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatlere yasal görünüm kazandırılması suç delillerinin gizlenmesi, değiştirilmesi niteliğinde olup; maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını ve adil bir yargıya varılmasını engeller niteliktedir.

“Fiili yardım” olarak nitelendirilen TCK’nun 296. maddesindeki “cürmün delillerini yok etmek” suçunun maddi unsurunu oluşturan “cürmün eser ve delillerini yok etmek, değiştirmek, bozmak” fiilleri; karapara aklama fiilini de kapsar şekilde değerlendirilebilecek niteliktedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, karapara aklamanın önlenmesi, özünde organize suçlulukla mücadele amacına yönelik olup; sadece adliye değil, kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu idaresi, finansal sistem vs. çeşitli hukuki menfaatler korunmak istenmektedir. TCK’nun 296. maddesinin düzenleniş şekli itibarı ile, karapara aklamanın önlenmesi ile korunması amaçlanan sözkonusu hukuki menfaatlerin tümünü ortak bir biçimde koruduğunu söylemek mümkün değildir.

Ayrıca, TCK’nun 296. maddesindeki “cürmün delillerini yok etmek” suçunun faili, ancak önceki cürmün işlenmesine iştirak etmemiş üçüncü kişiler olabilir. Karapara aklama fiili ise; temel suça fail veya şerik sıfatı ile iştirak etmiş kişiler tarafından da işlenebilir. Dolayısıyla, TCK’nun 296. maddesi; fail açısından, karapara aklama fiilini önlemede yetersiz kalmaktadır.

### **§ 3. 4208 SAYILI KANUN’A GÖRE KARAPARA AKLAMA SUÇU**

#### **I. GENEL OLARAK**

Türk hukukunda 4208 sayılı Kanun; karapara ve karapara aklama kavramlarını tanımlayıp, bir suç tipi olarak düzenleyen ilk yasal düzenleme olma özelliğine sahiptir<sup>29</sup>. 4208 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce,

<sup>29</sup> Türk Hukukunda, karaparanın aklanmasının önlenmesi kapsamında ilk olarak 1996 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararı ile Bankaların Müşterilerinin

## Kara Paranın Aklanması Suçu

karapara aklama fiilini suç tipi olarak düzenleyen yasal bir düzenlemenin bulunmaması, finansal sistem içerisinde karaparanın aklanmasına uygun bir zemin hazırlamıştır<sup>30, 31</sup>.

---

Kimliklerini Tespit Yükümlülüğü Hakkında Yönetmelik (4.9.1996 tarih ve 22747 sayılı RG) çıkarılmıştır. Söz konusu Yönetmelik ile bankalar için 1 milyar Türk Lirasını aşan işlemlerde müşterilerinin kimliklerini tespit ve beş yıl süre ile saklama zorunluluğu getirilmiştir. Yine 1996 tarih ve 4213 sayılı Kıymetli Maden ve Ziyet Eşyası Hakkında Kanun (1.12.1996 tarih ve 22834 sayılı RG) ile bir defaya mahsus olmak üzere kıymetli maden ve taşların beyan edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. 4213 sayılı Kanun ile kayıtdışı kıymetli maden ve taşlar kaynağı ne olursa olsun kayıt içine alınmak istenmiştir. Söz konusu düzenlemeler, doğrudan doğruya karaparanın aklanmasının önlenmesine yönelik değildir. Ancak dolaylı da olsa karaparanın aklanmasının önlenmesi sonucunu doğurmaktadır.

Türkiye’de karapara mevzuatı; esas olarak 4208 sayılı “Karaparanın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun” (19.11.1996 tarih ve 22822 sayılı RG), “Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” (2.7.1997 tarih ve 23037 sayılı RG), kimlik tespitini düzenleyen “MASAK’ın 1 No’lu Genel Tebliği” (31.12.1997 tarih ve 23217 sayılı RG), şüpheli işlem bildirimini düzenleyen “MASAK’ın 2 No’lu Genel Tebliği” (31.12.1997 tarih ve 23217 sayılı RG), kontrollü teslimatı düzenleyen “Kontrollü Teslimat Uygulaması Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik”den (15.9.1997 tarih ve 23111 sayılı RG) oluşmaktadır.

<sup>30</sup> Kuban, Oktay, “Karapara Aklama Suçu”, AD, Yıl. 92, Nisan 2001/7, s. 94; İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesinin 1988/191 E., 1993/120 K. sayılı ilamında; “sahte devlet tahvili piyasaya süren sanıkların bankalarda büyük miktarlarda para sirkülasyonunu sağlamak için, bankalarda başkası adına hesap açtırmak, sahte vekaletname ile para çekmek gibi bankalar nezdinde yaptıkları sahtecilik suçlarının, sahte devlet tahvillerinin piyasaya sürülmesinden elde edilen gelirin kaçırılıp saklanması ve bir anlamda kara paranın aklanmasına yönelik olarak gerçekleştirildiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.” Söz konusu kararda karaparanın aklanması dikkâte alınmış olmakla birlikte; karaparanın aklanması fiili henüz kanunlarda suç olarak tanımlanmadığı için herhangi bir cezai müeyyide öngörülmemiştir (bkz. Özşuca, Hatice Banu, Avrupa Topluluk Hukukunda Bankaların Kara Paranın Aklanması İçin Kötüye Kullanılmaktan Korunması, YL Tezi, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Toplulukları ABD, Ankara 1993, s. 107, dn. 3)

<sup>31</sup> Aynı şekilde 4208 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, Uluslararası Uyuşturucu Madde Denetimine İlişkin 1993 tarihli bir raporda, Türkiye’de karaparanın aklanmasının suç oluşturmadığına ve uyuşturucu madde kaçakçılığı ile ilgili karapara aklayıcıları aleyhine dava açılmasını öngören bir

4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesinde karapara aklama suçu şu şekilde tanımlanmıştır: "Türk Ceza Kanununun 296. maddesinde belirtilen haller haricinde, bu maddenin (a) bendinde sayılan fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen karaparanın elde edenlerce meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi, bu yolla elde edildiği bilinen karaparanın başkalarınca iktisap edilmesi, bulundurulması; elde edenlerce veya başkaları tarafından kullanılması, kaynak veya niteliğinin veya zilyed ya da malikinin değiştirilmesi, gizlenmesi veya sınır ötesi harekete tabi tutulması veya bu hareketin gizlenmesi, yukarıda belirtilen suçların hukuki sonuçlarından failin kaçmasına yardım etmek amacıyla kaynağının veya yerinin değiştirilmesi veya transfer yoluyla aklanması veya karaparanın tespitini engellemeye yönelik fiiller" dir.

Karapara aklama suçunun oluşması bakımından, temel suçtan dolayı verilen bir mahkumiyet kararı gerekli olmayıp; mahkeme temel suçun işlenip işlenmediğini ve aklamaya konu menfaatlerin bu suçun işlenmesinden elde edilip edilmediğini nisbî muhakeme ile belirleyecektir. Yeter ki, ortada temel suçun unsurları itibarı ile oluşmadığına dair kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmasın. Temel suçun tüm unsurları ile oluştuğunun ve menfaatin bu suçtan kaynaklandığının yargısal olarak sabit olması halinde, temel suçun failinin bilinip bilinmemesinin, failin şahsi cezasızlık nedeninden yararlanmasının, temel suçun takibi bir kovuşturma şartının gerçekleşmesine bağlı olup da kovuşturma şartının gerçekleşmemesinin, temel suçun dava zamanaşımına uğramasının veya genel af kapsamında olmasının karapara aklama suçunun oluşumu bakımından bir önemi yoktur. Ancak temel suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni var ise, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle fiil suç oluşturmayacağından karapara aklama suçunun oluştuğundan da sözedilemeyecektir<sup>32</sup>.

## II. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

4208 sayılı Kanun'un yapılmasında esas alınan 1988 tarihli BM Viyana Konvansiyonu'nda, uyuşturucu ve psikoaktif maddelerin yasadışı yollardan üretilip satılmasının toplumların ekonomik, kültürel ve siyasal yapılarına zararlı etkilerde bulunduğu; toplumların güvenlik ve istikrarını tehdit ettiği; organize suç örgütlerinin güçlenerek devletin yapısına ve topluma nüfuz etmek suretiyle toplumsal düzenin bozulmasına yol açtığı ifade edilmiştir. BM Viyana Konvansiyonu ile organize suç örgütlerinin, uyuşturucu ve psikoaktif madde

---

yasanın Türk hukukunda bulunmadığına dikkât çekilmiştir (International Narcotics Control Strategy Report-Executive Summary, April 1993, s. 143).

<sup>32</sup> Temel suçun varlığına ilişkin sorunlar için bkz. Kocasakal, s. 350-361.

## Kara Paranın Aklanması Suçu

kaçakçılığında elde ettikleri gelirden mahrum edilmeleri ve bu suçun işlemelerine neden olan temel sâikin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır<sup>33</sup>.

Aynı şekilde 1990 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Zaptedilmesi ve Müsadere Edilmesine İlişkin Strasbourg Konvansiyonu'nun "giriş" bölümünde, bu sözleşmenin yapılmasındaki amaç "toplumun korunması amacıyla yönelik olarak ortak bir ceza politikası takip edilmesi ihtiyacına kani olarak; giderek artan ölçüde uluslararası bir sorun olan ağır suçlara karşı mücadelenin uluslararası düzeyde modern ve etkin yöntemleri gerektirdiğini göz önünde tutarak, bu yöntemlerden birisinin, suçluların suçtan kaynaklanan gelirlerden mahrum edilmeleri olduğunu göz önünde tutarak, bu amaca

---

<sup>33</sup> Kaçar, Hamza, Tüm Yönleriyle Karapara Mevzuatı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 1999, s. 317-318, BM Viyana Konvansiyonu'nun "giriş" bölümü şöyledir :

"Bireylerin sağlık ve refahını ciddi bir biçimde tehdit eden ve toplumun ekonomik, kültürel ve siyasal temellerine zararlı etkileri olan uyuşturucu ve psikotrop maddelerin yasadışı üretimi ve talebi ile kaçakçılığının yaygın boyutlarından ve gösterdiği artıştan derin endişe duyarak,

Ölçülemeyecek boyutlara ulaşan bir tehlike oluşturan uyuşturucu ve psikotrop madde kaçakçılığının sürekli bir şekilde toplumdaki çeşitli gruplar içinde gittikçe yaygınlaşmakta olmasından ve özellikle çocukların dünyanın bir çok bölgesinde bir uyuşturucu madde tüketici pazarı olarak sömürülmesi ve uyuşturucu ve psikotrop maddelerin yasadışı üretim, dağıtım ve ticaretinde kullanılmasından endişe duyarak,

Devletlerin yasal ekonomilerinin temellerini çökerten ve egemenlik, güvenlik ve istikrarını tehdit eden kaçakçılık ile diğer benzer örgütlü suçlar arasındaki bağların varlığını kabul ederek,

Kaçakçılığın, ortadan kaldırılması amacıyla, ivedi önlemler alınmasını ve birinci öncelik verilmesini gerektiren uluslararası bir suç olduğunu da kabul ederek,

Kaçakçılığın; ülkeler ötesi suç örgütlerinin Devletin yapısına, yasal mali ve ticari faaliyetlere ve topluma her düzeyde nüfuz etmesine, bozmasına, yoldan çıkarılmasına imkan veren büyük mali kâr ve servet sağladığının bilincinde olarak,

Kaçakçıları bu suçlardan sağladıkları kazançlardan mahrum ederek, kaçakçılık yapmalarına neden olan temel saiki böylece ortadan kaldırmaya kararlı olarak,

Uyuşturucu ve psikotrop maddelerin kötüye kullanılması sorununun temelinde yatan nedenleri ve özellikle bu maddelere olan yasadışı talebi ve kaçakçılığında elde edilen büyük kazançları ortadan kaldırmayı arzu ederek"

İfadeleri kullanılmak suretiyle bu sözleşmenin yapılmasındaki temel amaçlar ortaya konulmuştur.

erişilmesi için iyi bir şekilde işleyen uluslararası işbirliği sisteminin kurulması” olarak belirtilmiştir<sup>34</sup>.

4208 sayılı Kanun’un gerekçesinde ise; “günümüzde, özellikle uyuşturucu ve psicotrop maddeler ile silah kaçakçılığı, terörizm, çocuk ve genç kadın ticareti, adam kaçırma, şantaj ve benzer yüksek kazanç sağlayan ve genelde örgüt meydana getirmek suretiyle işlenen suçların önlenmesi ve faillerinin cezalandırılmalarının yanı sıra, bu tür eylemleri cazip hale getiren suç doğurduğu kazançlara el konularak, suçları işleyip yakalanamayan kişilerin veya bunların yakalananların cezai takibattan kurtulan suç ortaklarının ekonomik yönden yasa dışı yollarla güçlenmeleri ve dolayısıyla aynı tür suçları işleme olanaklarını ortadan kaldırmak gerektiği, organize suç örgütleri ile ülkemizin özellikle Güney ve Güneydoğu bölgelerinde ve Avrupanın çeşitli ülkelerinde demokratik sistemi, insan haklarını hiçe sayarak faaliyet gösteren terör örgütlerinin yasa dışı iktisadi faaliyetlerden elde ettiği gelirlerle varlığını sürdürdüğü” ifade edilmiştir<sup>35</sup>.

4208 sayılı Kanun’un amacı, kural olarak organize suçlulukla mücadeledir. Karaparanın aklanması, ulusal ve uluslararası boyutta faaliyet gösteren organize suç örgütlerine finansal kaynak sağlamakta ve organize suç örgütlerinin büyümesi ve güçlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Başka bir deyişle, organize suç örgütleri karapara ile beslenmektedir. Karaparanın desteği ile büyüyen ve güçlenen organize suç örgütleri; yukarıda da belirtildiği üzere, ülkenin finansal sistemi, kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu idaresi, adliye için ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Buna göre, karapara aklama fiilinin yasada suç olarak düzenlenmesi ile korunan hukuki menfaat, sonuçta kamu düzenidir<sup>36</sup>.

### III. SUÇUN KONUSU

Karapara aklama suçunun konusu; temel bir suçun işlenmesinden kaynaklanan malvarlığı değerleri, bir başka deyişle karaparadır. Karapara aklama suçunun oluşabilmesi için, karaparanın 4208 sayılı Kanun’un 2 (a) maddesinde tahdidi olarak sayılan kanun ya da kanun maddelerinde yer alan suçlardan birinin işlenmesi neticesinde elde edilmiş olması şarttır. 4208 sayılı Kanun’da, kazuistik metodla hangi suçlardan elde edilen menfaatlerin karapara sayılacağı tek tek belirlenmiştir<sup>37</sup>. 4208 sayılı Kanun’da karaparaya kaynaklık

<sup>34</sup> [http://www.foreignpolicy.org.tr/tr/ant/aas\\_141.html](http://www.foreignpolicy.org.tr/tr/ant/aas_141.html), 25.9.2001; Kaçar, s. 355.

<sup>35</sup> TBMM Tutanak D, Dönem: 20, Yasama Yılı: 2, C. 13.

<sup>36</sup> Kocasakal, s. 328-329.

<sup>37</sup> 4208 sayılı Kanun’un 2 (a) maddesine göre; “karapara” kavramı,  
“1. 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunundaki,  
2. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanundaki,

## Kara Paranın Aklanması Suçu

edecek suçlar bakımından yapılan tahdidi sayım beraberinde birçok sakınca getirmekte ve doktrinde eleştirilere yol açmaktadır. Şöyle ki;

TCK'nun ikinci kitabının birinci babında “devletin şahsiyetine karşı cürümler” başlığı altında birinci fasılda devletin arsiulusal şahsiyetine karşı cürümler (TCK m. 125-145), ikinci fasılda devlet kuvvetleri aleyhine işlenen cürümler (TCK m. 146-162), üçüncü fasılda ise ecnebi devletlerle bunların reis ve elçileri aleyhinde işlenen cürümler (TCK m. 164-173) düzenlenmiştir. Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümler (TCK m. 125-173), 4208 sayılı Kanun'un 2 (a) maddesinin 9 numaralı alt bendinde karaparaya kaynaklık edecek suçlar arasında sayılmıştır. TCK'nun 125 ve 173. maddeleri arasında düzenlenen suçlar, devlet düzeni aleyhine işlenen suçlardır. Soyaslan'a göre; devletin şahsiyetine karşı cürümler, devletin varlığını bütünlük içinde sürdürmesine ilişkin menfaatleri korudukları için devletin politik menfaatlerine karşı suçlar olarak anlaşılmalıdır. Devletin şahsiyetine karşı cürümler, bir siyasi ideolojinin devlet olarak kurumsallaşmasını korumaktadırlar. Bu nedenle hukuki konuları itibarıyla siyasi nitelikte suçlardır<sup>38</sup>. Devletin şahsiyetine karşı

---

3. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, ve Nakli Hakkındaki Kanundaki,

4. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkındaki Kanundaki,

5. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359 uncu maddesinin (b) fıkrasındaki,

6. 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki,

7. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47 nci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (1) ila (7) numaralı alt bentlerindeki,

8. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tasfiyeye tabi tutulan bankalara dair iflas ve konkordatoya ilişkin olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 333 üncü maddesindeki,

9. 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümler ve aynı Kanunun 179, 192, 211 ilâ 220, 264, 316, 317, 318, 319, 322, 325, 332, 333, 335, 339, 341, 342, 345, 250, 403, 404, 406, 435, 436, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 504 ve 506 ncı maddelerindeki,

Fuillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değeri” ifade eder.

<sup>38</sup> Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 1997, s. 621.

cürümlerin işlenmesindeki sâik; maddi menfaat elde etmek değil, kurulu devlet düzenini bozmaktır<sup>39</sup>.

Buna karşılık 4208 sayılı Kanun, TCK'nun ikinci kitabının birinci babında "devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler" başlığı altında düzenlenen ve işlenmesi neticesinde maddi bir menfaat elde edilmesi muhtemel olan suçların önemli bir kısmını kapsamamaktadır. Sözelimi zimmet (TCK m. 202-203), devlet alım satımına fesat karıştırma (TCK m. 205), memurun devlet alım-satım işlerinde menfaat temini (TCK m. 208), irtikap (TCK m. 209), görevi ihmal (TCK m. 230), resmi nüfuz ticareti (TCK m. 278) vs. 4208 sayılı Kanun kapsamında yer almamaktadır. Bu suçlarda haksız bir menfaat temini suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Bu suçların işlenmesi maddi bir menfaat temin etme sâiki vardır. Belirtilen bu suçlar, yaygın olarak işlenen ve karaparaya kaynaklık eden en önemli suç grubudur<sup>40</sup>.

Yağma (TCK m. 495), senedin yağması (TCK m. 496), korkutarak faydalanma (TCK m. 498), adam kaldırma (TCK m. 499) suçlarının işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatler karapara olarak nitelendirildiği halde; hırsızlık (TCK m. 491), dolandırıcılık (TCK m. 503), emniyeti suistimal (TCK m. 508-510) suçlarının işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatler karapara sayılmamıştır<sup>41</sup>.

Dikkâte değer olan bir başka husus, karapara aklamının önlenmesi çerçevesinde yapılan yasal düzenlemelerin temel gayesinin 4208 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere organize suçlulukla mücadele olmasına rağmen, 4208 sayılı Kanun'un 2 (a) maddesinde 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri İle Mücadele Kanununun gösterilmemiş olmasıdır. Buna göre 4422 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilebilecek olan haksız menfaatler hukuki anlamda karapara olarak nitelendirilemeyecektir. Bu durum 4208 sayılı Kanun'un ruhuna, başka bir deyişle kanunkoyucuyu bu kanunu yapmaya götüren amaca (ratio legis) aykırıdır<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Kocasakal, s. 347-348.

<sup>40</sup> TCK'nun 211-220. maddelerinde düzenlenen ve devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler arasında yer alan rüşvet suçları, 2.1.2003 tarih ve 4782 sayılı Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (11.1.2003 tarih ve 24990 sayılı RG) ile 4208 sayılı Kanun'un 2 (a) maddesinin 6. bendine eklenmiştir. 4782 sayılı Kanun ile rüşvet suçları açısından bu sakınca giderilmiştir.

<sup>41</sup> Gümüşkaya, s. 146; Mavral, s. 130.

<sup>42</sup> Kocasakal, s. 349.

## Kara Paranın Aklanması Suçu

Belirtilmesi gerekir ki, 4208 sayılı Kanun'da hangi suçların işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatlerin karapara sayılacağı hususunda kanunkoyucunun hangi kriteri esas aldığını tespit etmek mümkün değildir. 4208 sayılı Kanun, işlenmesi neticesinde maddi menfaat elde edilmesi mümkün olan suçların önemli bir kısmını içine almadığı gibi; kazuistik metodun benimsendiği hallerde bunun sözkonusu olması da mümkün gözükmemektedir.

Diğer taraftan ekonomik, sosyal ve teknolojik değişimler insan hayatını kolaylaştırmakla birlikte kötüye kullanılmak suretiyle haksız menfaatler elde edilmesine yahut haksız olarak elde edilen maddi menfaatlere yasal görünüm kazandırılmasına yönelik fiillerin gerçekleştirilmesine de imkân sağlamaktadır. Mevzuatın mevcut düzenlemesinin yetersizliği veya eksikliği sözkonusu fiillerin kanunlarda yeni bir suç tipi olarak tanımlanması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Sözgelimi internet suçları sonucunda haksız menfaat elde edildiği gibi; suçtan elde edilen maddi menfaatlere internet vasıtası ile meşruiyet kazandırıldığı yeni olmasına rağmen bilinen bir yöntemdir.

4208 sayılı Kanun'da suçların tahdidi olarak sayılmasının neden olacağı sorunlardan biri de, işlenmesi neticesinde maddi menfaat elde edilmesi muhtemel olan yeni suç tiplerini kapsamına almamasıdır. Böyle bir ihtimalde kanun değişikliği yapılmak suretiyle 4208 sayılı Kanun'un 2 (a) maddesine sözkonusu suç tiplerinin eklenmesi gerekecektir. Ancak ülkedeki siyasal belirsizliğin, yasama faaliyetinin yavaş işleminin vs. bu süreci geciktireceği yahut birtakım siyasi mülahazalarla mümkün kılmayacağı açıktır. İşte bu durum 4208 sayılı Kanun'un uygulanmasında haksızlıklara sebebiyet verecektir. Kaldı ki; işlenmesi neticesinde maddi menfaat elde edilmesi muhtemel olan her yeni suç tipi için aynı sürecin tekrarlanmasının yasama organına gereksiz bir yük getireceği de unutulmamalıdır. Yine benzer şekilde 4208 sayılı Kanun'un 2 (a) maddesinde tahdidi olarak sayılan kanun ya da kanun maddelerinde yer alan suçlarda yapılacak olan bir değişikliğin 4208 sayılı Kanun'un uygulanmasında sorunlara neden olması kaçınılmazdır.

Kanaatimizce 4208 sayılı Kanun'un 2 (a) maddesindeki tahdidi sayımın neden olduğu sorunları bertaraf etmek için -2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin 2. ve 6. maddesinde olduğu gibi- cezanın türü ve miktarı bakımından bir kriter tespit edilmek suretiyle bu cezayı gerektiren suçlardan elde edilen menfaatlerin suça konu olacağı belirtilmesi yerinde bir çözüm olacaktır.

### IV. FAİL

Karapara aklama suçunun faili; temel suçun işlenmesine fail veya şerik sıfatıyla iştirak etmiş kişiler olabileceği gibi; temel suçun işlenmesine iştirak etmemiş üçüncü kişiler de olabilir.



4208 sayılı Kanun'un 7/IV. maddesine göre; "Bu suçların, tüzel kişilik bünyesinde işlenmesi halinde, üçüncü fıkranın (a) bendi hükmünün uygulanmadığı durumlarda, fiili gerçekleştiren yöneticiler hakkında da aynı cezalara hükmolünmekle birlikte, tüzel kişiler de beş yüz milyon liradan beş milyar liraya kadar para cezası ile cezalandırılır." Söz konusu düzenleme, karapara aklama suçunda açıkça tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngörmektedir. Karapara aklama suçunun, tüzel kişilik bünyesinde işlenmesi halinde; fiili işleyen yönetici hakkında, duruma göre 4208 sayılı Kanunun 7/I-III. maddesinde belirtilen cezalar uygulanacaktır. Ayrıca yöneticinin işlediği fiilden dolayı, tüzel kişi hakkında para cezasına hükmedilecektir. Burada, aynı fiilden dolayı hem fiili işleyen yönetici hem de fiilin bünyesinde işlendiği tüzel kişilik sorumlu tutulmaktadır. Tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin işledikleri suçlardan dolayı tüzel kişinin ceza sorumluluğunu kabul etmek –ki bu, dolaylı olarak tüzel kişinin bütün ortaklarının ve üyelerinin cezalandırılması anlamını taşır- ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibini ihlâl eder<sup>43</sup>.

Buna karşılık karapara aklama ile mücadelede etkinliği sağlamak, bu suçun işlenmesinde tüzel kişilerin bir araç olarak kullanılmasının önüne geçmek, tüzel kişilerin tüm ortak ve üyelerini karapara aklamaya karşı daha dikkâtlı olmaya sevk etmek için böyle bir düzenlemenin yapıldığı ileri sürülebilir. Kanundaki bu düzenlemenin, sayılan faydaları sağlayacağı açıktır. Özellikle de, karapara aklama suçundan dolayı tüzel kişinin ceza sorumluluğuna gidileceğini bilen diğer ortak ve yöneticiler, tüzel kişiliğin bu suçun işlenmesinde bir araç olarak kullanılması ihtimaline karşı daha dikkâtlı olacaklardır. Ancak, 4208 sayılı Kanunu daha etkin bir şekilde uygulamak amacıyla da olsa, tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna gitmek suretiyle dolaylı olarak fiilin işlenmesinde sorumluluğu bulunmayan ortak ve üyeleri cezalandırmak uygun bir çözüm değildir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi açık şekilde ihlâl edilmektedir.

#### V. MADDİ UNSUR

4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesinde karapara aklama suçunun maddi unsurunu oluşturan fiiller gösterilmiştir. Buna göre, karaparanın; meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi, iktisap edilmesi, bulundurulması, kullanılması, kaynak veya niteliğinin veya zilyed ya da malikinin değiştirilmesi, gizlenmesi veya sınır ötesi harekete tâbi tutulması veya bu hareketin gizlenmesi, suçun hukuki sonuçlarından failin kaçmasına yardım etmek amacıyla kaynağının veya yerinin değiştirilmesi veya transfer

<sup>43</sup> Ayrıntı için bkz. Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 97-110.

## Kara Paranın Aklanması Suçu

yoluyla aklanması veya karaparanın tespitini engellemeye yönelik fiiller bu suçun maddi unsurunu oluşturan fiillerdir.

### 1. Karaparanın Değerlendirilmesi

“Değerlendirme” kavramı; sadece değer kazandırmayı değil, karaparanın ekonomik değerini kaybetmesini ve yok olmasını önleyecek şekilde kullanılmasını ifade etmektedir. Elde bulunan maddi menfaatlerin ekonomik değerini koruması için yapılan her türlü işlem değerlendirme olarak kabul edilmektedir<sup>44</sup>. Sözelimi, döviz alınması, gayrimenkul yatırımları yapılması, menkul kıymet alınması vs. Ancak bu kapsamda yapılan işlemler sonucu, karaparanın değer kaybetmesi de mümkündür.

### 2. Karaparanın İktisap Edilmesi

Karaparanın tanımı içerisinde her türlü menkul ve gayrimenkul mal, hak ve menfaat girmektedir. Buna göre, karapara aklama suçunun oluşması için iktisap fiilinin; menkul veya gayrimenkul mallar üzerinde yahut bir hak veya menfaat ilişkisini tevsik eden bir vesika üzerinde gerçekleşmesi gerekir<sup>45</sup>. Karaparanın iktisap edilmesi, başka bir deyişle karapara kapsamında yer alan menfaatler üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması; doğrudan veya dolaylı olabileceği gibi, ivazlı ya da ivazsız da olabilir<sup>46</sup>. Ancak burada genellikle sözkonusu olan, gerçek anlamda bir iktisap değil; karaparanın kaynağını veya malikini gizlemek amacıyla yapılan görünüşte bir mülkiyet devridir<sup>47</sup>.

### 3. Karaparanın Bulundurulması

Karaparanın bulundurulması; karaparanın muhafaza edilmesini sağlamak, değerlendirilebilecek, kullanılabilir, transfer edilebilecek halde tutmak anlamına gelmektedir<sup>48</sup>. Bulundurmanın kabulü için; malik olmak gerekmediği gibi, fiziksel olarak yanında bulundurma da zorunlu değildir. Menfaatin, kişinin tasarrufu ve hakimiyet alanında olması yeterlidir. Menfaat, sözelimi bir banka veya bir başka finansal kurumda bulundurulabilir<sup>49</sup>. Aslında, karapara aklama suçunun maddi unsuru kapsamında yer alan diğer

---

<sup>44</sup> Çelik, Kuntay / Koçağra, Selen Işıl / Güler, Kadir, Karapara Aklama, MASAK Yayın No. 1, Ankara 2000, s. 37; Aydın, Fazıl, Mali Suçlar İle Mücadele Mevzuatının Değerlendirilmesi ve Diğer Ülkeler Uygulaması, YL Tezi, GÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye ABD., Ankara 2000, s. 60; Kuban, s. 104.

<sup>45</sup> Öngeoğlu, Abdurrahman, “Karapara Aklama Suçu”, Vergi Sorunları D, Yıl. 17, Ağustos 1998/119, s. 33.

<sup>46</sup> Kuban, s. 104.

<sup>47</sup> Kocasakal, s. 384.

<sup>48</sup> Öngeoğlu, s. 35.

<sup>49</sup> Kocasakal, s. 385.

fiillerin çoğu, zorunlu olarak önceden karaparanın bulundurulmasını gerektirmektedir.

#### 4. Karaparanın Kullanılması

“Kullanma” kavramından ne anlaşılması gerektiği açık olmamakla beraber, karapara üzerinde icrai nitelikte çeşitli tasarruflarda bulunma biçiminde anlaşılmalıdır. Sözgelimi, gayrimenkul yatırımları yapılması, ticari faaliyetlerde bulunma vs<sup>50</sup>. Kanaatimizce, karaparanın elde edenler veya başkaları tarafından zorunlu, faydalı veya lüks harcamalar yapılarak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüketilmesi ve karşılığında tatmin elde edilmesi “kullanma” olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü, burada karaparaya yasal görünüm kazandırma amacından ziyade, ihtiyaçların karşılanması amacıyla hareket edilmesi sözkonusudur<sup>51</sup>.

#### 5. Karaparanın Kaynak veya Niteliğinin Değiştirilmesi

Karaparanın kaynağı, 4208 sayılı Kanun’un 2 (a) maddesinde tahdidi olarak sayılan suçlardır. Karapara aklama yöntemleri kullanılarak, karaparanın sözkonusu suçlar neticesinde değil de yasal faaliyetler neticesinde elde edilmiş gibi gösterilmesi “karaparanın kaynağının değiştirilmesi” dir<sup>52</sup>. Örneğin, uyuşturucu ticaretinden elde edilen karaparanın; hayali ihracat yapılarak ihracat geliri gibi gösterilmesi yahut paravan veya göstermelik bir şirkete aktarılması şirket kârı gibi gösterilmesi ve bu kazancın beyan edilmesi vs.

#### 6. Karaparanın Zilyed veya Malikinın Değiştirilmesi

4208 sayılı Kanun’un 2 (b) maddesine göre; karaparanın zilyet veya malikinın, elde edenlerce veya başkaları tarafından değiştirilmesi karapara aklama suçunu oluşturmaktadır. Karapara aklayıcılar; karapara kapsamında yer alan menfaatleri akrabalarına, yakınlarına, iş ortaklarına ait banka hesaplarına yatırmakta veya muvazaalı işlemlerle bu kişilere devretmektedirler. “Şirinleme<sup>53</sup>” veya “parçalama” olarak adlandırılan karapara aklama yöntemi,

<sup>50</sup> Kocasakal, s. 386.

<sup>51</sup> Karşı görüşte bkz. Çelik/Koçağra/Güler, s. 37; Kuban, s. 105.

<sup>52</sup> Kocasakal, s. 387; Aydın, Fazıl, s. 63.

<sup>53</sup> Bu terim, Amerikan yetkilileri tarafından Florida’da yürütülen bir soruşturmada gelmiştir. Nakit işlem bildirim limitinin altındaki miktarlara bölünmüş karaparanın, çok sayıda bankaya ya da aynı bankanın şubelerine çok sayıda kişi tarafından yatırılmasının organize suç şebekesinin işi olduğu anlaşılmıştır. Floridalı yatırımcılar bu işi yapanlara “şirin” adını vermişlerdir. Çünkü büyük miktarlara ulaşan karaparanın, çok sayıda parçaya bölünerek, çok sayıda banka şubesine yatırılabilmesi için “şirinler” adlı çizgi filmdeki gibi

## Kara Paranın Aklanması Suçu

karaparanın zilyedinin değiştirilmesi esasına dayanmaktadır. “Parçalama” yönteminde karapara aklayıcı, karaparayı farklı kişiler adına açılan hesaplara yatırarak yetkililerden gizlemeye çalışmaktadır. Farklı kişiler adına açılan hesaplara yatırılan düşük miktardaki para dikkât çekmemektedir. Bu paralar, daha sonra çeşitli yöntemlerle finansal sisteme sokulmaktadır. Sonuçta karapara, asıl sahibine aklanmış şekilde geri dönmektedir<sup>54</sup>.

### 7. Karaparanın Gizlenmesi

Gizleme; 4208 sayılı Kanun’un 2 (a) maddesinde tahdidi olarak sayılan suçlardan elde edilen karaparanın, elde eden kişi veya bunu bilen üçüncü kişiler tarafından gizli bir yere konularak saklanmasıdır. Burada, karaparanın yasal faaliyetler neticesinde elde edildiğini göstermeye yönelik herhangi bir işlem yapılmaz. Karapara fiziksel olarak yetkililerden gizlenmeye çalışılır. Amaç, karaparanın yetkililerin dikkâtinden kaçırılması ve bir arama yapılması durumunda kolluk güçleri tarafından ele geçirilmesini önlemektir<sup>55</sup>. Sözelimi 1989 yılında Kolombiyalı uyuşturucu tacirlerinden biri yakalanmış ve sahibi olduğu milyonlarca doları finansal sisteme sokmayı başaramayınca toprağa gömmek zorunda kaldığı anlaşılmıştır<sup>56</sup>. Karapara, sözelimi banka kasasında bulundurulur da gizlenebilir.

### 8. Karaparanın Sınır Ötesi Harekete Tâbi Tutulması veya Bu Hareketin Gizlenmesi

Karaparanın sınır ötesi harekete tâbi tutulması, karaparayı elde edildiği ülkeden başka bir ülkeye götürmek demektir. Bu geçiş; sınır kapılarından kara yoluyla olabileceği gibi, deniz veya hava yoluyla da gerçekleştirilebilir<sup>57</sup>. Karaparanın kuryeler aracılığı ile nakli, kayıtdışı ekonominin yaygın olduğu ülkelerde sıkça kullanılan bir yöntemdir<sup>58</sup>. Karaparanın; sınırdan geçen araçların gizli bölmelerine, kişilerin üzerine veya çeşitli eşyaların içinde saklanarak nakledilmesi de mümkündür<sup>59</sup>.

---

“küçük insanlar” ordusuna ihtiyaç vardır (Ergül, Ergin, Karaparanın Aklanması ve Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 1998, s. 12 ).

<sup>54</sup> Çelik/Koçağra/Güler, s. 39.

<sup>55</sup> Öngeoğlu, s. 29.

<sup>56</sup> “Karaparanın Aklanması”, (çeviri, The Economist, 26 Temmuz 1997), Uzman Gözüyle Bankacılık D, Yıl. 5, 1998/20, s. 31.

<sup>57</sup> Öngeoğlu, s. 30; Aydın, Fazıl, s. 66.

<sup>58</sup> Örnek olay için bkz. Dilek Örnek İle İlgili İnceleme, [http://siyaset.bilkent.edu.tr/susurluk/tbmm/ornek\\_inceleme.html](http://siyaset.bilkent.edu.tr/susurluk/tbmm/ornek_inceleme.html), 25.9.2001.

<sup>59</sup> Çelik/Koçağra/Güler, s. 42.

Sınır ötesi harekete tâbi tutma fiili; karaparanın, sadece fiilen bir ülke topraklarından başka ülke topraklarına geçirilmesi olarak anlaşılmamalıdır. Karaparanın sınır ötesi harekete tâbi tutulması fiili; elektronik ağlar, bilgisayar sistemleri, bankacılık teknikleri kullanılarak havale veya transfer yoluyla da işlenebilir<sup>60</sup>.

### **9. 4208 Sayılı Kanun'un 2 (a) Maddesinde Belirtilen Fiillerin Hukuki Sonuçlarından Failin Kaçmasına Yardım Etmek Amacıyla Karaparanın Kaynağının veya Yerinin Değiştirilmesi**

Konumuz bakımından önemli olan nokta, TCK'nun 296. maddesi karşısında neden "faile yardım" fiili ile ilgili olarak özel bir düzenleme yapıldığı ve faile yardım amacını taşıyan fiilin neden karapara aklama suçu olarak nitelendirilmiş olduğudur<sup>61</sup>. Kanaatimizce bu düzenlemenin amacı, karapara aklamaya daha etkin bir şekilde mücadele edebilmektir. 4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesi incelendiğinde, belirtilen yardım fiilinin karaparanın takip edilmesini zorlaştırır nitelikte olduğu görülecektir. Yardım fiilinin konusu karapara'dır. Faile yardım için kaynağı veya yeri değiştirilen şey karaparanın kendisidir. Faile yardım etmek amacıyla işlenen ve karaparanın takip edilmesini güçleştiren sözkonusu fiil TCK'nun 296. maddesinden bağımsız olarak karapara aklama suçu sayılıp cezalandırılmak suretiyle bu amaç gerçekleştirilmek istenmektedir.

4208 sayılı Kanun düzenlemesinde, faili konu alan "kişisel yardım"<sup>62</sup>, yani "şahsi koruma"<sup>63</sup> yoktur. Başka bir deyişle, 4208 sayılı Kanun "cürüm işleyenleri saklamak" suçuna ilişkin olarak özel bir düzenleme getirmemektedir. Bu nedenle de, 4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesinde gösterilen fiillerden birini işlemeksizin, TCK'nun 296. maddesinde belirtilen fiillerden birini işlemek suretiyle faile şahsi yardımda bulunan kişi hakkında TCK'nun 296. maddesi uygulanabilecektir. Örneğin önceki suçun işlenmesinden sonra, bu suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan bir kimsenin; failin gizlenmesine yardım etmesi yahut saklandığı yeri yetkili mercilere haber

<sup>60</sup> Kocasakal, s. 389; Çelik/Koçağra/Güler, s. 41.

<sup>61</sup> Şiramun, Serpil, Kara Paranın Sermaye Piyasasında Aklanmasının Önlenmesi İçin Alınabilecek Tedbirler, SPK Araştırma Raporu, Aralık 1992, s. 10, Yazar'a göre; TCK'nun 296. maddesi, karapara aklamanın suç haline getirilmesini öngören BM Viyana Konvansiyonu, 91 / 308 / EEC sayılı Avrupa Konseyi Direktifi ve diğer uluslararası düzenlemelerde yer alan hükümleri karşılamaktan uzaktır.

<sup>62</sup> Savaş, Vural / Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 2, 1. Baskı, Ankara 1995, s. 2693.

<sup>63</sup> Erem, C. 2, s. 1568.

## Kara Paranın Aklanması Suçu

vermemesi durumunda bu kişi hakkında TCK'nun 296. maddesi uygulanabilecektir.

Buna karşılık, 4208 sayılı Kanun'da yer verilen karaparanın kaynağının veya yerinin değiştirilmesi; "fiili yardım" olarak nitelendirilen TCK'nun 296. maddesindeki "cürmün delillerini yok etmek, değiştirmek, bozmak" suçu kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir. Dolayısıyla, 4208 sayılı Kanun, sadece "cürmün delillerini yok etmek, değiştirmek, bozmak" suçuna ilişkin olarak özel bir düzenleme getirmekte; faile yardım amacıyla işlenen bu fiilleri bağımsız olarak karapara aklama suçu olarak tanımlamakta ve cezalandırmaktadır.

### 10. Karaparanın Transfer Yoluyla Aklanması

Burada "karaparanın transfer yoluyla aklanması" ifadesi yerine, "karaparanın transferi" ifadesinin kullanılması daha yerinde olur idi. Zira 4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesinde belirtilen bütün fiiller gibi karaparanın transferi de aklamayı belirtmektedir. Menfaatin bir yerden başka bir yere aktarılması, taşınması, nakledilmesi, yerinin değiştirilmesi transferdir. Karaparanın transferi fiziki yollarla olabileceği gibi; finansal kurumlar kullanılmak suretiyle kaydi olarak da gerçekleştirilebilir. Karaparanın transferi, aynı zamanda zilyedliğin veya mülkiyetin devrini de gerektirebilir<sup>64</sup>.

Kanaatimizce 4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesinde karaparanın transfer edilmesi fiiline yer verilmesi karşısında, ayrıca karaparanın sınırötesi harekete tâbi tutulması fiiline yer verilmesine gerek yoktur. Zira karaparanın sınırötesi harekete tâbi tutulması karaparanın bir ülkeden bir başka ülkeye nakledilmesi olup, aynı zamanda transfer kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir. Dolayısıyla "karaparanın sınırötesi harekete tâbi tutulması" ifadesi; madde metninde geçen "transfer" ifadesinin, karaparanın sadece ülke içinde bir yerden bir başka yere nakledilmesi şeklinde dar yorumlanması sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

### 11. Karaparanın Tespitini Engellemeye Yönelik Fiiller

4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesinde suçun maddi unsuru kapsamında yer alan fiiller kazuistik metodla seçimlik ve bağlı hareketli olarak tek tek belirlenmiş iken, ardından "karaparanın tespitini engellemeye yönelik fiiller" ifadesine yer verilmesi madde metni içinde tutarsızlığa neden olmaktadır. Kaldı ki; karapara aklama yöntemlerinin çeşitliliği ve karmaşık yapıda olması karşısında suçun maddi unsuru kapsamında yer alan fiillerin kazuistik metodla belirlenmesinin karapara aklamaya yönelik bazı yöntemleri karşılamaması olasıdır. Karapara aklama ile mücadelede etkinliğin sağlanmasında 4208 sayılı

---

<sup>64</sup> Kocasakal, s. 390-391.

Kanun'un sözkonusu düzenleme biçimi yerinde değildir<sup>65</sup>. Kanaatimizce, suçun maddi unsurunun serbest hareketli olarak "yasal görünüm kazandırma amacıyla çeşitli işlemlere tâbi tutma" biçiminde belirlenmesi daha yerinde olur idi.

#### VI. MANEVİ UNSUR

Karapara aklama suçunun manevi unsuru, "kast" tır. Failin, aklamaya konu olan menfaatlerin bir suçun işlenmesinden elde edildiğini bilmesi ve bu menfaatlere yasal görünüm kazandırmak amacıyla hareket etmesi gerekir. Dolayısıyla, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

#### VII. SUÇUN NİTELİKLİ ŞEKLİ

4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesinde karapara aklama suçunun temel şekli tanımlanmaktadır. 4208 sayılı Kanun'un 7/II, III. maddesinde ise suçun temel şekline göre cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlara yer verilmiştir. 4208 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre; "karapara, terör suçlarından veya Türkiye'ye ithali veya Türkiye'den ihracı kanunla yasaklanmış herhangi bir madde veya eşya kaçakçılığında elde edilmiş veya suç yukarıda belirtilen terör suçlarına kaynak sağlamak amacıyla işlenmiş ise birinci fıkra hükmüne göre faile verilecek hapis cezası dört senede az olamaz (f. 2).

Suçun;

a) Karaparanın aklanması maksadıyla teşekkül vücuda getirenler ile idare edenler veya teşekküle mensup olanlar tarafından,

b) Görevi sebebiyle memur ve kamu görevlileri ile 4389 Sayılı Bankalar Kanununa, 7397 Sayılı Sigorta Murakabe Kanununa, 3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanununa, 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanuna, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa, Ödünç Para Verme İşleri İle Özel Finans Kurumlarının Kurulması, Faaliyetleri ve Tasfiyelerine İlişkin Esas ve Usulleri düzenleyen mevzuata göre faaliyet gösteren kurumlarda çalışanlar tarafından,

c) Şiddet veya tehditle veya silah kullanarak,

İşlenmesi halinde hükmolunacak cezalar, ayrıca bir misli artırılır (f. 3).

Karapara aklama suçunun, usul veya füruu veya karı-koca veya kardeşlerden biri tarafından karaparanın kaynaklandığı suçları gizlemek amacıyla işlenmesi halinde bu ceza, yarısından üçte ikisine kadar indirilir (f. 5)."

4208 sayılı Kanun'da bazı kanunlar sayma metodu ile belirtilerek (4208 sayılı K. m. 7 / f . 3 / b) suçun bu kanunlara göre faaliyet gösteren finans

<sup>65</sup> Kocasakal, s. 391, 394.

## Kara Paranın Aklanması Suçu

kurumlarında çalışanlar tarafından işlenmesi suçun nitelikli şekli olarak düzenlenmiştir. Finans kurumlarında çalışan kişiler, finansal işlemleri gerçekleştirme ve karapara aklama fiilini denetleyebilme (nakit işlem bildirim, şüpheli işlem bildirim) yetkisine sahip oldukları için, bu suça iştirak etmeleri halinde suçun işlenmesi kolaylaşmakta veya suçun ortaya çıkarılması güçleşmektedir. 4208 sayılı Kanun'da sayma metodu ile finans kurumları bakımından bir sınırlamaya gidilmesi yerinde değildir. Çünkü, sadece sayılan finans kurumları değil, bütün finans kurumları karapara aklama sürecinde kullanılma riskine sahiptir. Kaldı ki; finans kurumlarında çalışanlar dışındaki meslek sahibi kişiler de bu suçu işleyebilirler<sup>66</sup>.

Karapara aklama suçunun şiddet, tehdit veya silah kullanılmak suretiyle işlenmesini suçun nitelikli şekli saymak (4208 sayılı K. m. 7 / f . 3 / c) yerinde değildir. Çünkü, karapara aklama suçunun işlenmesindeki amaç karaparaya yasal bir görünüm kazandırmak olup; karapara aklama sürecinde yasal nitelik taşıyan işlemler gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, karapara aklamaya yönelik faaliyetlerin icrası sırasında şiddet, tehdit veya silah kullanılması suçun amacına aykırıdır<sup>67</sup>.

Karapara aklama suçunun usul veya fûru, karı-koca veya kardeşlerden biri tarafından karaparanın kaynaklandığı suçları gizlemek amacıyla işlenmesinin (4208 sayılı K. m. 7 / f . 5) cazada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmesi yerinde değildir. Çünkü, karapara aklama suçunun işlenmesindeki amaç, aynı zamanda "karaparanın kaynaklandığı temel suçların gizlenmesi amacı"nı da içine almaktadır. Dolayısıyla, suçun yapısal unsurlarından olan amacın, bazı kimseler açısından cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmesi karapara aklama ile mücadelede etkinliği azaltıcı niteliktedir<sup>68</sup>.

Karapara aklama sürecinde yapılan işlemler yasal nitelik taşıdığı ve bu nedenle suçun ortaya çıkarılması güç olduğu için karapara aklama ile mücadelede etkinliğin sağlanması bakımından etkin pişmanlık kurumuna yer verilmesi gerekir idi<sup>69</sup>.

## VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

### 1. Teşebbüs

Karapara aklama suçunun tamamlanmış olması için, karaparanın yasal görünüm kazanması şart değildir. Karaparaya yasal görünüm kazandırma

---

<sup>66</sup> Kocasakal, s. 428-429.

<sup>67</sup> Kocasakal, s. 429.

<sup>68</sup> Kocasakal, s. 430.

<sup>69</sup> Kocasakal, s. 430-431.



amacıyla, 4208 sayılı Kanun'da sayılmış olan fiillerden birisi işlendiği zaman karapara aklama suçu oluşur. Dolayısıyla karapara aklama suçuna eksik teşebbüs mümkün ve fakat tam teşebbüs mümkün değildir<sup>70</sup>.

Sözgelimi fail; karaparayı, karayoluyla yurtdışına çıkarmak üzereyken (nakit kaçakçılığı yöntemi) sınır kapısında yakalanmışsa karapara aklama suçu eksik teşebbüs aşamasında kalmıştır. Çünkü suçun icra hareketleri, yani parayı sınır ötesi harekete tâbi tutmaya yönelik hareketler bitmemiştir. Aynı şekilde karapara; finansal sistem kullanılarak yurtdışındaki bir hesaba transfer edilmek istendiğinde, banka görevlisi karapara akladığı şüphesiyle şüpheli işlem bildiriminde bulunmuş ve transfer işlemi yapmamış olabilir. Bu örnekte de icra hareketleri failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamıştır. Dolayısıyla eksik teşebbüs sözkonusudur.

## 2. İştirak

Karapara aklama suçu iştirak bakımından bir özellik arzetmez. İştirakin bütün şekilleri mümkün olup; TCK'nun iştirake ilişkin genel hükümleri uygulanır.

## 3. İçtima

4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesinde karapara aklama suçunun maddi unsurunu oluşturan fiiller gösterilmiştir. Karapara aklama suçunun oluşabilmesi için bu fiillerden birinin yapılmış olması yeterlidir. Dolayısıyla ortada seçimlik hareketli bir suç vardır. Failin, karapara aklama sürecinde bu fiillerden sadece birini işlemekle yetinmeyip; birkaçını veya hepsini birden yapması halinde tek bir karapara aklama suçunun işlendiği kabul edilir. Ortada işlenen fiil sayısına karapara aklama suçu yoktur; gerçek içtima hükümleri uygulanamaz<sup>71</sup>.

Karapara miktarının oldukça yüksek olması nedeniyle fail; yetkili mercilerin dikkâtini çekmemek için, tek bir defada aklamak yerine aynı suç işleme kararı altında farklı zamanlarda aklamayı tercih edebilir. Bu durumda

<sup>70</sup> Kuban, s. 107-108.

<sup>71</sup> Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurları, AÜHF Yayını, No. 263, Ankara 1970, s. 43; İçel, Kayıhan, Suçların İçtimaı, İÜHF Yayınları, No. 885, İstanbul 1972, s. 195 vd.; İçel'e göre burada, aynı normun birden fazla ihlâl edilmesi ve ortada ihlâl sayısına suçun bulunması görünüştedir. Yazar'a göre, seçimlik hareketli suçlarda ilk yapılan fiil kesindir. İlk yapılan fiil ile kanun ihlâl edilmiştir. Daha sonraki fiillerin, ilk ihlâl içinde değerlendirilmeleri gerekir. Dolayısıyla, ilk fiilin yapılması ile karapara aklama suçu işlenmiş olacaktır. Daha sonraki fiiller ise, "cezalandırılmayan sonraki fiil" sayılacaktır.

## Kara Paranın Aklanması Suçu

müteselsil suç kavramı karşımıza çıkmaktadır<sup>72</sup>. Örneğin fail, nakit işlem bildirim yükümlülüğünü aşmak için, karaparayı bildirim limitinin altındaki kısımlara bölerek, farklı zamanlarda banka hesaplarına yatırarak transfer edebilir. Bu durumda ortada tek bir karapara aklama suçunun bulunduğu kabul edilerek TCK'nun 80. maddesine göre verilecek olan cezanın arttırılması gerekir.

Yapılan bir işlem ile, karapara aklama suçu kapsamında yer alan birkaç fiilin aynı anda işlenmesi de sözkonusu olabilir. Sözgelimi, yurtdışındaki bir bankaya yapılan bir havale ile, hem karaparanın sınır ötesi harekete tâbi tutulması, hem de zilyet ve malikinin değiştirilmesi fiilleri işlenebilir. Böyle bir durumda ortada tek bir karapara aklama suçu vardır.

4208 sayılı Kanun'a göre; karapara aklama suçunun, karapara aklamak amacıyla teşekkül oluşturanlar ile idare edenler veya teşekküle mensup olanlar tarafından işlenmesi suçun nitelikli şeklidir (4208 K. m. 7 / f. 3 / b. a). Buna göre, TCK'nun 313. maddesinde düzenlenen "cürüm işlemek için cemiyet kurma" suçu, karapara aklama suçunun nitelikli unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla ortada mürekkep suç (bileşik suç) vardır. Bu nedenle fail(ler) sadece karapara aklama suçunun nitelikli şeklinden sorumlu tutulacak, gerçek içtima kuralları uygulanamayacaktır<sup>73</sup>.

Aynı şekilde 4208 sayılı Kanun'a göre; karapara aklama suçunun, şiddet veya tehditle veya silah kullanılarak işlenmesi suçun nitelikli şeklidir (4208 sayılı K. m. 7 / f. 3 / b. c). Buna göre, TCK'nun 188-192. maddelerinde düzenlenen suçlar, karapara aklama suçunun nitelikli unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla mürekkep suç (bileşik suç) sözkonusudur<sup>74</sup>.

4208 sayılı Kanun'un 7/II. maddesi ise şöyledir : "Karapara, terör suçlarından veya Türkiye'ye ithali veya Türkiye'den ihracı kanunla yasaklanmış herhangi bir madde ve eşya kaçakçılığından elde edilmiş veya suç yukarıda belirtilen terör suçlarına kaynak sağlamak amacıyla işlenmiş ise birinci fıkra hükmüne göre faile verilecek hapis cezası dört seneden az olamaz." Burada mürekkep suçtan söz etmek mümkün değildir. Fail, hem 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu veya 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda yer alan suçlardan hem de karapara aklama suçundan sorumlu tutulacak ve

---

<sup>72</sup> bkz. Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, İstanbul 1994, (Beta Yayınevi), 11. Bası, no. 525 vd.; İçel, Kayıhan / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoglu, Fatih / Ünver, Yener, Suç Teorisi, 2. Kitap, 1. Bası, İstanbul 1999, s. 437 vd.

<sup>73</sup> Dönmezer / Erman, C. 1, no. 543; İçel, s. 207-208.

<sup>74</sup> Dönmezer / Erman, C. 1, no. 543; İçel, s. 207-208.

gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Ancak 4208 sayılı Kanun'a göre verilecek hapis cezası dört seneden az olamayacaktır.

### **IX. YAPTIRIM**

4208 sayılı Kanun'un 7/I. maddesine göre, "karapara aklama suçu fiilini işleyenler iki seneden beş seneye kadar hapis ve aklanan paranın bir katı ağır para cezasıyla cezalandırılır ve nemaları da dahil olmak üzere karapara kapsamındaki mal ve değerler ile bunların ele geçirilememesi halinde bunlara tekabül eden malvarlığının müsaderesine de hükmolunur."

Buna göre; karapara aklama suçu karşılığında öngörülen üç temel yaptırım sözkonusudur : Hürriyeti bağlayıcı ceza, para cezası ve müsadere.

#### **1. HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZA**

4208 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre; "karapara aklama suçu fiillerini işleyenler iki seneden beş seneye kadar hapis ... cezasıyla cezalandırılır." 4208 sayılı Kanun'da öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın niteliği, yani "hapis" cezası olması yerinde değildir. Çünkü 4208 sayılı Kanun'un 2 (a) maddesinde tahdidi olarak sayılan suçlar karşılığı olarak ilgili kanun maddelerinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza "ağır hapis" cezasıdır. Buna karşılık önlenmesinde kural olarak organize suçlulukla mücadele amacının güdüldüğü, ülkelerin finansal sistemini, dolaylı olarak kamu güvenliğini ve kamu sağlığını etkileyici nitelik taşıyan karapara aklama fiili karşılığında, "hapis" cezasının öngörülmesi çelişkili bir durumdur. Kanaatimizce 4208 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan hürriyeti bağlayıcı ceza "ağır hapis cezası" olmalı idi.

#### **2. PARA CEZASI**

4208 sayılı Kanun'un 7. maddesinde "karapara aklama suçu fiilini işleyenler ... aklanan karaparanın bir katı ağır para cezasıyla cezalandırılır" hükmünde yer alan ağır para cezası, niteliği itibarı ile nisbi para cezasıdır. 4208 sayılı Kanun'da, nisbi para cezasının hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte hükmedilmesi öngörülmüştür.

#### **3. MÜSADERE**

4208 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, müsadere temel yaptırımlardan biri olarak öngörülmüştür. Kanaatimizce burada sözü edilen müsadere bir "tedbir" olarak algılanmalıdır. Çünkü düzenlendiği maddenin kenar başlığı her ne kadar "karaparanın aklanması suçunda ceza" şeklinde ise de; özellikle organize suçluluk-karapara aklama ilişkisi bağlamında karapara aklamanın yarattığı en büyük tehlike aklamaya konu olan menfaatlerin suçların finansmanında yeniden kullanılması ve organize suç örgütlerinin büyümesi ve güçlenmesi, faaliyet gösterdiği suçluluk tiplerinin genişlemesi sonucunu doğurmasıdır. Dolayısıyla, karapara ve karapara aklama fiili sonucunda elde

## Kara Paranın Aklanması Suçu

edilen menfaatler “tehlikelilik”<sup>75</sup> niteliğini haizdir. Bu nedenle, bir ceza olarak değil; bir tedbir olarak düşünülmesi yerinde olacaktır<sup>76</sup>.

4208 sayılı Kanun’un 7. maddesinde müsadere kurumunun özel olarak düzenlenmesinin temel sebebi; suçların işlenmesi neticesinde doğrudan elde edilen menfaatlerin yerine kaim olan değerlerin veya muadil değerlerin müsadere edilebilmesini sağlamaktır. Daha önce de belirtildiği üzere; karapara aklama sürecinde, suçların işlenmesi neticesinde doğrudan elde edilen menfaatler karmaşık yapıda çeşitli yöntemler kullanılarak hızlı bir şekilde başka değerlere dönüştürülmekte ve karaparanın izinin bulunması güçleştirilmekte, hatta imkânsız hale getirilmektedir. Bu nedenle, suçların işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatlerin doğrudan kendisinin ele geçirilmesi ve müsadere konusu yapılabilmesi genellikle mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla suçun işlenmesi suretiyle veya suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatlerin dönüştürüldüğü değerlerin (kaim değerler), bunların da ele geçirilememesi halinde fail ve/veya şeriklerin malvarlığı değerlerinin karaparaya tekabül eden kısmının (muadil değerler) müsadere edilmesi zorunludur. TCK’nun 36. maddesinin mevcut düzenlemesi ise karapara aklama suçunun bünyesine uygun değildir. Çünkü TCK’nun 36. maddesinin mevcut düzenlemesine göre; müsadere sadece suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan yahut suçun işlenmesinden husule gelen eşyaya ilişkindir. Suçun işlenmesi neticesinde elde edilen menfaatlerin başkaca değerlere dönüştürülmesi halinde kaim değerlerin<sup>77</sup>; bunlar da ele geçirilemediği takdirde muadil değerlerin<sup>78</sup> müsadere edilebilmesine imkân verilmemiştir. Bu durum, TCK’nun 36. maddesi bakımından bir eksikliktir.

---

<sup>75</sup> Burada tehlikelilik kavramı ile kastedilen “şey”in tehlikeliliği (objektif tehlikelilik) değildir; şeyin failin elinde bulunmasının onda yaratabileceği subjektif tehlikeliliktir. Başka bir ifade ile, şeyin failde suç fikrini ve suç işleme isteğini canlı tutacağı gerçeğidir (Aydın, Öykü D., s. 146).

<sup>76</sup> Aynı yönde Şahinkaya, Yalçın, “Karapara Aklamayla Mücadelede Müsadere Yaptırımı”, AD, Yıl. 93, Temmuz 2002/12, s. 125.

<sup>77</sup> Yargıtay suçtan husule gelen eşya kavramını dar yorumlamaktadır. Yargıtay’ın TCK’nun 512. maddesi dolayısıyla vermiş olduğu kararlara göre; kaim değerler, sözgelimi hırsızlık konusu eşya başka bir eşya ile değiştirildikten sonra bu eşya suçtan hususule gelen eşya kapsamında değerlendirilemez (*Yargıtay 6. CD, 27.11.1972 tarih ve 6539/6525 sayılı kararı*, bkz. Esin, s. 570). Dolayısıyla, uygulamada suçun işlenmesi suretiyle veya suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatlerin değerlendirilmesi ile ortaya çıkan menfaatlerin müsaderesi mümkün değildir.

<sup>78</sup> TCK’nun 36. maddesinde suçun işlenmesinden husule gelen eşyanın bulunamaması halinde failin yasal yollardan edinmiş olduğu malvarlığının buna

**SONUÇ**

Karapara aklama suçu; hukuk bütünlüğüne yönelik yeknesaklığın sağlanması bakımından, özel bir kanun yerine diğer bazı suçlarla unsurları arasındaki benzerlikler dikkâte alınarak TCK kapsamında bağımsız bir suç olarak düzenlenmelidir. 4208 sayılı Kanun'da hangi suçlardan elde edilen menfaatlerin karapara sayılacağını belirlemede benimsenen sayma metodu beraberinde pekçok sakınca getirdiği ve doktrinde eleştirilere neden olduğu için cezanın türü ve miktarı bakımından bir kriter tespit edilemek suretiyle bu cezayı gerektiren suçlardan elde edilen menfaatlerin suça konu olacağı belirtilmelidir. 4208 sayılı Kanun'un 2 (b) maddesinde ise, suçun maddi unsuru kapsamında yer alan fiiller sayma metodu ile tek tek belirtilmiş olup; karapara aklama yöntemlerinin çeşitliliği ve karmaşık yapıda olması, teknolojik imkânlar kullanılarak yeni karapara aklama yöntemleri geliştirilmesi karşısında böyle bir düzenleme biçiminin karapara aklamaya yönelik bazı yöntemleri karşılamaması olasıdır. Bu nedenle suç, serbest hareketli olarak düzenlenmelidir. Diğer taraftan, TCK'nun 36. maddesi; TCK ve diğer özel kanunlarda yer alan bütün suçları kapsayacak şekilde yeniden ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmeli; yapılacak olan düzenlemede özellikle kaim ve muadil değerlerin müsaderesine yer verilmelidir.

---

tekabül eden kısmının (muadil değerler) müsadere edilebileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Buna göre; muadil değerlerin TCK'nun 36. maddesi kapsamında müsadere edilebilmesi mümkün değildir.



